



HAL
open science

La loi applicable au contrat de sous-traitance internationale, étude comparée France-Égypte

Sohayla Ahmed Moustafa Ahmed El Feky

► To cite this version:

Sohayla Ahmed Moustafa Ahmed El Feky. La loi applicable au contrat de sous-traitance internationale, étude comparée France-Égypte. Droit. Université Grenoble Alpes [2020-..], 2021. Français. NNT : 2021GRALD002 . tel-03403604

HAL Id: tel-03403604

<https://theses.hal.science/tel-03403604v1>

Submitted on 26 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L' UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

Spécialité : **Droit privé**

Arrêté ministériel : 25 mai 2016

Présentée par

**Sohayla AHMED MOUSTAFA AHMED
ELFEKY**

Thèse dirigée par **Martine EXPOSITO**, maître de
Conférences HDR, Université Grenoble Alpes

préparée au sein du **Laboratoire Centre de Recherches
Juridiques** dans l'**École Doctorale Sciences Juridiques**

La loi applicable au contrat de sous-traitance internationale, étude comparée France- Égypte

Thèse soutenue publiquement le **25 mai 2021**,
devant le jury composé de :

Madame Martine EXPOSITO

Maître de Conférences HDR, Université Grenoble Alpes, Directeur de thèse

Madame Sarah BROS

Professeur, Université Paris-Dauphine, examinateur

Monsieur Thomas LEGUEUT

Professeur, Université Paris 13, Sorbonne Paris Cité, rapporteur

Monsieur Gérard BLANC

Professeur, Université Aix-Marseille, rapporteur

Monsieur Michel FARGE

Professeur, Université Grenoble Alpes, président



Remerciements

Je tiens à remercier ma directrice de thèse, Mme EXPOSITO, pour avoir dirigé ce travail de recherche avec une extrême disponibilité et une très grande rigueur. Je la remercie pour tous les encouragements qu'elle m'a adressés et pour la bienveillance avec laquelle elle a toujours su m'écouter.

Je tiens aussi à exprimer ma profonde reconnaissance à mon mari et à mes parents pour leur soutien indéfectible tout au long de l'élaboration de cette thèse. Je leur dois plus qu'ils ne l'imaginent. Je remercie vivement mes deux enfants, Lojayne et Adam, pour leur patience et leur compréhension malgré leur jeune âge.

Enfin je suis reconnaissante à mon pays, l'Égypte, qui a financé cette thèse pendant les trois premières années.

Liste d'abréviations

APD	Archives philosophique du droit
BGH	Arrêt du Bundesgerichtshof
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CCC	Contrats concurrence consommation
D.	Dalloz
D.H	Dalloz hebdomadaire
D.P	Dalloz périodique
D.S.	Recueil Dalloz Sirey
DPCI	Droit et pratique du commerce international
DMF	Droit maritime français
Esp.	Espèce
EWCA	England and Wales court of Appeal
FIDIC	Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils
ICLR	International construction Law Review
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
Int. ALR	International Arbitration Law Review
JCI	JurisClasseur
J.T.	Journal des tribunaux
JDI	Journal de droit international
LPA	Les petites affiches Lextenso
Pan.	Panorama
RCADI	Cours de l'Académie internationale de La Haye
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDCB	Revue de droit commercial belge
RDI	Revue de droit immobilier
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
RDCB	Revue de droit commercial belge
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes

Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale prive e processuale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD. Eur	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Sirey
TCFDIP	Travaux de comité français de droit international privé

Abréviations diverses locutions

&	et
Add	Ajouter
Aff.	Affaire
Al.	Aliéna
Art.	Article
Ch.	Chambre
Chr.	Chronique
CNRS	Centre national de recherche scientifique
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Conc.	Conclusions
CPC	Code de procédure civile
Dacty	Dactylographié
Dir.	Direction
Éd.	Édition
Etc.	<i>Et cœtera</i>
Fasc.	Fascicule

Ibid.	Au même endroit
In	Dans
N°	Numéro
Op. cit.	<i>Opere citato</i> ouvrage cité
S.	Et suivant
Spéc.	Spécialement
T.	Tome
V.	Voir

PARTIE I

La crise de la loi applicable au contrat de sous-traitance internationale, le système en vigueur, un système opaque

Chapitre I- La crise de la loi applicable entre parties contractantes

Section I- L'indépendance des lois applicables au contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal

Section II- Les nécessaires mécanismes correctifs des difficultés résultant des règles en vigueur

Chapitre II- La crise de loi applicable entre parties non contractantes

Section I- La loi applicable à l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage

Section II- La loi applicable à l'action en responsabilité entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage

PARTIE II

Vers un système transparent de la loi applicable au contrat de sous-traitance internationale

Chapitre I- Vers une transparence de la qualification du contrat de sous-traitance internationale

Section I- L'analyse de la qualification du contrat de sous-traitance

Section II- La recherche d'une catégorie fonctionnelle du contrat de sous-traitance

Chapitre II- Vers une transparence des règles applicables au contrat de sous-traitance internationale

Section I- Une transparence parfaite entre contrat de sous-traitance et contrat principal

Section II- Une dérogation volontaire à la transparence entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance

« Toute thèse implique une double dimension de rupture et de continuité : continuité car elle reçoit en héritage toutes les propositions antécédentes de ce qui a été écrit et recherché avant et rupture car elle est une anticipation dans l'avenir ». Sébastien Pellé, « La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats », Paris, Dalloz, 2007, p. 14.

« To establish the governing law of a contract is difficult », Gerhard Kegel, « *Internationales Privatrecht* », (4th edition, 1977), p. 288.

1. Pendant le 19^e et la première moitié du 20^e siècle, les contrats d'entreprises concernaient des travaux simples que les entrepreneurs avaient la possibilité d'exécuter seuls, sans l'intervention des autres intervenants. À cette époque, le recours à la sous-traitance était exceptionnel, voire inutile¹. Toutefois, l'imbrication des rapports sociaux, la rapidité des communications et le développement des échanges commerciaux, suite à la révolution industrielle, ont conduit à une multiplication des opérations contractuelles et à une complexité des projets internationaux². Le besoin de spécialité et la capacité limitée des entreprises pour effectuer les travaux imposent le recours à plusieurs contrats pour la réalisation d'un seul projet international³. Personne ne peut plus tout faire tout seul. À partir de ce moment-là, « *le contrat de sous-traitance est appelé à prendre une place de choix* »⁴. Ce contrat, dit « *sous-traité* »⁵, sous-contrat ou sous-entreprise, est l'un des modes les plus répandus de substitution des contractants sur le plan interne et international⁶. Selon ce contrat, l'entrepreneur principal confie à une ou

¹ Ashraf Abd El Azim Abd El Wahed, « *La nature juridique de la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant* », Thèse de doctorat, Université d'Ain Shams, Le Caire, 2007, p. 3 ; Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », *Dar Al Thakafa Al Gameya*, Le Caire, 1992, p. 8.

² Frédéric Leclerc, « *Droit des contrats spéciaux* », Paris, LGDJ-Lextenso, 2012, p. 500 ; Georges Valentin, « *Les contrats de sous-traitance* », Paris, Librairies techniques, 1979, p. 1.

³ Alain Bénabent, « *Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450 ; Fayçal Mahjoub, « *Les contrats de construction : faut-il reconnaître l'interdépendance contractuelle* », *Revue droit et politique*, de la faculté de droit et des sciences politiques de Sousse, 2012, n° 1, p. 153 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre international* », Paris, LGDJ, 2003, p. 20 ; Mohamed Salah, « *Groupes de contrats intérêt de la notion en droit international privé et droit de l'arbitrage international* », RDAI, 1996, p. 596 ; Hemeida Mohamed Abd El Razek, « *La sous-traitance, étude comparée* », Thèse de doctorat, Université d'Alexandrie, 2015, p. 1 ; Mofteh Abo Al Kassem Mofteh, « *La responsabilité de l'entrepreneur et le sous-traitant dans les contrats de construction* », Thèse de doctorat, Université d'Alexandrie, 2016, p. 1 ; Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », ouvrage *loc. cit.*

⁴ Georges Valentin, « *Les contrats de sous-traitance* », Paris, Librairies techniques, 1979, p. 45.

⁵ Cette expression est communément utilisée pour dire contrat de sous-traitance. V. La loi de 31 décembre 1975. Elle est, en effet, imprécise, car elle désigne plutôt la première convention qui est sous-traitée et non le sous-contrat. V. Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, France, Université Panthéon-Assas, 1977, n° 2, p. 2, note 5 ; Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 535, n° 1, note 5 bis.

⁶ Pierre Catala dans la préface de la thèse de M. Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, France, Université Panthéon-Assas, 1977.

Introduction

plusieurs autres personnes, dits sous-traitants, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage. Le recours à la sous-traitance a connu un essor considérable ces vingt dernières années⁷. Ainsi, en 2014, 61% des entreprises des secteurs marchands, hors agriculture et finance, ont eu recours à la sous-traitance, pour un montant de 314 milliards d'euros⁸. En 2016, ce taux s'est élevé de 61 à 69%⁹. La sous-traitance occupe une position plus considérable dans le domaine de la construction où plus de huit entreprises sur dix y ont recours¹⁰.

2. Le recours à la sous-traitance peut être justifié par plusieurs raisons, tout d'abord, par des raisons de capacité : devant l'énorme taille des projets économiques, l'entrepreneur principal se trouve incapable de réaliser les travaux seul. Lorsque l'entreprise principale n'a pas la structure suffisante pour réaliser le projet dans les brefs délais requis par le maître de l'ouvrage, elle décide d'avoir recours à la sous-traitance. Ceci présente un intérêt économique important pour l'entrepreneur principal. Au lieu d'élargir l'entreprise pour exécuter un projet conjoncturel, il préfère avoir recours à un ou plusieurs sous-traitants, ce qui rend les coûts du projet inférieurs et lui permet de concurrencer les autres entreprises. Ceci a été affirmé par le Conseil économique et social selon lequel, « *la sous-traitance a pour objectif de permettre à une entreprise de répondre à des fluctuations d'activité à un moindre coût* »¹¹. Cette forme de sous-traitance s'appelle la sous-traitance de capacité.

3. Ensuite, l'entrepreneur principal peut avoir recours à la sous-traitance pour des raisons de spécialité. Parfois, le recours à la sous-traitance se justifie par

⁷ Corinne Perraudin, Nadine Thèvenot, Bruno Tinel et Julie Valentin, « *La sous-traitance comme moyen de subordination réelle de la force de travail* », Presses universitaires de France, 2007, n° 41, p. 153 ; mêmes auteurs, « *État social et sous-traitance, quelles transformations des dépendances dans le travail ?* », in *État et régulation sociale, comment penser la cohérence de l'intervention publique ?* Colloque international, 11, 12 et 13 septembre 2006.

⁸ Cette pratique concerne toutes les tailles d'entreprise et tous les secteurs d'activité. Les services et l'industrie sont les premiers donneurs d'ordres en montant, mais les transports et la construction sont ceux qui sous-traitent le plus, proportionnellement à leur production. Au total, ce taux de sous-traitance s'est stabilisé à 13,5% depuis 2009, après avoir cru de près d'un point entre 2004 et 2007, Catherine Souquet, « *La majorité des entrepreneurs font appel à des sous-traitants* », Institut national de la statistique et des études économiques, 2016, n° 67.

⁹ Ali Benhaddouche, Insee Analyses Guyane, n° 37, mars 2019.

¹⁰ *Ibid.* ; Pauline d'Argent, « *Droit international privé et sous-traitance internationale. Quelle place pour l'action du sous-traitant* », Mémoire, Université catholique de Louvain, 2016-2107, p. 1.

¹¹ Corinne Perraudin, Nadine Thèvenot, Bruno Tinel et Julie Valentin, « *Sous-traitance dans l'industrie et ineffectivité du droit du travail : une analyse économique* », Revue économie et institutions, 2006, p. 35.

Introduction

l'incapacité technique dans un certain domaine. Si le donneur d'ordre ne dispose pas d'équipements techniques adaptés aux besoins du projet requis par le maître de l'ouvrage ou parce qu'il n'est pas spécialisé dans un certain domaine, il peut avoir recours à un ou plusieurs sous-traitants spécialisés, ce que l'on appelle sous-traitance de spécialité. Cette dernière est très pratiquée, elle présente tous les avantages de la division du travail. Elle a pour but de réduire les malfaçons et les risques de défauts liés à la production¹².

4. La pratique révèle l'existence de deux formes de sous-traitance¹³, la première s'appelle la sous-traitance industrielle et la seconde, la sous-traitance de marché. Il ne faut pas confondre les deux catégories, puisque chacune a une nature et un régime juridique différent.

5. Ainsi, la sous-traitance industrielle est un contrat conclu entre l'entrepreneur principal et les sous-traitants, afin d'exécuter ou de produire des marchandises qui seront vendues ultérieurement à des consommateurs ou des clients inconnus au moment de la conclusion du contrat de sous-traitance. Il est, en effet, possible de mentionner la construction d'automobiles, l'aéronautique, la transformation des plastiques et des métaux, la mécanique, l'électronique, etc.¹⁴. Dans ce cas de figure, le contrat de sous-traitance est antérieur et extérieur au contrat principal. Le maître de l'ouvrage n'apparaît que dans une phase ultérieure¹⁵. Une certaine doctrine a estimé que la dénomination de ce contrat de sous-traitance

¹² Yves Dousset, « *La sous-traitance* », Thèse droit Clermont Ferrand, 1971, p. 23 ; Alain Bénabent, « *Sous-traitance* », JCl. Fasc. *op. cit.*

¹³ « *On peut définir la sous-traitance de manière générale comme des contrats consécutifs ou non à une commande d'un tiers en vertu desquels une entreprise le donneur d'ordre charge suivant ses directives une autre entreprise, « le sous-traitant » de la fabrication des produits de la prestation de services ou de l'exécution de travaux qui sont destinés à être fournis au donneur d'ordre ou exécutés pour son compte* », Communication de la Commission des communautés européennes 18 déc. 1978, point 1, cité par Martine Boizard, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit européen, Dalloz, 1992, actualisation 2015.

¹⁴ Séverin Abbatucci, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016, actualisation 2018, n° 246.

¹⁵ Pour la distinction entre le contrat de sous-traitance de marché et sous-traitance industrielle, v. Bernard Teyssié, « *Les groupes des contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 70 ; René Taffo, « *Les rapports entre le sous-traitant, l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage dans l'ordre interne français et dans les relations internationales* », Thèse *op. cit.*, p. 11 et s. ; Jean Raffestin, « *La sous-traitance internationale* », Thèse de doctorat, Université de Tours, 1978, p. 37 et s. ; Faisal Taher, « *La sous-traitance des contrats internationaux* », Thèse de doctorat, Université Rennes 1, 1992, p. 16 ; Séverin Abbatucci, « *Sous-traitance* », Répertoire *op. cit.* ; Bernard Boubli, « *Contrat d'entreprise, construction de l'ouvrage* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2016, actualisation 2020, n° 314 ; Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2017, n° 1.

Introduction

est trompeuse et constitue une source de confusion en raison de l'absence d'un contrat principal préalable¹⁶.

6. En revanche, c'est la sous-traitance de marché qui retiendra ici notre attention. Elle est rattachée à la présence d'une opération déterminée. Tout d'abord, un entrepreneur, appelé entrepreneur principal, s'engage envers une autre personne physique ou morale, appelée maître de l'ouvrage, à réaliser les travaux pour un prix déterminé. Ensuite, l'entrepreneur principal décide de confier au sous-traitant, en vertu du contrat de sous-traitance, l'exécution de toutes ou certaines des obligations qu'il a contractées envers le maître de l'ouvrage. Le sous-traitant s'engage, donc, à se conformer exactement, sans subordination¹⁷, aux directives et spécifications techniques déterminées par le maître de l'ouvrage, mais qui ont été reproduites par le contractant principal en vertu du contrat de sous-traitance¹⁸.

¹⁶ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Thèse *loc. cit.*

¹⁷ L'absence d'un lien de subordination permet de distinguer le contrat de sous-traitance du contrat de travail. Le salarié selon le contrat de travail se trouve en position de dépendance juridique à l'égard de son employeur. Le contrat d'entreprise implique au contraire que l'entrepreneur accomplisse des actes matériels en toute indépendance. Cette distinction a été affirmée par la Cour de cassation en soulignant que le travailleur est subordonné juridiquement à son maître d'ouvrage. Sa rémunération dépend, non pas à l'exécution d'une tâche déterminée à l'avance, mais à un contrôle de la qualité du travail effectué. Crim., 14 fév. 2006, JurisData n° 2006-032592 ; Alain Bénabent et Laurent Jobert, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », Fasc. 1450, 2001, actualisation 2013 ; Séverin Abbatucci, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit immobilier, Dalloz, 2016, n° 21 ; Corinne Perraudin, Nadine Thèvenot, Bruno Tinel et Julie Valentin, « *Sous-traitance dans l'industrie et ineffectivité du droit du travail : une analyse économique* », article *op. cit.*

¹⁸ L'exécution des travaux conformément aux spécifications et directives de l'entrepreneur principal est le critère choisi par la Cour de cassation pour distinguer entre le contrat de vente et le contrat de sous-traitance, ce que l'on appelle le critère psychologique. Selon ce critère, on distingue entre les rôles respectifs des parties dans la conception des produits commandés. Quand le sous-traitant exécute « *un travail spécifique en vertu d'indications particulières* », on est en présence d'un contrat de sous-traitance, Civ. 3^{ème}, 17 mars 2010, n° 09-12.208, NP ; RDI 2010, p. 543, note Hugues Périnet-Marquet ; Civ. 3^{ème}, 21 oct. 2014, n° 13-21.031, NP ; RDI 2015, 75, note Hugues Périnet-Marquet ; Jean Henri et Léon Mazeaud, « *Leçons de droit Civil* », T. III, 6d. 1960, n° 1336, p. 748 ; Francis Mollet-Vieville, « *La responsabilité des vendeurs-fabricants non-concepteurs de leurs produits* », Gaz. Pal. 1977, p. 46 ; René Taffo, « *Les rapports entre le sous-traitant, l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage dans l'ordre interne français et dans les relations internationales* », Thèse d'État, Université Paris Nanterre, p. 55-56. Néanmoins, si le sous-traitant exécute le travail sans suivre des indications spécifiques ou des directives dans l'exécution, la mise en œuvre du critère psychologique conduit à la qualification vente. En effet, le critère psychologique est intervenu après une évolution de la position de la Cour de Cassation. Au début, la Cour de cassation a adopté un critère économique pour distinguer entre les deux contrats. Ce dernier signifie qu'on prend en considération la valeur des prestations fournies par l'entrepreneur ou le sous-traitant, si la valeur de la matière prévaut sur le travail, le contrat est un contrat de vente, alors dans l'autre cas le contrat est qualifié d'entreprise, v. Civ. 1^{ère}, 27 avr. 1976, JCP 1977, II, 18635, note Jérôme Huet ; Cass., 20 mars 1872, D.P. 1872, I, 140 ; Cass. Req. 22 juill. 1874, D.P. 1875, I, 303 ; René Taffo, Thèse *op. cit.*, p. 54-55. Selon M. Taffo le critère psychologique répond mieux aux réalités économiques et semble mieux adapté à la qualification du contrat de sous-traitance que le critère économique. Le fournisseur répond aux besoins du marché mais il s'inspire de son propre savoir-faire, il est responsable de la conception du produit alors qu'il n'est pas responsable de la conformité du produit

Introduction

Le contrat principal conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal précède impérativement le contrat de sous-traitance, d'où la complexité de ce dernier qui résulte de la pluralité des intervenants et des contrats dont les objets ainsi que le but sont étroitement liés¹⁹. Le contrat de sous-traitance de marché met, donc, en jeu les intérêts de trois intervenants principaux²⁰.

7. Tout d'abord, le maître de l'ouvrage²¹ : il n'est pas un contractant direct au contrat de sous-traitance, mais il en est le bénéficiaire direct. Il a conclu un contrat d'entreprise²² avec l'entrepreneur principal qui en assume la responsabilité globale. Il cherche la sécurité juridique et la responsabilité unitaire²³, ce qui l'incite à conclure le contrat avec un seul contractant qui sera seul responsable de tous les éventuels vices d'exécution. Malgré la complexité du projet, le maître de l'ouvrage ne souhaite traiter qu'avec un contractant unique. En revanche, la personnalité du ou des exécutants de l'opération ne le désintéresse pas. En effet, le lien très étroit entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal mène à ce que tout dommage causé par le sous-traitant peut avoir une influence directe sur le maître de l'ouvrage²⁴. Cette étroite connexité explique l'intérêt du maître de l'ouvrage quant à la personnalité du sous-traitant. Cet intérêt peut se révéler selon des intensités variées, commençant par une simple information de la personnalité du sous-traitant

comme le sous-traitant qui doit exécuter selon les instructions du donneur d'ordre et qui sera responsable de la non-conformité au cahier de charges. La distinction entre vente et entreprise est très importante afin de déterminer le régime juridique y applicable surtout en ce qui concerne la validité des clauses limitatives de garantie des vices cachés et l'action directe contre le fabricant par le maître de l'ouvrage. Dans le même sens, Jean-Louis Bismuth, « *Sous-traitance internationale* », RDAI, n° 31 et s. ; Alain Bénabent, « *Sous-traitance* », JCl. Fasc. *op. cit.*, n° 27-30.

¹⁹ Fausto Pocar, « *Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance* », in études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Faculté de droit, Université de Genève, Institut universitaires de hautes études internationales, Bâle, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 155.

²⁰ Emmanuel Cordelier, « *Les contours de la sous-traitance* », in Sandrine Tisseyre, *Sécuriser la sous-traitance*, actes du colloque du 8 mars 2019, Université Toulouse 1 Capitole, p. 17-37.

²¹ Il ne faut pas confondre le maître de l'ouvrage avec le maître d'œuvre, c'est-à-dire l'entrepreneur ayant en charge la maîtrise générale du marché, notamment la coordination entre les différents corps de métiers y intervenant. V. Frédéric Leclerc, « *Droit des contrats spéciaux* », Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 731, p. 411.

²² On le nomme contrat d'entreprise en cas de contrat privé et marché public en cas de contrat public. Pour les contrats de sous-traitance en marchés publics, v. Jean-Pierre Babando et Philippe Malinvaud, « *La sous-traitance dans la construction marchés publics, marchés privés* », Paris, Litec, 2005 ; Franck Moderne, « *La sous-traitance des marchés publics : essai sur une institution hybride* », Paris, Dalloz, 1995 ; Patricia Grelier-Bessmann, « *Pratique du droit de la construction marchés publics et privés* », Paris, Eyrolles, 2010 ; Sylvie Trosa, « *Quand l'État s'engage : la démarche contractuelle* », Paris, Éd. d'Organisation, 1999.

²³ Patrice Level, « *La négociation du contrat de sous-traitance* », RDAI, 1985, 137.

²⁴ Pierre Catala, préface de la thèse de Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, p. XVIII.

Introduction

jusqu'à l'intervention au choix ou même l'imposition de ce dernier, voire parfois la négociation de son contrat, tout cela sans être partie au contrat de sous-traitance²⁵.

8. La seconde partie à l'opération est le sous-traitant. Il est l'exécutant réel des travaux dont est bénéficiaire le maître de l'ouvrage²⁶. Toutefois, il n'est pas contractant du maître de l'ouvrage et n'a pas de lien contractuel avec lui et, dès lors, ne doit pas être responsable à son égard. Le sous-traitant vise à tirer le plus de bénéfices possibles de son contrat. Parfois, il préfère être en relation directe avec le maître de l'ouvrage afin de pallier l'insolvabilité de son contractant direct ou en vue de tirer des bénéfices économiques et de gagner les marchés dans les prochaines opérations²⁷.

9. Enfin, la dernière, et, la plus importante partie, est l'entrepreneur principal ou le titulaire du marché. Il est le maillon intermédiaire qui possède des rapports contractuels directs avec les parties dans les deux contrats, c'est-à-dire le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. L'entrepreneur principal, en concluant le sous-contrat, cherche son propre intérêt, à savoir, la réalisation d'un maximum de bénéfices possibles. Cependant, il subit les défaillances des sous-traitants à l'égard du maître de l'ouvrage, en étant le seul responsable devant lui des fautes du ou des sous-traitants. L'entrepreneur principal ne sera libéré de ses engagements vis-à-vis du maître de l'ouvrage que dans la mesure où les prestations sous-traitées sont compatibles avec la satisfaction de ce dernier. Les rapports entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal sont influencés par cette satisfaction. Ainsi, les malfaçons dans le contrat de sous-traitance produisent « *un effet de domino* »²⁸ sur le contrat principal et les autres contrats de sous-traitance en cas de sous-traitance en chaîne²⁹.

²⁵ Paola Prioddi « *International subcontracting in EC private international law* », *Yearbook of private international law*, vol. 7, 2005, p. 288 ; Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », *RDAL*, 1986, p. 535 ; Patrice Level, article *op. cit.*

²⁶ Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 1994, p. 125 ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, 1979, p. 250.

²⁷ Patrice Level, « *La négociation du contrat de sous-traitance* », article *op. cit.*, 1985, p. 137.

²⁸ Hughes Gray et Murdoch, « *Construction subcontracts : for what we are about to receive* », *Paper to the 7th annual construction law conference*, « *Risk management and procurement in construction* », King's College, London, September 1994.

²⁹ Le sous-traitant comme l'entrepreneur principal peut choisir de faire les travaux lui-même ou de les sous-traiter à d'autres sous-traitants ultérieurs.

Introduction

10. Malgré la nature triangulaire de l'opération de sous-traitance, les deux contrats, contrat principal et contrat de sous-traitance, restent indépendants sur le plan juridique. En vertu de l'article 1103 du Code civil, le contrat ne tient lieu de loi qu'à ceux qui les ont fait et dès lors « *ne crée d'obligations qu'entre les parties, les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* »³⁰. Par conséquent, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant sont considérés comme des tiers l'un par rapport à l'autre. En principe, le sous-traitant ne peut réclamer le paiement à l'égard du maître de l'ouvrage, et ce dernier ne peut agir sur le plan contractuel vis-à-vis du sous-traitant en cas de défaillance ou de mauvaise exécution.

11. Néanmoins, les législateurs, dans différents pays, ont tenu compte de cette nature spéciale du contrat de sous-traitance, ce qui les a incités à élaborer des textes spéciaux pour régler ce contrat à la lumière de ses rapports triangulaires³¹. Ainsi, le législateur égyptien, depuis 1948, a consacré aux sous-traitants une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage, afin de lui demander directement le paiement des travaux réalisés en vertu du contrat de sous-traitance³². La même action a été adoptée par le législateur français en vertu de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance³³. Dans le même sens, ce privilège a été consacré par les législateurs dans différents pays, tels que la

³⁰ Nouvel article 1199 du Code civil. Cet article pose le principe de relativité des conventions.

³¹ Pierre Catala, préface de la thèse de Jean Néret, « *Le sous-contrat* », *op. cit.*

³² L'article 662 du Code civil dispose que « *les sous-traitants et, les ouvriers qui travaillent pour compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage ont une action directe contre l'auteur de la commande jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée* ».

³³ La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance a disposé dans son article 12 que « *le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage* ».

Introduction

Belgique³⁴, le Luxembourg³⁵, l'Espagne³⁶, l'Irak³⁷, l'Algérie³⁸, tous ont créé une action de paiement direct entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. En vertu de ces dispositions, le sous-traitant possède la faculté de demander directement le paiement à son cocontractant, mais en cas de défaillance ou d'insolvabilité de celui-ci, il peut le réclamer *via* une action directe à l'encontre du maître de l'ouvrage.

12. Par ailleurs, si le sous-traitant peut réclamer le paiement à l'égard du maître de l'ouvrage, ce dernier, en étant tiers au contrat de sous-traitance, ne peut lui demander, sur le plan contractuel, une réparation des préjudices pour les dommages subis en cas des malfaçons ou de retard d'achèvement des travaux. Par conséquent, si le maître de l'ouvrage décide d'agir directement contre l'auteur réel du dommage, le sous-traitant, il ne trouvera que le fondement délictuel pour réclamer ses droits. Le sous-traitant risque, alors, d'être soumis à deux sortes de règles : des règles contractuelles, si le demandeur de l'action est l'entrepreneur principal, et des règles délictuelles, si c'est le maître de l'ouvrage qui a intenté l'action, avec tous les inconvénients d'une telle dualité. En effet, l'assimilation de la faute délictuelle à la faute contractuelle soumet le sous-traitant à une responsabilité plus stricte que celle engagée en vertu de son propre contrat. Si l'entrepreneur principal agit contre le sous-traitant, ce dernier pourra bénéficier des règles de responsabilité contractuelle moins rigoureuses que celles de la responsabilité

³⁴ Loi hypothécaire du 19 février 1990, modifiant l'article 1798 du Code civil belge : « *Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée* ».

³⁵ Loi du 13 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance. L'article 7 consacre cette action directe à l'égard du maître de l'ouvrage en vertu de l'article 6 et 7 qui disposent que « *si le soustraitant est accepté et ses conditions de paiement agréées par le maître d'ouvrage (art. 6), celui-ci paiera directement le sous-traitant « pour la part du marché ou du contrat dont il assure l'exécution » (art. 7).*

³⁶ Selon l'article 1597 du Code civil espagnol : « *Ceux qui apportent leur travail ou leurs matériaux à une entreprise faite à forfait, n'ont d'action contre le propriétaire que dans la mesure de ce qu'il doit encore à l'entrepreneur lors de la réclamation* ». Texte original dispose que : « *los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude aquél cuando se hace la reclamación* », cité par Marie Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », TCFDIP, 2008-2010, p. 225. V. note 26, p. 242, Mme Ancel estime que cet article peut être implanté en Amérique du Sud.

³⁷ Article 882 du Code civil irakien, Marie-Élodie Ancel, article *op. cit.*, citant, Al-Saadoon, « *The applicability of the Iraqi civil code to construction contracts* », ICLR, 2008, p. 70.

³⁸ Article 565 du Code civil algérien : « *Les sous-traitants et les ouvriers qui travaillent pour le compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage, ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée. Cette action appartient également aux ouvriers des sous-traitants à l'égard tant de l'entrepreneur principal que du maître de l'ouvrage* ».

Introduction

délictuelle. Ainsi, il peut, par exemple, opposer les clauses contractuelles prévues dans son contrat comme les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, soulever l'absence de mise en demeure³⁹, évincer la demande de réparation pour le préjudice imprévisible consacrée en matière de responsabilité délictuelle, etc.⁴⁰ En revanche, le sous-traitant ne pourra opposer aucune de ces clauses dans l'action délictuelle intentée par le maître de l'ouvrage à son égard⁴¹.

13. En outre, cette dualité conduit à une sorte d'incohérence fonctionnelle au sein de l'opération. Le régime de responsabilité du sous-traitant serait distinct selon la qualité du demandeur à l'action. Si le demandeur à l'action en responsabilité, pour la mauvaise exécution du contrat de sous-traitance était l'entrepreneur, les dispositions de la responsabilité contractuelle seraient applicables. En revanche, celles de la responsabilité délictuelle s'appliqueraient si c'était le maître de l'ouvrage qui l'intentait⁴².

14. Par ailleurs, la différence de nature de responsabilité selon la qualité du demandeur n'est pas la seule source du déséquilibre au sein de l'opération économique. En effet, la concurrence entre plusieurs contrats pour exécuter la même opération économique exige la présence d'une certaine harmonie entre les stipulations contractuelles de tous les contrats. Pourtant, l'indépendance juridique entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance peut aboutir à une incohérence au sein de l'opération contractuelle. Ainsi, rien n'empêche l'entrepreneur principal de prévoir des obligations contractuelles plus rigoureuses que celles pour lesquelles il s'est engagé dans le contrat principal, comme par exemple, stipuler des clauses pénales plus élevées ou prévoir une durée de responsabilité contractuelle plus longue que dans le contrat de base. La présence

³⁹ La mise en demeure est obligatoire en matière contractuelle alors qu'une telle obligation n'existe pas en matière délictuelle, selon l'article 1146 du Code civil, « *les dommages-intérêts ne sont pas dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation* ».

⁴⁰ Selon l'article 1150 ancien du Code civil « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». L'article 1231-3 nouveau du Code civil dispose que « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ». Cet article est une conséquence inéluctable du principe de l'autonomie de la volonté traduisant une spécificité indéniable de la responsabilité contractuelle.

⁴¹ La différence entre la responsabilité contractuelle et délictuelle est importante, selon M^{lle} Viney, le rapprochement entre le régime de la responsabilité contractuelle et celle de la responsabilité délictuelle peut paraître comme une solution afin de rectifier les inconvénients cités, v. Geneviève Viney, note sous l'arrêt *Besse*, JCP 1991, II, 21743.

⁴² *Ibid.*

Introduction

des clauses contractuelles différentes peut, parfois, rompre l'harmonie au sein de la même opération contractuelle et détruire l'équilibre qui doit exister entre donneurs et preneurs d'ordre⁴³.

15. Ces problèmes qui se rencontrent d'ailleurs dans tous les contrats liés, ont conduit la doctrine, depuis le milieu du siècle dernier⁴⁴, à estimer que le contrat n'est plus un monde fermé, hermétiquement clos aux influences extérieures à sa conclusion. Le contrat n'est plus l'affaire de ses seuls signataires⁴⁵. Tout événement se trouve nécessairement relié à un autre. Pourquoi en serait-il autrement pour le contrat⁴⁶? Le contrat ne vient pas du vide, il est conditionné par un ensemble d'événements. Aucun contrat n'est véritablement isolé⁴⁷. En intégrant le contrat dans son activité économique, il prend sa véritable dimension. Un contrat est, alors, considéré en fonction d'un ensemble auquel il est incorporé ; il n'est pas apprécié dans son individualisme, mais au regard de son ensemble⁴⁸. Une harmonie doit exister entre les contrats de l'ensemble par rapport aux obligations contractuelles et aux relations entre les intervenants. Ces derniers ne doivent être considérés comme des tiers l'un par rapport à l'autre. Ainsi, le maître de l'ouvrage doit pouvoir intenter une action directe contre l'auteur réel des dommages et le sous-traitant doit pouvoir réclamer le paiement du bénéficiaire réel des travaux.

16. Ces idées ont été brillamment théorisées vers la fin du siècle dernier, par le professeur Teyssié⁴⁹. Sa thèse a été un tournant décisif en matière de contrats liés, non seulement dans la doctrine française, mais également dans la doctrine

⁴³ Claude Alterson, « *La sous-traitance des marchés de travaux et de services* », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés et de travaux et de services*, Economica 1978, p. 1.

⁴⁴ Plusieurs auteurs ont constaté la crise du contrat isolé. Par exemple, Demogue avait pressenti depuis longtemps l'importance des liens qui peuvent se tisser entre plusieurs contrats en soulignant que « *souvent les actes juridiques ne sont pas indépendants, ils sont liés avec d'autres* », *Traité des obligations*, T. II, 1923, n° 918. Mais M. Teyssié était le premier à construire une thèse synthétique en la matière. Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Thèse de doctorat, Montpellier 1, 1974.

⁴⁵ Catherine Guelfucchi-Thibierge, « *De l'élargissement de la notion de parties au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif* », *RTD civ.*, 1994, p. 275 ; Bernard Teyssié, *Thèse op. cit.*, n° 20 ; Yves Lequette, préface sur la thèse de Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », *Thèse op. cit.* ; Michel Cabrillac, « *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale* », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s.

⁴⁶ Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007, n° 6.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Jean Overstake « *Essai de classification des contrats spéciaux* », Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1966, p. 17.

⁴⁹ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », *Thèse op. cit.*

Introduction

égyptienne⁵⁰. L'éminent professeur a observé que l'on devait prendre conscience de l'existence de différents types de contrats. Un premier type dont ni la jurisprudence ni la doctrine ne peut contester la conception unitaire et l'évidence des théories monistes à son propos⁵¹. Alors que le second type concerne des contrats qui sont analysés comme complexes et qu'il est donc impossible désormais à envisager isolément⁵². Ces derniers ont besoin d'un statut spécial, différent de la conception classique des contrats. Un tel statut se fonde sur deux aspects. Aux termes du premier, il ne faut plus considérer les parties extrêmes comme des tiers l'un par rapport à l'autre, mais leur conférer des actions contractuelles réciproques. De telles actions permettent, d'une part, à la victime des malfaçons qui est, dans la plupart des cas, le maître de l'ouvrage, d'intenter une action contractuelle directe contre l'auteur réel des dommages, le sous-traitant. D'autre part, la nouvelle approche permet au sous-traitant de réclamer directement le paiement au maître de l'ouvrage, en cas d'insolvabilité ou de défaillance de l'entrepreneur principal, nonobstant l'absence d'un contrat direct liant les parties extrêmes. L'autre aspect du statut spécial de ces contrats complexes consiste à assurer une harmonie entre les clauses contractuelles des différents contrats visant la réalisation d'une même opération économique. Une telle harmonie vise à se dégager de la conception isolée des contrats et de la remplacer par une autre, globale, qui tient compte de l'opération dans son ensemble.

⁵⁰ Mostafa Abd Al Sayed Algarhy, « *Le contrat de sous-traitance, étude comparée en droit égyptien et français* », *Dar Al Nahda Al Arabeya*, Le Caire, Égypte, 1988 ; Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », ouvrage *op. cit.*

⁵¹ Le succès des thèses monistes est évident, par exemple, à l'étude des contrats provisoires, *ibid.*, n° 26.

⁵² *Ibid.*, n° 50 et 68. La thèse du professeur Teyssié était l'étincelle qui a allumé le chemin vers d'autres thèses et théories et depuis ce moment-là, personne ne nie plus l'existence de ce phénomène de contrats liés, même si on est toujours à la recherche de son fondement. Exemples des thèses et ouvrages en matière de contrats liés : Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014 ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007 ; Jean-Michel Marmayou, « *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties : méthode de distinction* », Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2001 ; Rémy Cabrillac, « *L'acte juridique conjonctif : en droit privé français* », Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1990 ; Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.* ; Frédérique Fiechter-Boulevard, « *La transmission de l'engagement dans les contrats en chaîne* », Thèse de doctorat, Université Pierre Mendès, 1992 ; Paul Alain Foriers, « *Groupes de contrats et ensembles contractuels : quelques observations en droit positif* », Bruxelles, Belgique, De Boeck & Larcier, 2006 ; Rémy Cabrillac, « *L'acte juridique conjonctif : en droit privé français* », Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1990.

Introduction

17. Cette théorie a eu un fort écho sur la doctrine en Égypte et en France. On a souligné que si le Code civil de 1804 a été construit sur le modèle du contrat isolé, ce qui veut dire que l'individu conclut un contrat pour satisfaire un besoin et la volonté des parties est le seul maître du contrat, cette philosophie doit s'accommoder aux nouvelles données. Avec l'imbrication des relations contractuelles, développer une vision globale, dans laquelle le contrat n'est plus perçu comme coupé de son milieu juridique, paraît une théorie primordiale⁵³. Le rôle du législateur serait d'accueillir les nouvelles figures contractuelles que la conscience collective aurait dégagées, ainsi que de rétablir la justice et l'équité entre les différentes parties à l'opération contractuelle selon une vision globale⁵⁴. Nier ces liens entre les différents contrats d'une même opération serait nier une réalité économique incontestable.

18. Le législateur français, par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats⁵⁵, a appréhendé, par divers textes, ce phénomène de contrats complexes, en disposant dans l'article 1186 du Code civil que « *lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ». De plus, en vertu de l'article 1188 du même Code, « *lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci* ».

19. Si l'initiative du législateur français d'accueillir ces nouvelles images contractuelles doit être saluée, elle est, pourtant, insuffisante. Il n'a pas adopté une réglementation globale pour les contrats liés. Rien n'impose, ou au moins ne recommande, une coordination entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal qui visent à réaliser une opération économique commune. En outre, le

⁵³ Jacques Moury, « *L'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats* », RTD civ. 1994, 255 ; Jacques Mestre, « *Groupe de contrats* », RTD civ. 1989, 75 ; Mestre, RTD civ. 1986, 594 ; Jacques Mestre « *L'évolution contemporaine de droit de contrats* », RTD civ. 1985, 45 et spéc. p. 55 ; Jean-Michel Marmayou, « *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties* », Thèse *op. cit.*, p. 11 et s.

⁵⁴ Ibrahim Najjar, « *La notion d'ensemble contractuel, une certaine idée de droit* », Mélanges offertes à Decoq, 2004, p. 509.

⁵⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

Introduction

sous-traitant et le maître de l'ouvrage qui sont les vrais créanciers et débiteurs de l'opération, n'ont pas de cadre juridique précis pour réglementer leurs relations. Par ailleurs, ni le législateur égyptien ni la jurisprudence égyptienne n'ont voulu se dégager des conceptions classiques des contrats isolés.

20. Toutefois, il convient de constater que malgré les difficultés et les inconvénients résultants du traitement isolé des contrats liés sur le plan interne, les complexités seront toujours plus limitées par rapport à la perspective internationale. Sur ce plan, les difficultés susmentionnées s'accroissent en raison de la coexistence de plusieurs ordres juridiques régissant le même rapport⁵⁶. Il convient d'étudier l'effet de l'internationalité du contrat de sous-traitance sur le régime de ce contrat complexe⁵⁷.

21. Un contrat international de sous-traitance est « *celui qui comporte des liens ou présente des points de contact avec plusieurs pays et partant avec plus d'un système juridique étatique* »⁵⁸. Ainsi, un contrat de sous-traitance est international s'il a des liens avec plus d'un système juridique par sa conclusion, son exécution ou la situation de ses parties par leur nationalité, leur domicile ou la localisation de son objet⁵⁹.

22. La présence de plusieurs systèmes juridiques dans une même opération contractuelle augmente les difficultés déjà évoquées en droit interne. La première difficulté concerne la désignation de la loi compétente, afin de déterminer les droits et les obligations des parties à l'opération. Prenons un exemple pour mieux comprendre la question. Pour une construction d'un barrage au Ghana, un contrat principal a été conclu entre le gouvernement ghanéen et un entrepreneur principal français. Ce dernier a sous-traité une partie des travaux à deux importants sous-traitants allemand et suisse. Dans cette hypothèse, quelle est la loi qui régira le contrat de sous-traitance ? Est-ce le droit ghanéen, français, suisse ou allemand ?

⁵⁶ Mohamed Salah, « *Les groupes de contrats, intérêt de la notion en droit international privé et le droit de l'arbitrage international* », article *op. cit.* ; Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, n° 310.

⁵⁷ Terme employé par Emmanuel Cordelier, « *Les contours de la sous-traitance* », article *op. cit.*

⁵⁸ Antoine Kassis, « *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* », Paris, LGDJ, 1993, 88.

⁵⁹ Henri Batiffol, « *Contrats et conventions* », Répertoire de droit international, Encyclopédie juridique Dalloz, I, 1968, n° 9, p. 564.

Introduction

Quelle est la loi qui régira la relation entre le maître de l'ouvrage et les sous-traitants ?

23. Si les lois de tous les pays étaient uniformes, ces questions ne se poseraient pas. Toutes les relations seraient régies par une même et unique loi. Toutefois, cette utopie que les juristes souhaitent, n'existe pas⁶⁰. Les Nations Unies ont cent quatre-vingt-neuf membres avec trois cent neuf systèmes juridiques différents en raison de l'existence des systèmes fédéraux comme ceux des États-Unis, du Canada, de la Russie ou de l'Australie. Quelle est l'influence de la différence entre les systèmes juridiques sur les droits et les obligations des parties ? Là apparaît une nouvelle série de difficultés !

24. En effet, la diversité de lois applicables n'est pas sans conséquences sur l'harmonie des solutions au sein de la même opération. Une telle dichotomie mène à deux genres de difficultés : les premières au niveau des contrats et les secondes au niveau des parties extrêmes, à savoir le sous-traitant et le maître de l'ouvrage⁶¹.

25. Concernant les premières, c'est la cohérence et l'efficacité de l'opération économique qui seraient remises en cause. La vocation de plusieurs lois à s'appliquer au contrat de sous-traitance et au contrat principal pourrait aboutir à la coexistence de solutions contradictoires⁶². La diversité des dispositions applicables aux deux contrats concernant, par exemple, la prescription, la force majeure, les clauses pénales ou encore les clauses limitatives de responsabilité, peut aboutir à des solutions contradictoires. C'est, ainsi, le cas si le contrat principal est résilié en vertu de la force majeure, alors que la loi applicable au contrat de sous-traitance prévoit des dispositions différentes à cet égard. Ou encore, les contradictions se manifestent si le maître de l'ouvrage a pu obtenir une réparation de l'entrepreneur principal alors que l'action de ce dernier contre le sous-traitant est prescrite en vertu

⁶⁰ Philip Britton, « *Choice of law in construction contracts, the view from England* », ICLR, 2002, p. 242.

⁶¹ Si la doctrine a essayé de théoriser et de réglementer le problème des contrats liés, la plupart des ouvrages a concentré sur la nature de relation entre les parties extrêmes et l'action intentée de chacune des maillons de la chaîne. À l'opposé, la question de l'équilibre et la cohérence entre les différents contrats composants l'ensemble contractuel unique, n'a pas eu la même attention soit sur le plan interne ou international.

⁶² Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, et Pascal de Vareilles-Sommières, « *Droit international privé* », Paris, Dalloz, 2004, n° 378-3. Pour l'exigence de la cohérence, v. René Savatier, « *L'évolution contemporaine du droit des contrats* », Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, p. 41 et s.

Introduction

de la loi applicable à leur contrat. Une absence d'harmonie entre les solutions applicables aux contrats aboutit à des solutions peu satisfaisantes pour les parties.

26. Le second groupe de difficultés concerne la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. La présence de plusieurs lois régissant le contrat principal et le contrat de sous-traitance nous mène à une impasse. Imaginons que la loi régissant le contrat principal qualifie la relation entre les parties extrêmes de délictuelle, alors que celle du contrat de sous-traitance la qualifie de contractuelle, quelle loi aura la prééminence ? Et même dans les cas où les deux lois reconnaissent la nature contractuelle de l'action directe entre les parties extrêmes, selon la loi de quel contrat se déterminent les conditions et l'étendue de l'action ?

27. Les réponses à toutes ces questions sont absentes des Règlements Rome I et Rome II régissant les obligations contractuelles et non contractuelles en Europe, ainsi que du droit international privé égyptien⁶³. On peut alors constater une sécurité juridique menacée. Le contrat de sous-traitance a besoin de sécurité juridique ; une sécurité qui tient compte des intérêts des différents protagonistes en assurant la prévisibilité de la loi applicable. Néanmoins, on se trouve devant « *une omerta* »⁶⁴ du législateur et de la jurisprudence internationale. Rien ne la prouve mieux qu'« *un état des lieux* »⁶⁵ des règles actuelles. En effet, à l'occasion de l'étude de ces règles, selon le Règlement Rome I et le droit international privé égyptien, on constate, dans la première partie de la thèse, la crise produite par les règles classiques qui ne tiennent pas compte de la nature spéciale du contrat de sous-traitance.

28. Une telle crise relève, notamment, de la complexité du contrat de sous-traitance⁶⁶, comme l'a, à juste titre, souligné M. Alterson : « *la sous-traitance est un domaine difficile à pénétrer, où les questions mal résolues ou imparfaitement résolues sont nombreuses, ne serait-ce qu'en raison de l'ambiguïté qui règne*

⁶³ Le droit international privé en Égypte est codifié dans les articles 9 à 24 du Code civil égyptien adopté en 1949, qui n'a pas été sujet de modifications depuis lors. Le développement des articles 19 et 20 sur les obligations contractuelles fera l'objet ultérieurement dans notre recherche.

⁶⁴ Terme emprunté à Philippe Khan, « *Droit international économique, droit du développement, "lex mercatoria" : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?* », in *Le droit des relations économiques internationales*, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, p. 97-107.

⁶⁵ Le terme est emprunté à Anne Sinay-Cytermann, « *État des lieux sur les articles 14 et 15 du Code civil en droit international privé* » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet, Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, LexisNexis, 2013, p. 433-456.

⁶⁶ Michel Pédamon, préface de Georges Valentin, « *Les contrats de sous-traitance* », Thèse de doctorat, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1975, p. 2.

Introduction

*autour de la sous-traitance, des abus auxquels cette forme de coopération peut donner lieu, des situations d'insécurité qu'elle peut engendrer »⁶⁷. En partant de ce constat-là, nous nous sommes efforcée, dans la seconde partie de la thèse, de chercher des solutions qui peuvent faire face à cette crise. Afin de trouver des solutions adaptées à la nature particulière du contrat de sous-traitance, nous avons estimé qu'il faut commencer par une « *autopsie* »⁶⁸ de ce contrat, de laquelle il en est ressorti que seule une émancipation des solutions classiques permet d'arriver à un système transparent qui tient compte de la nature spéciale du contrat de sous-traitance et qui assure la sécurité, la justice et l'équilibre malmenés par le système en vigueur.*

⁶⁷ Claude Alterson, « *La sous-traitance des marchés de travaux et de services* », article *op. cit.*

⁶⁸ Terme emprunté à Daniel Mainguy, « *Autopsie d'un puzzle juridique, les montages contractuels et sociétaires à l'épreuve de la jurisprudence récente* », in *Le monde du droit*, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, 2008, Economica, p. 655, cité par Nicolas Dissaux, « *Franchise* », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2019, actualisation 2020.

Partie I – La crise de la loi applicable au contrat de sous-traitance internationale, le système en vigueur, un système opaque

29. Le législateur a défini le contrat de sous-traitance comme étant « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise* »⁶⁹.

30. Selon cette définition, on constate que le contrat de sous-traitance est un contrat doté d'une nature spéciale par rapport aux autres contrats⁷⁰. Il est, d'une part, un contrat juridiquement autonome, conclu entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, selon lequel le sous-traitant s'engage moyennant une rémunération, de façon indépendante, à exécuter le travail au profit de l'entrepreneur principal. Mais il est, d'autre part, une « *miniature* »⁷¹ ou une reprise d'un contrat préalable qui est le contrat d'entreprise principal dont il reprend le même objet et vise à en exécuter le même objectif, et en est donc dépendant. En d'autres termes, le contrat de sous-traitance est un contrat juridiquement indépendant et économiquement dépendant.

31. Sur le plan national, en France et en Égypte, le législateur a eu conscience de cette nature spéciale du contrat de sous-traitance. Dès lors, il a adopté des dispositions particulières, qui tiennent compte de la nature mixte de ce contrat, ainsi que de l'effet d'une telle nature sur la relation entre les différentes parties. En France, une loi spéciale sur la sous-traitance a été élaborée en 1975 afin de réglementer les différents écueils de ce contrat⁷². En Égypte, le législateur a consacré dans le Code civil, adopté en 1948, des dispositions régissant le contrat

⁶⁹ Article 1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

⁷⁰ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977, p. 139 ; Deen Gibirila, « *Louage d'ouvrage et d'industrie, entreprise et sous-traitance* », JCl. Civil Code, Art. 1787, Fasc. 20, 2019, n° 15 ; Laurent Aynès Philippe Malaurie, « *Droit des contrats spéciaux* », Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 708 et n° 754.

⁷¹ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* » Paris, LGDJ, 2003, p. 205.

⁷² Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

de sous-traitance et la relation entre le sous-traitant, l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage⁷³.

32. Néanmoins, sur le plan de droit international privé, aucune règle de conflit spéciale ne tient compte de la nature mixte du contrat de sous-traitance. Il est soumis comme les autres contrats aux règles de conflits applicables aux contrats internationaux. Ces dernières traitent de la même façon les contrats, qu'ils soient isolés ou liés⁷⁴. Malgré les liens entretenus entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, on est, au niveau du droit international privé, en présence d'un contrat isolé et indépendant⁷⁵. Sous réserve de quelques règles précises⁷⁶, la présence du contrat de sous-traitance dans la même opération du contrat principal n'a aucun effet sur les règles applicables. Les liens très étroits qui unissent les deux contrats, n'ont pas d'influence sur la désignation de la loi applicable, ce qui emporte c'est la nature juridique du contrat et non les liens qu'il entretient avec les autres contrats. Par conséquent, des lois distinctes ont vocation à régir le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Un tel morcellement peut conduire à une absence de cohérence et à une atteinte à l'unité fonctionnelle unissant les contrats, lorsqu'ils concourent à la réalisation d'une opération économique commune. En effet, les règles actuelles régissant le contrat de sous-traitance montrent une crise des règles applicables (Chapitre I).

33. La qualification isolée des contrats conduit, également, à traiter la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage comme des tiers. Toutefois, si la catégorie des parties désigne les personnes ayant échangé *stricto sensu* leur consentement pour conclure le contrat, la catégorie des tiers est « *hétérogène et*

⁷³ Le contrat d'entreprise et le contrat de sous-traitance sont régis par les articles 646 à 667 du Code civil dont les articles 661-662 régissent le contrat de sous-traitance.

⁷⁴ Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, n° 286, p. 313.

⁷⁵ Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Fasc. 1450, 2013, n° 144 ; Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2017, n° 4 ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 181, p. 147 et s. ; Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, n° 433 ; Matthieu Poumarède et Didier Krajieski, « *Contrats relatifs à la construction* », in Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^e éd., Dalloz, 2018-2019, n° 3312.397.

⁷⁶ Comme l'application de la même loi en se référant à la volonté tacite, v. *infra* n° 55 et s., ou à la clause d'exception, *infra* n° 129 et s.

évolutive »⁷⁷ en droit interne. On devra s'interroger sur la question en droit international privé⁷⁸ (Chapitre II).

⁷⁷ Laurent Aynès Philippe Malaurie, « *Droit des obligations* », Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 793, p. 408.

⁷⁸ Sur la notion du tiers et des parties, en droit interne, v. Jacques Ghestin, « *Les effets du contrat à l'égard des tiers : Introduction* », in Jacques Ghestin et Marcel Fontaine, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, LGDJ, 1992, p. 4 ; du même auteur, « *La distinction des parties et des tiers au contrat* », JCP, 1992, I, 3628 ; « *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers* », RTD civ. 1994, p. 777 ; Jean-Luc Aubert, « *À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers* », RTD civ. 1993, p. 263 ; Catherine Guelfucchi-Thibierge, « *De l'élargissement de la notion de parties au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif* », RTD civ. 1994, p. 275 ; Christian Larroumet, « *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé* », Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, Faculté de droit et des sciences économiques, 1968 ; Ashraf Abd El Azim Abd El Wahed, « *La nature juridique de la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage* », Université d'Ain Shams, Égypte, 2007, p. 652 et s. En droit international privé, v. Yvonne Flour, « *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé* », Doctorat d'État, Université Paris II, 1977 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat* », Thèse *op. cit.*

Chapitre I – La crise de la loi applicable entre les parties contractantes

34. La rupture des règles applicables aux contrats internationaux élaborées sur l'image des contrats isolés avec les nouvelles constantes de la vie commerciale, dans laquelle la division du travail s'impose, et la chaîne de contrats devient plus complexe, montre une crise de ces règles actuelles⁷⁹. « *L'isolationnisme* »⁸⁰ qui caractérisait les relations de nos ancêtres, n'est plus, à notre époque de dynamisme accéléré, « *qu'une dangereuse chimère* »⁸¹.

35. Or, si la doctrine et le législateur en droit interne ont eu conscience de la nécessité de l'évolution des règles applicables en matière des contrats pour répondre aux besoins de la pratique⁸², le législateur en droit international privé continue à traiter les contrats comme des îles isolées les unes par rapport aux autres⁸³. Le contrat de sous-traitance représente l'image probante de cette crise. En examinant les règles de désignation de la loi applicable au contrat de sous-traitance internationale en France et en Égypte, on constate l'isolationnisme de telles règles. (Section I). Cet examen dévoile les différentes difficultés qui peuvent résulter de l'application des règles de conflit actuelles. Toutefois, conscients « *qu'une branche donnée du savoir doit se trouver à chaque époque plus ou moins*

⁷⁹ Bernard Audit, « *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois)* », RCADI 1984, p. 219, surtout p. 229 ; André Barreyre, « *L'évolution et la crise du contrat, étude synthétique et critique* » Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1937, p. 115.

⁸⁰ Terme employé par M. Shalev Ginossar, « *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers* », LGDJ, 1963, n° 2, p. 6 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, n° 1, p. 19.

⁸¹ Shalev Ginossar, « *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers* », *loc. cit.*

⁸² V. Les références des théories des groupes de contrats en droit interne, *supra* note 52.

⁸³ Sauf des applications particulières *via* la clause d'exception, ou la volonté tacite, v. *infra* n° 55 et 129. En outre, les considérants n° 20 et 21 du préambule du Règlement Rome I tiennent compte des liens qui existent entre les contrats. Ainsi, le considérant 20 dispose que, « *lorsque le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui indiqué à l'article 4, paragraphe 1 ou 2, une clause d'exception devrait prévoir que c'est la loi de cet autre pays qui doit s'appliquer. Afin de déterminer ce pays, il convient de prendre en compte, notamment, l'existence de liens étroits du contrat avec un ou plusieurs autres contrats* ». De plus, le considérant 21 dispose qu' « *en l'absence de choix, lorsque la loi applicable ne peut être déterminée en raison de l'impossibilité de classer le contrat dans l'une des catégories définies ou de déterminer la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat, alors le contrat devrait être régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Pour déterminer ce pays, il convient de prendre en compte, notamment, l'existence de liens plus étroits avec un ou plusieurs autres contrats* ». Il sied de constater que ces considérants n'ont pas de force normative, v. Sophie Lemaire, « *Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I* », D. 2008, 2157.

en état de crise »⁸⁴, les juges, dans les différents systèmes, possèdent des mécanismes correctifs, créés par la jurisprudence et par la loi, afin de faire face à l'originalité de certaines opérations. Il convient de s'interroger sur l'aptitude des mécanismes correctifs à pallier les inconvénients de l'isolationnisme des règles en vigueur (Section II).

Section I – L'indépendance de la loi applicable au contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal

36. L'indépendance du contrat de sous-traitance internationale par rapport au contrat principal commence dès la phase de qualification.

37. Le juge, saisi d'un litige interne ou international, avant d'y déterminer le régime juridique approprié, doit commencer par un procédé de qualification. Cette dernière est l'opération intellectuelle qui consiste à rattacher un acte, un fait, une situation juridique à un groupe de règles déjà existant (concept juridique, catégorie, institution)⁸⁵.

38. Le juge, quand il qualifie le contrat de sous-traitance internationale, en France ou en Égypte, ne considère que la présence d'« *une personne qui s'oblige contre une rémunération à exécuter pour l'autre partie un travail déterminé sans la représenter et de façon indépendante* »⁸⁶ et par suite, le classe dans la catégorie de contrat d'entreprise⁸⁷. Les liens qui attachent le contrat de sous-traitance à son

⁸⁴ Selon M. Audit, « *Le mot crise désigne une rupture d'une situation jusque-là apparemment stable, avec la dévaluation des mots, on lui substitue même souvent celui de « révolution* », Bernard Audit, « *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit* », cours op. cit., p. 229.

⁸⁵ Serge Guinchard et Thierry Debard, « *Lexique des termes juridiques* », 27^e éd., Lexiques, Dalloz, 2019, p. 879.

⁸⁶ V. la décision de la Cour de justice 23 avr. 2009, *Falco Privatstiftung*, aff. C-533/07, la Cour a défini la prestation de service, « *La notion de services implique pour le moins que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération* », point 29 de l'arrêt.

⁸⁷ La catégorie de contrat d'entreprise n'apparaît ni dans le Règlement Rome I ni dans la Convention de Rome. Dans la Convention de Rome, ce contrat appartient à la catégorie générale des contrats régis, concernant la désignation de la loi applicable, par l'article 3 et 4 de la Convention comme on va l'étudier ultérieurement. Le droit égyptien est proche de cette figure puisque l'article 19 du Code civil régit toutes sortes des obligations contractuelles. Par ailleurs, dans le Règlement Rome I, le législateur a cité huit contrats nommés qui sont les plus communs dans la pratique. Le contrat d'entreprise n'y figure qu'à travers la catégorie de prestation de services. Les auteurs admettent facilement que le contrat d'entreprise est un contrat de prestation de services. V. Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales* », JCl. Droit international, 552-11, 2016. V. Civ. 1^{ère}, *Sté Ippa Group GmbH c. Ayache*, 14 nov. 2007, RCDIP, 2008, 139, note Horatia Muir Watt. L'affaire concerne un contrat de fabrication de maquettes qui était qualifié comme un contrat d'entreprise et inséré donc dans la catégorie de prestations de services d'après le Règlement Rome I. V. *la définition donnée dans le Book IV Specific contracts et Annex 1, Definitions, p. 345* : « *La*

contrat de base, ne sont guère pris en compte lors de la qualification. Cette autonomie de qualification a pour conséquence que chaque contrat, (contrat principal et contrat de sous-traitance), est régi par sa propre loi.

39. Les règles conflictuelles régissant le contrat de sous-traitance sont, en principe, en France, les articles 3 et 4 du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui a succédé la Convention de Rome de 1980⁸⁸, alors qu'en Égypte, c'est l'article 19 du Code civil qui a vocation à s'appliquer⁸⁹.

40. La loi applicable au contrat de sous-traitance, selon les textes précédents, est désignée selon un système dualiste qui consacre le principe de l'autonomie de la volonté en cas de choix (Sous-section I). Alors qu'en cas d'absence de choix, des rattachements subsidiaires différents ont été adoptés en France et en Égypte (Sous-section II). En étudiant les règles applicables, on constate que ni les règles adoptées en cas de choix, ni celles retenues en cas d'absence de choix, ne permettent de prendre en compte les liens fonctionnels qui se trouvent entre le contrat de sous-traitance internationale et le contrat principal.

Sous-section I – Les règles applicables au contrat de sous-traitance en cas de choix

41. Il est universellement admis que la loi applicable au contrat international est celle choisie par les parties⁹⁰. Comme tout autre contrat, les parties au contrat de sous-traitance bénéficient d'une telle liberté. La loi choisie par les parties peut être la même loi que celle choisie au contrat principal, ou une loi différente. Le choix

consultation de ce document savant apprend seulement que le contrat de service est un contrat... par lequel une partie fournit un service à une autre ».

⁸⁸ Par contre, en raison de la difficulté de distinguer entre le contrat de vente ou d'entreprise, il n'est pas rare de trouver applicable les dispositions de la Convention de La Haye de 15 juin 1955 sur la loi applicable aux contrats de ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. L'article 1 de cette convention dispose que « *pour son application, sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication ou à la production* ». Cette définition est tellement large qu'elle peut conduire à comprendre les opérations d'entreprise dans le champ d'application de cette convention. De plus, peut se trouver appliquée également, la Convention de La Haye de 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale des marchandises, puisqu'elle inclut dans ses dispositions des contrats concernant les marchandises à fabriquer. Cette convention n'a pas été ratifiée par la France, par contre, elle peut être appliquée par les tribunaux arbitraux. V. Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 535, n° 29 ; Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire *op. cit.*, n° 24.

⁸⁹ Les conflits de lois en Égypte sont régis par les articles 10 à 28 du code civil adopté en 1948.

⁹⁰ Bernard Audit, « *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois)* », RCADI 1984, 219, surtout p. 290.

d'une même loi est souhaitable en tant que vecteur de cohérence et d'harmonie entre les solutions. Néanmoins, dans le second cas, le morcellement de droit applicable méconnaît les liens et l'unité fonctionnelle qui existent entre les deux contrats (§ 1). Les atteintes de l'autonomie de la volonté à l'harmonie des solutions au sein de la même opération ont parfois incité les juges à essayer de forcer le consentement des parties en faveur d'une unité de choix dans les contrats liés sous l'égide de la volonté implicite (§ 2).

§ 1 – L'autonomie de la volonté, un vecteur unificateur ou perturbateur

42. Le principe de l'autonomie de la volonté est gravé dans le droit de contrats internationaux depuis très longtemps⁹¹. Selon ce principe, les parties peuvent choisir librement la loi régissant leur contrat. Il a été adopté en droit égyptien dans l'article 19 du Code civil qui dispose que « *les obligations contractuelles sont régies par [...] (des rattachements subsidiaires)*⁹². *Le tout, à moins que les parties ne conviennent, ou qu'il ne résulte des circonstances, qu'une autre loi devra être appliquée* »⁹³.

⁹¹ En droit anglais l'autonomie de la volonté est consacrée depuis deux siècles, *Gienar c. Meyer* 1796, 2, Hy B1, 603. En droit français, il a été consacré dans l'arrêt *American Trading*. Actuellement, il paraît comme un principe légal selon le nouveau Code de procédure civile dont l'article 1496 dispose que « *l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisi ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées* ». Les auteurs estiment que le principe de l'autonomie de la volonté est considéré comme un critère de rattachement internationalement admissible. V. Jean-Michel Jacquet, « *Principe d'autonomie et contrats internationaux* », Paris, Economica, 1983 ; Jean-Christophe Pommier, « *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel* », Paris, Economica, 1992 ; Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI, vol. 196, 1986, pp. 9-238. Il est justifié par le fait qu'en principe les parties sont les meilleurs juges de leurs intérêts, ce qui appelle à leur donner la faculté de choisir la loi applicable qu'elles estiment appropriée. En revanche, il est hors de doute qu'aujourd'hui cette autonomie repose sur une règle de droit qui leur confère cette faculté, ce qui justifie la dérogation à cette volonté en cas de présence des règles d'application immédiate. V. Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, pp. 151-152. V. *infra* la loi de 1975 sur la sous-traitance en France, n° 186 et s.

⁹² V. *infra* sous-section II, n° 82 et s.

⁹³ Le principe de l'autonomie de la volonté est consacré en Égypte depuis l'année 332 Av. J.-C. Les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat en choisissant la langue du contrat. Le contrat rédigé en langue égyptienne démotique serait régi par les tribunaux et le droit égyptien, alors que le contrat rédigé en langue grecque donnerait la compétence aux tribunaux et le droit ptolémaïque, v. Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La science de la règle de conflit et le choix entre les législations* », 1^{ère} éd., *Dar Al Kotob Al kwmeya*, Al Mansoura, Égypte, 1996, n° 152 et 773. Ce principe a été affirmé dans des arrêts très anciens. Ainsi, dans un arrêt rendu le 3 juin 1925 par la Cour d'appel d'Alexandrie chambre 2^{ème}, le juge a décidé que « *la loi régissant le contrat est celle déduit de l'interprétation de la volonté des parties* », publié dans *Clunet*, 1925, p. 1076 ; dans une autre décision rendue le 18 février 1936, on a affirmé « *que le contrat est régi par la loi du lieu d'exécution, à moins que les parties ne conviennent qu'une autre loi ne devra être appliquée* », traduction libre. V. Ahmed Abd El Kerim Salama, ouvrage *op. cit.* ; Hafeeza Al Hadad et Hisham Sadek, « *Principes*

43. Pareillement en France, le principe de l'autonomie de la volonté a été consacré par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt *American Trading Co*⁹⁴. Selon cette décision la Haute Juridiction a souligné que « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée* ». En outre, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, suivie par le Règlement Rome I, ont réaffirmé le principe de l'autonomie de la volonté dans l'article 3.1 en disposant que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* »⁹⁵.

44. Le principe de l'autonomie de la volonté est considéré comme la pierre angulaire dans le domaine des obligations contractuelles⁹⁶, en raison de ses nombreuses vertus, dont les plus importantes sont la prévisibilité et la sécurité⁹⁷.

45. Le contrat de sous-traitance ne présente pas une différence particulière à ce propos⁹⁸. Comme tout autre contrat, les parties peuvent choisir librement la loi

en droit international privé », *Dar Al Matbouaat Al Gameya*, Alexandrie, Égypte, 2001, p. 343 ; Hisham Sadek, « *Conflits de lois. Étude de principes de droit international privé comparé* », *Manshaat Al Maaref*, Alexandrie, Égypte, 1974, p. 645 et s. L'article 19 du Code civil égyptien est repris par une dizaine de pays arabes dans leurs codes civils, à savoir la Syrie (article 20), la Libye (article 19), l'Iraq (article 24), l'Algérie (article 18), la Jordanie (article 20), le Koweït (article 59), le Soudan (article 13), la Somalie (article 19), les Émirats Arabes Unis (article 19) et le Yémen (article 30).

⁹⁴ Civ. 1^{er}, 5 déc. 1910, *American trading company*, S. 1911, 1, p. 129, note Lyon-Caen ; RCDIP 1911, p. 395 ; JDI, 1912, 1156 ; Bertrand Ancel, Yves Lequette, et Henri Batiffol, « *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* », 5^e éd., Dalloz, 2006, 11.

⁹⁵ Article 3 du Règlement Rome I et avant par la convention de Rome.

⁹⁶ Le principe a été adopté dans d'autres matières que les contrats, comme les obligations extracontractuelles et en droit de la famille. V. l'article 14 du Règlement Rome II ; en matière de droit de la famille, v. par exemple en matière de dissolution du lien matrimonial l'article 5 du Règlement Rome III les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce.

⁹⁷ Néanmoins, ce principe a connu une évolution passant par le refus absolu de ce principe par les partisans de l'objectivisme absolu, qui lui ont dénié tout rôle comme critère de rattachement, à l'objectivisme modéré qui lui assigne un rôle localisateur, c'est-à-dire donne aux parties le pouvoir de localiser le contrat dans un environnement juridique qui serait identifié ultérieurement par le juge, en arrivant à sa consécration par la Cour de cassation lors de l'arrêt *American Trading Co*. La littérature sur le sujet est abondante, v. Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, p. 262 et les références citées. Néanmoins, en droit interne des contrats, l'autonomie de volonté est en recul face à l'intervention du législateur dans les contrats pour protéger les intérêts des parties estimées comme faibles. L'autonomie de la volonté est née lors de la révolution française et le recul du christianisme, on fait de l'autonomie de la volonté « *l'alpha et l'oméga* » du droit en droit international privé, ce principe a évolué lors des années. L'expression est empruntée à Emmanuel Gounot, « *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* », Paris, A. Rousseau Editeur, 1912, p. 29, cité par Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat* », Thèse *op. cit.*, p. 19.

⁹⁸ Néanmoins, concernant le contrat d'entreprise en droit public, l'autonomie de volonté est théorique. On va jusqu'à contester l'autonomie de la volonté dans les marchés publics de travaux internationaux de la même façon qu'on conteste leur internationalité, Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 1992, n° 641, p. 535 ; Philippe Fouchard, « *La responsabilité des constructeurs en droit international privé* »,

régissant leur convention. En outre, la Convention de Rome et le Règlement Rome I permettent aux parties de modifier, à tout moment, un choix antérieur de droit applicable⁹⁹, ou d'effectuer un tel choix alors que leur contrat était à l'origine muet sur la question¹⁰⁰. Par contre, le choix doit être effectué d'une manière précise et sans ambiguïté¹⁰¹.

Rapport français aux journées égyptiennes (12-16 mai 1991) de l'Association Capitant, n° 20 ; Christian Weigand, « *The applicable substantive law in the case of international construction contracts. The application to contracts for the export of constructions in private international law* », ICLR, 1983-1984, p. 133.

⁹⁹ Article 3 § 2 de la Convention de Rome et du Règlement de Rome I dispose que « *les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article (article 3 § 1), soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers* ».

¹⁰⁰ Sur cette hypothèse, on peut citer l'exemple suivant : un contrat principal était conclu entre une société française *CAC Degremont* avec une société anglaise *Hick Hargreaves* qui a sous-traité les travaux à la société française *Sofferi*. En constatant des défauts lors de l'exécution du contrat, la société *CAC* a assigné la société anglaise devant le tribunal de commerce de Cambrai. La société anglaise a intervenu son sous-traitant. Alors que le droit anglais était choisi dans le contrat, la cour d'appel avait décidé que le droit français devrait être applicable au motif que les parties ont modifié le choix de loi initialement exprimé dans le contrat. La cour d'appel avait motivé cette décision par le fait que la société anglaise n'a pas sollicité l'application de la loi anglaise devant le juge des référés ni devant le tribunal de premier degré. La Cour de Cassation a rejeté cette décision puisque la société anglaise n'a pas revendiqué expressément l'application de la loi française et avait excipé de la compétence de la loi anglaise dès ses premières écritures lors de l'instance au fond. Par conséquent, selon cet arrêt de la Cour de Cassation, la modification du choix est possible mais elle doit être sollicitée expressément par les parties, Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, 98-16.104, Publié au bulletin, Bull. Civ. I, n° 160. La modification s'opère rétroactivement, Marie-Laure Niboyet Hoegy, « *Contrats internationaux. Détermination du droit applicable. Le principe d'autonomie (sa portée)* », in JCI. Droit international, Fasc. 552-30, 2018.

¹⁰¹ La loi choisie par les parties, que ce soit la même loi du contrat principal ou autre, doit être choisie sans ambiguïté en vue d'éviter les frais et le temps perdu à la recherche de la loi applicable. Une affaire devant les tribunaux anglais illustre parfaitement cette exigence. Un contrat conclu, *via* un courtier maritime, entre une compagnie maritime française et une compagnie de navigation tunisienne, pour transporter du pétrole d'un port tunisien à un port à Paris. Le contrat était rédigé en anglais. Un litige est surgi durant l'exécution du contrat, et dès lors, les parties ont eu recours à l'arbitrage désigné comme mode de règlement des litiges dans le contrat. La première question qui s'est posée devant le tribunal arbitral était de déterminer la loi applicable au contrat. L'arbitre s'est référé à la clause concernant cette question dans le contrat, selon laquelle les parties ont décidé de soumettre le contrat à la loi du drapeau du navire, et comme il y avait plusieurs navires avec plusieurs drapeaux, il était impossible de déduire la loi applicable en se référant à cette clause, ce qui a obligé le tribunal à trancher cette question. Comme l'on pourrait s'y attendre, la compagnie française a réclamé l'application de la loi française, alors que la compagnie tunisienne a prétendu l'application du droit anglais. Le tribunal arbitral a rendu une sentence provisoire de l'application du droit français (*Compagnie d'armement maritime SA c. Compagnie tunisienne de Navigation SA*, 1969, 1, WLR 1338 CA). La compagnie tunisienne a fait appel devant le tribunal de commerce anglais (*Compagnie d'armement maritime SA c. Compagnie tunisienne de Navigation SA*, 1969, Lyod's Rep, 247 QBD). Ce dernier a confirmé la décision de la Cour arbitrale, cette décision a fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel qui a opté pour le droit anglais (*Compagnie d'armement maritime SA c. Compagnie tunisienne de Navigation SA*, 1971, AC 572 HL). La compagnie française a eu recours à la juridiction supérieure *The House of Lords*, qui a déclaré le droit français applicable au contrat, comme loi du lieu de l'exécution (*Compagnie d'armement maritime SA c. Compagnie tunisienne de Navigation SA*, 1971, AC 572, surtout 587 H). On constate de ce qui précède que les frais et le temps perdu

46. Comme on a eu l'occasion de le souligner, la loi choisie par les parties peut être la même loi que celle choisie au contrat principal ou une loi différente.

47. Tout d'abord, les parties au contrat de sous-traitance, parfois, conscientes des différents avantages que représente l'unification de loi applicable avec le contrat principal, préfèrent le recours à cette solution plutôt que de choisir une autre loi. L'unité de choix aurait l'avantage d'assurer à la fois la prévisibilité, la sécurité et la cohérence des solutions entre les contrats¹⁰². Dans ce cas, le juge serait obligé d'identifier, à titre préalable, la loi applicable au contrat principal afin de désigner celle du sous-contrat¹⁰³. Cette solution s'est concrétisée dans une affaire présentée devant la Chambre de Commerce Internationale. Le litige concernait un contrat de sous-traitance conclu entre un entrepreneur danois et un sous-traitant égyptien pour l'exécution d'un projet en Égypte¹⁰⁴. Les parties en l'espèce avaient choisi la même loi désignée au contrat principal qui était la loi suisse.

48. L'unification de choix de loi entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal n'est, quelquefois, que partielle. Les parties se contentent, parfois, d'unifier la loi applicable concernant les litiges liés au contrat principal en prévoyant que ces derniers sont soumis à la même loi que celle choisie au contrat principal, alors que les autres litiges non liés sont soumis à une loi indépendante. Ce « *dépeçage* »¹⁰⁵

afin de déterminer la loi applicable au contrat, auraient été évités, si les parties avaient choisi la loi applicable d'une manière univoque. Cet exemple est cité par Philip Britton, « *Choice of law in construction contracts the view from England* », ICLR 2002, p. 243. Cette affaire n'est pas liée à un contrat de sous-traitance mais un contrat de transport international. Néanmoins, elle illustre que le choix de loi doit être clair et précis sans ambiguïté.

¹⁰² Van Houtte, « *International subcontracting* », ICLR, 1991, p. 301 ; Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, p. 88 ; v. aussi Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », DPCI, 1983, 479, surtout p. 494. M. Dubisson estime que malgré l'importance d'une telle unité elle n'est, malheureusement, pas fréquente.

¹⁰³ Cette méthode est appelée le rattachement accessoire. Le rattachement accessoire, dans ce cas, résulte du choix des parties, par opposition à celui désigné comme critère objectif en cas d'absence de choix. Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, p. 198 et s. ; Vander Elst, « *Le rattachement accessoire en droit international privé* », in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, 1989, p. 963 à 973 ; Erik Jayme, « *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne* », RCADI, vol. 251, 1995, p. 132 et s. ; Kadner Graziano, « *Le nouveau droit international privé communautaire en matière extracontractuelle* », RCDIP, 2008, p. 445 ; Bernard Hafel « *Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I* », JDI, 2010, p. 761 et s. Le rattachement accessoire fera l'objet de l'étude dans la seconde partie de la thèse, *infra* n° 641.

¹⁰⁴ CCI 5953, 1988, *Yearbook Commercial arbitration*, 1989, p. 137.

¹⁰⁵ Ce terme en droit international privé signifie que les parties au contrat international peuvent désigner une loi applicable à une partie seulement de leur contrat, alors que l'autre partie est régie par une autre loi. Avant la conclusion de la Convention de Rome, dans les années 1960, les

de choix de la loi au sein du contrat est illustré par la clause suivante prévue dans un contrat de construction dans un pays d'Afrique noire¹⁰⁶ : « *Il est de l'intention des parties de soumettre leur différend au droit français, si l'arbitrage entre elles n'est pas la conséquence d'un ou n'a pas pour conséquence un différend qui oppose A... (L'entreprise principale) et B... (Le maître de l'ouvrage) dans lequel les arbitres ont appliqué, appliquent ou appliqueront le droit X... (Celui de L'État d'Afrique Noire concerné)* ». Dans cette clause, les parties ont eu recours au dépeçage de leur contrat, c'est-à-dire la coexistence au sein du même contrat des normes issues de

systèmes juridiques, comme le droit suisse, refusaient la scission du contrat. Mais depuis le début des années 1970, les opinions étaient favorables à la possibilité d'appliquer des lois différentes à divers aspects d'un même contrat et c'est cette solution qui a été adoptée par le législateur dans la Convention de Rome et le Règlement Rome I. La littérature est abondante sur ce sujet et les opinions sont diverses entre quelques auteurs qui sont contre et d'autres qui sont pour, mais qui estiment que le dépeçage doit être sujette à des conditions. V. par exemple, Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001 ; Jean-Michel Jacquet, « *Contrats* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, n° 52 et s. ; Hans Lewald, « *Règles générales des conflits de lois. contribution à la technique du droit international privé* », RCADI, vol. 69, 1939, p. 1 et s. ; Giorgio Cansacchi, « *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois* », RCADI, 1953, p. 79 et s. ; Paul Lagarde, « *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats* », *Riv dir int. priv e proc*, 1975, 649 ; Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, p. 457 et s. On étudiera cette question avec plus de détails, *infra* n° 105 et s.

¹⁰⁶ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, n° 478, p. 302 ; Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 535, n° 69. Un autre exemple de ce dépeçage est illustré dans l'affaire CCI 9102, 1997 inédite (droit de New York, droit français). C'était par rapport à un contrat de sous-traitance industrielle, le sous-traitant était engagé à fournir des matériels industriels aéronautiques que fabrique et commercialise son cocontractant. La loi applicable à leur contrat est la loi américaine de New York, sauf que pour les préjudices de réparation subis par le fabricant suite à des poursuites par les clients pour des fautes imputables au sous-traitant, les parties n'ont pas choisi une loi applicable. La Cour a estimé que le dépeçage de ces questions ne suscite pas de problèmes puisqu'elles sont détachables du reste du contrat et leur dépeçage n'est pas problématique. Elle a décidé d'y appliquer la même loi applicable au contrat principal qui était la loi française en l'espèce. L'affaire est citée par François-Xavier Train, thèse *op. cit.*, n° 478, p. 302. Toutefois, un tel type de dépeçage n'est pas facile et suscite de nombreux problèmes d'interprétation afin de tracer les limites entre les questions qui rentrent dans la compétence du contrat principal et celles relatives aux sous-contrats. Pour des exemples de cette interprétation litigieuse, v. l'affaire CCI 5759, 1989, *Yearbook*, vol. XVIII, p. 34. Par ailleurs, une telle dissection entre les demandes relatives à l'opération principale et celles qui ne concernent que les parties au sous-contrat s'opère également en matière de la compétence judiciaire. Ainsi, dans la sentence n° 1491, 20 juill. 1992 devant la *Chamber of National and international Arbitration of Milan*, *Yearbook* XVIII, p. 80. Dans cette affaire, les parties ont réservé la compétence du tribunal arbitral sur les seuls litiges qui n'intéressent pas le maître de l'ouvrage. Par conséquent tout ce qui est résiliation, validité, existence et extinction rentre dans la compétence de l'arbitre, alors que tout ce qui est responsabilité mettant en cause l'ouvrage à construire ou les droits et les obligations du maître de l'ouvrage ne rentrent pas dans la compétence de l'arbitre. V. également les clauses de dissection dans les affaires déferées devant la CCI 5759, 1989, *Yearbook* XVIII p. 34 ; CCI 5333, 1986, Rec. Sent CCI, vol. II, p. 497 ; CCI 5898, Bulletin de la Cour, vol. 9, 1^{er} mai 1998, p. 83 ; v. aussi les clauses de compétence judiciaire FCEC (*English Federation of Civil Engineering Contractors*, modèle de sous-contrat datant de 1973). Pour plus de détails, v. François-Xavier Train, Thèse *op. cit.*, n° 706 et s., p. 428 et s., M. Train dénomme ce genre de clause « *les clauses combinées* », *ibid.*, n° 713 et 714.

systèmes juridiques différents. Un tel dépeçage est tout à fait légal et résulte du principe de l'autonomie de la volonté¹⁰⁷.

49. En revanche, en raison de l'indépendance juridique entre les deux contrats, l'unification des lois applicables, dans la plupart des cas, fait défaut¹⁰⁸. Les parties, pour une raison ou une autre, peuvent préférer une autre loi que celle choisie au contrat principal. Cette dernière pourrait être la loi de l'entrepreneur principal, la loi du sous-traitant ou une loi neutre¹⁰⁹.

50. Une telle indépendance, au niveau conflictuel, entre la loi applicable au contrat principal et le contrat de sous-traitance peut aboutir, en cas de différence considérable entre les dispositions substantielles de la loi du contrat principal et celles du sous-contrat, à des solutions contradictoires¹¹⁰. On peut donner, entre autres, l'exemple de la force majeure pour illustrer ce problème. La notion de la force majeure est rigoureuse selon certains droits nationaux, alors qu'elle est plus libérale selon d'autres¹¹¹. Cela peut aboutir à des cas où l'entrepreneur principal reste responsable à l'égard du maître de l'ouvrage alors que le sous-traitant se

¹⁰⁷ Le dépeçage dont on parle dans le texte est le dépeçage au sein du même contrat par opposition au dépeçage de l'ensemble contractuel dont on va parler dans la deuxième section de ce chapitre. V. *infra* n° 105 et s.

¹⁰⁸ Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », article *op. cit.*, surtout p. 494.

¹⁰⁹ Une loi neutre est celle dépourvue de tout rapport avec le contrat en présence. Un tel choix est-il valable ? Si le litige est présenté devant des tribunaux arbitraux, la réponse doit être positive. Alors que devant les tribunaux judiciaires, cette question est tributaire de la loi applicable. M. Bismuth dans son article a donné l'exemple des droits suisse, néerlandais, autrichien selon lesquels le choix d'une loi neutre devrait être valable, alors que selon les droits espagnol, portugais, la jurisprudence a connu des hésitations, Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », *op. cit.*, n° 60 ; René Taffo, « *Les rapports entre le sous-traitant, l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage dans l'ordre interne français et dans les relations internationales* », Thèse d'État, Université Paris Nanterre, 1981, p. 423 ; Faisal Taher, « *La sous-traitance des contrats internationaux* », Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 1992, p. 86 et s. ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, p. 421. Il convient de préciser qu'en droit égyptien les parties n'ont pas cette liberté conférée aux parties selon les textes européens. Elles n'ont pas le droit de choisir une loi qui n'a aucun lien avec le contrat. Même si le lien entre la loi choisie et le contrat est minime, il faut simplement que la loi choisie ne soit pas détachée de tout lien avec le contrat. V. Hisham Sadek, « *Conflits de lois* », ouvrage *op. cit.*, n° 185, p. 660 ; Fouad Riyad et Samia Rashid, « *Conflits de lois* », T. II, Le Caire, 1992, p. 327 ; Abd El All Okasha, « *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales* », *Dar Al Matbouat Al Gameya*, Alexandrie, Égypte, 1994, p. 50 et s. et les références citées.

¹¹⁰ V. *infra* n° 114 et s.

¹¹¹ La notion de force majeure est stricte en France alors qu'elle est plus libérale selon le droit égyptien, v. Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », *RDAL*, 1986, 535, n° 20 et s.

trouve libéré de toute responsabilité à l'égard de l'entrepreneur principal en raison de la différence des lois applicables entre les deux contrats¹¹². Dans ce cas de figure, l'entrepreneur principal se trouve dans une situation peu souhaitable. Les règles de conflit applicables au contrat de sous-traitance ne tiennent pas compte de cette particularité et des contradictions qui peuvent surgir en raison de l'absence d'une appréciation globale de ce contrat.

51. Devant l'arbitrage, la liberté des parties règne d'une manière supérieure à celle qui domine devant les tribunaux judiciaires¹¹³. On peut trouver des clauses de choix de lois qui ne sont pas admises devant le juge national, comme les contrats sans loi¹¹⁴, la référence à des termes vagues comme les principes de droit français et anglais¹¹⁵ ou les principes de *lex mercatoria* ou de *lex constructionis*, qui sont

¹¹² Fontaine Marcel, « *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux* », DPCI, 1979, 469.

¹¹³ Article 39 aliéna premier du droit de l'arbitrage en Égypte dispose que « *le tribunal arbitral applique au fond du litige les règles sur lesquelles les deux parties se sont mises d'accord* ». Le terme « *règles* » permet de déduire que les règles applicables par l'arbitre pour trancher un litige ne sont pas nécessairement des normes étatiques, surtout que le second alinéa dispose que « *si elles se sont mises d'accord sur l'application de la loi d'un État déterminé, application sera faite des règles de fond de cette loi à l'exclusion des règles de conflits* », cela prouve *a contrario* que les parties peuvent choisir des règles non étatiques applicables au litige. Loi n° 27 du 21 avril 1994 dans la revue de l'arbitrage, 1994, p. 763. V. Omaia Elwan, « *La loi applicable à la garantie bancaire à première demande* », RCADI vol. 275, 1998, p. 182.

¹¹⁴ Concernant le contrat sans loi, v. Jean-Michel Jacquet, « *Contrats* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998. M. Jacquet affirme que le contrat sans loi est toujours possible : « *Le rejet de la théorie du contrat sans loi ne saurait conduire à la conclusion selon laquelle les contrats internationaux doivent nécessairement être soumis à la loi d'un État. Devant un arbitre en effet l'application de règles extraétatiques comme la *lex mercatoria* ou du droit international dans le cas des contrats d'État peut aisément se concevoir* ». D'ailleurs, la Cour de cassation a d'ailleurs reconnu qu'un arbitrage rendu en application de la *lex mercatoria* était un arbitrage « *en droit* », Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1981, Rev. arb. 1982, 183, note Couchez ; JDI 1982, 931, note Bruno Oppetit ; CA Paris, 13 juill. 1989, JDI 1990, 430, note Goldman, RCDIP 1990, 305, note Bruno Oppetit ; Rev. arb. 1990, 663, note Paul Lagarde ; et, dans la même affaire, Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, RCDIP 1992, 113, note Bruno Oppetit ; JDI, 1992, 177, note Berthold Goldman, Rev. arb. 1992, 457, note Paul Lagarde. Pour plus de détails sur le contrat sans loi, v. Anne Marmisse-d'Abbadie d'Arrast « *Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* », RTD com. 2008, 892 ; Jean-Michel Jacquet, « *L'incorporation de la loi dans le contrat* », TCFDIP 1993-1995, p. 23 et s. ; Antoine Kassis, « *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* », Paris, LGDJ, 1993, p. 373 et s. ; Paul Lagarde et Aline Tenenbaum, « *De la convention de Rome au règlement Rome I* », RCDIP, 2008, 727 ; Paul Lagarde, « *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* », RCDIP, 2006, 331 ; Léna Gannagé, « *Le contrat sans loi en droit international privé* », in Katharina Boele-Woelki et Sjob van Erp, dir., *Rapports généraux du XVII Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, 2007, 275-308.

¹¹⁵ La référence aux principes communs des droits anglais et français a été l'objet d'une clause dans le contrat de construction du tunnel sous la Manche, Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, 1992, n° 642. Pour plus de détails sur le projet du tunnel sous la Manche, v. Pierre Bruyelle, « *Le tunnel sous la Manche et l'aménagement régional dans la France du Nord : essai de géographie prospective* », Annales de géographie, 1987, n° 534, pp. 145-170. Par ailleurs, v. aussi la référence aux principes de droit international dans une sentence rendue le 20 mai 1992, le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *SPP c. République Arabe d'Égypte* a estimé

des principes généraux élaborés pour régir les contrats de construction internationaux¹¹⁶. Parfois, les parties ont recours à des contrats types pour régir leurs contrats¹¹⁷. Cette pratique rend la question de choix de loi incertaine¹¹⁸, car les parties se contentent d'accepter le contrat type sans négocier ses clauses, y compris la clause de choix de loi contenue dans le modèle contractuel¹¹⁹. Dans tous les cas, les arbitres sont serviteurs de la volonté des parties. La justice devant l'arbitrage se détermine en se référant à leur volonté. Dès lors, l'unification de loi entre le contrat principal et le sous-contrat ou, au contraire, le morcellement des lois applicables dépend entièrement de la volonté contractuelle des parties. La connexité entre les contrats ne peut pas contredire la volonté des parties¹²⁰.

que « *si elle devait être retenue à titre de loi choisie par les parties, comme le soutenait la République Arabe d'Égypte, l'application de la loi égyptienne ne serait en toute hypothèse pas exclusive de l'application des principes de droit international...* », citée par Emmanuel Gaillard, « *Trente ans de Lex Mercatoria pour une méthode sélective de la méthode des principes généraux du droit* », JDI, 1995, n° 1, p. 5 et s, surtout p. 13.

¹¹⁶ Ainsi dans la clause suivante on dispose que : « *the applicable substantive law is the libyan law and the rules of arbitration of the ICC* ». L'article 13.5 du règlement CCI dispose que « *dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages de commerce* », Panayotis Glavinis, *ibidem*. Selon M. Glavinis les arbitres ont tendance à surévaluer les usages de commerce international, ils le font parfois même en cas de choix d'un droit local exprès, ce qui arrive quand les arbitres connaissent mal le droit local choisi, comme le cas de l'affaire 4969 dans laquelle les parties ont choisi le droit de la Jamahiriya Arabe Libyenne, alors les arbitres se sont appuyés pour trancher la question de responsabilité d'abord sur le droit libyen, le droit égyptien et les principes généraux déduits d'affaires puisées dans les pays qui adoptèrent l'article 1792 du Code Napoléon dont les dispositions sont à l'origine de la responsabilité décennale. Affaire CCI 4969, sentence partielle rendue le 26 mars 1987, sentence finale le 30 nov. 1989. Pour les recours en annulation, CA Lyon, 1^{ère} chambre, 4 juill. 1991, inédit, cité par Panayotis Glavinis, thèse *op. cit.*, p. 537 note 324. Par contre, ce choix de la part des arbitres n'est pas considéré comme un abus ou une surévaluation de la part des arbitres. Selon M. Seppala, les arbitres ont recours à d'autres droits dès lors que le droit choisi ne peut pas prévoir des solutions à des questions complexes et cela arrive quand il s'agit du droit d'un pays non développé. Dans ce cas les arbitres ont recours à d'autres droits dans la même famille dans lequel on cherche à combler les lacunes de la loi choisie, Christopher Seppala, « *FIDIC conditions of contract and the dispute adjudication procedure* », *Simpsons in the Strand*, London, 4-5 déc. 2003 ; Wilhelm Wengler, « *Les principes généraux en tant que loi du contrat* », RCDIP, 1982, 467 et s., spéc. 481 et 498.

¹¹⁷ Article 6 de la loi de l'arbitrage en Égypte dispose que « *si les parties se mettent d'accord pour que leurs relations soient régies par les stipulations d'un contrat type, d'une convention internationale ou tout autre document, toutes les stipulations d'un tel document s'appliquent* ».

¹¹⁸ Philip Britton, « *Choice of law in construction contracts, the view from England* », ICLR, 2002, p. 246.

¹¹⁹ Exemples de ces modèles, FIDIC, ICE, CCI qui seront sujet d'une étude détaillée dans la deuxième partie de la thèse.

¹²⁰ C'est ce qui a été confirmée dans l'affaire CCI 6768, sentence partielle, 1996, inédite, Amsterdam, droit iranien, citée par François-Xavier Train, thèse *op. cit.*, n° 221 en note n° 235. Le demandeur, qui voulait étendre la clause compromissoire aux contrats liés, a allégué que la soumission des contrats connexes à une seule juridiction est une question d'ordre public, le tribunal répond que cela pourrait l'être devant l'ordre judiciaire ; alors que devant l'arbitrage, « *ce qui est d'ordre public, c'est le respect de la volonté des parties lorsqu'elle est clairement exprimée* ».

52. En effet, la question de choix de lois dépend de la formation juridique des parties. Elles peuvent être conscientes de l'importance de l'unification de loi entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, ou, au moins, de la coexistence des lois qui ne mènent pas à des solutions incohérentes ou injustes à l'égard de l'une des parties participant à l'opération. Ou à l'inverse, elles peuvent ne pas avoir cette formation juridique et choisissent des lois qui peuvent entraîner des conséquences inattendues, ce que l'on appelle « *un mauvais choix* »¹²¹. Mais la formation juridique des parties n'est pas le seul critère qui influence les clauses de choix de loi, la négociation de ces clauses dépend également des positions économiques et techniques des opérateurs¹²².

53. L'autonomie de la volonté peut mettre, selon les cas, les entrepreneurs principaux ou les sous-traitants dans des situations vulnérables. Tout d'abord, ce sont les entrepreneurs principaux qui assument toute la responsabilité, y compris les travaux sous-traités, devant le maître de l'ouvrage¹²³. En même temps, ils sont responsables devant les sous-traitants des préjudices subis par eux à cause du maître de l'ouvrage. Par conséquent, les entrepreneurs, ayant une force économique supérieure à celle des sous-traitants, peuvent transférer les risques de l'une ou l'autre figure de responsabilité aux sous-traitants en écartant les lois qui les protègent¹²⁴, ou en ajoutant des clauses contractuelles qui satisfont leurs intérêts au détriment des sous-traitants¹²⁵. En revanche, si les entrepreneurs principaux n'ont pas la formation juridique suffisante ou la force de négociation qui leur permet de se protéger contre les risques précités, ce seront eux les victimes dans cet ensemble contractuel¹²⁶. Pour conclure, le manque d'équilibre et de

¹²¹ Catherine Kessedjian, « *Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales* », Revue internationale de droit comparé 47, n° 2, juin 1995, 373-83 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 285, p. 312.

¹²² Patrice Level, « *La négociation du contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1985, 137.

¹²³ CA Paris 15, 21 fév. 1991, D. 1992, p. 118, note Alain Bénabent ; Civ. 3^{ème}, 13 mars 1991, D. 1992, p. 118, note Alain Bénabent ; Alain Bénabent et Périnet Marquet, « *Sous-traitance* », in Philippe Malinvaud, *Droit de construction*, 2018-2019, n° 512. 62.

¹²⁴ Comme dans certains contrats, les entrepreneurs excluent la loi française relative à la sous-traitance, du 31 décembre 1975 afin de priver les sous-traitants des privilèges qui leurs sont consacrés par la loi, v. *infra* n° 205 et s.

¹²⁵ Comme les clauses *pay when paid*, V. *infra* n° 728 et s.

¹²⁶ Sur l'effet de l'autonomie de la volonté sur l'incohérence au sein de l'ensemble contractuel, v. Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 341 et s.

sécurité se révèle par l'examen des règles actuelles applicables à l'opération de sous-traitance internationale.

54. Devant les complexités de la coexistence de plusieurs lois incohérentes dans une même opération économique, les juges et la doctrine ont essayé d'assurer la cohérence entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance par le truchement de la volonté implicite (§ 2).

§ 2 – Le rôle de la volonté implicite pour unifier les solutions

55. Pour des raisons de sécurité juridique, il est recommandé que les parties couchent par écrit leur choix de loi¹²⁷. Cependant, dans le respect de consensualisme, les différents droits ne souhaitent pas contraindre les parties à exprimer leur volonté d'une certaine manière¹²⁸. Acceptant tous le choix exprès, ils tiennent également compte d'un choix non exprimé mais qui peut être déduit tacitement selon les circonstances.

56. Ainsi, l'article 19 du Code civil égyptien admet que le choix de loi au contrat international ne soit pas exprimé d'une manière expresse, mais qu'il « *résulte des circonstances* » de l'espèce¹²⁹.

57. D'ailleurs, les textes européens admettent également un choix implicite mais exigent pour déduire la loi applicable, à défaut d'un choix exprès, que cette loi résulte d'une « *façon certaine* »¹³⁰, « *indubitablement* »¹³¹, voire « *avec une certitude raisonnable* »¹³² des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. La mission du juge consiste à chercher des critères subjectifs fondés sur la volonté des parties pour déterminer la loi applicable au contrat¹³³. Toutefois, la loi

¹²⁷ Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier, et Malik Laazouzi, « *Droit des contrats internationaux* », Paris, Sirey, 2017, n° 235, p. 178.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La science de la règle de conflit et le choix entre les législations* », ouvrage *op. cit.*, p. 195 ; Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La loi du contrat international* », *Dar Al Nahda Al Arabeya*, Égypte, 2008, n° 133, p. 189 ; Hisham Sadek, « *La loi applicable aux contrats de commerce internationale* », *Dar Alfekr Al Gamei*, Alexandrie, Égypte, 2001, p. 382 et s.

¹³⁰ Article 3 §1 de la convention de Rome et Règlement Rome I.

¹³¹ Article 2 de la Convention de La Haye, 15 juin 1955, sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

¹³² Article 5 de la Convention de La Haye, 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

¹³³ Il convient de constater qu'à l'opposition des textes européens aucun degré de certitude n'est exigé par le législateur égyptien pour valider le choix tacite. Néanmoins, selon une certaine doctrine, cette condition devrait être exigée en se fondant sur les principes de droit international privé comparé, considérés comme source de droit international privé en droit égyptien, Okasha Abdel All,

désignée doit être déduite d'une manière certaine¹³⁴. L'exigence de cette certitude distingue la volonté implicite de la volonté hypothétique, qui n'est plus admissible selon les textes européens¹³⁵. En cas d'impossibilité d'identifier la volonté certaine des parties, le juge doit avoir recours aux rattachements subsidiaires désignés en cas d'absence de choix, selon le droit du for¹³⁶.

58. Il est donc nécessaire de mesurer la possibilité de déduire des dispositions du contrat de sous-traitance (A) ou des circonstances de la cause (B), un choix tacite mais certain vers la loi du contrat principal.

A- Le choix tacite de la loi applicable déduit des dispositions du contrat

59. Selon l'article 3 du Règlement Rome I, la loi applicable peut être déduite d'une façon certaine des dispositions du contrat¹³⁷. Est-ce que le lien de connexité

« *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales* », ouvrage *op. cit.*, p. 38 et s. En effet, le professeur Abdel All s'appuie dans son analyse sur l'article 24 du Code civil qui dispose que le juge applique « *les principes du droit international privé dans les cas de conflits de lois qui n'ont pas été prévus par les dispositions qui précèdent* ». Abdel All estime que si le juge a un pouvoir créateur dans des questions qui n'ont pas une réglementation, il peut avoir, *a priori*, un pouvoir pour restreindre les règles de conflits définies. Pour une critique de l'admission du choix tacite, Tristian Azzi, « *La volonté tacite en droit international privé* », TCFDIP, 2010-2012, p. 147. Pour le choix tacite, v. Maxi Scherer, « *Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage* », p. 253 et s. ; Sabine Corneloup, « *Choix de loi et contrats liés* », in Sabine Corneloup et Nathalie Joubert, *Le règlement Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, 2011, p. 285 ; Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », Paris, LGDJ, 2018, n° 1030, p. 856.

¹³⁴ Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier, et Malik Laazouzi, « *Droit des contrats internationaux* », *loc. cit.*

¹³⁵ La volonté hypothétique était qualifiée comme une extension d'une volonté implicite. Le juge cherche, selon les circonstances, la loi que les parties auraient choisie si elles avaient vu la nécessité de faire une élection de droit. Néanmoins, elle a été ressentie comme un pur artifice et abandonnée, Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », Paris, LGDJ, 2018, n° 239, 1029. La volonté hypothétique était admise en droit allemand avant l'adoption de la Convention de Rome, afin d'échapper à la rigidité du rattachement subsidiaire. Le rattachement subsidiaire ne s'appliquait, donc, qu'à défaut de volonté implicite ou hypothétique des parties. Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI, vol. 196, 1986, n° 12, p. 36.

¹³⁶ Les rattachements subsidiaires, par opposition au choix tacite, sont fondés sur des critères objectifs qui ne sont pas fondés sur la volonté des parties.

¹³⁷ Les cas de choix tacite se déduisent de façon générale de certains indices. Par exemple, en cas de choix d'une certaine juridiction, on en déduit le choix de la loi de cette juridiction puisque la doctrine estime que les parties ne vont pas, dans la plupart des cas, choisir une juridiction et lui demander d'interpréter une loi qui lui est étrangère, Van Houtte, « *International Subcontracting* », ICLR 1991, p. 301. L'exemple de cet indice s'est concrétisé dans une affaire présentée devant l'arbitrage. Les arbitres étaient appelés à se prononcer sur un contrat de sous-traitance conclu entre un sous-traitant allemand et un entrepreneur américain, le contrat devant être exécuté en Arabie Saoudite. Les arbitres siégeant en Angleterre, ont déclaré le droit anglais est applicable en fondant sur l'*adage quis elegit judicem elegit jus*, sentence arbitrale CCI 4975, 1988, *Yearbook commercial Arbitration*, 1989, 122, CCI 5294, 1988, *Yearbook commercial Arbitration*, 1989, p. 137. Exemple cité par Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », in *La*

entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal suffit pour déduire du choix exprès dans le contrat principal un choix tacite dans le contrat de sous-traitance¹³⁸? Un choix exprès dans l'un, choix implicite dans l'autre¹³⁹? En effet, cette question est loin d'être résolue. La position des tribunaux ainsi que les opinions doctrinales sont très diverses.

60. Ainsi, dans une affaire présentée devant la juridiction écossaise¹⁴⁰, le tribunal devait déterminer la loi applicable au contrat de louage d'ouvrage. Il s'agissait d'un litige concernant un contrat de sous-traitance de second degré en vertu duquel le demandeur s'était engagé à fournir au défendeur des matériels de plongée en Égypte. Le contrat en question ne contenait pas de clause de choix de loi, alors que le contrat principal ainsi que le contrat de sous-traitance de premier degré étaient régis par la loi égyptienne choisie par les parties. Le tribunal refusait de considérer du choix exprès dans les premiers contrats un choix tacite dans

sous-traitance, séminaire organisé à Lièges, Bruylant, 2003, p. 269, n° 30. *Add.* CCI 3450, 1980 Rec. sent. CCI, vol I, p. 105 ; JDI 1981, p. 915, note Yves Derains. Par ailleurs, le choix d'une loi à propos d'un contrat peut supposer son extension aux autres contrats de groupe : l'affaire CCI 3043 rendue en 1978, JDI 1979, p. 1000, note Yves Derains, par rapport à un *consortium* qui était constitué pour l'obtention d'un marché principal, la question s'est posée par rapport à la soumission du *consortium* au même droit du contrat principal, les arbitres estiment qu'il serait préférable d'appliquer une même loi au contrat principal et contrat de sous-traitance mais la stipulation des modes différents de règlement des litiges est un indice de la volonté des parties de conférer une autonomie au consortium par rapport à la loi applicable. V. François-Xavier Train, Thèse *op. cit.*, n° 418, p. 259, n° 694, p. 421 ; Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », ouvrage *op. cit.*, p. 857 et les décisions citées note 24. Par ailleurs, la loi choisie peut être une loi d'un pays ou un régime juridique établi par un contrat modèle comme la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC). Ainsi dans une affaire rendue par la chambre de commerce internationale, le sous-contrat fait référence au contrat principal qui était soumis au contrat modèle FIDIC, la Cour en a déduit la soumission du sous-contrat également au contrat modèle FIDIC malgré l'absence d'une référence directe à ce modèle, l'affaire CCI 2763, 1980, sent. CCI, vol. I, p. 157, (droit libyen). Dans le même sens, CCI 8432, 1997, Genève, sentence inédite, droit Russe, citée par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, p. 258, note 153.

¹³⁸ Afin de répondre à cette question, il faut vérifier d'abord que la loi régissant le contrat accessoire admet le choix tacite. Selon le Règlement Rome I, cette question est régie par la loi régissant le contrat. V. sur ce point, Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, p. 217 et s.

¹³⁹ Selon Mme Corneloup, il s'agit, dans ce cas, de mesurer la portée de la clause de choix de loi. Par ailleurs, Mme Corneloup estime que cette extension ne vaut que si les parties sont les mêmes, Sabine Corneloup, « *Choix de loi et contrats liés* », in Sabine Corneloup et Nathalie Joubert, *Le règlement Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, 2011, p. 285.

¹⁴⁰ *Scottish Inner House première chambre*, 12 juill. 2002, *Caledonian Subsea Ltd. c. Micoperi Srl*, 2002, SLT 1022.

l'autre. Par conséquent, le tribunal a considéré que la loi applicable devait être déterminée selon l'article 4 régissant l'absence de choix¹⁴¹.

61. Par contre, en droit allemand, la Cour de cassation a adopté une solution contraire, lors d'une décision rendue le 7 décembre 2000¹⁴². Elle a affirmé que la référence d'un contrat à un autre est considérée comme un choix implicite à la loi de ce contrat, s'il existe un lien d'interdépendance entre les deux.

62. Par ailleurs, la doctrine n'est pas unanime à ce propos. Selon une certaine doctrine, on peut construire une présomption en faveur de l'application de la même loi entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal¹⁴³. On justifie cette unification par les problèmes qui résultent de l'application des différents droits aux divers contrats, surtout que, selon eux, dans la plupart des cas, le sous-contrat renvoie au contrat principal, ce qui manifeste une volonté implicite de se soumettre au droit du contrat principal¹⁴⁴.

63. Cette analyse est critiquée par d'autres auteurs¹⁴⁵ qui estiment que puisque les deux contrats sont distincts, le choix de loi prévu dans le contrat

¹⁴¹ L'application de l'article 4.2 de la Convention de Rome conduit à l'application de la loi écossaise. Cet article dispose que « *sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle* ». Dans cette affaire, le tribunal a apprécié l'absence d'une autre loi ayant des liens plus étroits au litige et dès lors la loi écossaise désignée par l'article 4.2 est applicable.

¹⁴² BGH, 7 déc. 2001, NJW, 1936-1937, cette affaire ne concernait pas un contrat de sous-traitance, mais un contrat de construction et un contrat d'architecture, citée par Jean Florian Pulkowski, « *The subcontractor's direct claim in international business law* », ICLR, 2004, 31.

¹⁴³ Henri Batiffol et Paul Lagarde, « *Droit international privé* », T. II, 7^e éd., 1984, p. 263, n° 587 ; Andrea Giuliano, « *Les contrats liés en droit international privé* », TCFDIP 2000, p. 97-120 ; Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, 1978, p. 188, pour les cas de choix, et p. 191 pour les cas d'absence de choix. V. les exemples donnés par le rapport Giuliano et Lagarde : JOCE 31 octobre 1980 ; v. aussi Giuditta Cordero-Moss, « *Tacit choice of law, partial choice and closest connection* », in *Rett og toleranse, Festskrift tlo H.J. Thue, Gyldendal*, 2007, p. 367.

¹⁴⁴ Erik Jayme, « *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne* », RCADI, vol. 251, 1995, p. 132 ; Jean Florian Pulkowski, « *The subcontractor's direct claim in international business law* », ICLR, 2004, p. 31-56, surtout p. 34 ; Van Houtte, « *International subcontracting* », ICLR, 1991, p. 301 ; Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautélet, « *Sous-traitance internationale* », in *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège, Bruylant, 2003, 269.

¹⁴⁵ Van Houtte, Rony Vermeersch et Patrick Wautélet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, n° 31 ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 205 et s., surtout p. 218 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, p. 255 et s. ; Paul Lagarde dans son commentaire sur l'arrêt de CA Versailles 6 fév. 1991 ; Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales* », JCl. Droit international, Fasc. 552-11, 2016. Mme Gaudemet-Tallon estime qu'excluant le cas de contrat de cautionnement, il paraît raisonnable de laisser aux juges le soin

principal ne doit pas avoir d'influence sur le contrat de sous-traitance¹⁴⁶. Le juge doit vérifier le caractère suffisamment certain de ce choix tacite, ce qui n'est pas suffisant en présence d'un simple lien entre les contrats. Il faudra, alors, prouver d'autres indices qui soutiennent le lien de connexité entre les deux. Ceux-ci doivent être suffisamment prévisibles pour désigner la loi applicable¹⁴⁷.

64. En effet, une telle analyse doit être nuancée. Les liens de connexité entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance peuvent être forts ou lâches, selon la nature du sous-contrat. Dans un sous-contrat dit transparent¹⁴⁸, les parties choisissent de rendre contractuels les droits et les obligations du contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Dans ce cas, le contrat de sous-traitance fait référence au contrat principal, tandis que dans d'autres cas, les parties au sous-contrat veulent rendre leur contrat autonome par rapport au contrat principal, elles n'y font aucune référence, c'est ce que l'on appelle un contrat de sous-traitance opaque¹⁴⁹.

65. Est-ce que la transparence entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal suffit pour déduire le choix de loi entre les deux contrats du groupe ?

66. Il faut distinguer entre les différents degrés de transparence. Par exemple, la simple référence au contrat principal ne suffit pas, « *vu sa grande fréquence dans les contrats de commerce international* »¹⁵⁰, à établir un choix tacite certain à la loi du contrat principal. En revanche, en cas de transparence plus élevée entre les

d'apprécier la loi la plus appropriée selon les circonstances de chaque cas d'espèce, même si la prévisibilité et la sécurité vont souffrir.

¹⁴⁶ Selon une certaine doctrine, il faut distinguer entre les contrats liés dont les parties sont identiques et ceux dont les parties ne sont pas les mêmes. Pour les premiers, il paraît raisonnable de déduire l'application de la même loi alors que ce raisonnement doit s'absenter pour les seconds, Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 218 ; Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », ouvrage *op. cit.*, n° 1031, p. 856.

¹⁴⁷ Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales* », Fasc., *op. cit.*

¹⁴⁸ Panayotis Glavinis, « *Le contrat de construction internationale* », n° 423, p. 320. Le contrat type FNTP Modèle B.

¹⁴⁹ *Ibid.* Le contrat type FNTP, FNB modèle A, a adopté le modèle opaque du contrat de sous-traitance.

¹⁵⁰ Daniel Cohen, « *Arbitrage et groupes de contrats* », Revue de l'arbitrage, 2, 1997, p. 471 ; Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, n° 31 ; Florian Pulkowski, « *The subcontractor direct claim in international business law* », ICLR, 2004, p. 31, selon M. Pulkowski, les parties dans le contrat de sous-traitance se réfèrent toujours aux clauses du contrat principal, comme dans l'affaire *Aqua Design and play International Ltd c. Kier Regional Ltd (2002) 82 Con LR 107 QB* ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, n° 411, p. 252.

deux contrats, le choix tacite peut en être déduit. Il en est, ainsi, les cas dans lesquels le contrat de sous-traitance attribue les conséquences juridiques aux clauses du contrat principal. En outre, le choix tacite peut être déduit de l'incorporation d'une partie du contrat principal dans le contrat de sous-traitance¹⁵¹, comme par exemple, l'incorporation des clauses techniques du cahier des charges du contrat principal dans le contrat de sous-traitance ou l'incorporation de certaines clauses administratives, copier les différentes clauses du contrat principal¹⁵², l'insertion des clauses *pay when paid*¹⁵³ ou quand les parties au sous-contrat font dépendre la réception du contrat de sous-traitance de celle du contrat principal, etc. Dans ces cas de figure, la transparence permet de prévoir un choix tacite certain en faveur de la loi du contrat principal, puisque les sous-traitants seraient conscients que leurs relations s'inscrivent dans une opération plus vaste que le seul contrat de sous-traitance¹⁵⁴.

67. L'affaire CCI 7528 constitue une illustration caricaturale à propos du choix tacite¹⁵⁵. Le tribunal arbitral avait déduit, audacieusement, ce choix de la simple référence au contrat principal par opposition au choix exprès des parties. En l'espèce, un litige opposait le sous-traitant à son entrepreneur principal pour l'exécution des travaux au Pakistan, en vertu d'un contrat principal soumis au droit

¹⁵¹ Van Houtte, Rony Vermeersch et Patrick Wautélet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, n° 30.

¹⁵² Dans un arrêt rendu en 1999, le *Bundesgerichtshof* a décidé que la référence dans un contrat d'entreprise aux normes techniques allemandes ainsi qu'aux standards DIN devait être interprétée comme autant d'indices d'une volonté tacite des parties de soumettre leur contrat au droit allemand. BGH, 14 janv. 1999, R.I.W., 1999, 537. Comp. BGH, 25 fév. 1999, N.J.W., 1999, 2242.

¹⁵³ Les clauses *pay when paid*, sont considérées comme un mécanisme de transparence maximale. Ces clauses limitent l'obligation de l'entrepreneur principal de payer le sous-traitant au paiement effectif du premier par le maître de l'ouvrage. Le sous-traitant sera payé uniquement, quand, et, si, l'entrepreneur principal est payé par le maître de l'ouvrage. L'entrepreneur dans ce cas transfère les risques de non-paiement aux sous-traitants. Sur ces clauses, v. Perlman, « *USA, contract interpretation pay when paid clauses* », ICLR, 1990, pp. 138-42 ; Harold Murphy, « *Pay when Paid Clauses in construction contracts condition precedent or term of payment* », ICLR, 1989, pp. 196-209 ; Smith Powell, « *Payment of subcontractors when main contractor is insolvent* », ICLR, 1991, 241 ; Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », *Yearbook of International Law*, VII, 2005, p. 299 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, n° 702 ; Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, n° 548, p. 577, v. *infra* n° 728 et s.

¹⁵⁴ Jean Florian Pulkowski, « *The subcontractor's direct claim in international business law* », article *op. cit.*

¹⁵⁵ CCI 7528 sentence partielle, 1993, *Yearbook*, vol. XXII, p. 125, France, droit français, citée par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, n° 424, p. 263 et s. En effet, le tribunal arbitral en l'espèce a exclu le droit français afin d'éviter l'application des dispositions protectrices de la loi de 1975 relative à la sous-traitance. V. *infra* n° 205 et s.

pakistanaï. Malgré un choix exprès du droit français, le tribunal arbitral a décidé que « *la référence faite au contrat principal manifeste la volonté des parties au sous-contrat de se placer « under the umbrella of the law of Pakistan »*. En l'espèce, le tribunal s'est contenté d'une simple référence au contrat principal pour unifier la loi applicable au sein de l'opération contractuelle, ce qui doit être contesté. Une telle exclusion de la volonté expresse des parties ne doit pas, selon nous, être approuvée. Elle menace la sécurité des solutions et les prévisions légitimes des parties. Selon la Convention de Rome et le Règlement Rome I, le choix tacite à la loi du contrat principal doit être déduit d'une manière certaine et indubitable des dispositions du contrat.

68. Par ailleurs, les textes européens décident que le choix tacite peut être déduit également des circonstances de la cause (B).

B- Le choix tacite de la loi applicable déduit des circonstances de la cause

69. Outre les dispositions du contrat, le juge peut déduire un choix tacite des circonstances de la cause. Par contre, en raison de la forte connexité entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, les circonstances de la cause ne signifient pas seulement celles relatives au sous-contrat, mais aussi celles liées au contrat principal¹⁵⁶.

70. D'un côté, le juge peut déduire le choix tacite des circonstances de la cause liées au contrat de sous-traitance. On peut donner l'exemple de la sous-traitance à l'exportation, c'est-à-dire le cas où l'entrepreneur et le sous-traitant du même domicile se déplacent pour exécuter des projets à l'étranger. Les circonstances de leur contrat réfèrent à la loi de leur domicile ou leur établissement commun¹⁵⁷. En outre, les circonstances de la cause peuvent être aussi les transactions antérieures des deux parties référant à une certaine loi qui aura vocation à s'appliquer¹⁵⁸. Dans les cas précédents, il serait difficile de présumer la

¹⁵⁶ Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Cela a été affirmé dans le rapport Giuliano et Lagarde interprétant la Convention de Rome, « *le fait qu'un contrat antérieur entre les parties au contrat contenait un choix exprès de la loi peut permettre aux juges de n'avoir aucun doute que le contrat sera régi par la même loi précédemment choisie, même si la clause de choix de loi a été omise dans des circonstances qui ne font pas apparaître un changement d'attitude entre les parties* », Mario Giuliano et Paul Lagarde « *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* », JOCE 31 octobre 1980, n° C 282, p. 17. C'est ce qui a été illustré dans une sentence arbitrale. Le tribunal arbitral dans

volonté tacite des parties de se soumettre à la loi du contrat principal. Les indices en faveur du domicile commun, dans le premier cas, ou la loi de leurs transactions antérieures, dans le second, sont plus certains¹⁵⁹.

71. En revanche, dans d'autres circonstances l'entrepreneur principal, engagé par un maître d'ouvrage étranger, choisit un sous-traitant local établi dans le même lieu de l'exécution du projet¹⁶⁰. Dans ce cas, si la loi du contrat principal est la même que celle du lieu de l'exécution, toutes les circonstances de la cause militent en faveur de l'application de cette loi¹⁶¹.

72. D'un autre côté, les circonstances de choix de loi dans le contrat principal sont à prendre en considération, aussi, pour désigner la loi applicable au contrat de sous-traitance. Par exemple, si le maître de l'ouvrage a imposé sa propre loi à l'entrepreneur principal, dans ce cas, il serait difficile de déduire une volonté implicite à se conformer à la loi du contrat principal¹⁶².

73. Par ailleurs, à défaut de la présence des circonstances particulières précédentes, les liens de connexité qui attachent le contrat principal et le sous-contrat peuvent être considérés, *per se*, comme des circonstances justifiant l'application de la même loi du contrat principal. Selon MM. Mayer et Heuzé, l'expression « *circonstances de la cause* » peut concerner « *des contrats constituant l'accessoire d'autres contrats expressément soumis à une loi* »¹⁶³.

cette affaire a décidé que « *claimant has submitted to the arbitral tribunal no less than five contracts, and one draft agreement, all between claimant and defendant, all these agreements are identical in substance and all of these agreements are subject to Texas Law clause, it would be difficult, given that pattern to believe that the parties intended one sole agreement, not to be subject to Texas Law* », Les arbitres appliquent le droit Texan comme implicitement choisi par les parties. Affaire CCI 7733, sentence finale 1994, inédite, Paris, droit de l'État de Texas, cité par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, n° 191, p. 122.

¹⁵⁹ Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

¹⁶⁰ Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », ouvrage *op. cit.*, n° 1031, p. 858.

¹⁶¹ En effet, sous l'égide de la Convention de Rome ou du Règlement Rome I, cette loi est applicable sous le fondement du choix tacite ou les critères d'absence de choix. En cas d'absence de choix, on verra, *infra* n° 82 et s., le juge applique la loi de la résidence habituelle du sous-traitant. Par contre, les critères expliqués dans le texte ont leur intérêt en droit égyptien, où la loi applicable en cas d'absence de choix est celle de nationalité commune ou la loi du lieu de conclusion. Dès lors, un choix tacite vers la même loi du contrat principal peut être déduit dans l'exemple donné dans le texte.

¹⁶² Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, n° 33.

¹⁶³ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, « *Droit international privé* », Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, n° 721, p. 554 ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, n° 375, p. 216. V.

74. L'application de la même loi entre les contrats liés était la tendance de la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Cette approche était très claire en matière de contrats de cautionnement dans sa relation avec le contrat principal¹⁶⁴, alors qu'en matière de contrat de sous-traitance, le lien entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance ne suffisait pas seul pour justifier l'extension de la loi applicable. Cet indice de rattachement devait être renforcé par d'autres indices telle que la loi du lieu d'exécution ou la monnaie du contrat. C'est ce qui a été illustré dans l'affaire suivante¹⁶⁵ : dans ce litige, un contrat a été conclu entre une société française *Bachmann* (maître d'œuvre) et une société allemande *Kettner* (sous-traitante) pour la réalisation des travaux sur un chantier en Allemagne en faveur de M. *Lancier* (le maître de l'ouvrage). Les parties n'ont pas défini la loi applicable à leur contrat de sous-traitance. La Cour a eu recours pour trancher cette question à différents indices, parmi lesquels certains tirés du contrat lui-même et d'autres tirés des contrats liés. Le tout militait en faveur de l'application du droit allemand : le lieu d'exécution du contrat, la monnaie (le

également pour le choix tacite de contrats liés, Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », ouvrage *op. cit.*, p. 858.

¹⁶⁴ V. par exemple Civ., 1^{ère}, 15 fév. 1972, RCDIP 1973, p. 77, note Henri Batiffol, à propos d'un contrat de cautionnement. La Cour de cassation a décidé que « *si le contrat de cautionnement est soumis à sa loi propre, il y a lieu de présumer dans le silence de la convention à cet égard qu'il est régi par la loi de l'obligation garantie* ». Dans le même sens, Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1981, JDI 1981, p. 148 ; Civ. 1^{ère}, 12 janv. 1994, RCDIP 1994, p. 92, note Horatia Muir Watt à propos d'une promesse de rachat d'actions liée à un contrat de travail. Néanmoins, le fondement de l'unification de lois applicables n'était pas clair : certains arrêts parlent de principe, Clunet 1977, 495, note A. Lyon-Caen, d'autres arrêts parlent de présomption, Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1981, RCDIP 1982, 336, note Paul Lagarde ; Clunet 1982, 148, note Pierre Bourel, ce qui a été affirmé dans plusieurs autres arrêts : Civ. 1^{ère}, 13 avr. 1992, Bull. civ. I, n° 121 ; Civ. 1^{ère}, 16 fév. 1994, RCDIP, 1994, 341, note Horatia Muir Watt ; Civ. 1^{ère}, 3 déc. 1996 ; JCP 1997, II, 22827, note Horatia Muir Watt. Alors que d'autres décisions unifient la loi applicable entre le contrat principal et le contrat de cautionnement en appliquant la clause d'exception de la Convention de Rome : CA Versailles, 6 fév. 1991, D. 1992, p. 174, note Paul Lagarde. D'ailleurs, la Cour de Cassation continue à appliquer la loi du contrat principal au contrat de cautionnement même après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, v. Les arrêts cités par Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales* », Fasc. *op. cit.* Par exemple pour un arrêt récent : Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2015, n° 14-10-373, RCDIP, 2016, 132, note Dominique Bureau et Horatia Muir Watt ; D. 2016, p. 1050, note Hélène Gaudemet-Tallon, la Cour de Cassation dans cet arrêt a évincé la loi de résidence habituelle de la caution et a appliqué la loi du contrat principal. Pour une étude détaillée de la dépendance du contrat de cautionnement par rapport au contrat principal, v. Jacques Mestre, « *Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles* », TCFDIP, 1986-1987, p. 57 et s.

¹⁶⁵ CA Paris, 14 déc. 1993, RCDIP 1995, p. 300, note Horatia Muir Watt. L'arrêt est rendu avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. La jurisprudence à cette époque ne distinguait pas entre les cas de volonté implicite et l'absence de choix. Dans les deux cas, elle avait recours à la localisation du contrat. Cet arrêt ne concerne pas l'étude entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, mais les termes de la décision ainsi que la note de Mme Muir Watt permettent d'en faire l'analogie.

deutsche mark) et la loi applicable aux conventions liées qui était la loi allemande. Selon M^{me} Muir Watt, les attaches qu'entretient un contrat avec les autres peuvent être déterminants, mais elles doivent être consolidés par d'autres indices¹⁶⁶.

75. Néanmoins, l'application de la même loi régissant le contrat principal au contrat de sous-traitance, en se fondant sur le choix tacite, a été adoptée par un tribunal arbitral dans une affaire présentée devant la Chambre de Commerce Internationale¹⁶⁷. En l'espèce, le litige apparu était entre un armateur danois et un propriétaire d'un chantier naval français pour l'achat de deux navires. L'armateur a eu recours à un sous-traitant anglais pour la construction de turbines destinées à être installées sur un navire porte-conteneurs. En raison des défauts des turbines et du retard dans l'exécution du contrat, un litige entre les parties du contrat de sous-traitance a, donc, surgi. Le sous-contrat ne contenait pas de clause expresse de choix de loi. Le tribunal arbitral a constaté que le contrat principal était régi par la loi française, alors qu'il n'y avait aucune désignation de loi dans le contrat de sous-traitance. Le sous-traitant a réclamé l'application de la loi anglaise car la langue du contrat était l'anglais, le contrat contenait des clauses d'exonération de responsabilité inspirées par la loi anglaise, le paiement était en livres anglaises et enfin la délivrance était faite selon le système du *sans frais à bord (free on board)* anglais. Pourtant, le tribunal a rejeté la demande du sous-traitant et a déduit « *une volonté de soumission du contrat de sous-traitance au marché principal, et par conséquent à la loi française* ». La Cour arbitrale a présumé la volonté des parties au contrat de sous-traitance de se soumettre à la loi prévue dans le contrat de base. Elle a fait fi des autres indices de rattachements mis en lumière par le sous-traitant en faveur de l'unification de la loi applicable entre les deux contrats de la même opération.

76. L'approche adoptée par la Cour arbitrale dans l'affaire précédente nous a amené à poser les questions suivantes : est-ce que les liens entre le sous-contrat et le contrat principal suffisent pour présumer leur volonté de se soumettre à la *lex contractus* du contrat principal, ou y aurait-il un forçage du consentement, voire une absence de celui-ci ? Ou bien les considérations d'unification du traitement du litige

¹⁶⁶ V. Horatia Muir Watt, note, *op. cit.*

¹⁶⁷ CCI 2119, 1978, JDI 1979, 997, note Yves Derains.

favorisent-elles cette extension ? Est-il raisonnable d'entraver une telle unification au risque des décisions contradictoires et de déni de justice¹⁶⁸?

77. En effet, les arbitres dans cette affaire afin, d'apprécier cette extension¹⁶⁹, se trouvent obligés de confronter deux intérêts antagonistes qui apparaissent à cet égard : la bonne administration de la justice et le respect de la volonté des parties¹⁷⁰. Une confrontation entre l'intérêt public et l'intérêt privé des parties, conduit l'arbitre ou le juge, soit à donner la suprématie à la volonté des parties, soit à la bonne administration de la justice et à la réalité économique. L'extension de la loi applicable et du régime contractuel permet d'éviter les problèmes d'émiettement de loi applicable entre le contrat de base et le sous-contrat. Néanmoins, il n'est guère facile de procéder « *abusivement* »¹⁷¹ au nom de l'intérêt général et de forcer la volonté implicite des parties afin d'œuvrer en ce sens¹⁷².

¹⁶⁸ Yves Derains, note *op. cit.*, v. *infra* n° 121.

¹⁶⁹ En effet, l'extension de la clause de la *lex contractus* dans le contrat de base au contrat de sous-entreprise se rapproche de la question de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires. La Cour d'appel décide dans une série d'arrêts que la clause compromissoire insérée dans un contrat peut s'étendre aux autres parties non-signataires : « *Les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige* », CA Paris, 1^{ère} chambre, 7 déc. 1994, arrêt *Jaguar*, RTD com. 1995, 401, note Éric Loquin ; Rev. arb. 1996, p. 245, note Charles Jarosson. On en déduit que l'extension de la clause compromissoire exige la présence de deux conditions : tout d'abord, que les parties non-signataires de la clause soient impliquées directement dans l'exécution du contrat, ensuite, que cette implication fasse présumer la connaissance et la portée de la clause d'arbitrage par les parties. Nous estimons que le tribunal arbitral dans l'affaire 2119 a raisonné par analogie avec la question de l'extension de la clause compromissoire aux parties non-signataires afin d'étendre l'application de la clause de la *lex contractus* au sous-contrat. Comp. l'affaire CCI 6769, 1991, Rec. Sentences CCI, vol. III, p. 456 ; JDI 1992, p. 1019, note Yves Derains. Dans cette dernière, le tribunal a refusé d'étendre la clause compromissoire au sous-traitant en dépit de l'apposition de sa signature sur le marché principal. La Cour d'appel dans une décision rendue le 26 octobre 1995 a annulé la sentence arbitrale. La Cour d'appel a justifié sa décision comme suit « *pour le sous-traitant sans émettre de réserve et alors qu'il avait en outre participé à la conclusion du marché, avait nécessairement accepté la clause compromissoire qui y était incluse* » Rev. arb., 1997, p. 553. Pour plus de détails, v. Daniel Cohen, article *op. cit.* ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, p. 250 et s. ; *add.* Jean Louis Devolvé, « *l'arbitrage et les tiers* », Rev. arb. 1988, issue 3, pp. 501-556 ; Sarah Bros, « *Action directe dans les groupes de contrats* », JCl. Fasc. 193, 2008 ; Ibrahim Fadlallah, « *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés* », TCFDIP, 1986, 105-31, surtout n° 41.

¹⁷⁰ Daniel Cohen, « *Arbitrage et groupes de contrats* », article *op. cit.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² L'appréciation de cette décision est diverse. Elle est critiquée par certains auteurs, v. Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, n° 30. Selon cet auteur cette décision est dotée d'une certaine ambivalence dans la motivation. En outre, selon les auteurs, les justifications pour retenir l'unité juridique des contrats sont faibles. En revanche, selon d'autres auteurs, l'unification de loi entre les contrats trouve son appui dans l'unification de juridiction, François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, n° 417, p. 259. Comp. la décision CCI 3450, 1980, Rec. sent. CCI, vol. I, p. 105 ; JDI

78. Nous estimons que la solution donnée en cette matière ne doit pas être générale mais concrète selon les circonstances de chaque espèce. L'unification de la loi applicable entre les deux contrats ne doit être effectué que prudemment et en présence des indices très forts qui renvoient d'une manière certaine à la loi choisie au contrat principal, sinon on risque de déjouer les prévisions des parties et de menacer la sécurité du contrat.

79. Procéder autrement, paraît, selon nous, trop audacieux et va à l'encontre de la volonté expresse des parties qui ont choisi une telle forme de coopération afin d'exécuter l'opération contractuelle¹⁷³. Le simple lien entre le contrat principal et le sous-contrat ne suffit pas pour révéler une volonté tacite de choisir la même loi que celle choisie dans le contrat principal. Même la transparence entre les contrats de l'ensemble ne doit pas produire une systématisation de l'extension. Une telle transparence doit être fortifiée par d'autres indices qui permettent de déduire la volonté implicite de *la lex contractus*. Une solution *in abstracto* doit être éliminée en faveur d'une analyse *in concreto*.

80. En effet, la détermination du choix tacite est un processus compliqué. Selon la doctrine¹⁷⁴, il serait difficile, même dangereux, d'en déduire des règles

1981, p. 915, note Yves Derains. Dans cette affaire, la compétence du tribunal était limitée au sous-contrat. De longs développements étaient consacrés à la détermination de la loi applicable au sous-contrat sans aucune référence à celle du contrat principal. Dans le même sens, l'affaire n° 6401 par rapport au contrat de cotraitance, c'est-à-dire un ensemble de deux contrats d'entreprises conclus pour la réalisation du contrat principal. Un contrat de construction et un contrat d'architecte en l'espèce. Les deux contrats étaient soumis au même arbitre contre le maître de l'ouvrage en paiement de leurs prestations. Le maître de l'ouvrage avait demandé la disjonction procédurale du litige, mais pour des raisons de simplicité et d'économie, la Cour arbitrale a refusé sa demande tout en admettant que les deux contrats sont indépendants et doivent être traités séparément. Elle a soumis chaque contrat à la loi du débiteur de la prestation caractéristique, un contrat à la loi du New Jersey et l'autre à la loi de Pennsylvanie, CCI 6401, inédite, Genève, droits des États de New Jersey et Pennsylvanie, États-Unis d'Amérique, cité par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre* », Thèse *op. cit.*, n° 419, p. 259.

¹⁷³ Les parties ont choisi de maintenir les positions contractuelles autonomes : l'entrepreneur principal est responsable à l'égard du maître de l'ouvrage dans le contrat principal et à l'égard du sous-traitant dans le sous-contrat. Le choix du maintien de ces positions contractuelles est un instrument en faveur de l'autonomie des deux contrats. François-Xavier Train, Thèse *op. cit.*, p. 237.

¹⁷⁴ Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.* ; Sabine Corneloup, « *Choix de loi et contrats liés* », in Sabine Corneloup et Nathalie Joubert, *Le règlement Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, 2011, p. 285. Dans le même sens, M^{me} Gaudemet-Tallon qui estime que « *le droit positif est mal fixé sur la délicate question de la portée d'une clause de choix de loi dans un contrat qui peut se trouver lié à un ou plusieurs autres contrats dans divers cas de figure : groupe de contrats, chaînes de contrats, contrat cadre et contrats d'application, sous-traitance, etc. La notion même de « contrats liés » est floue. Les controverses doctrinales sont nombreuses et la jurisprudence n'a pas pris position de façon certaine* », Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses*

générales. Aucune certitude ne peut exister dans ce cas de figure. Ainsi, selon M. Pellé, il semble difficile, d'admettre le choix tacite par la transposition de la loi d'un contrat à un autre, « *la volonté tacite est une fiction qui est toujours décelée à partir d'un contrat en particulier.... Mieux vaut, dans cette hypothèse, considérer que la volonté des parties n'a pas été exprimée* »¹⁷⁵. Il ne va pas de soi que l'entrepreneur ait voulu adopter tacitement la loi prévue dans le contrat principal au contrat de sous-traitance pour la simple raison qu'en général cette unification réduit la complexité de l'opération contractuelle. Pour conclure, En dépit des avantages de l'unification des lois entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, on ne peut pas l'assurer d'une manière abstraite *via* le choix tacite.

81. Il convient d'examiner, maintenant, si l'aboutissement aux solutions harmonieuses au sein de l'ensemble contractuel peut être atteint *via* les rattachements subsidiaires en cas d'absence de choix.

Sous-section II – Les règles applicables au contrat de sous-traitance en cas d'absence de choix

82. En cas d'absence d'une désignation expresse ou tacite d'une loi applicable au contrat de sous-traitance internationale, le législateur et parfois la jurisprudence ont créé des critères objectifs afin de guider le juge à désigner la loi applicable au contrat dans ces cas. Ces critères varient selon les politiques législatives inhérentes à chaque pays et évoluent dans le temps. Nous exposerons dans un premier temps, les différents critères de rattachements désignés par les législateurs en France et en Égypte pour déterminer la loi applicable de manière

générales », JCl. Fasc. *op. cit.*, n° 11 ; Mohamed Salah Mohamed Mahmoud, « *Groupes de contrats : intérêts de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international* », Journal de droit des affaires internationales, 1996, 593, surtout p. 604 ; dans le même sens, Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 376-380, pp. 216-219. Selon M^{me} Porcheron, il n'est guère facile de présumer une telle extension du choix de loi dans le contrat principal au contrat accessoire, que si les parties l'ont prévu expressément et que le contrat est conclu entre les mêmes parties. Alors si le contrat est muet par rapport à l'extension de la loi applicable, dans ce cas, il faut consulter la loi du contrat accessoire pour vérifier si elle admet un choix tacite. Si la réponse est positive, il faut vérifier si les parties sont les mêmes, dans ce cas, on peut présumer une telle extension, alors si les parties sont différentes, il serait difficile de le présumer sans violer le principe de l'effet relatif de conventions, à moins qu'il existe des indices certains vers le choix de la loi du contrat principal, comme par exemple, la présence d'un *instrumentum* unique avec une mention du droit applicable.

¹⁷⁵ Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007, n° 458.

générale en cas d'absence de choix (§ 1). Dans un second temps, nous étudierons les critères de rattachements en matière de contrats liés (§ 2).

§ 1 – Les critères de rattachements désignés de manière générale en cas d'absence de choix

83. Il n'est pas rare que les parties ne désignent pas une loi applicable à leur contrat, les tribunaux sont fréquemment saisis en raison du silence des parties¹⁷⁶. L'absence de choix de la loi applicable par les parties est justifiée par l'insuffisance d'une formation juridique qui leur permet d'estimer l'importance de la désignation de la loi applicable dans les contrats internationaux¹⁷⁷. Elle peut être justifiée, également, par le fait que les parties ne peuvent pas s'entendre sur la question de choix de loi, ce qui mène à laisser cette question sans désignation¹⁷⁸. En conséquence, le législateur et la jurisprudence dans les différents pays ont déterminé des critères de rattachements subsidiaires pour désigner la loi applicable en cas d'absence de choix. Il convient de préciser que ces rattachements se fondent sur des critères objectifs qui ne s'appuient pas sur la volonté des parties. Il

¹⁷⁶ Selon M. Heuzé, la clause de choix de loi n'apparaît que dans 10% des contrats soumis à la connaissance des tribunaux, Vincent Heuzé, « *Le droit international privé français des contrats : étude critique des méthodes* », Paris I, Panthéon Sorbonne, 1988, n° 245 ; Henri Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 27 et 28. Le Doyen Batiffol cite une enquête qui a été faite par l'institut allemand auprès des industriels de Hambourg posant aux parties la question suivante : « *quand vous passez un contrat international, avez-vous une idée de la loi à laquelle ce contrat sera soumis ? La réponse de la grande majorité a été non, nous n'en savons rien ; c'est une affaire des juristes* », *Ibid.* Ceci montre que les parties dans un contrat international ne se rendent toujours pas compte de l'importance du choix de loi. Mme Kessedjian a qualifié cette absence de choix ou ce qu'elle l'appelle le choix négatif par « *un mauvais choix* », Catherine Kessedjian, « *Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales* », article *op. cit.*

¹⁷⁷ Catherine Kessedjian, « *Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales* », article *op. cit.*

¹⁷⁸ Le Doyen Henri Batiffol a expliqué les raisons de l'absence de choix de la loi applicable au contrat comme tel : « *les praticiens lui ont dit qu'il faut se rendre compte qu'une discussion sur la loi applicable est une difficulté de plus. On commence par se mettre d'accord sur les marchandises ou les services à fournir, la contrepartie pécuniaire, les délais de livraison, et ainsi de suite. Quand ces négociations ont été un peu laborieuses, l'idée de déterminer la loi applicable, si elle vient à l'esprit des parties ou de l'une d'elles, suscite la crainte de provoquer une nouvelle discussion, un marchandage qui remette en question ce qui a été négocié* », Henri Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », ouvrage *loc. cit.* Néanmoins, cette question est d'une importance fondamentale dans les contrats internationaux, v. Niboyet, note sous Cass. 31 mai 1932, S. 1933, 1, p. 17. Cette importance a été soulignée également par l'institut Athéna en 1979 par rapport à la recherche de la loi applicable entre l'État et une personne privée étrangère en soulignant qu'« *il est souhaitable que les parties désignent expressément le droit applicable à leur contrat* », RCDIP 1980, pp. 427-428.

faut prendre acte de l'absence de volonté des parties et ne pas spéculer sur le choix qu'auraient pu faire les parties, ou ce que l'on appelle la volonté hypothétique¹⁷⁹.

84. La désignation de la loi applicable à défaut de choix s'appuie sur la volonté de concilier deux principes : d'une part, la recherche de la loi ayant les liens les plus étroits au litige, ou ce que l'on appelle le principe de proximité¹⁸⁰, et d'autre part, la désignation des critères de rattachements qui ne menacent ni la sécurité juridique des solutions ni les prévisions légitimes des parties. L'extrémisme de chaque principe mène à des résultats fâcheux. L'extrémisme du principe de proximité laisse la recherche de la loi applicable, en cas d'absence de choix, au pouvoir du juge de façon concrète sans désignation d'un critère abstrait¹⁸¹. En revanche, l'extrémisme par rapport au principe de sécurité des solutions mène à la désignation des rattachements abstraits, rigides qui ne laissent aucune marge d'appréciation au juge. Dans la tentative de parvenir à un compromis entre l'un et l'autre principe, la position des législateurs est différente. Le législateur égyptien a adopté la seconde voie, alors qu'en droit français, la question a évolué au fil du temps.

85. Le législateur égyptien a adopté des critères de rattachements rigides pour désigner la loi applicable aux obligations contractuelles en cas d'absence de choix. L'article 19 du Code civil égyptien¹⁸² dispose que « *les obligations contractuelles sont régies par la loi du domicile quand elle est commune aux parties contractantes, et, à défaut de domicile commun, par la loi du lieu où le contrat a été conclu. Le tout, à moins que les parties ne conviennent ou qu'il ne résulte des circonstances qu'une autre loi devra être appliquée* ».

86. Deux rattachements subsidiaires désignés respectivement selon cet article, commençant par la loi du lieu du domicile commun des parties, et, à défaut

¹⁷⁹ V. *supra* note 135 ; Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier, et Malik Laazouzi, « *Droit des contrats internationaux* », Paris, Sirey, 2017, n° 242, p. 187.

¹⁸⁰ Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI, vol. 196, 1986, pp. 9-238.

¹⁸¹ C'est la tendance des écoles anglo-saxonnes, dans les pays de *Common law*, on adopte des critères concrets qui sont exprimés par « *The most real connection* », selon le juge Lord Singleton dans le célèbre affaire *The Assunzione* rendue par *the Court of Appeal* en 1954, « *I believe it to be impossible to state any rule of general application* », *The Assunzione*, 1954, 2, W.L.R, 234, cité par Paul Lagarde « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *op. cit.*, n° 16. Pour le droit international privé dans les pays de *Common law*, v. du même auteur « *Le second "Restatement" du conflit de lois aux États-Unis* », TCFDIP, 1980, vol. 2, pp. 29-57.

¹⁸² Il convient de préciser que le Code civil égyptien a été adoptée en 1948, entrée en vigueur à partir du 15 octobre 1949 et n'a pas été modifié depuis lors.

de celui-ci la loi du pays où le contrat a été conclu, auront vocation à s'appliquer. Ces critères sont impératifs et ne laissent au juge aucun rôle dans la localisation du contrat¹⁸³. Cette rigidité permet de garantir la sécurité juridique aux parties et de ne pas déjouer leurs prévisions légitimes, puisqu'elles seraient conscientes d'une manière certaine de la loi régissant leurs contrats en cas d'absence de choix. Une telle solution reste, cependant, critiquable, parce qu'elle est à la fois trop générale et trop rigide¹⁸⁴. Elle suppose que le centre de gravité de tous les contrats, soit nécessairement la loi du domicile commun ou de conclusion du contrat. Une telle solution ne permet pas de respecter la nature juridique de chaque contrat. En outre, elle ne correspond plus à l'évolution contemporaine à laquelle fait face le droit des contrats, ni aux schémas contractuels complexes¹⁸⁵.

87. Par ailleurs, le rattachement à la loi du lieu de conclusion a été le premier à être proposé en France¹⁸⁶. Un tel critère a été adopté par souci de formalisme et de réalisme, tout en laissant au juge la possibilité de l'écarter, si elle ne correspond pas à la localisation raisonnable du contrat. Dans le célèbre arrêt *American Trading Co.*, qui a établi le principe de l'autonomie de volonté¹⁸⁷, la Cour de cassation a pris le soin de formuler le rattachement subsidiaire en énonçant : « *attendu que la loi applicable au contrat ... est celle que les parties ont adoptée ; que si, entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s'attacher* »¹⁸⁸. Le rattachement à la loi du lieu de conclusion était justifié par des raisons de simplicité, puisque c'est là que les volontés se sont rencontrées et c'est là qu'est né le contrat¹⁸⁹. Par contre, il a été

¹⁸³ Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La science de la règle de conflit et le choix entre les législations* », 1^e éd., *Dar Al Kotob Al kwmeya*, Al Mansoura, Égypte, 1996, p. 1105 et s. ; Omaia Elwan, « *La loi applicable à la garantie bancaire à première demande* », cours *op. cit.*, p. 183.

¹⁸⁴ Omaia Elwan, « *La loi applicable à la garantie bancaire à première demande* », cours, *op. cit.*, p. 184.

¹⁸⁵ Ahmed Abd Al Kerim Salama, « *La science de la règle de conflit et le choix entre les législations* », *loc. cit.*

¹⁸⁶ Sur l'évolution en France et en droit comparé de la désignation de loi en cas d'absence de choix, v. Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », n° 9, p. 33 ; Henri Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », 1938, p. 158 ; Henri Batiffol, « *Les contrats en droit international privé* », Montréal, Institut de droit comparé, McGill University, 1981, p. 27.

¹⁸⁷ V. *supra* n° 43.

¹⁸⁸ Cass. 5 déc. 1910, *American trading company*, S. 1911, 1, 129, note Lyon-Caen ; RCDIP 1911, 395 ; JDI 1912, 1156 ; Bertrand Ancel, Yves Lequette, et Henri Batiffol, « *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* », 5^e éd., Grands arrêts, Dalloz, 2006, 11.

¹⁸⁹ Ce rattachement a été adopté en Angleterre et dans le Code civil italien. V. Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *op. cit.*, n° 9, p. 31 ; Henri

abandonné comme étant trop fortuit, étant donné que ce lieu est incident, dicté par des considérations non fonctionnelles, ou bien le fruit du hasard.

88. La Cour de cassation, afin d'éviter les inconvénients de ce rattachement, a renoncé à l'application de la loi du lieu de conclusion seule, en adoptant un groupe de rattachements combinant entre le critère du lieu de conclusion et celui du lieu d'exécution¹⁹⁰. Cependant, même ce groupe de rattachements a été qualifié de rigide et d'abstrait. Bien qu'il puisse garantir la prévisibilité des solutions aux parties, il n'a aucun contact avec la réalité, il fallait chercher un autre critère qui serait plus réel et plus adapté à la nature de chaque contrat, tout en maintenant le respect de la prévisibilité de la loi applicable.

89. C'est là que le critère de prestation caractéristique apparaît¹⁹¹. Il est considéré comme la meilleure expression des liens les plus étroits d'un contrat avec un ordre juridique¹⁹². Celui-ci permet de se concentrer sur la fonction économique et sociale du contrat et de le rattacher au milieu socio-économique dans lequel il s'insère¹⁹³.

Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », *loc. cit.* ; Henri Batiffol, « *Les contrats en droit international privé* », *loc. cit.*

¹⁹⁰ Ce rattachement est inspiré de la pensée de Savigny. Cet auteur allemand est considéré comme le père fondateur de la théorie moderne des conflits de lois dans son traité de droit romain de 1849, v. Friedrich Savigny, « *Traité de droit romain* », T. VIII, traduction Guenoux, 2^{ème} éd., Paris, 1860. Il a dit dans son ouvrage que « *l'obligation en soi, c'est-à-dire le rapport de droit, étant une chose incorporelle, qui n'occupe pas de place dans l'espace, nous devons chercher dans son développement naturel des apparences visibles auxquelles nous rattacherons la réalité invisible de l'obligation, afin de lui donner un corps* », n° 370, p. 204. Le lieu d'exécution était considéré par des auteurs comme la loi ayant des liens les plus étroits au litige, Henri Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », *loc. cit.* Il a été adopté avant la Convention de Rome par la jurisprudence française et allemande à défaut de choix en cas d'absence de volonté explicite, implicite ou hypothétique, v. par exemple un arrêt rendu par la Cour de cassation allemande dans lequel elle a affirmé que la loi allemande est celle appliquée au contrat car c'est la loi du lieu de performance. (*Shenevai c. Kreischer*), N 266/85 ECJ 1987, p. 239. Pour plus de détails sur ce critère, v. Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *cours op. cit.*

¹⁹¹ Le professeur Schintzer a, sinon inventé, tout au moins contribué au succès de ce critère. V. Adolf Friedrich Schintzer, « *Les contrats internationaux en droit international privé suisse* », RCADI, vol. 123, 1968, p. 541. Pourtant, on trouve une application de la jurisprudence française de ce critère : CA Paris, 27 janv. 1955, RCDIP, 1955, p. 330, note Henri Motulsky. Pour plus de détails sur la prestation caractéristique, v. la thèse de Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2000.

¹⁹² Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *op. cit.*, n° 19.

¹⁹³ Le rapport de la Convention de Rome de Giuliano et Lagarde donne une justification tautologique sur ce point « *quant à la localisation dans l'espèce de la prestation caractéristique du contrat, il est tout à fait naturel que le pays où la partie qui doit fournir cette prestation caractéristique a sa résidence habituelle, son administration centrale ou son établissement... l'emporte sur le pays de l'exécution, bien entendu au cas où ce dernier est un pays autre que celui de la résidence habituelle ou l'administration centrale ou de l'établissement. En effet, dans la perspective qui inspire la solution*

90. La prestation caractéristique est celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre¹⁹⁴. Elle n'est pas le paiement du prix, obligation commune à tous les contrats, mais la prestation pour laquelle ce paiement est dû¹⁹⁵. Dans la plupart des contrats synallagmatiques, un prix doit être payé par une partie contre l'obligation exécutée par l'autre partie. Par exemple, dans le contrat de vente, le prix de la marchandise est payé contre la livraison de la marchandise par l'autre partie. Dans les contrats d'entreprises, la rémunération est payée par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal ou de ce dernier à son sous-traitant pour le service rendu. Cette prestation en contrepartie du prix payé s'appelle la prestation caractéristique du contrat. Pourtant, puisque la prestation caractéristique n'est pas une règle de conflit, il fallait chercher d'après cette notion un critère de rattachement pour déterminer la loi applicable. Le législateur, dans la Convention de Rome, a hésité entre deux choix : soit choisir la loi du lieu de l'exécution de la prestation caractéristique, soit choisir la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique.

91. Après un long débat, le législateur s'est finalement fixé sur le lieu de la résidence habituelle¹⁹⁶ du débiteur de la prestation caractéristique¹⁹⁷. Cette solution

retenue par le groupe, c'est seulement le lieu de résidence habituelle ou de l'administration centrale ou de l'établissement de la partie fournissant la prestation caractéristique qui apparaît décisif pour la localisation du contrat », Rapport, JOCE, 31 octobre 1980, n° C 282, p. 20.

¹⁹⁴ Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, « *Obligations* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, n° 40.

¹⁹⁵ Marie Élodie Ancel, Thèse *op. cit.*, n° 150 ; Mario Giuliano, « *La loi applicable aux contrats : problèmes choisis* », RCADI, 158, 1977.

¹⁹⁶ La résidence habituelle n'a pas été définie ni par la Convention ni par le Règlement, ce qui est regrettable selon les auteurs, puisque cette notion peut varier selon les pays et les parties. V. Van Gysel et Joëlle Ingber, « *À la recherche de la prestation caractéristique* », Revue de droit ULB, 1994, pp. 55-96, n° 7. Les auteurs proposent d'adopter une notion autonome de la résidence habituelle pour qu'elle soit adoptée par le juge quelle que soit *la lex fori* ou *la lex contractus*.

¹⁹⁷ Sur le choix du législateur de lieu de résidence du débiteur et pas celui du créancier, v. Yves Lequette, « *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé* », RCADI, vol. 387, 2017, 18-630, n° 67 et s. ; Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », ouvrage *op. cit.*, n° 431 et s. La loi suisse adopte ce critère de rattachement. Pour une illustration, v. une affaire surgie devant la chambre de commerce internationale (CCI) entre un entrepreneur français et un sous-traitant yougoslave pour une exécution en URSS, la Cour a décidé que « *considérant que selon les principes du droit international privé suisse (lex fori) le contrat d'entreprise est soumis en l'absence expresse de droit à la loi de la résidence habituelle de l'entrepreneur conformément aux principes généraux, le lieu où la prestation est effectuée ne présentant pas une importance décisive, et cela même pour les ouvrages immobiliers, qu'ainsi à la loi yougoslave, siège de B, serait applicable selon le droit suisse* », CCI 3450, 1980, Sigvard Jarvin and G. Derains, coll. des sentences de CCI 1974-1985, pp. 399-400. Le critère a été également adopté par la loi autrichienne, loi 15 juin 1978 § 36.

s'explique par des raisons de commodité pratique¹⁹⁸, parce que le lieu de résidence habituelle du débiteur est plus facile à déterminer que celui du lieu de l'exécution¹⁹⁹. De plus, elle répond mieux aux attentes légitimes des parties, puisque le débiteur de la prestation caractéristique préférerait que toutes ses transactions commerciales soient régies par sa propre loi qu'il connaît bien, ce qui permet de favoriser les transactions internationales²⁰⁰. Le rattachement à la loi du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique devient la règle générale applicable aux obligations contractuelles selon les textes européens, que le contrat conclu soit un contrat isolé ou lié (Paragraphe II).

§ 2 – L'absence de rattachement spécial applicable aux contrats liés

92. Avant l'entrée en vigueur des textes européens, la Cour de cassation française, influencée par la pensée de Batiffol²⁰¹, avait une tendance favorable à la prise en compte des liens existant entre les contrats, en déterminant la loi applicable aux contrats liés²⁰².

93. En revanche, comme on l'avait souligné précédemment, les textes européens, afin de déterminer la loi applicable, ne font pas de distinction entre un contrat lié et un contrat isolé. Ni la Convention de Rome ni le Règlement Rome I

¹⁹⁸ Mario Giuliano et Paul Lagarde, « *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* », JOCE, n° C 282, p. 17, article 4.

¹⁹⁹ Trois arrêts ont eu recours au rattachement de lieu d'exécution de la prestation « *essentielle* » : CA Lyon, 21 mars 1973, JDI 1974, p. 345, note Kahn, « *spécifique* » : CA Limoges, 10 nov. 1970, RCDIP 1971, p. 706, note Simon-Depitre, n° 19, se rapportant à un contrat d'agence commerciale ou « *caractéristique* » : à propos du contrat liant un avocat et son client, TGI Paris, 3 févr. 1982, pour localiser le contrat de mandat au lieu où devaient s'accomplir les actes du mandataire. On estime que le lieu d'exécution de la prestation caractéristique est beaucoup plus décisif, Marie Niboyet, « *Contrats internationaux, Détermination du droit applicable, Le principe d'autonomie (sa portée)* », JCl. Fasc. 30, 1998, actualisation 2018, spéc, n° 20.

²⁰⁰ Paul Lagarde, « *Convention de Rome : obligations contractuelles* », Répertoire de droit européen, Dalloz, 1992, actualisation 2012, n° 45 ; Marie Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse *loc. cit.*

²⁰¹ Henri Batiffol et Paul Lagarde, « *Droit international privé* », T. II, Paris, LGDJ, 1983, n° 587.

²⁰² Pour un contrat de sous-traitance internationale, CA Paris, 14 déc. 1993, RCDIP, 1995, p. 300, note Horatia Muir-Watt. *op. cit.* Le fondement sur lequel la Cour de Cassation s'appuie pour justifier cette extension de loi entre les contrats liés n'était pas clair, si c'est la volonté tacite des parties ou la théorie de localisation recommandée par Batiffol. En effet, à défaut de choix exprès, les deux fondements se rapprochent, puisque la Cour de Cassation cherche le milieu social dans lequel se localise le contrat. V. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1981, JDI, 1982, p. 148, note Bourel ; RCDIP, 1982, p. 336, note Lagarde ; Soc., 14 janv. 1976, JDI 1977, p. 495, note A. Lyon-Caen, et implicitement, Civ., 15 fév. 1972, RCDIP, 1973, p. 77, note Henri Batiffol. Pour des solutions identiques plus récentes, v. Civ., 1^{ère}, 13 avr. 1992, Bull. civ. I, n° 121 ; Civ. 1^{ère}, 3 déc. 1996, Bull. civ. I, n° 428 ; Marie-Laure Niboyet Hoegy, « *Contrats internationaux. Détermination du droit applicable. Le principe d'autonomie (sa portée)* », JCl. Fasc. *op. cit.*

n'a privilégié les contrats liés d'un rattachement spécial²⁰³. On ne trouve de référence aux liens existants entre les contrats que dans le préambule du Règlement Rome I, dont le considérant vingt et un fait référence aux contrats liés²⁰⁴ comme un indice au juge afin de chercher une loi ayant les liens les plus étroits au litige, en cas de recours à la clause d'exception²⁰⁵.

94. Le contrat de sous-traitance, considéré par la doctrine comme un des contrats « rebelles »²⁰⁶, n'a pas eu le privilège d'un rattachement spécial ni dans la Convention ni dans le Règlement Rome I. Il est traité comme un contrat d'entreprise autonome. Cette autonomie mène, en cas d'absence de choix, à l'application de la loi de la résidence habituelle du sous-traitant²⁰⁷ au contrat de sous-traitance, alors

²⁰³ De façon générale les conventions internationales ne visent pas la question des groupes de contrats, Cette absence de dispositions aux contrats liés est justifiée par la doctrine que les rédacteurs des conventions n'ont pas voulu instaurer un système rigide qui aurait présenté une sécurité juridique très grande, mais dépréciée par le caractère trop artificiel du lien entre la loi retenue et la réalité économique, Daniel Cohen, « Arbitrage et groupes de contrats », article *op. cit.*, p. 482. Pour un essai doctrinal de traiter les contrats liés sous l'égide et l'esprit de la Convention de Rome, les auteurs, Gysel et Ingber ont distingué entre deux hypothèses : soit les cas dans lesquels plusieurs cocontractants accomplissant la même prestation, soit une hypothèse de pluralité de prestataires accomplissant des prestations différentes. Pour ce qui des premiers, on propose selon les circonstances soit d'opter pour une loi de l'un des prestataires soit d'appliquer une loi unique à tous les contrats et d'écarter l'application des lois différentes selon la notion de prestation caractéristique. Concernant la deuxième hypothèse c'est-à-dire les cas de pluralité des prestataires accomplissant des prestations différentes, les auteurs proposent de ne pas retenir une qualification *lege lori* des contrats liés, ce qui paraît arbitraire selon eux, mais de s'appuyer sur l'article 4 (5) de la Convention de Rome qui permet au juge de chercher la loi la plus étroite selon les circonstances du litige. Le juge dans ces cas procède par une globalisation de l'ensemble, par opposition au procédé du dépeçage permis au juge selon la Convention. Une telle globalisation permet d'éviter toute sorte d'incohérence et de considérer le phénomène juridique dans une optique identique à celle de l'économiste, c'est-à-dire comme un tout. Cette loi peut être le domicile d'une des parties, le lieu d'exécution de l'un des contrats, Van Gysel et Joëlle Ingber, « À la recherche de la prestation caractéristique », article *op. cit.*

²⁰⁴ Le considérant n° 21 dispose qu' « en l'absence de choix, lorsque la loi applicable ne peut être déterminée en raison de l'impossibilité de classer le contrat dans l'une des catégories définies ou de déterminer la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat, alors le contrat devrait être régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Pour déterminer ce pays, il convient de prendre en compte, notamment, l'existence de liens plus étroits avec un ou plusieurs autres contrats ».

²⁰⁵ Pour la clause d'exception, v. *infra* n° 129 et s.

²⁰⁶ Marie Élodie Ancel, « La prestation caractéristique du contrat », Thèse Paris II, 2002, p. 214, n° 274.

²⁰⁷ Ainsi, dans la Convention de Rome, la loi applicable en absence de choix, article 4.1 dispose que « dans la mesure où la loi applicable n'a pas été choisie par les parties c'est la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. 2. Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». Dans ce sens Marie Niboyet Hoegy, « Contrats internationaux. Détermination du droit applicable. Le principe d'autonomie (sa portée) », JCl. Fasc. *op. cit.*, spéc. n° 27, « l'application de la Convention de Rome doit conduire à défaut de choix des parties, à la loi de la résidence habituelle du sous-traitant, débiteur de l'obligation caractéristique ». V. aussi, François-Xavier Train, « Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale », Paris, LGDJ, 2003, n° 416 pp. 257-258. Le Règlement Rome I a repris, dans son article 4, la même disposition de la

que le contrat principal reste régi par sa propre loi. Cette dernière peut être la loi désignée par les parties, ou, à défaut de choix, la loi de la résidence habituelle de l'entrepreneur principal²⁰⁸. En outre, parfois le contrat de base est régi par des règles matérielles à défaut du contrat de sous-traitance²⁰⁹.

95. Par conséquent, les règles applicables au contrat principal et au sous-contrat selon les textes européens en cas d'absence de choix, aboutissent au démembrement de la loi applicable à l'ensemble contractuel, avec toutes les conséquences fâcheuses d'un tel hiatus²¹⁰.

96. Les règles précédentes étaient celles applicables devant les tribunaux judiciaires, par contre, devant l'arbitrage, la question est réglée différemment.

97. Le tribunal arbitral bénéficie d'une marge d'appréciation très large qui lui permet d'appliquer la loi qu'il estime appropriée selon les circonstances de chaque

Convention de Rome mais en énonçant une liste de huit contrats les plus connus ou courants, y compris le contrat d'entreprise dans la catégorie de prestation de service, en déterminant la loi applicable de chacun d'eux. Et afin de réaliser la souplesse, le législateur a établi une clause d'exception dans l'article 4.3 selon lequel : « *Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* ». Comp. M^{me} Prioddi qui estime que le contrat de sous-traitance n'est pas un contrat synallagmatique et dès lors, le sous-traitant ne peut être considéré comme le débiteur de prestation caractéristique, mais c'est le contractant principal qui est considéré comme le débiteur de la prestation caractéristique à l'ensemble contractuel, le sous-contrat est un outil afin d'exécuter le contrat principal. C'est la prestation de l'entrepreneur principal qui est considérée comme la prestation caractéristique du contrat au sens large et qui représente le centre de gravité de l'opération pour le contrat principal et le sous-contrat en même temps. Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », article *op. cit.*, surtout p. 315.

²⁰⁸ Des décisions précisant que l'entrepreneur est le débiteur de la prestation caractéristique Comm. Hasselt, 10 mai 2000, R.W., 2000-01, (1244), 1248 ; cf. Comm. Hasselt, 8 fév. 1994, R.W., 1996-97, 307 (contrat ayant pour objet l'exécution de travaux de terrassement) ; Anvers, 3 janv. 1995, R.D.C.B., 1995, 38, note Johan Erauw (litige concernant l'opposabilité d'une facture émise pour une prestation de couverture d'un toit en Allemagne par un entrepreneur établi en Belgique) et Rb. Arnhem, 19 mai 1994, N.I.P.R., 1995, 272 (contrat par lequel une entreprise allemande charge une entreprise néerlandaise de construire un centre de sport en Allemagne), arrêts cités par Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 53, n° 78 ; Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

²⁰⁹ Les règles matérielles sont celles qui désignent directement les solutions applicables au litige. Par opposition à la règle de conflit qui est une règle indirecte, les règles matérielles donnent une solution immédiate à la question posée. Ces règles peuvent être de source nationale comme les lois de police, comme la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, ou elles peuvent être de source internationale comme les conventions internationales, Éric Loquin, « *Les règles matérielles internationales* », RCADI, vol. 322, 2006, 9-241 ; Bruno Oppetit, « *Le développement des règles matérielles* », TCFDIP, 1988, 121-39.

²¹⁰ V. *infra* n° 113 et s.

espèce²¹¹. Cette liberté d'appréciation rend les règles beaucoup plus ambiguës, ce qui est prouvé par les sentences suivantes.

98. La première est une affaire entre un entrepreneur français et un sous-traitant yougoslave, pour des difficultés concernant la réalisation d'un ouvrage à livrer à un acheteur soviétique. L'entrepreneur (A) invoquait la mauvaise exécution du contrat par son sous-traitant (B). Ce dernier, en rejetant les allégations, exigeait le paiement immédiat des sommes dues. Le contrat de sous-traitance était muet sur la loi applicable, le tribunal arbitral devait, donc, statuer sur ce point. B plaidait pour l'application du droit français, tandis que A souhaitait l'application du droit suisse. Aucune des parties n'a invoqué la loi yougoslave ou la loi russe (le droit normalement applicable selon la Convention de Rome), le tribunal a appliqué sa propre loi, la loi suisse²¹².

99. Parfois, les arbitres, en cas de silence de désignation de la loi applicable au contrat, estiment qu'il n'y a pas besoin de désigner une certaine loi et appliquent les principes généraux du droit. Ainsi, dans une affaire surgie devant la Chambre de Commerce Internationale les arbitres ont énoncé que « *le silence des parties sur cette question du droit applicable conduit à supposer que les deux parties ont admis qu'il n'était pas nécessaire de déterminer à l'avance le droit applicable pour permettre au tribunal arbitral de se prononcer sur l'une ou l'autre des questions qui lui ont été soumises dans la présente affaire. En outre, quand il lui est donné pouvoir d'agir en qualité d'amiable compositeur, comme le stipulent le contrat et l'acte de mission, le tribunal arbitral n'a pas à décider quel droit spécifique régit les relations contractuelles entre les parties. Sur cette base, le tribunal arbitral, pour trancher les questions que pose l'instance en cours, appliquera les principes généraux*

²¹¹ Pour la désignation de la loi applicable au fond du litige devant l'arbitrage, v. Pierre Lalive, « *Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international* », Rev. arb. 1976, p. 155 ; Yves Derains, « *Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international* », TCFDIP, 1986, pp. 81-103 ; Jean-Michel Jacquet, « *La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international* », in *Cours de droit international et relations internationales de Vitoria-Gasteiz*, 2012, p. 195-234. L'article 39 de la loi de l'arbitrage égyptienne dispose que « *si les deux parties ne se sont pas mises d'accord sur les règles de droit applicables au fond du litige, le tribunal arbitral applique les règles de fond de la loi qui lui paraît avoir les liens les plus étroits avec le litige. Le tribunal arbitral doit, lorsqu'il tranche le fond du litige, prendre en considération les stipulations du contrat objet du litige ainsi que les usages du commerce dans ce type d'opération* ».

²¹² Affaire CCI 3450, 1980, Collections des sentences arbitrales de CCI, vol. I, p. 399, 400 ; JDI 1981, p. 914, note Yves Derains.

largement admis régissant le droit commercial international, sans référence spécifique à un système de droit particulier »²¹³.

100. Si la méthode libérale des arbitres présente l'avantage de rendre des décisions sur mesure en matière de contrats liés, elle menace la sécurité et la prévisibilité, puisque les parties ne peuvent pas prévoir, en amont, la loi qui serait désignée par les arbitres.

101. Pour conclure, les règles de conflits applicables au contrat de sous-traitance ne sont pas favorisées par des rattachements spéciaux qui tiennent compte de leur nature triangulaire spéciale ni de leur dépendance au contrat principal.

102. La loi adoptée en matière de sous-traitance internationale, sinon « *byzantine* »²¹⁴, au moins, menace l'aboutissement à des solutions cohérentes au sein de la même opération économique (Section II).

Section II – Les nécessaires mécanismes correctifs des difficultés résultant des règles en vigueur

103. La vocation de plusieurs lois à s'appliquer au contrat de sous-traitance et au contrat principal, qui coexistent pour l'exécution de la même opération économique, peut être une source de nombreuses difficultés (Sous-section I). Toutefois, l'application concomitante de plusieurs lois qui peuvent être incompatibles, est un problème inhérent au fonctionnement du droit international privé qui a pour rôle de résoudre des litiges transfrontaliers. En effet, le rôle de la règle de conflit est de faire travailler ensemble plusieurs lois nationales sur une même situation, c'est-à-dire qu'il faut articuler les systèmes pour aboutir à un résultat viable²¹⁵. Cette nécessité a mené à créer des mécanismes correctifs, afin de rétablir la justice, et de parvenir à des solutions harmonieuses selon les circonstances de chaque espèce (Sous-section II).

²¹³ CCI 3267, rendue en 1979, Recueil des sentences arbitrales CCI, vol. I, p. 376.

²¹⁴ Alain Bénabent et Périnet Marquet, « *Sous-traitance* », in Hugues-Périnet Marquet, *Droit de construction*, 510, 2018-2019, n° 510.35.

²¹⁵ Henri Batiffol, « *Principes de Droit International Privé* », RCADI, vol. 97, 1959, 433.

Sous-section I – Les difficultés résultant de l'application des règles en vigueur

104. Les règles conflictuelles précédentes méconnaissent l'unité fonctionnelle qui se trouve entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Cela peut aboutir à plusieurs sortes de difficultés. En effet, le démembrement des lois applicables, connu en droit international privé sous le nom du dépeçage, peut heurter à la cohérence des solutions au sein de l'opération contractuelle commune (§ 1). En outre, il laisserait, dans certains cas, une des parties avec le sentiment de déni de justice (§ 2).

§ 1 – Le dépeçage et l'incohérence au sein de l'opération contractuelle

105. Dans le langage courant, dépecer c'est démembrer la chose, la découper, la mettre en pièces. Ce terme, « *bien que barbare* »²¹⁶, a été emprunté en droit international privé afin de représenter un phénomène particulier. Il désigne le cas d'application des règles de différents pays aux différents éléments d'une même situation juridique²¹⁷. Ce terme est à l'origine péjoratif²¹⁸, puisqu'il rompt les liens logiques entre les règles applicables à une même situation²¹⁹. Il entraîne donc, presque toujours, une perte de cohérence au sein de la situation juridique en cause.

106. En matière de contrats, l'autonomie de la volonté permet aux parties d'avoir recours au dépeçage. Dans un contrat international, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat, non pas dans son ensemble, mais à une partie

²¹⁶ Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 1, p. 1.

²¹⁷ Sur la question du dépeçage voir surtout l'article de Paul Lagarde, « *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats* », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, pp. 649-677 ; Mario Giuliano, « *La loi applicable aux contrats : problèmes choisis* », *RCADI*, vol. 158, 1977, p. 185 et s. ; Cocteau-Senn, Thèse *op. cit.*, p. 1 ; Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, pp. 22 et s. ; Horatia Muir Watt et Dominique Bureau, « *Droit international privé* », Paris, PUF, 2017, n° 474. Sur l'adaptation des problèmes résultant de l'application de plusieurs lois sur la même situation juridique qui appelle l'intervention de la méthode de l'adaptation entre les lois contradictoires, Henri Batiffol, « *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux* », *RCADI*, vol. 120, 1967, 166, n° 8. V. *infra* n° 150 et s.

²¹⁸ Paul Lagarde, « *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats* », article *op. cit.*

²¹⁹ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, p. 458. Selon La Cour de Justice « *le dépeçage est admis lorsque son objet est autonome du reste du contrat* », CJCE 6 oct. 2009 ; aff 133/08, *intercontanier intefrigo*, JDI 2010, comm 5, p. 183, note Jean-Pierre Legros ; RCDIP 2010, p. 199, note Paul Lagarde ; Cyril Nourissat, « *Le dépeçage* », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, LexisNexis, 2011, p. 205.

seulement²²⁰. Cette faculté est justifiée par un gain relatif au respect des prévisions contractuelles²²¹. Or, la mise en œuvre du dépeçage entraîne l'application cumulative, au sein d'un même contrat, de plusieurs ordres juridiques. Si la mise en œuvre des différentes lois à un même contrat est objectivement possible, leur combinaison peut paraître insatisfaisante²²². Ce morcellement risque d'aboutir à une impasse si l'application cumulative des différentes lois entraîne des solutions incompatibles. La question est de savoir comment réaliser un compromis entre le respect de l'autonomie de la volonté sans nuire à la cohérence des solutions.

107. La difficulté d'arriver à ce compromis a mené certains auteurs à militer en faveur d'une loi unique du contrat, à moins qu'il ne soit composé de plusieurs parties détachables²²³. Comme l'exprime Savigny, « *la soumission de la personne aux lois de plusieurs États (est) impossible, car elle entraînerait une contradiction ... et c'est pourquoi ... il faut en choisir une, et une seule* »²²⁴. C'est dans ce sens que le législateur égyptien s'est tourné. Selon les travaux préparatoires du Code civil, on a disposé que « *la loi applicable au contrat est une loi unique, une telle*

²²⁰ Ce démembrement est justifié par la difficulté des parties parfois d'aboutir dans la négociation à un accord sur la clause de choix. Un tel choix est qualifié par un auteur comme « *une pierre d'achoppement* » dans la négociation des contrats qui conduit au dépeçage, Paul Lagarde, « *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats* », article *op. cit.*, n° 6, p. 654.

²²¹ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *loc. cit.*

²²² Selon le rapport Giuliano et Lagarde, le dépeçage est possible si un contrat, qui est apparemment un seul contrat, comprend plusieurs contrats ou des parties séparables et indépendant l'un de l'autre selon un point de vue économique et juridique. L'autonomie de la volonté permet aux parties de composer un seul contrat atypique ou plusieurs contrats typiques, Mario Giuliano et Paul Lagarde, « *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* », JOCE 31 octobre 1980, n° C 282, p.17 ; Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », article *op. cit.*, p. 310. À ce propos, v. le développement de Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 255 et s. ; Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 3.

²²³ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, « *Droit international privé* », ouvrage *op. cit.*, n° 710, p. 464. Pour les auteurs, le dépeçage doit épouser les contours d'un « *sous-ensemble de droits et d'obligations logiquement détachables du contrat* » ; Maurie-Laure Niboyet-Hoegy, « *Contrats internationaux* », JCI. Droit international, Fasc. 552. 2, p. 14, n° 53 et s., et les références citées. Il convient de constater que le droit international privé suisse, duquel la Convention de Rome est inspirée, refuse le dépeçage, Friedrich Schnitzer, « *Les contrats internationaux en droit international privé suisse* », RCADI, 1968, vol. 123, p. 541 et s.

²²⁴ Friedrich Savigny, « *Traité de droit romain* », T. VIII, traduction Guenoux, 2^{ème} éd., Paris, 1860, p. 87, cité par Yves Lequette, « *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? cours général de droit international privé* », RCADI, 387, 2017, 18-630, surtout n° 47, p. 178 ; H. Patrick Glenn, « *La conciliation des lois cours général de droit international privé* », RCADI, vol. 364, 2013, 189, surtout n° 52, p. 250.

unité serait contredite en cas de distribution des éléments du contrat entre plusieurs lois »²²⁵.

108. En revanche, d'autres auteurs estiment que le principe de l'autonomie de la volonté impose que le dépeçage soit admis²²⁶. Il est considéré comme « *un mal nécessaire* »²²⁷, pour des considérations de convenance et d'intérêts des parties. C'est ainsi que le législateur européen, dans la Convention de Rome, et le Règlement Rome I, a donné la possibilité aux parties de choisir la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat²²⁸. Si les parties ont choisi une loi à une partie seulement de leur contrat, le reste sera régi par les rattachements subsidiaires de l'article 4 du Règlement Rome I, d'où le dépeçage²²⁹.

109. L'exercice du dépeçage est sujet à la condition de cohérence, c'est-à-dire que son exercice par les parties ne doit pas donner lieu à des résultats contradictoires²³⁰. Par exemple, la résolution du contrat de vente pour inexécution ne peut pas être soumise à deux lois différentes, la loi du vendeur et celle de l'acheteur, si les deux lois mènent à des résultats contradictoires, qui ne peuvent pas se combiner ensemble²³¹, sinon le dépeçage serait écarté.

110. Le dépeçage au sein d'un seul contrat n'est pas le seul cas de figure sous lequel il est discerné. La doctrine a constaté que le dépeçage peut être envisagé entre plusieurs contrats.

111. La complexité des opérations contractuelles et de leurs schémas émergents a mené les auteurs à envisager la possibilité du dépeçage au sein d'un ensemble contractuel commun composé de plusieurs contrats, unis par des liens

²²⁵ Les travaux préparatoires du Code Civil égyptien p. 289, cité par Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La loi du contrat international* », p. 186, note 3.

²²⁶ Erik Jayme, « *Identité Culturelle et Intégration* », cours de La Haye, *op. cit.*, p. 136 ; Karl H. Neumayer, « *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations* », RCDIP, 1957, 46.

²²⁷ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse, *loc. cit.*

²²⁸ Dans son article 3 § 1, la Convention de Rome dispose que « *par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ». Il convient de préciser que le dépeçage dans la Convention de Rome était une possibilité aux parties et au juge, alors que dans le Règlement, le juge n'a plus cette faculté.

²²⁹ Paul Lagarde, « *Convention de Rome : obligations contractuelles* », Répertoire de droit européen, Dalloz, 1992, n° 33.

²³⁰ Mario Giuliano, « *La loi applicable aux contrats* », RCADI, p. 227 ; Paul Lagarde, « *le dépeçage dans le droit international privé des contrats* », article *op. cit.*, n° 23.

²³¹ *Ibid.*

très étroits, comme le contrat de sous-traitance et le contrat principal²³². Le dépeçage de l'ensemble contractuel est envisageable en cas de choix de loi. Ainsi, les parties, au lieu d'unifier la loi sur tous les contrats composant l'ensemble, optent pour une loi propre à chaque contrat²³³. Par ailleurs, le dépeçage résulte également des rattachements subsidiaires établis par le législateur en cas d'absence de choix. Ce dernier, comme on l'a vu précédemment, désigne la loi au contrat de sous-traitance sans tenir compte des liens qu'il entretient avec le contrat principal.

112. Si le dépeçage dans un même contrat est, en principe, admissible²³⁴, il l'est, *a fortiori*, au sein d'un ensemble composé de plusieurs contrats. Néanmoins, on estime, comme d'éminents auteurs l'ont à juste titre apprécié²³⁵, que cette faculté doit être sujette à caution. Par analogie avec le dépeçage dans un seul contrat, le dépeçage au sein de l'ensemble contractuel devrait être assujéti à l'application de règles cohérentes, pour ne pas aboutir à des résultats contradictoires.

113. On constate que les règles applicables au contrat de sous-traitance, en cas de choix ou en cas d'absence de choix, ne prennent pas en compte cette nécessité. Les règles conflictuelles applicables méconnaissent la spécialité du contrat de sous-traitance et les divers problèmes que peut provoquer le démembrement des lois entre le contrat principal et le sous-contrat. Le dépeçage au sein de l'ensemble contractuel ne mène pas seulement à des résultats qui peuvent être incohérents, mais le hiatus entre les lois applicables peut mener à un

²³² Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 437, p. 339 ; Pierre-Yves Gautier, « *Propriété littéraire et artistique : conflits de lois* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, n° 146 ; Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », *Yearbook of International Law*, p. 310 ; Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 653.

²³³ Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », *loc. cit.* Par exemple, en cas d'assemblage mixte de vente et d'entreprise ou du double assemblage de vente ou d'entreprise ou d'assurance et de réassurance ; v. aussi dans le même sens François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, n° 478 ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007, n° 547 ; par rapport au dépeçage de contrat de transaction avec les contrats liés, v. Charles Jarrosson, « *Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales* », RCDIP, 1997, 657. Par rapport aux critiques du dépeçage du contrat de cautionnement avec le contrat principal, v. Jacques Mestre, « *Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles* », TCFDIP, 1986-1987, 57 et s. ; Jean-Dominique Mandoloni, dans son commentaire sous CA Versailles, 6 fév. 1991, D. 1992, p. 174.

²³⁴ On a vu des exemples de dépeçage entre les éléments du contrat de sous-traitance, selon ce que la question litigieuse est connexe ou pas au contrat principal, v. *supra* n° 48.

²³⁵ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, n° 478 et s. ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, 321.

déséquilibre substantiel entre les prestations du sous-traitant et celles de l'entrepreneur principal. Selon les cas, la victime de ce démembrement sera le sous-traitant ou l'entrepreneur principal. Sans compter les difficultés résultant de la coexistence des lois inconciliables²³⁶, quelques dispositions non exhaustives illustrent parfaitement ce problème.

114. Le pouvoir de révision ou d'anéantissement dépend de la loi applicable. Si le contrat principal est régi par une loi qui donne au juge la possibilité de réviser le prix en cas de lésion comme la loi allemande, italienne ou algérienne alors que la loi applicable au contrat de sous-traitance ne donne pas au juge cette faculté comme la loi marocaine, la différence entre les lois applicables peut mettre le sous-traitant en péril²³⁷. Le dépeçage des lois applicables à l'ensemble contractuel mène à ce que le sous-traitant se trouve dans une situation injuste par rapport à son cocontractant qui a pu obtenir une révision de son prix à défaut de lui.

115. Par ailleurs, parfois la différence des lois applicables entraîne des résultats injustes à l'égard de l'entrepreneur principal. En cas de changement des circonstances pendant l'exécution du contrat d'une manière imprévue, le juge au contrat principal régi par le droit belge ou marocain²³⁸ n'aura pas le pouvoir de modifier le contrat de manière à rétablir l'équilibre entre les contractants. Alors que si le contrat de sous-traitance est régi par le droit égyptien²³⁹ ou français²⁴⁰, le

²³⁶ Yves Lequette, « *Les mutations du droit international privé* », cours précité, n° 47 ; Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », article *op. cit.*

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Didier Martin avec le concours de Maati Raïs, « *Droit civil et commercial marocain* », Société d'édition et de diffusion *Al Madariss*, Casablanca, 1981, n° 292, p. 116, cité par Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », *RDAL*, 1986, 535, n° 10.

²³⁹ L'article 147 du Code Civil égyptien dispose que « *le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi. 2) Toutefois, lorsque, par suite d'évènements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle* ».

²⁴⁰ En vertu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, le juge possède un pouvoir beaucoup plus étendu qui lui permet de modifier les clauses contractuelles abusives. Selon le nouvel article 1195 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Yves Picod, « *Contrat. Effets du contrat. Imprévision, Art. 1195* », *JCl. Civil Code*, 2018.

législateur permet au juge de modifier le sous-contrat d'une manière équitable. Dans ce cas, c'est l'entrepreneur principal qui est la victime des différences entre les lois applicables à l'ensemble contractuel.

116. L'insertion des clauses exonératoires et limitatives de responsabilité peut être permise selon certaines lois et interdite ou sujette à des conditions selon d'autres²⁴¹. Dans ce cas, un entrepreneur français, par exemple, peut se trouver en difficulté si la clause limitative de responsabilité insérée dans son contrat est nulle, selon la loi sénégalaise²⁴² applicable au contrat principal, tandis que celle insérée au contrat de sous-traitance est valide selon la loi belge ou française²⁴³ applicable à ce dernier.

117. La question de la force majeure qui peut être différente, également, selon les lois, conduit parfois à des résultats contradictoires²⁴⁴. Ainsi, les sous-traitants peuvent se trouver privés de se prévaloir des cas de force majeure reconnus comme tel sous la loi du contrat principal.

118. En outre, s'il s'agit d'un contrat de construction, l'adaptation du contrat aux circonstances climatiques est sujette à la loi régissant le contrat²⁴⁵. Si le contrat principal est régi par une loi différente de celle régissant le contrat de sous-traitance, cela peut aboutir à admettre l'adaptation dans un contrat à défaut de l'autre. La

²⁴¹ Marcel Fontaine, « *Les clauses limitatives et exonératoires et de garantie dans les contrats internationaux* », RDAI, 1985, p. 442 et s. ; California upholds, « *Limitation on liability provision* », ICLR, 1991, p. 411.

²⁴² L'article 151 du Code des obligations civiles et commerciales, en vigueur dans ce pays, énonce en effet, que « *sont seules valables les clauses par lesquelles les parties, d'un commun accord, tendent à limiter leurs obligations, à condition de ne pas faire disparaître totalement leur responsabilité* ». Jean Pierre Tosi, « *Le droit des obligations au Sénégal* », LGDJ, Nouvelles Editions Africaines, 1981, n° 781, p. 282, cité par Jean Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, p. 535.

²⁴³ Sur la non-application, en droit français, des clauses de non-responsabilité en cas de faute lourde ou dol, v. not. Y. Chartier, « *La réparation du préjudice* », D. 1983, n° 128-129, p. 171 et s. ; sur la notion de faute lourde, v. Geneviève Viney, « *Traité de Droit Civil, la responsabilité : conditions* », LGDJ, 1982, n° 610 et s., p. 726 et s.

²⁴⁴ Marcel Fontaine, « *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux* », DPCI, 1979, p. 469. Dans un contrat de sous-traitance, concernant un marché de travaux qui s'exécute dans un pays d'Asie du Sud-Est, les parties ont stipulé que le sous-traitant sera responsable de tout retard dans l'exécution de ses prestations, sauf en cas de force majeure ou de retard imputable à l'entrepreneur principal et reconnu comme tel par l'entrepreneur. La validité de cette clause n'est pas pareille selon les différents droits. La licéité d'une telle clause, peu conforme à l'équité vu les conditions rigoureuses de reconnaissance de la force majeure, ne paraît pas discutable selon la loi française mais peut être annulée selon la loi égyptienne, article 146 du Code civil, ou selon la loi allemande selon la loi de 9 décembre 1976 sur la réglementation du droit des conditions générales d'affaires. Pour plus de détails, v. Jean-Louis Bismuth, article *op. cit.*, n° 25 et les références citées.

²⁴⁵ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, 1992, p. 132.

prescription, également, diffère d'une loi à l'autre et peut constituer une source de contradiction. Les règles concernant les clauses pénales²⁴⁶ sont différentes d'une loi à l'autre. Selon certaines lois, elles sont admises sans restriction alors que selon d'autres elles sont plafonnées. Le sous-traitant peut se trouver en péril en cas d'insertion des clauses pénales ouvertes par rapport aux clauses pénales plafonnées de son cocontractant, dans ce cas il sera engagé à des obligations plus lourdes que celles de son cocontractant²⁴⁷.

119. Même en cas d'absence de contradiction, il reste que l'application de plusieurs lois complique la tâche du juge et des plaideurs²⁴⁸. En effet, l'application de plusieurs lois produit une complexité entre les intervenants de l'opération économique exécutée et augmente le temps et le coût du procès, puisque les

²⁴⁶ La Cour d'appel de Paris a rappelé dans sa décision *Reuters*, que le régime juridique des clauses pénales relève indiscutablement de la loi du contrat. CA Paris, 22 déc. 1983, *Laurent c. Soc. Reuters Ltd*, RCDIP 1984, 484, note Mestre et les références citées, p. 488. Sur la notion de la clause pénale, Marcel Fontaine, « *Les clauses pénales dans les contrats internationaux* », DPCI, 1982, n° 401. Dans un exemple cité par Bismuth, article *op. cit.*, un contrat de sous-traitance à l'exportation met à la charge du sous-traitant deux séries de pénalités de retard : la première série sont des pénalités en cas de retard de démarrage ou par rapport à la date de fin des travaux, on a établi une pénalité par jour à 0,15 % et plafonnée à 5% du montant global du marché. La seconde série de pénalités de retard prévoit que « *si par son retard le sous-traitant met d'autres corps d'État dans l'impossibilité de respecter un délai partiel ou global, le sous-traitant responsable du retard original devient débiteur des pénalités appliquées à ceux des corps d'État retardés de son fait* », la seconde série n'est pas plafonnée contrairement à la première. On peut imaginer que le montant des pénalités de retard peut excéder le prix du sous-traité, ce qui peut être annulé selon le droit anglais, modifié ou modéré selon le droit égyptien (article 223 à 225 Code Civil égyptien), suédoise ou française (loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 qui autorise au juge de modifier le montant de la clause pénale). Néanmoins, le juge est privé de tout pouvoir d'annulation ou de modération de la clause pénale selon la loi ivoirienne ou sénégalaise (Par ailleurs, cette loi peut être considérée comme contraire à l'ordre public en France). Pour plus de références en droit comparé v. Jean-Louis Bismuth, article *op. cit.*, n° 15 et s. et les références citées. Pour un exemple de l'effet de la loi applicable sur la clause pénale entre les contrats liés, v. CCI 13278, Recueil de sentences arbitrales, vol. 6, 2005, p. 95.

²⁴⁷ Ce qui est critiquée par la doctrine et la jurisprudence, Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977, p. 286 ; Ch. Mixte, 23 mars 1973, D. 1973, 305, note Schmelek.

²⁴⁸ Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », in *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège, Bruylant, 2003, 269, n° 29.

différentes parties dans l'un et l'autre contrat seront obligées de prouver chaque loi²⁴⁹, surtout en présence d'une sous-traitance en chaîne²⁵⁰.

120. La scission au sein d'un ensemble contractuel devrait être péniblement acceptable vu les difficultés que peut mener cette fraction. Ce dépeçage doit s'avérer obsolète, selon une lecture fonctionnelle et moderne de la Convention de Rome et du Règlement Rome I qui repose sur une qualification socio-économique de ses catégories contractuelles²⁵¹. Procéder autrement, le dépeçage au sein de l'ensemble contractuel pourrait conduire, dans beaucoup de cas, à un déni de justice (§ 2).

§ 2 – Le dépeçage et le déni de justice au sein de l'opération contractuelle

121. Rien n'est pire que le déni de justice « *lorsque le juge ne rend une justice qui n'est qu'un simulacre, tant est palpable l'arbitraire qui l'entache* »²⁵². Par ces termes M. Lequette a décrit les dangers d'un déni de justice que l'on peut qualifier comme une injustice occulte ou latente. L'application distributive des règles de conflit peut déboucher sur une injustice manifeste qui peut déjouer les prévisions légitimes des parties.

122. Ainsi, en notre matière, personne ne peut nier l'injustice manifeste, illustrée dans les exemples susmentionnés. Ou encore de façon générale, quand l'entrepreneur est condamné à l'égard du maître de l'ouvrage pour les défauts de travaux effectués par le sous-traitant, alors que dans une seconde procédure contre

²⁴⁹ L'entrepreneur peut se trouver obligé de prouver la loi étrangère dans l'action qui l'oppose au maître de l'ouvrage et s'il est toujours le demandeur de prouver l'autre loi étrangère dans l'action qui l'oppose au sous-traitant. Puisqu'en droit français, « *la charge de preuve de la loi étrangère pèse sur la partie dont la prétention est soumise à cette loi et non à celle qui l'invoque, fût-ce à l'appui d'un moyen de défense* », décision *Lautour*, Civ. 1^{er}, 25 mai 1948, RCDIP, 1949, p. 89, note Henri Batiffol. Même si cette question a évolué et que le juge doit aider la partie qui invoque la loi étrangère à rechercher la teneur la loi étrangère, Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n° 15-13.221, JurisData n° 2016-010779 ; D. 2016, p. 1262 et D. 2017, p. 74, note Thierry Wickers, la recherche de plusieurs lois étrangères reste une question compliquée. V. Mariel Revillard, « *Droit international privé* », JCI. Notarial Formulaire, 2020, Fasc. 10 ; Estelle Fohrer-Dedeurwaerder, « *Conflit de lois. La loi étrangère devant les juridictions françaises. Établissement du contenu de la loi étrangère* », JCI. 2011.

²⁵⁰ Guido Carducci, « *Major infrastructure projects in EU private international law jurisdiction and conflict of laws* », Construction Law international, vol. 8, 2013, p. 14 ; Valdo Roulet, « *Sous-traitance en chaîne, chaîne des difficultés* », Gaz. Pal. 15-16 nov. 2006, p. 33.

²⁵¹ Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », *Yearbook of International Law*, vol. VII, 2005, 311.

²⁵² Yves Lequette dans son préface de la thèse de Lycette Corbion, « *Le déni de justice en droit international privé* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2002.

le sous-traitant, il sera jugé, au contraire, que les travaux ont été bien réalisés, selon la loi applicable à ce contrat²⁵³. Une telle sorte de décision laisse une des parties, au moins, avec un sentiment de « *déni de justice* »²⁵⁴.

123. L'importance de la coordination des solutions au sein de l'opération contractuelle commune a été mise en exergue dans une affaire rendue par la Cour suprême anglaise²⁵⁵. Bien qu'elle ne concerne pas un contrat de sous-traitance, elle illustre parfaitement la justice manifestement bafouée à l'égard de l'une des parties, par l'application de plusieurs lois incohérentes au sein d'une opération commune.

124. Dans cette affaire, le litige concernait deux contrats d'assurance. Le premier contrat était conclu entre un pisciculteur norvégien et une compagnie d'assurance norvégienne pour le risque de perte de ses poissons. La compagnie d'assurance avait conclu un deuxième contrat de réassurance auprès d'une compagnie anglaise pour le risque d'indemniser le pisciculteur. Le premier contrat était régi par la loi norvégienne alors que la loi anglaise gouvernait le second contrat. Suite à une tempête, le pisciculteur a perdu tous les poissons, et par suite, des indemnités lui ont été versées par sa compagnie d'assurance qui a demandé à son tour, à son réassureur, de lui payer les sommes versées. Par contre, ce dernier a refusé la demande présentée par son assuré en vertu des dispositions de la loi applicable au contrat de réassurance. Lors de l'orage, le pisciculteur était endormi. Or, selon la loi anglaise, le premier assuré qui est le pisciculteur en l'espèce, devait prendre toutes les précautions possibles, qu'elles soient pertinentes ou non, afin de

²⁵³ V. l'affaire CCI 4969, dans cette affaire c'est le maître de l'ouvrage qui était la victime de différence des lois applicables mais à l'égard de son entrepreneur et l'ingénieur. Il n'a pas pu obtenir une réparation de la mauvaise exécution des travaux ni par l'entrepreneur principal ni par l'ingénieur. Sentence partielle, 27 mars 1987, sentence finale, 30 nov. 1989, cité par Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 44, surtout n° 56 et 642.

²⁵⁴ Lycette Corbion, « *Le déni de justice en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 210 et n° 342, p. 305 ; Aubrey L. Diamond, « *Harmonization of private international law relating to contractual obligations* », RCADI, vol. 199, 1986, 238, surtout p. 287 ; dans le même sens, Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, p. 88 ; Michel Dubisson, « *Arbitration in subcontracts for international projects* », RDAI, 1984, p. 197. V. Tribunal des conflits, 27 fév. 1995, *Tourangelle d'exploitation de marques Stem Turone*, D. 1995. I. R. III ; Civ. 1^{er}, 11 fév. 1986, Bull. civ. I, n° 19, p. 16 : « *Ces deux décisions sont inconciliables en ce que, par leur rapprochement, elles aboutissent à un déni de justice...* » ; Conseil d'État, 12 fév. 1990, Commune de Bain-de-Bretagne, Rec. CE., p. 33 ; Gaz. Pal. 1990, I, p. 263.

²⁵⁵ *Forsikringsaktieselskapet Vesta c. Butcher et autres*, [1986] 2 All E.R. 488, cité par Aubrey L. Diamond, « *Harmonization of private international law relating to contractual obligations* », cours *op. cit.*, p. 238 ; François Rigaux, « *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, cours général de droit international privé* », RCADI, p. 17 et s.

prévenir l'accident. Selon la loi norvégienne, pour que l'assuré soit privé de son droit aux indemnités, les précautions doivent être pertinentes. Le fait que l'assuré était endormi est considéré comme impertinent car même s'il ne l'était pas, il n'aurait pas pu empêcher la perte des poissons par l'orage. La différence entre les dispositions substantielles des lois applicables aux contrats a mené à ce que le premier assureur se trouve obligé de payer son assuré, alors qu'il se trouve privé d'être payé par son assureur. La Cour suprême a estimé que le dépeçage au sein de l'ensemble contractuel, en l'espèce le contrat d'assurance et de réassurance, est injuste, et aboutira à des résultats imprévisibles aux parties²⁵⁶ et doit, dès lors, être rejeté.

125. Les décisions contradictoires peuvent bafouer la justice en droit international et occulter l'existence d'une communauté de droit sur le traitement matériel à apporter à la situation²⁵⁷. Comme l'a précieusement souligné M^{me} Cocteau-Senn, « *un résultat obtenu par le dépeçage est récusé lorsqu'il est matériellement injuste* »²⁵⁸. Si la Cour avait décidé autrement en traitant les contrats d'une manière autonome sur le niveau conflictuel, elle aurait laissé l'une des parties, en l'espèce la société norvégienne, avec le sentiment de déni de justice.

126. Conscient des problèmes résultant du morcellement des règles de conflit, le législateur ainsi que la jurisprudence ont créé des mécanismes afin de corriger l'injustice ou l'incohérence produites par les règles applicables. Si le juge trouve que l'application littérale des règles de conflits aboutit à une injustice manifeste, il est obligé de les corriger en utilisant ses pouvoirs²⁵⁹ afin de minimiser les différents risques. Il convient d'apprécier l'effectivité de tels mécanismes à prendre en compte la spécificité du contrat de sous-traitance.

²⁵⁶ La Cour a décidé que, « *That the proper law of the re-insurance contract is English law subject to the construction and effect of [the relevant clauses] being determined in accordance with Norwegian law in the same manner as they are as part of the contract of original insurance* ». Le juge a avoué que le résultat peut paraître peu orthodoxe « *somewhat unorthodox conclusion, but thought that any other conclusion would have been contrary to the manifest intention of the parties to provide the Norwegian insurance company with re-insurance cover* ».

²⁵⁷ Lycette Corbion, « *Le déni de justice en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 342

²⁵⁸ Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 334.

²⁵⁹ *Ibid.* ; Bruno Oppetit, « *Le développement des règles matérielles* », TCFDIP, 1988, p. 332.

Sous-section II – L'inaptitude des mécanismes correctifs à rectifier les difficultés des règles en vigueur

127. Le juge en droit français et anglais, confronté à un contrat international, avant l'adoption de la Convention de Rome, le rattachait directement à la loi la plus appropriée au litige, sans privilégier un indice de rattachement²⁶⁰. Dans un tel système, on n'avait pas besoin des moyens correctifs. Néanmoins, dès lors que la résolution du litige ne s'opère plus d'une manière concrète mais dépend de règles de conflits abstraites, le besoin des mécanismes correctifs apparaît, afin de remédier aux « *grincements de la mécanique conflictuelle* »²⁶¹.

128. Les textes européens ont mis à la disposition du juge des mécanismes afin de pouvoir corriger les lacunes des règles de conflits, ou de rechercher une loi qui tienne compte des particularités du litige. Le mécanisme de la clause d'exception se présente comme une soupape de sécurité afin de confronter toutes les situations réfractaires à une réglementation rigide comme les contrats liés (§ 1). En outre, le mécanisme de l'adaptation a été mis à la disposition du juge depuis longtemps afin d'assurer la justice matérielle impossible à atteindre par le truchement d'une règle de conflit neutre (§ 2).

§ 1 – La clause d'exception et le rétablissement de la cohérence

129. La clause d'exception est un mécanisme à travers lequel la règle de conflit répond à un mouvement général en droit vers « *un assouplissement de la règle de droit, une concrétisation de son contenu et un élargissement de l'office du juge* »²⁶². C'est un outil qui permet au juge d'écarter la loi normalement applicable, afin d'en appliquer une autre qu'il estime plus appropriée au litige²⁶³. Il représente un moyen correctif important qui tend à concilier, d'une part, la prévisibilité et la certitude des règles de conflit abstraites, et d'autre part, la nécessité d'une certaine flexibilité qui permet au juge de rendre des solutions adaptées au cas par cas. Il convient de s'interroger sur l'aptitude de la clause d'exception à rétablir la

²⁶⁰ Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI, vol. 196, 1986, pp. 9-238, surtout p. 34 et s.

²⁶¹ Kinsch, « *Le fait du prince étranger* », préface de Bischoff, 1994, n° 251, p. 342, cité par Delphine Porcheron, « *La règle accessoire en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 233, n° 396.

²⁶² Pauline Rémy-Corlay, « *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois* », RCDIP, 2003, 37.

²⁶³ Article 4(5) de la Convention de Rome et 4(3) du Règlement Rome I.

cohérence et la justice bafouée lors du jeu normal des règles applicables au contrat de sous-traitance (A). Par contre, la clause d'exception doit rester, comme le montre son nom, un mécanisme exceptionnel (B).

A- La clause d'exception, une soupape de sécurité

130. Toute règle de droit se caractérise par une certaine généralité qui fera qu'elle peut paraître dans un cas particulier peu appropriée²⁶⁴. Les règles de conflits en Europe et en Égypte n'échappent pas à cette généralité. Pour des raisons de sécurité, le législateur en droit international privé européen et égyptien a privilégié, par opposition au système américain²⁶⁵, l'adoption des règles de conflits générales et abstraites pour régir les relations internationales.

131. Néanmoins, afin de conférer une certaine souplesse aux solutions de la loi, le législateur dans la Convention de Rome²⁶⁶ ainsi que dans le Règlement Rome I²⁶⁷, a confié au juge le mécanisme de la clause d'exception. Un tel mécanisme

²⁶⁴ Alfred E. Von Overbeck, « *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents cours général de droit international privé* », RCADI, vol. 176, 1982, n° 405, p. 186. Il convient de préciser que le cours a été écrit avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Le professeur Von Overbeck commentait les clauses d'exception adoptées dans le projet de droit international privé suisse.

²⁶⁵ Dans le *second Restatement* américain, le législateur a élaboré une règle générale selon laquelle il faut appliquer la loi qui présente la relation la plus étroite (*the most significant relationship*). Pour un développement sur le système américain, v. entre autres Bernard Audit, « *Le second "Restatement" du conflit de lois aux États-Unis* », TCFDIP 2, 1977-1980, 29-57 ; Horatia Muir Watt, « *La fonction de la règle de conflit de lois* », Thèse de doctorat d'Etat, Paris, Université Panthéon-Assas, 1985, p. 239 ; Hélène Gaudemet-Tallon, « *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* », RCADI, vol. 312, 2005, pp. 18-479, surtout p. 184 et s. ; Bernard Audit, « *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois)* », RCADI, 1984, 219.

²⁶⁶ Article 4.5 de la Convention de Rome dispose que « *l'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* ». Avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la jurisprudence française, si elle n'a pas eu recours à la clause d'exception de façon expresse, elle a adapté les mécanismes classiques pour réaliser la justice individuelle. Après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la clause d'exception a été saluée par la jurisprudence française, d'un enthousiasme particulier, qui a commencé à l'appliquer avant même l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Par exemple la décision de la Cour d'Appel de Versailles rendu le 6 février 1991, RCDIP 1991, p. 745 note Paul Lagarde ; Nico Spiegel, « *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions- France* », in D. Kokkini-Iatridou, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions, ou, le principe de proximité : XIVe congrès international de droit comparé*, Dordrecht, Pays-Bas, 1994, p. 197 .

²⁶⁷ Article 4.3 du Règlement Rome I, dispose que « *lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* ». Par contre, dans la proposition du Règlement Rome I, la clause d'exception n'existait pas. Son absence a été vivement critiquée par les auteurs, Stéphanie Francq, « *Règlement Rome I : obligations contractuelles* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2013 ; Paul Lagarde, « *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* » article *op.*

permet au juge d'écarter la loi normalement applicable en faveur d'une autre loi qu'il estime plus appropriée au litige²⁶⁸.

132. On s'appuie sur le fait que les dispositions de la loi reposent sur une présomption selon laquelle les solutions de lois sont fonctionnelles et le rattachement prédéterminé conduit à désigner l'ordre juridique le plus proche au litige²⁶⁹. Lorsqu'il s'avère selon les circonstances de l'espèce que cette présomption est démentie, le principe de proximité²⁷⁰, sur lequel se fondent les textes européens, commande qu'on écarte les dispositions en vigueur en faveur d'autres solutions plus opportunes. Le juge, lorsqu'il met en œuvre ce mécanisme correctif, se demande : quelles considérations la règle de droit international privé servait, et si dans le cas d'espèce elles se réalisent²⁷¹. La clause d'exception est considérée comme « *une soupape de sécurité* »²⁷², « *un flexibilisateur* »²⁷³, de la règle de conflit traditionnelle puisqu'elle permet de l'adapter si la loi applicable est manifestement inadéquate.

133. Il convient de préciser que le juge, en ayant recours à la clause d'exception, ne cherche pas la solution la plus juste, mais la loi la plus appropriée.

cit. ; Tristan Azzi, « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* », D. 2008, 2169.

²⁶⁸ Hélène Chanteloup, « *La loi applicable aux quasi-contrats* », Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 1994, p. 197 ; v. notamment F. Knoepfler, « *Utilité et danger d'une clause d'exception* », Hommages à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel 1982, p. 113 ; C. Dubler, « *Les clauses d'exception en droit international privé* », Études suisses de droit international, Genève, 1983, p. 31 ; Nadelman « *Choice of law resolved by rules or presumptions with an escape clause* », *American Journal of Comparative Law*, 1985, p. 297 et s., surtout p. 308.

²⁶⁹ Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », cours *op. cit.*, p. 97 ; Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », n° 174 ; Nico Spiegel, « *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et conflits de juridictions, France* », article *op. cit.* ; Hélène Chanteloup, « *La loi applicable aux quasi-contrats* », Thèse *loc. cit.*

²⁷⁰ Ce principe exprime l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits, v. Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », cours *op. cit.*, p. 25. Selon Mme Corlay, une clause d'exception fondée sur le principe de proximité ne peut corriger qu'une règle de conflit fondée sur le principe de proximité, Pauline Rémy-Corlay, « *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois* », RCDIP, 2003, 37.

²⁷¹ Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier, et Malik Laazouzi, « *Droit des contrats internationaux* », Paris, Sirey, 2017, n° 267, p. 207.

²⁷² Louis d'Avout et Sylvain Bollé, « *Droit du commerce international* », D. 2007, 2562 ; Marie-Ange Moreau, « *De la loi applicable au contrat de travail d'un salarié temporairement détaché à l'étranger* », RCDIP, 1997, 55.

²⁷³ Rémy-Corlay, « *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois* », article *op. cit.*

134. En droit égyptien, comme on a eu l'occasion de le souligner ci-dessus, les règles de rattachement en cas d'absence de choix sont rigides et ne laissent au juge aucune marge d'appréciation. Néanmoins, les difficultés nées de la rigidité absolue de ces rattachements, ont mené la doctrine et la jurisprudence à chercher des moyens pour faire face à cette rigidité. L'article 24 du Code civil en était le remède. Cet article dispose que « *dans les cas de conflits de lois qui n'ont pas été prévus par les dispositions qui précèdent, le juge peut avoir recours aux principes du droit international privé comparé* »²⁷⁴. Le professeur Abd El All a estimé que les principes généraux de droit international privé permettent au juge d'avoir recours à la clause d'exception dans le sens des textes européens, en raison de la forte influence exercée par ces textes en droit comparé²⁷⁵. Dès lors, afin de faire face à des cas complexes, le juge doit essayer de chercher la solution qu'il estime la plus opportune au litige en ayant recours à la clause d'exception.

135. En matière de contrat de sous-traitance, est ce que la clause d'exception, selon le Règlement Rome I ou l'article 24 du Code civil égyptien, pourrait servir comme point d'appui pour l'application de la loi du contrat principal ? Le juge pourrait-il écarter la loi de la résidence habituelle du sous-traitant ou les rattachements subsidiaires prévus par le législateur égyptien en faveur de la loi du contrat principal, en se fondant sur la clause d'exception ?

²⁷⁴ L'article 24 du Code civil égyptien a été repris par les pays arabes qui se sont inspirés du modèle égyptien comme la Libye, Jordanie, Syrie, Irak, Yémen, Koweït. Cet article n'est destiné à l'origine que pour combler les questions lacunaires, mais la doctrine l'emploie afin de corriger les imperfections du Code civil adopté en 1948, Okasha Abdel All, « *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales* », ouvrage *op. cit.*, p. 61 ; Hisham Sadek, « *La loi applicable aux contrats de commerce internationale* », ouvrage *op. cit.*, p. 787.

²⁷⁵ Okasha Abdel All, « *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales* », *op. cit.*, p. 61. Le professeur s'appuie dans son analyse sur une décision rendue par la Cour de Cassation, selon laquelle la Haute Cour a édicté qu'en dépit de la nature non équivoque de l'article 19, le juge peut décider l'application d'une autre loi qu'il estime plus appropriée à la nature du contrat, Cour de cassation, 5 avr. 1967, année 18, p. 798. Dès lors, selon Abd El All, le juge égyptien peut appliquer une règle de conflit applicable en droit international privé comparé afin de faire face soit à une lacune, soit à la nature inappropriée de la règle dans un cas particulier. Sur la forte influence des textes européens en droit comparé, v. Emmanuel Gaillard, « *Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit* », JDI, 1, 1995, p. 5 et s., surtout p. 15.

136. En effet, la clause d'exception a été souvent considérée, comme la règle générale dans les contrats liés²⁷⁶, selon laquelle le sous-contrat est soumis à la loi de son contrat principal afin d'éviter les incohérences entre les contrats.

137. Selon une certaine doctrine, l'usage de la clause d'exception doit être le mode normal de rattachement du contrat de sous-traitance au contrat principal. Ainsi, M. Saravelle²⁷⁷ préconise d'établir un usage exceptionnel de l'exception, de manière à utiliser la clause d'exception de façon automatique en faveur de la loi du contrat principal. M. Saravelle, estime que le contrat de sous-traitance présente un lien étroit avec la loi du contrat principal qui justifie l'adoption de la clause d'exception²⁷⁸. Dans le même sens, les professeurs Sadek et Abd El All²⁷⁹, en s'appuyant sur l'article 24 du Code civil égyptien, préconisent l'application d'une loi

²⁷⁶ Mohamed Salah Mahmoud « *Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international* », RDAI 1996, p. 598 et s. spéc. p. 602 ; Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », article *op. cit.*, p. 317. En faveur de l'application de l'article 4§5, aux contrats liés, de façon générale, v. Andrea Giardina, « *Les contrats liés en droit international privé* », TCFDIP, 2000, pp. 97-120 ; Paul Lagarde et Henri Batiffol, « *Droit international privé* », T. II, pp. 300-302, n° 587 ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007, n° 544. Cette tendance était adoptée par la jurisprudence en matière de contrats de cautionnement, même avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, v. surtout l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles de 6 février 1991. Ce litige concerne un contrat de cautionnement conclu en Italie entre un garant français, domicilié en France, pour garantir les dettes de sa société envers une société en Italie. Le contrat de cautionnement était muet sur la loi applicable, alors que le contrat principal était un contrat de distribution exclusive, régi par le droit italien. La Cour d'appel a eu recours à la clause d'exception établie par l'article 4(5) de la Convention de Rome pour déterminer la loi applicable. Elle s'est fondée sur le lien qui se trouve entre les deux contrats pour étendre la loi du contrat principal au contrat de cautionnement. Paul Lagarde, note sous CA Versailles, 6 février 1991, RCDIP, 1991, 745. Cet arrêt a été vivement critiqué par les auteurs. En droit comparé, v. Une décision pareille rendue du High Court *Queen Bench division bank of Baroda c. Vysya Bank Ltd in Lloyd's Law*. Rep 1994, 2, p. 87 et s. Cet arrêt a décidé que « *for guarantee agreements the guarantor performs the characteristic obligation under the contract so that the law of the State in which he has his usual residence, or where his principal place of business is located, is generally applicable. However, if the guarantor's place of usual residence or the guarantor's principal place of business is the only connection which the parties' business relationship has to the law of this State, then Article 4(2) Rome Convention 1980 is not applicable pursuant to Article 4(5) Rome Convention 1980. In particular, this applies where the recipient of the guarantee is a foreign company and the payment under the guarantee is to be made abroad* ». En revanche, pour une utilisation à bon escient de l'article 4.5 en matière des contrats liés, v. TGI Poitiers, 22 déc. 1999, RCDIP, 2001, p. 670 et s., note Pauline Rémy-Corlay.

²⁷⁷ Saravelle, « *Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costrozioni* », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, pp. 895-920, cité par Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », in *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège, Bruylant, 2003, n° 36.

²⁷⁸ *Ibid.* ; dans le même sens, v. Maurice-André Flamme et Jacques Lepaffe, « *Le contrat d'entreprise* », Bruxelles, E. Bruylant, 1966, n° 209, p. 148.

²⁷⁹ Hisham Sadek, « *Les contrats de commerce internationaux* », *Dar Al Fekr Al Gamey*, Alexandrie, Égypte, 2014, p. 787 ; Okasha Abdel All, « *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales* », *Dar Al Matbouat Al Gameya*, Alexandrie, Égypte, 1994, p. 61.

unique aux contrats liés qui visent la réalisation d'une opération économique commune, comme le contrat de sous-traitance et le contrat principal²⁸⁰.

138. Alors que selon d'autres auteurs, le lien entre le contrat principal et le sous-contrat n'est qu'un indice en faveur de la mise en œuvre de la clause d'exception. Selon M. Fallon et M^{lle} Francq, le caractère accessoire d'un contrat ou l'existence d'un lien entre un contrat et un autre peut être un indice permettant de faire jouer la clause d'exception de l'article 4 § 5²⁸¹.

139. Dans ce cas, le juge examine les circonstances de la cause, afin de pouvoir apprécier l'étroitesse du lien entre les deux contrats. S'il constate selon les circonstances que le contrat de sous-traitance entretient des liens étroits avec la loi du contrat principal, il applique cette loi²⁸². Par exemple, si le maître d'ouvrage avait une influence considérable sur le choix du sous-traitant ou s'il y avait d'autres circonstances permettant de perturber l'indépendance du contrat de sous-traitance et de fortifier le sens de l'ensemble contractuel²⁸³, dans ce cas, l'usage de la clause d'exception serait justifié, alors qu'à défaut de ces indices, les liens de connexité qu'entretiennent par nature le contrat de sous-traitance avec le contrat principal ne justifient pas de mettre en œuvre la clause d'exception.

140. C'est dans ce dernier sens que la Cour suprême allemande a décidé. Selon la Haute Juridiction, l'emploi de la clause d'exception ne doit se faire qu'à bon escient. Elle a rejeté le raisonnement de la cour d'appel selon lequel l'installation temporaire du sous-traitant dans le pays de l'exécution suffit à justifier l'application de la clause d'exception. Pourtant, selon la Haute Cour, le recours à la clause d'exception aurait besoin de plus de critères pour se justifier : « *l'installation temporaire s'impose évidemment chaque fois qu'on a recours à la sous-traitance*

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ M. Fallon et S. Francq, « *Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles* », *Journal des Tribunaux*, 1988, pp. 686-687, n° 15 ; dans le même sens, Fausto Pocar, « *Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance* », in Pierre Lalive, *Études de droit international*, 1993, p. 155 ; Tristan Azzi, « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* », D. 2008, 2169.

²⁸² Il convient de préciser que l'emploi de la clause d'exception ne doit être assimilé à celui du choix implicite de la loi du contrat. Selon la première, le juge détermine la loi applicable selon des critères objectifs qui réfèrent à une loi la plus appropriée selon les circonstances de la cause sans s'appuyer sur la volonté des parties. Alors que le second, le juge se réfère à des critères subjectifs vers lesquels la volonté des parties a eu recours pour désigner la loi applicable, c'est la loi choisie par les parties mais sans le dire expressément.

²⁸³ Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, p. 33.

pour des travaux de construction ou de services qui exigent la présence matérielle du sous-traitant, mais la cour d'appel, dans l'affaire en présence, a estimé que l'installation temporaire dans un autre État que sa résidence habituelle révèle la conscience du sous-traitant que son contrat est intégré dans un projet plus large, ce qui justifie le recours à la même loi du contrat principal, ce qui doit être contesté »²⁸⁴.

141. C'est dans le même sens qu'a décidé la cour d'appel anglaise, dans l'affaire *Ennstone contre Stanger*²⁸⁵. Un contrat de maçonnerie à Édimbourg a été conclu entre l'entrepreneur anglais (*Ennstone*) et un maître d'ouvrage. *Ennstone* a conclu un contrat de consultance avec un consultant anglais (*Stanger*) pour recevoir ses conseils concernant une tâche sur les travaux réalisés. La compagnie de consultance avait son siège en Angleterre, mais avait plusieurs établissements dont un à Glasgow. Toutes les réunions et la correspondance entre les parties au sous-contrat ont eu lieu en Écosse. *Stanger* a donné à *Ennstone* le conseil d'utiliser de l'acide d'oxalique pour se débarrasser de la tâche. Un tel conseil a causé des dégâts sur l'immeuble, selon un expert. Lors de l'action intentée par *Ennstone* contre *Stanger* la question de la loi applicable sur le contrat de prestation de service est apparue devant la Cour. Une telle question avait une importance primordiale sur la recevabilité de l'action, car l'action était prescrite selon le droit écossais mais pas selon le droit anglais. Dans le contrat, il n'y avait pas de choix de loi explicite ou implicite. Le tribunal de première instance a déclaré le droit écossais applicable selon la Convention de Rome. *Ennstone* a fait appel devant la cour d'appel qui a déclaré la loi anglaise applicable selon l'analyse suivante. Selon elle, en cas d'absence de choix dans le contrat, c'est l'article 4 § 2 de la Convention de Rome qui sera applicable. Cet article réfère à la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, en l'espèce la loi du consultant (*Stanger*) qui avait sa résidence habituelle en Angleterre. La loi écossaise ne doit être appliquée que dans deux cas, soit que les parties ont stipulé expressément que le contrat s'exécute d'après le siège du consultant en Glasgow en Ecosse, soit à travers la

²⁸⁴ BGH, 25 fév. 1999, NJW 1999, 2442, RIW 1999, 677-680, IBR 1999, 235, cité par Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautélet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, n° 39. Pour le développement de la clause d'exception en Allemagne, v. Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI, vol. 196, 1986, pp. 9-238, surtout p. 101.

²⁸⁵ *Ennstone Building Products Ltd c. Stanger Ltd 2002 EWCA Civ 916, 1 WLR 3059, CA.*

clause d'exception disposée dans l'article 4 § 5 de la Convention. La Cour a exclu l'application de la clause d'exception en estimant que l'objectif de l'unification des règles européennes ne peut être atteint par une application automatique de la clause d'exception²⁸⁶.

142. Ce raisonnement de la clause d'exception paraît plus conforme à la fonction qui lui est confiée par les textes. En effet, si le mécanisme de la clause d'exception permet de garantir une certaine souplesse et d'éviter la rigidité des textes, « *les dangers que la clause d'exception recèle ne sont pas des moindres* »²⁸⁷ (B).

B- La clause d'exception, un mécanisme critiqué

143. L'éventualité d'un recours quasi généralisé à la clause d'exception dans un domaine donné ne manque pas de susciter l'objection²⁸⁸. Ce qui est gagné en justice par le recours à la clause d'exception, peut être manifestement perdu en prévisibilité²⁸⁹. Si la clause d'exception se transforme en règle générale au lieu d'être utilisée dans des cas concrets, la prévisibilité sera réduite à néant²⁹⁰. Afin d'éviter les dangers d'imprévisibilité de la clause d'exception, il faut que le recours à une telle clause soit exceptionnel.

144. Le simple lien entre les contrats ne doit pas être en mesure de justifier le recours à la clause d'exception. Les liens devront être scrutés et les arguments en faveur de la loi du contrat lié doivent être massifs²⁹¹. Selon la majorité de la doctrine, la clause d'exception ne doit pas se transformer en règle générale²⁹².

²⁸⁶ Philip Britton, « *Oxalic acid and the applicable law: the Rome Convention and construction* », ICLR, 2003, 381.

²⁸⁷ Pauline Rémy-Corlay, « *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois* », article *op. cit.*

²⁸⁸ Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI, 1986, n° 109, p. 116.

²⁸⁹ Bernard Audit, « *Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général* », RCADI, vol. 305, 2003, 20, n° 336, p. 331.

²⁹⁰ Pauline Rémy, note *op. cit.*

²⁹¹ Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier, et Malik Laazouzi, « *Droit des contrats internationaux* », Paris, Sirey, 2017, n° 268, p. 209.

²⁹² Pauline Rémy-Corlay, note *op. cit.* ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, p. 222. Selon Mme Ancel et MM. Deumier et Laazouzi : « *Faire jouer la clause d'exception trop souvent vient effriter la règle et ruiner toute prévisibilité* », Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier, et Malik Laazouzi, « *Droit des contrats internationaux* », ouvrage *op. cit.*, n° 267, p. 208. Dans le même sens, Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », Paris, LGDJ, 2018, n° 174, p. 155 ; Max planck Institute for foreign private and private international law, « *Comments on the European*

145. Nul ne conteste les dangers d'une mauvaise application des clauses d'exception pour la sécurité juridique. Dès lors, on doit réserver les clauses d'exception aux cas judiciaires anormaux. Le recours du juge à la clause d'exception doit rester très rare, elle ne doit jouer que si le rattachement général n'a aucun lien significatif avec le contrat²⁹³.

146. Ce constat a conduit les rédacteurs du Règlement Rome I à durcir le recours à la clause d'exception en imposant que le juge ne puisse écarter le jeu normal des règles de conflits que si le contrat présente des liens « *manifestement* »²⁹⁴ plus étroits avec un pays autre que celui désigné selon les rattachements subsidiaires. C'est dans ce sens-là que la Cour de Justice a décidé dans son arrêt *Intercontainer Interfrigo*²⁹⁵.

147. En effet, si le besoin du recours à la clause d'exception risque de se transformer en une règle dans un domaine donné, cela illustre l'inadaptation du critère de rattachement désigné pour régir cette matière²⁹⁶. Le rattachement inadéquat à l'ensemble contractuel, contrat principal – contrat de sous-traitance, a amené les auteurs à préconiser le recours systématique à la clause d'exception²⁹⁷. Si on estime que le rattachement actuel n'est pas adéquat au contrat de sous-traitance, la correction de cette imperfection ne doit pas se faire à travers le recours

commission's green paper on the conversion of the Rome Convention into a community instrument and its modernization », p. 45, cité par Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », *Yearbook of International Law*, p. 318, note 81.

²⁹³ Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales* », JCl. Droit international, Fasc. 552-11, 2016.

²⁹⁴ Adjectif ajouté par le Règlement Rome I, article 4 (3). L'évolution dans la version anglaise est plus sensible, ainsi on a disposé dans la Convention de Rome que, « *if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country...* », alors que dans le Règlement Rome I, on prévoit que « *where it is clear from all the circumstances that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in* ».

²⁹⁵ CJCE, 6 oct. 2009 (aff. C-133/08) selon lequel, « *l'article 4 paragraphe 5 de la convention de Rome du 18 juin 1980 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est déterminé sur la base de l'un des critères prévus audit article 4, paragraphes 2 à 4, il appartient au juge d'écarter ces critères et d'appliquer la loi du pays avec lequel ledit contrat est le plus étroitement lié* », point 64 de l'arrêt.

²⁹⁶ Pauline Rémy-Corlay, RCDIP 2001, p. 670, note *op. cit.* ; Paul Lagarde, « *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* », RCDIP 1991, p. 287, spéc. p. 33. M. Lagarde affirme que « *quand il s'agit de plusieurs contrats qui ont un lien entre eux, la convention fournit des moyens de l'unité ; évidemment, au départ ce sont des contrats séparés, ils sont liés mais ils sont liés mais ils sont même autonomes les uns par rapport aux autres, donc c'est une loi distincte qui va s'appliquer à chacun d'entre eux mais, précisément, la clause d'exception de l'article 4 § 5, est destinée à les réunir* », dans les débats suite à la communication d'Andrea Giardina, « *Les contrats liés en droit international privé* », TCFDIP, 1995-2000, 97-120, surtout p. 110.

²⁹⁷ V. *supra* n° 137.

à ce mécanisme exceptionnel. L'utilisation de la clause d'exception ne devrait être que ponctuelle²⁹⁸. Elle ne devrait intervenir qu'exceptionnellement pour corriger la règle ordinaire.

148. Le recours généralisé à la clause d'exception en matière de contrat de sous-traitance perturbe les intérêts du commerce international et les prévisions légitimes des parties puisqu'il rend l'intervention du juge nécessaire, chaque fois que les parties veulent connaître la loi applicable à leur litige avec « *toute l'incertitude d'un billet de loterie* »²⁹⁹. Or, la vie juridique doit exister en dehors de la vie judiciaire³⁰⁰. Les parties doivent être en mesure de déterminer la loi qui régit leur contrat en cas d'absence de choix d'une manière certaine sans un recours nécessaire devant les tribunaux.

149. Le mécanisme de la clause d'exception n'est pas le seul moyen mis à la disposition du juge pour faire face aux cas particuliers, la doctrine a, depuis longtemps, créé le mécanisme de l'adaptation au profit du juge (§ 2).

§ 2 – L'adaptation et le rétablissement de la cohérence

150. Par opposition à la clause d'exception qui intervient avant la désignation de la loi applicable afin de guider le juge vers la loi la plus appropriée au litige, la méthode de l'adaptation apparaît dans une phase ultérieure, où la loi applicable est déjà désignée par la règle de conflit compétente. Le juge, après avoir désigné la loi applicable au litige, peut trouver que les solutions matérielles ne peuvent pas être appliquées simultanément, ou que leur application peut déboucher sur une injustice manifeste au détriment de l'une des parties. Dans ce cas, il utilise le maximum de ses pouvoirs pour minimiser ces risques en ayant recours à l'adaptation³⁰¹.

²⁹⁸ Tristan Azzi, « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* », D. 2008, 2169.

²⁹⁹ Jean Paulin Niboyet, cité par Pierre Lalive, « *Tendances et méthodes en droit international privé, cours général* », RCADI, vol. 155, 1977, p. 11 et s., surtout p. 69.

³⁰⁰ Selon le Doyen Batiffol, « *la vie juridique existe en dehors de la vie judiciaire. Si les cas pathologiques et anormaux sont l'occasion de dire le droit, et tout particulièrement sous la forme de l'interprétation des règles générales, le mouvement est sain qui essaye d'éviter les contestations judiciaires par des règles générales permettant aux particuliers d'organiser leurs actions* », Henri Batiffol, « *Le pluralisme des méthodes en droit international privé* », RCADI, vol. 139, 1973, II, pp. 96 et s.

³⁰¹ Bruno Oppetit, « *Le développement des règles matérielles* », TCFDIP, 1988, 121-139, surtout p. 132.

151. Le besoin de l'adaptation en matière contractuelle apparaît lorsque des questions étroitement liées sont régies par des règles ou des clauses inconciliables, ce qui donne lieu à des résultats matériellement injustes³⁰². Il convient d'examiner l'aptitude de l'adaptation à remédier aux difficultés résultant du traitement isolé du contrat de sous-traitance internationale à l'égard de son contrat de base (A). Par contre, ce mécanisme, apparemment séduisant, n'est pas exempt de toute critique (B).

A- L'adaptation comme remède classique face à l'indépendance du contrat de sous-traitance

152. En droit interne, lorsqu'il constate la présence d'une contradiction ou d'une ambiguïté entre les clauses d'un même contrat, le juge essaie de les résoudre en se guidant des articles 1156 et suivants du Code civil³⁰³. Sur le plan international, ce problème est résolu par le mécanisme de l'adaptation³⁰⁴. Lorsque la

³⁰² Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 334.

³⁰³ Article 1156 dispose qu' « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Article 1157 dispose que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». On rappelle que le juge parfois donne la primauté à l'une des stipulations contradictoires sur l'autre ou fait primer le contexte contractuel sur la clause expresse contradictoire, comme c'était le cas dans la décision de la Cour de Cassation du 15 février 2000, lorsque la Cour a annulé la clause de divisibilité prévue par les parties en la considérant comme contradictoire avec le contexte économique du contrat, Com. 15. fév. 2000, Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000 somm. p. 363, note Ph. Delebecque ; RTD civ. 2000, 325, note Mestre. De plus, le juge parfois annule les deux clauses contradictoires et revient au droit commun, Civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, RCDIP 1999, 122, note Bertrand Ancel et Horatia Muir Watt. La Cour de cassation a neutralisé les deux clauses d'élection de for contradictoires qui apparaissent dans l'offre et la réponse à cette offre et elle a appliqué le régime procédural en commun soit l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles. V. François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Thèse *op. cit.*, p. 363.

³⁰⁴ La méthode de l'adaptation a eu sa place au début, dans les propositions de la doctrine allemande dans les questions de statut personnel (*Anpassung* en allemand). Notamment dans les cas où l'enfant se trouve privé de tout droit de succession au décès de son parent naturel, alors que l'application de l'une ou l'autre loi assure sa protection financière. Ce résultat survient, par exemple, lorsque la loi successorale permettrait la survie de la créance d'aliments refusée par la loi de l'obligation alimentaire qui pour sa part reconnaîtrait à l'enfant naturel une qualité d'héritier, déniée par la loi successorale. Dans cette situation, la doctrine allemande suggère d'assurer l'entretien de l'enfant par l'octroi d'un droit alimentaire, à travers l'adaptation du statut des aliments à la solution prévue par les règles alimentaires de la loi successorale, de telle sorte que le devoir d'entretien ne disparaisse pas à la mort du père. L'adaptation est devenue une méthode reconnue et appliquée par de nombreux États. Ainsi, selon une décision de la Cour d'appel de Mons, on a justifié la décision rendue par « *la théorie de l'adaptation des lois en présence* », qui exige au juge de respecter l'objectif et l'esprit de la législation, plutôt que de se rattacher à une application littérale trop stricte, Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 345, 349, pp. 266, 268. Pour des exemples de l'adaptation en droit italien, suisse, belge, v. Hans Lewald, « *Règles générales des*

décomposition de la situation juridique entre plusieurs lois mène à des résultats inconciliables ou choquants³⁰⁵, il convient de « *les corriger, les adapter* »³⁰⁶. L'adaptation est, donc, un mécanisme qui vise à « *adapter les systèmes juridiques étrangers les uns aux autres, à les engrener de sorte qu'ils s'accordent comme s'ils étaient un. Il faut écarter chaque contradiction, combler chaque lacune* »³⁰⁷.

153. L'adaptation intervient quand le conflit de lois est déjà résolu, et le dépeçage patent est déjà apparu. Dans ce cas-là, le juge peut avoir recours à l'adaptation³⁰⁸. Cette dernière peut être soit conflictuelle soit matérielle.

154. Tout d'abord, en vue de rétablir la justice, le juge peut adapter les différentes règles de conflits applicables³⁰⁹, en annulant la loi choisie par les parties afin d'unifier la loi à l'ensemble de l'opération³¹⁰. Le juge choisit parmi les différentes lois en présence, celle qui a la primauté. Selon le Doyen Batiffol³¹¹, la préférence est accordée à celle qui permet de garantir mieux le traitement cohérent du rapport de droit, c'est celle qui arrive à mieux assurer la cohérence entre les solutions. Cette

conflits de lois, contribution à la technique du droit international privé », RCADI, 1939, III, p. 139 et S.

³⁰⁵ Erik Jayme, « *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne* », RCADI, vol. 25, 31 décembre 1995, p. 145.

³⁰⁶ Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », *op. cit.*, n° 340, p. 266.

³⁰⁷ Léo Raape, « *Les rapports entre parents et enfants* », RCADI 1934, p. 497.

³⁰⁸ Dans ce cas, on l'appelle adaptation *a posteriori* par opposition à l'adaptation *a priori*, c'est-à-dire une adaptation effectuée avant la révélation des règles inconciliables. Le mécanisme de l'adaptation *a priori* est entrepris avant le dépeçage pathologique, lorsqu'on ne connaît pas encore les règles applicables et on n'a pas de contradictions concrètes mais éventuelles. L'adaptation dans ce cas ne peut être substantielle mais conflictuelle. Cette méthode présente le mérite d'escamoter quelques problèmes de lacunes ou de cumul, mais elle déforme les lois applicables en appliquant une loi normalement inapplicable, Bernard Hafel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, nos 1016 et 1019, pp. 467-477 ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, n° 455 p. 262.

³⁰⁹ Giorgio Cansacchi, « *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois* », RCADI, 1953, p. 144 ; Paul Lagarde, « *le dépeçage dans le droit international privé des contrats* », *Riv dir int. priv e proc*, 1975, 649, « *lorsque la loi du contrat paraît inappropriée sur un point essentiel, les tribunaux l'écartent parfois complètement et décident que le contrat soit être rattaché dans son ensemble à une autre loi* ». V. Civ. 1^{ère}, 29 oct. 1974, Clunet 1975, p. 314, note Philippe Fouchard.

³¹⁰ L'annulation de la loi applicable n'est pas la seule figure de l'adaptation conflictuelle. Cette dernière peut se matérialiser sur les différents composants de la règle de conflit, à savoir, la catégorie de rattachement. L'exemple de l'adaptation de catégorie est l'extension de la catégorie de mariage en cas de polygamie afin de diviser la part successorale entre plusieurs veuves du décédé. L'adaptation conflictuelle peut porter, également, sur le critère rattachement en modifiant le critère de rattachement pour qu'il soit unique à l'ensemble des questions ou, même, sur la loi applicable au contrat comme les exemples cités dans le texte.

³¹¹ Henri Batiffol, « *Coordination de systèmes* », RCADI, vol. 120, 1967, p. 177. On se demande dans ce cas d'adaptation conflictuelle, si la règle de conflit est vraiment une règle neutre. V. Yvon Loussouran, « *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?* », TCFDIP, T. II, 1980-1981, pp. 43-68.

figure d'adaptation est nommée une adaptation conflictuelle³¹². Ensuite, le juge peut procéder à une harmonisation des solutions matérielles afin de les adapter d'une manière homogène. Selon cette figure, le juge n'écarte aucune des lois désignées par la règle de conflit, mais essaie d'articuler leurs solutions matérielles peu cohérentes. Cette sorte d'adaptation est dite une adaptation matérielle³¹³.

155. En matière de contrats liés, l'adaptation peut servir comme un remède à toutes les injustices nées du traitement isolé de chacun des contrats. Le juge, saisi d'un litige du contrat principal et du contrat de sous-traitance, peut trouver que les différentes solutions matérielles y applicables ne s'accordent pas, et donnent lieu à des solutions contradictoires ou injustes. Il appartient au juge de rétablir la cohérence entre les deux contrats en modifiant ou en annulant une des lois applicables ou les clauses contractuelles choquantes.

156. Ce mécanisme est plus fréquent devant l'arbitrage où le pouvoir de l'arbitre est plus large par rapport à celui accordé au juge judiciaire³¹⁴. Plusieurs exemples peuvent illustrer l'opération de l'adaptation effectuée en vue de réaliser l'équilibre et la justice perdues par l'insertion des clauses contractuelles ou des lois différentes.

³¹² Delphine Cocteau Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 265. L'exemple de cette figure, les contrats d'assurance et de réassurance citée *supra* n° 124.

³¹³ Lycette Corbion, « *Le déni de justice en droit international privé* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2002, n° 342, p. 305 ; Yves Lequette, « *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales* », RCADI, vol. 246, 1994, n° 212, p. 190 ; Giorgio Cansacchi, « *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois* », cours *op. cit.*, p. 146 et s. L'exemple classique de cette figure d'adaptation matérielle concerne l'articulation entre le régime légal des biens et les droits de la succession qui sont étroitement liés. Cela est illustré dans les cas des deux époux allemands mariés sans contrat et qui acquièrent ultérieurement la nationalité suédoise. On se trouve devant des dispositions légales différentes : en ce que de régime légal des biens, le droit allemand considère les époux séparés de biens alors que le droit matrimonial suédois établit une communauté des biens. Par ailleurs, en ce que de droits successoraux, le droit allemand considère l'époux comme héritier alors que le droit suédois le prive d'une telle qualité. L'articulation entre les deux lois aboutit à une injustice flagrante dans les cas où un époux soumis pendant la vie de son conjoint à la séparation des biens (selon le droit allemand) et puis après la mort sera privé de successions (selon le droit suédois), ou au contraire bénéficie pendant la vie d'une communauté des biens (selon le droit suédois) et après la mort recevra une part importante des biens (selon le droit allemand). Le juge dans ce cas devra tenir compte des deux lois étrangères et rétablir la justice bafouée soit en complétant la réserve, soit au contraire en réduisant cette part.

³¹⁴ Il apparaît que les juridictions françaises n'ont pas fait appel à la méthode de l'adaptation de la règle matérielle applicable pour résoudre l'absence de la légitimité internationale du résultat, Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 347, p. 267.

157. Dans une affaire présentée devant la Chambre de commerce internationale³¹⁵, les arbitres ont fait appel à l'adaptation pour protéger le sous-traitant de son cocontractant direct dans une chaîne internationale de sous-traitance. En l'espèce, un contrat d'entreprise principal a été conclu entre un maître d'ouvrage et un entrepreneur, ce dernier a sous-traité les travaux à un premier sous-traitant (sous-traitant A), qui les a sous-traités à un second sous-traitant (sous-traitant B). Dans la sous-traitance de second rang, A a inséré une clause d'exonération de responsabilité à l'égard de B, pour toutes les fautes imputables à l'entrepreneur principal. Suite à des préjudices, dont personne ne nie qu'ils étaient imputables à l'entrepreneur principal, le second sous-traitant a intenté une action contre son cocontractant direct qui lui a opposé la clause exonératoire de responsabilité. Le tribunal arbitral a exclu cette clause contractuelle injuste, en affirmant que, dans la chaîne de contrats de sous-traitance, la responsabilité remonte et redescend tout au long de la chaîne. Le tribunal arbitral, dans cette affaire, a exclu une clause contractuelle valablement stipulée par les parties afin de rectifier l'injustice à l'égard du second sous-traitant. On a estimé que la cohérence et la justice des solutions entre les différents contrats, imposent que la responsabilité des parties soit appréciée de façon globale, et non au regard des contrats isolés, les uns des autres. L'équité et l'équilibre entre le contrat principal et les contrats de sous-traitance en chaîne commandent d'écarter la volonté littérale des parties au profit d'une appréciation globale de l'opération.

158. L'adaptation a été cristallisée, également, dans d'autres affaires devant la Chambre de commerce internationale par rapport aux contrats liés. Bien que les affaires ne concernent pas un contrat de sous-traitance, elles illustrent parfaitement l'importance de ce mécanisme. L'adaptation a permis de rétablir la justice perdue dans des cas où le dépeçage entre des contrats étroitement liés pouvait mener à des injustices et des incohérences entre les droits et les obligations des différentes parties.

159. La première affaire présentée devant le tribunal arbitral sous l'égide de la Chambre de commerce internationale concerne un ensemble contractuel composé de plusieurs contrats en vue de mettre en place une usine de traitement

³¹⁵ CCI 7220, sentence partielle, 1993 inédite, Londres, droit anglais, cité par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre* », Thèse *op. cit.*, n° 390, p. 241.

de maïs³¹⁶. Afin d'exécuter cette opération, trois contrats ont été conclus : le premier, considéré comme l'accord de base de l'opération, était un contrat de *joint-venture* conclu afin de prévoir l'ensemble de l'opération et comporter ses éléments essentiels. Il était soumis au droit yougoslave et donnait la compétence à la Chambre de Commerce Internationale de Paris. Le deuxième était un contrat de vente des équipements nécessaires au fonctionnement de l'usine. Il était régi par le droit suisse et conférait la compétence à la Chambre de Commerce Internationale de Zurich. Enfin, un troisième contrat de licence de savoir-faire industriel régi par le droit suisse et donnait la compétence à la Chambre de Commerce Internationale de Paris. Les trois contrats étaient régis par des lois différentes et donnaient la compétence à des juridictions distinctes.

160. Une demande de compensation entre les dettes nées des trois contrats a été présentée devant la Chambre de Commerce Internationale de Paris sur le fondement du contrat de *joint-venture*. La Cour a estimé que malgré la scission procédée expressément par les parties, l'économie de l'opération implique un traitement d'ensemble. Par conséquent, elle a écarté la loi suisse expressément choisie par les parties, car elle ne permet pas la compensation, et a appliqué le droit yougoslave et le droit français qui permettent de mettre en application la compensation entre les dettes des différents contrats. La Cour a estimé que les trois contrats forment un ensemble contractuel économique et légal qui justifie son traitement d'une manière globale afin d'interpréter la volonté des parties en conformité avec l'économie de l'opération. Pour ce faire, la Cour a procédé à une adaptation conflictuelle, en écartant la loi et les clauses de juridiction qui privaient d'efficacité l'unification de l'opération.

161. Un autre exemple d'adaptation concerne un groupe contractuel composé d'un contrat d'assurance et de réassurance³¹⁷. Le premier contrat avait pour objet de mettre en place, en Belgique, un système d'assurance pour les activités de location et de leasing des véhicules de la marque X. Il contient une clause d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale et désigne le droit belge comme loi applicable au contrat. Le contrat de réassurance contient une clause

³¹⁶ CCI 5971, 1994, extraits Bull. ASA 1995, p. 728, Paris, droits Français et Yougoslave, cité par François-Xavier Train, Thèse *op. cit.*, n° 728, p. 446.

³¹⁷ CCI 7325, 1993, inédite, Bruxelles, droit belge, exemple cité par François-Xavier Train, Thèse *op. cit.*, p. 443.

d'arbitrage *ad hoc*³¹⁸ et confère un pouvoir d'amiable compositeur aux arbitres³¹⁹. Dans cette affaire, la Cour a procédé à plusieurs sortes d'adaptation : tout d'abord, une adaptation des clauses de compétence judiciaire, ensuite une adaptation de la clause de choix de loi, c'est-à-dire une adaptation conflictuelle et enfin, une adaptation matérielle portant sur l'harmonisation des clauses contradictoires entre les différents contrats.

162. Le tribunal arbitral a privé d'effets la clause *ad hoc* apparue dans le second contrat, en s'appuyant sur l'objet et la cause commune de l'ensemble contractuel conclu dans le cadre d'un programme d'assurance général. Elle a affirmé que le premier contrat englobe le second. En outre, le tribunal a insisté, pour justifier l'adaptation, sur le risque des décisions contradictoires compte tenu de la réciprocité des obligations litigieuses et l'étroite connexité qui unit les deux accords. En particulier, les parties n'ont pas pu vouloir créer le risque que le programme d'assurance soit déclaré efficace par un tribunal pendant que la convention de réassurance serait jugée nulle par un autre. Le risque de décisions contradictoires ainsi que la bonne foi gouvernant les relations des parties impliquent l'appréciation « *in toto* »³²⁰ du groupe contractuel.

163. Concernant la loi applicable, les arbitres ont écarté la présomption établie par la Convention de Rome au contrat de réassurance (l'article 4 § 2), qui aurait conduit à une loi différente de celle applicable au programme d'assurance. Le tribunal arbitral a préféré la désignation de la loi applicable selon « *le centre de gravité de l'opération dans sa globalité* »³²¹ située en Belgique, ce qui lui permet

³¹⁸ On appelle arbitrage *ad hoc*, celui qui est organisé par la simple volonté des parties, on l'appelle parfois arbitrage occasionnel, ou arbitrage inorganisé, car, à l'opposition de l'arbitrage institutionnel, il n'est pas organisé par une institution d'arbitrage. Pour plus de détails sur les différents types d'arbitrage, v. Bertrand Moreau, Andrian Beregoi, Romy Descours-Karmitz, Paul E. Mallet, Adrien Leleu, « *Arbitrage en droit interne* », Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2017, actualisation 2019 ; Éric Loquin, « *Arbitrage commercial international, Notion* », JCl. Fasc. 720, 2015 ; Berthold Goldman, « *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé* », RCADI, 1963, p. 350.

³¹⁹ Le tribunal d'arbitrage peut statuer en amiable compositeur, ce qui signifie qu'il ne soit pas tenu d'appliquer les règles de droit. L'arbitre applique l'équité pour trancher le litige. La notion d'amiable compositeur a été montrée par le tribunal de grande instance de Paris dans un arrêt rendu le 27 mai 1987, en énonçant qu'« *en confiant au tribunal le pouvoir d'amiable compositeur, les parties ont manifesté leur volonté de voir trancher le litige non pas en application des seules règles de droit, mais aussi d'obtenir une solution équitable et acceptable par l'adaptation, s'il y a lieu, du droit à l'ensemble des circonstances de fait régissant les rapports des parties* », TGI Paris, 27 mai 1987, Rev. arb. 1987, p. 519, note Georges Flécheux. Pour plus de détails, v. Éric Loquin, « *Arbitrage commercial international, Notion* », JCl. Fasc. op. cit., n° 14, 31.

³²⁰ Le tribunal arbitral dans la même affaire.

³²¹ *Ibid.*

d'appliquer une loi unique à l'ensemble des contrats. L'indivisibilité de l'opération, constatée à propos de la vérification de la compétence, est considérée par les arbitres comme un motif supplémentaire confirmant leur analyse sur le droit applicable³²².

164. Enfin, sur le fond, le litige était apprécié de façon globale et équilibrée au gré de l'opération entière. Afin d'apprécier le manquement du défendeur à ses obligations selon le contrat de réassurance, le tribunal l'a considéré au regard des différents éléments du programme général d'assurance.

165. Les arbitres se fondent sur l'indivisibilité du litige pour unifier le contentieux, le droit applicable à l'ensemble formé des deux contrats et appréhender les obligations matérielles comme formant un ensemble cohérent³²³.

166. Dans les exemples précédents, le tribunal a eu recours à l'adaptation afin de corriger les différentes sortes d'injustices résultant de la scission matérielle ou conflictuelle des contrats liés. Ce remède apparaît comme un moyen efficace pour faire face à tous les abus résultant de la mise en œuvre des règles applicables actuelles au contrat de sous-traitance. Néanmoins, il n'est pas exempt de toute critique (B).

B- Le caractère « *divinatoire* »³²⁴ de l'adaptation

167. L'idée du mécanisme de l'adaptation paraît séduisante. Elle consiste à demeurer, en principe³²⁵, sous la soumission des règles de conflit applicables, tout en essayant de régler les problèmes qui résultent de leur mise en œuvre sur le rapport de droit en présence selon les circonstances. À première vue, l'adaptation peut paraître comme le remède à tous les problèmes des contrats liés où l'application distributive de plusieurs droits aboutit à rompre la coordination et la cohérence de solutions, et menace les prévisions légitimes des parties et « *des tiers*

³²² François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse op. cit., p. 445.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Le terme utilisé est emprunté à Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 356, p. 273.

³²⁵ Sauf les cas d'adaptation conflictuelle où le juge est obligé d'écarter une des lois applicables au profit d'une autre loi.

intéressés »³²⁶. Par contre, il convient d'apprécier dans quelle mesure ce mécanisme arrive à atteindre son objectif sans trop nuire à la sécurité des solutions.

168. Selon la doctrine, l'adaptation est fondée sur un « *caractère divinatoire* »³²⁷. Les juges essaient, selon leurs compétences et leurs connaissances qui sont évidemment relatives les uns par rapport aux autres, de deviner ce que le législateur a voulu réaliser par cette règle de droit. En se fondant sur cette thèse, le juge procède au changement de la loi normalement applicable ou à la modification de ses aspects essentiels et on finit par créer une loi qui n'existe pas³²⁸. Et parfois, comme on a vu dans les exemples précités, il rejette complètement les clauses contractuelles expressément convenues par les parties, au nom de l'harmonie ou de la justice des solutions. C'est ainsi que l'adaptation a été considérée comme une application subjective de conflits de lois³²⁹.

169. Les difficultés de la mise en œuvre de l'adaptation ont été brillamment élucidées par M^{me} Ancel qui a souligné qu'« *envisager une adaptation des dispositions matérielles des deux lois séparément destinées paraît ardu dans le détail et périlleux pour les parties bien en peine d'imaginer comment le juge saisi*

³²⁶ Le terme de « *tiers intéressés* » est utilisé par Florence Bertrand, « *Opposabilité du contrat aux tiers* », sous la direction de Philippe Malinvaud, Doctorat d'État, Paris II, 1979, p. 407 ; Philippe Delebecque, note sous cassation civile 21 juin 1988, JCP 1988, II, 15294. Il signifie des personnes qui ne sont pas des parties contractantes dans un même contrat mais dans un autre contrat étroitement lié au premier. Selon M. Delebecque, « *c'est celui qui n'est pas partie au contrat initial mais reste intéressé par ce contrat en tant que partie à l'un des contrats successifs ou accessoires et nécessaires à la réalisation de l'opération en cause* », comme le sous-traitant ou le maître de l'ouvrage dans l'opération de sous-traitance.

³²⁷ Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse *loc. cit.*, ; dans le même sens, Horatia Muir Watt, « *La fonction de la règle de conflit de lois* », Thèse de doctorat d'État, Université Panthéon-Assas, 1985, n° 452, p. 521 ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », p. 262 ; Bernard Hafteil, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 477 ; Andrea Giardina, « *Les contrats liés en droit international privé* », TCFDIP 13, n° 1995-2000, pp. 97-120, surtout p. 103, selon M. Giardina, « *le juge finirait par créer des règles de droit international privé* » ; A. Overbeck, « *Les règles de droit international privé matériel* », *De conflictu Legum*, Mélanges offerts à R. D. Koleywijn et J. Offerhaus, A. W. Sitjthoff, Leyde, 1962, p. 362. Selon M. Overbeck, « *du moment que l'on adapte et modifie la législation interne, l'on finit par appliquer des règles matérielles spécialement conçues pour les rapports internationaux, qui ne font plus partie d'aucune législation nationale, donc des règles de droit international privé matériel* », « *il est à craindre que beaucoup de juges n'usent de leur liberté, non pour élaborer les solutions véritablement adaptées aux circonstances spéciales des espèces internationales, mais plutôt pour justifier des jugements reflétant, sinon leurs convictions personnelles, du moins les conceptions de leur propre système juridique* », cité par Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 388, en note.

³²⁸ Giorgio Cansacchi, « *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois* », RCADI 1953, p. 139.

³²⁹ Horatia Muir Watt, « *La fonction de la règle de conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 452, p. 521.

pourra opérer »³³⁰. La prévisibilité des solutions ainsi que la sécurité juridique sont attaquées. On en conclut que le mécanisme de l'adaptation ne constitue qu'un « *leurre* »³³¹.

170. Ce mécanisme, bien qu'on estime qu'il est important et à maintenir³³², doit rester extrêmement exceptionnel. Le juge ne peut s'affranchir délibérément des règles de conflits de lois³³³. Le mécanisme de l'adaptation doit être utilisé avec parcimonie sous peine de ruiner la sécurité juridique³³⁴.

171. Nous avons essayé d'étudier les règles applicables au contrat de sous-traitance sur le plan international. Le contrat de sous-traitance est un contrat conclu entre deux parties qui sont l'entrepreneur principal et le sous-traitant, afin d'exécuter une convention extérieure qui est le contrat principal. Le sous-traitant exécute le même objet, au moins partiellement, du contrat principal et vise à atteindre le même but de la convention de base. Ainsi, des liens très forts attachent le contrat de sous-traitance à son contrat de base.

172. Malgré ces liens extrêmement étroits, les règles de conflits en droit européen et en droit égyptien ne prennent pas en compte, en édictant la loi applicable, les liens qui se trouvent entre les contrats. À moins que les parties ne décident d'unifier les règles applicables, on risque de se trouver devant plusieurs lois qui ont vocation à s'appliquer sur une opération commune dont les dispositions substantielles ne sont pas forcément cohérentes. Ce dépeçage, justifié « *par individualisme atavique* »³³⁵, est source de nombreux problèmes.

173. Tout d'abord, les parties, en n'ayant pas la formation juridique suffisante, peuvent être victimes des solutions contradictoires qui résultent de la différence entre la loi applicable au contrat principal et celle applicable au contrat de sous-traitance. Par exemple, l'entrepreneur principal peut être exposé à ne pas pouvoir

³³⁰ Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 255.

³³¹ Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 351 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 351, p. 388.

³³² V. le pouvoir du juge de modifier les clauses injustes, *infra* n° 823.

³³³ Léna Gannagé, « *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé* », Paris, LGDJ, 2001, n° 453, p. 334.

³³⁴ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1019, p. 477.

³³⁵ Pierre Catala, Thèse de Rémy Cabrillac, « *L'acte juridique conjonctif : en droit privé français* », Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1990, p. XIII.

agir contre son sous-traitant en raison de la prescription de son action après avoir indemnisé son maître de l'ouvrage pour les fautes imputables au sous-traitant. Pareillement, des contradictions peuvent surgir en cas de différence entre les dispositions de force majeure, des clauses pénales ou d'exonération de responsabilité qui sont valides selon l'une des lois mais pas dans l'autre. Une telle différence aboutit à un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties contractantes et laisse l'une des parties avec un sentiment de déni de justice.

174. Conscients d'un possible hiatus entre les règles applicables aux situations juridiques, le législateur et la doctrine ont mis à la disposition du juge des moyens correctifs afin de faire face aux différents problèmes qui peuvent surgir lors de la résolution des litiges internationaux. Parmi les plus importants, on trouve le mécanisme de la clause d'exception et de l'adaptation. Ces moyens permettent au juge de corriger l'inadaptation des règles de conflit applicables en tenant compte des circonstances de chaque espèce. Néanmoins, ces mécanismes sont considérés comme des moyens extrêmement exceptionnels qui ne doivent être utilisés que pour résoudre des problèmes intrusifs, alors que les problèmes non intrusif, inhérents à la nature même des institutions en cause, ont besoin d'une réglementation adaptée à cette nature complexe. La réglementation actuelle du contrat de sous-traitance internationale est inapte à faire face aux problèmes résultants de ce contrat spécial.

175. Par ailleurs, le démembrement des lois applicables ne provoque pas seulement de problèmes entre les parties contractantes, mais également à l'égard des tiers. En effet, le contrat de sous-traitance est un contrat dont les effets débordent les limites du seul contrat pour épouser les contours du contrat principal. Le maître de l'ouvrage a pour intérêt que les travaux du sous-traitant soient bien exécutés. Dans le même ordre d'idée, le sous-traitant peut avoir intérêt à demander le paiement du maître de l'ouvrage en cas d'insolvabilité de son entrepreneur principal. Néanmoins, les règles régissant la relation entre les parties extrêmes sont soit inappropriées, soit incertaines (Chapitre II).

Chapitre II – La crise de la loi applicable entre les parties non contractantes

176. Tout contrat donne naissance à des obligations spéciales entre les contractants, outre les simples obligations légales. Il s'agit des obligations supplémentaires qui, si elles ne sont pas exécutées, engagent la responsabilité contractuelle des contractants³³⁶.

177. Or, la violation de ces clauses contractuelles peut être faite non seulement par les parties contractantes, mais aussi par un tiers qui est débiteur des mêmes prestations dans un contrat lié³³⁷. Ainsi, en matière de contrat d'entreprise principal, la violation directe du contrat peut être commise par le sous-traitant et non par l'entrepreneur principal, vu la connexité étroite avec le contrat de base³³⁸. Cette étroite connexité entre les deux contrats mène à la complexité de la question de rapports directs entre les parties extrêmes, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

178. Est-ce que le maître de l'ouvrage peut reprocher l'inexécution contractuelle aux sous-traitants ? Est-ce que le sous-traitant a le droit d'agir contre le maître de l'ouvrage pour un préjudice subi ou, surtout, pour demander le paiement de ses travaux ? Et si oui, sur quel fondement ? On peut douter l'intérêt d'une telle action, puisque chaque partie peut intenter son action directe contre son propre contractant pour lui demander l'exécution des obligations contractuelles. Pourtant, l'intérêt de cette action se révèle surtout en cas de défaillance du contractant direct³³⁹. Comme l'a justement constaté le professeur Cozian dans sa

³³⁶ François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 1995, n° 434, p. 522 ; Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 406 ; Patrice Jourdain, « *La nature de la responsabilité dans les chaînes de contrats après l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991* », D. 1992, n° 30, p. 155.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 44, surtout p. 67 ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Université Panthéon-Assas, 1977, p. 234 et s. ; Alain Bénabent, « *Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Fasc. 1450, 2013 ; Jacques Ghestin, préface de Dominique Rambure, « *Le paiement du sous-traitant : l'action directe contre le maître de l'ouvrage* », Paris, LGDJ, 1990.

³³⁹ Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », article *loc. cit.* ; Patrice Jourdain, « *La responsabilité civile dans les groupes de contrats* », in *Les obligations en droit français et en droit belge : convergences et divergences*, Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, Dalloz, 1994, 93.

thèse³⁴⁰ « *chacun en connaît l'utilité, elles répondent (les actions directes) à un souci d'équité et leur développement est désormais suivi avec bienveillance* ».

179. L'action directe est, donc, un procédé spécifique de protection du créancier qui lui donne la possibilité de s'adresser au débiteur de son débiteur pour obtenir soit la prestation promise, soit la réparation de l'inexécution³⁴¹. Deux sortes d'actions directes sont alors concevables en l'espèce, d'abord, une action en paiement intentée par le sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage pour demander la rémunération des prestations exécutées, ensuite, une action en responsabilité par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant pour lui demander la réparation des dommages subis en raison de la mauvaise exécution du sous-traitant, ou réciproquement, même si c'est plus rare³⁴², une action en responsabilité par le sous-traitant pour demander au maître de l'ouvrage la réparation des dommages subis par lui-même ou par son personnel pendant l'exécution du contrat.

180. Selon l'image classique des contrats isolés, aucune partie n'a la faculté de demander la réparation qu'à ses débiteurs directs. La relation est bipartite : maître de l'ouvrage - entrepreneur principal, entrepreneur principal - sous-traitant. Néanmoins, dans beaucoup de pays, les législateurs ont dérogé à cette vision isolée des contrats en faveur d'une réglementation globale qui permet de créer des relations directes entre les parties médiates.

181. Cette dérogation se révèle en matière de l'action en paiement du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage. En effet, le législateur dans nombreux pays dont l'Égypte et la France³⁴³, prévoit des exceptions au principe de l'effet relatif des conventions et consacre des règles spéciales aux actions en paiement, afin de garantir la liquidité monétaire dans quelques secteurs. Quant à l'action en responsabilité, elle n'a pas été réglementée par des règles spéciales par le législateur égyptien et européen, et dès lors, devait être régie par le principe de la relativité des conventions. Néanmoins, elle a fait l'objet en France d'une longue évolution de la part de la doctrine et la jurisprudence. Une telle évolution, en matière

³⁴⁰ Maurice Cozian, « *L'action directe* », Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, UFR de droit et science politique, 1966, p. 23.

³⁴¹ Geneviève Viney, note sous Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, JCP, 1991, II, 21743.

³⁴² Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243.

³⁴³ V. *infra* note 346.

de l'action en responsabilité entre les parties extrêmes, a eu un impact flagrant sur la doctrine égyptienne.

182. Sur le plan international, l'ingérence d'un élément d'extranéité ajoute aux complexités précédentes de nouvelles difficultés liées à l'intervention de plusieurs lois aux litiges. Quelle loi aura-t-elle la compétence pour régir la relation entre les parties extrêmes ? Afin de répondre à cette question, il faut distinguer entre l'action en paiement, dont la nature et l'objet ont imposé le recours à des règles spéciales (Section I) et l'action en responsabilité qui a fait l'objet d'une évolution exceptionnelle en droit commun et européen (Section II).

Section I – La loi applicable à l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage

183. L'action en paiement est l'action par laquelle le sous-traitant réclame le paiement des sommes qu'il estime lui être dues en vertu des travaux exécutés lors du contrat de sous-traitance. En principe, le sous-traitant ne peut réclamer le paiement de ses travaux qu'à son contractant direct, sauf stipulation contraire³⁴⁴. Pourtant, parfois devant l'insolvabilité de l'entrepreneur principal, le sous-traitant n'a d'autre voie pour obtenir son paiement que d'intenter directement son action en paiement à l'égard du maître de l'ouvrage.

184. En droit interne, cette action présente un caractère exorbitant, parce qu'elle va à l'encontre de deux principes fondamentaux : d'un part, le principe de relativité des conventions, puisque le sous-traitant entend profiter d'un contrat auquel il n'est pas partie, d'autre part, le principe de l'égalité des créanciers. En effet, le titulaire de l'action bénéficie d'une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers du maître de l'ouvrage³⁴⁵. Dès lors, le créancier ne peut bénéficier de cette action qu'en vertu d'une disposition législative. En matière de sous-traitance, l'action directe est prévue par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, en vertu duquel, le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage

³⁴⁴ Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, p. 444, n° 411 et 430.

³⁴⁵ Dominique Rambure, « *Le paiement du sous-traitant : L'action directe contre le maître de l'ouvrage* », Paris, LGDJ, 1990, p. 1 ; Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », TCFDIP, 2008-2010, 225.

si l'entrepreneur principal ne paie pas³⁴⁶. En droit égyptien, cette action est prévue par l'article 662 du Code civil³⁴⁷.

185. En droit international privé, la question n'est pas si simple. Afin de déterminer la possibilité d'intenter une telle action, le juge doit commencer par déterminer la loi applicable à l'action en paiement. Pour ce faire, il doit d'abord commencer par chercher s'il y a des règles matérielles applicables au rapport international apparu devant lui (Sous-section I). À défaut, il procède selon une résolution conflictuelle, c'est-à-dire qu'il insère la relation litigieuse, l'action en paiement, dans une catégorie de rattachement pour trouver le critère de rattachement consacré par les règles de conflits de sa loi (Sous-section II). Il convient d'examiner l'une et l'autre sorte des règles en vigueur, au vu des exigences du droit international privé, voire assurer l'équilibre entre les intérêts des parties extrêmes et respecter les prévisions légitimes des différentes parties impliquées.

Sous-section I – Les règles matérielles applicables à l'action en paiement entre les parties médiates

186. Les règles matérielles peuvent être définies comme les normes régissant directement les relations internationales³⁴⁸. Contrairement aux règles de conflit, caractérisées comme des règles indirectes, les règles matérielles donnent une réponse immédiate à la question posée et ne contentent pas de désigner l'ordre juridique qui nous mène, dans une étape ultérieure, aux règles régissant la situation litigieuse³⁴⁹. Les règles matérielles peuvent être de source internationale, comme

³⁴⁶ Article 12 de la loi du 31 décembre 1975 dispose que « *le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage. Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite. Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites* ».

³⁴⁷ L'article 662 dispose que « *les sous-traitants et, les ouvriers qui travaillent pour compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage ont une action directe contre l'auteur de la commande jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée* ».

³⁴⁸ Éric Loquin, « *Les règles matérielles internationales* », RCADI, 2007, 9-241 ; v. aussi Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, et Pascal De Vareilles Sommières, « *Droit international privé* », Paris, Dalloz, 2013, p. 77.

³⁴⁹ Éric Loquin, « *Les règles matérielles internationales* », cours *op. cit.*, surtout, n° 12, p. 24 ; Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, *op. cit.*, n° 30.

les conventions internationales conclues pour régir certains domaines³⁵⁰. Elles peuvent être aussi de source nationale, soit qu'elles ont été prévues, dès le début, pour régir les relations internationales³⁵¹, soit qu'elles ont été prévues pour régir les situations internes. Cependant, la jurisprudence a estimé qu'elles sont d'une importance économique et sociale primordiales et qu'il faut étendre l'application sur le plan international, quelle que soit la loi applicable au litige. Ces dispositions sont qualifiées de lois de police. C'est ce qui a été décidé par la Cour de cassation, lors de son arrêt *Agintis*³⁵², par rapport à la loi du 31 décembre 1975 régissant la sous-traitance. Par conséquent, cette loi est devenue une règle matérielle, qui a vocation à s'appliquer aux relations internationales, quelle que soit la loi applicable au contrat (§ 1). Toutefois, le mariage entre la loi relative à la sous-traitance et les lois de police est qualifiée par la doctrine comme un mariage délicat³⁵³ (§ 2).

§ 1 – La loi régissant l'action en paiement, une loi de police

187. La jurisprudence estime, parfois, que l'impérativité d'un ensemble de règles en droit interne impose sa prolongation sur le niveau des relations internationales³⁵⁴. Ce sont les règles qualifiées comme lois de police en étant

³⁵⁰ En matière de sous-traitance, il n'existe pas de règles matérielles de source internationale. Toutefois, la Convention de la vente internationale de marchandises peut avoir vocation à s'appliquer en raison de la définition large du contrat de vente dans la Convention qui peut englober les contrats d'entreprises. L'article 3 de la Convention dispose que « *sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production* ». Selon l'alinéa 2 de cet article : « *La Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services* ». Cette définition large permet d'englober le contrat de sous-traitance sous l'égide de la Convention de Vienne. V. *supra* note 18.

³⁵¹ Le droit français connaît une règle matérielle de source jurisprudentielle validant les clauses d'indexation sur l'or dans les contrats internationaux. Cour de Cassation, 21 juin 1950, RCDIP, 1950, p. 609, note Henri Batiffol. V. également l'admission des clauses or dans les contrats internationaux. Dès 1958, la jurisprudence, en vue de favoriser le commerce international, admet que les parties à un paiement international puissent écarter la monnaie nationale, le paiement peut avoir lieu en or ou en monnaie étrangère, Bruno Oppetit, « *Le développement des règles matérielles* », TCFDIP, 1988, 121-39.

³⁵² Ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006 ; D. 2008, AJ. 5, note Xavier Delpech ; Jur. 753, note W. Boyault et S. Lemaire ; RDI 2007, 511, note O. Guérin ; *ibid.* 2008, 38, note C. Charbonneau ; RTD com. 2008, 456, note Philippe Delebecque. Néanmoins, cette qualification a été adoptée après une hésitation dans des arrêts précédents, Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, n° 04-10.897, D. 2007, p. 2008, note Borysewicz et Loncle ; RTD com. 2007, 631, note Philippe Delebecque ; Marie-Élodie Ancel, « *La loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance est une loi de police* », RCDIP 2011, 659.

³⁵³ Éric Borysewicz, Jean-Marc Loncle, « *Sous-traitance internationale et loi du 31 décembre 1975 : un mariage délicat* », D. 2007, p. 2008.

³⁵⁴ Jean-Michel Jacquet, « *La fonction supranationale de la règle de conflit de lois* », RCADI, vol. 292, 2001, p. 209.

« nécessaires pour la sauvegarde de l'organisation sociale, politique et économique du pays »³⁵⁵.

188. C'est ce qui a été décidé quant à l'action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. Dans un arrêt rendu le 30 novembre 2007³⁵⁶, la Cour de cassation a décidé que : « *L'arrêt (de la cour d'appel) a décidé à bon droit que, s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant (y compris l'action directe), est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* »³⁵⁷. Dès lors, le juge saisi d'une action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage lors d'un litige international applique directement la loi de 1975, sans chercher préalablement la loi applicable à cette demande selon une résolution conflictuelle.

189. Avant d'aborder en détails cette décision et les raisons qui ont appelé la Haute Juridiction à qualifier l'action en paiement comme une loi de police (B), il faut tout d'abord exposer l'aperçu historique de la loi relative à la sous-traitance et son champ d'application aux contrats internationaux avant la susdite décision (A).

³⁵⁵ Phocion Francescakis, « *Lois d'application immédiate et droit du travail : l'affaire du Comité d'entreprise de la Compagnie des wagons-lits* », RCDIP 1974, pp. 273 et s., spéc. p. 275 ; du même auteur, « *Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois* », RCDIP 1966, pp. 1 et s.

³⁵⁶ V. *supra* note 352.

³⁵⁷ L'article 3 du Code civil dispose que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* ». L'article 3 de la Convention de Rome dispose que « *le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives* ». L'article 7 de la Convention du Rome dispose : « *Lois de police : 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. 2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* ».

A- L'application de la loi de 1975 avant l'arrêt *Agintis*

190. La loi sur sous-traitance a été adoptée par le législateur en droit interne afin de protéger les sous-traitants, considérés dans une position économique dépendante, contre la défaillance de leur contractant direct (1). Pourtant, les parties au contrat de sous-traitance sur le plan international tentaient d'échapper à ce texte, considéré comme « *malaisé en droit interne* »³⁵⁸, en raison des graves difficultés de sa mise en œuvre (2).

1- La protection financière du sous-traitant par la loi de 1975

191. L'action directe en paiement au profit des sous-traitants contre le maître de l'ouvrage n'a été créée qu'à partir de la loi du 31 décembre 1975³⁵⁹. Au début, la jurisprudence a refusé de faire bénéficier les sous-traitants de l'action directe consacrée, par l'article 1798 du Code civil aux ouvriers de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage³⁶⁰. Elle a justifié ce refus par le fait que les sous-traitants ne font pas un travail manuel, mais font faire le travail par des ouvriers, donc ils réalisent un bénéfice commercial dans un but de spéculation. Seules les personnes qui travaillent manuellement sur le chantier, peuvent bénéficier de l'action directe afin d'éviter la spéculation³⁶¹. Par conséquent, les sous-traitants n'avaient le droit

³⁵⁸ Ibrahim Fadlallah, « *L'ordre public dans les sentences arbitrales* », RCADI, 1994, p. 422.

³⁵⁹ Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013, n° 87.

³⁶⁰ L'article 1798 dispose que « *les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée* ».

³⁶¹ Cass. civ., 12 fév. 1866, D. 1866, 1, p. 57. La Cour a décidé dans cet arrêt qu'« *attendu qu'il ... est certain tant par l'esprit que par la lettre de la loi que le travail est la condition même à laquelle est subordonné le droit à la faveur qu'elle consacre, qu'aussi ceux-là seuls y peuvent prétendre qui ayant fourni la main d'œuvre et étant restés créanciers de leurs salaires, procèdent à raison d'une créance dont la cause première et principale est dans le travail* ». Dans le même sens, Civ., 2^{ème} 6 fév. 1958 : Bull. civ. II, n° 112 ; comp. CA Paris, 10 fév. 1847, D. 1847, 2, 35 et les conclusions de l'avocat général Glandaz qui souligne que « *la disposition de l'article 1798 est générale, elle n'admet pas une distinction entre l'ouvrier et le sous-entrepreneur, le second s'engage même au-delà du premier qui ne fournit que la main d'œuvre ; l'autre engage dans la construction ses avances, ses matériaux, son crédit* ». Par contre la juridiction fait bénéficier les sous-traitants qui travaillent avec leurs mains. V. Montpellier, 22 août 1850, et 24 déc. 1852, S. 1953, 2, 685 ; Paris 9 août 1859, S. 1859, 2, 685 ; Nancy, 21 fév. 1861, S. 1861, 2, 218 ; Bordeaux 8 juill. 1862, S. 1863, 2, 13 ; Poitiers, 4 mai 1863, S. 1863, 2, 61 ; Besançon, 16 juin 1863, S. 1863, 2, 206, les décisions citées par Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, p. 302 en notes. Pour plus de détails, v. Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013 ; Yves Dousset, « *La sous-traitance* », Thèse, droit Clermont-Ferrand, 1971, p. 79. Cette situation a été critiquée par la doctrine. V. Par exemple, Frémy-Ligneville qui souligne « *il n'y a pas de travail que le travail manuel et certainement le sous-traitant concourt d'une manière effective à l'entreprise par son travail personnel autant et même plus que le simple ouvrier. Nous ne*

de demander le paiement de leurs travaux qu'à leurs débiteurs directs, à savoir les entrepreneurs.

192. L'insuffisance de la réglementation relative à la protection du sous-traitant avait des conséquences graves sur leur situation lors des années 1970³⁶². Ceci a attiré l'attention du législateur³⁶³ qui a voulu protéger un secteur économique de premier plan et ménager les sous-traitants qui étaient dans un état de dépendance par rapport aux entrepreneurs, afin de réaliser un équilibre des relations économiques entre les sous-traitants et l'entrepreneur principal, garantir le paiement des sous-traitants et éviter le risque « *des faillites en cascade* »³⁶⁴. Ce sont les raisons pour lesquelles la loi du 31 décembre 1975 a été adoptée³⁶⁵.

193. Afin d'éviter les sous-traitances occultes, le législateur impose à l'entrepreneur principal deux séries d'obligations : tout d'abord, l'obligation de faire accepter le sous-traitant et agréer les conditions de paiement de son contrat par le maître de l'ouvrage³⁶⁶. Ensuite, afin de garantir le paiement de toutes les sommes

comprendons pas en quoi sa situation est moins intéressante que si, moins capable et moins occupé il avait le temps d'y joindre quelques heures de travail de ses mains », Frémy-Ligneville, « *Traité de la législation des bâtiments* », T 1. 2^{ème} éd., 1881, cité par Jean Néret, thèse *loc. cit.*

³⁶² L'entreprise sous-traitante apparaissait ainsi particulièrement vulnérable : le nombre des règlements judiciaires était passé de 897 en 1968 à 1120 en 1974, celui des liquidations de biens de 1036 en 1968 à 2163 en 1974, cité par Alain Bénabent, « *Sous-traitance* », JCl. Fasc. *op. cit.* L'interdiction de faire bénéficier les sous-traitants de cet article a été critiquée par la doctrine, v. Maurice Cozian, « *L'action directe* », Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 1966, n° 153, p. 99.

³⁶³ MM. Marquet et Bénabent expliquent l'origine de cette loi : « *L'opinion parlementaire réclama au gouvernement qui présentait un nouveau texte réservé aux marchés publics qu'il refit sa copie pour y inclure les marchés privés, telle est l'origine de la loi du 31 décembre 1975* ». Dans les années 1970, le parlementaire Neuwrith a présenté devant le Parlement une proposition de loi qui vise à assurer le paiement des sous-traitants en cas de liquidation de l'entrepreneur principal afin d'éviter les faillites en cascade des sous-traitants, Alain Bénabent et Périnet Marquet, « *Sous-traitance* », n° 510-31 ; Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », article *op. cit.* ; Valdo Roulet, « *Vers la sous-traitance transparente* », Gaz. Pal. 1974, I doc., 82 ; Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », TCFDIP, 2008-2010, p. 225.

³⁶⁴ Marie Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », article *op. cit.* De graves faillites sont survenues à cette période en Basse-Normandie et dans la région de Saint-Etienne, JO AN, 28 juin 1975, p. 5015

³⁶⁵ Cette loi est principalement destinée aux marchés privés. Pour un commentaire de la loi en détails, Bertrand Sablier, Joseph-Emmanuel Caro, et Séverin Abbatucci, « *Sous-traitance dans la construction : loi du 31 décembre 1975 : analyse et commentaires, pratique des contrats de sous-traitance, modèles de lettres et actes types* », Paris, Le Moniteur, 2012. Pour les marchés publics, l'évolution est plus importante depuis le décret de 11 mai 1953, aujourd'hui abrogé, puis le décret de 14 mars 1973 abrogé également, la loi de 1975 régit les marchés publics au titre II. Elle a été modifiée par l'adoption de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (loi Murcef). V. Jean-Pierre Babando et Philippe Malinvaud, « *La sous-traitance dans la construction marchés publics, marchés privés* », Paris, 2005 ; Bernard-Michel Bloch, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes publiques* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1455, 2013.

³⁶⁶ Selon l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 : « *L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et*

dues au sous-traitant, l'entrepreneur principal s'engage à fournir aux sous-traitants soit une caution auprès d'un établissement bancaire qualifié, soit de leur consentir une délégation auprès du maître de l'ouvrage, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant³⁶⁷. En cas de non-respect par l'entrepreneur principal de ces obligations, le contrat de sous-traitance serait entaché d'une nullité relative : seul le sous-traitant peut la réclamer.

194. De plus, le législateur permet aux sous-traitants dans les marchés publics d'être payé directement par le maître de l'ouvrage³⁶⁸ tandis que les sous-traitants dans les marchés privés bénéficient d'une action directe à son égard³⁶⁹. Les raisons pour lesquelles le législateur a choisi l'action directe dans les marchés privés plutôt que le paiement direct, c'est qu'il n'a pas voulu surprotéger les sous-

*pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ». V. Bernard Boubli, « Contrat d'entreprise, construction de l'ouvrage », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2016 ; Pascale Rousselle, Philippe Malinvaud, « Sous-traitance », in Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2018-2019, dossier 520, n° 520.71. V. L'arrêt CA Paris, 19 ch. A, 22 janv. 1991, D. 1992, p. 500. Cette obligation est réaffirmée également par le décret de 25 mars 2016 aux marchés publics, dont l'article 133 dispose que « le titulaire d'un marché public peut, dans les conditions prévues par l'article 62 de l'ordonnance du 23 juill. 2015 susvisée, sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché public à condition d'avoir obtenu de l'acheteur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ».*

³⁶⁷ Article 14 de la loi de 1975 relative à la sous-traitance dispose qu'« à peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant ».

³⁶⁸ Titre II de la loi de 1975 relative à la sous-traitance régit le paiement direct, l'article 6 dispose que, « le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution ». Selon l'article 7 : « Toute renonciation au paiement direct est réputée non-écrite ».

³⁶⁹ Titre III de la loi de 1975 relative à la sous-traitance régit l'action directe. Selon l'article 12 : « Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage. Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite. Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites ». La loi Dailly, a ajouté que « l'entrepreneur ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement », article 13-1 de la loi n° 81-1, du 2 janvier 1981. Afin de protéger les sous-traitants contre les retards de paiement, le législateur dans le code de commerce a ajouté l'article L 441-9 relatif à la sous-traitance qui plafonne les délais de paiement. Valérie Pironon, « Brèves remarques sur la protection du sous-traitant étranger », AJ Contrats d'affaires, D. 2015, p. 459.

traitants, faute de quoi on risquerait de décourager les entrepreneurs d'avoir recours à la sous-traitance et qu'il en résulterait un désavantage pour les sous-traitants plutôt qu'un avantage³⁷⁰. Dès lors, le législateur lors de la loi du 31 décembre 1975 a consacré une protection modérée aux sous-traitants.

195. Le souci de protéger les sous-traitants contre les défaillances de leurs entrepreneurs a amené également le législateur égyptien à établir, dans le Code civil adopté en 1948, une action directe en paiement en faveur des sous-traitants à l'égard du maître de l'ouvrage³⁷¹.

196. On peut se demander si les lois protectrices des sous-traitants en France et en Égypte auront vocation à s'appliquer sur le plan international (2).

³⁷⁰ Selon M. Vincent Ansquer, « ... il faut veiller à ce que le souci légitime de protéger le sous-traitant ne conduise pas à prendre des dispositions si contraignantes pour le maître d'ouvrage ou si défavorables au donneur d'ordre qu'elles risqueraient de détourner ceux-ci de la sous-traitance », les rapports de Vincent Ansquer JO AN 5 décembre 1975, p. 9464, cité par Marie-Élodie Ancel, article *op. cit.*

³⁷¹ En droit égyptien, l'action en paiement en faveur des sous-traitants est conférée depuis l'ancien Code civil daté de 28 octobre 1883, dans son article 414 de ce Code. Dans le nouveau Code civil, daté de 1948, le législateur a conféré, également, au sous-traitant une action directe contre le maître de l'ouvrage. L'article 661 du Code civil égyptien, permet à l'entrepreneur principal d'avoir recours à la sous-traitance pour exécuter, tout, ou une partie, du contrat qui lui a été confié par le maître de l'ouvrage. Le sous-traitant peut à son tour sous-traiter son contrat. Afin de garantir le paiement des sous-traitants, le législateur égyptien dans l'article 662 du Code civil, leur a conféré une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage. L'action directe conférée au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, selon le droit égyptien, est doublement limitée. D'une part, elle est limitée par les droits du sous-traitant à l'égard de son contractant direct, l'entrepreneur, en ce sens que le sous-traitant ne peut pas réclamer au maître de l'ouvrage une somme supérieure à celle qui lui est due selon le sous-contrat. D'autre part, le sous-traitant ne peut pas réclamer au maître de l'ouvrage une somme supérieure à ce qu'il est tenu vis-à-vis de son entrepreneur au moment où l'action est intentée. L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage est une action d'ordre public dans ce sens que toute renonciation serait réputée non écrite. L'article 662 du Code civil égyptien dispose que « 1) les sous-traitants et les ouvriers qui travaillent pour le compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage ont une action directe contre l'auteur de la commande jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée ».

Cette action est établie en droit comparé dans la législation de plusieurs pays, pour plus de détails, v. Frémaux, « L'action directe et les groupes de contrats internationaux », RDAI, 2002, 155 ; Marie-Élodie Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », TCFDIP, 2008-2010, 225. En 1990, le législateur belge a consacré aux sous-traitants une action directe, v. l'article 1798 du Code civil belge. Au Luxembourg, un régime spécifique régit le paiement direct des sous-traitants à l'égard du maître de l'ouvrage. En Espagne, également la jurisprudence a fait profiter aux sous-traitants une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage. L'action directe a été, également, adoptée dans plusieurs pays arabes : à titre d'exemple, l'article 882 du Code civil irakien, v. Omar Al-Saadoon, « *The applicability of the Iraqi civil code to construction contracts* », ICLR 2008, p. 57, spéc. pp. 70-71. L'action directe est également consacrée dans le code civil du Koweït, la Libye, la Syrie, et aussi dans le Code civil algérien, dont l'article 565 du Code civil dispose que « *Les sous-traitants et les ouvriers qui travaillent pour le compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage, ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée. Cette action appartient également aux ouvriers des sous-traitants à l'égard tant de l'entrepreneur principal que du maître de l'ouvrage* ». V. Marie-Élodie Ancel, article *op. cit.*

2- L'exercice de l'action directe sur le plan international avant l'arrêt Agintis

197. Avant la loi du 31 décembre 1975, les parties étaient liées deux à deux (maître d'ouvrage – entrepreneur principal et entrepreneur principal - sous-traitant). Chaque prestataire de service demandait son paiement à son contractant direct, sans aucune relation entre les parties extrêmes. La loi de 1975 a substitué à la figure bipartite une autre, tripartite, en permettant au sous-traitant d'intenter une action directe contre le maître de l'ouvrage. Pourtant, la loi a laissé intacte la relation extracontractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. La proposition de la loi contenait l'institution d'un lien contractuel entre les parties extrêmes, mais la loi du 31 décembre 1975 n'en a pas repris littéralement les mêmes termes. Elle a confirmé l'existence d'un lien entre les deux, mais un lien légal qui se limite aux conséquences financières du contrat de sous-traitance³⁷². La Cour de cassation a confirmé également la nature légale de l'action directe en paiement intentée du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage³⁷³.

198. Par ailleurs, quel était le champ d'application de l'action en paiement instituée par la loi de 1975 sur le plan international, avant sa qualification comme loi de police ?

199. Sur ce plan, avant de déclarer la loi de 1975 comme une loi de police, le sous-traitant ne pouvait bénéficier des dispositions protectrices édictées par cette loi, y compris l'action directe, que sous certaines conditions³⁷⁴. En effet, les liens créés par cette loi entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance étaient tellement inextricables qu'il était presque impossible de tracer des limites entre le champ d'application de cette loi par rapport aux deux contrats. Ceci a amené les auteurs à estimer que devant cette relation tripartite, les prévisions de toutes les parties devaient être prises en compte. Il ne suffit pas que le contrat de sous-traitance soit soumis au droit français pour que le sous-traitant puisse bénéficier des dispositions de la loi de 1975 ; la protection des prévisions légitimes du maître

³⁷² Marie Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », article *op. cit.*

³⁷³ Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », article *op. cit.* ; Civ. 3^{ème}, 22 juin 1982, Bull. civ. III, n° 164 ; Com. 17 fév. 1981, Bull. civ. IV, n° 87 ; Civ. 3^{ème}, 6 déc. 1989, Bull. civ. III, n° 228.

³⁷⁴ Jean-Georges Betto, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975* », *Journal de droit des affaires internationales*, 1999, 411.

de l'ouvrage impose que le contrat principal soit, également, régi par cette loi. Si un contrat est soumis au droit français à défaut de l'autre, une distinction doit être opérée.

200. Tout d'abord, si le sous-traité était seul soumis au droit français, à l'exclusion du contrat principal, la jurisprudence ainsi que les parties opèrent une distinction entre les différentes obligations de la loi relative à la sous-traitance. Seules peuvent être mises à exécution les obligations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant à défaut de celles à l'égard du maître de l'ouvrage.

201. Ainsi, dans une décision rendue par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation³⁷⁵, concernant un sous-traité entre deux entreprises françaises dans le cadre de l'exécution d'un contrat principal soumis au droit algérien, il fut acté qu'« à peine de nullité du sous-traité, le paiement de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garanties par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié ». La Cour de cassation n'a appliqué la loi sur la sous-traitance qu'en ce qui concerne ses dispositions applicables au sous-traité, à l'exclusion de celles adressées au maître de l'ouvrage³⁷⁶.

202. Une sentence arbitrale rendue par la Chambre de commerce internationale a adopté la position de la Cour de cassation³⁷⁷. Cette sentence a refusé d'appliquer l'article 3 de la loi relative à la sous-traitance imposant à l'entrepreneur principal de faire accepter le sous-traitant par le maître de l'ouvrage en considérant que si le contrat de sous-traitance est soumis au droit français, le contrat principal est soumis au droit camerounais qui ne contient pas une telle disposition. En revanche, le tribunal arbitral avait appliqué l'article 14 de la loi de 1975 concernant l'obligation pour l'entrepreneur de mettre en place une caution en faveur du sous-traitant pour lui garantir le paiement.

³⁷⁵ Civ. 3^{ème}, 14 oct. 1992, D. 1994, som. 148, note Alain Bénabent, n° 90-21-525.

³⁷⁶ Jean-Georges Betto, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975* », article *op. cit.*

³⁷⁷ CCI 4071, 1984, inédite, citée par Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, 1993, n° 653 ; Jean-Georges Betto, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975* », article *op. cit.*

203. Dès lors, avant l'arrêt *Agintis*, si le contrat principal n'était pas soumis au droit français, le sous-traitant ne pouvait pas intenter l'action directe en paiement à l'égard du maître de l'ouvrage.

204. Ensuite, si le contrat principal était seul soumis à la loi française, l'action en paiement serait opposable au maître de l'ouvrage. D'ailleurs, l'action directe peut être possible également, même si le contrat principal n'était pas soumis au droit français. Cela arrive si le maître de l'ouvrage a accepté les conditions du contrat du sous-traitant qui contient une clause de choix du droit français. La doctrine considère que cette acceptation vaut aussi pour les dispositions de la loi de 1975³⁷⁸. À défaut des conditions précédentes, le sous-traitant ne pouvait pas intenter d'action directe à l'égard du maître de l'ouvrage³⁷⁹.

205. Enfin, en cas de soumission des deux contrats au droit français, il peut paraître évident que la loi sur la sous-traitance serait applicable à leur opération contractuelle. Cette question a été confirmée par la Cour de cassation qui a décidé que le juge, en cas de soumission des deux contrats au droit français, devait appliquer à la fois la loi du 31 décembre 1975 et les règles de droit commun des contrats³⁸⁰. Pourtant, telle n'était pas toujours la tendance des parties ou de tous les tribunaux arbitraux.

206. Dans certains cas, les parties choisissent le droit français pour régir leur convention, en excluant la loi sur la sous-traitance. Une telle exclusion avait « *fait l'objet d'une pratique contractuelle courante* »³⁸¹. C'est, ainsi, le cas dans un sous-traité conclu entre deux sociétés françaises en relation avec un marché principal dans un pays du Moyen Orient prévoyant que³⁸² « *le présent contrat est soumis à la loi française, étant entendu entre le sous-traitant et l'entreprise principale qu'en raison du caractère international du marché principal la loi du 31 décembre ne sera pas applicable au présent sous-traité* ». Cette exclusion est dénoncée par la

³⁷⁸ Bertrand Sablier, Joseph-Emmanuel Caro, et Séverin Abbatucci, « *Sous-traitance dans la construction : loi du 31 décembre 1975 : analyse et commentaires, pratique des contrats de sous-traitance, modèles de lettres et actes types* », Paris, Le Moniteur, 2012, p. 98.

³⁷⁹ Com. 22 janv. 1991, Bull. civ. IV, n° 22, p. 13. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation a refusé l'action directe à l'encontre d'un maître d'ouvrage allemand.

³⁸⁰ Civ. 3^{ème}, 14 oct. 1992, *op. cit.*

³⁸¹ Jean Louis Bismuth, « *Sous-traitance internationale* », RDAI, 1986, 535, n° 63.

³⁸² *Ibid.* ; Jean-Georges Betto, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975* », article *op. cit.*

doctrine³⁸³ qui estime que les parties sont obligées par la teneur de la loi étrangère qu'ils auront désignée.

207. À cet égard, les décisions de l'arbitrage sont contradictoires. On trouve des décisions qui excluent l'application de la loi relative à la sous-traitance, alors que d'autres l'appliquent.

208. Tout d'abord, dans une première affaire³⁸⁴, les parties avaient choisi le droit français pour régir leur sous-contrat. Le sous-traitant a demandé la nullité de la sous-traitance parce que l'entrepreneur principal n'avait pas respecté les obligations imposées par l'article 14 de la loi de 1975, c'est-à-dire qu'il n'avait fourni ni caution ni délégation pour garantir les paiements au sous-traitant. Néanmoins, le tribunal arbitral a refusé la demande de nullité, en estimant que les parties ont entendu se soumettre, non pas aux dispositions spéciales de sous-traitance, mais aux règles générales du droit des contrats³⁸⁵.

209. Dans une autre affaire³⁸⁶, le contrat de sous-traitance était conclu entre deux sociétés françaises, alors que le maître de l'ouvrage était pakistanais et le projet était exécuté au Pakistan. Le droit français avait vocation à régir le sous-contrat, dans la mesure où le sous-traitant, débiteur de la prestation caractéristique, résidait en France³⁸⁷. Pourtant, le tribunal arbitral a écarté l'application la loi du 31 décembre 1975 de la sous-traitance. Tout d'abord, il a estimé que cette loi ne concernait que les affaires internes et qu'elle n'avait pas vocation à être appliquée sur le plan international. Ensuite, l'analyse des liens qu'entretenait le sous-contrat avec les autres lois montre, selon le tribunal, que le sous-contrat était plus lié au Pakistan qu'à la France. Selon le tribunal arbitral, les parties ont voulu se placer sous l'égide du droit pakistanais, droit du lieu d'exécution, lequel ne connaît pas de disposition semblable à celle de l'article 14 de la loi de 1975. En somme, les parties

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ CCI 7528/1994 inédite, cité par Ibrahim Fadlallah, « *L'ordre public dans les sentences arbitrales* », RCADI, 1994, p. 422.

³⁸⁵ Cette sentence rendue bien avant que la Cour de Cassation qualifie cette loi comme loi de police. Est-ce qu'une telle décision serait-t-elle annulée par les tribunaux français si elle a été rendue après l'arrêt *Agintis* déclarant la loi du 1975 comme loi de police ? Selon M. Fadlallah, la reconnaissance de cette décision serait douteuse, Ibrahim Fadlallah, « *L'ordre public dans les sentences arbitrales* », RCADI, 1994, n° 27 ; en doctrine égyptienne, Hisham Sadek, « *L'application des lois de police devant l'arbitrage international* », Revue égyptienne du droit international, 1994, n° 50, p. 114.

³⁸⁶ Sentence partielle, CCI 7528, 1993, *Yearbook comm. Arb.* XXII, 1997, p. 125.

³⁸⁷ V. les règles conflictuelles applicables au contrat de sous-traitance en absence de choix, *supra* n° 82 et s.

n'ont pas voulu soumettre leur contrat à une loi qui l'annule. Selon le tribunal arbitral, sa nature impérative se discute puisqu'en l'espèce « *la solvabilité de l'entrepreneur ôte son utilité à la disposition de l'article 14, dont la ratio legis est la protection du sous-traitant contre la faillite de son cocontractant* »³⁸⁸.

210. Pour conclure, en raison de la complexité de la projection de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance sur le plan international, les parties, avant l'arrêt *Agintis*, avaient tendance à l'écarter, y compris l'action directe en paiement. La jurisprudence a apprécié que l'exclusion de cette loi sur le plan international prive les sous-traitants de la protection qui leur est consacrée par le législateur, ce qui les remet dans la situation vulnérable que le législateur a voulu éviter en 1975. Cette tendance échappatoire a amené la Cour de cassation, en vertu de l'arrêt *Agintis*, à qualifier la loi du 31 décembre 1975 de loi de police, ce qui fait qu'une telle exclusion ne sera plus admise (B).

B- L'application de la loi de 1975 après l'arrêt Agintis

211. Les textes applicables au contrat de sous-traitance en Égypte et en France sont considérés, en droit interne, comme des règles d'ordre public³⁸⁹. Dès

³⁸⁸ Selon la Cour, « *There is no doubt here that the French Law of 1975 has a mandatory character (d'ordre public) in domestic transactions, as evidenced by Art. 15. There remains to be seen whether that character extends to international contracts such as the present one ; in other words, whether the provision can be regarded as a loi de police. Although the sub-contract under consideration was concluded between two French companies, it definitely has an international character : the Employer is a Pakistani government agency ; the works were to be performed in Pakistan. (...) Given the paramount importance of the latter factor, one could well argue that the sub-contract is more closely connected to Pakistan than to France. In order to apply Art. 14 as a loi de police, it should be proven first that such provision was intended to have such a character. No reported French decision has been put before the Tribunal where an international contract was void for non-compliance with Art. 14. This does not necessarily mean that it could not happen. But if Art. 15 were to be applied to this international contract, as claimant requests, such application would have to be warranted by a specific contact with France. In the present situation, the common nationality of the parties is important ; but the place of performance of the contract is of equal significance. A number of commentators have convincingly pointed to the place of performance of the sub-contract as the relevant factor in order to determine the applicable law in subcontracts, absent any choice by the parties. (...) The tribunal therefore holds that the parties clearly intended to avoid the provisions of Law n° 75-1334 relating to the formation of the sub-contract, including Art. 14 ; and that, given the international character of their contract and its place of performance, their intent must be upheld. Therefore, the sub-contract shall be enforced as agreed...* », cité par Jean-Georges Betto, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975* », article *op. cit.* ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, 264.

³⁸⁹ En droit égyptien, v. Mostafa Abd Al Sayed Algarhy, « *Le contrat de sous-traitance, étude comparée en droit égyptien et français* », *Dar Al Nahda Al Arabeya*, Le Caire, Égypte, 1988, 30 ; Ashraf Abd El Azim Abd El Wahed, « *La nature juridique de la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage* », Thèse de doctorat, Université d'Ain Shams, 2007, p. 245 et s. L'article 15 de la loi française de sous-traitance dispose que « *sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme,*

lors, les parties ne peuvent pas écarter leur application d'un commun accord. Par ailleurs, sur le plan international la question de l'impérativité de la loi relative à la sous-traitance s'est posée, depuis sa promulgation, par la doctrine³⁹⁰. En cas d'absence de soumission du sous-traité et du contrat principal au droit français, il y a lieu de vérifier si la loi relative à la sous-traitance a tout de même vocation à s'appliquer, quelle que soit la loi applicable au contrat³⁹¹, comme loi d'application immédiate ou loi de police ; en ce sens qu'elle est « *une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* »³⁹².

212. La doctrine a hésité à recommander la qualification d'application immédiate aux dispositions de la loi relative à la sous-traitance, en raison des difficultés que peuvent susciter les rapports inextricables, d'après cette loi, entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance³⁹³. Dès lors, la qualification de loi de police a été écartée concernant cette loi. Par ailleurs, la question a été posée, pour la première fois, devant la Cour de cassation en janvier 2007³⁹⁴.

213. Un contrat d'entreprise avait été conclu entre un maître d'ouvrage français et un entrepreneur allemand. Ce dernier a fait appel à un sous-traitant français pour l'exécution du contrat. La loi allemande était choisie par les parties

les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi ».

³⁹⁰ Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186 ; Jean Georges Betto, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975* », article *op. cit.*, p. 411.

³⁹¹ Paul Lagarde, article *op. cit.*, p. 193 ; Jean Georges Betto, article *op. cit.*, p. 417.

³⁹² Phocion Francescakis, « *Conflits de lois* », D. 1^{ère} éd., n° 137. Il en est ainsi des dispositions de protection de consommateur ou des salariés.

³⁹³ Paul Lagarde, article *op. cit.* En effet, M. Lagarde a se demande si « *l'article 3 de la Loi du 31 décembre 1975 serait-il applicable à titre de loi de police ou d'application immédiate, si le contrat principal est soumis à une loi étrangère ? La raison de le penser serait que cette obligation de l'entrepreneur principal est principalement destinée à permettre le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, qu'elle est donc une mesure protectrice du sous-traitant et qu'il existe une tendance à l'heure actuelle à considérer comme immédiatement applicables les mesures protectrices d'une partie faible dans un contrat. Ce qui est vrai du travailleur ou du consommateur, par exemple, le serait aussi du sous-traitant. On ne peut pas exclure que telle serait l'attitude des tribunaux français. Nous hésitons toutefois à recommander cette solution. Elle serait d'ailleurs difficilement praticable car elle rendrait nécessaire la définition du lien que le contrat principal devrait présenter avec la France pour que s'applique cette règle de l'article 3 de la Loi du 31 décembre 1975 (...).* ».

³⁹⁴ Civ. 1^{ère}, arrêt *Campeon Bernard*, 23 janv. 2007, n° 04-10.897, note Philippe Delebecque, RTD com. 2007, 631 ; D. 2007, 2008, note Inès Gallmeiste ; RDI 2007, 418, note Hugues Périnet-Marquet ; Christian Roth et Angela Brüning, « *La sous-traitance à l'épreuve du droit international ou les limites de la loi du 31 décembre 1975* », Les annonces de la seine, lundi 23 juill. 2007, n° 51, p. 4.

pour régir les deux contrats. L'entrepreneur principal faisait l'objet d'une procédure collective, le sous-traitant a intenté alors une action en paiement contre le maître de l'ouvrage sur le fondement de l'article 12 de la loi de 1975. La loi française n'avait pas, en l'espèce, vocation à s'appliquer, puisque les deux contrats étaient régis par la loi allemande qui ne confère pas au sous-traitant une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage. Afin d'exclure la loi applicable par les parties en faveur de la *lex fori*, deux voies sont possibles selon les règles de droit international privé. Le juge peut exclure la loi étrangère choisie par les parties comme étant contraire à l'ordre public international, ou il peut appliquer directement la *lex fori* au titre des lois de police, quelle que soit la loi applicable au litige. Pourtant, la Cour de cassation, en l'espèce, a refusé, l'une et l'autre voie.

214. Tout d'abord, la Cour a affirmé que l'action directe n'est pas une question d'ordre public international, dans le sens où la jurisprudence entend cette notion. Les juridictions françaises n'écartent la loi normalement applicable que si celle-ci conduisait à porter atteinte à une règle de droit considérée comme essentielle ou un principe fondamental³⁹⁵. L'ordre public international est, d'habitude, limité à la sphère des droits fondamentaux de la personne, sinon l'exception d'ordre public international est le plus souvent vouée à l'échec. Par conséquent, le simple fait que la loi allemande ne prévoit pas l'action directe, ne peut pas être considéré comme contraire à l'ordre public international.

215. Ensuite, concernant la qualification de la loi du 31 décembre 1975 comme une loi de police ou d'application immédiate, au sens de l'article 7.2 de la Convention de Rome³⁹⁶, elle a été également rejetée par la Cour de cassation. La Haute juridiction a décidé que l'action directe établie par le législateur ne peut pas être considérée comme « *une disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre* »³⁹⁷.

³⁹⁵ Éric Borysewicz, Jean-Marc Loncle « *Sous-traitance internationale et loi du 31 décembre 1975 : un mariage délicat* », D. 2007, p. 2008.

³⁹⁶ L'article 7.2 de la Convention de Rome dispose que, « *Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* ».

³⁹⁷ La CJCE en définissant l'article 7.2 de la Convention de Rome dans son arrêt rendu le 23 nov. 1999, *Arblade*, Rec. CJCE p. I-08453 *J.-C. Arblade & fils SARL, B. et S. Leloup et Sofrage SARL*, Rev. science crim. 2000, p. 248, note Laurence Idot ; RTD eur. 2000, 727, note J. Huglo ; RCDIP 2000, p. 710, note Marc Fallon.

216. La Cour de cassation a affirmé que, contrairement au cas du salarié et du consommateur, le régime protecteur du sous-traitant n'est pas à ce point essentiel pour la sauvegarde de l'organisation politique sociale ou économique du pays qu'il puisse justifier l'exclusion du principe de la liberté de choix de la loi applicable dans les contrats internationaux.

217. Cet arrêt a été diversement apprécié par les auteurs, certains l'ont salué au nom de la sécurité juridique et du respect de la loi choisie par les parties³⁹⁸, et d'autres l'ont critiqué, en estimant que les dispositions impératives de la loi de 1975 doivent être respectées même au niveau international³⁹⁹.

218. L'application internationale de la loi du 31 décembre 1975, a connu un rebondissement important après l'arrêt *Agintis* rendu le 30 novembre 2007 par une chambre mixte de la Cour de cassation⁴⁰⁰. Dans cette affaire, un contrat principal a été conclu entre la société de droit français *Basell production France*, maître de l'ouvrage, et la société *SAB* allemande pour la réalisation d'un immeuble en France. Cette dernière avait confié à la société française *Agintis* le lot tuyauterie. Le contrat principal ainsi que le contrat de sous-traitance étaient régis par la loi allemande. La société *SAB* a fait l'objet d'une procédure collective, régie par le droit allemand, dans laquelle *Agintis* a produit sa créance. Le maître de l'ouvrage a refusé tout paiement au sous-traitant, aux motifs que le marché principal et le sous-traité étaient régis par la loi allemande, et qu'il n'avait pas accepté le sous-traitant. Ce dernier a assigné le maître de l'ouvrage, en vertu de l'article 12 de la loi française de 1975⁴⁰¹. La Cour de cassation a décidé que, « l'arrêt (de la cour d'appel) a décidé

³⁹⁸ Éric Borysewicz et Jean Marc Loncle, « *Sous-traitance internationale et loi du 31 décembre 1975 : un mariage délicat* », D. 2007, 2008 ; Philippe Delebecque dans sa note sous l'arrêt, RTD com. 2007, p. 631 ; Hugues Périnet Marquet, dans sa note sous la décision, RDI 2007, 418.

³⁹⁹ Louis d'Avout et Sylvain Bollée, « *Droit du commerce international* », Juill. 2006 – août 2007, D. 2007, 2562 ; Mathias Audit, « *La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est une loi de police* », Revue juridique de l'économie publique, n° 654, juin 2008, n° 25, p. 5, selon M. Audit, la qualification de loi de police évite les difficultés inhérentes à la méthode conflictuelle classique lorsque les deux contrats de sous-traitance et de contrat principal se coexistent.

⁴⁰⁰ Ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, D. 2008. AJ. 5, note Xavier Delpech, jur. 753, note Wilfried Boyault et Sophie Lemaire ; RDI 2007. 511, note O. Guérin ; *ibid.* 2008, 38, note C. Charbonneau ; RTD com. 2008, 456, note Philippe Delebecque ; RTD com. 2008, 456, note Philippe Delebecque. Néanmoins, cette qualification venait après une hésitation dans des arrêts précédents : Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, n° 04-10.897, D. 2007, 2008, note Éric Borysewicz et Jean-Marc Loncle ; RTD com. 2007, 631, note Philippe Delebecque ; Marie Élodie Ancel, « *La loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance est une loi de police* », RCDIP 2011, 659.

⁴⁰¹ Cet article accorde au sous-traitant une action directe en paiement à l'encontre du maître de l'ouvrage, il dispose que « le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui

à bon droit que, s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles »⁴⁰².

219. La qualification de loi de police, dans cet arrêt, ne se limite pas à l'action directe, mais elle s'étend à toute disposition protectrice du sous-traitant, à savoir l'article 3 relatif à l'agrément du sous-traitant par le maître d'ouvrage, l'article 14 relatif à la garantie qui doit être fournie par l'entrepreneur principal⁴⁰³, et l'article 13 interdisant de céder ou nantir les créances sous-traitées⁴⁰⁴. Cette décision a été consolidée par d'autres décisions ultérieures⁴⁰⁵.

220. Or, la protection d'un objectif inscrit dans une politique législative déterminée par le truchement des lois de police nécessite la vérification d'un certain lien qui existe entre le for et la situation en question, à défaut duquel la règle n'aurait

sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage. Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite. Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites ».

⁴⁰² L'article 3 du Code civil dispose que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». L'article 3 de la Convention de Rome dispose que « le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives ». Selon l'article 7 de la Convention de Rome : « Lois de police : 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. 2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

⁴⁰³ V. Civ. 3^{ème}, 18 nov. 2009, Bull. civ. III n° 252.

⁴⁰⁴ Xavier Deplech, dans sa note sous Civ. 3^{ème}, le 25 fév. 2009, n° 07-20.096, D. 2009, p. 806 ; comp. Hugues Kenfack, « Droit de l'union européenne des conflits de lois », JCl. Europe-Traité, n° 68, M. Kenfack estime que la Cour de cassation a exclu la qualification de loi de police aux articles 12 et 13-1 de la loi du 31 décembre 1975, ce qui a été dénié par la Cour de cassation lors de l'arrêt de 27 avr. 2011, chambre commerciale, n° 09-13.524, RCDIP 2011, p. 659, note Marie Élodie Ancel. La Cour de Cassation lors de cet arrêt a affirmé que l'article 13 est considéré comme une loi de police.

⁴⁰⁵ Civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, n° 06-14.641, *Affaire Unilin*, D. 2008, 478, note Xavier Deplech ; RDI 2008, 272, note Hugues Périnet-Marquet ; Gaz. Pal. 2008, 82, note Marie-Laure Niboyet ; Civ. 3^{ème}, 8 avr. 2008, affaire *Basell III*, pourvoi n° 07-10. 763 ; JDI 2008, 1979, note Perreau-Saussine ; RCDIP 2011, 624, note Agnès Maitrepierre.

pas raison à s'appliquer⁴⁰⁶. Dans l'arrêt *Agintis*, la Cour de cassation a exigé l'existence d'un lien significatif de rattachement avec la France pour justifier l'application de la loi de police. Si l'opération porte sur un immeuble, ce lien significatif serait la construction de l'immeuble en France, ce qui permet de protéger tous les sous-traitants, même étrangers. Selon la doctrine, cette application de la loi française de sous-traitance décourage les entrepreneurs de travailler en France afin d'éviter les complications de cette loi⁴⁰⁷. En outre, le champ d'application déterminé par la Cour de cassation est contraire aux objectifs du législateur lors de l'adoption de la loi de 1975⁴⁰⁸. Ce dernier a voulu protéger les sous-traitants contre les faillites en cascade des entrepreneurs ayant participé à un même ouvrage. Lier la protection des sous-traitants à la construction d'un immeuble en France aura pour conséquence qu'un sous-traitant travaillant à l'étranger sur un ouvrage qui sera intégré à un immeuble en France bénéficiera de la protection⁴⁰⁹, alors que les sous-traitants résidents en France et dont l'ouvrage est destiné à prendre place dans une construction à l'étranger en seront privés. Afin de lutter contre la faillite en cascade, seule la situation des entrepreneurs et sous-entrepreneurs est significative et non le lieu de construction de l'immeuble⁴¹⁰.

221. Dans les cas où il s'agit d'une sous-traitance industrielle, le lien significatif de rattachement justifiant l'application de la loi de 1975, selon la Cour de cassation, ne peut être la nationalité de l'entrepreneur ou son lieu d'établissement, mais le lieu d'établissement du sous-traitant ou le lieu d'exécution du contrat de

⁴⁰⁶ Jean-Michel Jacquet, « *La fonction supranationale de la règle de conflit de lois* », RCADI 2001, p. 210.

⁴⁰⁷ Wilfrid Boyault et Sophie Lemaire, « *Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face* », D. 2008, 753 ; Marie Élodie Ancel, « *La protection internationale de sous-traitance* », TCFDIP 2008-2010, p. 225 ; Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, 1978, p. 186.

⁴⁰⁸ Vincent Heuzé, « *Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police* », RCDIP, 2020, p. 31, n° 32. L'éminent professeur critique vivement le critère choisi par la Cour de cassation en estimant qu'elle a exclu la « *politique législative* » poursuivie par le texte ayant pour objectif la protection des sous-traitants français ou établis en France.

⁴⁰⁹ V. la décision de la Cour de cassation, Civ. 3^{ème}, 25 févr. 2009, SNC *Saint-Louis sucre c. Peeters* *ès qual.*, pourvoi n° 07-20.096, publié au Bulletin ; D. 2009, 806 ; RDI, 2009, p. 353, note Hugues Périnet Marquet ; RCDIP 2011, p. 659, note Marie Élodie Ancel. La décision a établi que « *mais attendu que s'agissant de travaux de modernisation d'un immeuble à usage industriel situé en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ; ...* ».

⁴¹⁰ Wilfrid Boyault, Sophie Lemaire, « *Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face* », *op. cit.*

sous-traitance⁴¹¹. Il faut, pour que la loi de 1975 s'applique en tant que loi de police, que la France soit « *le bénéficiaire économique de l'opération de sous-traitance* »⁴¹².

222. L'arrêt *Agintis* et les arrêts qui l'ont suivi ont été vivement critiqués, considérés par la doctrine comme étant à la fois « *inutiles et inappropriés* »⁴¹³ (§ 2).

§ 2 – Une qualification de la loi de police critiquée

223. Comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, les lois de police, selon Francescakis, sont les lois dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays⁴¹⁴, ou selon la définition de la Cour de justice, ce sont les lois « *dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* »⁴¹⁵. Les lois qualifiées comme telles, s'appliquent quelle que soit la loi applicable au litige. Elles ont pour objectif de protéger les intérêts politiques, publics, économiques ou sociaux de l'État concerné⁴¹⁶.

224. Est-ce que la loi du 31 décembre 1975 peut être considérée, selon les susdites définitions, comme une loi de police⁴¹⁷ ?

⁴¹¹ Com. 27 avr. 2011, n° 09-13.524, RDI 2011, p. 168, note Périnet Marquet ; Com. 20 avr. 2017. Dans cet arrêt la Cour de cassation a refusé l'application de la loi du 31 décembre 1975, puisque le contrat de sous-traitance a un rapport plus significatif avec l'Italie qu'avec la France, considéré comme le pays bénéficiaire économique de l'opération de sous-traitance. Ni le siège du sous-traitant, ni le lieu de l'exécution de la prestation ou la destination finale des produits sous-traités, sont rattachés à la France, mais ils sont tous rattachés à l'Italie. Com., 20 avr. 2017, *Urrmet*, JurisData n° 2017-007203, Bull. civ. IV n° 51 ; JDI 2018, p. 125, note C. Brière ; RCDIP 2017, p. 542, note Dominique Bureau ; D. 2017, p. 2054, note Louis d'Avout ; D. 2018, p. 966, note Sandrine Clavel ; RDI 2018, p. 221, note Hugues Périnet-Marquet ; Civ. 3^{ème}, 5 mai 2015, n° 14-11.613, note Hugues Périnet Marquet, RDI, 2016, 282.

⁴¹² La Cour de Cassation dans la décision *Urrmet*, 20 avr. 2017, *op. cit.*

⁴¹³ Wilfrid Boyault, Sophie Lemaire, « *Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face* », *op. cit.*

⁴¹⁴ Phocion Francescakis, « *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé* », Paris, Sirey, 1958 ; « *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois* », RCDIP 1966, p. 1 ; pour les lois de police en général, v. Pierre Mayer, « *Lois de police* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, actualisation 2009 et les références citées.

⁴¹⁵ Arrêt *Arblade*, CJCE *op. cit.*

⁴¹⁶ Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, n° 205, p. 151.

⁴¹⁷ D'ailleurs la qualification du contrat de sous-traitance comme un contrat d'adhésion a été refusée par un tribunal arbitral. Dans une affaire CCI 4071, le litige concerne un contrat pour la réalisation des travaux de génie civil d'une raffinerie dans un pays africain. Le sous-traitant soutenait que son

225. Selon M^{me} Monéger⁴¹⁸, rapporteur de la décision *Agintis*, la qualification de cette loi, comme loi de police dépend de deux questions. Tout d'abord, est-ce que les sous-traitants dans une opération internationale sont vraiment une partie faible ? Ensuite, est-ce que le régime de sous-traitance participe au bon fonctionnement du système économique français ?

226. Relativement à la première question, la doctrine est défavorable à considérer les sous-traitants comme parties faibles⁴¹⁹. Selon M. Latil⁴²⁰, un sous-traitant ayant l'audace d'agir à l'international ne saurait être présumé faible. M. Heuzé⁴²¹ souligne que même si le sous-traitant est dans une position de dépendance économique, les obligations imposées par la loi de 1975 à l'entrepreneur principal et au maître de l'ouvrage risquent de se retourner contre ceux-ci, en rendant plus difficile l'accès aux marchés internationaux.

227. Par ailleurs, M. Mayer⁴²² estime que la situation de dépendance économique née d'un contrat ne justifie pas une atteinte à la loi d'autonomie. La qualification de lois de police n'est justifiée qu'à l'égard des personnes qui concluent un contrat pour la satisfaction d'un besoin vital, ou celles qui se présentent isolées sans aucune expérience juridique devant une entreprise puissante, comme les salariés, les locataires, les consommateurs ou les assurés. En l'espèce, la Cour de

contrat est un contrat d'adhésion. Le tribunal a répondu par la négative. Il a affirmé que « *le contrat de sous-traitance pour le génie civil de la raffinerie a bien été sujet de négociation entre les parties. Il ne s'agit pas, comme le sous-traitant l'a soutenu, d'une sorte de contrat d'adhésion. L'histoire des négociations entre les parties, avant que le sous-traitant ait accepté les conditions du contrat, établit le contraire* ». Affaire n° 4071, sentence rendue le 21 avr. 1983, inédite citée par Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, 1992, pp. 317-318.

⁴¹⁸ Rapport présenté par Mme Françoise Monéger lors de la décision *Agintis*, accessible sur le site de la Cour de cassation.

⁴¹⁹ Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, sous la direction de Christian Gavalda, *Economica*, 1978, 186 ; Jean-Georges Betto, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975* », *Journal de droit des affaires internationales*, 1999, 411.

⁴²⁰ Cédric Latil, « *Lois de police* », *JCl. Droit international*, Fasc. 552-100, n° 36.

⁴²¹ Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2017, n° 36 ; même auteur, « *Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police* », *RCDIP*, 2020, 31.

⁴²² Pierre Mayer, « *La protection de la partie faible en droit international privé* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 513 et p. 537. Dans le même sens Jean Raffestin, « *La sous-traitance internationale* », Thèse doctorat, Université François Rabelais, Tours, UFR de droit, d'économie et des sciences sociales, 1979, p. 409.

cassation lors de l'arrêt *Agintis*, a traité, « à tort »⁴²³, le sous-traitant à la manière d'un travailleur salarié ou d'un consommateur passif.

228. En outre, la surprotection des sous-traitants peut se retourner contre eux. Selon un Ministre de Commerce et de l'artisanat, « *il faut veiller à ce que le souci légitime de protéger le sous-traitant ne conduise pas à prendre des dispositions si contraignantes pour le maître d'ouvrage ou si défavorables au donneur d'ordre qu'elles risqueraient de détourner ceux-ci de la sous-traitance* »⁴²⁴.

229. Le refus de considérer les sous-traitants comme parties faibles peut trouver son appui dans le Règlement Rome I qui a remplacé la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. La nouvelle définition des lois de police en matière contractuelle est celle-ci : « *une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics...* »⁴²⁵. Donc, la notion de lois de police dans le Règlement Rome I « *se publicise et se rétrécit considérablement* »⁴²⁶ par rapport à la Convention de Rome. Elle limite la faculté du juge de se prévaloir des lois de police pour protéger des parties supposées comme faibles⁴²⁷. Selon M. d'Avout, cette innovation mérite d'être approuvée puisqu'elle va dans le sens de la prévisibilité du régime juridique du contrat international⁴²⁸.

230. Par conséquent, la notion de loi de police doit rester très limitée et exceptionnelle. Il faudrait éviter que les juges aient recours d'une manière extensive à la notion de loi de police qui les amène à une application systématique des lois du for⁴²⁹. Procéder autrement, entraîne une application impérialiste de la loi du for

⁴²³ Louis d'Avout, commentaire sous l'arrêt *Agintis*, JCP, n° 1, 2 janv. 2008, II, 1000. Selon M. d'Avout, cette assimilation va à l'encontre de la Convention de Rome qui ne veut pas déroger au principe de l'autonomie de la volonté en étendant les catégories des parties faibles au-delà de celles énoncées dans la Convention.

⁴²⁴ JO AN 28 juin 2005, p. 5013.

⁴²⁵ Selon l'article 9 du Règlement Rome : « *Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ».

⁴²⁶ Louis d'Avout, « *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I* », D. 2008, 2165.

⁴²⁷ *Ibid.* ; Xavier Depech, note sous la décision Civ. 3^{ème}, 25 fév. 2009, D. 2009, 806.

⁴²⁸ Louis d'Avout, note *op. cit.*

⁴²⁹ Hélène Gaudemet Tallon, JCl. Europe, Fasc. 3201, n° 85. Dans le même sens, M. Delebecque, RTD com. 2007, 631. Selon M. Delebecque, « *suivre ce raisonnement (qualifier toutes les lois comme lois de police) peut conduire à étendre à l'excès la notion de loi de police, tant il est vrai que la législation contemporaine ne cherche plus qu'à donner des gages à tel ou tel groupe socio-économique. Ne court-on pas le risque de qualifier tous les textes ou presque de lois de police ?*

et une remise en cause du système de conflits de lois⁴³⁰. Il s'agit d'une méthode dérogatoire dont l'utilisation ne doit être faite qu'à titre exceptionnel, en considération des objectifs spécifiques de cette méthode⁴³¹.

231. Dès lors, il ne serait plus admis, selon le Règlement Rome I, de qualifier une loi comme une loi de police que si elle est jugée cruciale pour les intérêts publics. Il convient maintenant de répondre à la seconde question pour savoir si la sous-traitance participe au bon fonctionnement du système économique français et peut, donc, être jugée cruciale pour la sauvegarde des intérêts publics et par suite qualifiée comme loi de police.

232. En effet, les travaux préparatoires de la loi de 1975 montrent que les parlementaires avaient l'idée de protéger les sous-traitants contre les faillites en cascade survenant lors de l'exécution de l'opération contractuelle en France ou à l'exportation⁴³². On a proposé de créer un fonds de garantie destiné au paiement des sous-traitants, mais cette proposition a été abandonnée. Selon M^{me} Ancel⁴³³, ce refus signifie que la protection financière des sous-traitants n'était pas si importante aux yeux du législateur français, au point de leur consacrer un fonds de garantie. De plus, les parlementaires avaient conscience de la faiblesse des moyens fixés dans la loi pour protéger les sous-traitants, si bien qu'on a parlé « *d'un coup d'épée dans l'eau* »⁴³⁴, lorsque le maître d'ouvrage a déjà payé l'intégralité ou la majorité à l'entrepreneur principal, et donc l'action directe est une garantie pas très sérieuse, ce qui rend leur qualification comme loi de police « *biscornue* »⁴³⁵.

233. En outre, les dispositions de la loi sur la sous-traitance en France ne sont pas adressées aux mêmes intervenants et n'ont pas la même force en droit interne.

Dans une économie libérale mondialisée, si ce n'est européenne, il faudrait donc des arguments très forts pour retenir la qualification de loi de police ».

⁴³⁰ Françoise Monéger, « *Droit international privé* », 4^{ème} éd, Paris, Litec, 2007, p. 70.

⁴³¹ Wilfrid Boyault, Sophie Lemaire, « *Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face* », D. 2008, p. 753.

⁴³² Les capacités créatrices pour exporter des entreprises principales ainsi que l'idée d'affronter des marchés extérieurs sont mis en avant dans le rapport de projet de la loi, JO AN 5 décembre 1975, p. 9457, analyse de M^{me} Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », TCFDIP, 2008-2010, 225.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ Selon Marc Lauriol, JO AN 5 décembre 1975 : « *L'action directe sera le plus souvent un coup d'épée dans l'eau. Nous ne faisons pas d'illusions. En effet lorsque le sous-traitant va prendre l'initiative de demander le règlement des sommes qui lui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance au maître d'ouvrage la plupart du temps celui-ci les aura versés à l'entreprise générale* ».

⁴³⁵ Le terme est emprunté à Marie-Élodie Ancel dans son article « *De la loi applicable à l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage* », RCDIP 2009, 728.

Par exemple, les dispositions concernant le cautionnement ou la délégation sont presque méconnues par la pratique en droit interne⁴³⁶. Comment veut-on, alors, non seulement les projeter sur le plan international, mais les qualifier de lois de police ? Comment contraindre les entrepreneurs étrangers au respect des règles que les entrepreneurs locaux ne subissent pas⁴³⁷? Cette qualification peut conduire à décourager les entrepreneurs de travailler en France⁴³⁸.

234. Enfin, M. Marquet se demande si la jurisprudence nationale pourra maintenir cette position nationaliste face à la conception européenne actuelle, radicalement différente, qui laisse aux parties la liberté de choix de leur droit applicable⁴³⁹. Il en doute. Selon l'éminent juriste, même si du temps a été gagné depuis l'arrêt *Agintis*, il faut se préparer à subir d'inévitables évolutions par rapport à la qualification de cette loi comme loi de police.

235. Si l'on suppose que les tribunaux ont renoncé à la qualification de loi de police pour la loi de 1975 ou dans les cas où l'action en paiement n'entre pas dans le champ d'application des textes matériels⁴⁴⁰, il faut chercher la loi applicable à l'action en se référant aux règles conflictuelles.

Sous-section II – Les règles de conflit applicables à l'action en paiement entre les parties médiates

236. En l'absence de règles matérielles régissant une situation litigieuse internationale, le juge procède selon une résolution conflictuelle classique. Il commence par insérer la situation juridique dans l'une des catégories juridiques établies par son législateur afin de déterminer le critère de rattachement qui l'oriente vers la loi applicable au litige. Or, si le procédé semble simple en théorie, sa mise en œuvre l'est beaucoup moins. La difficulté réside particulièrement dans la

⁴³⁶ Alain Bénabent et Périnet Marquet, « *Sous-traitance* », n° 510-35, selon les auteurs, les moyens choisis par le législateur dans la loi sur la sous-traitance sont dotés, en pratique, d'une efficacité relative pour deux raisons : le système de protection repose sur l'initiative de l'entrepreneur et que le système actuel se caractérise d'un byzantinisme peu supportable.

⁴³⁷ Wilfrid Boyault, Sophie Lemaire, « *Une qualification inopportune et inutile : protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face* », D. 2008, 753.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Hugues Périnet-Marquet, RDI 2008, p. 272, dans sa note sous Civ., 3^{ème}, 30 janv. 2008, *Diw Instandhaltung GmbH*, pourvoi n° 06-14.641, D. 2008, 478.

⁴⁴⁰ Par exemple, s'il ne s'agit pas d'une construction d'un immeuble en France si la sous-traitance porte sur un immeuble, ou en cas de sous-traitance industrielle, si la France n'est pas le lieu de l'exécution ou le lieu de l'établissement du sous-traitant.

qualification. Selon une doctrine constante au fil des siècles en France⁴⁴¹, ainsi que d'une consécration expresse par le législateur égyptien⁴⁴², la qualification s'opère *lege fori*, en ce sens que le juge, afin d'intégrer une question de droit dans l'une des catégories de rattachement, raisonne dans le cadre de son système juridique. Dès lors, afin de déterminer la loi applicable à l'action directe en paiement, on doit chercher sa qualification en droit interne afin de pouvoir l'insérer dans une catégorie de droit international privé.

237. En droit interne, la majorité de la doctrine se rallie, afin de qualifier l'action directe, à la thèse dite « *légaliste* », défendue à l'origine par le professeur Cozian⁴⁴³, selon laquelle l'action directe est une garantie consacrée par la loi afin de protéger la créance de certains créanciers digne de protection. Par conséquent, si la volonté du législateur est clairement en faveur de conférer au sous-traitant une action en paiement contre le maître de l'ouvrage, comme c'est le cas en France et en Égypte, l'action directe en paiement serait accordée, sans avoir besoin à chercher d'autres justifications ou d'autres qualifications. La seule volonté de la loi suffit *per se* à établir cette action (§ 1). Or, la thèse légaliste a été fortement critiquée par d'autres auteurs qui estiment que la volonté du législateur ne peut être considérée comme une qualification de l'action directe en paiement. Il convient, selon eux, de chercher au gré des principes de droit, une qualification de l'action en paiement dans une catégorie nommée. Entre une qualification contractuelle ou extracontractuelle, la question reste toujours incertaine (§ 2).

⁴⁴¹ La qualification *lege fori* signifie que le juge, face à un litige international, qualifie la relation présentée selon les mêmes notions adoptées en droit interne. Cette thèse règne depuis très longtemps, faute de rivales sérieuses. La qualification *lege fori* est adoptée grâce à Khan en Allemagne et E. Bartin en France partant de l'affaire *Bartholo* (CA, Alger, 24 déc. 1889 ; JDI 1891, p. 1171), Etienne Bartin, « *Étude sur les effets internationaux des jugements* », JDI 1904. 5, p. 802 ; JDI 1905, 59, reproduit in É. Bartin, « *Études sur les effets internationaux des jugements* », Paris, LGDJ, 1907. Pour plus de détails sur la qualification en droit international privé, v. Bertrand Ancel, « *Qualification* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, actualisation 2009 ; Ridha Boukhari, « *La qualification en droit international privé* », Les cahiers de droit, 51, 2010, pp. 159-193 ; Maud Minois, « *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations* », Thèse de doctorat, Université Sorbonne Paris, 2016, n° 11 et s. et n° 33 et s.

⁴⁴² L'article 10 du Code civil égyptien dispose qu' « *en cas de conflit entre diverses lois dans un procès déterminé, la loi égyptienne sera seule compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, en vue d'indiquer la loi applicable* ».

⁴⁴³ Maurice Cozian, « *L'action directe* », Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, UFR de droit et science politique, 1966, n° 67 et n° 546.

§ 1 – La thèse légaliste de l'action en paiement

238. Dans un premier temps, on exposera la thèse légaliste appliquée à l'action directe en paiement en droit interne (A), pour exposer, dans un second temps, son influence sur la loi applicable sur le plan international (B).

A- La notion de la thèse légaliste de l'action en paiement en droit interne

239. En principe, au nom de l'effet relatif des conventions⁴⁴⁴, le créancier ne peut encourir la responsabilité que de son contractant immédiat, puisque le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Cette règle est d'une simplicité abrupte qui paraît dresser « *une cloison étanche* »⁴⁴⁵ entre les parties et les tiers du contrat. Dès lors, les rédacteurs du Code civil ont vu une règle d'une évidence si lumineuse qu'il était à peine utile de l'écrire⁴⁴⁶. Pourtant, l'irréalisme de ce principe est apparu aussitôt ; on s'est aperçu qu'il n'est plus possible d'isoler les individus, comme ayant des rapports écartés de toute influence extérieure⁴⁴⁷. L'accent a été vite mis sur l'influence du contrat sur les tiers. Par conséquent, les juristes ont tenté de trouver un correcteur à la rigidité de ce principe ; c'est alors que l'action directe a été mise en lumière. C'est un procédé spécifique de protection du créancier qui lui donne la possibilité de s'adresser directement au débiteur de son débiteur pour obtenir soit la prestation promise soit la réparation de l'inexécution⁴⁴⁸. Si personne ne peut nier son utilité⁴⁴⁹, l'action directe a suscité des controverses continues⁴⁵⁰, puisqu'elle se heurte, comme on l'a vu précédemment⁴⁵¹, à des principes phares du droit des contrats. Tout d'abord, son opposition à la relativité de conventions : elle permet au

⁴⁴⁴ Principe édicté par l'article 1165 ancien Code civil et le nouvel article 1199 du Code civil. Ce principe est né comme corollaire du principe de l'autonomie de la volonté née lors de la révolution française comme résultat du recul du christianisme. La relativité des conventions signifie que le contrat fait la loi des parties et il lie exclusivement les parties ayant échangé leur consentement. Il est un principe absolu. V. Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 22 ; pour une explication détaillée de ce principe ainsi que la définition des parties et des tiers, v. Jacques Ghestin, « *Les effets du contrat à l'égard des tiers : Introduction* », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, LGDJ, 1992, p. 4.

⁴⁴⁵ Yvonne Flour, « *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé* », Doctorat d'État, 1977, p. 32.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ Christophe Jamin, « *La notion d'action directe* », Thèse de doctorat, Université Paris I, Panthéon Sorbonne, 1990, p. 11.

⁴⁴⁹ Maurice Cozian, « *L'action directe* », Thèse *op. cit.*, p. 63.

⁴⁵⁰ Selon Christophe Jamin, en 1992, plus de 26 thèses qui lui furent consacrées, v. Christophe Jamin, « *Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français* », in *les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons Franco-Belges*, LGDJ, 1992, p. 263.

⁴⁵¹ *Supra* n° 184.

créancier d'agir, à l'inverse de l'action indirecte, directement, en son nom et pour son compte, contre un tiers, débiteur de son débiteur, pour réclamer un droit qui est à l'origine le droit de son débiteur, contre ce tiers⁴⁵². Outre son opposition à la relativité des conventions, l'action directe se heurte à l'égalité des créanciers, puisqu'elle permet au créancier de primer, sans privilège, ni hypothèque, sur les autres créanciers de son débiteur, sans que le fruit de son action ne transite par le patrimoine de ce dernier⁴⁵³.

240. Par conséquent, en raison de son caractère exceptionnel, l'action directe ne peut trouver sa source que dans les textes législatifs. Nul autre que le législateur ne peut établir une action directe et contredire au principe de l'effet relatif des conventions⁴⁵⁴. Une telle garantie sur la créance ne peut être issue, à moins les actions conventionnelles, que d'une origine légale. On conclut, « *pas d'action directe sans texte* »⁴⁵⁵. C'est ce que l'on appelle la thèse légaliste de l'action directe. En d'autres termes, la thèse légaliste signifie que l'action directe est considérée comme un privilège sur la créance qui trouve sa source exclusive dans la volonté

⁴⁵² Selon Demelombe, « *l'action c'est le droit en mouvement, le droit à l'état d'action au lieu d'être à l'état de repos, le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix* », Charles Demelombe, Cours de Code de Napoléon, T. IX 1852, n° 338, p. 201 ; dans le même sens, Robert Debray, « *Privilèges sur les créances et actions directes* », Thèse de doctorat, faculté de droit et des sciences économiques, Université de Paris, 1928, p. 55, cités par François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 1995, 336, note 6 et n° 438. Par ailleurs, selon Mme Bros, il n'est pas pertinent de qualifier le droit du sous-traitant de réclamer son paiement à l'envers du maître de l'ouvrage comme « *action* », parce que le recours à la justice n'est pas nécessaire qu'en cas de contestation des droits, Sarah Bros, « *Action directe dans les groupes de contrats* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 193, 2008 ; Maud Minois, « *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations* », Thèse *op. cit.*, n° 107 ; Christophe Jamin, « *Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français* », article *op. cit.*, p. 264.

⁴⁵³ Christophe Jamin, « *Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français* », article *op. cit.*

⁴⁵⁴ Ce qui est dénoncé par les auteurs, le professeur Huc en fournit un bon exemple, il écrivait à propos de l'article 1753 du Code civil « *il serait vraiment arbitraire de faire sortir de cet article le principe d'une action directe qui aurait uniquement son fondement dans le vouloir du législateur* », Théophile Huc, « *Traité théorique et pratique de la cession et de transmission de créances* », T I, 1891, n° 27, p. 299. Comp. Bezin, qui ne voit pas d'arbitraire dans cette analyse : « *Nous ne voyons pas rien d'arbitraire à lire le Code tel qu'il est écrit* ». Selon Bezin c'est la thèse légaliste qui distingue l'action directe de l'action oblique P. Bezin, « *Essai sur la nature de quelques actions directes* », Thèse de doctorat, Université de Lille 1897, spéc. n° 58, cité par François Leborgne, « *Action directe dans les groupes de contrats* », p. 528 et 530 ; Christophe Jamin, Thèse *op. cit.*, n° 165 et s.

⁴⁵⁵ À ce propos M. Cozian écrit : « *L'action directe est une faveur exceptionnelle accordée à une personne contre quelqu'un qui n'était pas à l'origine son débiteur ; c'est le droit de réclamer à son profit l'exécution d'une convention à laquelle on n'est pas été partie. Le seul jeu du droit des obligations, la seule autonomie de la volonté ne peuvent donc l'expliquer. Il s'agit d'une institution légale, d'une faveur de la loi au profit des créanciers qui lui ont paru digne d'intérêt* », Maurice Cozian, « *L'action directe* », Thèse *op. cit.*, n° 67 et n° 546.

du législateur. Aucun autre fondement contractuel ou extracontractuel n'est apte à justifier la présence de l'action directe.

241. La thèse légaliste a été affirmée par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats⁴⁵⁶. Dans le nouvel article 1341-3 du Code civil, le législateur prend, en effet, soin de préciser que l'action directe en paiement n'est possible que « *dans les cas déterminés par la loi* »⁴⁵⁷. L'exemple des actions directes en paiement établies par la loi sont celles consacrées par les articles 1753⁴⁵⁸, 1798⁴⁵⁹, 1994⁴⁶⁰ du Code civil⁴⁶¹. Ainsi que l'article 12 de la loi de 1975 sur la sous-traitance consacrant au sous-traitant une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage.

242. Rien ne prouve mieux la thèse légaliste concernant l'action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage que le fait que le sous-traitant n'était pas en mesure d'agir contre le maître de l'ouvrage, comme on l'a vu précédemment, avant que le législateur ne lui consacre cette action directe. Si l'action directe avait eu un autre fondement contractuel ou extracontractuel, le sous-traitant aurait eu la possibilité de l'exercer avant la loi de 1975, mais il n'en est rien.

243. La thèse légaliste concernant l'action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage a été affirmée expressément par la Cour de cassation. Dans son arrêt rendu le 13 mars 1981⁴⁶², la Cour de cassation a décidé

⁴⁵⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁴⁵⁷ Pour plus de détails, v. Fabrice Gréau, « *Actions directes* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019, n° 10.

⁴⁵⁸ Article 1753 du Code civil dispose que « *le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation. Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation* ».

⁴⁵⁹ Cet article dispose que « *les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée* ». Cet article n'était pas appliqué aux sous-traitants. V. *supra* n° 191.

⁴⁶⁰ L'article 1994 dispose que « *le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée* ».

⁴⁶¹ V. Henry Solus, « *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du Code civil* », Thèse de doctorat, Paris, 1914.

⁴⁶² Ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12125, François Terré, Yves Lequette, « *Grands arrêts de la jurisprudence civile* », T. II, Dalloz, 2008, p. 758, suivant les conceptions du Doyen Roubier, la Cour

que « l'action directe instituée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 trouve son fondement dans la volonté du législateur et non dans les contrats conclus entre les parties ». L'action directe du sous-traitant est, donc, un cas de mise en œuvre d'un privilège sur la créance⁴⁶³.

244. Pour conclure, selon la thèse légaliste, l'action directe est considérée comme une garantie, « un équivalent de privilège »⁴⁶⁴ ou « un privilège particulier »⁴⁶⁵, consacré(e) par la loi à certains créanciers que le législateur estime dignes de protection. Cette consécration suffit à justifier l'existence de cette action sans avoir recours à d'autres fondements ou principes juridiques comme le fondement contractuel ou extracontractuel. Face à une demande d'action directe, le juge doit chercher dans les dispositions de la loi si le législateur lui a consacré une action directe ou non et selon les cas, sa demande sera considérée comme recevable ou non. Sur le plan international, le juge, en suivant une qualification *lege fori*, procède de la même manière, sauf que la loi qui détermine la présence ou l'absence de l'action directe est différente (B).

B- La mise en œuvre de la thèse légaliste de l'action en paiement en droit international privé

245. Le juge face à un litige international qualifie l'institution en cause, ainsi que nous avons eu l'occasion de le souligner, selon une qualification *lege fori*. En transposant le raisonnement de la thèse légaliste selon l'analyse adoptée en droit interne par rapport à l'action directe en paiement, cette dernière est considérée simplement comme une sorte de garantie accordée par la loi pour protéger le sous-traitant. Cette garantie sur la créance trouve sa source dans la volonté du législateur *per se*. C'est une institution *sui generis* que le seul verbe de la loi suffit à légitimer,

de cassation considère qu'en l'espèce, « la loi établit un statut légal dont le contrat n'est pas la condition ».

⁴⁶³ V. Christian Larroumet, « L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels », JCP 1988, I, 3357.

⁴⁶⁴ Jean-Claude Fourgoux et Poux Jalaguier, « La loi du 31 décembre 1975 après deux ans d'application », Gaz. Pal. 1978, I, doctrine p. 132, spéc. p. 139 ; Joseph-Émile Labbé, « Des privilèges spéciaux sur la créance », Revue critique légale juridique 1876, p. 571 et 665, cité par Jamel Abdnas Djoudi, « Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés », Thèse de doctorat, Université Paris II sous la direction de Yvon Loussouarn, 1993, pp. 235, 246.

⁴⁶⁵ CA Douai, 10 janv. 1985, D. 1986, p. 322, note Michel Vasseur ; Com. 4 fév. 1992, D. 1992, IR 95.

sans avoir besoin de recourir à une autre qualification contractuelle ou extracontractuelle⁴⁶⁶.

246. Dès lors, le juge saisi, sur le plan international, d'une demande d'action directe de la part du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage raisonne de la même façon qu'en droit interne. Il doit chercher si le législateur de la loi applicable au litige a permis au sous-traitant une action directe contre le maître de l'ouvrage ou pas. Mais quelle est cette loi régissant l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ?

247. La majorité de la doctrine semble se rallier à la thèse du professeur Cozian selon laquelle⁴⁶⁷, « *rechercher si le créancier bénéficie d'une action directe, seule la loi du titre, c'est-à-dire de la créance protégée (loi du contrat de sous-traitance en l'espèce), a qualité pour en décider : l'action directe est en effet une garantie de paiement, une sûreté que la loi accorde à un créancier qu'elle juge digne d'intérêt ; c'est à la loi qui gouverne la créance d'aménager les accessoires qu'elle entend y attacher* ».

248. Ainsi, selon la majorité de la doctrine⁴⁶⁸, la loi qui détermine la recevabilité de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage est la loi de la créance protégée, c'est-à-dire la loi du contrat de la sous-traitance. Néanmoins, selon cette doctrine, on ne peut pas ignorer la loi du contrat principal. Le respect des prévisions légitimes du défendeur, le maître de l'ouvrage en l'espèce, implique que la loi de son contrat soit prise en considération afin de déterminer l'étendue de l'action en paiement. Par conséquent, la loi du contrat de sous-traitance régit la recevabilité, c'est-à-dire détermine si le sous-traitant a le droit d'intenter cette action contre le maître de l'ouvrage ou pas, alors que la loi du contrat principal régit l'étendue de l'action en paiement, c'est-à-dire détermine le montant

⁴⁶⁶ Pour plus de développement de la thèse légaliste, v. François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 1995, n° 440, p. 530.

⁴⁶⁷ Maurice Cozian, « *L'action directe* » Thèse *op. cit.*, n° 546.

⁴⁶⁸ Henri Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, n° 469 ; Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Gavaldà, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186 ; Yvonne Flour, « *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé* », Doctorat d'État, 1977, n° 83 ; Muir Watt dans son commentaire sur l'arrêt de la Cour de Cassation, Civ. 1^{ère}, 22 janv. 1991, RCDIP 1993, p. 46 ; François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 556 et s. ; Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, « *Obligations* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, n° 113.

des droits du sous-traitant. En effet, le maître de l'ouvrage trouve, lors de cette action directe, un débiteur qui lui demande de tirer avantage d'un contrat dont il n'était pas partie. Le respect des prévisions légitimes du maître de l'ouvrage implique qu'il ne s'engage pas au-delà des obligations prévues par la loi de son contrat, sans quoi on risquerait de menacer l'équilibre du procès au détriment du maître de l'ouvrage. Cette analyse a été consacrée par la jurisprudence dans un arrêt rendu le 22 janvier 1991⁴⁶⁹.

249. D'ailleurs, les auteurs M^{me} Ancel⁴⁷⁰ et M. Bismuth⁴⁷¹ considèrent également, comme la majorité de la doctrine, l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage comme un privilège sur la créance établie par la loi et arrivent à la même conclusion : la recevabilité de l'action directe est régie par la loi de la créance protégée qui est la loi de sous-traitance, en l'espèce, alors que l'étendue est régie par la loi du maître de l'ouvrage.

250. Néanmoins, ils nuancent cette analyse classique en affirmant que si l'action directe est une institution légale établie pour garantir la créance du sous-traité, elle est considérée en même temps comme une cession forcée (par la loi) de

⁴⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 22 janv. 1991, RCDIP 1993, p. 46, note Horatia Muir Watt. L'affaire concerne un contrat entre une Société allemande *Stadtwerke Essen* (SWE) et un groupement d'entreprise (*Kurpp* allemande et *CGE* française) pour la construction d'une installation d'ozonisation des eaux de la ville d'Essen (RFA), que *CGE* a sous-traité sa part à sa filiale la société *Triligaz*. Cette dernière, en estimant que l'usine fonctionne en dessous des marges de sécurité, a assigné *CGE* devant le tribunal de Paris et elle a mis *SWE* en cause. Cette dernière a décliné la compétence du tribunal de Paris. Cette exception a été refusé par le tribunal de Paris ainsi que par la Cour d'appel. La Cour de cassation a cassé l'arrêt en énonçant que la cour d'appel, qui n'a pas recherché si, eu égard à la loi applicable en l'espèce et aux stipulations contractuelles, *Triligaz* était en droit d'agir directement contre *SWE*, n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé. Selon Mme Muir watt, même si la Cour de cassation ne l'a pas dit expressément, il semble qu'elle rallie à la thèse des rattachements concurrents selon laquelle la recevabilité de l'action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage est régie par la loi de la créance protégée, alors que l'étendue est régie par la loi du défendeur. Cette thèse est adoptée depuis longtemps en matière de l'action directe de la victime contre l'assureur qui est une création prétorienne, Civ. 25 juin 1945, D. 1946, p. 51 ; CA Aix en Provence, 30 mars 1979, RCDIP 1980, p. 717, note Gérard Légier. C'est la même solution qui prévaut en droit belge, CA Bruxelles, 15 mai 1964, Pasicrisis 1965. II. 153 ; CA Liège 26 janv. 1967, J.T 1967, p. 539 ; CA Bruxelles, 17 nov. 1975, Recbstsk Weekbl, 1976-77, pp 534 et s. Par ailleurs, Mme Toubiana, estime dans sa thèse que l'application de la loi locale est justifiée par la qualification de l'action directe comme une loi de police, Annie Toubiana, « *Étude sur le domaine de la loi du contrat en droit international privé* », Thèse de doctorat, Paris, 1969, n° 319, p. 291. Cette analyse a été refusée par la Cour de cassation dans sa décision rendue le 21 avr. 1971 qui exclut tout recours à l'idée de loi de police. Civ. 1^{ère}, 21 avr. 1971, RCDIP 1972, p. 302, note Paul Lagarde ; François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, 556, note 117.

⁴⁷⁰ Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », TCFDIP, 2008-2010, 225.

⁴⁷¹ Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 535, n° 50, note 97 et 98.

la créance de l'entrepreneur principal à ses sous-traitants⁴⁷². Dès lors, il convient de prendre en considération les intérêts d'autres parties impliquées, dont les prévisions légitimes peuvent être ruinés par l'action directe en paiement. À ce stade-là, M. Bismuth et M^{me} Ancel arrivent à des résultats différents par rapport à la loi applicable au régime de l'action directe.

251. Selon M^{me} Ancel, puisque l'action directe est considérée comme une cession forcée, les intérêts des créanciers de l'entrepreneur doivent être protégés. Il faut, donc, donner compétence à la loi du domicile du cédant (l'entrepreneur principal en l'espèce), afin de régir l'opposabilité de cette cession aux tiers⁴⁷³. Dès lors, selon l'auteur, la recevabilité de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage est régie par la loi du contrat de sous-traitance, alors que l'étendue de l'action directe est régie cumulativement par la loi du contrat du maître de l'ouvrage et la loi du domicile de l'entrepreneur principal.

252. En s'appuyant sur la théorie de la cession forcée de créance, M. Bismuth estime que le sous-traitant doit respecter les exigences de la forme de la loi du domicile du maître de l'ouvrage, en tant que lieu de saisie⁴⁷⁴. Il faut que la loi du domicile du maître de l'ouvrage connaisse et réglemente l'institution de l'action directe en paiement⁴⁷⁵. Dès lors, selon M. Bismuth, la loi applicable à la recevabilité de l'action en paiement est la loi du contrat de sous-traitance, alors que la loi régissant l'étendue de l'action est à la fois la loi du contrat principal ainsi que celle du domicile du maître de l'ouvrage.

253. La thèse légaliste de l'action directe est celle adoptée, également, en droit international privé égyptien⁴⁷⁶. En l'absence d'un contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, l'action directe est écartée de la catégorie des

⁴⁷² Jean-Louis Bismuth et Marie Élodie Ancel, articles *op. cit.* V. aussi, Jamel Abdnas Djoudi, « *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés* », Thèse *op. cit.*, p. 150 et s.

⁴⁷³ Marie Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », article *op. cit.*

⁴⁷⁴ Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », article *op. cit.*, n° 50, note 97 et 98.

⁴⁷⁵ *Ibid.* Selon M. Bismuth, l'action directe une fois exercée, a pour résultat de geler la créance de l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage (effet conservatoire), puis le sous-traitant devient titulaire de ladite créance (effet translatif). Il faut que le sous-traitant respecte les exigences de la forme au domicile du maître de l'ouvrage applicable en tant que loi du lieu de la saisie, dans lequel, se réalise l'effet conservatoire et l'effet translatif de l'action en paiement.

⁴⁷⁶ On rappelle que le droit international privé égyptien est régi par l'article 10 à 24 du Code civil adoptée en 1948.

obligations contractuelles régie par l'article 19 du Code civil⁴⁷⁷. En l'excluant de la catégorie des obligations contractuelles, elle sera *prima facie* insérée dans l'article 21 régissant les obligations non contractuelles⁴⁷⁸. Néanmoins, lors des travaux préparatoires de la loi, on a limité les obligations non contractuelles à deux genres seulement d'obligations : les obligations résultant d'un fait dommageable, c'est-à-dire la responsabilité délictuelle, et les obligations nées d'un fait non dommageable, c'est-à-dire l'enrichissement sans cause. L'action directe ne trouve sa place ni dans l'un ni dans l'autre cas. Dès lors, la doctrine égyptienne a exclu les obligations légales, comme l'action directe, du champ d'application de ce texte. Elle est considérée comme une garantie purement légale régie par la loi de l'institution au service de laquelle cette action est instituée⁴⁷⁹ qui est, en l'espèce, la loi du contrat de sous-traitance.

254. Toutefois, de nombreux auteurs ont regretté la rigidité de la thèse légaliste asséchant l'action directe⁴⁸⁰. On ne peut pas se contenter de la lecture du texte, mais il faut aller au-delà de l'origine légale qui n'est pas en soi explicative⁴⁸¹. Une certaine doctrine⁴⁸² a essayé de chercher d'autres explications que la volonté souveraine du législateur. Il est nécessaire de trouver des éclaircissements de la qualification de cette action selon les principes juridiques⁴⁸³. Par conséquent,

⁴⁷⁷ L'article 19 du Code civil égyptien dispose que « *les obligations contractuelles sont régies par la loi du domicile quand elle est commune aux parties contractantes, et, à défaut de domicile commun, par la loi du lieu où le contrat a été conclu. Le tout, à moins que les parties ne conviennent ou qu'il ne résulte des circonstances qu'une autre loi devra être appliquée* ».

⁴⁷⁸ L'article 21 du Code civil égyptien dispose que « *seront soumises à la loi de l'État sur le territoire duquel se produit le fait générateur de l'obligation* ».

⁴⁷⁹ Hisham Sadek, « *Les conflits de lois* », *Manshaat Al Maaref*, 3^e éd, 1974, p. 759. Les travaux préparatoires du Code civil égyptien, T. I, p. 300. Cette thèse est recommandée par Marie-Laure Niboyet Hoegy, « *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé* », Doctorat d'État, 1983.

⁴⁸⁰ Grégoire Loiseau, « *Les actions ouvertes au créancier* », in Lionel Andreu et Valerio Forti, *Le nouveau régime général des obligations*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2016, p. 21, n° 6.

⁴⁸¹ Jamel Abdnas Djoudi, « *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés* », Paris II sous la direction de Yvon Loussouarn, 1993, p. 235.

⁴⁸² V. *infra* n° 255 et s.

⁴⁸³ Ce refus est justifié surtout par l'existence de beaucoup d'actions directes qui ont été instituées par la jurisprudence et consacrées ultérieurement par le législateur. Dès lors, on ne peut pas prétendre que les actions directes trouvent exclusivement leur source dans la volonté du législateur. L'exemple des actions établies par la jurisprudence sans texte législatif : l'action du frèteur contre le sous-affrèteur ou le chargeur, Rouen, 28 fév. 1878, D.P. 1880, 2, 45 ; Rouen 21 nov. 1889, D.P. 1900, 2, 204. Le législateur ultérieurement a entériné cette pratique jurisprudentielle par l'article 14 de la loi du 18 juin 1966 qui dispose que « *le frèteur, dans la mesure de ce qui lui est dû par l'affrèteur, peut agir contre le sous-affrèteur en paiement du prêt encore dû par celui-ci* ». V. François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 533 ; Fabrice Gréau, « *Actions directes* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019.

d'autres fondements et d'autres qualifications de l'action directe en paiement sont proposés et, par suite, d'autres lois auront vocation à s'appliquer (§ 2).

§ 2 – Le refus du fondement purement légaliste de l'action en paiement

255. Selon certains auteurs, la thèse légaliste ne suffit pas à justifier l'action directe. Ainsi, le professeur Huc estime qu'« *il serait vraiment arbitraire de faire sortir de la volonté du législateur le principe d'une action directe qui aurait uniquement son fondement dans le vouloir du législateur* »⁴⁸⁴. Dès lors, il faut chercher à insérer l'action directe dans un moule juridique ou une catégorie de rattachement nommée. L'hésitation est permise entre deux rattachements. Tout d'abord, on peut retenir la catégorie extracontractuelle, en faveur de laquelle milite le fait qu'aucun contrat n'existe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage (A). Par ailleurs, la catégorie contractuelle attire l'attention en matière de sous-traitance. L'étroite connexité liant le contrat principal et le sous-contrat a amené beaucoup d'auteurs à militer en faveur de la qualification contractuelle, selon une lecture évolutive du droit du contrat et du principe de la relativité des conventions (B). Les deux qualifications seront explicitées, mais avec scepticisme.

A- Les qualifications extracontractuelles de l'action en paiement

256. Selon la doctrine classique, aucun contrat n'existe entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Dès lors, l'action intentée par ce dernier contre le maître de l'ouvrage ne peut être contractuelle. Plusieurs qualifications sont alors envisageables : l'action délictuelle (1) et l'action quasi-contractuelle (2) seront étudiées successivement.

1- La qualification délictuelle de l'action en paiement

257. Il est permis de se demander si on peut retenir la qualification délictuelle par rapport à l'action directe en paiement du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage. Selon M. d'Avout, cette qualification est concevable⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Théophile Huc, « *Traité théorique et pratique de la cession et de transmission de créances* », T I, 1891, n° 27, p. 299, cité par François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 528.

⁴⁸⁵ Louis d'Avout, note sous l'arrêt *Agintis*, 30 nov. 2007, JCP 2008, II, 10000.

258. D'abord, la qualification extracontractuelle est justifiée *a contrario* par la définition de la Cour de justice de la notion contractuelle. Dans son arrêt *Jackob Handte*⁴⁸⁶, la Cour de justice a défini la relation contractuelle comme un engagement librement assumé entre les parties du procès. Puisque cet engagement n'existe pas entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, l'action directe ne peut être que délictuelle. Ensuite, selon M. d'Avout, en droit interne, le régime de l'action peut être soit contractuel pour régir la relation entre les parties au même contrat, soit délictuel pour régir la relation entre les parties et les tiers. Le sous-traitant ne peut être considéré comme une partie à l'égard du maître de l'ouvrage et dès lors son action doit être délictuelle. En droit international privé, il n'y pas de raison de dévier de cette qualification adoptée en droit interne⁴⁸⁷.

259. Toute demande entre les parties au contrat serait régie par la loi de leur contrat, alors que les demandes entre les parties extrêmes, soit le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, doivent être régies par les règles régissant les obligations non contractuelles. L'application de cette loi est justifiée par le fait que les parties extrêmes n'ont pas échangé leur consentement par un commun accord dans un seul contrat⁴⁸⁸.

260. Après avoir opté pour une qualification délictuelle de la relation entre le sous-traitant et la maître de l'ouvrage, M. d'Avout estime que la loi applicable à cette action délictuelle ne doit pas être déterminée selon le rattachement classique de la *lex loci delicti* qui est la loi de survenance du fait dommageable⁴⁸⁹. La nouvelle tendance des arrêts de la Cour de cassation permet de déterminer le facteur de rattachement selon un principe de proximité sur lequel le Règlement Rome II est fondé⁴⁹⁰. Ce principe signifie que la loi applicable à l'action délictuelle est celle du

⁴⁸⁶ CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jackob Handte* : JCP G 1992, II, 21927, note Christian Larroumet ; JDI 1993, p. 469, note Jean-Marc Bischoff ; RCDIP 1992, p. 726, note Hélène Gaudemet-Tallon. Pour un exposé de cet arrêt en détails, v. *infra* n° 316.

⁴⁸⁷ Louis d'Avout, note *op. cit.*

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ Ce critère de rattachement est adopté depuis longtemps en France par la décision *Lautour*, Civ. 25 mai 1948, RCDIP 1949, p. 89, note Henri Batiffol. Ensuite, le Règlement Rome II (Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), a adopté le même critère dans son article 4 mais accompagné d'une clause d'exception, si le juge estime selon les circonstances la présence d'une autre loi ayant des liens manifestement plus étroit au litige. De plus, les parties au procès dans une action délictuelle peuvent convenir la loi applicable au procès, article 14 du Règlement Rome II.

⁴⁹⁰ Les décisions *Pays Fourvel* et *Bureau Veritas*. L'arrêt *Pays Fourvel*, Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, Bull. civ. 2003, I, n° 219 ; D. 2004, p. 233, note Philippe Delebecque ; RTD. civ. 2004, p. 96, note P. Jourdain ; RCDIP 2004, p. 83, note Dominique Bureau ; JDI 2004, p. 499, note Gérard Légier ; JCP

pays qui entretient les liens les plus étroits au litige⁴⁹¹. En se fondant sur le principe de proximité pour déterminer la loi applicable à l'obligation non contractuelle, plusieurs critères de rattachement, selon le Règlement Rome II, sont possibles. Outre la possibilité d'une clause de choix de loi entre les parties non contractantes⁴⁹², la loi applicable à l'action en paiement entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage peut être la loi de la résidence commune des deux parties au procès ou selon la clause d'exception, une autre loi ayant des liens manifestement plus étroits au litige. L'auteur estime qu'en cas de présence d'une seule loi régissant le contrat principal et le sous-contrat, cette dernière aura vocation à s'appliquer pour des motifs de sécurité juridique.

261. Si la thèse de M. d'Avout paraît séduisante, elle n'a pas été retenue par la majorité de la doctrine. Selon M^{me} Ancel⁴⁹³, la qualification délictuelle ne peut pas être retenue par rapport à l'action directe en paiement. En effet, l'arrêt *Jackob Handte*, cité par M. d'Avout pour définir la relation contractuelle, concernait l'action en responsabilité qui ne peut pas être assimilée à l'action en paiement. Le non-paiement des prestations du sous-traitant ne constitue guère une faute qui peut engager la responsabilité délictuelle du maître de l'ouvrage au sens de l'article 1240 du Code civil⁴⁹⁴.

262. Le sous-traitant ne peut reprocher au maître d'ouvrage, sur le fondement délictuel, qu'une violation d'une obligation d'une portée générale, comme la négligence ou la malveillance de la part du maître de l'ouvrage⁴⁹⁵. Dès lors, le non-paiement des prestations du sous-traitant de la part du maître d'ouvrage ne peut pas constituer une négligence ou une malveillance qui permette de fonder l'action en paiement sur une base délictuelle.

2004, II, 10006, note G. Lardeux, *ibid.*, n° 13 et s., note Geneviève Viney ; Defrénois 2004, p. 383, note Rémy Libchaber. L'arrêt *Bureau Veritas Civ. 1^{ère}*, 27 mars 2007, Bull. civ. 2007, I, n° 132 ; RCDIP 2007, p. 405, note D. Bureau ; JDI 2007, p. 949, note Gérard Légier ; D. 2007, AJ 1074, note Inès Gallmeister ; *ibid.* 2008, pan. 1245, note Hugues Kenfack ; *ibid.*, pan. 1510, note Cécile Legros ; RTD. Com. 2007, p. 633, note Philippe Delebecque.

⁴⁹¹ Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI, 1986, p. 21 et s.

⁴⁹² Article 14 du Règlement Rome II

⁴⁹³ Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », TCFDIP, 2008-2010, 225.

⁴⁹⁴ Ancien article 1382.

⁴⁹⁵ Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », article *op. cit.* Le sous-traitant peut demander, en s'appuyant sur le fondement délictuel, des dommages-intérêts si le maître de l'ouvrage l'a empêché abusivement d'accéder au chantier, ou s'il lui a causé des préjudices aux biens ou aux personnes.

263. Si la demande en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ne peut pas justifier une action délictuelle à l'égard de ce dernier, sa privation de l'action directe par la malveillance du maître de l'ouvrage peut justifier un recours délictuel au sens de l'article 1240 du Code civil. En effet, l'article 3 de la loi de 1975 impose à l'entrepreneur principal de faire accepter le sous-traitant par le maître de l'ouvrage. Selon une jurisprudence bien assise⁴⁹⁶, le sous-traitant, dont les travaux n'ont pas été agréés au sens de l'article 3 de la loi de 1975, ne peut pas opposer l'action directe au maître de l'ouvrage⁴⁹⁷. Le refus d'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage constitue-t-il une sorte de malveillance permettant au sous-traitant un recours délictuel contre le maître d'ouvrage ?

264. En principe, le maître d'ouvrage possède un pouvoir discrétionnaire à cet égard, il est libre de refuser le sous-traitant et n'est pas tenu de motiver ce refus⁴⁹⁸. Pourtant, si le refus est abusif, en ce sens que le maître d'ouvrage n'a refusé le sous-traitant que pour le priver de l'exercice de l'action directe, peut-on le qualifier de faute délictuelle ? Cela dépend de la notion d'abus en droit applicable. Par exemple, selon la Cour de cassation, le refus fallacieux et fabriqué avec des moyens frauduleux de la part du maître de l'ouvrage peut constituer une malveillance justifiant un recours délictuel au sens de l'article 1240 du Code civil⁴⁹⁹.

265. Par conséquent, le rattachement délictuel ne peut être confirmé qu'à l'égard d'une obligation d'une portée générale qui peut constituer une faute

⁴⁹⁶ V. Les décisions citées par Matthieu Poumarède et Didier Krajieski, « *Contrats relatifs à la construction* », in Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2018-2019, Chapitre 3312, n° 3312.421, p. 1555, note 8.

⁴⁹⁷ Ch. mixte, 3 arrêts rendus le 13 mars 1981, n° 79-11.185, 79-16.281, 80-12.125, D. 1981, note Alain Bénabent ; Grands arrêts de la jurisprudence civile, T. II, Dalloz, 2008, p. 758.

⁴⁹⁸ Paris, 25 mars 1993, D. 1994. Somm. 149, note Alain Bénabent, Civ. 3^{ème}, 25 sept. 2002, n° 00-18.163, Bull. civ. III, n° 177.

⁴⁹⁹ Civ. 3^{ème}, 2 fév. 2005, n° 03-15.482, Bull. civ. III, n° 24 ; RDI 2005, 291, note Périnet-Marquet ; Gaz. Pal. 2005, 4270, note Peisse. On peut considérer comme abusif également le cas où l'acceptation du maître de l'ouvrage était subordonnée à l'engagement du sous-traitant de n'intenter aucune action, Civ. 3^{ème}, 10 févr. 2009, n° 08-11.818, NP ; RDI 2009, 354, note Hugues Périnet-Marquet ; RDC 2009, 1132, note Pascal Puig. En l'occurrence, le maître d'ouvrage exigeait du sous-traitant, pour l'accepter et l'agréer, que celui-ci lui fournisse une lettre dans laquelle il prenait l'engagement de n'intenter aucune action contre le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre. Alain Bénabent, Hugues Périnet Marquet, « *Sous-traitance, droit privé* », in Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018, Dossier 511, n° 511.171. Comp. M. Heuzé critique la qualification délictuelle de ce refus d'agrément, même abusif. Comment veut-on soumettre à la *lex loci delicti* si la loi du contrat de sous-traitance ainsi que celle du contrat principal ne font pas peser sur le maître de l'ouvrage une telle obligation ? Il convient de la soumettre à la loi du contrat principal selon l'auteur, Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2017, n° 49 ; même auteur, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243.

délictuelle au sens de l'article 1240 du Code civil. Dès lors, dire comme le voulait M. d'Avout, que, puisque le sous-traitant est tiers par rapport au maître de l'ouvrage, l'action en paiement est de nature délictuelle, contredit le sens de cet article. De plus, selon une certaine doctrine⁵⁰⁰, la nature de l'action doit être déterminée, non pas en fonction de la qualité du demandeur s'il est tiers ou partie au contrat, mais selon la nature de la demande. Si la demande trouve son origine dans le contrat, l'action est contractuelle. En revanche, si elle tire son origine d'une obligation légale, l'action est délictuelle. Cette analyse trouve un appui dans des décisions récentes rendues par la Cour de justice de l'Union Européenne. En effet, dans deux arrêts rendus récemment, la Cour de justice semble procéder à un revirement par rapport à l'arrêt *Jackob Handte* sur lequel est fondé l'auteur. Elle a qualifié de contractuelle des actions directes intentées par des tiers contre des contractants puisque « *les obligations trouvent leur source dans le contrat dont l'inexécution est invoquée à l'appui de l'action du demandeur* »⁵⁰¹.

266. Enfin, à supposer que l'on puisse estimer, comme le voulait M. d'Avout, que l'action en paiement est de nature délictuelle, le critère de rattachement proposé par l'auteur peut susciter des difficultés. L'auteur propose l'exclusion du critère de rattachement classique de la responsabilité délictuelle qui est la *lex loci delicti*, en faveur d'une série de rattachements, fondée sur le principe de proximité, parmi lesquels le juge détermine la loi plus appropriée, selon les circonstances de chaque litige. L'incertitude du critère de rattachement proposé par M. d'Avout peut menacer les prévisions légitimes des parties qui ne seront pas en mesure de déterminer la loi applicable à l'action directe qu'à travers un procès devant le juge. La qualification délictuelle doit, alors, être écartée. Par ailleurs, le fondement quasi-contractuel est très tentant à l'égard de l'action directe en paiement (2).

⁵⁰⁰ François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, v. la qualification contractuelle, *infra* (B), n° 274 et s.

⁵⁰¹ Il s'agit de deux décisions rendues par la Cour de Justice : la première était par rapport à une action en responsabilité *Filghtright*, n° C-274/16, CJUE 7 mars 2018, alors que la seconde concerne une action oblique *Féniks*, n° C-337/17, CJUE 4 oct. 2018. Dans les deux décisions, la Cour de Justice a qualifié l'action directe intentée par un tiers contre un contractant comme contractuelle en donnant une notion un peu différente de celle donnée dans l'arrêt *Handte* comme telle : « *l'obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur laquelle se fonde l'action du demandeur* ». Pour une étude en détails de ces deux décisions, v. *infra* l'action en responsabilité, n° 282 et s.

2- La qualification quasi-contractuelle de l'action en paiement

267. Le rapprochement a été fait depuis longtemps entre l'action directe et l'enrichissement sans cause⁵⁰². L'action *de in rem verso* ou d'enrichissement injustifié permet d'indemniser celui qui a enrichi autrui par son acte, ce qui peut être perçu en cas d'action directe en paiement. En effet, selon M^{me} Chanteloup⁵⁰³, cette action permet d'indemniser le sous-traitant qui, par ses actes, s'est appauvri et a enrichi le patrimoine du maître de l'ouvrage.

268. Selon cette qualification, le sous-traitant est le *solvens* appauvri, le maître de l'ouvrage joue le rôle de l'*accipiens* enrichi et l'entrepreneur principal est le tiers avec lequel l'*accipiens* a conclu son contrat, origine de l'enrichissement sans cause.

269. La loi applicable régissant cette action quasi-contractuelle se détermine par l'article 10 (1) du Règlement Rome II⁵⁰⁴. Selon cet article, lorsque l'action non contractuelle se rattache à une relation existante entre les parties comme une obligation découlant d'un contrat, c'est la loi de ce contrat qui est applicable. Dès lors, l'action directe en paiement est soumise à la loi du contrat qui est à l'origine de l'enrichissement sans cause, en l'espèce, le contrat de l'entreprise principale.

270. Or, l'assimilation entre l'action en paiement et l'action d'enrichissement injustifié est rejetée par la doctrine⁵⁰⁵. Tout d'abord, le champ de cette action est plus restreint que les droits du sous-traitant. En effet, d'une part, selon l'action de l'enrichissement sans cause, le sous-traitant n'obtient que les dépenses qu'il a

⁵⁰² Henry Solus, « *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du Code civil* », Thèse de doctorat, Paris, 1914, n° 171, cité par Marie Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », article *op. cit.*

⁵⁰³ Hélène Chanteloup, « *La loi applicable aux quasi-contrats* », Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 1994, p. 194.

⁵⁰⁴ Sous réserve du choix d'une loi par les parties, article 14 du Règlement Rome II, ou de l'application de la clause d'exception selon l'article 4.3, l'article 10.1 dispose que « *lorsqu'une obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause, y compris un paiement indu, se rattache à une relation existante entre les parties, telle qu'une obligation découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable présentant un lien étroit avec cet enrichissement sans cause, la loi applicable est celle qui régit cette relation* ».

⁵⁰⁵ Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », article *op. cit.* ; Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2017 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, n° 271, p. 293 ; Anne Marie Romani, « *Enrichissement injustifié. Conditions de l'action en enrichissement injustifié* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018, n° 208 ; Fabrice Gréau, « *Actions directes* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019, n° 26 ; Jamel Abdnas Djoudi, « *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés* », Thèse *op. cit.* ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977, n° 428, p. 312.

engagées dans la limite de l'enrichissement réalisé, et non le prix convenu dans le contrat de sous-traitance, ce qui est contraire aux prévisions légitimes du demandeur⁵⁰⁶. D'autre part, l'action d'enrichissement injustifié ne produit pas le même effet que l'action en paiement. Cette dernière consiste à immobiliser entre les mains du maître de l'ouvrage la créance de l'entrepreneur principal en faveur du sous-traitant⁵⁰⁷. Cet effet n'est pas produit par l'enrichissement sans cause⁵⁰⁸. Ensuite, la catégorie de l'enrichissement sans cause dans le Règlement Rome II ne permet pas d'arguer d'une interprétation large pour englober l'action en paiement sous ses auspices⁵⁰⁹. Enfin, et ce qui est plus considérable à notre sens c'est qu'en l'espèce, il y a une cause légitime de l'enrichissement du maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage bénéficie des travaux effectués par le sous-traitant, purement en raison du contrat principal dont il doit le prix à l'entrepreneur principal⁵¹⁰. « *Or, il est constant selon la jurisprudence que l'enrichissement a une cause légitime lorsqu'il trouve sa source dans un acte juridique même passé entre l'enrichi et un tiers* »⁵¹¹. On en déduit que « *l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ne peut être fondée sur l'enrichissement sans cause* »⁵¹².

271. Si la théorie de l'enrichissement sans cause ne peut nullement justifier le recours du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage pour demander le paiement de ses travaux contractuels, un important courant doctrinal milite en faveur d'une qualification contractuelle (B).

B- La qualification contractuelle de l'action en paiement

272. À partir des années 1970, une nouvelle tendance doctrinale est apparue, préconisant l'adoption de la qualification contractuelle pour toutes les demandes

⁵⁰⁶ Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243, n° 17.

⁵⁰⁷ Article 13 de la loi du 31 décembre de 1975 par rapport à la sous-traitance.

⁵⁰⁸ Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », article *op. cit.*

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ Alain Bénabent dans sa note sous l'arrêt Civ. 3^{ème}, 9 déc. 1992, D. 1994, p. 152.

⁵¹¹ La jurisprudence est constante à ce propos depuis Civ. 18 oct. 1898, S. 1899, 1, 165 ; DP 1899, 1, 105 ; Civ. 3^{ème}, 28 mai 1986, Bull. civ. III, n° 83 ; Civ. 3^{ème}, 9 déc. 1992, n° 91-11.210, Bull. civ. III, n° 319 ; D. 1994. Somm. 152, note Alain Bénabent ; Bernard Boubli, « *Contrat d'entreprise* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2016, n° 356. Cet arrêt est rendu après les doutes qu'avait fait naître un arrêt ambigu en raison d'un pourvoi mal formé, Civ. 3^{ème}, 11 juin 1985, D. 1986. jur. 456, note Dubois.

⁵¹² Alain Bénabent dans sa note sous l'arrêt du 9 décembre 1992, *op. cit.* Par contre, cette qualification d'enrichissement sans cause peut être retenue concernant les travaux supplémentaires que le sous-traitant a exécutés, Anne Marie Romani, « *Enrichissement injustifié. Conditions de l'action en enrichissement injustifié* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018, surtout n° 135, 208.

fondées sur le contrat, qu'elles soient présentées par des parties ou par des tiers⁵¹³. Selon l'analyse de cette doctrine, les droits du sous-traitant et les obligations du maître de l'ouvrage trouvent leur origine dans le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Dès lors, l'action ne peut être que contractuelle. Si le point de départ de cette analyse est commun, plusieurs interprétations et plusieurs régimes sont proposés.

273. Dans sa thèse, M^{me} Bacache justifie le recours à la qualification contractuelle par une relecture du principe de l'effet relatif des conventions⁵¹⁴. En effet, selon la lecture traditionnelle, la force obligatoire des contrats et l'effet relatif des conventions trouvent leur fondement dans l'autonomie de la volonté. Néanmoins, selon M^{me} Bacache, l'autonomie de la volonté ne peut pas justifier la force obligatoire des contrats, elle estime que la source de celle-ci ne peut être que légale. Le contrat n'est pas obligatoire parce que les parties l'ont voulu, mais parce que la loi habilite l'accord de volonté à produire des effets de droit⁵¹⁵.

274. En renouvelant la source de la force obligatoire des contrats, on passe à une nouvelle lecture du principe de relativité des conventions et de la notion des parties et des tiers. En principe, le contrat est obligatoire parce qu'il renforce le respect des prévisions des parties et garantit la sécurité des transactions. Or, la force obligatoire des contrats doit rayonner, au-delà du cercle des contractants, à d'autres personnes exécutant des contrats liés par une identité d'objet. Par conséquent, la partie dans un contrat peut être non seulement celle qui a échangé sa volonté, mais elle peut être aussi une partie dans un autre contrat lié au premier et bénéficiant des mêmes droits du créancier intermédiaire. Ainsi, le sous-traitant bénéficie des mêmes prestations de paiement que l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage. L'identité des obligations crée un lien de causalité entre la

⁵¹³ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975 ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977 ; Rémy Cabrillac, « *L'acte juridique conjonctif : en droit privé français* », Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1990 ; Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1996, p. 239 ; François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 1995, 280 et s. ; Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, pp. 407 et s. et 588 et s. ; Ashraf Abd El Azim Abd El Wahed, « *La nature juridique de la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage* », Thèse de doctorat, Université d'Ain Shams, 2007, p. 660 et s.

⁵¹⁴ Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », ouvrage *op. cit.*, p. 239 et s.

⁵¹⁵ *Ibid.*, n° 283, p. 248.

créance du premier et la dette du second, et permet d'étendre la force obligatoire du contrat principal au sous-traitant. Le sous-traitant devient partie au contrat principal, et peut intenter une action purement contractuelle à l'égard du maître de l'ouvrage, une telle action trouvant sa source dans le contrat du défendeur. Par conséquent, si l'on admet cette analyse en droit international privé, la recevabilité et l'étendue de l'action sont régies par la loi du contrat du maître de l'ouvrage. Deux hypothèses sont concevables : soit la loi de ce contrat confère au sous-traitant une action en paiement et dans ce cas, il en bénéficie, soit elle ne la connaît pas et dans ce cas l'action doit être rejetée⁵¹⁶.

275. Toutefois, qualifier le sous-traitant comme partie au contrat principal contredit la réalité et passe outre la conception de l'ordre juridique étranger.

276. Tout d'abord, on ne peut sans exagération dire que le sous-traitant est partie au contrat principal. Les parties au contrat principal et au sous-contrat ont choisi le modèle d'un groupement des contrats fondé sur la présence de plusieurs contrats superposés⁵¹⁷. Considérer le sous-traitant comme partie au contrat principal contredit leur volonté expresse. Le sous-traitant est seulement partie à un contrat lié au contrat principal, et exécute à la place de l'entrepreneur les obligations de celui-ci dans le cadre de cette figure superposée.

277. Ensuite, en supposant qu'un système juridique adopte des conceptions évolutives des parties et des tiers, on ne doit pas les transmettre automatiquement à un système juridique étranger, puisqu'il se peut que ce dernier adopte une lecture rigoureuse de la notion des parties et des tiers. Procéder autrement signifie que le juge fait fi des conceptions du droit étranger à ce contrat par rapport à la relativité des conventions, et impose sa lecture souple du principe de l'effet relatif des contrats. M^{me} Laval estime que cette dernière analyse « *frôle l'absurdité* »⁵¹⁸, puisqu'elle conduit à qualifier un lien contractuel, alors que la loi désignée ignore l'existence de ce lien⁵¹⁹.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 306.

⁵¹⁷ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 400, p. 284 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, p. 237.

⁵¹⁸ Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, n° 268.

⁵¹⁹ Frédéric Leclerc, « *Les chaînes de contrats en droit international privé* », JDI, 1995, 267, surtout p. 303. Selon M. Leclerc : « *Qualifier l'action directe suppose que l'on admette l'existence d'un lien*

278. M. Heuzé⁵²⁰ milite, également, en faveur de la qualification contractuelle de l'action directe en paiement. Toutefois, l'éminent auteur réclame le détachement des analyses et des fondements du droit interne en faveur d'un raisonnement fondé sur les principes et les intérêts du droit international privé. Cette branche de droit se préoccupe de la protection des intérêts des parties, des tiers et du commerce international. La qualification des questions de droit présentées devant le juge doit être fondée sur ces intérêts. En matière d'action en paiement, les intérêts du défendeur doivent prévaloir. Il faut respecter les intérêts de ce dernier qui se voit poursuivi par une personne avec laquelle il n'a pas échangé sa volonté. Dès lors, la loi du contrat du défendeur est compétente pour régir la recevabilité et l'étendue de l'action en paiement.

279. La compétence de la loi du contrat du défendeur pour régir l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage a été adoptée par la jurisprudence. Dans une affaire présentée devant la Cour d'appel de Versailles⁵²¹, un contrat principal était conclu entre *EDF* et la société française *Power Environment* pour des travaux de dénitrification. L'entrepreneur principal a sous-traité les travaux à la société belge *NV Willems* par un contrat de sous-traitance soumis à la loi française. Le sous-traitant a, à son tour, sous-traité les travaux à la société belge *Montage Vermesser*, dont le contrat était régi par la loi belge⁵²². Cette dernière a intenté une action en paiement contre l'entrepreneur principal qui est considéré comme un maître d'ouvrage à son égard. Le tribunal de commerce de Nanterre a appliqué la loi française du défendeur à l'action en paiement opposant le sous-traitant belge au maître de l'ouvrage français. Une telle décision a été contestée par le sous-traitant qui réclamait l'application de la loi belge. La Cour d'appel a refusé ses allégations en affirmant que le défendeur n'est pas partie au contrat de sous-traitance de second rang, et dès lors, il ne peut être tenu par la

contractuel.... Dans ces conditions, n'est-il pas étrange que l'on puisse qualifier de contractuel un lien alors même que la loi ayant donné vie au contrat, dont procède ce lien, en régissant les effets, nie précisément l'existence d'un tel lien ? ».

⁵²⁰ Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz *op. cit.* ; même auteur, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243.

⁵²¹ CA Versailles, 29 mars 2010, n° 09/00587, *Affaire Altsom Power Environment c. NV Montage Vermeesen* contre le jugement rendu le 13 janv. 2009 par le tribunal de commerce de Nanterre.

⁵²² En effet, le contrat de sous-traitance de second rang était conclu entre deux sociétés belges, leur volonté tacite milite en faveur de l'application de la loi belge selon l'article 3.1 de la Convention de Rome.

clause de choix de loi figurant dans ce contrat. De plus, le contrat du défendeur était régi par le droit français pour des travaux exécutés en France pour un maître d'ouvrage français. Dès lors, le respect des prévisions légitimes du défendeur impose de donner la compétence à la loi applicable à son contrat, le droit français en l'espèce.

280. Enfin, en adoptant la qualification contractuelle de l'action en paiement⁵²³, M. Haftel propose la compétence concurrente de la loi du contrat du demandeur et celle du contrat du défendeur. Selon l'auteur, on ne peut pas mettre l'accent sur un contrat au détriment de l'autre. Il convient de respecter les prévisions légitimes des principaux protagonistes, en l'espèce le demandeur et le défendeur. En effet, le demandeur de l'action, le sous-traitant en l'espèce, a fondé ses prévisions légitimes sur la loi de son contrat concernant la présence de l'action directe. Par ailleurs, le défendeur, à savoir le maître de l'ouvrage, ne doit être tenu au-delà des obligations établies par la loi de son contrat. Par conséquent, M. Haftel en déduit que la recevabilité de l'action doit dépendre exclusivement de la loi du contrat du demandeur, alors que le régime de l'action et le montant qui doit être payé, dépend de la loi du contrat du défendeur dans les limites des droits du demandeur⁵²⁴.

281. Au regard de ce qui précède, on peut constater l'existence d'une « *saga doctrinale* »⁵²⁵ en matière de la qualification et des critères de rattachements de l'action directe en paiement entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. La doctrine et la jurisprudence sont divisées. Les thèses légalistes, extracontractuelles ou contractuelles, ne reposent sur aucune certitude. Les victimes de cet imbroglio sont les parties qui ne seront pas en mesure de prévoir par avance la loi applicable à leurs actions. On constate la présence d'une importante lacune qui a besoin d'être comblée par la loi. Par ailleurs, l'action en responsabilité présente également les mêmes difficultés (section II).

⁵²³ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, 2008, pour la qualification contractuelle, v. p. 407, pour les critères de rattachements, v. p. 605 et s.

⁵²⁴ Il est normal que le demandeur ne puisse obtenir plus de droits que ceux qui lui sont accordés en vertu de la loi de son propre contrat. *Ibid.*, p. 605 et s.

⁵²⁵ Sarah Bros, « *Action directe dans les groupes de contrats* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 193, 2008.

Section II – La loi applicable à l'action en responsabilité entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage

282. Comme le remarque le professeur Catala⁵²⁶, en matière de contrat de sous-traitance, chacune des parties extrêmes, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, est créancier d'une prestation qu'elle a confiée à son contractant immédiat, mais qui se trouve exécutée par un autre. Par conséquent, la satisfaction qu'il attend dépend des diligences de l'autre avec lequel il n'existe pas de lien contractuel. Tout dommage causé par l'une des parties extrêmes peut avoir une influence directe sur l'autre maillon de la chaîne. Dès lors, plusieurs questions se posent. Est-ce que le maître de l'ouvrage peut poursuivre le sous-traitant pour les fautes qui lui sont imputées lors de l'exécution du contrat de sous-traitance internationale ? Et réciproquement, même c'est plus rare, le sous-traitant peut-il reprocher au maître de l'ouvrage sur le plan international les préjudices subis pendant l'exécution du contrat principal ?

283. Contrairement à l'action en paiement, l'action en responsabilité n'est pas régie par des règles matérielles qui répondent directement à ces questions⁵²⁷. Par conséquent, afin d'y répondre, il faut déterminer, d'abord, la loi applicable à l'action en responsabilité réciproque entre les parties extrêmes de la chaîne selon les règles de conflits.

284. Comme on l'a souligné précédemment, en droit international privé, le juge doit commencer par qualifier l'action en l'insérant dans une des catégories déterminées. D'après la catégorie choisie, un critère de rattachement sera désigné, afin d'orienter le juge vers la loi la plus appropriée compte tenu des motifs et de la nature de cette institution⁵²⁸. Pareillement à l'action en paiement, les difficultés de l'action en responsabilité résident toujours dans la qualification.

⁵²⁶ Pierre Catala, préface de la thèse de Jean Nérét, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, 1977, p. XIX.

⁵²⁷ La loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, qualifiée comme loi de police, n'a régi que la question de paiement. La responsabilité ne figure pas dans la loi que dans le premier article en un seul mot dans la définition du contrat de sous-traitance : « *l'opération par laquelle l'entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité, ...* », Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 44.

⁵²⁸ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, « *Droit international privé* », 9^{ème} éd 2007, n° 164 ; Vincent Heuzé, « *La notion de contrat en droit international privé* », TCFDIP 1995-1998, p. 319 et s., spéc. p. 320.

285. En droit français et en droit égyptien, comme on l'a déjà souligné⁵²⁹, le juge détermine la qualification de la relation juridique internationale en fonction des concepts adoptés en droit interne, ce que l'on appelle la qualification *lege fori*⁵³⁰. Par conséquent, chaque juge détermine la qualification de l'action en responsabilité selon la nature adoptée par rapport à cette action dans son droit interne.

286. En effet, en droit français et égyptien, la faculté donnée au maître de l'ouvrage d'intenter une action en responsabilité contre le sous-traitant dépend de l'interprétation donnée au principe de l'effet relatif des contrats. Deux lectures sont possibles, l'une est stricte alors que l'autre est plus souple.

287. La première adopte une interprétation rigoureuse du principe de l'effet relatif des contrats, ce qui aura pour conséquence que le tiers ne pourra pas intenter une action contractuelle contre une partie pour lui reprocher une inexécution contractuelle. Seule est possible une action délictuelle qui permet de lui reprocher un dommage de nature purement délictuelle, c'est-à-dire l'inexécution d'une obligation d'une portée générale imposée par la loi. Cette lecture stricte du principe de l'effet relatif des conventions est celle adoptée en droit égyptien, ainsi que celle qui a été adoptée en droit français pendant un temps. Dès lors, selon cette lecture, l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant pour une violation contractuelle sera irrecevable tant en droit interne qu'en droit international privé.

288. Une seconde lecture plus souple du principe de relativité des conventions permet au tiers de reprocher l'inexécution contractuelle. Mais sur quel fondement repose l'action dans ce cas ?

289. Le fondement peut être délictuel. Ainsi, le juge permet au tiers d'intenter une action délictuelle contre le contractant de son contractant en lui reprochant une faute contractuelle. Ce fondement délictuel est actuellement adopté en France après avoir été abandonné de manière éphémère en faveur du fondement contractuel.

⁵²⁹ V. *supra* n° 236.

⁵³⁰ Maud Minois, « *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations* », Thèse de doctorat, Université Sorbonne Paris, 2016, n° 11, p. 23 et s., et n° 33, p. 39 ; Bertrand Ancel, « *Qualification* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, actualisation 2009 ; Sandrine Sana-Chaillé de Néré, « *La responsabilité contractuelle en droit international privé* », JCl. Responsabilité civile et assurances, Fasc. 255-20, 2016.

290. Le fondement de l'action en responsabilité peut être contractuel, même entre une partie et un tiers, dès lors que la cause de l'action est contractuelle. Cette dernière lecture est préconisée par de nombreux auteurs et c'est vers elle qu'incline la Cour de justice récemment⁵³¹.

291. Nous commencerons donc, dans un premier temps, par la qualification délictuelle et la loi applicable selon le Règlement Rome II (Sous-section I), puis nous exposerons, dans un second temps, la qualification contractuelle et la loi applicable selon le Règlement Rome I (Sous-section II).

Sous-section I – La qualification délictuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant et ses conséquences sur la loi applicable

292. Selon l'article 1101 du Code civil et son équivalent en droit égyptien⁵³², « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». En l'absence d'un tel accord entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, l'action directe ne peut être que délictuelle (§ 1). La loi applicable à cette action est déterminée, donc, par le Règlement Rome II et l'article 21 du Code civil égyptien sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (§ 2).

§ 1 – La nature délictuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

293. La qualification *lege fori*, imposée au fil des siècles faute de rivales sérieuses, a commencé à régresser devant l'adoption des Conventions puis des Règlements européens régissant le droit international privé. La Cour de justice, en tant que gardienne d'une application uniforme de ces textes européens, a commencé à adopter des qualifications autonomes dans les différentes matières, afin d'éviter une interprétation divergente par les juges dans les droits internes, ce que nous l'appelons une qualification *lege europea*⁵³³. On étudiera, d'abord, la

⁵³¹ Les arrêts *Flightright*, n° C-274/16, CJUE 7 mars 2018 ; *Féniks*, n° C-337/17, CJUE 4 oct. 2018.

⁵³² Selon l'article 89 du Code civil égyptien, « le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes... ».

⁵³³ En effet, M. Leborgne dans sa thèse a décrit la qualification de la Cour de Justice qui était à l'époque la Cour de Justice de Communauté européenne de « *lege communautaris* ». Actuellement, où la Cour de Justice de Communauté européenne est devenue Cour de Justice de l'Union européenne, nous avons choisi *lege europea* à l'exemple de l'expression de M. Leborgne, François

qualification délictuelle selon *la lege fori* (A), puis on exposera la qualification *lege europea* (B), de l'action directe en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

A- La qualification *lege fori* de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

294. Selon l'article 1199 du Code civil⁵³⁴ et son équivalent dans le Code civil égyptien⁵³⁵, « *les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* ».

295. L'absence d'un lien contractuel direct entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant empêche tout recours direct fondé sur le contrat. Afin d'engager la responsabilité de l'auteur du dommage, le maître de l'ouvrage intente une action contre son contractant, l'entrepreneur principal, puis ce dernier intente à son tour une action contre le sous-traitant. Telle a été la position adoptée par la Cour de cassation française ainsi qu'en droit égyptien soit en droit interne ou en droit international privé. Le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ne possèdent pas d'action directe pour un préjudice contractuel (1). Pourtant, les critiques adressées à cette lecture stricte et rigoureuse du principe de l'effet relatif des conventions ont amené la Cour de cassation française à relâcher l'interprétation stricte de la relativité des contrats en admettant des actions délictuelles pour un préjudice contractuel (2).

1- L'action purement délictuelle entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

296. Depuis longtemps⁵³⁶, la jurisprudence maintient la qualification délictuelle de l'action en responsabilité entre les parties et les tiers dans les sous-

Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 1995, p. 220.

⁵³⁴ Ancien article 1165.

⁵³⁵ Article 145 du Code civil égyptien dispose que « *sous réserve des règles relatives à la succession, le contrat produit effet entre les parties et leurs ayants-cause à titre universel, à moins qu'il ne résulte de la convention, de la nature de l'affaire ou d'une disposition légale, que le contrat ne produit point d'effet à l'égard des ayants-cause à titre universel* ».

⁵³⁶ Cass. 23 fév. 1897, S. 1898, 1, 65 ; Cass. 9 mars 1936, D. 1936, p. 233.

contrats⁵³⁷, comme la sous-location⁵³⁸, le sous-transport⁵³⁹, le sous-affrètement mais aussi en matière de sous-traitance⁵⁴⁰.

297. La Cour de cassation ne s'est pas contentée d'affirmer la nature délictuelle de l'action entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, mais elle a poussé son raisonnement jusqu'à son terme en reconnaissant au maître de l'ouvrage d'agir « *délictueusement* »⁵⁴¹ contre le sous-traitant⁵⁴².

298. On peut parler, à cette époque, d'une « *invasion de la responsabilité délictuelle* »⁵⁴³, de façon générale entre les parties et les tiers. On doit constater que jusqu'à la fin des années 1970, c'est la responsabilité délictuelle qui régnait. Le tiers, victime de l'inexécution du contrat, devait prouver la faute délictuelle qui présente les caractères d'une négligence ou d'une imprudence du défendeur⁵⁴⁴ que la Cour de cassation a qualifiée « *d'une faute envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel* »⁵⁴⁵. Dès lors, le maître de l'ouvrage qui voulait reprocher au sous-traitant une faute, devait prouver une violation d'une obligation de portée générale imposée par la loi en application de

⁵³⁷ V. Jean Néret, « *Le sous-contrat* », n° 243 et s.

⁵³⁸ On donne quelques exemples, Aix, 9 mai 1868, D. 1870, 2, 116 ; Grenoble 23 juin 1882, G.P 1882-1883, 1, 483 ; Bordeaux 27 avr. 1891, Gaz. Trib. Civ. 4^{ème}, 23 juin 1961, Bull, 1961, IV, n° 692, p. 548, cités par Jean Néret, Thèse *op. cit.*, p. 254 en note. En droit égyptien, la Cour de cassation a déclaré les mêmes principes, v. Civ. 26 juin 2011, pourvoi n° 277, année 70 judiciaire.

⁵³⁹ Cass. 12 août 1856, D.P, 1856, 1, 338 ; Cass. 19 août 1868, D.P, 1868,1, 437, S. 1868, 1, 383, cités par Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, p. 245, note 17.

⁵⁴⁰ Pour la responsabilité du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant, v. Cass. 6 fév. 1958, Bull. Cass. II, n° 112, alors pour la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître d'ouvrage, Civ. 1^{ère}, 9 mars 1964, Bull. 1964, I, n° 138, p. 104 ; Civ. 3^{ème}, 15 mai 1973 D. 1973, p. 124 ; Civ. 3^{ème}, 18 avr. 1972. Bull. 1972 III n° 237, p. 170. Arrêts Cités par Jean Néret, Thèse *op. cit.*, p. 252 ; Geneviève Viney, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », in Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, 1990, 399.

⁵⁴¹ Le terme est employé par Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013.

⁵⁴² Com. 18 déc. 1968, Bull. 1968, IV n° 366, p. 328, AJPI 1969, 1190, note Albert ; Civ. 1^{ère}, 9 mars 1964 ; Civ. 3^{ème}, 5 déc. 1972, D. 1973, 401, note Denis Mazeaud.

⁵⁴³ Jean Néret, Thèse *op. cit.*, n° 349, p. 252. Une telle invasion est justifiée par le dogme du libéralisme et le culte de l'individualisme régnés à cette époque, François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 47.

⁵⁴⁴ Geneviève Viney, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », *op. cit.*

⁵⁴⁵ Cette formule est employée par Civ. 1^{ère}, 7 nov. 1962, Bull. civ. I, n° 465 ; JCP 1963, II, 12987, note Paul Esmein ; Civ. 2^{ème}, 7 fév. 1962, Bull. civ. II, n° 89 ; Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1962, Bull. civ. I, n° 405 ; Civ. 3^{ème}, 15 oct. 1970, Bull. civ. III, n° 515 ; 18 avr. 1972, *ibid.*, n° 233 ; Civ. 1^{ère}, 23 mai 1978, Bull. civ. I, n° 201.

l'article 1240 du Code civil⁵⁴⁶. Il faut que la faute soit « *détachable du contrat* »⁵⁴⁷ pour justifier un recours contre le sous-traitant. Autrement dit, afin de justifier une action en responsabilité, il fallait que la faute constitue « *une source de dommage pour tous* », alors que seule la responsabilité contractuelle pouvait être invoquée par un contractant lorsque la faute était inséparable du contrat et résultait de son inexécution⁵⁴⁸.

299. Par ailleurs, le droit positif égyptien adopte le même raisonnement que la jurisprudence française de l'époque. En dehors des cas de stipulation pour autrui ou des cas prévus dans la loi, comme l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, le principe de relativité des contrats ne permet aucune exception ou aucune interprétation souple⁵⁴⁹.

300. La nature délictuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant est incontestable en Égypte. La Haute Cour égyptienne n'a pas hésité à affirmer dans de nombreuses décisions qu'« *aucune relation contractuelle directe ne lie le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Le maître de l'ouvrage ne peut demander ni reprocher l'exécution contractuelle du sous-contrat au sous-traitant, et ce dernier ne peut demander l'exécution du contrat principal au maître de l'ouvrage. Aucune action entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant n'est possible que l'action indirecte qui est intentée au nom et pour le compte de l'entrepreneur principal* »⁵⁵⁰. L'absence de la relation contractuelle directe a été

⁵⁴⁶ Ancien article 1382 avant la réforme de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

⁵⁴⁷ V. CA Paris, 14 janv. 1965, la cour a décidé que « *la faute commise par le sous-traitant n'était pas, en l'espèce détachable, du contrat passé avec l'entrepreneur général* ». Par ailleurs, pour des cas où cette exigence a été invoquée pour repousser l'action du tiers, v. Civ. 1^{ère}, 24 nov. 1954, Bull. civ. I, n° 335 ; 14 nov. 1958, *ibid.*, n° 427 ; 4 avr. 1962, Gaz. Pal. 1963, 2, p. 31 ; 15 déc. 1964, Bull. civ. I, n° 565 ; 21 oct. 1965, *ibid.*, n° 766 ; 3 juill. 1968, JCP 1969, II, 15859 ; 31 janv. 1969, *ibid.*, 1969, II, 15937, note Georges Liet-Veaux ; Civ. 3^{ème}, 17 oct. 1973, *ibid.*, 1973, IV, 388. Décisions citées par Geneviève Viney, note sous la décision *Bootshop*, 6 oct. 2006, D. 2006, 2825.

⁵⁴⁸ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 377, p. 270.

⁵⁴⁹ Cour de cassation civile, pourvoi 29 mars 1978, n° 320, année 44^e judiciaire.

⁵⁵⁰ Traduction libre. La Haute Cour Administrative, rendue le 23 fév. 2016, 3^{ème} chambre, n°13200, année 49 judiciaire ; Haute Cour administrative le 22 décembre 2015, n° 24494, année 58 judiciaire ; Haute Cour Administrative le 2 fév. 2016, n° 14127, année 57 judiciaire. Sur ce point, v. Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », *Dar Al Thakafa Al Gameeya*, Le Caire, Égypte, 1991, p. 22 et s. ; Ahmed Heshmat Abo Stit, « *La théorie des obligations* », *Matbaet Masr Sherka Mosahma*, Égypte, 1945, p. 213 et s. Ces principes sont adoptés également dans quelques pays arabes, v. par exemple les Arabes Émirats, v. la décision rendue par la Haute Cour fédérale, décisions civiles et commerciales le 7 nov. 2006, n° 350, année 25 judiciaire. Et en Libye la décision rendue le 10 janv. 1974, n° 6, année 19 judiciaire, qui affirme que « *la relation contractuelle ne concerne que le sous-traitant et l'entrepreneur principal, l'agrément du maître de l'ouvrage n'a pas pour effet que rendre la sous-traitance régulière* ».

affirmée, également, à l'égard de la relation entre l'entrepreneur et le sous-traitant de second rang⁵⁵¹.

301. L'interprétation rigoureuse du principe de la relativité des conventions a été dénoncée par la plupart des auteurs en France⁵⁵² et en Égypte⁵⁵³. Selon M^{lle} Viney, outre la lourdeur des recours successifs⁵⁵⁴, le risque de créer des écrans entre les victimes et les vrais débiteurs peut aboutir à priver la victime de tout recours contractuel ou délictuel contre l'auteur réel du dommage⁵⁵⁵. En effet, la Cour de cassation refuse tout recours délictuel seulement en cas de preuve d'un manquement à une obligation de portée générale, ce qui prive le maître de l'ouvrage d'un recours délictuel contre le sous-traitant pour lui imputer une faute contractuelle. Et en même temps, il ne peut pas lui reprocher une inexécution contractuelle, faute de l'existence d'un lien contractuel direct entre les parties extrêmes. Par conséquent, le maître d'ouvrage se trouve privé de tout recours contractuel ou délictuel contre l'auteur du dommage. Ce problème s'accroît en cas de défaillance de l'entrepreneur principal⁵⁵⁶. Le sous-traitant est l'exécutant effectif du contrat d'entreprise principale conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, la justice impose que le bénéficiaire direct des travaux possède une action directe contre le débiteur défaillant⁵⁵⁷.

⁵⁵¹ Deux arrêts rendus par la Cour de Cassation égyptienne, chambre civile le 27 janv. 1999, n° 5591 et 5601, année 66 judiciaire.

⁵⁵² Entre autres, v. Jean Néret, « *Le sous-contrat* », ouvrage *op. cit.*, p. 294 et s. ; Bernard Teyslié, « *Le groupes des contrats* », Paris, LGDJ, 1975, p. 235 et s. ; Rémy Cabrillac, « *L'acte juridique conjonctif : en droit privé français* », Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1990, *passim* ; Bernard Hafel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, p. 407 et s. ; Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243.

⁵⁵³ Ashraf Abd El Azim Abd El Wahed, « *La nature juridique de la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage* », Université d'Ain Shams, 2007, p. 679 et s. ; Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », ouvrage *op. cit.*, p. 23 et s. ; Mostafa Abd Al Sayed Algarhy, « *Le contrat de sous-traitance, étude comparée en droit égyptien et français* », *Dar Al Nahda Al Arabeya*, Le Caire, Égypte, 1988, p. 19 et s.

⁵⁵⁴ Geneviève Viney, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », in Mélanges Holleaux, *op. cit.*

⁵⁵⁵ Geneviève Viney, note sous l'arrêt *Besse*, JCP, 1991, II, 21743. Selon une lecture rigoureuse de l'article 1165 du Code civil, le maître de l'ouvrage ne peut avoir un recours délictuel contre le débiteur réel puisqu'il ne peut prouver un manquement à une obligation légale. En même temps, il ne peut pas lui reprocher une faute contractuelle, puisqu'ils ne sont pas parties dans un même contrat.

⁵⁵⁶ Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », article *op. cit.*, surtout p. 68.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

302. Si ces critiques n'ont eu aucune influence sur la position de la jurisprudence égyptienne⁵⁵⁸, la jurisprudence française, elle, a commencé peu à peu à relâcher l'exigence d'une faute complètement détachable du contrat, sous l'influence de l'éclatement de la notion d'exécution des contrats et la multiplication des victimes⁵⁵⁹. La jurisprudence a tenu compte de la « *vision irréaliste d'un monde composé de petites sphères de cristal parfaitement libres où l'activité de chacun ne pouvait nuire à autrui* »⁵⁶⁰. La complexité des relations sociales a fait multiplier les interférences entre les individus et les liens juridiques qu'ils tissent entre eux⁵⁶¹. L'impossibilité du tiers d'agir contre le contractant, lorsqu'il s'agit d'une faute purement contractuelle, se heurte au sentiment de justice qui veut que la victime réelle de la prestation inexécutée ou défectueuse puisse obtenir réparation auprès du débiteur réel de cette prestation⁵⁶².

303. La Cour de cassation a commencé à admettre une action délictuelle fondée sur une faute contractuelle qui n'est pas détachable du contrat (2).

2- L'action délictuelle fondée sur une faute contractuelle

304. La Cour de cassation a commencé à relâcher l'exigence de la faute délictuelle détachable du contrat pour admettre l'action en responsabilité intentée entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

305. Un même fait peut constituer à la fois un manquement contractuel entre les parties et une faute délictuelle à l'égard des tiers. Ainsi, dans l'arrêt *Ragnhild Brovig*⁵⁶³, la Cour de cassation a souligné qu'« *un même fait, susceptible de constituer un manquement à une obligation existant entre deux parties liées par un*

⁵⁵⁸ La jurisprudence égyptienne reste toujours attachée à l'interprétation rigoureuse du principe de relativité des conventions malgré les nombreuses critiques de la doctrine en droit interne et international, v. *supra* note 553.

⁵⁵⁹ Sous l'influence de la spécialisation des activités et la circulation des biens. M. Espagnon, « *La règle de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit civil français* », Thèse Paris I, sous la direction de Geneviève Viney, 1980, n° 197 et s., p. 200 ; Jérôme Huet, « *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité* », Thèse Paris II, sous la direction de Jacques Flour, 1978, n° 593, p. 558.

⁵⁶⁰ Jean-Marie Haussel, « *Essai sur la notion de tiers en droit civil français* », Thèse Montpellier, 1953, n° 10, p. 27.

⁵⁶¹ José Duclos, « *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)* », LGDJ, 1984, n° 4, p. 26.

⁵⁶² François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 64 et s.

⁵⁶³ Com., 16 janv. 1973, Bull. 1973, IV, n° 28, p. 22, D. 1973, 323, cet arrêt était par rapport à un contrat de sous-affrètement contre le fréteur, cité par Jean Néret, Thèse *op. cit.*, n° 354, p. 257.

contrat, peut être au regard des tiers étrangers au contrat, une faute quasi-délictuelle engageant la responsabilité de son auteur ».

306. Cette interprétation souple de la faute délictuelle entre les parties et les tiers a commencé dans les actions intentées par le sous-acquéreur vis-à-vis du fabricant⁵⁶⁴, mais elle a été généralisée à tous les domaines où un tiers reproche une faute contractuelle à l'égard d'une partie⁵⁶⁵. Dès lors, la commission d'une faute

⁵⁶⁴ Civ. 2^{ème}, 23 fév. 1961 ; Civ. 3^{ème}, 18 avr. 1972, Bull. civ. III, n° 233, p. 167 ; Cass. 18 avr. 1872, Bull. civ. III, n° 233, p. 167 ; Civ. 3^{ème}, 5 déc. 1972, D. 1973, Jur. p. 401, note Jean Mazeaud. Dans cette affaire, l'assimilation entre la faute délictuelle et contractuelle était symptomatique. Un maître de l'ouvrage avait conclu un contrat avec un entrepreneur pour la construction des logements. L'entrepreneur principal avait sous-traité la fourniture et la pose de menuiseries à un entrepreneur particulier, lequel a acheté les châssis à un fabricant. Ces derniers étaient impropres à l'usage auquel ils étaient destinés du fait d'un défaut d'étanchéité. La Cour a jugé que leur délivrance constitue une faute quasi-délictuelle qui justifiait l'action délictuelle engagée par le maître de l'ouvrage contre le fabricant. V. François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 67 et s. V. dans deux décisions rendues le 9 oct. 1961 et 24 nov. 1967, la Cour de cassation a accueilli l'action en responsabilité délictuelle exécutée par le locataire d'un immeuble à l'encontre de l'architecte employé par son bailleur, en jugeant dans les deux cas que « *l'architecte avait commis une négligence coupable dans l'accomplissement de sa mission de direction et de surveillance des travaux* », Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1962, II, 21910, note Esmein, RTD civ. 1963, p. 333, note André Tunc ; Civ. 1^{ère} 24 nov. 1967, JCP 1968, II, 15360, note Lindon. Dans ces arrêts, le dommage était purement contractuel n'ayant sa source que dans le contrat conclu avec le maître de l'ouvrage, mais la juridiction l'a considérée comme une faute délictuelle. Pour une décision de la Cour d'appel de Bourges qui admet le recours délictuel du maître de l'ouvrage contre le fournisseur de matériaux, v. CA Bourges, 24 mars 1953, AJDA, 1953, 341.

⁵⁶⁵ L'assimilation de la faute délictuelle à la faute contractuelle a été confirmée récemment par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son célèbre arrêt *Bootshop*. Lors de cette décision la Cour de cassation a décidé que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, D. 2006, 2825, note Inès Gallmeister ; D. 2006, 2825, note Geneviève Viney ; *ibid.* 2007, 1827, note L. Rozès ; *ibid.*, 2897, note P. Brun et Patrice Jourdain ; *ibid.*, 2966, note Soraya Amrani-Mekki et Bénédicte Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007, 295, note Nicolas Damas ; RDI 2006, 504, note Philippe Malinvaud ; RTD civ. 2007, 61, note Pascale Deumier ; *ibid.*, 115, note Jacques Mestre et B. Fages ; *ibid.*, 123, note Patrice Jourdain. Les faits de cet espèce étaient les suivants : un immeuble à usage commercial avait été donné à bail et le locataire avait, par un contrat distinct, qui, semble-t-il, ne fut pas porté à la connaissance du bailleur, confié la gérance de son fonds de commerce à une société. Celle-ci, ayant constaté un défaut d'entretien, assigna le bailleur pour obtenir la remise en état des lieux et le paiement d'une indemnité provisionnelle en réparation de son préjudice d'exploitation. Cette demande fut accueillie par la Cour d'appel de Paris dont l'arrêt fut frappé d'un pourvoi en cassation. Cette décision est rendue après une division entre les chambres civiles et la chambre commerciale de la Cour de cassation au long des années : les chambres civiles admettaient l'assimilation des fautes : v. Civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, Bull. civ. I, n° 221 ; D. 2000, IR, p. 217 ; JCP 2000, II, 11415, note Pierre Sargos ; Resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 372 ; CCC. 2000, comm. n° 275, note Laurent Leveneur ; RTD civ. 2001, 146, note P. Jourdain ; 13 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 35 ; D. 2001, Somm. p. 2234, note Philippe Delebecque ; JCP 2002, II, 10099, note Cécile Lisanti-Kalczynsky ; RTD civ. 2001, 367, note Patrice Jourdain ; Civ. 1^{ère}, 18 mai 2004, Bull. civ. I, n° 141 ; D. 2005, Pan. p. 194, note Philippe Delebecque ; RTD civ. 2004, p. 516, note Patrice Jourdain. Par contre, la chambre commerciale refusait l'assimilation entre la faute contractuelle et délictuelle à partir de l'année 1997, Com. 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 187 ; Com. 8 oct. 2002, JCP 2003, I, 152, n° 3 à 7, note Geneviève Viney ; Com. 5 avr. 2005, Bull. civ. IV, n° 81 ; D. 2005, Somm. p. 2836, note Bénédicte Fauvarque-Cosson ; RDC 2005, 687, note Denis Mazeaud. La décision *Bootshop*, admettant l'assimilation entre la faute contractuelle et délictuelle, est remise en cause par l'article 1234 de projet de réforme de la responsabilité civile mars 2017 susmentionné, qui dispose que « *toutefois, le tiers ayant un intérêt*

intrinsèquement contractuelle acquiert le caractère délictuel du simple fait qu'elle est invoquée par un tiers.

307. Par conséquent, une action en responsabilité délictuelle peut être intentée entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, afin que chacun puisse demander à l'autre une réparation d'un préjudice subi en exécutant son contrat. Dans la plupart des cas, c'est le maître de l'ouvrage qui reproche au sous-traitant l'exécution défectueuse du contrat de sous-traitance, mais l'autre cas de figure est également possible même s'il est plus rare. Par exemple, le sous-traitant peut agir contre le maître de l'ouvrage si les retards dans l'exécution du contrat principal dû au maître de l'ouvrage ont causé des préjudices au sous-traitant.

308. La nature délictuelle de l'action en responsabilité entre la victime et le contractant a été justifiée par la volonté de la jurisprudence de protéger la victime. Cette dernière bénéficiait, sous la protection de la nature délictuelle de l'action, de longs délais de prescription, par opposition aux brefs délais en cas d'action contractuelle⁵⁶⁶, ainsi que de ne pas se voir opposer les clauses restrictives et limitatives de responsabilité figurant dans son contrat aussi bien que dans celui du défendeur⁵⁶⁷. On peut en déduire que la qualification délictuelle est considérée comme étant trop avantageuse pour la victime au détriment du défendeur. Elle menace les prévisions légitimes de ce dernier dont la responsabilité serait engagée dans des conditions autres que celles prévues dans son contrat.

légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite ».

⁵⁶⁶ Il convient de noter que l'article 2270-2 de l'ordonnance du 8 juin 2005 écarte la prescription de droit commun et dispose que l'action est enfermée dans les délais de dix ans à compter de la réception de travaux : « *Les actions en responsabilité dirigées contre un sous-traitant en raison de dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionnés aux articles 1792 et 1792-2 se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux et, pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionnés à l'article 1792-3, par deux ans à compter de cette même réception* ». V. Philippe Malinvaud, « *Droits et obligations des sous-traitants dans les marchés privés* », RDI, 2006, 165.

⁵⁶⁷ Christophe Jamin, « *Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français* », in Jacques Ghestin et Marcel Fontaine, *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons Franco-Belges*, LGDJ, 1992, 263 ; Geneviève Viney, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », in Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, 1990, 399.

309. La nature délictuelle de l'action en responsabilité entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage a été adoptée par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts⁵⁶⁸.

310. Ainsi, la Cour de cassation a affirmé cette nature dans une affaire concernant une chaîne de contrats d'entreprises opposant un entrepreneur à un sous-traitant de second rang (sous-traitant du sous-traitant)⁵⁶⁹. Dans ce litige, la société *Gorse* (maître de l'ouvrage) avait confié à la société *S.C.T.P.* (entrepreneur principal) la construction d'un bâtiment. L'entrepreneur principal avait sous-traité les travaux de couverture et d'étanchéité auprès de la société des *Anciens Établissements Lionnet* qui les avait elle-même sous-traités à la société *S.M.A.C. Acieroid*. À la suite de l'apparition d'infiltrations, la *S.C.T.P.*, condamnée par le maître de l'ouvrage à réparer le dommage, avait agi en garantie à l'encontre du sous-traitant de second rang la société *S.M.A.C. Acieroid*. La Cour d'appel de Bourges a considéré que la *S.C.T.P.* n'avait pu exécuter son obligation de résultat en raison du manquement du sous-traitant de second rang, la société *S.M.A.C. Acieroid*, à cette même obligation⁵⁷⁰. Par conséquent, la cour d'appel a admis l'action contractuelle en garantie à l'égard du sous-traitant de second rang. Néanmoins, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la juridiction de second degré, pour manque de base légale, en lui reprochant de ne pas prouver la faute du second sous-traitant selon le régime de la responsabilité délictuelle⁵⁷¹. Dès lors, l'entrepreneur principal pouvait reprocher au sous-traitant de second rang la faute contractuelle mais en se plaçant sous le régime de la responsabilité délictuelle. Selon ce dernier, la faute doit être prouvée, alors que si on se plaçait sous l'égide

⁵⁶⁸ Par exemple Com.17 fév. 1981, Bull. civ. IV, n° 87, Civ. 3^{ème}, 22 juin 1982, Bull. civ. III, n° 164. Pour le développement sur cette question, Patrice Jourdain, « *La responsabilité civile dans les groupes de contrats* », in *Les obligations en droit français et en droit belge : convergences et divergences*, Dalloz, 1994, n° 9.

⁵⁶⁹ Civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989, JCP 1990, II, 15926, note Bouilloux-Lafont ; D. 1991, p. 25, note Kullmann ; Civ. 3^{ème} 22 juin 1988, JCP 1988, II, 21125, note Patrice Jourdain ; Civ. 3^{ème}, 25 janv. 1989, JCP 89, éd. G, IV, III ; Bull. civ. III, n° 21 ; RTD civ. 1989, 551, note Patrice Jourdain ; Civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989, D. 1991, note Jérôme Kullman ; RTD civ. 1990, 289, note Patrice Jourdain ; Civ. 3^{ème}, 6 déc. 1989, Bull. civ. III, n° 229 ; RTD civ. 1990, 288, note Patrice Jourdain. Sur l'ensemble de la jurisprudence relative à la sous-traitance, v. Bertrand Sablier et Joseph-Emmanuel Caro, « *Le guide de la sous-traitance dans la construction* », Moniteur, 1986 ; Jacques Ghestin, note sous l'arrêt *Besse*, D. 1991, p. 549.

⁵⁷⁰ CA Bourges, 18 avr. 1988, n° 1988-04-18.

⁵⁷¹ Sur l'assimilation entre la faute contractuelle et délictuelle en matière de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, v. Christian Larroumet, « *L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels* », JCP, 1988, doctr. 3357.

de la responsabilité contractuelle, il suffirait de prouver que le résultat n'a pas été atteint⁵⁷².

311. La qualification délictuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant a été affirmée également dans un arrêt rendu par l'Assemblée plénière. Dans cet arrêt rendu le 12 juillet 1991⁵⁷³, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé la nature délictuelle de l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage à l'égard du sous-traitant. Cette affaire concerne un litige entre le maître d'ouvrage *M. Besse* et le sous-traitant *M. Patrois* pour les malfaçons de son travail de plomberie, dix ans après la réception des travaux de construction d'un immeuble d'habitation. Selon une responsabilité contractuelle, cette action est forclose, alors que selon la qualification délictuelle, le délai de prescription est de trente ans⁵⁷⁴. L'arrêt de la Cour d'appel a déclaré 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 dernière que d'une action nécessairement contractuelle, dans la limite de ses droits*

⁵⁷² Bouilloux-Lafont note sous l'arrêt, JCP 1990, II, 15926.

⁵⁷³ Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, Bull. assemblée plénière n° 5, JCP, 1991, II, 21743, note Geneviève Viney ; D. 1991, jurisprudence p. 549, note Jacques Ghestin ; JCP 1991, II, 218, note Christain Larroumet ; D. 1992, p. 119, note Alain Bénabent ; RJDA 1991, 583, conclusion Mounier ; rapport P. Leclercq ; Defrénois 1991, 130, note Jean-Luc Aubert ; RTD civ. 1991, 750, note Patrice Jourdain ; RTD civ. 1992, p. 90, note Jacques Mestre ; Christian Larroumet, « *L'effet relatif des contrats et la négation d'une action nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels* », JCP 1991, I, 3531 ; Patrice Jourdain, « *La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'assemblée plénière du 12 juillet 1991* », D. 1992, chr., p. 149 ; Christophe Jamin, « *Une restauration de l'effet relatif du contrat à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991, Besse* », D. 1991, chr., p. 257 ; Bernard Boubli, « *Transfert de propriété et responsabilité dans les groupes de contrats* », RDI 1992, p. 27 ; Séverin Abbaticci, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016, n° 228. En effet, cet arrêt a été largement commenté puisqu'il est rendu afin de trancher une controverse entre la première et la troisième chambre de la Cour de Cassation : la première était en faveur d'une qualification contractuelle (voir *infra*, la qualification contractuelle, n° 360 et s.), alors que la troisième chambre était toujours fidèle au principe de l'effet relatif des conventions. Cet arrêt a mis fin à la qualification contractuelle de la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant depuis 1991 et jusqu'aujourd'hui. On suivra avec intérêt l'évolution de la position de la Cour de cassation dans les années à venir après, d'une part, les décisions rendues très récemment par la Cour de Justice de l'Union européenne en se penchant vers une qualification contractuelle entre les parties et les tiers. V. *infra* n° 383 et s. les arrêts *Flightright*, n° C-274/16, CJUE 7 mars 2018 ; *Féniks*, n° C-337/17, CJUE 4 oct. 2018, et d'autre part, l'entrée en vigueur du projet de la réforme de droit de responsabilité civile dont son article 1234 permet au tiers de reprocher à une partie une faute contractuelle sur le fondement d'une action contractuelle. L'article dispose que « *toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite* ».

⁵⁷⁴ V. *supra* note 572.

*et de l'engagement du débiteur substitué »*⁵⁷⁵. La Cour a déduit que « *le sous-traitant pouvait opposer au maître de l'ouvrage tous les moyens de défense tirés du contrat de construction conclu entre ce dernier et l'entrepreneur principal ainsi que des dispositions légales qui le régissent, en particulier la forclusion décennale* ». Le maître de l'ouvrage a pourvu en cassation qui a cassé l'arrêt dans une décision très brève. La Cour de cassation a commencé par rappeler solennellement l'article 1165 du Code civil en déclarant que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre parties contractantes* », puis elle a censuré la Cour d'appel pour avoir adopté le régime contractuel à la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, en affirmant qu'« *en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

312. La Cour de cassation, dans de cet arrêt⁵⁷⁶, a préféré se rattacher à une conception plus traditionnelle de l'effet relatif des conventions, selon laquelle la responsabilité entre les parties et les tiers ne doit être que délictuelle⁵⁷⁷. M^{lle} Viney affirme, dans son commentaire sous l'arrêt, que le maître de l'ouvrage pouvait dans ce litige reprocher au sous-traitant une faute contractuelle, mais par le truchement d'une action délictuelle soumise au régime délictuel⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ En effet, la motivation de la Cour d'appel était fondée sur un arrêt rendu par la Cour de cassation énonçant ces mêmes principes exactement. V. décision Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 69, *infra* note 676.

⁵⁷⁶ Tous les arrêts s'y sont rangées : Civ. 1^{ère}, 23 juin 1992, n° 91-11.091, Bull. Civ. III, n° 319 ; Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1992, n° 91-10.162, Bull. civ. I, n° 221 ; Com. 4 mai 1993, n° 91-18.670, Bull. Civ. IV, n° 173 ; Civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, Bull. civ. I, n° 221 ; Civ. 3^{ème}, 10 janv. 2001, RDI 2001, 179. Pour l'ensemble des décisions, v. Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Droit privé : exécution* », in Philippe Malinvaud, « *Droit de la construction* », Paris, Dalloz, 2018, dossier 512.71 et 512.142 ; Philippe Malinvaud, « *La mauvaise exécution du contrat de sous-traitance est une faute délictuelle à l'égard du maître de l'ouvrage* », RDI, 2001, 178 ; Philippe Malinvaud, « *Droits et obligations des sous-traitants dans les marchés privés* », article *op. cit.*

⁵⁷⁷ Sauf dans les chaînes de contrats, translatives de propriété, la jurisprudence permet une action contractuelle en se fondant sur la transmission de l'action au sous-acquéreur étant censée transmise avec la chose dont elle garantit la qualité et la conformité aux stipulations du contrat. Dès lors, après l'arrêt *Besse*, l'action directe, entre les parties extrêmes, est délictuelle dans les chaînes non translatives de propriété comme la chaîne de contrats d'entreprise, alors qu'elle est contractuelle dans les chaînes translatives de propriété comme une chaîne de contrats de vente. Pour plus de détails, v. les commentaires sous l'arrêt *Besse* ; Sarah Bros, « *Action directe dans les groupes de contrats* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 193, 2008 ; François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats* » Thèse *op. cit.* p. 115 et s. ; Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.* Toutefois, un revirement partiel de la nature contractuelle a été fait par la Cour de cassation qui a affirmé dans un arrêt la nature délictuelle de la relation liant le maître d'ouvrage avec le fournisseur du sous-traitant : arrêt *Haironville*, Civ. 3^{ème}, 28 mars 2001, n° 96-17.756, NP, CCC. 2001, n° 118, note Laurent Leveneur.

⁵⁷⁸ Geneviève Viney, sous Ass. Plén. 12 juill. 1991, JCP, 1991, II, 21743.

313. La nature délictuelle de l'action entre les parties extrêmes des chaînes de contrats, dont la sous-traitance, a été affirmée dans des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne. Les décisions de la Cour de justice ne présentent pas seulement l'intérêt de qualifier l'action entre les parties et les tiers, mais l'intérêt de ces arrêts réside, également, dans l'abandon partiel du principe de la qualification *lege fori* en faveur de la qualification *lege europea* (B).

B- La qualification *lege europea* de l'action en responsabilité

314. La Cour de justice a eu l'occasion d'intervenir concernant la nature de l'action directe entre les parties et les tiers dans plusieurs arrêts. Dans ces arrêts, elle avait défini la matière contractuelle d'une manière autonome par rapport aux notions données dans les différents pays nationaux (1). Les arrêts de la Cour de justice étaient d'une portée générale, de telle manière que même s'ils étaient rendus par rapport aux conflits de juridictions en d'autres matières que la sous-traitance, la doctrine estime qu'ils s'étendaient au conflits de lois en matière des préjudices à l'égard des tiers (2).

1- La qualification délictuelle de l'action en responsabilité en droit européen

315. Dans deux décisions, la Cour de justice a pu intervenir sur la question de l'action en responsabilité intentée par un tiers pour un préjudice contractuel. Dans la première décision, l'arrêt *Jackob Handte*, la Cour de justice avait exclu la qualification contractuelle par rapport à l'action intentée entre le demandeur et le défendeur dès lors qu'il n'existe pas *un engagement librement assumé* entre eux (a). Par ailleurs, la nature délictuelle de cette action n'a été affirmée par la Cour de justice que lors de la seconde décision, la *Réunion Européenne* (b).

a- La négation de la nature contractuelle de l'action entre une partie et un tiers

316. L'arrêt *Jackob Handte*⁵⁷⁹ concerne un litige opposant la société *TCMS* (sous-acquéreur) contre : la sociétés *Bulla* (vendeur direct), la société *Handte*

⁵⁷⁹ CJCE 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jakob Handte et Cie GmbH (Sté) c. Traitements mécano-chimiques des surfaces (Sté)*, D. 1993, 214, note Jérôme Kullmann ; RCDIP 1992. 726, note Hélène Gaudemet-Tallon ; RTD civ. 1993, 131, note Patrice Jourdain ; RTD eur. 1992, 709, note Pascal de Vareilles-Sommières ; JDI 1993, p. 469, note Jean-Marc Bischoff.

France (vendeur intermédiaire) et la société *Handte Allemagne* (fabricant). Il ressort du litige que la société des traitements mécano-chimiques (*TCMS*) a acheté à la société *Bulla* deux machines à polir les métaux, auxquelles elle a ajouté un système d'aspiration fabriqué par la société *Handte Allemagne*, vendu et installé par la société *Handte France*. La société *TCMS* a assigné la société *Bulla* ainsi que les sociétés *Handte Allemagne* et *Handte France* en réparation du préjudice subi lors de l'installation des machines.

317. La Cour d'appel, saisie du litige, a déclaré la relation entre la société *TCMS* et *Handte Allemagne* de nature contractuelle par une transposition des solutions en droit interne, ce qui a été contesté par le fabricant *Handte Allemagne* qui s'est pourvu en cassation. La Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et d'envoyer à la Cour de justice la question suivante : « *L'article 5, point 1 de la Convention, prévoyant une règle de compétence spéciale en matière contractuelle, est-il applicable au litige opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant, qui n'est pas le vendeur, en raison des défauts de la chose ou d'impropriété de celle-ci à l'usage auquel elle est destinée ?* »⁵⁸⁰.

318. La Cour de justice des Communautés européennes a affirmé, dans le présent arrêt, que « *s'agissant de l'action que le sous-acquéreur d'une marchandise achetée auprès d'un vendeur intermédiaire engage contre le fabricant en vue d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la non-conformité de la chose, il importe de constater qu'il n'existe aucun lien contractuel entre le sous-acquéreur et le fabricant* »⁵⁸¹. L'absence du lien contractuel entre les parties extrêmes est justifiée, selon la Cour de justice des Communautés européennes, par le fait que les obligations contractuelles des parties peuvent varier d'un contrat à l'autre. Ainsi, les droits contractuels que le sous-acquéreur peut faire valoir à l'encontre de son vendeur intermédiaire, ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux que le fabricant a assumés dans sa relation à l'égard du même vendeur intermédiaire. Par conséquent, pour des raisons de prévisibilité et de sécurité, l'action ne peut être

⁵⁸⁰ L'article 5 de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dispose que « *Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré, dans un autre État contractant : 1- En matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ; 3- En matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit* ».

⁵⁸¹ Point 16 de l'arrêt.

qualifiée de contractuelle⁵⁸², à moins qu'il y ait « *un engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »⁵⁸³.

319. La Cour de justice des Communautés européennes a estimé que ce dernier critère, établi pour définir la notion contractuelle, doit être adopté d'une manière autonome dans tous les pays européens, quelle que soit la divergence entre leurs droits nationaux. Elle a souligné que la qualification est un « *complément nécessaire* »⁵⁸⁴ à la mise en œuvre des textes européens. Dès lors, elle ne doit pas être opérée *lege fori* mais *lege europea* pour garantir une uniformisation des textes européens au sein de l'Union européenne⁵⁸⁵.

320. En étendant les dispositions établies par la Cour de justice dans la décision *Handte* à la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, on constate l'absence d'un engagement librement assumé entre les deux parties et, dès lors, l'action en responsabilité ne peut être qualifiée de contractuelle.

321. L'exclusion de la qualification contractuelle par rapport à l'action en responsabilité entre une partie et un tiers signifie-t-elle qu'elle est délictuelle ? La réponse n'était pas évidente⁵⁸⁶. La question n'avait pas trouvé de réponse jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes ait statué dans sa décision de *Réunion Européenne (b)*.

⁵⁸² Point 19 de l'arrêt.

⁵⁸³ Point 15 de l'arrêt.

⁵⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 30 oct. 1962, RCDIP 1963, 387, note Francescakis.

⁵⁸⁵ La Cour de justice dans l'arrêt *Jackob Handte* a affirmé les mêmes principes adoptés lors des décisions précédentes. Les décisions *Peters*, 22 mars 1983, aff 34/82, Rec 1539, concl. Gordon Slynn, Clunet, 1989, 453, RCDIP 1983, 663, note Hélène Gaudemet Tallon, et *ARCADO*, 8 mars 1988, RCDIP 1988, 610, note Hélène Gaudemet Tallon.

⁵⁸⁶ Lors de cette affaire la Cour de Justice s'est contentée de répondre à la question de la Cour de cassation, à savoir que l'action n'est pas contractuelle, sans préciser qu'elle est délictuelle. Selon M^{me} Gaudemet-Tallon, le silence de la Cour de Justice peut être justifiée par l'une des deux hypothèses : soit que la Cour s'est référée à la jurisprudence précédente selon laquelle, tout ce qui n'est pas contractuel est délictuel (Arrêt *Kalfelis* du 27 septembre 1988, aff. 189/87, RCDIP 1989, p. 112 note Gaudemet Tallon), soit qu'elle a préféré le retour à l'article 2, qui édicte le principe général de compétence au tribunal de la résidence habituelle du défendeur, quand le litige n'est ni contractuel ni délictuel, Hélène Gaudemet Tallon, son commentaire sous l'arrêt *Handte*, RCDIP 1992, p. 726.

b- L'affirmation de la nature délictuelle de l'action entre une partie et un tiers

322. La décision de la *Réunion Européenne*⁵⁸⁷ a confirmé les mêmes principes édictés par la Cour de justice lors de l'arrêt *Jackob Handte*, mais par rapport à un contrat de sous-traitance de transport.

323. Un connaissement a été conclu entre la société *Brambi fruits* (ayant son siège en France) et la société *RCC* (ayant son siège en Australie) pour le transport de huit conteneurs de poires d'Australie jusqu'en France. La société *RCC* a réalisé le transport maritime de Melbourne jusqu'à Rotterdam par le navire *Albasgracht Voo2*, puis a confié le transport terrestre à la société *Spliethoff's* (siège à Amsterdam) qui a transporté les conteneurs de Rotterdam à Rungis. La société *Brambis* a constaté que les produits étaient avariés, elle a demandé l'indemnité à son assureur (la *Réunion européenne* et neuf autres assureurs) qui l'ont subrogée dans ses droits. Ils se sont retournés contre la société *RCC* (le contractant direct) ainsi que la société *Spliethoff's* et le capitaine du navire domiciliés aux Pays-Bas, en tant que sous-contractants.

324. Le tribunal de commerce de Créteil a admis sa compétence à l'égard de la société *RCC*, aux motifs que les marchandises ont été livrés à Rungis. En revanche, il s'est déclaré incompétent à l'égard des deux sous-contractants. La Cour d'appel a confirmé le jugement du premier degré. Les assureurs se sont, donc, pourvus en cassation. La Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de poser un certain nombre de questions à la Cour de justice. Elle a, tout d'abord, interrogé la Cour sur le point de savoir si la compétence entre le destinataire des

⁵⁸⁷ CJCE 27 oct. 1998, aff. C-51/97 ; *Nav. Alblasgracht VOO2*, n° 1998 I-06511 ; DMF 1999, 9, note Philippe Delebecque ; RCDIP 1999, 322, note Hélène Gaudemet-Tallon. V. la décision de la Cour de cassation dans cette affaire, adoptant la même solution : Com. 16 mars 1999, n° 95-12.136. V. aussi la décision CJUE, 7 fév. 2013, (*Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres*), C-543/10, Rec., 2013, p. 62. En l'espèce, le contrat comporte une clause attributive de juridiction. La question était de savoir si une telle clause est opposable au tiers. La Cour de Justice a répondu par la négative en soulignant que « *Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, le rapport de succession entre l'acquéreur initial et le sous-acquéreur ne s'analyse pas dans la transmission d'un contrat unique (...). Dans une telle hypothèse, les obligations contractuelles des parties peuvent varier d'un contrat à l'autre, de sorte que les droits que le sous-acquéreur peut faire valoir à l'encontre de son vendeur immédiat ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux que le fabricant a assumés dans ses relations avec le premier acheteur* », point 37 de l'arrêt. Sur plus de détails, v. Pauline d'Argent, « *Droit international privé et sous-traitance internationale. Quelle place pour l'action du sous-traitant* », Mémoire, Université catholique de Louvain, 2016-2107, p. 33.

marchandises ou son assureur et le sous-transporteur relève de l'article 5.1 (matière contractuelle) ou de l'article 5.3 (matière délictuelle).

325. La Cour de justice a confirmé la définition de la matière contractuelle adoptée dans l'arrêt *Jackob Handte*, en ce sens, qu'il faut qu'il « *y ait un engagement librement assumé d'une partie envers une autre* », et, à défaut, la Cour de Justice a précisé que l'action relève de la nature délictuelle⁵⁸⁸. En donnant cette précision, la Cour de justice a confirmé la décision *Kalfelis*⁵⁸⁹ qui donne une notion résiduelle de la nature délictuelle. Selon cette dernière, la notion délictuelle et quasi-délictuelle au sens de l'article 5.3 concerne « *toute demande qui vise à mettre en cause la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5.1* »⁵⁹⁰.

326. Dès lors, selon les décisions de la Cour de justice, en cas d'absence d'un engagement librement consenti entre le demandeur et le défendeur, l'action est délictuelle. Comme on a eu l'occasion de le souligner, la Cour de justice, par ces arrêts, a voulu garantir une application unifiée au sein de l'Union européenne de la notion contractuelle. Elle tend à une interprétation *lex europeae*⁵⁹¹ qui se fonde sur les principes communs dans les pays de la communauté européenne⁵⁹². La Cour a affirmé que : « *la notion contractuelle doit être interprétée d'une façon autonome en se référant principalement au système et aux objectifs de la Convention de Bruxelles en vue d'assurer l'application uniforme de celle-ci dans les États contractants* »⁵⁹³. La définition autonome adoptée par la Cour de justice de la nature contractuelle de l'action prohibe une interprétation divergente des différents droits

⁵⁸⁸ Point 22 de l'arrêt *Réunion européenne*, point 18 de l'arrêt *Kalfelis*.

⁵⁸⁹ CJCE 27 sept. 1988, aff. 189/87, Rec. 5565.

⁵⁹⁰ Point 22 de l'arrêt de la *Réunion européenne* et point 18 de l'arrêt *Kalfelis*.

⁵⁹¹ *Lege Communautaris à l'époque*, v. supra note 533.

⁵⁹² François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 1995, p. 220.

⁵⁹³ Point 10 de l'arrêt.

internes⁵⁹⁴, entre ceux qui adoptent une lecture souple du principe de relativité des conventions et d'autres qui donnent une interprétation plus rigoureuse⁵⁹⁵.

327. Par conséquent, la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, selon la qualification *lege europea* révélée par les décisions précédentes, est de nature délictuelle qui appelle l'application des règles de conflits de lois applicables aux obligations non contractuelles afin de régir la responsabilité réciproque entre les parties extrêmes.

⁵⁹⁴ En droit interne, le sous-acquéreur, jouit d'une action contractuelle à l'égard du fabricant. V. *supra* note 577. Cette position de la juridiction française est considérée par la Cour de Justice comme unique par rapport aux droits européens. L'avocat général donne, à ce propos, l'exemple du droit anglais qui est très attaché au principe de l'effet relatif des conventions connu sous le nom de « *doctrine of the privity of contract* » et c'est la même position du droit irlandais, allemand, italien, espagnol, portugais, grec, danois et néerlandais, (point 17 de l'arrêt). En revanche, M. Bauerreis estime que le mécanisme de l'action directe, si familier en droit français, belge et Luxembourgeois, est loin d'être complètement méconnu dans d'autres systèmes juridiques tels que les droits nordiques, autrichien, espagnol et même américain, Jochen Bauerreis, « *Le rôle de l'action directe dans les chaînes internationales de contrats* », RCDIP 2000, p. 331, et les références citées. Les juridictions françaises se fondent sur la théorie de l'accessoire pour justifier la nature contractuelle de l'action directe entre le sous-acquéreur et le fabricant. Cette théorie signifie que l'action se transmet avec la chose vendue. Pour plus de détails sur la théorie de l'accessoire et les critiques qui lui sont adressées, v. Mireille Bacache-Gibelli, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1996, p. 195 et s. ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, pp. 260-262, p. 280 et s. ; François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 42 et s.

⁵⁹⁵ Il convient de constater que la Cour de cassation n'a pas changé sa position en droit interne après les arrêts rendus par la Cour de Justice. Sur le plan interne, la relation entre le sous-acquéreur et le fabricant est toujours contractuelle. Tandis que sur le plan international, la Haute Juridiction considère l'action du sous-acquéreur à l'égard du fabricant comme délictuelle en matière de conflits de juridictions et contractuelle en matière de conflits de lois. V. en matière de conflits de juridictions : Com. 18 oct. 1994, n° 92-16.861, RCDIP 1995, 721, note Anne Sinay-Cytermann ; Com. 23 mars 1999, n° 97-11.884, RCDIP 2000, 224, note F. Leclerc ; Civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 08-12.482, v. Philippe Le Tourneau, « *Groupes de contrats* », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2018-2019, chapitre 3116. Par ailleurs, en matière de conflits de lois : Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-17.359, D. 1996, 171, note Bernard Audit ; Civ. 3^{ème}, 16 janv. 2013, n° 11-13.509, RCDIP 2013, 620 note Dominique Bureau. Pour plus de détails sur la dichotomie de la position de la Cour de cassation, v. Vincent Heuzé, « *De la loi applicable aux recours en garantie exercés dans le cadre d'un groupe de contrats* », RCDIP, 1996, 332 ; Hélène Gaudemet-Tallon et Fabienne Jault-Seseke, « *Droit international privé* », Mars 2013 - mars 2014, D. 2014, 1059 ; Christophe Jamin, « *La relativité du lien obligatoire. L'extension de la force obligatoire du contrat. L'action directe* », in Jacques Ghestin, *Droit des obligations*, JCP 1993, 2481. Selon M. Jamin, « *il est aujourd'hui certain que la Cour de cassation n'entend pas revenir sur des solutions plus anciennes (depuis Cass. Civ. 12 nov. 1884, DP 1885, I, 375) aux termes desquelles tant le sous-acquéreur que le maître de l'ouvrage, parce qu'ils jouissent de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartiennent à leur auteur peuvent exercer une action de nature contractuelle à l'encontre d'un vendeur antérieur* »,

328. C'est en matière de conflit de juridiction que la Cour a donné cette définition. Il convient d'examiner maintenant si les mêmes solutions seront adoptées en matière de conflits de lois (2).

2- L'unification de qualification en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions

329. Selon certains auteurs, il faut éviter tout « *automatisme* »⁵⁹⁶ entre la réglementation des conflits de lois et des conflits de juridiction. Chacune des branches poursuit des objectifs différents qui peuvent justifier une différence d'interprétation, et dès lors, une dualité de qualifications, « *on pourrait donc être tenté de conclure à une curieuse dualité de qualifications dans les rapports d'un sous-acquéreur et d'un vendeur originaire : ceux-ci donneraient lieu à une action délictuelle aux fins de détermination d'une compétence juridictionnelle, mais contractuelle au plan des conflits de lois* »⁵⁹⁷.

330. Néanmoins, la dissociation des qualifications entre le conflit de lois et le conflit de juridictions est peu probable⁵⁹⁸. On ne peut pas qualifier une action de délictuelle en matière de conflits de juridictions, et contractuelle en matière de conflits de lois. Si la Cour de justice avait eu l'opportunité de rendre des décisions en matière de conflits de juridictions, elle aurait procédé de la même manière en matière de conflits de lois⁵⁹⁹. Cette analyse trouve appui dans le préambule des Règlements Rome I et Rome II⁶⁰⁰, dont le considérant 7 invite à assurer une cohérence entre le règlement de conflits de lois et le règlement de compétence

⁵⁹⁶ Les Conclusions de L'avocat général Mme Trstenjak, CJUE 15 mars 2011, *Koelzsch*, C-29/10, *Rec.*, 2011, point 83 : « *nous ne plaidons pas pour une uniformité générale de l'interprétation de l'ensemble des notions identiques ou comparables dans les conventions de Rome et de Bruxelles. Il est, selon nous, important de souligner avant tout qu'il n'est pas possible de partir d'une supposition générale que toutes les notions identiques ou comparables doivent être interprétées de manière uniforme. Il faut au contraire toujours traiter la question de l'interprétation uniforme dans le cadre de chaque cas individuel* ».

⁵⁹⁷ Bernard Audit, dans sa note sous Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93- 17.359, D. 1996, p. 171.

⁵⁹⁸ David Sindres, « *La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé* », JDI, n° 2, 2010, 411.

⁵⁹⁹ Pour un développement sur ce point, v. Etienne Pataut, « *Définition du lien contractuel déterminant la compétence juridictionnelle au regard de la Convention de Bruxelles* », RCDIP, 2000, 67.

⁶⁰⁰ Règlement Rome I n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ; Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

judiciaire⁶⁰¹. D'ailleurs, la Cour de justice a affirmé le principe d'interprétation cohérente des textes du droit international privé européen dans les deux arrêts *Ergo*⁶⁰² et *Amazon*⁶⁰³. Par conséquent, la solution dégagée en matière de conflits de juridictions sera étendue aux conflits de lois, surtout que la Cour de justice est compétente pour interpréter la Convention de Rome⁶⁰⁴.

331. Pour conclure, l'action entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant est de nature délictuelle, que ce soit selon la qualification *lege fori* ou selon la qualification *lege europea*.

332. La qualification délictuelle appelle les règles applicables aux obligations non contractuelles. Ces règles sont déterminées par le Règlement Rome II en Europe, et l'article 21 du Code civil égyptien (§ 2).

⁶⁰¹ Le considérant 7 dispose que « le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (5) (Bruxelles I) et les instruments relatifs à la loi applicable aux obligations contractuelles ». Tristan Azzi, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », D. 2000, 1621 ; « De quelques difficultés d'application de l'article 5.1, b, du règlement Bruxelles I en matière de contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire », D. 2010, 1837 ; Hélène Gaudemet Tallon, « Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 », LGDJ, 2010, n° 183, p. 177. M^{me} Tallon a estimé qu'il est souhaitable que les textes qui sont à la base d'un véritable droit international privé européen, soient souvent que possible interprétés de façon convergente et en particulier que la notion de matière contractuelle ait la même signification pour les conflits de lois et les conflits de juridictions ; en ce sens, Alexandre Henry « Qualification et conflits de juridiction », Thèse dactyl. Reims 2005, p. 379 et s. : « les lacunes liées à la question de qualification de compétence internationale conduisent d'abord à élaborer des principes propres de qualification juridictionnelle. Ni assimilés aux principes de qualification interne, ni aux principes de qualification législative, ces principes tiennent compte des impératifs spécifiques des conflits de lois et du droit des conflits de juridictions, une fois ces principes élaborés, il est nécessaire d'adopter une approche pragmatique qui permet l'unité de qualifications afin d'éviter les incohérences et les ruptures entre la qualification législative et la qualification juridictionnelle » ; v. dans le même sens, François Leborgne, « L'action en responsabilité dans les groupes de contrats », Thèse op. cit., p. 224.

⁶⁰² CJUE 21 janv. 2016, aff. C 359/14 et C-475/14, *Ergo Insurance SE c. If P&C Insurance AS et Gjaensidige Baltic AAS c. PZU Lietuva UAB DK*, D. 2016, 1045, note Hélène Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke.

⁶⁰³ CJUE 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *VKI c. Amazon EU*, D. 2016. 2315, note Fabienne Jault-Seseke.

⁶⁰⁴ Cette compétence est établie après la ratification de la Belgique en 2004 de deux protocoles : le premier n° 89.128 concernant l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome, le 19 juin 1980 et le second n° 89.129 attribuant à la Cour de justice des communautés européennes certaines compétences en matière d'interprétation de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980. Les pays n'étaient pas d'accord entre ceux qui étaient favorables à la compétence en interprétation comme les Pays-Bas et ceux qui ne l'étaient pas comme l'Irlande. Il fallait attendre la ratification de la Belgique pour que la Cour dispose cette compétence. JO L 48, du 20 févr. 1989, pp. 1-6 et pp. 17-22. V. Maud Minois, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations », Thèse de doctorat, Université Sorbonne Paris, 2016, p. 164.

§ 2 – La loi applicable à l'action délictuelle en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

333. L'exposé de la loi applicable à l'action directe en responsabilité (A) précédera celui des critiques qui lui sont adressés (B).

A- La loi applicable à l'action délictuelle selon le Règlement Rome II et le droit égyptien

334. Les règles régissant les obligations non contractuelles sont définies par le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles du 11 juillet 2007⁶⁰⁵. Ce Règlement fixe des critères de rattachement souples, applicables aux obligations non contractuelles. Or, l'innovation du Règlement Rome II se manifeste par la prise en compte du principe de l'autonomie de la volonté dans ce domaine.

335. En vertu de l'article 14 de ce Règlement⁶⁰⁶, les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle. Par cet article, le Règlement Rome II a consacré le principe de l'autonomie de la volonté aux parties non liées par un accord commun, ce qui est considéré par la doctrine comme une véritable révolution⁶⁰⁷.

336. En droit égyptien, cette faculté n'existe pas⁶⁰⁸. Par ailleurs, en droit français, avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome II⁶⁰⁹, les parties n'avaient la

⁶⁰⁵ Sur le Règlement Rome II, v. entres autres, « *Le Règlement Communautaire Rome II, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* », Actes du colloque organisé le 20 septembre 2007 à l'Université de Bourgogne par le Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, sous la direction de Sabine Corneloup et Nathalie Joubert, LexisNexis, 2008 ; Joseph Jehl, « *Responsabilité extracontractuelle* », JCl. Droit international, 2018 ; Carine Brière, « *Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)* », JCl. Europe Traité, Fasc. 3206, 2019 ; André Giudicelli, « *Conflits de lois dans l'espace* », in Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2018, Chapitre 4131 ; Olivera Boskovic, « *Loi applicable aux obligations non contractuelles : matière civile et commerciale* », Répertoire de droit européen, Dalloz, 2010.

⁶⁰⁶ L'article 14 du Règlement Rome II dispose que « *les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle: a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage; ou b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers* ».

⁶⁰⁷ Olivera Boskovic, « *L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II* », D. 2009, 1639.

⁶⁰⁸ Le refus de ce choix en droit égyptien est justifié par la volonté du législateur de protéger la victime dans l'action en responsabilité qui est considérée comme plus faible par rapport au responsable et dès lors il ne pourra pas négocier un tel choix, Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La loi du contrat international* », *Dar Alnahda Alarabeya*, Égypte, 2008, n° 843, p. 1176.

⁶⁰⁹ En vertu de l'article 31 du Règlement, « *le présent règlement s'applique aux faits générateurs de dommages survenus après son entrée en vigueur* ». La date d'entrée en vigueur est fixée par l'article 32 : « *le présent règlement est applicable à partir du 11 janv. 2009* ». Pour l'application *ratione a*

possibilité de déroger à la loi normalement applicable que dans un cadre procédural. Cela signifie que dans un litige international, les parties avaient le droit de faire fi du caractère international du litige et renonçaient à l'application de la loi normalement applicable au profit de la loi du for⁶¹⁰. Pourtant, le Règlement Rome II consacre une véritable autonomie de la volonté en la matière.

337. Dès lors, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant peuvent désigner la loi régissant leur relation non contractuelle, soit avant soit après la survenue du dommage. Ce choix a véritablement l'avantage de protéger les prévisions légitimes des parties et la sécurité des solutions, ainsi que d'éviter le temps et les coûts des procédures. La loi choisie par les parties extrêmes à l'action en responsabilité dans une opération de sous-traitance peut être la loi régissant un de leurs contrats, c'est-à-dire la loi du contrat principal ou celle du contrat de sous-traitance ou la loi nationale d'une des parties ou, en général, une autre loi⁶¹¹ que les parties estiment conforme à leurs intérêts⁶¹².

338. À défaut de choix, la loi applicable à l'obligation non contractuelle est régie par l'article 4 du Règlement Rome II⁶¹³. Selon cet article, l'obligation non contractuelle est régie par *la lex loci delicti*, en précisant que cette dernière signifie la loi du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit.

339. Dès lors, dans une action directe intentée par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, la loi applicable est celle où le dommage est survenu, ce que l'on appelle la *lex injurea*, quelle que soit la loi du pays où le fait générateur du dommage se produit, ce que l'on appelle *la lex actus*⁶¹⁴.

temporis, v. la décision Civ. 1^{ère}, 5 sept. 2018, *Sté Yachting Conseil c. Sté MAN*, note Etienne farnoux, RCDIP, 849.

⁶¹⁰ Civ. 1^{ère}, 19 avr. 1988, RCDIP 1989, p. 68, note Henri Batiffol.

⁶¹¹ Est-ce que les parties ont la possibilité de choisir des règles non étatiques comme les principes de droit européen de responsabilité civile (*Principles of European Tort Law*) ? Cette possibilité est envisageable selon M. Boskovic mais dans les limites des dispositions impératives de la loi objectivement applicable, Olivera Boskovic, « *L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II* », article *op. cit.*

⁶¹² On peut douter l'existence d'un véritable choix dans ce cas, vu la variabilité des forces économiques entre les deux parties au détriment probablement du sous-traitant, *ibid.*

⁶¹³ L'article 4 dispose que, « *Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* ».

⁶¹⁴ Les auteurs pendant longtemps ont hésité en cas de survenance d'un délit complexe entre les deux lois : selon Bartin, la loi du survenance du dommage permet de respecter les prévisions de

340. Afin de mieux comprendre l'importance de ce choix entre les deux rattachements, on reprend l'affaire précitée, présentée devant *The Court of Appeal* anglais⁶¹⁵. Rappelons brièvement les faits : un contrat de maçonnerie avait été conclu entre un maître d'ouvrage et un entrepreneur principal anglais. Ce dernier a conclu un contrat de sous-traitance pour obtenir une consultation à propos d'une tâche apparue sur le bâtiment. Le sous-traitant, résidant en Ecosse, avait donné le conseil d'utiliser l'acide oxalique ce qui a aggravé les dégâts sur l'immeuble. Dans ce litige, si le maître de l'ouvrage avait choisi d'agir directement contre le sous-traitant, la loi applicable à l'obligation non contractuelle en vertu du Règlement Rome II aurait été la loi du lieu de l'immeuble⁶¹⁶. On constate, dans ce litige, que le pays du fait générateur du dommage (*lex actus*), lieu où le sous-traitant a donné son conseil d'utiliser l'acide oxalique, était différent de celui où le dommage est survenu (loi du lieu de l'immeuble). Le Règlement Rome II, en désignant la *lex injurea* quelle que soit la *lex actus*, a voulu éviter les problèmes de délit complexe qui surviennent, comme dans l'exemple donné, si le pays du fait générateur du dommage est différent de celui où le dommage est survenu.

341. En droit international privé commun en France, avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome II, la *lex loci delicti* était également adoptée⁶¹⁷. Néanmoins, en cas de survenance d'un délit complexe, la jurisprudence estimait que la loi du fait

l'auteur de dommage qui pourra prévoir la loi régissant l'action intentée à son égard, v. *Bartin*, « *Principes de droit international privé* », Éditions *Domat-Montchrestien*, 1930, T. II, p. 417, cité par François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 452 et s. Cette opinion a été critiquée par d'autres auteurs, en estimant que si la *lex actus* respecte les prévisions légitimes de l'auteur du dommage, elle sacrifie celles de la partie lésée. Dès lors, le doyen Batiffol préconisait l'application de la *lex injurea* en estimant que « *le dommage est le point de l'intervention du droit civil et sa réparation en est l'aboutissement* ». De plus, le fait générateur du dommage est parfois une omission dont il sera impossible de le localiser, v. *Henri Batiffol*, « *Aspects philosophiques du droit international privé* », Paris, Dalloz, 1956, n° 107, p. 239.

⁶¹⁵ *Supra* n° 141, *Ennstone Building Products Ltd c. Stanger Ltd*, 2002, *EWCA Civ. 916*, 2002, 1, *WLR 3059*, CA.

⁶¹⁶ Il convient de préciser qu'en l'espèce l'action était intentée par l'entrepreneur contre son contractant, le tribunal a déclaré la loi de la résidence habituelle du sous-traitant applicable au litige, v. *supra* n° 141.

⁶¹⁷ La Cour de cassation française, lors de l'arrêt *Lautour*, avait décidé en ce sens dans sa décision rendue le 25 mai 1948. La Haute Juridiction avait décidé qu'« *en droit international privé, la loi territoriale compétente pour régir la responsabilité civile extracontractuelle de la personne qui a l'usage, le contrôle et la direction de la chose est la loi du lieu où le délit a été commis* ». V. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1948, RCDIP 1949, 89, note *Henri Batiffol*. Cette décision a été confirmée dans des arrêts ultérieurs, v. par exemple, l'arrêt *Kieger* du 30 mai 1967, Civ. 1^{ère}, 30 mai 1967, RCDIP, 728, note *Pierre Bourrel*. Dans ce dernier, la Cour de cassation a décidé que « *la loi locale est compétente quelle que soit la nationalité des intéressés* » ; Civ. 1^{ère}, 5 juin 1971, JDI 1972, 73, note *R. Dayant* ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1976, JDI, 1977, 91, note *Bernard Audit*.

générateur du dommage et celle où le préjudice est survenu auront une vocation égale à s'appliquer. Elle octroyait au principe de proximité le soin de départager les deux lois⁶¹⁸. En revanche, si l'obligation non contractuelle était liée à l'exécution d'un contrat, comme c'est le cas de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, le principe de proximité pouvait appeler l'application de *la lex contractus* du défendeur⁶¹⁹.

342. L'adoption de la *lex contractus* en matière d'obligation non contractuelle a été illustrée dans l'affaire *Bureau Veritas* présentée devant la première chambre civile de la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome II⁶²⁰. Dans cette affaire, des marchandises avaient été perdues à Madagascar lors du naufrage du navire effectuant leur transport du Gabon vers la Chine. L'assureur, subrogé dans les droits du destinataire, a intenté une action contre la société de classification (ayant son siège en France) en lui reprochant un manquement au contrat la liant à l'armateur du navire⁶²¹. La Cour de cassation a qualifié l'action de délictuelle. Afin de déterminer la loi applicable à ce délit complexe, la Haute juridiction a rappelé sa jurisprudence antérieure établissant que *la lex loci delicti* s'entendait aussi bien comme le lieu du fait générateur du dommage que le lieu de réalisation de ce dernier. En l'espèce, la Cour de cassation a considéré que le lieu de réalisation du dommage était trop fortuit, et elle a opté pour la loi du fait générateur du dommage. En hésitant entre la loi française (loi du siège de la société de classification) et la loi de la Chine ou de Singapour, là où les derniers contrôles

⁶¹⁸ Civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *Gordon and Breach*, RCDIP 1997, p. 504, note Jean Marc Bischoff ; JCP 1997, II, 22903, note Horatia Muir Watt ; D. 1997, p. 177, note Santa-Croce ; Civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, *Mobil North Sea*, RCDIP 2000, p. 1999, note J.-M. Bischoff ; JDI 1999, p. 1048, note Gérard Légier ; JCP 1999, II, 10183, note Horatia Muir Watt ; D. 1999, somm. 295, note Bernard Audit ; Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, *Sisro*, RCDIP 2003, p. 440, note Jean-Marc Bischoff ; JCP 2002, 10082, note Horatia Muir Watt ; D. 2002, somm. 2999, note Bouche et 2003, p. 58, note Josselin-Gall, arrêts cités par David Sindres, « *La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé* », JDI, n° 2, 2010, n° 48.

⁶¹⁹ David Sindres, article *op. cit.*

⁶²⁰ L'arrêt *Bureau Veritas*, Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, Bull. civ. 2007, I, n° 132 ; RCDIP 2007, p. 405, note Dominique Bureau ; JDI 2007, p. 949, note Gérard Légier ; D. 2007, AJ 1074, note Inès Gallmeister ; *ibid.* 2008, pan. 1245, note Kenfack ; *ibid.*, pan. 1510, note Cécile Legros ; RTD. com. 2007, 633, note Philippe Delebecque.

⁶²¹ Les navires font l'objet d'une classification, il s'agit d'une opération privée réalisée par des sociétés, dites sociétés de classification, qui sont chargées par les armateurs, moyennant rémunération, d'examiner les navires d'un point de vue technique et de leur attribuer une cote. Aucun acquéreur n'accepterait pas de donner son consentement si le vendeur ne lui délivrait pas un certificat de classification et les sociétés d'assurance n'accepteraient pas l'assurance d'un navire s'il n'était pas muni d'un tel certificat, Philippe Delebecque, « *Navire* », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2005, actualisation 2020, n° 165.

du navire sont intervenus, la Cour de cassation a préféré la loi française où la société de classification avait son siège. Elle a justifié ce choix car étant la loi du lieu où les dossiers de classification pouvaient être examinés et où la décision de classement était prise. Pourtant, la loi française, en réalité, était la *lex contractus*, la loi applicable au contrat conclu entre la société de classification et l'armateur. Selon M. Sindres⁶²², la Cour de cassation a voulu unifier la loi applicable à l'égard du défendeur en violation de ses obligations contractuelles, que ce soit le contractant ou le tiers qui intente l'action, afin de préserver les prévisions légitimes du défendeur. Selon la doctrine⁶²³, la loi du siège de la société a été appliquée en tant que loi du lieu qui présente les liens les plus étroits avec le litige. En d'autres termes, selon M. Bureau « *la règle de conflit serait dissoute en faveur du principe de proximité* »⁶²⁴.

343. Si la Cour de cassation adopte le principe de proximité en se dissimulant derrière la règle de conflit applicable aux délits qui est la *lex loci delicti*, ce principe a été consacré expressément par le Règlement Rome II sous l'égide de la clause d'exception prévue par l'article 4 (3)⁶²⁵. Ce texte donne au juge le pouvoir d'exclure la loi normalement applicable, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits au litige avec la loi d'un autre pays. Selon cet article, ce lien pourrait se fonder sur une relation préexistante entre les parties. La doctrine estime que ce texte peut s'appliquer à l'action du tiers fondée sur une violation du contrat⁶²⁶, dans la mesure où le dommage invoqué résulte d'un manquement contractuel. Selon M. Sindres⁶²⁷, la loi régissant ce contrat présente des liens manifestement plus étroits que la loi du lieu du dommage.

⁶²² David Sindres, « *La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé* », article, *op. cit.*

⁶²³ *Ibid.* ; Dominique Bureau, note *op. cit.*, JDI 2007, p. 949.

⁶²⁴ Dominique Bureau, note *op. cit.*

⁶²⁵ L'article 4.3 dispose que « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question* ».

⁶²⁶ David Sindres, « *La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé* », article *op. cit.* ; Louis d'Avout, note sous l'arrêt *Agintis*, 30 nov. 2007, JCP, 2008, II 10000.

⁶²⁷ *Ibid.*

344. Par conséquent, une action intentée par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, par exemple, serait régie par la loi du contrat du défendeur qui aurait des liens manifestement plus étroits que la *lex loci delicti*. Cette solution est un vecteur de simplicité, le sous-traitant sera soumis à une même loi quel que soit le demandeur de l'action, que ce soit l'entrepreneur principal ou le maître de l'ouvrage.

345. Pourtant, si l'intervention de la loi du contrat est saluée, son application d'une manière accidentelle par le truchement de la clause d'exception est critiquée. Comme on a eu l'occasion de le souligner⁶²⁸, l'application de la clause d'exception peut être une source d'incertitude, puisque les parties ne seront pas en mesure de prévoir la décision du juge, s'il a recours à la règle générale ou à la clause d'exception et dans ce dernier cas, quelle loi il choisira.

346. Quoi qu'il advienne, la loi désignée aura la simplicité de régir à la fois la recevabilité⁶²⁹ de l'action ainsi que l'étendue de la dette⁶³⁰.

347. La loi applicable aux obligations non contractuelles en droit égyptien est déterminée par l'article 21 du Code civil qui dispose que⁶³¹ « *les obligations non contractuelles seront soumises à la loi de l'État sur le territoire duquel se produit le fait générateur de l'obligation* ». Le droit égyptien adopte le critère du fait générateur de l'obligation, ce qui signifie que la loi applicable à l'action directe en responsabilité entre un maître d'ouvrage et un sous-traitant est celle du pays où le fait générateur de l'obligation s'est produit, c'est-à-dire le droit local ou *la lex loci delicti*. Ce critère territorial est justifié par la protection des prévisions légitimes du défendeur et du

⁶²⁸ *Supra* n° 143 et s.

⁶²⁹ La recevabilité de l'action comprend la qualité pour agir et la prescription de l'action. Elle est régie par la *lex loci delicti*. Ceci a été affirmée par un arrêt rendu par la Cour de cassation : « *mais attendu qu'en droit international privé français, sauf convention internationale contraire, la prescription extinctive d'une obligation est soumise à la loi qui régit celle-ci et que la loi territoriale compétente pour gouverner la responsabilité civile extracontractuelle est la loi du lieu où le dommage a été réalisé* », Civ. 1^{ère}, 8 fév. 1983, n° 81-14573. V. François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 443 et s., surtout n° 395, p. 460.

⁶³⁰ L'étendue de l'action en responsabilité concerne les modes de réparation comme le montant des dommages-intérêts de la victime à l'égard du défendeur. C'est à la *lex loci delicti* de régir les modes de réparation et le montant. Ceci a été souligné par la Cour de cassation qui a déclaré qu'« *en matière de responsabilité délictuelle le droit à réparation du dommage subi étant la conséquence de la responsabilité est déterminée par la loi qui régit celle-ci* », Com. 9 mars 1966, RCDIP1966, 636 note Simon-Depitre et C. Legender. C'est à cette loi de régir les modes de réparation et le montant. Dans ce sens, François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 462 ; Horatia Muir Watt dans sa note sous Civ. 1^{ère}, 22 janv. 1991, D. 1993, p. 46.

⁶³¹ Cet article est adopté par de nombreux pays arabes, comme le droit syrien (article 22/1), Code civil irakien (article 27/1), libyen (article 21/1), koweïtien (article 66/1), soudanien (article 11/14)

demandeur, qui prévoient l'application du droit local aux faits délictuels commis sur le territoire d'un État donné⁶³². De plus, c'est sur le territoire du pays où le fait générateur de l'obligation s'est produit que se trouvent les éléments de la responsabilité.

348. Devant la rigidité de la règle de conflit prévue par le législateur égyptien, une certaine doctrine préconise, en s'appuyant sur l'article 24 du Code civil⁶³³, l'application d'une clause d'exception en faveur d'une autre loi présentant des liens plus significatifs au litige⁶³⁴. Par exemple, la loi de nationalité ou la résidence commune des parties ou une autre loi plus appropriée si le lien avec le pays où le fait générateur de l'obligation s'est produit est très mince. Il convient, selon cette doctrine, d'adopter la loi du pays dans lequel se concentrent tous les éléments du litige. Dès lors, si le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ont une nationalité commune ou résident dans un même pays autre que la *lex loci delicti*, cette loi aura légitimité à s'appliquer. Pourtant, cette proposition n'a pas été adoptée par la jurisprudence égyptienne.

349. Pour conclure, selon le droit égyptien l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant est régie par la *lex loci delicti*, c'est-à-dire la loi où le fait générateur de l'obligation s'est produit.

350. Les règles de la responsabilité délictuelle applicables à l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ont été critiquées par la doctrine en France et en Égypte. La qualification délictuelle de cette action aboutit à l'application des règles inappropriées avec la nature spéciale de l'opération de sous-traitance et menace l'équilibre entre le demandeur et le défendeur (B).

⁶³² Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La science de la règle de conflit et le choix entre les législations* », 1^{ère} éd., *Dar Al Kotob Al kwmeya*, Al Mansoura, Égypte, 1996, n° 850, p. 1189 et s. ; Hisham Sadek, « *Conflits de lois. Étude de principes de droit international privé comparé* », *Manshaat Al Maaref*, Alexandrie, Égypte, 1974, p. 736.

⁶³³ Cet article dispose que « *les principes du droit international privé seront appliqués dans les cas de conflits de lois qui n'ont pas été prévus par les dispositions qui précèdent* ». En effet, cet article régit, en principe, les lacunes de droit international privé, mais la doctrine le considère comme un remède à la rigidité de droit international privé adopté depuis 1948. V. Omaia Elwan, « *La loi applicable à la garantie bancaire à première demande* », *RCADI*, vol. 275, 1998, p. 19 et s. ; Okasha Abd El All, « *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales* », *Dar Al Matbouat Al Gameya*, Alexandrie, Égypte, 1994, p. 61.

⁶³⁴ Omaia Elwan, cours *op. cit.* ; Hisham Sadek, « *Le conflits des lois en matière délictuelle en cas de collision maritime* », Alexandrie, 1977, p. 26 et s. ; Okasha Abd El All, « *Conflits de lois, étude comparée* », *Manshourat Al Halabi Al Hkokeya*, 2004, p. 456.

B- L'imprévisibilité et le déséquilibre, conséquences de la loi appliquée

351. Les critiques principales adressées aux règles applicables à l'action en responsabilité entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage peuvent être simplifiées en deux mots : imprévisibilité et déséquilibre.

352. La différence entre les règles de responsabilité délictuelle et celles de responsabilité contractuelle dans les différents systèmes juridiques menace la force obligatoire des contrats, l'équilibre entre les parties au procès, et engage la responsabilité du défendeur dans des conditions autres que celles prévues par son contrat.

353. L'article 1103 du Code civil dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Ainsi, l'article 147 du Code civil égyptien dispose que « *le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi* ». En concluant un contrat, les parties peuvent stipuler les clauses contractuelles qui correspondent à leurs intérêts communs, des clauses d'aménagement de responsabilité, de compétence législative, de compétence judiciaire, etc. À moins qu'elle ne soit contraire à l'ordre public international, cette liberté contractuelle est protégée par les lois. Le contrat fait la loi des parties.

354. Or, le maître de l'ouvrage, quand il agit délictuellement contre le sous-traitant pour un préjudice contractuel, méconnaît la force obligatoire des contrats et menace le principe de l'autonomie de la volonté puisque les clauses contractuelles prévues dans le contrat de sous-traitance ne seront pas opposables à son égard⁶³⁵.

355. En outre, l'application des règles de responsabilité délictuelle mène à des résultats hypocrites en faveur du maître de l'ouvrage⁶³⁶. Ce dernier serait autorisé à utiliser le contrat pour prouver la faute du sous-traitant, alors qu'il ne se voit opposé ni des délais de prescription du contrat, comme on a vu dans l'arrêt

⁶³⁵ Ashraf Abd El Azim Abd El Wahed, « *La nature juridique de la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage* », p. 679 ; Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », ouvrage *op. cit.*, p. 46.

⁶³⁶ Christophe Jamin, « *Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français* », article *op. cit.* ; Patrice Jourdain, « *La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991* », D. 1992, 149 ; Geneviève Viney, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », in Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, 1990, 399 ; Geneviève Viney, note sous la décision Besse, JCP 1991, II, 21743.

Besse⁶³⁷, ni des clauses contractuelles limitatives ou exonératoires de responsabilité. La responsabilité du défendeur se trouve aggravée par le jeu des règles de responsabilité délictuelle, ce qui menace la sécurité des transactions et les prévisions légitimes du défendeur et met en jeu sa responsabilité dans des conditions différentes de celles qu'il avait pu prévoir⁶³⁸.

356. Par ailleurs, l'assimilation entre la faute délictuelle et contractuelle soumet le sous-traitant à une responsabilité plus lourde que celle de l'entrepreneur principal. Si le maître de l'ouvrage choisit d'agir contre l'entrepreneur principal, ce dernier pourra bénéficier de règles de responsabilité contractuelle moins rigoureuses que celles de la responsabilité délictuelle. Ainsi, l'entrepreneur principal peut, par exemple, opposer les clauses contractuelles prévues dans son contrat comme l'exception d'incompétence⁶³⁹, les clauses de prescription, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, opposer l'absence de mise en demeure⁶⁴⁰, évincer la demande de réparation pour le préjudice imprévisible consacrée en matière de responsabilité délictuelle⁶⁴¹, alors que le sous-traitant en est privé⁶⁴². Il paraît étrange de voir le sous-traitant soumis à des conditions de responsabilité plus strictes que celle de son donneur d'ordre, l'entrepreneur principal. Cette distorsion entre la situation de l'entrepreneur principal et le sous-traitant détruit l'équilibre entre les contractants et met le sous-traitant, considéré

⁶³⁷ Dans cette décision la responsabilité du contractant prescrit de dix ans alors que selon les règles de responsabilité délictuelle, la prescription était de trente ans. V. *supra* n° 311.

⁶³⁸ Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », article *op. cit.* ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Université Panthéon-Assas, Paris, 1977, p. 265 et s.

⁶³⁹ Selon l'article 7.2 du Règlement Bruxelles I *bis*, n° 1215/2012, concernant la compétence judiciaire en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, l'action doit être intentée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou devant celui où se trouve la résidence habituelle du défendeur, ce qui est différent des indices de rattachements en matière contractuelle.

⁶⁴⁰ La mise en demeure est obligatoire en matière contractuelle alors qu'une telle obligation n'existe pas en matière délictuelle, selon l'article 1146 du Code civil, « *les dommages-intérêts ne sont pas dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation* »

⁶⁴¹ Selon l'ancien article 1150 du Code civil : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». L'article 1231-3 nouveau du Code civil dispose que, « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ». Cet article est une conséquence inéluctable du principe de l'autonomie de la volonté traduisant une spécificité indéniable de la responsabilité contractuelle.

⁶⁴² La différence entre la responsabilité contractuelle et délictuelle est importante, selon M^{lle} Viney, le rapprochement entre le régime de la responsabilité contractuelle et celle de la responsabilité délictuelle peut paraître comme une solution afin de rectifier les inconvénients cités, Geneviève Viney, note sous l'arrêt *Besse*, JCP 1991, II, 21743.

comme « *la pièce la plus fragile du groupe des constructeurs* »⁶⁴³, dans une position vulnérable par rapport à son contractant. Il faut que la responsabilité du sous-traitant soit « *ajustée, équilibrée avec celle des engagements qu'il a souscrits, des engagements acceptés ou qui auraient dû l'être* »⁶⁴⁴.

357. En outre, la nature délictuelle de l'action conduit à une sorte d'incohérence fonctionnelle au sein de l'opération. Le régime de responsabilité serait distinct selon la qualité du demandeur à l'action. Si le demandeur à l'action en responsabilité, pour la mauvaise exécution du contrat de sous-traitance, était l'entrepreneur, les dispositions de la responsabilité contractuelle seraient applicables, en revanche celles de responsabilité délictuelle seraient applicables si c'était le maître de l'ouvrage qui l'intentait⁶⁴⁵. « *On doit avoir une responsabilité objective et unitaire* »⁶⁴⁶ quel que soit le demandeur à l'action. Les conditions et l'étendue de responsabilité doivent être unifiées par rapport à la même faute. En adoptant la nature délictuelle de la responsabilité pour réprimer une faute contractuelle, les règles de responsabilité délictuelle sont dénaturées, la faute délictuelle se confond avec le manquement à l'obligation contractuelle⁶⁴⁷. On ne peut impunément laisser la responsabilité délictuelle développer ses conséquences au sein d'une situation contractuelle, le contractant ne doit pas être surpris par une action qui met en jeu sa responsabilité hors des conditions qu'il avait pu prévoir. Sa prévisibilité doit être respectée. En définitive, comme l'a brillamment conclu M^{lle} Viney, « *le choix du régime délictuel nous paraît à la fois injustifié et pratiquement dangereux pour le respect des contrats* »⁶⁴⁸.

358. En outre, sur le plan international, la compétence de la *lex loci delicti* conduit à plusieurs sortes d'inconvénients. Elle porte atteinte aux prévisions

⁶⁴³ P. Francon rapporteur de l'arrêt en question, cité par Jérôme Kullmann, note sous Civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989, D. 1991, p. 25.

⁶⁴⁴ Isabelle Souleau, « *La prévisibilité du dommage contractuel* », Thèse, Paris II, 1979, n° 457, cité par Mireille Bacache, note sous Civ. 1^{ère}, 28 avr. 2011, D. 2011, p. 1725.

⁶⁴⁵ Geneviève Viney note sous l'arrêt *Besse*, *op. cit.*

⁶⁴⁶ L'expression du doyen Chauveau, note Civ. 3^{ème}, 4 déc. 1968, JCP 1969, II, 15980, cité et employé par Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 375.

⁶⁴⁷ Fayçal Mahjoub, « *Les contrats de construction : faut-il reconnaître l'interdépendance contractuelle* », Revue droit et politique, de la faculté de droit et des sciences politiques de Sousse, 2012, n° 1, p. 153 ; Jean Néret, Thèse *op. cit.*, p. 267.

⁶⁴⁸ Geneviève Viney, note sous la décision *Bootshop*, 6 oct. 2006, D. 2006, 2825.

légitimes du défendeur, sans satisfaire certainement à celles du demandeur⁶⁴⁹. Tout d'abord, l'application de la loi de survenance du dommage, si elle est différente de la loi applicable au contrat du sous-traitant, risque de bouleverser ses prévisions légitimes, puisqu'il serait engagé, comme on a mentionné ci-dessus, selon des conditions différentes de celles prévues par la loi de son contrat. Ensuite, la qualification délictuelle peut également menacer les prévisions légitimes du maître de l'ouvrage si la *lex loci delicti* le prive d'une action en responsabilité contre le sous-traitant alors que cette action est prévue par la loi du contrat principal et celle du contrat sous-traitance⁶⁵⁰.

359. Par ailleurs, si les règles du Règlement Rome II présentent l'avantage de consacrer des rattachements souples qui permettent au juge de choisir une autre loi plus appropriée au litige *via* la clause d'exception, l'incertitude de la loi applicable pourra menacer les prévisions légitimes des parties qui ne seront pas en mesure de prévoir la loi régissant leur action. La clause d'exception ne doit pas s'appliquer qu'exceptionnellement, sinon on risque de menacer les prévisions légitimes des parties. En effet, comme on a eu l'occasion de le souligner⁶⁵¹, si la clause d'exception a vocation à s'appliquer comme une règle générale dans un domaine donné, cela signifiera l'inadaptation de la qualification choisie⁶⁵², ce qui a conduit la doctrine à militer en faveur de la qualification contractuelle (Sous-section II).

Sous-section II – La qualification contractuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant et ses conséquences sur la loi applicable

360. De nombreuses théories ont été élaborées pour dénoncer la consécration de la qualification délictuelle en faveur d'une qualification contractuelle à l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-contractant. Des structures doctrinales différentes ont préconisé l'évolution de la notion de partie et

⁶⁴⁹ Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2017, n° 45 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, n° 258, p. 279.

⁶⁵⁰ Vincet Heuzé, Répertoire de droit international, Dalloz, *op. cit.*

⁶⁵¹ *Supra* n° 147.

⁶⁵² Pauline Rémy-Corlay, note sous TGI Poitiers, 22 déc. 1999, RCDIP 2001, p. 670.

de tiers⁶⁵³. On parle d'un « *tiers partie* »⁶⁵⁴, « *tiers intéressé* »⁶⁵⁵ ; mais ce sont notamment les thèses de groupes de contrats⁶⁵⁶ et de sous-contrat⁶⁵⁷ qui sont à l'origine profonde de l'extension du lien contractuel entre des parties non contractantes. Ces théories ont été consacrées par la jurisprudence interne et européen (§ 1). Il convient de chercher la loi applicable selon la qualification contractuelle. La détermination de cette loi ne paraît pas simple (§ 2).

§ 1 – La qualification contractuelle de l'action en responsabilité en droit interne et européen

361. Les recommandations de la doctrine en droit interne et international pour unifier le régime de responsabilité de la faute contractuelle, quel que soit le demandeur à l'action, ont eu un impact non seulement sur la jurisprudence en droit interne (A) mais aussi en droit européen (B).

A- La qualification contractuelle de l'action en responsabilité en droit interne

362. Opposé à la dualité de régime de responsabilité de la faute contractuelle, selon qu'elle est invoquée par une partie ou par un tiers et à l'interprétation stricte du principe de l'effet relatif des contrats, un courant doctrinal important a préconisé la prédominance du régime contractuel dans le groupe de contrats (1). La nature

⁶⁵³ Catherine Guelfucchi-Thibierge, « *De l'élargissement de la notion de parties au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif* », RTD civ. 1994, p. 275 ; Jacques Ghestin, « *Les effets du contrat à l'égard des tiers : Introduction* », in Marcel Fontaine et Jacques Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, LGDJ, 1992, p. 4 ; « *La distinction des parties et des tiers au contrat* », JCP, 1992, I, 3628 ; « *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers* », RTD civ. 1994, p. 777 ; Jean-Luc Aubert, « *À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers* », RTD civ. 1993, p. 263 ; Jérôme Huet, « *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 1978 ; Lara Marron Wanna, « *La sous-traitance* », Mémoire sous la direction de Georges Alahmar, Université Libanaise Gal Aldeeb, 2019, p. 95-98. En droit international privé, v. Yvonne Flour, « *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé* », Doctorat d'État, 1977 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014.

⁶⁵⁴ M. Espagnon, note sous Civ. 2^{ème}, 8 juin 1979, D. 1980, 563.

⁶⁵⁵ Florence Bertrand, « *Opposabilité du contrat aux tiers* », Thèse sous la direction de Philippe Malinvaud, Doctorat d'État, Paris II, 1979, p. 407 ; Philippe Delebecque, note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, JCP 1988, II, 15294.

⁶⁵⁶ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975.

⁶⁵⁷ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977.

contractuelle de l'action en responsabilité au sein du groupe de contrats a été consacrée par la première chambre civile dans plusieurs arrêts (2).

1- Les théories de groupes de contrats à l'origine de la nature contractuelle de l'action entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

363. Il est devenu un leitmotiv de parler de la thèse du Professeur Teyssié chaque fois qu'on parle de groupes des contrats.

364. Le professeur Teyssié⁶⁵⁸ s'est employé à critiquer les doctrines individualistes fondées sur un abandon complet de toute organisation étatique. Ces doctrines placent au premier rang l'individu qui a le pouvoir de créer le droit par sa seule volonté⁶⁵⁹. Cet individualisme absolu s'applique à tous les aspects de la vie, y compris le droit des contrats. Le contrat, selon ces théories, est un organisme indépendant créé par l'homme par sa seule volonté. M. Teyssié a estimé que ces analyses sont détachables de la vie pratique. À ces notions d'indépendance, le monde contemporain a substitué l'interdépendance. Selon l'éminent professeur, « *le contrat ne doit plus être envisagé comme une chose détachée de la réalité juridique, comme un rapport entre deux individus isolés de la communauté* »⁶⁶⁰. Le groupe de contrats constitue une réalité socio-économique qui doit avoir des effets sur le plan juridique. La définition de groupes des contrats est inspirée d'une analyse inductive, c'est-à-dire de l'observation des faits.

365. M. Teyssié a constaté, en premier lieu, que le mouvement de circulation des biens s'est accéléré, ce qui entraîne la conclusion d'une succession de contrats sur le même bien. En second lieu, la complexité des opérations contractuelles exige le recours à plusieurs agents et la conclusion d'une multitude de contrats concourant à la réalisation de la même opération économique. En conséquence, deux figures distinctes de groupes de contrats sont constatées par l'auteur, les chaînes de contrats⁶⁶¹ qui sont unis par un même bien et les ensembles contractuels, unis par la réalisation d'un même objectif⁶⁶².

⁶⁵⁸ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975, n° 1, p. 1.

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ *Ibid.*, n° 3, p. 2.

⁶⁶¹ *Ibid.*, n° 33, p. 63.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 33.

366. Les contrats formant un groupe doivent être soumis à un régime de responsabilité contractuelle unifié. Cette unification du régime de responsabilité est justifiée, selon l'auteur, par l'équité et la logique. Tout d'abord, il est équitable que l'exercice de l'action médiante n'entraîne pas de dégradation de la situation du débiteur poursuivi. Il doit être admis à se prévaloir des clauses stipulées dans son contrat, de la prescription abrégée, des règles de compétence, etc. En somme, il doit être en mesure d'opposer à son demandeur toutes les clauses qu'il aurait invoquées à l'égard de son contractant immédiat⁶⁶³.

367. Ensuite, la logique impose l'admission de la nature contractuelle de l'action entre les parties médiates. Comment admettre la nature délictuelle de l'action contre une partie en la condamnant pour la méconnaissance des obligations qu'elle avait contractuellement souscrites⁶⁶⁴ ?

368. M. Néret préconise, également, l'unification du régime de responsabilité civile, mais au sein du contrat principal et des sous-contrats. L'auteur a remarqué qu'à l'unité du besoin ne correspond plus l'unité du service. La diversification des tâches qui a été mise en lumière dans plusieurs domaines, se généralise à l'ensemble des prestations de services. Une opération économique commune est exécutée par l'intervention de plusieurs contrats. L'auteur estime qu'il est irréaliste de considérer les contractants extrêmes de l'opération formée par le contrat principal et les sous-contrats comme des tiers absolus⁶⁶⁵. À la figure individualiste des contrats, une autre figure globale doit se substituer. Cette approche réaliste conduit à « *repenser les relations entre les trois personnages et surtout entre les contractants extrêmes* »⁶⁶⁶. Ainsi, le pivot de l'opération est l'intermédiaire créateur du groupe : sans son intervention, les deux parties seraient restées des étrangers. Le maître de l'ouvrage et le sous-traitant sont le bénéficiaire et l'exécutant réels du service.

369. De même que M. Teyssié, M. Néret entend dégager des conséquences juridiques de l'observation économique. Le bénéficiaire direct et l'exécutant réel ne doivent plus être considérés comme des tiers absolus. Même si le sous-traitant

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 290.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 311, p. 226.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, n° 329, p. 271.

n'est pas matériellement partie au contrat principal, il est associé à sa réalisation. Et l'inverse, même si le maître de l'ouvrage n'est pas contractant au sous-contrat, c'est dans son intérêt et dans son profit que le sous-traitant exécute le contrat, il en est le bénéficiaire direct. Des actions directes doivent être créées. Le maître de l'ouvrage mécontent du service qu'il reçoit a la possibilité de se retourner non contre le cocontractant immédiat mais contre le responsable réel de l'inexécution ou la mauvaise exécution du service. La relation ne peut être que contractuelle, « *il serait irréaliste de considérer les contractants extrêmes comme des tiers absolus tributaires de la règle res inter alios acta* »⁶⁶⁷. L'article 1165 ne doit jouer qu'entre les parties et « *les véritables tiers extérieurs* »⁶⁶⁸, il n'interfère pas entre les membres d'un même groupe, alors qu'entre le bénéficiaire direct et le responsable direct, la responsabilité contractuelle doit régner. Par ailleurs, l'action en responsabilité entre les membres du groupe doit s'exercer dans la double limite de l'étendue de droits de bénéficiaire et des obligations du responsable⁶⁶⁹.

370. Les théories des éminents auteurs ont eu un écho important sur la jurisprudence qui s'est convaincue de l'importance de l'unification du régime de responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant (2).

2- La consécration jurisprudentielle de la nature contractuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

371. Influencée par les théories de groupes des contrats mentionnées ci-dessus, la jurisprudence à partir des années 1970 a admis la nature contractuelle de responsabilité entre les parties extrêmes au sein d'un groupe contractuel, que ce soit dans un litige interne ou international. Cette tendance de la jurisprudence a commencé, d'abord, par rapport à la relation entre le fabricant et le sous-acquéreur, puis a été généralisée aux relations entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, n° 311, p. 227.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ La règle de la double limite signifie, d'une part, que le demandeur à l'action directe n'est créancier que dans la mesure du contrat qui l'unit au débiteur intermédiaire, et d'autre part, que le défendeur n'est débiteur que dans la mesure du contrat qui l'unit à l'intermédiaire. Dès lors, le défendeur à l'action peut opposer au demandeur les exceptions tirées du contrat de base ainsi que celles du sous-contrat. V. Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, p. 280 et s.

372. Dans son fameux arrêt *Lamborghini*, rendu le 9 octobre 1979⁶⁷⁰, la Cour de cassation a qualifié de contractuelle l'action en garantie entre le sous-acquéreur et le fabricant. Ayant eu à connaître une action dirigée par un sous-acquéreur français à l'encontre du constructeur italien et le vendeur intermédiaire français pour un accident de voiture dont l'expertise a révélé qu'il était dû à un vice de construction, la Cour de cassation a déclaré que « *l'action 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* ».

373. La Cour de cassation lors de cet arrêt admettait la nature contractuelle de l'action en responsabilité à l'égard de la relation entre les parties et les tiers dans les contrats liés⁶⁷¹.

374. La nature contractuelle de la responsabilité a été réaffirmée lors d'une décision rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 février 1986⁶⁷². Cet arrêt marquait une étape de grande importance en droit interne à cette époque, en adoptant le caractère contractuel de la responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le fabricant. Dans ce litige, le maître de l'ouvrage agit, pour un manquement contractuel, contre le fabricant des briques défectueuses ayant servi

⁶⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1979, Bull. civ. I, n° 241 ; D. 1980, IR 222, note Ch. Larroumet ; RTD civ. 1980, 352, note Georges Durry. Dans cet arrêt, les faits étaient les suivants : à la fin des années 1960, un particulier achète une automobile de la marque Lamborghini auprès d'un garagiste. L'acheteur provoque un accident avec la voiture, résultant d'un vice de construction reconnu par le constructeur italien. L'acheteur a assigné son propre vendeur, le constructeur ainsi que l'importateur français. Le tribunal condamne in *solidum* les trois défendeurs. Le jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt de 20 décembre 1977, CA Paris, ch. 19 A, 20 déc. 1977, mais sur le fondement de la responsabilité délictuelle. La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé la décision de la Cour d'appel en déclarant que l'action du sous-acquéreur contre le fabricant et le vendeur intermédiaire est nécessairement contractuelle.

⁶⁷¹ Michel Espagnon, « Art. 1146 à 1155. Droit à réparation. Rapports entre responsabilité délictuelle et contractuelle. Domaine. Nature de la responsabilité entre contractants et tiers », JCl. Civil Code, Fasc. 16-20, 2020.

⁶⁷² Cass. Ass. Plén., 7 fév. 1986, Bull. Ass. plénière, n° 2 ; JCP 1986, II, 20616, note Philippe Malinvaud ; RTD civ. 1986, 595, note Jacques Mestre ; p. 605, note Philippe Remy. L'Assemblée plénière, par cet arrêt, a tranché le litige entre la 1^{ère} et la 3^{ème} chambre civile : la première chambre admettait dès 1983 une action contractuelle du maître de l'ouvrage à l'égard du fabricant. V. Civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, Bull. civ. I, n° 92 ; Civ. 1^{ère}, 29 mai 1984, *ibid.*, I, n° 175 ; D. 1985, 213, note Alain Bénabent ; Gaz. Pal. 1985, 2.437, note H. Souleau ; JCP 1985 II, 20387, note Philippe Malinvaud, alors que la troisième chambre civile refusait la responsabilité contractuelle lorsque la responsabilité est née de l'inexécution d'un contrat d'entreprise non d'un contrat de vente. V. Civ. 3^{ème}, 5 déc. 1972, D. 1973, jurisp. p. 401, note Jean Mazeaud ; Gaz. Pal. 1984, 1, 180, note A. Plancqueel ; JCP 1985, II, 20387, note Philippe Malinvaud ; D. 1985, p. 213, note Alain Bénabent ; RTD civ. 1985, 406, note Philippe Rémy ; *ibid.*, p. 588, note Jérôme Huet. Décisions citées par Jacques Ghestin, note sous l'arrêt *Besse*, 12 juill. 1991, D. 1991, 549.

au montage des cloisons par l'entrepreneur. La cour d'appel avait constaté la mauvaise fabrication des briques, et condamné le fabricant à l'égard du maître de l'ouvrage sur un fondement contractuel pour non-conformité des cloisons. Sur le pourvoi formé par le fabricant, la Cour de cassation a affirmé que « *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* ».

375. Cet important arrêt marque également, comme l'arrêt *Lamborghini*, un pas important vers un revirement de la position de la Cour de cassation d'une responsabilité délictuelle à une responsabilité contractuelle entre les parties extrêmes des contrats liés. Bien que la décision du 7 février 1986 et la décision *Lamborghini* n'étaient pas liées à une relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, ces arrêts, comme l'a habilement remarqué M. Dubois, « *contenaient en germe les solutions ultérieures* »⁶⁷³.

376. Dans un arrêt rendu le 17 février 1987⁶⁷⁴, la Cour de cassation a commencé à lâcher la nature délictuelle de l'action en responsabilité liant le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Dans cette affaire, la Haute Juridiction a approuvé la Cour d'appel lorsqu'elle a déclaré irrecevable l'action délictuelle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant en énonçant « *que le défaut d'une pièce fabriquée par une entreprise sous-traitante en exécution du contrat conclu par celle-ci avec le constructeur du navire ne pouvait donner lieu à une action de nature délictuelle de la société des pêcheries Pleven (maître de l'ouvrage)* ». Cette décision est un premier revirement de la jurisprudence en matière de sous-traitance, ou une simple volonté des hauts magistrats d'ouvrir la voie vers une responsabilité contractuelle exclusive entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant⁶⁷⁵. Ce revirement a été confirmé par les arrêts ultérieurs.

⁶⁷³ Philippe Dubois, commentaire sous l'arrêt Com. 17 fév. 1987, JCP, 1987, II, 20892.

⁶⁷⁴ Com. 17 fév. 1987, JCP 1987, II, 20892, note Philippe Dubois ; D.S. 1987, 543, note Patrice Jourdain ; Gaz. Pal. 1988, 1, 224, note E. Robine et A. Viandier. M. Jourdain dans sa note sous cet arrêt estime que cet arrêt est énigmatique, il ne consacre pas la responsabilité contractuelle et en même temps refuse la responsabilité délictuelle. L'intention de la Cour de cassation n'a pas été révélée qu'ultérieurement en rendant les décisions ultérieures.

⁶⁷⁵ Patrice Jourdain, note sous Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, JCP, 1098, 100719.

377. Dans un arrêt rendu le 8 mars 1988 par la première chambre civile⁶⁷⁶, la Cour de cassation a adopté expressément la qualification contractuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Les faits de ce litige étaient qu'un maître d'ouvrage avait chargé un commerçant de l'agrandissement des diapositives. L'entrepreneur principal avait confié la réalisation du travail à un sous-traitant qui avait perdu les diapositives. Le sous-traitant était poursuivi par le maître de l'ouvrage qui lui reprochait la perte de ses clichés. La cour d'appel a condamné le sous-traitant sur le fondement délictuel en refusant l'allégation du sous-traitant que la responsabilité ne pouvait être que de nature contractuelle. En effet, le sous-traitant a réclamé l'application de la responsabilité contractuelle, afin qu'il puisse se prévaloir des clauses limitatives de responsabilité figurant à la fois dans le contrat principal et le sous-contrat, mais sa demande a été rejetée par la cour d'appel. Le sous-traitant a utilisé les mêmes arguments devant la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt de la cour d'appel en déclarant qu'au vu des articles 1147 et 1382 du Code civil, « *dans les 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* ».

378. La Cour de cassation, par cette décision, a entendu poser le principe de la responsabilité contractuelle entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

⁶⁷⁶ *Clic Clac Photo*, Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 69 ; JCP 1988, II, 21070, Patrice Jourdain ; RTD civ. 1988, 551, note Philippe Remy ; *ibid.*, p. 741, note Jacques Mestre. Un nouveau pas a été franchi, avec l'arrêt de 21 juin 1988, de la première chambre civile de la Cour de cassation, l'arrêt *Soderp*, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé dans une formule audacieuse le caractère « *nécessairement contractuel* » de la responsabilité contractuelle entre les parties extrêmes dans les groupes de contrats. Cette affaire concerne des contrats de nature diverse qui avaient été conclus et s'étaient exécutés entre des personnes distinctes. Un accident est survenu lors de la réalisation de manœuvres aéroportuaires effectuées à l'aide d'un matériel défectueux qui avait endommagé un avion. La Compagnie norvégienne, propriétaire de l'avion endommagé, avait assigné en réparation : le fabricant *Soderp*, la société *Saxby*, qui a présenté une assistance aéroportuaire à l'aéroport de Paris en vertu d'un contrat conclu entre eux, et l'aéroport de Paris. La Cour a rejeté la décision de la cour d'appel qui a déclaré les défendeurs responsables selon un fondement délictuel. La Haute Juridiction a décidé que « *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* », Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 202, JCP, 1988, II, 21125, note Patrice Jourdain ; D. 1989, p. 5, note Christian Larroumet ; RTD civ. 1989, 74, note Jacques Mestre ; *ibid.*, p. 107, note Philippe Remy.

379. De plus, dans cet arrêt, la première chambre civile a déterminé le régime de l'exercice de l'action en responsabilité. Comme l'action en paiement⁶⁷⁷, l'étendue de l'action en responsabilité serait doublement limitée par les droits du maître de l'ouvrage et les obligations du sous-traitant. Tout d'abord, limiter les demandes du maître de l'ouvrage par les obligations du sous-traitant paraît évident. Dès lors que la responsabilité du défendeur est née du contrat, il est naturel de voir qu'elle est limitée par les clauses prévues dans son contrat⁶⁷⁸. Le sous-traitant sera en mesure d'opposer au maître de l'ouvrage toutes les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de façon générale toutes les limites contractuelles figurant dans le contrat de sous-traitance. Ensuite, l'étendue de l'action est limitée également par les clauses figurant dans le contrat principal conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Cette limitation est justifiée par l'objectif d'unifier la responsabilité entre le sous-traitant et son donneur d'ordre. Comme on l'a souligné plus haut, le sous-traitant ne doit pas avoir une responsabilité plus étendue que celle de son contractant, qui est le contractant direct du demandeur. Ce dernier, le maître de l'ouvrage en l'espèce, ne doit pas se voir privilégié de choisir d'agir contre le contractant de son contractant⁶⁷⁹.

380. L'extension de la responsabilité contractuelle entre les contrats liés a été saluée par la doctrine qui estime que cette solution aurait l'avantage d'éviter de soumettre à des régimes différents l'indemnisation du dommage, si l'action est intentée par une partie ou par un tiers⁶⁸⁰. En outre, cette décision garantit un pendant cohérent, préconisé par les auteurs⁶⁸¹, entre l'action en responsabilité et

⁶⁷⁷ Article 13 de la loi du 31 décembre 1975 dispose que « l'action directe ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire. Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent ». Cet article trouve son équivalent en droit égyptien à l'article 662 du Code civil qui dispose que « les sous-traitants et, les ouvriers qui travaillent pour compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage ont une action directe contre l'auteur de la commande jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée ».

⁶⁷⁸ Patrice Jourdain, note sous l'arrêt de 21 juin 1988, JCP, 1988, II, 21125.

⁶⁷⁹ Jean Néret, « Le sous-contrat », Thèse *op. cit.*, n° 396, p. 282 ; Geneviève Viney, « Sous-traitance et responsabilité civile », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 44.

⁶⁸⁰ Patrice Jourdain, note *op. cit.*, note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988. Comp. la position de la troisième chambre civile qui demeure attachée au régime de responsabilité délictuelle, Civ. 3^{ème}, 22 juin 1988, JCP G 1988, II, 21125 ; Civ. 3^{ème}, 31 oct. 1989, D. 1989, IR, p. 304 ; Civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989, D. 1990, IR, p. 11 ; JCP E 1990, II, 15926 ; Civ. 3^{ème}, 6 déc. 1989, Bull. civ. III, n° 228.

⁶⁸¹ Geneviève Viney, « Sous-traitance et responsabilité civile », article *op. cit.*, n° 43 ; Jean Néret, « Le sous-contrat », Thèse *op. cit.*, n° 350, p. 253 et s. ; Georges Durry, RTD. civ. 1977, p. 137.

l'action directe en paiement établie par la loi de 1975 sur la sous-traitance. De même que le sous-traitant peut agir directement contre le maître de l'ouvrage afin de lui demander le paiement des prestations exécutées, le maître de l'ouvrage peut à son tour agir directement contre le sous-traitant pour lui reprocher l'inexécution contractuelle⁶⁸².

381. Il sied de préciser que la qualification *lege fori* permet d'étendre sur le plan international la nature contractuelle de l'action en responsabilité entre les parties extrêmes, adoptée par la jurisprudence en droit interne⁶⁸³.

382. L'unification du régime de responsabilité entre les parties et les tiers n'a pas été seulement consacrée par la Cour de cassation⁶⁸⁴, mais elle a été adoptée également par la Cour de justice de l'Union européenne dans des décisions

⁶⁸² M. Dubois se demande si l'agrément du sous-traitant et des conditions de son contrat par le maître de l'ouvrage est-il nécessaire pour exercer l'action en responsabilité ? L'auteur répond par la négative et puis il se demande si cette position est injuste pour le sous-traitant qui se voit sa responsabilité engagée alors qu'il n'est pas en mesure de demander le paiement. Il répond que la loi de 1975 relative à la sous-traitance permet au sous-traitant dans ce cas de demander la nullité de son contrat (Article 14), Philippe Dubois, note sous Com. 17 fév. 1987, *op. cit.*

⁶⁸³ La jurisprudence tranche les litiges sans distinguer s'ils sont internes ou internationaux. Telle est l'impression qui se dégage d'une série d'arrêts rendue par la jurisprudence : l'arrêt Lamborghini, cité ci-dessus, était un litige international. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a fait abstraction de ce caractère international et a appliqué les principes de droit interne sur le litige. D'ailleurs, dans un arrêt rendu le 14 juin 1989, la Cour d'appel de Paris a adopté également la qualification contractuelle de la responsabilité entre des parties non contractantes qui étaient un sous-acquéreur français et un fabricant italien, lors de la vente d'un casque de moto vicié, CA Paris 14 juin 1989, D. 1989, IR, 201. De plus, la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 décembre 1990 a tranché le litige en faisant fi de son caractère international. Dans cette affaire, un sous-acquéreur français passe commande auprès d'une société intermédiaire française qui a fait appel à des fabricants italiens. En raison de la défectuosité des produits, le sous-acquéreur a assigné le vendeur intermédiaire et le fabricant. La Cour de cassation a appliqué la convention de La Haye 1955, une convention qui ne s'applique qu'entre les parties contractantes. Ceci signifie, implicitement, qu'elle a fondé sa décision dans un litige international, sur la théorie groupes de contrats adoptée en droit interne, Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1990, n° 89-12.177. De la même manière, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 10 oct. 1995, a adopté la nature contractuelle entre les parties extrêmes de la chaîne en appliquant, à nouveau, la convention de La Haye de 1955 sur la relation entre un sous-acquéreur et un fabricant, annulant en effet la décision de la cour d'appel en ce qui concerne les rapports délictuels de l'acheteur français et le fournisseur italien de son vendeur. Il semble bien prêter à ces rapports une nature contractuelle, Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-17.359, D. 1996, 171, note Bernard Audit ; Vincent Heuzé, « *De la loi applicable aux recours en garantie exercés dans le cadre d'un groupe de contrats* », RCDIP, 1996, 332. On aperçoit que les évolutions jurisprudentielles de droit interne se répercutent sur l'ordre international, sans que l'opportunité de cette transposition ne soit discutée. La jurisprudence transpose, d'une manière quasi automatique, les évolutions du droit interne. Les juges n'ont pas conscience du particularisme du litige international. Pour un développement en cette matière, v. Maud Minois, « *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations* », Thèse *op. cit.*, pp. 91 et 94 ; Frédéric Leclerc, « *Les chaînes de contrats en droit international privé* », JDI, 1995, 267.

⁶⁸⁴ Il convient de préciser que la consécration contractuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant a été abandonnée en droit français par l'arrêt Besse, *op. cit.* v. supra 311 et s.

rendues récemment. De telles décisions peuvent être considérées comme une révolution de la position de la Cour de justice par rapport à la nature de l'action en responsabilité entre les parties et les tiers.

B- La qualification contractuelle de l'action en responsabilité en droit européen, une évolution de la qualification *lege europea*

383. La Cour de justice, par deux arrêts rendus récemment, a semé le doute par rapport à la délimitation de la qualification contractuelle et délictuelle de l'action en responsabilité. L'exposé des deux arrêts est important (1), afin d'essayer de les analyser et d'établir la comparaison avec les arrêts rendus précédemment par la Cour de justice (2).

1- Un nouveau critère de délimitation entre l'action contractuelle et délictuelle

384. La Cour de justice avait été interrogée, lors de deux récents arrêts, afin de déterminer si une action ayant sa cause dans un contrat, intentée entre une partie et un tiers, relève de la matière contractuelle ou délictuelle.

385. Dans la première affaire *flightright et la famille Barkan*⁶⁸⁵, le litige est en rapport avec un vol unique assuré par deux compagnies aériennes successives avec correspondance. Un retard excessif trouve sa source dans la prestation assurée par le transporteur qui n'est pas le contractant direct, et qui n'avait pas de lien contractuel direct avec les passagers. Plusieurs questions étaient adressées à la Cour de justice par rapport aux règles applicables en l'espèce, parmi lesquelles, une question était relative à l'application de la règle de compétence contractuelle entre les passagers et le transporteur effectif qui n'était pas celui avec lequel ils avaient contracté.

386. Afin d'y répondre, il y avait lieu de s'interroger sur la notion de la matière contractuelle. Est-ce que la notion de matière contractuelle couvre l'action en indemnisation des passagers aériens pour un retard important, action dirigée contre un transporteur aérien effectif qui n'est pas le contractant des passagers concernés ?

⁶⁸⁵ CJUE 7 mars 2018, aff. C-274/16, D. 2018, 1366, note Pascal Dupont et Ghislain Poissonnier ; D. 2018, 1934, note Sylvain Bollée ; D. 2019, 1016, note Sandrine Clavel et Fabienne Jault-Seseke ; RTD com. 2018, 518, note A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RTD eur. 2019, 165, note Loïc Gard.

387. La Cour de justice a répondu par l'affirmative : l'action entre les passagers et le sous-transporteur est contractuelle. Pour ce faire, la Cour de justice s'est fondée sur un critère plus large que celui employé lors de l'arrêt *Jakob Handte*⁶⁸⁶. Elle a souligné que pour déduire la nature contractuelle de l'action, il faut qu'il y ait une « *obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur laquelle se fonde l'action du demandeur* »⁶⁸⁷. De plus, la Cour de justice a affirmé qu'il y a lieu de considérer comme relevant de la matière contractuelle « *toutes les obligations qui trouvent leur source dans un contrat, quelle que soit l'identité des parties au procès* »⁶⁸⁸. En d'autres termes, il faut se référer à la cause de l'action et non pas à l'identité des parties afin de déterminer la nature, contractuelle ou délictuelle, de l'action.

388. La Cour s'est fondée sur des objectifs de proximité et de prévisibilité⁶⁸⁹. Elle estime que la qualification contractuelle de l'action en responsabilité permet au demandeur et au défendeur d'identifier les règles applicables telles qu'inscrites dans le contrat du transport aérien.

389. Est-ce que cet énoncé de la Cour de justice renverse la notion de la matière contractuelle telle qu'adoptée dans l'arrêt *Jakob Handte* dans lequel la Cour de justice a défini la matière contractuelle comme « *un engagement librement assumé du demandeur envers le défendeur* »⁶⁹⁰ ? En effet, l'arrêt *flightright* permet de susciter la controverse. Mais, on ne peut pas oser l'affirmer puisque cet arrêt est par rapport à l'application du Règlement n° 261/2004, dont l'article 3 § 5 dispose que « *lorsqu'un transporteur aérien effectif qui n'a pas contracté avec le passager remplit des obligations découlant du Règlement, il est réputé agir au nom du contractant du passager* »⁶⁹¹. C'est ce dont la Cour de Justice de l'Union

⁶⁸⁶ CJCE 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jakob Handte et Cie GmbH (Sté) c. Traitements mécano-chimiques des surfaces (Sté)*, D.1993, 214, note Jérôme Kullmann ; RCDIP 1992, 726, note Hélène Gaudemet-Tallon ; RTD civ. 1993, 131, note Patrice Jourdain ; RTD eur. 1992, 709, note Pascal de Vareilles-Sommières ; JDI 1993, 469, note Jean-Marc Bischoff. Rappelons que cet arrêt concerne une action intentée par un sous-acquéreur contre le fabricant et la Cour de Justice a écarté la qualification contractuelle à son égard.

⁶⁸⁷ Point 60 de l'arrêt *Flightright*.

⁶⁸⁸ Point 61 de l'arrêt *Flightright*.

⁶⁸⁹ Points 74 et 75 de l'arrêt.

⁶⁹⁰ Point 15 de l'arrêt *Jakob Handte op. cit.*

⁶⁹¹ Ce Règlement établit des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, points 62-63 de l'arrêt.

européenne déduit qu'il exécute les obligations résultant du contrat de transport aérien.

390. Néanmoins, un arrêt ultérieur rendu par la Cour de justice montre qu'il est susceptible qu'on soit devant une véritable évolution qui serait de nature à changer la donne pour les actions directes entre une partie et un tiers⁶⁹².

391. La qualification contractuelle de l'action en responsabilité entre une partie et un tiers a été réaffirmée dans la décision *Feniks* rendue par la Cour de Justice de l'Union européenne⁶⁹³. Le litige cette fois concerne l'action paulienne. Dans cette affaire, un investisseur polonais *Feniks* avait conclu un contrat de construction avec la société polonaise *Coliseum*, l'entrepreneur principal. Ce dernier avait conclu plusieurs contrats de sous-traitance pour exécuter le marché. Les sous-traitants impayés par leur entrepreneur principal demandent le paiement à *Feniks* en vertu de la responsabilité solidaire de l'investisseur découlant du Code civil polonais. Après avoir payé les sous-traitants, *Feniks* est devenu créancier de *Coliseum* des dettes payées. *Coliseum* ayant vendu à la société espagnole *Azteca* un immeuble, *Feniks* a voulu déclarer la vente inopposable à son égard. Il a, donc, intenté une action paulienne devant le tribunal régional polonais. Le juge polonais était le for contractuel selon l'article 7 du Règlement Bruxelles I *bis*⁶⁹⁴. Alors que selon les règles générales de compétence, le juge espagnol devait être compétent, en tant que tribunal du domicile du défendeur. *Azteca* a soulevé une exception d'incompétence du for contractuel. La juridiction a décidé de surseoir à statuer et d'adresser à la Cour de Justice de l'Union européenne la question de savoir si l'action paulienne relève ou non de la matière contractuelle. La Cour de justice a répondu cette fois encore par l'affirmative en soulignant que « *la matière contractuelle est une notion autonome qui se caractérise par l'existence d'une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et*

⁶⁹² Étienne Farnoux, « *Applicabilité ratione temporis du règlement Rome II et loi applicable à l'action directe* », RCDIP 2019, 849.

⁶⁹³ CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, D. 2019, 516, note Fabienne Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1016, note Sandrine Clavel et Fabienne Jault-Seseke ; *ibid.* 1956, note Louis d'Avout, Sylvain Bollée et Etienne Farnoux ; AJ Contrat 2018, 537, note Cyril Nourissat ; RTD com. 2019, 256, note A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast.

⁶⁹⁴ Règlement (UE) n° 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte). L'article 7 dispose qu'« *une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre : 1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande* ».

sur laquelle se fonde l'action du demandeur ». De plus, elle a repris les principes affirmés dans la décision *flightright*, à savoir que la qualification en matière contractuelle repose sur la cause de l'action et non sur l'identité des parties au procès⁶⁹⁵.

392. La Cour de Justice a fait application du principe de proximité : malgré le fait que le défendeur réside en Espagne, la Cour a estimé que les indices de rattachements pointent vers la Pologne ; c'est là où se trouve l'immeuble vendu en vertu de la loi polonaise et où diverses sommes ont été réglées à des créanciers polonais. Un faisceau d'indices laisse penser que le for polonais a davantage de liens avec le litige que le juge espagnol. La Cour s'est fondée sur un objectif de prévisibilité en soulignant qu'« *un professionnel ayant conclu un contrat d'achat immobilier peut, lorsqu'un créancier de son cocontractant réclame que ce contrat entrave indûment l'exécution des obligations de ce cocontractant vis-à-vis de ce créancier, raisonnablement s'attendre à être attiré devant une juridiction du lieu d'exécution desdites obligations* » et « *que le fait de priver le créancier de la possibilité de porter sa demande devant le juge du « contrat » conduirait à ce qu'il soit « contraint d'introduire son action devant la juridiction du domicile du défendeur, ce for [...] pouvant le cas échéant être exempt de tout lien avec le lieu d'exécution des obligations du débiteur à l'égard de son créancier* »⁶⁹⁶.

393. Ces décisions rendues par la Cour de justice sont assez surprenantes mais surtout « *dérangeantes* »⁶⁹⁷. Il convient d'essayer d'en analyser la portée et de considérer leur effet sur la nature de l'action directe entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant (2).

2- La contractualisation de l'action en responsabilité

394. Les arrêts cités ci-dessus semblent résulter d'une rupture profonde par rapport à l'arrêt *Jackob Handte*⁶⁹⁸. Dans ce dernier, la Cour de justice avait qualifié l'action intentée entre une partie et un tiers qui était le fabricant et le sous-acquéreur, comme délictuelle. Elle a défini la matière contractuelle par l'exigence

⁶⁹⁵ Point 48 de l'arrêt.

⁶⁹⁶ Points 45-47 de l'arrêt *Féniks*.

⁶⁹⁷ Louis d'Avout et Sylvain Bollé, note sous l'arrêt *Flightright*, *op. cit.*

⁶⁹⁸ Cité *supra* n° 316 et s.

« d'un engagement librement assumé »⁶⁹⁹ entre les parties au procès. La Cour de justice, lors de cet arrêt, a justifié l'absence de la nature contractuelle par les principes de prévisibilité et de sécurité. Elle a estimé que l'application des règles de compétence contractuelles d'un tiers contre le contractant « n'est pas prévisible »⁷⁰⁰ pour ce dernier « et est, dès lors, incompatible avec le principe de sécurité juridique ».

395. Dans les arrêts de 2018, la Cour de justice a défini la matière contractuelle en ayant recours à un critère un peu différent que celui employé dans l'arrêt *Jackob Handte*. La Cour a souligné que l'action relève de la nature contractuelle en cas de présence d'une « obligation juridique (et pas un engagement) librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur laquelle se fonde l'action du demandeur ». Ce critère met l'accent sur l'obligation due au demandeur par son débiteur, et non sur l'engagement entre le demandeur et le défendeur comme était le cas dans l'arrêt *Jackob Handte*. Il semble difficile de considérer que les deux définitions sont synonymes⁷⁰¹. Le juge de Luxembourg a eu probablement recours à cette nouvelle formulation parce qu'elle permet de tirer des conséquences que l'ancienne ne l'autorisait pas⁷⁰², ce d'autant que la Cour de justice a souligné, dans un ultime développement, que la qualification de l'action contractuelle « repose sur la cause de l'action et pas sur l'identité des parties au procès »⁷⁰³. La Cour de Justice de l'Union européenne a adopté des critères qui sont tout à fait différents de ceux qui ont été employés dans la décision *Jackob Handte*.

396. Par conséquent, selon les nouveaux arrêts, le demandeur peut se prévaloir des règles de l'action contractuelle dès lors que son action a pour cause un contrat, peu importe que les parties au procès ne soient pas liées par un contrat direct⁷⁰⁴.

397. La Cour de justice a justifié, d'une manière surprenante, la nouvelle définition de la matière contractuelle en s'appuyant sur les mêmes motifs adoptés

⁶⁹⁹ Termes utilisés par la Cour dans l'arrêt *Jackob Handte op. cit.*, point 15.

⁷⁰⁰ Point 19 de l'arrêt *Jackob Handte*.

⁷⁰¹ Cyril Nourrisat, note sous l'arrêt *Féniks*, AJ contrat, 2018, p. 537.

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ point 61 de l'arrêt *Flightright*, *op. cit.* ; point 48 de l'arrêt *Féniks*, *op. cit.*

⁷⁰⁴ Cyril Nourrisat, note *op. cit.*, sous l'arrêt *Féniks*.

dans l'arrêt *Jackob Handte*, mais pour atteindre le résultat inverse. Elle a souligné que, pour des raisons de prévisibilité et de sécurité, il convient de considérer que l'action relève de la matière contractuelle.

398. Comme l'ont justement estimé les commentateurs de ces arrêts, « *il est difficile de ne pas voir une déviation par rapport à la construction jurisprudentielle issue de l'arrêt Jackob Handte* »⁷⁰⁵. Si on applique les mêmes critères retenus par les arrêts de 2018 sur l'arrêt *Jackob Handte et Réunion Européenne*, on conclut la nature contractuelle (déniée à l'époque par la Cour de Justice de l'Union européenne) de ces actions. En effet, les actions intentées lors des arrêts *Jackob Handte et Réunion européenne* trouvent leurs sources dans « *une obligation librement consentie d'une partie à l'égard d'une autre et sur laquelle se fonde l'action du demandeur* ». Le sous-acquéreur, dans la première décision, ou le destinataire des marchandises dans la seconde, se fonde sur le contrat qu'il avait conclu avec son contractant immédiat en intentant l'action à l'égard du défendeur. Pourquoi la Cour n'a-t-elle pas considéré leurs actions comme contractuelles à l'époque ? La question ne peut être résolue que par la présence d'un revirement de l'analyse de la Cour de justice⁷⁰⁶.

399. La source des obligations, et non l'identité des parties, devient le critère de qualification⁷⁰⁷. Ce nouveau critère est susceptible de multiplier les actions contractuelles dirigées contre un tiers au contrat⁷⁰⁸.

400. Dès lors, il est légitime, au gré de la nouvelle analyse de la Cour de justice, de considérer que l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant comme contractuelle, puisque les obligations reprochées trouvent leur source dans un contrat. Peu importe que le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ne soient pas des contractants directs, dès lors que la cause de l'action est le contrat⁷⁰⁹. Par conséquent, il convient de déduire la nature contractuelle de

⁷⁰⁵ Louis d'Avout, Sylvain Bollée, note sous l'arrêt *Flightright*, *op. cit.* ; Cyril Nourrisat note *op. cit.*

⁷⁰⁶ Cyril Nourrisat, note *op. cit.*

⁷⁰⁷ Fabienne Jault-Seseke, note *op. cit.*, sous l'arrêt *Feniks*. L'auteur estime que ce nouveau critère crée de nombreuses interrogations par rapport à la nature de la responsabilité. Il ouvre de nombreuses perspectives, voire un abîme.

⁷⁰⁸ Sandrine Clavel, « *Droit international privé. Notion de matière contractuelle* », note sous les arrêts *Flightright* et *Feniks*, D. 2019, 1016,

⁷⁰⁹ En ce sens, le projet de la réforme de la responsabilité civile (mars 2017), dont l'article 1234/2 dispose que « *toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la*

l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant par analogie avec les décisions récentes de la Cour de justice.

401. La qualification contractuelle nous mène à appliquer la loi du contrat à l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant en vertu du Règlement Rome I. Mais de quel contrat s'agit-il ? Cette question est loin de faire l'unanimité⁷¹⁰ (§ 2).

§ 2- L'incertitude de la loi applicable à l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

402. Selon l'article 10 de la Convention de Rome et l'article 12 du Règlement Rome I, la loi applicable au contrat régit l'exécution des obligations et les différents modes d'extinction des obligations⁷¹¹. L'action directe est considérée comme un mode d'exécution et en même temps d'extinction de l'obligation⁷¹². Sera-t-elle régie par la loi du contrat principal ou par celle du contrat du sous-traitance ? Si les deux contrats étaient soumis à une même loi, la cohérence serait assurée entre les solutions. Néanmoins, lorsque ce n'est pas le cas, un choix s'impose entre les lois de deux contrats. Selon la loi de quel contrat doit-on se référer afin de régir l'action en responsabilité ? Comment peut-on sortir de l'impasse face à la présence de plusieurs lois, une qui permet l'action directe, une autre qui l'interdit ? Et même en

responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite ».

⁷¹⁰ Des propositions doctrinales très variées ont été faites : v. Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Gavaldà, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 186, surtout p. 194 ; Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire *op. cit.* ; « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats, l'exemple de sous-traitance* », RCDIP, 1996, 243 ; Marie Élodie Ancel, « *La protection internationale du sous-traitant* », TCFDIP, 2008-2010, Pedone, 2011, p. 225 et s. ; Frédéric Leclerc, « *Les chaînes de contrats en droit international privé* », JDI 1995, 267 ; François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats. Étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Rennes, 1995, p. 555 ; Van Houtte, « *International subcontracting* », article *op. cit.*, p. 313 ; Pulkowski, « *The subcontractor's direct claim in international business law* » ICLR, 2004, p. 31.

⁷¹¹ Article 10, repris exactement par l'article 12 du Règlement Rome I, dispose que « *la loi applicable au contrat en vertu des articles 3 à 6 et de l'article 12 de la présente convention régit notamment : a) son interprétation ; b) l'exécution des obligations qu'il engendre ; c) dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent ; d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ; e) les conséquences de la nullité du contrat* ». 2. *En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu* ».

⁷¹² Fabrice Gréau, « *Actions directes* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019.

retenant les lois qui l'autorisent, l'étendue des droits de chaque partie extrême serait délimitée par quelle loi et selon quel contrat ? Les limites entre les obligations émanant de chaque contrat sont inextricables⁷¹³, rien ne le prouve mieux que les propositions et les théories contradictoires de la part de la doctrine en cette matière.

403. Les rattachements proposés tournent autour d'une application concurrente des deux lois (A), ou la référence à une seule loi (B).

A- Des rattachements concurrents pour régir l'action en responsabilité

404. Selon la majorité des auteurs, la concurrence de plusieurs contrats doit être suivie par la concurrence de plusieurs critères de rattachements. Une telle solution permet d'assurer l'équilibre entre les droits et les obligations des différents intervenants (1). Toutefois, selon M. Leclerc, une telle proposition doit être nuancée (2).

1- La théorie classique des rattachements concurrents

405. La majorité de la doctrine s'attache à un rattachement concurrent de l'action directe entre les parties extrêmes⁷¹⁴, c'est-à-dire la scission de la compétence législative entre la loi du contrat initial et celle du contrat de sous-traitance, chacune régissant une phase de l'action. Par contre, le fondement de cette concurrence n'est pas identique et les résultats varient d'un auteur à l'autre.

406. Selon certains auteurs⁷¹⁵, toutes les actions directes (que ce soit des actions en garantie ou des actions en paiement) sont fondées sur le même principe, c'est une sorte de garantie sur la créance de la partie lésée. On trouve le fondement

⁷¹³ Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », article *op. cit.* Selon l'auteur : « *Malgré l'indépendance de principe de contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal, de liens juridiques se créent entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, en sorte qu'une cloison étanche entre les deux contrats ne peut être maintenue et que l'on peut hésiter à rattacher les liens ainsi créés à la loi de l'un ou de l'autre contrat* ».

⁷¹⁴ *Ibid.* ; Yvonne Flour, « *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 83 ; Maurice Cozian, « *L'action directe* », Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, UFR de droit et science politique, 1966, p. 42 ; Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », article *op. cit.* ; Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, Philippe Pétel, « *Droit des sûretés* », Paris, LexisNexis, 2015, p. 475 ; François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 555 ; Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Université Paris II Panthéon-Assas, 2008, p. 407 et s. Pour une consécration jurisprudentielle de cette théorie, v. Civ. 1^{ère}, 22 janv. 1991, note Muir Watt, RCDIP 1993, p. 46, *supra* note 469.

⁷¹⁵ *Ibid.*

de ces solutions dans les décisions de la Cour de cassation en matière d'accidents de la route concernant l'action directe de la victime contre l'assureur de l'auteur de l'accident⁷¹⁶. D'après cette théorie, on distingue entre la recevabilité de l'action qui est régie par la loi du contrat du demandeur, et l'étendue de l'action qui doit être régie par celle du contrat du défendeur afin de respecter ses prévisions légitimes⁷¹⁷.

407. M. Haftel atteint les mêmes résultats en s'appuyant sur un fondement différent⁷¹⁸. Comme on l'a souligné précédemment à propos de l'action en paiement, selon l'auteur l'action directe est considérée comme une exception au principe de l'effet relatif des conventions. Il ne faut pas mettre l'accent sur un contrat au détriment de l'autre. M. Haftel estime qu'il faut se détacher des conceptions de droit interne concernant le fondement de cette action et se fonder sur une logique propre au droit international privé⁷¹⁹. Cette branche de droit se préoccupe de la protection des intérêts de l'État, des particuliers et du commerce international. Concernant les contrats, le respect des attentes légitimes des particuliers doit dominer, en l'espèce le demandeur et le défendeur de l'action. Selon l'auteur, deux préoccupations doivent nous guider afin de déterminer la loi applicable à l'action directe : d'un côté, il convient de prendre en compte que cette action permet de conférer au demandeur un second débiteur dont l'absence mène à frustrer les attentes légitimes du demandeur, d'un autre côté, le défendeur ne doit pas être engagé au-delà des obligations de son propre contrat, sinon ses prévisions légitimes seront atteintes.

408. Dès lors, M. Haftel conclut que la recevabilité de l'action directe en responsabilité est régie par la loi du demandeur et par cette loi seule. Cette compétence est expliquée par le fait que le défendeur n'est aucunement lésé par l'existence de cette action qui ne change ni les conditions de ses obligations ni

⁷¹⁶ Req. 24 fév. 1936, RGAT 1936, p. 559 ; RCDIP 1936, p. 782 ; JDI 1937, p. 70 ; Civ. 25 juin 1945, D. 1946, p. 51 ; Douai 21 juin 1945, RCDIP 1956, p. 71, note Loussouarn ; Civ. 1^{ère}, 21 avr. 1971, RCDIP 1972, p. 302, note Lagarde ; JDI 1972, p. 58, note Bigot ; Aix en Provence, 5 fév. 1973, JDI 1974, p. 586 note Bigot, arrêts cités par Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 283 note 50.

⁷¹⁷ V. *supra* n° 248 et s.

⁷¹⁸ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 588 et s.

⁷¹⁹ Dans le même sens, Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 261, p. 280.

l'assiette de l'action⁷²⁰, tandis que son absence peut ne pas respecter les attentes légitimes du demandeur. Par contre, l'étendue de l'action doit être régie par la loi du contrat du défendeur, dont les attentes légitimes méritent également d'être respectées⁷²¹. Il ne faut pas que l'action directe en responsabilité, exceptionnelle à l'égard du défendeur, aboutisse à aggraver sa situation contractuelle, en l'obligeant à payer au-delà de ce qu'il a prévu, par exemple.

409. Pour conclure, pour la majorité de la doctrine, la recevabilité de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant est régie par la loi du contrat du demandeur, alors que celle du contrat du défendeur régit son étendue. Cette théorie de l'application concurrente des deux lois en présence a été nuancée par M. Leclerc (2).

2- La théorie nunacée des rattachements concurrents

410. Le pionnier de cette théorie est M. Leclerc⁷²². L'éminent professeur distingue comme la majorité de la doctrine entre la recevabilité et l'étendue de l'action directe pour déterminer la loi applicable. Pourtant, il préconise pour la recevabilité de l'action un rattachement cumulatif des lois en présence.

411. Tout d'abord, la recevabilité de l'action directe est régie par un rattachement cumulatif. Selon M. Leclerc, afin d'admettre une action directe entre les parties extrêmes dans une chaîne de contrats, il faut que le juge vérifie que la notion de chaîne de contrats est connue non seulement par la *lex fori*, mais aussi par tous les contrats de la chaîne. Ainsi, si le maître de l'ouvrage décide d'agir, non pas contre son cocontractant, mais contre le sous-traitant (de premier rang ou de second rang), il faut que la notion de la chaîne de contrats soit reconnue par la loi du contrat principal et celle régissant les sous-contrats. Si la loi d'un des contrats formant la chaîne ne reconnaît aucune relation entre les parties extrêmes, il faut rejeter l'action contractuelle directe. Pourtant, le juge peut s'interroger sur la présence d'une action délictuelle selon la *lex loci delicti*.

⁷²⁰ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé* », Thèse, *op. cit.*, n° 1320, p. 606.

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² Frédéric Leclerc, « *Les chaînes de contrats en droit international privé* », JDI, 1995, 267.

412. M. Leclerc estime que l'on ne peut pas transposer sur le plan international la présence d'une relation contractuelle entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage alors que l'une des lois régissant les contrats en présence ignore toute relation entre les parties extrêmes⁷²³. Si cette loi demeure fermement attachée au principe de l'effet relatif des conventions et rejette l'existence d'un lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, comme c'est le cas dans le droit égyptien, l'action contractuelle doit être rejetée. L'auteur justifie cette analyse en se demandant : « *n'est-il étrange de qualifier de contractuel un lien alors que même la loi ayant donné vie au contrat, dont procède ce lien, nie précisément l'existence d'un tel lien*⁷²⁴ ? » Par conséquent, afin qu'une relation directe entre les parties extrêmes voie le jour, il faut que les lois de tous les contrats ne soient pas attachées à une conception absolutiste du principe de l'effet relatif des conventions, sinon toute extension du lien contractuel sera bannie.

413. Ensuite, par rapport à l'étendue de l'action en responsabilité, M. Leclerc préconise, comme la majorité de la doctrine, la compétence de la loi du contrat du défendeur. Cette loi régit le régime de l'action, c'est-à-dire qu'elle fixe la mesure des droits du demandeur souhaitant agir contre la partie non contractante. Ainsi, le demandeur agit contre le défendeur sur le fondement du contrat de ce dernier et requiert les droits du contractant direct du défendeur (l'entrepreneur principal en l'espèce). La seule loi qui semble habilitée à fixer l'étendue des obligations pesant sur le défendeur est la loi de son contrat.

414. Or, si la référence à la loi du défendeur pour régir l'étendue de l'action directe est classique, le rattachement cumulatif proposé par l'éminent professeur a été réfuté par les auteurs. Bien que la théorie de M. Leclerc ait le mérite de respecter les deux lois (ou plus) en concurrence, elle présente l'inconvénient que l'action directe aura très peu de chance, même exceptionnelle, de réussir⁷²⁵. En effet, peu nombreux sont les pays qui admettent l'action contractuelle entre les parties non contractantes telle qu'elle était adoptée en droit français⁷²⁶. En outre, on sait que le

⁷²³ *Ibid.*, n° 46.

⁷²⁴ *Ibid.*, n° 47.

⁷²⁵ Pour la critique de cette théorie, v. Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243 ; Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 307.

⁷²⁶ Sur ce point, v. Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* » article *op. cit.* ; Jochen Bauerreis, « *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats* », RCDIP, 2000, 331.

rattachement cumulatif aboutit à appliquer la loi la plus stricte, ce qui, dans la plupart des cas, priverait le demandeur de l'action en responsabilité⁷²⁷.

415. M. Leclerc était conscient que le rattachement cumulatif proposé pour régir la recevabilité de l'action risquait de raréfier les cas où cette action serait admise. Il réplique que là réside la rançon de la projection de la chaîne contractuelle sur le plan international. Puisque le fondement de l'action directe entre des parties non contractantes n'est pas certain, il faut qu'elle soit écartée chaque fois qu'elle n'est pas reconnue par une des lois des contrats composant la chaîne.

416. Si la référence à des rattachements concurrents domine les opinions de la doctrine, d'autres théories estiment que la confrontation entre les intérêts du demandeur et du défendeur mène à la prééminence d'une loi par rapport à l'autre (B).

B- Le rattachement à une loi unique pour régir l'action en responsabilité

417. Selon certains auteurs, la loi du contrat du défendeur doit bénéficier d'une primauté par rapport à celle du demandeur pour régir l'action directe en responsabilité (1). Néanmoins, il semble que les arrêts rendus récemment par la Cour de justice mettent l'accent sur la loi du contrat du demandeur (2).

1- Rattachement à la loi du défendeur

418. Le rattachement à la seule loi du contrat du défendeur⁷²⁸ a été recommandé par plusieurs auteurs en se fondant sur des motifs et des bases différents.

419. Selon M. Heuzé⁷²⁹, afin de déterminer la loi applicable à l'action en responsabilité, il faut se dégager des théories adoptées en droit interne pour épouser les intérêts de droit international privé⁷³⁰. Cette branche du droit repose sur

⁷²⁷ Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », in *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège, Bruylant, 2003, 269 ; Add. Jochen Bauerreis, « *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats* », article *op. cit.*

⁷²⁸ L'application de la loi du défendeur est évidente selon la doctrine. En revanche, sa concurrence par d'autres lois est redoutable.

⁷²⁹ Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

⁷³⁰ Add. dans le même sens, Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, 407 et s. ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat, étude de conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 253, p. 274 et s. Mme Laval critique la scission entre la loi du demandeur et du défendeur. Elle considère que l'action directe est

la protection des intérêts des parties, des tiers et du commerce international. Dès lors que l'action en responsabilité engage le défendeur à l'égard d'une personne avec laquelle il n'a pas conclu un contrat direct, la protection de ses intérêts prévaut⁷³¹. Par conséquent, la loi du contrat du sous-traitant sera compétente à régir la recevabilité et l'étendue de l'action intentée à son égard par le maître de l'ouvrage, alors que si l'action est intentée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, la loi du contrat principal sera compétente⁷³².

420. En ayant recours à la loi compétente, le juge sera devant l'une des deux hypothèses : soit cette loi consacre une action de nature contractuelle entre les maillons de la chaîne, et dans ce cas on applique les règles de responsabilité contractuelle de cette loi, soit la loi du défendeur ne reconnaît pas une action contractuelle entre les parties non contractantes. Dans ce dernier cas, le juge applique les règles de responsabilité délictuelle si ses conditions sont remplies.

421. L'application de la loi du défendeur a été défendue également par M^{me} Bacache⁷³³, selon le même raisonnement déjà évoqué par rapport à l'action directe en paiement. L'auteur suggère une lecture évolutive du principe de l'effet relatif des conventions, selon laquelle le demandeur devient partie dans le contrat du défendeur et exerce le même droit de son contractant direct envers le défendeur⁷³⁴. Puisque l'action en responsabilité contractuelle trouve sa source dans le contrat du défendeur, c'est ce contrat qui régit la recevabilité de l'action directe et qui lui dicte également son régime. Par conséquent, le défendeur a le droit d'opposer au demandeur toutes les exceptions tirées de son propre contrat, comme les délais de

le résultat du contrat du défendeur, le demandeur n'a pu intenter une action contre le défendeur que parce que ce dernier s'est engagé selon son propre contrat. Elle estime que si les intérêts du défendeur doivent être pris en compte, cela doit commencer dès la recevabilité de l'action.

⁷³¹ Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats* », article *op. cit.* ; Sarah Laval, Thèse *loc. cit.*

⁷³² Dans le même sens Jochen Bauerreis, « *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats* », article *op. cit.* Selon M. Bauerreis : « *Il nous paraît incontestable que le rattachement de l'action directe quant à son admissibilité dans une chaîne internationale de contrats, dépend exclusivement du mécanisme fonctionnel de l'action directe en droit interne. Transposé en droit international privé, ce mécanisme doit se traduire par le rattachement à la lex contractus du lien contractuel qui a fait l'objet de l'extension envers le titulaire. C'est ainsi que à quelque égard que ce soit seule la loi du contrat conclu par le défendeur de l'action directe a vocation à s'appliquer à l'action directe en responsabilité* ».

⁷³³ Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 305.

⁷³⁴ V. *supra* n° 273.

prescription ou les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité⁷³⁵, tandis que les exceptions issues du contrat du demandeur ne lui sont pas opposables⁷³⁶.

422. La compétence de la seule loi du défendeur a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 10 octobre 1995⁷³⁷. La Haute Juridiction a décidé que la loi régissant le contrat du défendeur régit la recevabilité et l'étendue de l'action directe en responsabilité⁷³⁸.

423. Cette solution présente le mérite de respecter les prévisions légitimes du défendeur poursuivi, puisque la recevabilité, l'étendue et les modalités de sa dette s'apprécient en fonction du contrat qu'il a conclu⁷³⁹. Néanmoins, elle présente l'inconvénient d'ignorer les intérêts du demandeur à l'action. Il se peut que la loi du contrat du demandeur lui confère une action directe contre le sous-débiteur, mais qui en sera privée lorsque la loi du contrat du défendeur l'ignore. En outre, la prise en considération des intérêts du défendeur n'est pas primordiale au niveau de la recevabilité de l'action. Le débiteur se préoccupe, non pas de la personne du

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 312.

⁷³⁶ Dès lors, dans une action en responsabilité intentée du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant si l'entrepreneur a limité sa responsabilité dans le contrat avec le maître de l'ouvrage, le sous-traitant (défendeur) ne peut pas opposer cette clause limitative de responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. Néanmoins, selon Mme Bacache, seules les exceptions qui prouvent l'absence ou l'extinction de l'obligation du demandeur peuvent être opposées. Elle justifie cette exception par le fait que l'absence ou l'extinction du contrat du demandeur rompt le lien de causalité entre les deux contrats et on ne peut pas dire à ce moment que le maître de l'ouvrage est partie dans le contrat de sous-traitance, *ibid.*

⁷³⁷ Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, RCDIP 1996, p. 332, note Vincent Heuzé ; D. 1996 somm. p. 171, note Bernard Audit. Cette décision concerne un recours en garantie exercé dans un cadre de groupe de contrats. Une action du sous-acquéreur français (*société OMG*) contre le fournisseur italien (*société Paglierani*) qui était le vendeur initial et contre le vendeur intermédiaire français (*Société SNPMI*). En l'espèce la Cour d'appel a appliqué le droit français sur l'action rédhibitoire du sous-acquéreur contre les vendeurs. La Cour de cassation avait cassé la décision en reprochant à la cour d'appel de ne pas justifier l'application du droit français, alors que la loi italienne devait être appliquée comme loi du contrat du vendeur initial. C'est à la loi du défendeur, donc, de déterminer la recevabilité de l'action. *Add.* une décision de la Cour de cassation dans le cadre d'une chaîne hétérogène de contrats, où la Cour de cassation n'a pas adopté la scission entre l'existence et le régime de l'action, Civ. 3^{ème}, 16 janv. 2013, n° 11-13.509, RCDIP 2013, p. 620, note Dominique Bureau. Par rapport à l'action en paiement, la juridiction avait plusieurs tendances : Civ. 1^{ère}, 22 janv. 1991. *Soc. Krupp et autre c. soc. Trailigaz et autre*, D. 1993, p. 46, note Horatia Muir Watt. Dans cet arrêt on a adopté la concurrence entre la recevabilité et l'étendue. Pourtant, la Cour d'appel de Versailles a adopté le rattachement unique vers la loi du contrat du défendeur, CA Versailles, 29 mars 2010, n° 09/00587 *Affaire Altsom Power Environment c. NV Montage Vermeesen* contre le jugement rendu le 13 janv. 2009 par le Tribunal de Commerce de Nanterre. V. *supra* n° 279.

⁷³⁸ Cette solution est adoptée par la Convention de La Haye de 1973 qui régit la responsabilité des fabricants, fournisseurs, producteurs et autres personnes constituant la chaîne de préparation et de distribution commerciale des produits. L'action en responsabilité relève seulement de la loi gouvernant le contrat du défendeur en ce qui concerne l'existence ainsi que l'étendue, Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat, étude de conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 294.

⁷³⁹ Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Thèse *loc. cit.* ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat, étude de conflit de lois* », Thèse *loc. cit.*

créancier, mais de l'étendue de sa dette. Il importe peu au défendeur de se libérer de sa dette entre les mains de son contractant immédiat ou à la partie médiate, à condition que sa responsabilité reste inchangée⁷⁴⁰, d'où les propositions de la majorité de la doctrine vers la compétence des lois concurrentes⁷⁴¹.

424. Néanmoins, si la compétence de la loi du défendeur a quand même ses justifications légitimes, la compétence de la loi du demandeur paraît surprenante (2).

2- Rattachement à la loi du demandeur

425. Il ressort des arrêts *Flightright et Féniks*⁷⁴² rendus par la Cour de justice qu'il faut tenir compte du contrat du demandeur pour régir la recevabilité et l'étendue de l'action en responsabilité contre un tiers⁷⁴³. En définissant la matière contractuelle, la Cour de justice s'est référée à « *l'obligation librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur laquelle se fonde l'action du demandeur* ». D'après cette définition, il semble que la Cour de justice met l'accent sur la loi du contrat du demandeur pour déterminer les règles applicables à l'action directe du demandeur contre un tiers⁷⁴⁴.

426. Cette règle, favorable au demandeur, est appliquée par opposition à une doctrine unanime et à la solution du droit commun qui insiste sur le rôle du contrat duquel le défendeur est partie⁷⁴⁵. Il n'est pas certain que ce critère soit salué par la doctrine. On a vu que, malgré la diversité des différentes solutions proposées par les auteurs pour déterminer la loi applicable à l'action directe, la protection des prévisions légitimes du défendeur a fait l'unanimité. Celui-ci se trouve, sous prétexte de l'action directe, surpris par une action intentée par une personne avec laquelle il n'a pas conclu de contrat, ce qui induit nécessairement la protection de ses prévisions légitimes. Cette solution rendue par la Cour de justice « *fait peu de cas*

⁷⁴⁰ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, 606.

⁷⁴¹ V. *Supra* n° 405.

⁷⁴² *Supra* n° 384 et s.

⁷⁴³ Fabienne Jault-Seseke, note sous l'arrêt *Féniks*, D. 2019, p. 516 ; Cyril Nourissat, *ibid.*, AJ contrat 2018, p. 537 ; Pascal Dupont, note sous l'arrêt *Flightright*, *ibid.*, p. 1366 ; Louis d'Avout, Sylvain Bollée et Etienne Farnoux, note sous les arrêts, *ibid.*, p. 1956.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ Etienne Farnoux, « *Applicabilité ratione temporis du règlement Rome II et loi applicable à l'action directe* », RCDIP, 2019, 849 ; Cyril Nourissat, note *op. cit.*

de l'effet relatif des conventions et confirme que la solution est pour le moins surprenante ! »⁷⁴⁶.

427. Pour réaliser une opération internationale, les parties ont recours à plusieurs contrats, un contrat principal et des contrats accessoires qui sont au service du premier. Parmi les contrats accessoires les plus fréquents, on trouve le contrat de sous-traitance. L'entrepreneur principal, qui se trouve dans l'impossibilité de réaliser seul un projet international, choisit de sous-traiter une partie ou tout le projet à d'autres sous-entreprises qui participent toutes à réaliser le contrat principal. Une connexité étroite lie tous les participants au même projet, ils travaillent tous pour le profit du même maître d'ouvrage pour réaliser le même contrat.

428. Malgré cette connexité étroite, les règles applicables à ces contrats sont complètement indépendantes, à moins que les parties, ayant une formation juridique suffisante, les lient. Les règles européennes et égyptiennes régissant ce contrat ne prennent pas en compte cette connexité étroite. Chaque contrat est régi par une loi qui lui est indépendante. Le démembrement entre les règles applicables au sein d'un même ensemble contractuel aboutit, comme on l'a vu, à des résultats peu souhaitables. On trouve un entrepreneur principal indemnisant son maître de l'ouvrage pour des fautes dont personne ne nie qu'elles soient imputables au sous-traitant, et qui se trouve privé de toute réparation par son cocontractant, en raison de la différence de lois applicables ou de clauses contractuelles entre les deux contrats. Cet entrepreneur principal se trouve dans une situation peu enviable : en plus de sa propre responsabilité, il est responsable à l'égard du maître de l'ouvrage pour toutes les fautes du sous-traitant et à l'égard de ce dernier pour toutes les fautes imputables au maître de l'ouvrage. Comme on l'a, à juste titre estimé, l'entrepreneur principal se trouve comme « *the meat in a sandwich* »⁷⁴⁷, alors que les règles actuelles ne le protègent pas.

⁷⁴⁶ Cyril Nourissat, note sous l'arrêt *Féniks*, *op. cit.* ; dans le même sens Étienne Farnoux, « *Applicabilité ratione temporis du règlement Rome II et loi applicable à l'action directe* », RCDIP, 2019, 849.

⁷⁴⁷ P. Hobeck, V. Mahnken, M. Koebke, « *Time for wolf reforms in international construction arbitration* », *Int. Arbitration Law Review*, 2008, 95, cité par Ugo Draetta, « *Arbitration in international construction contracts : selected practical problems* », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 351, p. 13.

429. Au lieu de protéger l'entrepreneur principal vulnérable contre les éventuels risques du démembrement des règles actuelles, ces dernières mettent la lumière sur le sous-traitant pour le protéger financièrement.

430. Face à ces lois inopportunes, deux scénarios sont possibles : soit que l'entrepreneur principal ne tienne pas compte de cette situation délicate, soit qu'il essaie de passer tous les risques à son sous-traitant. Un déséquilibre flagrant est le résultat des deux situations, une fois au détriment de l'entrepreneur principal et une autre au détriment du sous-traitant. Cette image est contraire à la philosophie du droit international privé se présentant comme « *un funambule* »⁷⁴⁸ qui doit garder l'équilibre entre les intérêts de toutes les parties en présence, s'il penche trop d'un côté, il tombe.

431. Par ailleurs, en raison de l'étroite connexité entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, les parties extrêmes peuvent avoir intérêt à agir directement l'un contre l'autre. Deux sortes d'actions sont concevables : l'action en paiement et l'action en responsabilité. D'un côté, le sous-traitant peut avoir intérêt à demander le paiement direct au maître de l'ouvrage qui est le bénéficiaire direct de ses travaux. Cet intérêt s'accroît notamment en cas d'insolvabilité de son contractant direct, l'entrepreneur principal. D'un autre côté, en cas d'inexécution ou d'une mauvaise exécution, le maître de l'ouvrage peut avoir intérêt à demander la réparation de ses préjudices à l'auteur du dommage, le sous-traitant.

432. Néanmoins, l'absence des règles spéciales régissant la relation entre les parties extrêmes du contrat de sous-traitance a été source indéniable d'insécurité. Les parties ne peuvent pas prévoir avec certitude les règles applicables à leur action. La menace sur la sécurité et sur la prévisibilité est importante. Aucune règle législative ou jurisprudentielle n'est établie d'une manière certaine et univoque afin de déterminer le régime juridique de ces actions. Ni les règles régissant l'action en paiement ni celles de l'action en responsabilité ne sont assurées par des règles prévisibles.

433. En raison de l'incertitude affectant le fondement de l'action directe tant en droit commun qu'en droit communautaire, celle-ci a fait l'objet en droit

⁷⁴⁸ Hélène Gaudemet-Tallon, « *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* », RCADI, vol. 312, 2005, p. 23.

international privé « *d'analyses doctrinales renouvelées et relativement bigarrées* »⁷⁴⁹.

434. L'action en paiement est considérée par une certaine doctrine comme une garantie sur la créance alors que pour d'autres elle est considérée comme une action contractuelle. Quant à l'action en responsabilité, on hésite toujours entre un fondement délictuel⁷⁵⁰ et un fondement contractuel⁷⁵¹. À l'appui de chaque qualification, de nombreuses propositions doctrinales ont été suggérées.

435. Il faut que le législateur intervienne afin de résoudre cet « *immense capharnaüm* »⁷⁵². Il convient d'élaborer des règles qui tiennent compte de la nature spéciale de l'opération de sous-traitance. Un nouveau cadre juridique s'impose. Ce nouveau cadre doit commencer par une qualification qui tienne compte de la nature spéciale du contrat de sous-traitance et de son intime relation avec le contrat principal, et qui essaie de concilier entre les intérêts de tous les intervenants de l'opération (Partie II).

⁷⁴⁹ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1310, p. 603. Devant l'arbitrage, la question de l'action entre les membres extrêmes est plus compliquée, puisque l'arbitre tire sa compétence d'une convention d'arbitrage d'un des contrats de l'ensemble et ne peut décider à l'égard d'une partie de l'ensemble contractuel qui n'est pas en même temps partie à la convention d'arbitrage sur le fondement de laquelle est saisi l'arbitre, François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, n° 388, pp. 239-240.

⁷⁵⁰ La juridiction en droit français débouche sur une action délictuelle depuis l'arrêt *Besse*.

⁷⁵¹ La majorité de la doctrine préconise un fondement contractuel, v. *supra*, n° 369 et s. En outre les décisions récentes de la Cour de Justice s'incline vers un fondement contractuel, les décisions *Féniks* et *Flightright* citées *supra* n° 351 et s.

⁷⁵² Le terme est employé par Maud Minois, « *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations* », Thèse de doctorat, Université Sorbonne Paris, 2016, n° 19, p. 28.

Partie II – Vers un système transparent de la loi applicable au contrat de sous-traitance internationale

436. On a vu que la mise en œuvre des règles actuelles applicables au contrat de sous-traitance internationale débouche, d'une part, sur des résultats incohérents, contradictoires et injustes entre les cocontractants, et d'autre part, sur des solutions incertaines entre les parties extrêmes.

437. Les difficultés résultant des règles actuelles au contrat de sous-traitance trouvent leur source dans l'absence des règles de conflits spéciales régissant ce contrat en dépit de sa nature particulière. C'est une convention dont les effets débordent les limites de ce seul contrat pour influencer directement un autre contrat considéré juridiquement comme autonome. Pourtant, la détermination des règles applicables au contrat de sous-traitance s'opère sans tenir compte de son rapport avec le contrat principal. Quand il qualifie le contrat de sous-traitance sur le plan international, le juge commence par l'insérer dans la catégorie de contrat de prestation de service. Dès lors, il ne tient pas compte des liens qu'il entretient avec le contrat principal. Seule une partie de la situation est prise en considération.

438. Devant l'inadaptation de la règle de conflit régissant les parties immédiates et le chaos résultant de l'incertitude des règles régissant la relation entre les parties médiates, il convient de chercher une solution appropriée.

439. On estime que cette solution doit commencer dès la phase de qualification. Comme l'a, à juste titre, estimé M^{me} Cocteau Senn⁷⁵³, si les lois contradictoires ont été appelées par plusieurs règles de conflit, le problème doit être réglé dès la phase de qualification. Si on règle le problème dès cette phase, on pourra prévenir le dépeçage postérieur.

440. Pour ces raisons, une solution adéquate au contrat de sous-traitance doit commencer par une qualification idoine afin d'aboutir à des règles adaptées. On estime que la qualification convenable est celle qui tient compte des liens étroits attachants le contrat de sous-traitance à son contrat de base, c'est ce que l'on appelle une qualification transparente (Chapitre I). La transparence au niveau de la qualification mène à la désignation des lois applicables qui « *ne soient pas*

⁷⁵³ Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, p. 408.

sourde »⁷⁵⁴ aux intérêts de tous les intervenants et qui correspondent à la nature de ce contrat, ce que l'on appelle une loi transparente (Chapitre II).

⁷⁵⁴ L'expression de M. Pascal de Vareilles-Sommières, préface de la thèse de Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014. p. 10.

Chapitre I – Vers une transparence de la qualification du contrat de sous-traitance internationale

441. La qualification consiste à faire entrer les faits dans une catégorie juridique, un mot qui contient une signification juridique précise. Ces catégories sont élaborées d'une manière spéciale à chaque branche de droit, selon ses besoins et ses intérêts. Elles sont déterminées par le législateur, la jurisprudence et la doctrine d'une part, et les pratiques individuelles, d'autre part⁷⁵⁵. Dès lors, les catégories sont le produit de l'expérience, leur système est imparfait, elles sont en évolution continue. Elles doivent accueillir l'évolution de la vie sociale et les besoins nouveaux afin d'éviter l'imprévisibilité des solutions et garantir la sécurité juridique⁷⁵⁶.

442. Si l'opération de qualification se rencontre en droit international privé comme dans les autres branches de droit, néanmoins, il ne faut pas oublier que l'esprit qui anime le droit international privé, soit la recherche de l'harmonie des solutions et la coordination des systèmes, diffère sensiblement de celui qui existe en droit interne⁷⁵⁷. Par ailleurs, le fonctionnement par le truchement de la règle de conflit, considérée comme méthode principale de conflits de lois en droit international privé⁷⁵⁸, confère à la qualification internationale une certaine spécificité, puisqu'elle est une règle indirecte qui ne désigne pas directement la solution du litige. Par conséquent, les catégories juridiques doivent être élaborées de manière à prendre en compte les différents aspects de l'opération, afin de diriger le juge vers une loi qui présente les liens les plus étroits avec le litige⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ Bertrand Ancel, « *Qualification* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, actualisation 2009.

⁷⁵⁶ *Ibid.* ; Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, n° 290 et s., p. 213.

⁷⁵⁷ Ridha Boukhari, « *La qualification en droit international privé* », Les cahiers de droit, 51, 2010, pp. 159-193. Dans le même sens, Maud Minois, « *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations* », Thèse de doctorat, Université Sorbonne Paris, 2016, n° 4.

⁷⁵⁸ Bertrand Ancel, « *Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel* », in Francisco Javier Quel López y Iñaki Aguirre Zabala (dir.), *Cursos de Derecho Internacional de relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2005*, Vizcaya : Editorial de la Universidad del País Vasco, 2006, pp. 345-416 ; Ridha Boukhari, « *La qualification en droit international privé* », article *op. cit.*

⁷⁵⁹ La règle de conflit se caractérise par sa neutralité, elle désigne la loi applicable sans tenir compte de la solution que la loi désignée donne au litige. Pour cela, la règle de conflit choisit non « *la solution la plus juste en elle-même, au sens du droit interne, du problème à résoudre, mais de déterminer la loi qui est la plus juste* », c'est ce qu'on appelle une justice conflictuelle. Cette dernière est fondée sur la localisation du rapport de droit, par opposition à la justice matérielle qui s'attache au contenu du droit désigné, Gerhard Kegel, « *Crisis of conflict of laws* », RCADI, 1964, vol. 112, p. 91 et s., spéc. 184-185 ; Léna Gannagé, « *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des*

443. Néanmoins, la catégorie actuelle régissant le contrat de sous-traitance ne prend pas en compte la nature complexe de ce contrat. Le risque est d'aboutir, d'une part, aux incohérences entre le contrat principal et le sous-contrat, et d'autre part, à une imprévisibilité des solutions par rapport aux parties médiates.

444. Devant cet afflux chaotique des règles actuelles, nous commencerons par chercher de solutions préventives dès la phase de qualification, afin de trouver le véritable statut du contrat de sous-traitance. Pour ce faire, nous procéderons, dans un premier temps, à analyser le contrat de sous-traitance afin de confronter cette analyse avec la qualification actuelle (Section I). Cet examen permettra, dans un second temps, de nous diriger vers la qualification fonctionnelle appropriée qui prend en compte les liens existants entre les différents contrats et réalise les objectifs de droit international privé menacés lors de la qualification actuelle (Section II).

Section I – L'analyse de la qualification du contrat de sous-traitance

445. La qualification se présente dans toutes les branches de droit sous forme d'un syllogisme⁷⁶⁰, un ensemble d'éléments qui permettent de déterminer une catégorie juridique afin d'arriver au régime juridique applicable. Par exemple, la vente est composée d'une chose, un prix et un transfert de propriété. Le contrat d'entreprise comporte deux éléments, un service et sa rémunération. Le juge, quand il se trouve devant une situation de fait présentant ces éléments, l'insère dans la catégorie de vente ou d'entreprise et lui applique le régime juridique correspondant. Par conséquent, qualifier c'est constater, définir la situation afin de lui choisir la catégorie instituée par la loi puis mettre en œuvre le régime juridique correspondant.

446. Néanmoins, l'opération de qualification n'est pas faite d'une manière mécanique ou purement technique⁷⁶¹, elle est guidée par les besoins de la pratique

normes », RCDIP, 2001, 1 ; Hélène Gaudemet-Tallon, « *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* », cours *op. cit.* ; Henri Batiffol, « *Les intérêts de droit international privé* », in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts Festschrift für Gerhard Kegel, Francfort-sur-le-Main, Metzner, 1977*, p. 11 et s., spéc. p. 14.

⁷⁶⁰ François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Paris, LGDJ, 1956, n° 3, p. 2 ; Thomas Janville, « *La qualification juridique des faits* », Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 82.

⁷⁶¹ François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Thèse *op. cit.*

et les intérêts relatifs à chaque branche de droit. Dans une optique de cohérence par exemple, la qualification doit respecter le plus possible les liaisons systématiques qui peuvent relier la question litigieuse aux questions connexes⁷⁶².

447. Il convient d'étudier si la qualification actuelle du contrat de sous-traitance respecte à la fois les éléments constituant cette opération contractuelle, et les intérêts qui sous-tendent cette institution.

448. Pour ce faire, il faut commencer par analyser de plus près la structure du contrat de sous-traitance (Sous-section I), afin de passer ensuite à la confrontation de la qualification actuelle avec la structure démontrée de ce contrat ainsi qu'avec les intérêts du droit international privé (Sous-section II).

Sous-section I – La structure du contrat de sous-traitance, origine de qualification

449. À la base de chaque qualification, se réunit un certain nombre des éléments qui constituent les critères de distinction de celle-ci⁷⁶³. Dès lors, afin de déterminer la qualification d'une relation juridique, il faut constater les différents éléments de la relation en présence. Mais la constatation seule ne suffit pas, une autre étape doit s'ajouter. En effet, la qualification peut varier selon les modalités d'assemblage des éléments constituant chaque qualification. Pour déterminer la qualification précise, il faut, d'une part, constater les éléments et, d'autre part, examiner comment se réalise la réunion des éléments constatés⁷⁶⁴.

450. Ainsi, afin de procéder à la qualification du contrat de sous-traitance, nous commencerons par constater les différents éléments composants ce contrat (§ 1), puis, nous étudierons comment se réalise leur assemblage (§ 2).

⁷⁶² Dominique Bureau et Horatia Muir Watt « *Droit international privé* », Paris, PUF, 2017, T I, n° 384, p. 410 ; Henri Batiffol, « *Aspects philosophiques du droit international privé* », Paris, Dalloz, 1956, p. 7 et s. ; Wilhelm Wengler, « *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé* », RCDIP 1954, p. 661 ; Yves Lequette, « *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales* », RCADI, vol. 246, 1994, p. 19.

⁷⁶³ François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Thèse, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

§ 1 – La constatation des éléments du contrat de sous-traitance

451. Constaté les éléments de fait, c'est les décrire et les relater⁷⁶⁵. La constatation des faits du contrat de sous-traitance nous révèle sa nature complexe.

452. Le législateur décrit l'opération de sous-traitance comme étant, « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* »⁷⁶⁶.

453. Selon cette définition, on constate que les éléments constituant le contrat de sous-traitance sont au nombre de deux. Il est, d'abord, un contrat d'entreprise comme les autres, puisqu'il s'agit d'un contrat selon lequel une partie s'engage moyennant une rémunération à exécuter un travail déterminé⁷⁶⁷. Ce premier élément révèle le caractère indépendant du contrat de sous-traitance (A). Toutefois, cet élément seul ne suffit pas à définir le contrat de sous-traitance, il faut lui ajouter un autre élément afin de discerner sa figure précise. Il est un contrat conclu après un contrat principal, sur lequel il est par nature calqué relativement à tout ou partie de l'objet de celui-ci, sans effacer les rapports juridiques premiers⁷⁶⁸. Le second élément exprime le caractère interdépendant du contrat de sous-traitance (B).

A- Le caractère indépendant du contrat de sous-traitance

454. Le contrat de sous-traitance est un simple contrat d'entreprise autonome et distinct⁷⁶⁹. Le sous-traitant s'engage à fournir un service moyennant une

⁷⁶⁵ *Ibid.*, n° 12, p. 10.

⁷⁶⁶ Article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

⁷⁶⁷ L'article 1710 du Code civil français dispose que « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». En droit égyptien, le contrat d'entreprise est régi par les articles 646-667. L'article 646 définit le contrat d'entreprise comme tel : « *Par le contrat d'entreprise, l'une des parties s'oblige à exécuter un ouvrage ou à accomplir un travail moyennant une rémunération que l'autre partie s'engage à lui payer* ».

⁷⁶⁸ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, p. 205 ; Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975, p. 71 ; Yves Dousset, « *La sous-traitance* », Thèse Droit, Clermont-Ferrand, 1971, p. 45.

⁷⁶⁹ Civ. 2^{ème}, 2 nov. 1983, Bull. civ. II, n° 210, « *un contrat de sous-traitance n'en est moins un marché autonome et distinct* ». V. Frédéric Leclerc, « *Droit des contrats spéciaux* », Paris, LGDJ-Lextenso, 2012, p. 435 ; Pascal Puig, Julie Payet, et Isabelle Boismery, « *Contrats spéciaux* », Paris, Dalloz, 2017, p. 700 et s. ; Alain Bénabent, Stéphane Braconnier, et André Camprodon, « *Sous-traitance. Droit privé* », in Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Paris, Dalloz, 2018, n° 510.170 ; Mostafa Abd Al Sayed Algarhy, « *Le contrat de sous-traitance, étude comparée en droit*

rémunération, à l'exclusion de tout lien de subordination à l'entrepreneur principal⁷⁷⁰. Bien que le sous-contrat subisse l'attraction du contrat principal et en exécute la même opération économique, il reste un acte juridique indépendant qui est soumis à un régime juridique autonome par rapport à son contrat de base.

455. L'indépendance juridique se manifeste durant toutes les phases de la vie du contrat, à partir de la conclusion jusqu'à la fin.

456. Tout d'abord, l'indépendance du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal se manifeste à la phase de la formation. Le contrat de sous-traitance se forme par l'échange de l'offre et l'acceptation entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal afin de conclure le contrat. Sauf disposition contraire dans le contrat principal, la validité du contrat de sous-traitance n'est pas subordonnée à l'acceptation du maître de l'ouvrage⁷⁷¹. Les parties au contrat principal et au contrat de sous-traitance sont liées deux à deux : maître de l'ouvrage - entrepreneur principal et entrepreneur principal - sous-traitant. Aucun rapport contractuel direct ne lie le sous-traitant au maître de l'ouvrage⁷⁷².

égyptien et français », *Dar Al Nahda Al Arabeya*, Le Caire, Égypte, 1988, p. 37 ; Ossama Mohamed Taha Ibrahim, « *La théorie générale des sous-contrats* », Thèse de doctorat, Université Ain Shams, Égypte 2007, p. 52 ; Deen Gibirila, « *Louage d'ouvrage et d'industrie, entreprise et sous-traitance* », JCl. Civil Code, Art. 1787, Fasc. 20, 2019, n° 29.

⁷⁷⁰ Ce caractère distingue le contrat de sous-traitance du contrat de travail, Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013, n° 31. V. Crim. 14 fév. 2006, JurisData n° 2006-032592 ; Crim. 29 oct. 1985, 84-95.559. Dans ces affaires, la Cour a décidé afin d'écarter la qualification sous-traitance parce que, « *ces ouvriers étaient placés en état de dépendance économique et de subordination juridique* ». Comp. Georges Valtentin, « *Le contrat de sous-traitance* », Paris, Librairies techniques, 1979, n° 138, p. 123. M. Valtentin estime que le sous-traitant exerce ses activités sous le contrôle de son contractant. Il doit se soumettre à ses directives concernant l'exécution du travail, les résultats à atteindre, les qualités techniques de la production, ces directives font du sous-traitant un subordonné, proche du salarié, mais cette dépendance économique n'altère pas l'indépendance juridique. V. aussi, Georges Virassamy, « *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique* », préface Ghestin, LGDJ, 1986, n° 39, p. 40.

⁷⁷¹ Laurent Aynès et Philippe Malaurie, « *Les contrats spéciaux* », Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 439. En France, la loi du 31 décembre 1975 impose à l'entrepreneur principal de faire agréer les sous-traitants par le maître de l'ouvrage. À défaut, le contrat de sous-traitance reste valide mais le sous-traitant peut demander la résiliation du contrat.

⁷⁷² En arbitrage, l'indépendance est affirmée dans plusieurs arrêts. Ainsi dans l'affaire CCI 19410, un sous-traitant a engagé une procédure d'arbitrage contre le maître de l'ouvrage, comme prévu dans la Convention d'arbitrage contenue dans le contrat principal, signé par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. La Cour a considéré que cet arbitrage ne pouvait pas procéder en raison du fait que le sous-traitant n'avait aucun lien contractuel avec le maître de l'ouvrage. CCI 19410, inédite, cité par Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, n° 443, p. 461.

457. En outre, il faut que le consentement des parties au contrat de sous-traitance soit privé de tout vice, ayant pour objet une prestation licite à fournir moyennant une rémunération déterminée par les parties⁷⁷³. Indépendamment du contrat principal, le contrat de sous-traitance doit rester parfaitement valable, ce qui veut dire que la validité est appréciée abstraction faite de sa nature comme contrat dérivé⁷⁷⁴. Étant deux contrats juridiquement divisibles, la nullité absolue ou relative du contrat de sous-traitance sera appréciée indépendamment du contrat principal. Mais l'indépendance du contrat de sous-traitance internationale ne s'arrête pas à la phase de la conclusion : elle s'étend également à celle de l'exécution.

458. Quel que soit le droit applicable au fond du litige, le contrat en sous-ordre jouit d'un statut autonome sur le fond du contrat⁷⁷⁵. Ainsi, à défaut d'une clause contraire, le contrat de sous-traitance contient des clauses contractuelles qui lui sont indépendantes, comme les modes d'exécution du contrat, le prix, les clauses de règlement des différends⁷⁷⁶, les clauses de choix de loi, les clauses d'aménagement de responsabilité, etc.⁷⁷⁷. En outre, même en cas de référence au contrat principal concernant les modes d'exécution, certaines clauses restent indépendantes, comme les clauses et les conditions du prix et les modalités de paiement du contrat de sous-traitance⁷⁷⁸. Cette indépendance a été confirmée par la Cour de cassation dans un ancien arrêt qui a affirmé « *que la référence au cahier de charge de l'État dans un contrat de sous-entreprise concerne exclusivement le*

⁷⁷³ Jean-Luc Aubert et François Collart Dutilleul, « *Le contrat, droit des obligations* », Paris, Dalloz, 2017, p. 72 et s. ; Frédéric Leclerc, « *Droit des contrats spéciaux* », n° 750, p. 420 et n° 775, p. 435.

⁷⁷⁴ CCI 6829, sentence finale 1992 extraits in *Yearbook*, vol. XIX, p. 167 ; Rec. sentences CCI, vol. III, p. 282, Luxembourg, droit luxembourgeois. Dans le même sens, CCI 5521, première sentence partielle, 1998, Londres, droit de l'État contractant. Cette affaire concerne la construction d'un ensemble immobilier dans l'État du Golfe. Le tribunal arbitral, dans cet arrêt, a établi la nullité de sous-contrat sans égard à sa condition du contrat dérivé. Il a affirmé que le sous-contrat a une vitalité et une validité propre indépendamment du contrat principal. V. dans le même sens, *Chamber of National and International Arbitration of Milan*, sentence finale 20 juill. 1992, n° 1491, *Yearbook* XVIII, p. 80, cités par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Thèse *op. cit.*, n° 376 en note, et n° 429 et s.

⁷⁷⁵ Cette autonomie est l'un des critères qui distinguent le sous-contrat de la cession du contrat, François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Thèse *op. cit.*, p. 207. Comp. M. Djoudi qui démontre que la sous-traitance est une cession du contrat, Jamel Abdnas Djoudi, « *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés* », Thèse de doctorat, Université Paris II sous la direction de Yvon Loussouarn, 1993, n° 142.

⁷⁷⁶ Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, n° 429, p. 443.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, n° 411.

⁷⁷⁸ Maurice Flamme et Jacques Lepaffe, « *Le contrat d'entreprise* », Bruxelles, 1966, p. 155, n° 222.

mode d'exécution des travaux et non le prix des fournitures à effectuer par le sous-traitant »⁷⁷⁹.

459. En outre, la nature matérielle de la prestation sous-traitée peut être différente de celle exécutée par le substituant⁷⁸⁰. Il arrive fréquemment que le contrat principal suppose la réalisation d'un ensemble de prestations variées effectuées par le sous-contractant. Si le sous-contrat doit avoir le même objet du contrat principal⁷⁸¹, cette identité d'objet ne signifie pas l'identité de la prestation matériellement exécutée par le prestataire de service. La notion du sous-contrat n'impose pas que les sous-contractants accomplissent les mêmes actes matériels que le contractant principal⁷⁸².

460. Une conséquence intéressante émane de l'indépendance juridique du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal. Dès lors que chaque contrat est distinct et qu'il n'existe aucun lien direct entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, les ordres et les modifications des travaux du contrat principal par le maître de l'ouvrage ou l'ingénieur ne sont pas *self executing* au contrat de sous-traitance⁷⁸³. Cela signifie que le sous-traitant, sauf clause contraire, doit recevoir les modifications et les instructions par l'entrepreneur principal, qui bénéficie des pouvoirs du maître de l'ouvrage à son égard⁷⁸⁴. Cette indépendance a été illustrée par la clause 7.2 du modèle de sous-contrat élaboré par l'*Institution of Civil Engineers*⁷⁸⁵ selon laquelle, « *l'entrepreneur principal aura les mêmes pouvoirs vis-à-vis des travaux sous-traités pour donner des instructions et des décisions que le maître de l'ouvrage dans le contrat principal. Lesdits pouvoirs peuvent être exercés*

⁷⁷⁹ Cass. 24 juin 1953, cité par Maurice Flamme, « *Traité théorique des marchés publics* », T. II, 1968, p. 30. Ces règles s'appliquent sauf clause contraire, v. Civ. 3^{ème}, 18 mai 1978, *Entreprise Paré c. SARL Fratello*. Dans cette affaire les parties ont stipulé que la clause de révision de prix prévue dans le contrat principal s'applique également au sous-contrat.

⁷⁸⁰ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977, p. 150 ; Xavier Henry, « *La technique des qualifications contractuelles* », Thèse de doctorat, Université de Nancy II, 1992, n° 972 ; Régine Bonhomme, « *Sous-contrat et co-contrat. Adjonction et conjonction de contractants* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 105, n° 15.

⁷⁸¹ V. *infra* B.

⁷⁸² Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 189. Cette différence de nature matérielle peut aboutir à une différence de la nature juridique entre les deux contrats par exemple, nature onéreuse ou gratuite, nature publique ou privée.

⁷⁸³ V. par exemple, l'article 4-214 du modèle de contrat FNTF de sous-traitance qui dispose que le sous-traitant « *doit s'interdire d'exécuter tout ordre qui lui serait donné directement par tout autre intervenant que l'entrepreneur principal* ».

⁷⁸⁴ Article 2 de la loi sur la sous-traitance ; v. Civ. 3^{ème}, 18 avr. 1972, Bull. civ. III, n° 237.

⁷⁸⁵ L'institution ICE c'est l'« *Institution Of Civil Engineers* ». Elle élabore des contrats types de construction au Royaume-Uni.

indépendamment de si le maître de l'ouvrage les a exercés en vertu du contrat principal »⁷⁸⁶. Ainsi, selon cette clause, le contrat de sous-traitance bénéficie d'une autonomie par rapport à son contrat de base qui permet toujours à l'entrepreneur principal d'ordonner au sous-traitant des modifications même sans que le maître de l'ouvrage ne les requière.

461. Par ailleurs, l'indépendance des deux contrats s'illustre également par rapport à la responsabilité contractuelle. La conclusion du sous-contrat n'altère pas la responsabilité des deux parties contractantes. Chaque partie est responsable de l'exécution de ses propres obligations selon son contrat⁷⁸⁷. Le sous-traitant doit livrer des travaux conformes aux spécifications et exempts de vices. Par conséquent, lors de la réception des travaux sous-traités, si les prestations fournies ne sont pas conformes aux exigences contractuelles du contrat de sous-traitance, la mise en jeu de la responsabilité du contractant s'ensuivra⁷⁸⁸. Le sous-

⁷⁸⁶ Traduit par nous, le texte en anglais : « *The contractor shall have the like powers in relation to the subcontractor works to give instructions and decisions as the employer has in relation to the main works under the main contract... the said powers of the contractor shall be exercisable in any case irrespective of whether the employer has exercised like powers in relation thereto under the main contract* ». Add. Modèle FNTF-FNB clause 6.212. Même dans les contrats modèles transparents, les modifications du contrat principal ne produisent pas un effet direct à l'égard du sous-contrat. Ceci affirme les limites de la dépendance du sous-contrat vis-à-vis du contrat principal, v. Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, 1992, p. 326.

⁷⁸⁷ Le plus souvent quand le maître de l'ouvrage évoque la responsabilité de l'entrepreneur principal, ce dernier essaie d'évoquer la responsabilité des sous-traitants. Ceci a été refusée par la Cour de cassation dans plusieurs décisions : TGI Toulouse, 16 janv. 1980, D. 1981, jurispr. 114, note Alain Bénabent ; RTD civ. 1981, 169, note G. Cornu ; CA Douai, 20 déc. 1983 et 26 avr. 1984, RTD civ. 1984, 524, note Philippe Rémy ; Civ. 3^{ème}, 3 déc. 1980, Bull. civ. n° 188, p. 142 ; Civ. 3^{ème}, 24 fév. 1982, Bull. civ. III, n° 54, p. 38 ; Civ. 3^{ème} 23 oct. 1984, Bull. civ. III, n° 171, p. 134 ; Civ. 3^{ème}, 13 avr. 1988, Bull. civ. III, n° 72 et 73 ; D. 1988, jurispr. 521, note Dubois ; JCP G 1989, II, 21302 ; RDI 1988, p. 299, note Ph. Malinvaud et B. Boubli ; Civ. 3^{ème}, 10 janv. 1990, n° 88-14941, Bull. civ. III, n° 17 ; Gaz. Pal. 1990, 2, somm. p. 626 ; Civ. 3^{ème}, 15 janv. 1992, Bull. civ. III, n° 21 ; 23 avr. 1992, Bull. civ. III, n° 135 ; 3 juin 1992, Bull. civ. III, n° 188 ; D. 1994, somm. 153, note Alain Bénabent. Arrêts cités par Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013, n° 74 ; Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, 1992, 334. En arbitrage, v. CCI 7220, sentence partielle, inédite, 1993, Londres droit anglais. Dans cette affaire, la Cour arbitrale a affirmé la responsabilité dualiste dans le contrat principal et le sous-contrat, ce qui signifie que chaque partie est responsable à l'égard de son contractant direct sans interférence entre les contrats composants le groupe au niveau de la responsabilité ; CCI 5808, 2^{ème} sentence partielle, 1994, inédite, Paris, droit danois. Cette affaire est liée à un contrat de cotraitance. Le tribunal avait rappelé le principe de la responsabilité de l'entrepreneur vis-à-vis de chacun de ses sous-traitants pour les faits de l'autre. En outre, les arbitres ont décidé que la stipulation commune aux deux sous-traités conférant aux sous-traitants une action directe l'un contre l'autre, dans certains cas, n'est pas de nature à exclure la responsabilité de l'entrepreneur dans les mêmes cas. Elle se limite à donner une option à ses bénéficiaires. Cité par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Thèse *op. cit.*, n° 390, p. 241.

⁷⁸⁸ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 188, p. 150 ; Civ. 3^{ème}, 9 mai 1972, Bull. 1972 III n° 293, p. 211 ; Com. 23 nov. 1971, D. 1972, 247 ; Nancy, mai 1909, Gaz. Pal. 1909, 459 ; RTD 1909, p. 916, n° 50, note Demogue.

entrepreneur est responsable vis-à-vis de l'entrepreneur des malfaçons qu'il avait commis dans l'exécution des travaux dont il avait la charge. En principe, la violation du contrat de sous-traitance ne met pas en cause la responsabilité de l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage tant qu'elle n'est pas constitutive d'une violation au contrat principal⁷⁸⁹. Néanmoins, si les actes constituent une violation au contrat principal, le maître de l'ouvrage agit directement contre l'entrepreneur selon le contrat principal, puis ce dernier agit contre son cocontractant en vertu du sous-contrat. Une telle indépendance est en principe respectée par les tribunaux nationaux⁷⁹⁰ et affirmée par les arbitres⁷⁹¹.

462. Enfin, le sous-traité, comme tout autre contrat indépendant, peut disparaître pour des causes qui lui sont endogènes⁷⁹², sans égard avec le contrat principal⁷⁹³.

463. Si les éléments précédents permettent d'intégrer le contrat de sous-traitance dans la catégorie du contrat d'entreprise, ils ne suffisent pas à dévoiler sa

⁷⁸⁹ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 437, p. 335.

⁷⁹⁰ Civ. 3^{ème}, 9 mai 1972, Bull. civ. III 211 ; Civ. 3^{ème}, 8 juill. 1971, Bull. civ. III, 321. La Haute Juridiction a décidé que « *n'est pas légalement justifiée la décision qui, pour rejeter la demande en réparation d'un entrepreneur contre un sous-traitant pour mauvaise exécution du contrat, retient que cet entrepreneur a commis des fautes déterminantes de la cause initiale du dommage, sans rechercher si les erreurs et imprudences certaines et déterminantes dont elle relève l'existence à la charge du sous-traitant n'ont pas contribué à la réalisation du dommage* ». Pour un développement en ce sujet, v. Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 44, surtout, p. 56 ; Jacques Montmerle et Albert Caston, « *Passation et exécution des marchés de travaux privés* », Paris, Le Moniteur, 2006, n° 114, 119 et 127. En droit égyptien, v. les décisions citées *supra* n° 300.

⁷⁹¹ CCI 6829, sentence finale, 1992, extraits in *Yearbook*, Vol. XIX, p. 167 ; Rec sentences CCI, Vol. III, p. 282, Luxembourg, droit luxembourgeois, décision *op. cit.* ; *Chamber of National and International Arbitration of Milan*, sentence finale, 20 juill. 1992, n° 1491, *Yearbook* XVIII, p. 80 ; sentence CCI 8419, sentence partielle, 1996, inédite, Londres, droit anglais ; CCI 7220 (*op. cit.*), sentence partielle, inédite, 1993, Londres droit anglais. CCI 5808 (*op. cit.*), 2^{ème} sentence partielle 1994, inédite Paris, droit danois. Décisions citées par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », ouvrage *op. cit.*, n°s 376, 429 et 390.

⁷⁹² Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 463, p. 488. Le dénouement du contrat d'entreprise peut être régi de façon différente selon le droit applicable au litige. En droit français, le dénouement peut être naturel ou accidentel. Le dénouement naturel se réalise par l'exécution de l'ouvrage, sa réception par l'entrepreneur principal et la rémunération payée au sous-traitant. Le dénouement peut être accidentel, par le fait des événements affectant l'un ou l'autre contrat. Comme le décès de l'entrepreneur sous l'égide du droit français et égyptien ou la résolution du contrat par l'entrepreneur suite à l'inexécution du contrat par le sous-traitant, Frédéric Leclerc, « *Droit des contrats spéciaux* », *op. cit.*, p. 464 et s.

⁷⁹³ Le sous-contrat se termine également pour des raisons exogènes en cas de la fin de son contrat de base comme on le verra.

nature comme sous-contrat ; pour ce faire il faut combiner le caractère indépendant avec le caractère interdépendant (B).

B- Le caractère interdépendant du contrat de sous-traitance

464. Le caractère interdépendant du contrat de sous-traitance s'illustre par la présence, à la fois, des rapports de subordination (1) et des rapports de collaboration (2) entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal.

1- Le rapport de subordination structurelle entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal

465. L'élément de subordination est inhérent au contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal⁷⁹⁴. Le terme « *sous* », se joint au mot contrat pour caractériser son infériorité. Tandis que l'autre contrat « *principal* » ou « *premier* », est caractérisé par sa priorité et sa domination. Le rapport entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal est principalement un rapport de hiérarchie. Le sous-traité est à tous points de vue un contrat dominé au contrat principal, dont il emprunte, au moins partiellement, son objet et sa cause⁷⁹⁵.

466. Tout d'abord, la sous-traitance n'existe que pour exécuter les obligations préexistantes du contrat principal sur lesquelles elle va venir se greffer⁷⁹⁶. C'est le contrat principal qui « *donne naissance* »⁷⁹⁷ au sous-contrat et lui emprunte son objet. Dès lors, la prestation essentielle du sous-traitant n'est pas indépendante, mais elle est issue du contrat de base. Une identité d'objet caractérise, alors, la relation entre le sous-contrat et le contrat principal⁷⁹⁸. À défaut de cette identité, on ne peut pas parler de contrat de sous-traitance, il sera chassé de la catégorie de

⁷⁹⁴ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 422, p. 320. Il ne faut pas entendre par cette subordination celle du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur principal comme c'est le cas du travailleur dans le contrat de travail. Contrairement au travailleur le sous-traitant n'est pas subordonné juridiquement à l'entrepreneur principal, mais il s'agit d'une dépendance économique du sous-contrat par rapport au contrat principal. V. Civ. 3^{ème}, 2 oct. 1978, Bull. civ. III, n° 134.

⁷⁹⁵ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 4, p. 4 et s. ; Ahmed Mahmoud Ahmed Abou Moussa, « *Sous-traitance dans le cadre de marchés publics de travaux en Palestine, étude comparative avec le droit islamique* », Mémoire sous la direction de Anwar Hamdan Alshaer, Université de Ghaza, 2017, p. 55 et s.

⁷⁹⁶ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 164, p. 132 ; Mohammed Taha Ibrahim, « *La théorie générale des sous-contrats* », Université Ain Shams, Égypte, 2007, pp. 86-87.

⁷⁹⁷ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 5, p. 10.

⁷⁹⁸ L'objet c'est la prestation essentielle autour de laquelle s'ordonne son économie, sans laquelle les parties n'auraient pas contracté. *Ibid.*, n° 129, p. 103.

sous-contrat⁷⁹⁹. La nécessité de l'identité d'objet a été affirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence. Ainsi, dans une affaire rendue par la Cour de cassation, la qualification de sous-traitance a été écartée, par rapport au contrat présenté en l'espèce, faute de l'identité d'objet entre le contrat principal et le sous-contrat⁸⁰⁰. C'est ainsi, qu'on dit que le contrat principal constitue la cause catégorique du sous-contrat⁸⁰¹. C'est le contrat de base qui assigne au sous-contrat sa catégorie. Dès lors, si le contrat principal est postérieur au sous-contrat, ou si le contrat principal n'existe pas, il n'y aura pas lieu de parler de sous-contrat. Autrement dit, l'existence d'un contrat principal est l'origine de la vie de sous-contrat⁸⁰².

467. La subordination du contrat de sous-traitance au contrat principal a pour conséquence que le contrat dépendant ne peut pas survivre après la mort de son contrat de base. Si le contrat principal est résilié quelle qu'en soit la raison, le sous-traité résilie à son tour par ricochet. Le sous-contrat est une émanation du contrat principal, « *c'est un fruit qui doit tomber avec l'arbre qui le porte* »⁸⁰³. Toutefois, il convient de constater que la doctrine n'est pas unanime sur le fondement de cette

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ Com. 12 mars 1991, D. 1992, p. 112, obs. Alain Bénabent. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a écarté la qualification de sous-traitance, aux motifs que le contractant ne s'est pas vu confié l'exécution des mêmes travaux de l'entrepreneur principal. CA Versailles, 13 déc. 1999, RJDA 11/00 n° 981, D. 2000, p. 95, note Fadoul ; RDI 2000 note B. Boubli ; Civ. 3^{ème}, 23 janv. 2002, Bull. civ. III, n° 10, Défrenois, 2002, Art. 37585, n° 24, note Périnet-Marquet ; Civ. 3^{ème}, 28 mai 2002, RDI 2003, p. 62, note Périnet Marquet ; CA Paris, 4 juill. 2003, RDI 2004, p. 102 ; Civ. 3^{ème}, 23 janv. 2002, décision n° 00-17.759. Dans cette dernière, la Haute Juridiction a exigé, afin de qualifier le contrat de sous-traitance, que le sous-traitant participe à l'acte de construire, objet du marché principal. Il doit exécuter une partie du contrat de l'entreprise principale. Les juges réclament un lien nécessaire entre les deux contrats. Arrêts Cités par Hugues Périnet Marquet, « *Marchés privés de travaux* », in Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz, 2013, dossier 400, n° 400.50 ; Alain Bénabent, « *Sous-traitance* », in Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, 2013, dossier 510 ; Philippe le Tourneau, « *Contrats de services* », in Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10^{ème} éd, 2014, n° 4722.

⁸⁰¹ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 9, p. 12 et s. ; Patrick Chauvel, « *Transaction* », Répertoire du droit civil, Dalloz, 2011, n° 477 ; Mostafa Abd Al Sayed Algarhy, « *Le contrat de sous-traitance, étude comparée en droit égyptien et français* », *Dar Al Nahda Al Arabeya*, Le Caire, Égypte, 1988, p. 5.

⁸⁰² Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 5 et n° 19 et s. ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, p. 205 ; Catherine Costaz, « *L'action directe du sous-traitant* », Thèse de doctorat, Université Pierre Mendès, 1994, p. 65 ; Gwénaëlle Durand-Pasquier, « *Le maître de l'ouvrage : contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise* », Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2005, p. 150 ; Jean-David Dreyfus, « *Externalisation et liberté d'organisation du service* », AJDA 2009, p. 1529 ; Philippe Delebecque, « *Les contrats vecteur de l'externalisation* », LPA, 9 décembre 1998, n° 147, p. 9.

⁸⁰³ Raymond Théodore Troplong, « *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De l'échange et du louage* », 1840, T. II, n° 546, p. 328, cité par Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 169, p. 143.

résiliation. Selon une certaine doctrine⁸⁰⁴, cette résiliation est due à des raisons endogènes liées au sous-contrat même, alors que selon d'autres, cette résiliation est due à sa nature dépendante au contrat initial⁸⁰⁵. Cette dernière analyse est celle adoptée par la Cour de cassation qui a souligné « *que le contrat de sous-traitance était par nature un contrat accessoire qui ne pouvait avoir une durée excédant celle du contrat principal* »⁸⁰⁶. Quel que soit le fondement allégué, le contrat de sous-traitance ne peut pas survivre sans son contrat de base.

468. Par ailleurs, le contrat de sous-traitance emprunte non seulement son objet du contrat principal mais aussi sa cause. Le contrat principal constitue la cause du sous-contrat⁸⁰⁷. Une identité de cause, au sens de but commun, soude le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Ils ont pour objectif commun de réaliser une opération économique globale. Le sous-traité n'a pas été conclu que pour atteindre cet objectif. Si chaque contrat a une *causa proxima* différente de l'autre⁸⁰⁸, ils sont unis par une *causa remota* identique qui est la réalisation de l'opération économique commune⁸⁰⁹. À la superposition des deux actes,

⁸⁰⁴ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, p. 267 et s. ; Yves Dousset, « *La sous-traitance* », Thèse Droit Clermont-Ferrand, 1971, p. 65. Selon M. Dousset, « *l'existence du sous-traité n'est pas liée à celle du contrat principal* », mais la disparition du contrat principal rend l'exécution du sous-contrat impossible, p. 66. C'est la même tendance de quelques décisions arbitrales : CCI 1491, rendue par la *Chamber of National and international arbitration of Milan*, *op. cit.* Lors de cette sentence le tribunal arbitral a refusé de dépendre la nullité du contrat de sous-traitance à celle du contrat principal et a déclaré la nullité de sous-contrat pour des raisons qui lui sont spéciales. Dans une autre décision le tribunal arbitral a décidé que « *le sous-contrat a une validité et une vitalité propre indépendamment du contrat principal et la prétendue résiliation de ce dernier n'a pas mis fin à l'engagement clair et inconditionnel du sous-traitant* », affaire CCI 5521, citée *supra* note, 774.

⁸⁰⁵ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, pour le contrat de sous-traitance, v. n° 168, p. 134 et les réf. citées note 290. Pour le sous-contrat en général, v. n° 123, pp. 100-101, et les réf. citées notes 280-292. Dans une affaire présentée devant la chambre de commerce internationale, l'arbitre était saisi également d'un sous-contrat qui tend à fournir des équipements et des services en Irak en présence de l'embargo décrété par les Nations Unies. Le tribunal arbitral a décidé expressément que le sous-contrat est annulé suite à l'annulation du contrat principal en raison de l'embargo. En outre, le tribunal s'est référé aux stipulations du contrat principal pour répartir les risques. Il s'est fondé sur la nature dépendante du contrat de sous-traitance pour déclarer sa fin, CCI 8419, sentence partielle, Londres, droit anglais, 1996, citée par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, n° 376, p. 233.

⁸⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005, n° 02-12529.

⁸⁰⁷ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *loc. cit.* ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 65 ; Rémy Cabrillac, « *L'acte juridique conjonctif en droit privé français* », LGDJ, 1990, n° 156 ; Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1996, n° 169.

⁸⁰⁸ L'entrepreneur principal attend du sous-traitant l'exécution du service demandé et le sous-traitant attend la contrepartie promise. C'est la cause immédiate du contrat de sous-traitance, Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 207, p. 160

⁸⁰⁹ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975, n° 176. Il convient de préciser que la notion cause a été supprimée dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 portant

correspond l'unité de l'opération économique globale. Le contrat originaire est, alors, la cause finale du contrat de sous-traitance, puisqu'il lui fournit son but⁸¹⁰.

469. Toutefois, la soumission structurelle du contrat de sous-traitance au contrat principal ne suffit pas à définir la nature précise du contrat de sous-traitance. L'inégalité structurelle se trouve compensée par une égalité fonctionnelle⁸¹¹. Un caractère de collaboration entre le sous-contrat et le contrat principal vient renforcer la relation d'interdépendance (b).

2- Le rapport de collaboration entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal

470. Le rapport entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance n'est pas un rapport d'affectation absolu. Si le sous-contrat est lié au contrat de base par un rapport de subordination, un rapport de collaboration qualifie également le couple contractuel⁸¹².

471. Le rapport de collaboration entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance se manifeste dès la conclusion. Les énormes projets, comme les projets de construction, se caractérisent par leur complexité extrême sur le plan technique. Ils ne peuvent pas être réalisés par l'intervention d'un seul entrepreneur. De grands projets tels que la construction en Colombie Britannique d'une usine de gaz naturel estimée à quinze milliards de dollars américains, ou d'une ville intelligente en Corée de sud ou la construction à Dubaï du bâtiment le plus haut du monde ne peuvent pas être assurés par un seul contrat⁸¹³. Les sous-contrats constituent un complément utile, voire nécessaire du contrat principal. Les entrepreneurs, face à

réforme au droit des contrats. Pourtant, ses fonctions essentielles sont maintenues. V. Suzanne Lequette et Claude Brenner, « *Acte juridique. Théorie générale de l'acte juridique* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019, n° 60.

⁸¹⁰ L'identité d'objet et de but a pour conséquence de créer une influence réciproque directe sur les droits et les obligations des parties extrêmes. Ainsi, le créancier de la prestation du premier contrat (le maître de l'ouvrage) subit le dommage résultant de l'inexécution ou la défectuosité de la même prestation du second contrat (par le sous-traitant). En d'autres termes, tout dommage causé par le sous-traitant entraîne un dommage direct pour le maître de l'ouvrage et vice versa, Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », ouvrage *op. cit.*, pp. 123 et 125 .

⁸¹¹ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 3, p. 4.

⁸¹² *Ibid.*, p. 197 et s. ; Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 318 ; Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 119

⁸¹³ Sur l'accroissement de la complexité et de l'ampleur des ouvrages de construction de nos jours, v. D. Rubin « *Global Demands Push Project Scale* », *Engineering News-Record*, 29 août 2011, n° 6, p. 10 cité par Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 19, p. 57.

la complexité technique des contrats internationaux, se trouvent obligés, faute de capacité ou de spécialité⁸¹⁴, à confier la totalité du contrat principal, ou au moins une partie, aux sous-traitants. La relation entre le contrat principal et les sous-contrats est, de ce point de vue, un rapport de collaboration. Le sous-contrat s'accorde avec le contrat principal pour réaliser une opération contractuelle complexe impossible d'être réalisée par un seul intervenant.

472. Ensuite, la collaboration entre le sous-contrat et le contrat principal se révèle durant la phase de l'exécution. Les liens très étroits qui lient le contrat principal et le sous-contrat exigent la présence d'une coopération, qui va au-delà de la convention de sous-traitance. Les contrats d'entreprises internationales sont, dans la plupart des cas, des contrats de longue durée. Tous les intervenants doivent coopérer afin d'éviter que l'inexécution ou la défectuosité de l'exécution d'un contrat entraîne des différends aux autres contrats de l'opération économique. Un auteur parle d'un devoir général de coopération qui incombe aux parties participant à un contrat d'entreprise internationale⁸¹⁵. À défaut de la coopération entre l'entrepreneur principal et les sous-traitants, soit au niveau de la conclusion, soit au niveau de l'exécution, le projet exécuté aura vocation, dans la plupart de cas, à échouer.

473. Pour conclure, le contrat de sous-traitance se caractérise d'une nature mixte qui mêle entre un élément d'indépendance et un élément d'interdépendance. Selon le premier, le contrat de sous-traitance ne se distingue guère des contrats d'entreprises. Néanmoins, seul le second élément permet d'identifier le sous-contrat. Ce dernier est un contrat soumis au contrat principal auquel il doit sa vie et son objet. Or, il ne faut pas perdre de vue également qu'un rapport de collaboration lie le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Le ou les sous-traitants coopèrent avec l'entrepreneur principal afin de réaliser un même projet en faveur

⁸¹⁴ La sous-traitance est qualifiée de spécialité quand l'entreprise principale décide de faire appel à un spécialiste pour exécuter le projet parce qu'elle ne peut pas se doter des moyens nécessaires pour l'exécuter. La sous-traitance est qualifiée de capacité quand l'entreprise, équipée pour exécuter un produit, a recours à une autre entreprise occasionnellement en raison d'une pointe de production ou d'un incident technique, v. Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013.

⁸¹⁵ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, p. 113 ; Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, p. 83.

du maître de l'ouvrage. En l'absence de l'élément indépendant ou de l'élément interdépendant, on ne peut pas parler de contrat de sous-traitance.

474. Pourtant, les degrés de la présence de ces deux éléments ne sont pas invariables. Les parties se penchent vers l'un ou l'autre élément selon leurs intérêts. Il convient de mesurer l'influence de la variation de chaque élément sur la qualification du contrat de sous-traitance (§ 2).

§ 2 – Les liens entre les éléments composant le contrat de sous-traitance

475. Dans la plupart des cas, les parties contractantes essaient d'aménager les éléments constituant une catégorie juridique afin de déterminer leurs desseins et leurs affaires. Une telle attitude est parfaitement loisible et licite à moins que son objectif ne comporte pas une fraude à la loi⁸¹⁶. Changer l'assemblage entre les différents éléments composant la catégorie paraît comme un corollaire direct de l'autonomie de la volonté. Néanmoins, il convient de constater que le changement de l'assemblage des éléments qui composent la catégorie ne serait pas toujours sans influence sur celle-ci et sur la qualification. En s'éloignant trop des éléments essentiels de la catégorie déterminée, un risque de déformation de la catégorie et d'appel d'un autre régime juridique est à craindre⁸¹⁷.

476. Les parties au contrat de sous-traitance se penchent tantôt vers l'indépendance de leur contrat par rapport au contrat principal, tantôt vers son interdépendance, selon les cas. En s'inclinant vers l'élément d'interdépendance, le sous-contrat est dit transparent, alors que dans l'autre cas le contrat de sous-traitance est dit opaque. Entre la transparence et l'opacité, les parties peuvent-elles changer la catégorie de contrat de sous-traitance en le transformant à un contrat complètement autonome, en cas d'opacité absolue ou au contrat qui se place au même pied d'égalité du contrat principal, en cas de transparence extrême ? Quand peut-on dire que le cadre juridique de sous-traitance est déformé par les parties ?

477. En principe, la transparence ou l'opacité ne change pas la nature juridique du sous-contrat (A). Par contre, l'excès de chacune des deux cas peut déformer la catégorie (B).

⁸¹⁶ François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Paris, LGDJ, 1956, p. 5.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 35.

A- Nature juridique invariable face à la transparence et l'opacité

478. Les parties au contrat de sous-traitance préfèrent parfois rendre leur contrat autonome par rapport au contrat principal, la sous-traitance est dite opaque. Dans d'autres cas, elles choisissent de pencher pour l'élément interdépendant du contrat de sous-traitance et rendre transparentes les relations entre le contrat principal et le sous-contrat. En principe, l'opacité ou la transparence ne change pas la qualification du contrat de sous-traitance. Les deux figures seront étudiées successivement.

479. L'opacité complète réfère à la figure où les contractants au contrat de sous-traitance déterminent leurs droits et leurs obligations sans aucune référence à ceux des contractants dans le contrat principal⁸¹⁸. Ainsi, les clauses contractuelles sont prévues d'une manière autonome de celles prévues dans le contrat principal. Les spécifications techniques qui définissent les modes d'exécution du sous-contrat, même si elles sont issues du contrat principal, ne font aucune référence aux mêmes clauses contenues dans le contrat principal. De façon générale, le contenu des droits et obligations du sous-traitant est défini indépendamment de celui de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 423, p. 320 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », ouvrage *op. cit.*, n° 381, p. 235 ; Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013, n° 49 ; Régine Bonhomme, « *Sous-contrat et co-contrat, Adjonction et conjonction de contractants* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 105, 2014, n° 14 ; Jean-Pierre Karila et Laurent Karila, « *Sous-traitance. Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Qualification et modalités de la sous-traitance. La protection du sous-traitant* », JCl. Construction-Urbanisme, Fasc. 206, 2016, n° 77 ; Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 411 ; Jean Raffestin, « *La sous-traitance internationale* », Thèse de doctorat, Université François Rabelais, Tours, UFR de droit, d'économie et des sciences sociales, 1979, p. 333 et s. et p. 371 et s. ; Jamel Abdnas Djoudi, « *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés* », Thèse sous la direction de Yvon Loussouarn, Université Paris II, 1993, n° 40, p. 53 et s. ; Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », article *op. cit.* ; Alain Bénabent et Périnet Marquet, « *Sous-traitance* », in Philippe Malinvaud, *Droit de construction*, 2018-2019, n° 510 ; Valdo Roulet, « *Vers la sous-traitance transparente* », LPA, 14 février 1983, p. 10 et s. ; Joseph Emmanuel Caro, « *Transparence et sous-traitance dans les marchés publics* », Thèse sous la direction de Christine Bréchon-Mulènes, Université Paris Nanterre, 1984, p. 184 et s. Pour un contrat de sous-traitance non transparent, v. CA Rouen, 1^{ère} chambre, 20 déc. 2006, n° 05/02778 ; CA Paris, 1^{er} fév. 2012, n° 10/16288.

⁸¹⁹ Jamel Abdnas Djoudi, « *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés* », Thèse *op. cit.*, n° 40 et s.

480. Cette opacité ne change pas la qualification du sous-contrat qui reste toujours un contrat dépendant en empruntant son objet et sa cause au contrat principal⁸²⁰.

481. Par opposition à la figure précédente, les parties peuvent choisir de lier les deux contrats, en ce sens qu'ils rendent contractuelles les clauses du contrat principal : dans ce cas, la sous-traitance est dite transparente⁸²¹. Les parties au sous-contrat transparent peuvent choisir soit de reproduire intégralement les dispositions et les conditions du contrat principal, soit de reprendre seulement une partie du contrat de base liée aux modes ou aux clauses techniques d'exécution du contrat⁸²². Ainsi, dans un contrat de sous-traitance, les parties ont prévu une clause selon laquelle, « *les stipulations du contrat principal doivent être considérées comme faisant partie intégrante du présent sous-contrat, dans la mesure où elles sont applicables* »⁸²³.

⁸²⁰ D'ailleurs, Les arbitres dans beaucoup de cas seraient obligés de consulter le contrat principal afin de déterminer la responsabilité des parties au sous-contrat, Ugo Draetta, « *Arbitration in international construction contracts : selected practical problems* », Gaz. Pal., n° 351, 2008, 13.

⁸²¹ V. les références citées note 818. Add. Philippe Malinvaud, « *La transparence contractuelle dans les marchés de travaux privés* », Gaz. Pal., 2002, n° 166, p. 6. La Cour de Cassation a défini le contrat de sous-traitance transparent comme suit : « *Le contrat de sous-traitance "transparent" obligeait les sous-traitant envers l'entrepreneur principal aux mêmes obligations que celui-ci supportait envers le maître d'ouvrage* », v. Civ. 3^{ème}, 3 oct. 1991, n° 89-21.639 ; Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n° 92-10.689 ; Com. 19 Juin 2012, n° 11-12.266 ; Civ. 3^{ème}, 27 fév. 2013, n° 12-12.352.

⁸²² La transparence dans le sens cité dans le texte est une transparence de fait par opposition à la transparence de droit. Cette dernière signifie que le législateur oblige l'entrepreneur de communiquer les sous-traitants au maître de l'ouvrage, comme dans la loi du 31 décembre 1975. Elle est dite sous-traitance régulière par opposition à la sous-traitance occulte ou cachée. Malheureusement la transparence de fait n'est pas obligatoire. Comp. le contrat de construction individuelle où le législateur dans l'article L 231-13 C.C.H exige une transparence de fait en requérant une exacte correspondance entre ce que le constructeur a promis et ce que le sous-traitant devra exécuter, v. Philippe Malinvaud, article *op. cit.* ; Valdo Roulet « *Sous-traitance occulte, absence d'obligation d'information du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage* », Gaz. Pal. 2001, 2, Doctr., 7-9, oct. 2001. Selon M. Roulet, l'obligation de la transparence de fait dépend de celle de droit. Si la transparence de droit est obligatoire, celle de fait l'est également.

⁸²³ En anglais, « *Subcontractor shall be deemed to have full knowledge of the provisions of the main contract which form part of this subcontract* », CCI 8432, sentence partielle, 1997, inédite, Genève, droit de la Russie, citée par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitrage* », Thèse *op. cit.*, n° 377, p. 233 en note. Add. Modèle du contrat ICE qui prévoit que les travaux confiés au sous-traitant doivent être exécutés à la satisfaction raisonnable de l'ingénieur qui est le représentant du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur principal. En anglais, « *The sub-contractor shall execute, complete and maintain the subcontract works in accordance with the subcontract and to the reasonable satisfaction of the contractor and of the Engineer* », cité par Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 425, p. 322 en note. Pour plus de détails sur le modèle de sous-traitance transparent, v. Christopher Seppala, « *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil* », RDAI, 1995, p. 659.

482. La reproduction de toutes ou certaines clauses du contrat principal se fait *mutatis mutandis* c'est-à-dire en effectuant les modifications nécessaires selon la nature du contrat de sous-traitance⁸²⁴. Selon la doctrine⁸²⁵, il est fréquent que l'entrepreneur reproduise une copie du contrat principal en changeant les noms des parties (sous-traitant à la place de l'entrepreneur et l'entrepreneur à la place du maître de l'ouvrage), ou en envoyant dans les lettres entre les parties une copie du contrat principal. Ce type de contrats s'appellent des *back-to-back* agreement ou *pari-passu*⁸²⁶.

483. On constate dans les formes précédentes un haut degré de transparence. Pourtant, une telle transparence ne change pas la nature du contrat de sous-traitance qui reste un contrat juridiquement autonome par rapport au contrat de base.

484. Par ailleurs, parmi les formes très répandues de la transparence dans les contrats de sous-traitance internationale, on trouve la transparence financière. Cette transparence consiste à faire dépendre le paiement des sous-traitants par l'entrepreneur principal du paiement effectif de ce dernier par le maître de l'ouvrage. Ces clauses, dénommés « *pay when paid* », sont utilisées par l'entrepreneur pour transférer le risque de non-paiement à son ou ses sous-traitants⁸²⁷. La transparence

⁸²⁴ Les clauses du contrat principal ne sont pas applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le sous-contrat. Les parties se trouvent obligées dans la plupart de cas à faire les modifications nécessaires pour les adapter.

⁸²⁵ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *loc. cit.* ; Ugo Draetta, « *Arbitration in international construction contracts : selected practical problems* », article *op. cit.*

⁸²⁶ Patrice Level, « *La négociation du contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1985, 137 ; Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », 1983, 479 ; du même auteur, « *Arbitration in subcontracts for international projects* », *Journal of International Arbitration*, vol. 1, n° 3, octobre 1984, p. 197 et s. Par ailleurs, selon M^{lle} Viney, la transparence ne se présume pas, elle doit être prévue expressément par les parties au contrat de sous-traitance, Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », article *op. cit.* Comp. M. Djoudi, qui estime que la transparence est objective : le principe de l'autonomie du sous-traité cède devant l'attraction du contrat originaire : « *on peut considérer que le contrat originaire en est le cadre à défaut de stipulation particulière du sous-contrat* ». La transparence se manifeste pour la question du prix, de compétence, ou de modes d'exécution des travaux ; dans toutes les hypothèses, l'autonomie du contrat de sous-traitance s'estompe devant l'attraction du contrat principal. V. Jamel Djoudi, « *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés* », Thèse *op. cit.*, n° 41, p. 55.

⁸²⁷ Harold Murphy, « *Pay when Paid Clauses in construction contracts condition precedent or term of payment* », ICLR, 1989, 196-209 ; Perlman, « *USA, contract interpretation pay when paid clauses* », ICLR, 1990, 138-42 ; Smith Powell, « *Payment of subcontractors when main contractor is insolvent* », ICLR, 1991, 241 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », ouvrage *op. cit.*, p. 471 ; Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, p. 577, n° 548 ; Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 535, n° 106 ; Philippe Delebecque, « *Clauses d'allégement des*

financière réalise une sorte de dépendance maximale entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal. Par contre, une telle dépendance ne remet toujours pas en cause la nature juridique autonome du contrat de sous-traitance.

485. Néanmoins, M^{me} Prioddi estime que la transparence financière annule l'indépendance du sous-contrat par rapport au contrat principal⁸²⁸. Selon l'auteur, en vertu de ces clauses, l'entrepreneur principal n'est plus créancier vis-à-vis de son sous-traitant, puisqu'il limite l'exécution de ses obligations dans le contrat de sous-traitance à un facteur extérieur, lié au contrat principal. Dès lors, cette transparence financière conduit à annuler intégralement l'indépendance du contrat de sous-traitance, qui se dissout dans son contrat de base.

486. Toutefois, on verra⁸²⁹ que ces clauses ne sont plus admissibles dans les différents systèmes juridiques comme une condition suspensive, mais comme un simple délai de paiement. Selon cette dernière qualification, la nature indépendante du contrat de sous-traitance reste intacte.

487. Pour conclure, la transparence ou l'opacité, au sens précédent, ne remet pas en cause la qualification juridique du sous-contrat. Leur effet se limite à un guide d'interprétation au juge de la convention en sous-ordre⁸³⁰. Le choix de l'une ou l'autre figure n'altère pas ni la qualification du contrat de sous-traitance ni la responsabilité des contractants. Comme l'a justement estimé un auteur⁸³¹, « *il existe une disparité entre ce que l'on peut qualifier de solidarité technique ou d'esprit d'équipe entre les techniciens participant à la réalisation de l'ouvrage, et le caractère strictement individualisé de la responsabilité contractuelle assumée par le seul entrepreneur général à l'égard du maître de l'ouvrage* ».

488. Pourtant, si les parties privilégient un côté au détriment de l'autre de manière à presque supprimer l'un des deux éléments, cela peut déformer la catégorie de contrat de sous-traitance et la transformer à d'autres formes de contrats (B).

obligations », JCl. Contrats-Distribution, 2012, Fasc. 110. Ces clauses sont très répandues dans les pays anglo-saxons. V. *infra* n° 728 et s.

⁸²⁸ Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », *Yearbook of International Law*, VII, 2005, p. 299.

⁸²⁹ V. *infra* n° 739 et s.

⁸³⁰ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », ouvrage *op. cit.*, p. 236, n° 381.

⁸³¹ Funck Brentano, « *Arbitrage et sous-traitance* », *Rev. arb.*, 1972, 448, surtout p. 451, 1^{er} parag.

B- Les effets de l'excès de l'opacité ou de la transparence sur la catégorie du contrat de sous-traitance

489. Le principe de l'autonomie de la volonté permet aux parties d'aménager les éléments constituant la catégorie selon leurs intérêts. Néanmoins, se penchant trop vers l'élément d'interdépendance (1) ou d'indépendance (2), la catégorie de sous-contrat risque de se déformer et de donner lieu à des nouvelles catégories.

1- La transparence exacerbée entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance

490. En pratique, les sous-traitants veillent à la bonne exécution de l'ensemble de l'opération, mais juridiquement seule le contractant principal est responsable à l'égard des deux parties extrêmes. Toutefois, les parties peuvent renforcer l'un des éléments d'interdépendance, soit la collaboration ou la dépendance, de manière à transformer le contrat de sous-traitance en cotraitance ou une cession du contrat.

491. La cotraitance est une opération selon laquelle deux entreprises ou plus s'engagent entre elles, en vue d'exécuter les travaux confiés par le maître de l'ouvrage de manière directe⁸³². Il existe un lien contractuel direct entre le maître de l'ouvrage et les cotraitants. Dans ce cas de figure, l'un des cotraitants est chargé d'une mission d'organisation, de coordination du groupement et de représentation du groupe auprès du maître de l'ouvrage. Il est responsable à l'égard de ce dernier de la parfaite exécution des obligations de ses cotraitants. Ces missions sont fondées sur la notion du mandat, le cotraitant qui représente le groupe devient le mandataire de l'autre ou des autres cotraitants⁸³³. Cette opération contractuelle est

⁸³² Laetitia Tranchant, « *La cotraitance* », Thèse sous la direction de Jean-Louis Bergel, Université Paul Cézanne, Aix en Provence, Marseille, 2002, p. 20. La cotraitance implique la présence de plusieurs parties qui se regroupent pour exécuter le marché et mettre en commun leurs capacités techniques, professionnelles et financières. La sous-traitance et la cotraitance entretiennent des points communs : elles sont tous les deux des formes d'organisation pour l'exécution d'un même projet. Toutefois, en cas de sous-traitance le maître de l'ouvrage conclut un contrat avec l'entrepreneur principal et ce dernier conclut un ou d'autres contrats avec les sous-traitants, la coopération dans l'opération économique est dite verticale et il n'existe aucune relation directe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Alors qu'en cas de cotraitance, la relation est dite horizontale, puisque le maître de l'ouvrage conclut directement plusieurs contrats avec plusieurs entrepreneurs, v. Emmanuel Cordelier, « *Le cadre de la sous-traitance* », in *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, pp. 17-37.

⁸³³ Valdo Roulet, « *Cotraitant conjoint, sous-traitant transparent : frères jumeaux ?* », *Gaz. Pal.* 2007, n° 298, p. 24.

appelée en pratique « *convention de groupement momentané d'entreprises conjointes ou solidaires* »⁸³⁴.

492. Dans le cas de sous-traitance extrêmement transparente, l'entrepreneur principal joue le même rôle que le mandataire dans la cotraitance. La sous-traitance dans ce sens se rapproche de la cotraitance et l'entrepreneur du cotraitant⁸³⁵. Les figures de l'assimilation entre la cotraitance et la sous-traitance sont nombreuses.

493. Dans certains cas de sous-traitance, l'entrepreneur principal n'est qu'un intermédiaire entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage⁸³⁶. Par exemple, il envoie directement les demandes du sous-traitant au maître de l'ouvrage soumises à sa décision, insère des clauses exonératoires de responsabilité pour les fautes contractuelles ou l'absence de paiement ou déduit les mêmes clauses pénales imposées par le client dans le contrat de base concernant le travail sous-traité. Dans ce cas, on dit que l'entrepreneur n'est qu'un simple intermédiaire entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Ce statut rend très délicate la distinction entre le contrat de sous-traitance et le contrat de cotraitance ou de représentation.

494. Toutefois, selon une certaine doctrine, l'insertion des clauses exonératoires de responsabilité est une cession du contrat de l'entreprise principale. Ainsi, selon le professeur Veaux, « *on en vient à s'interroger sur le cas où la responsabilité de l'entrepreneur principal serait exclue ce ne serait pas une cause de nullité du contrat mais la sous-traitance deviendrait une véritable cession de marché totale ou partielle* »⁸³⁷.

⁸³⁴ *Ibid.* ; v. aussi Michel Dubisson, « *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux* », 2^{ème} éd. Paris, librairies techniques, 1985 ; « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », DPCI, 1983, 479.

⁸³⁵ Valdo Roulet, « *Cotraitant conjoint, sous-traitant transparent : frères jumeaux ?* », article *op. cit.* ; dans le même sens, Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », in Christian Gavaldà, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 44, n° 24.

⁸³⁶ Ugo Draetta, « *Arbitration international construction contracts : selected practical problems* », article *op. cit.*

⁸³⁷ Georges Liet-Veaux et André Thuillier, « *Droit de la construction* », Paris, Litec, 1994, p. 273. On a vu que la loi du 31 décembre 1975 en France définit la sous-traitance comme l'opération par laquelle « *un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ». L'exécution du marché sous la responsabilité de l'entrepreneur principal permet de distinguer entre la cession du contrat et la sous-traitance, puisque la cession libère le titulaire du marché de ses obligations contractuelles. Cette dernière est une substitution d'une nouvelle entreprise dans l'exécution des travaux qui implique en principe l'accord du maître de l'ouvrage. L'entrepreneur principal, selon cette cession, ne sera plus responsable devant le maître de l'ouvrage. En revanche, la sous-traitance est une forme d'externalisation des activités de

495. Par ailleurs, la figure la plus classique de la transparence extrême qui conduit à déformer la catégorie de sous-traitance, est celle de la sous-traitance intégrée⁸³⁸. Dans ce cas de figure, les parties au contrat de sous-traitance coopèrent pour exécuter le projet du maître d'ouvrage. L'un des deux entrepreneurs choisit de conclure directement le contrat avec le maître de l'ouvrage alors que l'autre agit en qualité de sous-traitant. *De facto*, l'entrepreneur principal joue le rôle du mandataire alors qu'il partage avec le sous-traitant sur une base égalitaire les droits et les devoirs dans le contrat principal⁸³⁹. La transparence extrême dans ce cas mène à déformer la catégorie de contrat de sous-traitance en un contrat de cotraitance dissimulé⁸⁴⁰.

496. De plus, parmi les formes connues de transparence, on discerne le statut des sous-traitants désignés. Dans ce cas, la transparence concerne : la personne du sous-traitant, les travaux qui lui sont confiés et son paiement⁸⁴¹. Le statut des sous-traitants désignés a été défini par l'article 59.1 du contrat modèle élaboré par

l'entreprise qui demande à une autre entreprise sous-traitante d'exécuter une partie ou toute l'opération principale, mais qui reste en même temps responsable devant le maître de l'ouvrage, ce qui explique l'opinion du professeur Veaux que l'exonération de la responsabilité de l'entrepreneur dans le contrat principal amène à ce que la sous-traitance se transforme en cession du contrat. Pour plus de détails, v. Mostafa Abd Al Sayed Algarhy, « *Le contrat de sous-traitance, étude comparée en droit égyptien et français* », *Dar Al Nahda Al Arabeya*, Le Caire, Égypte, 1988, p. 83 ; Séverin Abbatucci, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016, n° 36 ; Bernard Boubli, « *Contrat d'entreprise* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2016. Il convient de préciser qu'avant la loi de 1975, la doctrine appréciait mal la distinction entre le contrat de sous-traitance et la cession du contrat. L'ancien code des marchés public procédait en son article 2 à cette confusion en énonçant que « *les sous-traités sont des conventions par lesquelles le titulaire d'un marché cède à des tiers une partie de ce marché* ». Pourtant, lors de la nouvelle loi le législateur a défini la sous-traitance d'une manière plus précise. L'élément décisif de la distinction entre les deux réside dans le fait que dans le contrat de cession, il existe une substitution alors en matière de sous-traitance il existe une juxtaposition de relations contractuelles différentes. V. Jean-Pierre Karila et Laurent karila, « *Sous-traitance* », *JCl. Construction-Urbanisme*, Fasc. 206, 2016.

⁸³⁸ Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », article *op. cit.*

⁸³⁹ Selon M. Cordelier, la nature de relation entre les cotraitants permet de distinguer la sous-traitance de la cotraitance : « *Il s'agit de définir qui représente les cotraitants et dans quelle mesure chacun peut être responsable de la mauvaise exécution de la prestation de l'autre. Toutes ces questions sont étrangères à l'opération de sous-traitance* », Emmanuel Cordelier, « *Le cadre de la sous-traitance* », article *op. cit.*

⁸⁴⁰ Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », article *op. cit.*

⁸⁴¹ Cette forme a été relativement adoptée par la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance. Cette dernière a imposé à l'entrepreneur principal de faire accepter et agréer le sous-traitant et les conditions de paiement par le maître d'ouvrage, sous peine de nullité du sous-contrat. Par contre, cette forme de transparence n'est pas considérée comme extrême puisque le maître de l'ouvrage n'impose pas à l'entrepreneur principal la personne de sous-traitant.

la fédération internationale des ingénieurs conseils (connu sous le nom FIDIC)⁸⁴² selon lequel, « *Tous les spécialistes, fournisseurs, commerçants et autres personnes exécutant un travail ou fournissant des biens matériels, matériel ou prestations pour lesquels des sommes prévisionnelles sont comprises dans le marché, qui peuvent avoir été désignés ou sélectionnés ou approuvés par le maître de l'ouvrage ou par l'ingénieur, et toutes autres personnes à qui en application des dispositions du marché l'entrepreneur est tenu de sous-traiter un travail, sont réputés, pour l'exécution de ce travail ou la fourniture de ces biens, matériels, matériel ou prestations, être des sous-traitants de l'entrepreneur et sont désignés dans le présent marché par le terme sous-traitants désignés* »⁸⁴³.

497. En principe, la forme des sous-traitants désignés ne change pas la nature du sous-contrat dès lors que l'entrepreneur principal conserve toujours la possibilité de s'opposer au choix du maître de l'ouvrage. Pourtant, si l'entrepreneur principal était privé de cette liberté, le sous-traitant ne serait pas désigné mais imposé ou délégué⁸⁴⁴.

498. Quant au sous-traitant imposé, le maître de l'ouvrage force l'entrepreneur à sous-traiter à une entreprise nommément désignée, soit qu'il désire la favoriser au plan économique, soit qu'il veuille que l'entrepreneur fasse appel à sa technique de préférence à une autre. L'entrepreneur principal doit être garanti contre les malfaçons imputables aux sous-traitants, sinon il ne sera plus question de sous-traitance mais de cotraitance.

⁸⁴² La FIDIC c'est La fédération internationale des ingénieurs-conseils. Il s'agit d'une association internationale qui réunit des professionnels de nombreux États. Elle publie des contrats de construction standards dans le domaine du génie-civil. Les contrats élaborés par la FIDIC sont largement utilisés dans le monde entier. Ce qui nous concerne parmi les contrats modèles, c'est le livre rouge concernant le contrat d'entreprise principal et le contrat de sous-traitance, Christopher Seppala, « *Les nouvelles formes de FIDIC* », 1995, RDAI, p. 663 ; Ali Banani, « *Les contrats FIDIC* », Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015, p. 229.

⁸⁴³ Cette forme de sous-traitants désignés est très répandue au Royaume-Uni et dans certaines anciennes colonies britanniques, telles que Singapour et l'Afrique du Sud. Selon l'article 16.2 du contrat FIDIC, en cas de refus de l'entrepreneur principal du sous-traitant désigné, le maître de l'ouvrage peut, soit désigner un autre sous-traitant, soit modifier les termes du sous-traité, soit modifier les travaux exécutés par l'entrepreneur principal. V. Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 420, p. 319 ; Christopher Seppala, « *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil* », article *op. cit.*, spéc., p. 663.

⁸⁴⁴ Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », article *op. cit.*,

499. Concernant la figure du sous-traitant délégué, elle a été définie par M. Dubisson⁸⁴⁵. Selon cette figure, ce n'est pas le sous-traitant seulement qui est imposé par le maître de l'ouvrage, mais le contrat de sous-traitance même. La figure est la suivante. Le maître de l'ouvrage a confié à un entrepreneur l'exécution de certaines prestations. Par la suite, il va attribuer à un second entrepreneur l'exécution d'un marché plus complexe qui contient en partie les prestations confiées au premier entrepreneur. Le maître de l'ouvrage décide de déléguer le premier contrat au second entrepreneur qui deviendra l'entrepreneur principal alors que le premier devient le sous-traitant du contractant principal (le second entrepreneur). Ce n'est pas seulement le sous-traitant qui est imposé, mais aussi le contrat même de sous-traitance, tel qu'il a été conclu avec le maître de l'ouvrage. La contrainte qui va peser sur l'entrepreneur principal, est importante, elle est même inacceptable⁸⁴⁶. Dans une telle figure, heureusement rare en pratique⁸⁴⁷, le contrat de sous-traitance n'est pas dépendant d'un contrat principal préalable, mais il a été conclu directement avec le maître de l'ouvrage avant la conclusion du contrat principal. On ne peut plus parler de sous-traitance. L'entrepreneur principal ne doit pas être responsable des malfaçons du sous-traitant imposé, le maître de l'ouvrage doit en subir la responsabilité. On estime que dans ce cas la sous-traitance est transformée en cotraitance. Ce premier entrepreneur est un contractant direct avec le maître de l'ouvrage et doit en être responsable.

500. Dans les cas précédents, les parties ont renforcé l'élément d'interdépendance par rapport à l'indépendance de manière à déformer la catégorie du contrat de sous-traitance. Dans d'autres cas, les parties préfèrent renforcer l'élément d'indépendance par rapport à l'interdépendance (2).

2- L'opacité exacerbée entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal

501. Dans certains cas, les parties décident que le sous-contrat soit extrêmement indépendant par rapport au contrat principal. Cela peut prendre plusieurs formes. Parfois, le sous-contrat ne partage pas avec le contrat principal le même objet. Dans ce cas, le contrat présenté est chassé de la catégorie des

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ *Ibid.*

sous-contrats et est considéré comme un simple contrat d'entreprise⁸⁴⁸. Dans d'autres cas, en concluant le contrat de sous-traitance, les parties décident que la vie de leurs contrats n'est pas liée à celle du contrat principal. Dès lors, le sous-contrat, conclu normalement selon la structure de sous-traitance, persiste même après la résiliation du contrat principal. Dans ces situations, le sous-contrat est transformé d'un sous-contrat en un contrat d'entreprise normal. Par exemple, un contrat d'entreprise principal a été conclu entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage pour la construction automobile. L'entrepreneur principal a confié à un sous-traitant la fabrication de composants des voitures. Si malgré l'annulation du contrat principal, les parties au sous-contrat ont décidé de maintenir leurs relations contractuelles, alors, le contrat maintenu n'est plus un contrat de sous-traitance, mais un simple contrat d'entreprise. La continuité des rapports juridiques entre le contractant originaire et le sous-contractant ne signifie pas la survie du sous-contrat après la mort de son contrat principal. De nouveaux rapports se substituent aux précédents. Le fondement juridique de ces nouveaux rapports n'est plus le même, puisque ces derniers ne trouvent plus leur appui sur un contrat principal, mais ils ont conclu, tacitement, un nouveau contrat d'entreprise normal.

502. Pour conclure, les liens très étroits qui unissent le sous-traité au contrat principal dont il emprunte, au moins partiellement, l'objet, tout en restant cependant autonome, expriment la particularité du contrat de sous-traitance⁸⁴⁹. Il constitue un contrat qui est à la fois lié au contrat principal, mais séparé⁸⁵⁰. La méconnaissance de cette donnée, ou, plus précisément, le refus de tout effet juridique conduit à affirmer que la notion même de sous-traitance n'existe pas. Il faut en déduire que la sous-traitance internationale ne mérite véritablement d'être spécialement analysée qu'en tenant compte de cette nature hybride. Il sied maintenant d'examiner si la qualification actuelle du contrat de sous-traitance dans le Règlement Rome I est adaptée aux éléments précédents (Sous-section II).

⁸⁴⁸ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, p. 107 et s.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 151 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre* », *op. cit.*, p. 205.

⁸⁵⁰ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre* », Thèse *loc. cit.* ; dans le même sens. M. Djoudi, qui estime que le contrat de sous-traitance est un « *prétendu autonome* », Jamel Abdnas Djoudi, « *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés* », Thèse de doctorat, Université Paris II sous la direction de Yvon Loussouarn, 1993, p. 6.

Sous-section II La confrontation de la qualification actuelle avec la structure du contrat de sous-traitance

503. La loi applicable au contrat de sous-traitance est déterminée, en principe, par l'article 4 (b) du Règlement Rome I, alors qu'en Égypte, l'article 19 du Code civil, régissant les obligations contractuelles, aura vocation à s'appliquer.

504. La catégorie de sous-traitance ne figure pas ni dans le Règlement Rome I ni dans l'article 19 du Code civil égyptien. Seule figure la catégorie de « *prestation de service* » dans le premier et celle des « *obligations contractuelles* » dans le second. Il convient, dans un premier temps, de confronter la catégorie actuelle régissant le contrat de sous-traitance en Europe et en Égypte avec la structure étudiée de ce contrat (§ 1), et dans un second temps de les apprécier au regard des objectifs de droit international privé (§ 2).

§ 1 – La confrontation de la catégorie actuelle avec la structure de sous-traitance

505. Dans un litige national, le juge, quand il se trouve face à une relation juridique composée des éléments précédents (l'élément indépendant et interdépendant), l'insère dans la catégorie de contrat de sous-traitance et appelle le régime juridique y applicable. Pour autant, en droit international privé en Égypte et en Europe, cette catégorie spéciale n'existe pas. Cela est normal, il est justifié par la spécificité des catégories dans cette branche de droit. Le droit interne détaille par une profusion des dispositions ce que le droit international privé regroupe dans une seule catégorie⁸⁵¹. Toutefois, la structure des catégories en droit international privé a connu une évolution qui sera exposée dans les paragraphes suivants.

506. Les règles de conflits *savigniennes* étaient très larges⁸⁵². Elles n'étaient constituées que par certaines catégories à caractère abstrait et général : le statut de la personne, les obligations contractuelles et non contractuelles, les biens, la

⁸⁵¹ Bertrand Ancel, « *L'objet de la qualification* », JDI, 1980, 227, surtout p. 228.

⁸⁵² Savigny est un auteur allemand qui est considéré comme le père fondateur de la théorie des conflits de lois. Il a fait son traité en 1849. La règle de conflit telle qu'il a instituée est dite règle de conflit *savignienne* ou *bilatéraliste*. V. Friedrich Savigny, « *Traité de droit romain*, », traduction Guenoux, Paris, 1840 ; Max Gutzwiller, « *Le développement historique du droit international privé* », RCADI, vol. 29, 1929, 288 ; Walter Simons, « *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne* », RCADI, vol. 15, 1926, p. 434.

famille et les successions⁸⁵³. D'ailleurs, le droit international privé du XIXe et les trois premières décennies du XXe siècle réfléchissaient à cette nature très large des catégories de rattachements⁸⁵⁴. Le législateur utilisait de grandes catégories juridiques qui permettaient d'englober un grand nombre d'institutions⁸⁵⁵. La doctrine, à cette époque, affirme cette nature très large des catégories de rattachements. Ainsi, le professeur Lewald a souligné en 1939 que « *dans presque toutes les législations, les règles de conflit, en général très peu nombreuses, contiennent fréquemment des notions extrêmement larges et compréhensives pour définir les questions de droit qu'elles veulent viser* »⁸⁵⁶. L'emploi des catégories très générales était justifié par la préoccupation d'assurer une universalisation des règles de conflits.

507. C'est selon cette philosophie qu'a été institué le droit international privé égyptien prévu dans le Code civil qui a été adopté en 1948. Dans ce dernier, on énumère quelques catégories supposées régir toutes les situations ou les rapports de droit qui peuvent se dérouler dans la pratique⁸⁵⁷. Par ailleurs, toutes les relations contractuelles sont régies par l'article 19 du Code civil⁸⁵⁸, sans distinction entre les

⁸⁵³ Julio D. González Campos, « *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, cours général* », RCADI, 2000, vol. 287, pp. 17-411, surtout p. 157.

⁸⁵⁴ *Ibid.* ; Petros G. Vallindas, « *La structure de la règle de conflit* », RCADI, 1960, vol. 101, 332, surtout p. 373.

⁸⁵⁵ Ce que l'on appelle le caractère synthétique des catégories de rattachements. Selon M. Ancel, « *un concept-cadre doté d'une certaine généralité, mais surtout offrant un caractère synthétique. C'est ce caractère synthétique qui permettant d'assembler sous la même enseigne des données relativement différenciées* », Bertrand Ancel, « *L'objet de la qualification* », JDI, 1980, pp. 227 et s., spéc. p. 228 ; Marie Goré, « *L'administration des successions en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université Paris II, 1990, p. 83 ; Jean-Michel Jacquet, « *La fonction supranationale de la règle de conflit de lois* », RCADI, vol. 292, 2001, p. 149 et s. ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, p. 168.

⁸⁵⁶ Hans Lewald, « *Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé* », RCADI, 1939, vol. 69, p. 5 et s., surtout p. 12. Le professeur Lewald souligne le besoin de spécialisation des règles. Dans le même sens, Arminjon dans son cours de La Haye en 1928. L'auteur affirme que « *la vie sociale n'est pas simple et les relations qui la constituent sont nécessairement multiples et variées, les dispositions légales qui règlent ces relations doivent être aussi nombreuses et diverses* », Pierre Arminjon, « *L'objet et la méthode du droit international privé* », RCADI, 1928, vol. 21, p. 431 et s., surtout p. 509. Comp. Jacques Maury, « *Règles générales des conflits de lois* », RCADI, 1936, vol. 57, 327, n° 152, p. 500.

⁸⁵⁷ Les catégories prévues par le Code civil pour le conflit de lois sont respectivement : capacité, personnes morales et sociétés, mariage et effets de mariage, administration légale des personnes incapables, successions et autres dispositions à cause de la mort, propriété et possession, les obligations contractuelles, obligations non contractuelles, et enfin la catégorie de l'obligation alimentaire.

⁸⁵⁸ Cet article dispose que « *les obligations contractuelles sont régies par la loi du domicile quand elle est commune aux parties contractantes, et, à défaut de domicile commun, par la loi du lieu où*

différents genres de contrats et nonobstant leur spécificité. Dès lors, pour se limiter à notre sujet, le contrat de sous-entreprise entre dans cette catégorie générale des obligations contractuelles régie par l'article 19 du Code civil. Les liens fonctionnels qui lient le contrat de sous-traitance à son contrat principal, ne sont nullement pris en considération en droit international privé égyptien⁸⁵⁹.

508. Or, l'évolution de droit international privé tend à changer ces données. Depuis le début des années 1950, une tendance de spécialisation a été adoptée par le droit international privé en Europe. Des questions plus étroites s'opposent aux grandes catégories. On parle d'un « *responsive system, sensitive to the outside world* »⁸⁶⁰, d'un « *taillé dans un ensemble* »⁸⁶¹. Ce ne sont plus le contrat ou la responsabilité civile délictuelle qui sont envisagés, mais la vente d'objets mobiliers corporels, le contrat d'intermédiaires, les accidents de la circulation routière, la responsabilité du fait des produits, etc.⁸⁶². Cette spécialisation se manifeste également par la transposition de la Convention de Rome au Règlement Rome I.

le contrat a été conclu. Le tout, à moins que les parties ne conviennent ou qu'il ne résulte des circonstances qu'une autre loi devra être appliquée ».

⁸⁵⁹ Les règles de conflit sont régies par des critères personnels (comme la nationalité) pour les matières de statut personnel et des critères territorialistes (comme le lieu de conclusion du contrat) pour les autres matières. Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La loi du contrat international* », *Dar Alnahda Alarabeya*, Égypte, 2008, p. 60 et s. Pourtant, une partie de la doctrine essaie de prendre en considération les liens fonctionnels qui existent entre les contrats à travers l'article 24 du Code civil égyptien qui est considéré comme le remède à tous les problèmes de droit international privé. V. Okasha Abd El All, « *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales* », *Dar Al Matbouat Al Gameya*, Alexandrie, Égypte, 1994, p. 61 ; Omaia Elwan, « *La loi applicable à la garantie bancaire à première demande* », *RCADI*, 1998, vol. 275, p. 19.

⁸⁶⁰ Lawrence M. Friedman, « *Legal Culture and the Welfare State* », dans G. Teubner, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, New York, 1986, pp. 13-14, cité par Julio D. González, « *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé* », cours *op. cit.*, p. 158.

⁸⁶¹ Henri Batiffol, « *La douzième session de la conférence de La Haye de droit international privé* » *RCDIP* 1973, p. 244.

⁸⁶² Yves Lequette, « *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales* », 1994, *RCADI*, II, vol. 246, pp. 13-233, spéc. n° 20, p. 36 et s. ; même auteur, « *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? cours général de droit international privé* », *RCADI*, 2017, vol. 387, pp. 18-630, surtout p. 28. La spécialisation des catégories a commencé avec la codification internationale, à savoir le mouvement d'unifier par voie de conventions internationales le droit international privé. La codification internationale se réalise d'une manière primordiale par la Conférence de La Haye de droit international privé. La spécialisation des catégories ne cesse de s'accroître, cette tendance s'observe en matière contractuelle dans le Règlement européen Rome I (expliqué dans le texte), mais aussi dans le Règlement Rome II du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Avant la mise en œuvre du Règlement Rome II, il n'y avait qu'une règle générale applicable aux obligations non contractuelles qui était la *lex loci delicti*. Alors que selon le Règlement Rome II, on trouve la règle générale désignée par l'article 4 et qui réfère à la *lex loci delicti*, mais aussi de nombreuses règles de conflit spéciales prescrites dans les articles qui suivent, selon la nature de chaque obligation. Pour plus de détails, v. Yves lequette, « *Les mutations du droit international privé : vers*

509. La méthode choisie par la Convention de Rome pour désigner la loi applicable aux obligations contractuelles était de déterminer des règles générales abstraites applicables à tous les contrats, sans en distinguer entre les différentes sortes. Seuls certains contrats ont été spécifiés par des rattachements spéciaux, comme le contrat de transport, les contrats conclus par les consommateurs et le contrat de travail. Pourtant, le Règlement Rome I n'a pas suivi la même méthode que la Convention de Rome. Les catégories sont devenues de plus en plus spécifiées. Le législateur dans le Règlement a énuméré des rattachements fixes pour huit contrats nommés, les plus répandus et il a fixé pour chacun un critère de rattachement spécifique. Dans l'article 4. 1. b, on trouve le contrat de prestation de service en général qui englobe tous les contrats où le prestataire est tenu de fournir un service contre une rémunération. Toutefois, dans la tendance actuelle de spécialisation des catégories, certains des contrats de prestation de service, qui sont devenus très usuels et ont un particularisme si marqué à l'intérieur de cette catégorie, sont devenus autonomes. « *Un rameau s'est détaché de l'arbre* »⁸⁶³. Tel est le cas pour le contrat de transport qui, à partir de la Convention de Rome, a été spécifié par des dispositions différentes de la catégorie générale de contrats. Dans le Règlement Rome I, la spécialisation a amené à extraire aussi de la catégorie de prestation de services : le contrat de distribution et le contrat de franchise, dont chacun est désormais inséré dans sa propre catégorie et régi par des règles spéciales⁸⁶⁴.

510. En revanche, le contrat de sous-traitance n'a pas été spécifié par une catégorie différente, il est inclus dans la catégorie générale de prestation de services. Or, insérer le contrat de sous-traitance dans cette catégorie générale ne permet pas de prendre en compte la nature spéciale de ce contrat. Comme l'a, à juste titre, écrit M. Jacquet, « *les contrats de service constituent tout au plus une catégorie de contrats assez vaste et ne correspondent pas à la qualification*

un changement de paradigme ? cours général de droit international privé », cours *op. cit.* ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », p. 99, note 378.

⁸⁶³ Philippe Malaurie, « *Les contrats spéciaux* », LGDJ, 7^{ème} éd., 2014, n° 701, pp. 409-410.

⁸⁶⁴ Tristan Azzi, « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* », D. 2008, 2169 ; Paul Lagarde et Aline Tenenbaum, « *De la Convention de Rome au Règlement Rome I* », RCDIP, 2008, 727.

juridique d'un contrat spécial au sens strict du terme. La notion de services est à l'origine une notion de caractère essentiellement économique »⁸⁶⁵.

511. La catégorie actuelle régissant le contrat de sous-traitance en droit international privé égyptien et dans le Règlement Rome I ne prend pas en compte les caractéristiques du sous-contrat. Si l'élément indépendant est pris en compte, à savoir, un service contre une rémunération⁸⁶⁶, l'élément interdépendant n'est pas considéré. Les liens que le sous-contrat entretient avec le contrat principal ne manifestent guère. La méconnaissance de ces liens dans la catégorie de rattachement a été critiquée par la doctrine⁸⁶⁷. La réglementation du contrat de sous-traitance sous l'égide de la catégorie générale de prestation de services, malgré sa nature spéciale, contredit la structure de ce contrat spécial. En outre, elle contredit également les objectifs de droit international privé qui exigent la création d'une nouvelle catégorie de ce contrat (Paragraphe II).

§ 2 – La confrontation de la catégorie actuelle avec les intérêts de droit international privé

512. L'objectif général de la règle de droit est l'organisation des rapports entre les hommes⁸⁶⁸. Par ailleurs, à cet objectif très général, s'ajoutent d'autres intérêts précis selon chaque branche de droit.

⁸⁶⁵ Michel Jacquet dans sa note sous Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, n° 06-21-372, JDI 2008, p. 521 ; dans le même sens, Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales* », JCI. Droit international, Fasc. 552-11, 2016, n° 48.

⁸⁶⁶ Il a été jugé que le contrat d'entreprise fait partie du contrat de prestation de service. V. Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, JDI 2008, p. 521, note Jean-Michel Jacquet ; RCDIP 2008, p. 139, note Horatia Muir Watt. V. la décision de la Cour de justice 23 avr. 2009, *Falco Privatstiftung*, aff. C-533/07, la Cour a défini la prestation de service ainsi, « *la notion de services implique pour le moins que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération* », paragraphe 29 de l'arrêt.

⁸⁶⁷ Selon M^{me} Gannagé, « *la fraction artificielle des différentes questions intimement liées par leur objet conduit à des antinomies entre les lois applicables* », Léna Gannagé, « *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé* », Paris, LGDJ, 2001, n° 446, p. 331 ; Horatia Muir Watt, « *La fonction de la règle de conflit de lois* », Thèse de doctorat d'Etat, Paris, Université Panthéon-Assas, 1985, n° 439 ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 193 ; Franco Ferrari, « *Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties* », RCDIP, 2009, 459 ; Yves Lequette, « *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales* », RCADI, vol. 246, 1994, 19. Par ailleurs, la catégorie de contrats liés n'apparaît dans le Règlement Rome I que dans le préambule du Règlement qui n'a pas de valeur normative. Il est destiné, seulement, à informer, expliquer et à justifier certaines dispositions mais ne prescrit pas. V. Sophie Lemaire, « *Interrogations sur la portée juridique du préambule Rome I* », D. 2008, p. 2157.

⁸⁶⁸ Hélène Gaudemet-Tallon, « *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* », RCADI, 2005, vol. 312, pp. 18-479, surtout n° 158.

513. Le droit international privé vise à répartir les sphères juridiques entre les différents systèmes, c'est-à-dire résoudre le conflit des lois à une situation comportant un élément étranger. Une telle fin est réalisée, en principe, par le truchement de la règle de conflit. Cette dernière est connue comme une règle indirecte qui oriente le juge vers la loi applicable au litige. Pour ce faire, elle est guidée par certains principes, afin de trouver la loi la plus appropriée au vu des circonstances de chaque espèce, c'est ce que l'on appelle la justice conflictuelle.

514. Toutefois, le droit international privé ne se désintéresse pas du résultat sur lequel débouche la règle de conflit. Cette dernière se préoccupe, également, de la justice des solutions données, c'est ce que l'on appelle la justice matérielle⁸⁶⁹.

515. Néanmoins, la qualification autonome du contrat de sous-traitance mène à des résultats contraires aux intérêts du droit international privé au regard de la justice conflictuelle (A) ainsi que de la justice matérielle (B).

A- La justice conflictuelle méconnue par la qualification autonome

516. D'après la conception traditionnelle, le droit international privé s'acquitte de sa tâche pour régler la vie privée des particuliers sur le plan international au moyen de la règle de conflit⁸⁷⁰. Cette dernière n'est pas créée d'une manière fortuite, mais elle obéit toujours à des directives et des principes généraux qui sous-tendent sa création et son fonctionnement, afin de parvenir à la meilleure loi qui peut être applicable au litige. La réussite de la règle de conflit à réaliser ces directives conduit à assurer une justice conflictuelle. Au stade de la justice conflictuelle, il n'y a pas lieu de vérifier si la règle de conflit désigne une loi dont le contenu paraît le plus juste, mais plutôt si la loi choisie par le juge assure les principes directeurs de droit international privé⁸⁷¹. D'une part, la règle de conflit doit

⁸⁶⁹ Pour une étude détaillée sur la justice matérielle et la justice conflictuelle en droit international privé, v. Gerhard Kegel, « *The crisis of conflict of laws* », RCADI, T. II, 1964, p. 91, spéc. p. 184-185 ; Léna Gannagé, « *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé* », ouvrage op. cit., p. 196, et s. ; Fritz Schwind, « *Aspects et sens du droit international privé cours général de droit international privé* », RCADI, 1984, vol. 187, p. 16 ; António Ferrer-Correia, « *Les problèmes de codification en droit international privé* », RCADI, 1975, vol. 145, p. 67 ; Hélène Gaudemet-Tallon, « *Le pluralisme en droit international privé* », cours op. cit., p. 173 et s. et les références citées.

⁸⁷⁰ António Ferrer-Correia, « *Les problèmes de codification en droit international privé* », cours op. cit., n° 2.

⁸⁷¹ Horatia Muir Watt, « *Les principes généraux en droit international privé* », JDI, n° 3, 1997, 403 ; Wilhelm Wengler, « *Les principes généraux de droit international privé et leurs conflits* », RCDIP,

assurer une harmonie internationale des solutions, à laquelle est associé le principe de cohérence⁸⁷². D'autre part, la règle de conflit doit parvenir à protéger les intérêts des parties, des tiers et du commerce international. Il convient de mesurer l'aptitude de la catégorie actuelle régissant le contrat de sous-traitance à assurer la justice conflictuelle au sens précité.

517. Tout d'abord, la règle de conflit doit parvenir à assurer l'harmonie internationale des solutions. Cet objectif vise à éviter la rupture dans le traitement des situations juridiques projetés dans l'ordre international⁸⁷³. La situation juridique doit pouvoir se développer de façon continue dans les divers ordres juridiques auxquels elle se rattache⁸⁷⁴. Il est fondamental que le traitement de la situation sur le plan international ne déroge pas à cette harmonie.

518. Le besoin de l'harmonie se manifeste d'une manière plus accrue en cas de présence des liens étroits entre les catégories. L'expérience enseigne que les dispositions édictées par un ordre juridique sont liées par des relations de cohérence substantielle. Les catégories sont formées selon une certaine cohérence. Selon M. Wengler⁸⁷⁵, il existe des catégories noyau qui sont les catégories essentielles et d'autres qui n'ont pas de caractéristiques propres mais dont l'intérêt réside dans le fait qu'elles sont au service des premières. Le démembrement de ces deux genres de catégories menace les liaisons téléologiques ainsi que leur connexité de buts.

519. On constate une rupture de cette harmonie en matière de contrat de sous-traitance, puisque, selon la réglementation actuelle, la catégorie de prestation de services régit les contrats d'entreprises en général. Dès lors, chacun, du contrat principal et du contrat de sous-traitance, est régi par des règles indépendantes.

1952, 595 ; « *Les principes généraux de droit international privé et leurs conflits (suite et fin)* », RCDIP II, 1953, 37.

⁸⁷² Le principe de l'harmonie est inséparable du principe de cohérence, selon Henri Batiffol, « *quand on recherche la loi applicable à une question, il s'agit toujours sous une forme ou sous une autre de déterminer le système juridique avec lequel la situation considérée a des liens les plus intimes de manière à éviter que l'application aveugle de la loi du juge saisi ne désorganise une matière dont les éléments essentiels ont déjà été ou seront tôt ou tard nécessairement réglés selon une autre loi. Le souci de cohérence est inséparable d'une harmonie des résultats* », Henri Batiffol, « *Aspects philosophiques du droit international privé* », ouvrage *op. cit.*, n° 99, pp. 220-221.

⁸⁷³ Marie-Claude Najm, « *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux* », Thèse, Paris II, 2004, n° 74, p. 77.

⁸⁷⁴ Henri Batiffol, « *Aspects philosophiques...* », ouvrage *op. cit.*, n° 7 et s.

⁸⁷⁵ Wilhelm Wengler, « *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé* », RCDIP 1954, p. 661.

520. Un démembrement flagrant est réalisé entre le contrat de sous-traitance qui représente une catégorie servante et le contrat principal qui en constitue son noyau. Il ne peut pas en être isolé sans menacer la connexité des buts qui existe entre les deux catégories, et par suite l'harmonie internationale des solutions. Pour l'atteindre, le législateur doit traiter d'une manière homogène des questions qui doivent s'harmoniser entre elles⁸⁷⁶. Méconnaître les liens qui existent entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal, menace l'harmonie et la cohérence des solutions et ne tient pas compte de la fonction de cette institution comme servante à la catégorie principale.

521. En plus d'être en contradiction avec l'harmonie des solutions, la catégorie actuelle menace les intérêts des parties, des tiers et du commerce international.

522. Les règles de droit international privé doivent préserver au mieux les légitimes prévisions des particuliers⁸⁷⁷. Ces derniers sont d'une part, les personnes impliquées dans le rapport de droit et d'autre part, les tiers affectés par ce rapport donné. La mise en œuvre de la catégorie actuelle du contrat de sous-traitance risque de nuire aux prévisions légitimes des parties et des tiers dans l'opération économique qu'ils tendent à réaliser. Cela se révèle, notamment, dans le cadre des relations entre les parties extrêmes. On a vu que l'absence d'une réglementation juridique à cet égard menace les prévisions légitimes des parties dans le contrat principal et le contrat de sous-traitance. L'incertitude des règles régissant leurs relations⁸⁷⁸ risque fort de perturber les prévisions des particuliers impliqués dans l'opération. La catégorie actuelle ne reconnaît qu'un aspect très limité de ce contrat, celui des relations entre les parties contractantes. Le contrat de sous-traitance est un contrat dont l'exécution dépasse les limites de la relation dualiste entre les cocontractants directs. Des solutions lacunaires résultent de la mise en œuvre de

⁸⁷⁶ Lycette Corbion, « *Le déni de justice en droit international privé* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2002, n° 342, p. 305 ; Wilhelm Wengler, « *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé* », article *op. cit.*, p. 602 ; Yves Lequette, « *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales* », RCADI, 1994, vol. 246, p. 19, surtout p. 238.

⁸⁷⁷ Bernard Audit, « *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois)* », RCADI 1984, 219, surtout p. 275 ; Henri Batiffol, « *Les intérêts en droit international privé* », in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel, Francfort-sur-le-Main, Metzner, 1977*, pp. 11 et s.

⁸⁷⁸ V. *supra* chapitre II, partie I.

la catégorie actuelle. Les incertitudes et les lacunes de la catégorie actuelle mènent à des solutions imprévisibles qui menacent la sécurité juridique.

523. De plus, les parties qui nouent des rapports contractuels sur le plan international n'ont pas toujours la formation juridique qui leur permet d'éviter les difficultés des conflits de lois⁸⁷⁹. La catégorie doit être instituée d'une manière à répondre à leurs intérêts et à la finalité de l'institution⁸⁸⁰.

524. En outre, les intérêts du commerce international impliquent que soient évitées des solutions génératrices de « *statuts boiteux* »⁸⁸¹. Ces derniers peuvent résulter de la potentialité de l'aboutissement de la catégorie isolée du contrat de sous-traitance à des solutions contradictoires entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance⁸⁸².

525. Pour conclure, la catégorie actuelle ne permet pas toujours de garantir l'harmonie internationale des solutions, les intérêts des parties, des tiers et du commerce international.

526. Si la catégorie actuelle ne parvient pas à assurer la justice conflictuelle, qu'en est-il de la justice matérielle ?

B- La justice matérielle méconnue par la qualification autonome

527. La justice matérielle est celle qui importe aux yeux des individus. Un sous-traitant qui souhaite intenter une action en paiement contre le maître de l'ouvrage, se préoccupe, non pas de savoir si c'est la loi de son contrat ou celle du contrat du maître de l'ouvrage qui s'applique, mais s'il peut ou non intenter cette action. La doctrine américaine a reproché au mécanisme de la règle de conflit qu'il ne se préoccupe pas du résultat. On prête à la règle de conflit traditionnelle une fonction simplement répartitrice⁸⁸³. Celle-ci consiste à déterminer une loi applicable quel que soit son contenu et quel que soit le résultat matériel de l'opération.

⁸⁷⁹ Catherine Kessedjian, « *Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales* », *Revue internationale de droit comparé*, 47, n° 2, juin 1995, 373-83.

⁸⁸⁰ Bernard Audit, « *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit* », *RCADI*, 1984, p. 278.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² *V. supra* n° 113 et s.

⁸⁸³ Le rôle de la règle de conflit était selon Savigny de désigner la loi applicable et de délimiter les champs d'application respectifs des lois en cause, Friedrich Savigny, « *Traité de droit romain* », 1851, §344, pp. 6-7, cité par Bertrand Ancel, « *L'objet de la qualification* », *article op. cit.*

528. Néanmoins, cette conception a évolué au cours du XXe siècle, d'une justice simplement conflictuelle à une justice également matérielle, d'un choix de loi d'une manière abstraite à une *content-oriented rule*. Suite aux critiques adressés à la règle de conflit comme une règle mécanique et aveugle⁸⁸⁴, la méthode prend fréquemment en compte le résultat de son application pour atteindre des fins justes.

529. La règle de conflit actuelle n'ignore pas les solutions substantielles au litige. Elle n'est pas une règle aveugle ou répartitrice telle que lui reprochent ses opposants⁸⁸⁵. La règle de conflit est loin d'être une règle neutre qui se désintéresse des résultats⁸⁸⁶. Comme l'écrivait Franceskakis, « *il n'est pas possible de concevoir le jeu de la règle de conflit sans l'existence de principes de caractère matériel* »⁸⁸⁷. Des considérations matérielles sont pénétrées au sein du mécanisme de conflits de lois en faveur d'un certain résultat ou d'une certaine personne que l'on veut protéger⁸⁸⁸. À partir de la phase de la création de la catégorie de la règle de conflit, le législateur choisit la catégorie qui permet de prendre en considération des intérêts qui mènent à des résultats justes⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ L'auteur américain Ehrenzweig a décrit la règle de conflit de droit international privé comme « *an unwelcome addition to american doctrine* », Albert A. Ehrenzweig, « *Characterization in the Conflict of Laws : An unwelcome addition to American doctrine* », dans Kurt H. Nadelmann, Arthur T. von Mehren et John N. Hazard (dir.), *XXth century comparative and conflicts law. legal essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, A.W. Sythoff, 1961, p. 395. De plus, M. Jeunger la décrit de processus mystérieux qui encourage à la prestidigitation, Friedrich K. Juenger, « *Choice of Law and Multistate Justice* », Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 73, cité par Ridha Boukhari, « *La qualification en droit international privé* », les cahiers de droit, 2010, 159-93.

⁸⁸⁵ Pour plus de détails sur les critiques de la règle de conflit savignienne, v. Alain Papaux, « *Essai philosophique sur la qualification juridique* », p. 102 ; Bernard Audit, « *Flux et reflux de la crise des conflits de lois* », TCFDIP, n° 1, 1988, 59-77 ; Julio D. González Campos, « *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, cours général* », RCADI, vol. 287, 2000, n° 285, p. 391 ; pour un développement sur la doctrine américaine en droit international privé, v. entre autres, Bernard Audit, « *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois)* », RCADI 1984, 219 ; Bernard Audit, « *Flux et reflux de la crise des conflits de lois* », TCFDIP, 1, n° 1, 1988, 59-77 ; même auteur, « *Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul* », Revue internationale de droit comparé, 50, n° 2, 1998, 421-48 ; Muir Watt, « *La fonction de la règle de conflit de lois* », Thèse de doctorat, *op. cit.*, *passim* ; Gerhard Kegel, « *The Crisis of Conflict of Laws* », RCADI, vol. 112, 1964, p. 95 ; Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La loi du contrat international* », *Dar Alnahda Alarabeya*, Égypte, 2008, 273 et s.

⁸⁸⁶ Yvon Loussouarn, « *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?* », TCFDIP, 1981, pp. 43-68.

⁸⁸⁷ Phocion Franceskakis, « *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé* », Paris, 1958, n° 23, p. 28, cité par Hélène Gaudemet-Tallon, « *Le pluralisme en droit international privé* », *cours op. cit.*

⁸⁸⁸ Bruno Oppetit, « *Le développement des règles matérielles* », TCFDIP, 1988, 121-39, surtout p. 131.

⁸⁸⁹ La justice matérielle se révèle également dans la phase de choix des critères de rattachements et de celle de la loi applicable, comme le choix des rattachements alternatifs ou le choix d'une loi nationale de la personne qu'on veut protéger. En outre, si la justice matérielle peut être réalisée à travers la règle de conflit, elle peut l'être également *via* les règles matérielles qui ne se contentent pas de désigner la loi applicable mais qui déterminent directement la solution aux litiges, comme les

530. Ainsi, le législateur, dans le Règlement Rome I, a créé une catégorie spéciale pour le contrat de franchise et de distribution, afin de protéger le franchisé et le distributeur en les considérant comme des parties faibles⁸⁹⁰.

531. Néanmoins, en matière de contrat de sous-traitance aucune règle n'a été adoptée. Les catégories actuelles disloquant le contrat principal et le contrat de sous-traitance peuvent mener dans beaucoup de cas, en raison des différences entre les droits nationaux, à des résultats injustes ou contradictoires à l'égard des intervenants de l'opération. On ne peut pas nier, par exemple, ce résultat injuste si l'entrepreneur principal trouve son action prescrite à l'égard de son sous-traitant alors qu'il a indemnisé son maître d'ouvrage pour des fautes imputables au sous-traitant. Ou imaginons par exemple, que le contrat principal est régi par la loi syldave⁸⁹¹ qui prévoit que le maître de l'ouvrage ne peut pas se libérer de sa dette qu'entre les mains de son contractant direct, alors que le contrat de sous-traitance est régi par la loi bordure qui dispose que le maître de l'ouvrage s'engage à payer le sous-traitant ; dans ce cas, le maître de l'ouvrage se trouve entre deux dispositions contradictoires qui menacent la justice matérielle.

532. La catégorie actuelle ne prend en compte ni la justice conflictuelle qui assure une harmonie internationale des solutions et respecte les prévisions légitimes des particuliers, ni la justice matérielle qui assure une justice directe des solutions. Face aux inconvénients de la catégorie actuelle du contrat de sous-traitance, le juge se trouve contraint d'avoir recours aux moyens correctifs comme la clause d'exception et l'adaptation⁸⁹² afin de rétablir la justice bafouée.

533. Dans une mesure préventive, il faut s'éloigner de la qualification actuelle vers une qualification fonctionnelle qui se concentre sur les fonctions de l'institution en question en s'éloignant des notions sans rapport avec l'univers de l'homme qui agit et qui vit⁸⁹³. Il faut trouver une qualification adaptée à la nature du contrat de sous-traitance et aux intérêts qu'il tend à réaliser. Pour ce faire, on ne peut que

conventions internationales ou les règles de la *lex mercatoria*. V. Bruno Oppetit, « *Le développement des règles matérielles* », TCFDIP, 1988, 121-39 ; Eric Loquin, « *Les règles matérielles internationales* », RCADI, vol. 322, 2006, pp. 9-241.

⁸⁹⁰ Paul Lagarde, « *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* », RCDIP, 2006, 331.

⁸⁹¹ Pays imaginaire pour besoin de démonstration.

⁸⁹² Wilhelm Wengler, « *Les principes généraux de droit international privé et leurs conflits* », RCDIP, 1952, 595, p. 604.

⁸⁹³ Jean Rivero, « *Apologies pour les faiseurs des systèmes* », D. 1951, p. 3 et s.

s'inspirer des qualifications fonctionnelles proposées en droit interne afin de pouvoir emprunter en droit international privé, ce qui peut être conforme à ses intérêts et ses principes (Section II).

Section II – La recherche d'une catégorie fonctionnelle du contrat de sous-traitance

534. Le droit international privé présente deux traits distinctifs par rapport aux autres branches de droit : d'une part, la place importante qu'y tient la doctrine, et, d'autre part, son caractère scientifique, voire savant⁸⁹⁴.

535. Tout d'abord, la doctrine a eu l'occasion d'influer sur le développement juridique du droit international privé et d'exercer un rôle créateur incomparable avec les autres branches du droit. Ensuite, sa nature de droit savant est constante tout au long de son histoire. Le droit international privé se caractérise par un enracinement intellectuel et une méthodologie dont les principes ont été élaborés par les praticiens et les théoriciens durant des siècles⁸⁹⁵. C'est un droit qui mêle entre la théorie et la pratique.

536. Ces caractères ont eu un réfléchissement important sur la construction des catégories de rattachement. D'un côté, les catégories de droit international privé n'ont pas été formées d'une manière rigoureusement scientifique, comme en matière de science exacte⁸⁹⁶, mais elles sont le produit de l'expérience des savants. Chacune des qualifications par lesquelles s'expriment la règle de conflit est chargée d'une signification particulière qui se préoccupe du résultat⁸⁹⁷. D'un autre côté, si les catégories en droit international privé sont formées selon les préoccupations de la pratique, elles ne doivent pas rester figées face aux exigences de la vie pratique qui évoluent en permanence⁸⁹⁸. Lorsqu'une question de la pratique évolue de manière à rendre la catégorie actuelle inadaptée, il convient d'élaborer une nouvelle

⁸⁹⁴ Bruno Oppetit, « *Le droit international privé, droit savant* », RCADI, 234, 1992, pp. 331-430, surtout p. 368 ; Pierre Lalive, « *Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)* », RCADI, vol. 155, 1977, p. 11 et s.

⁸⁹⁵ Bruno Oppetit, « *Le droit international privé, droit savant* », cours, *op. cit.*

⁸⁹⁶ Alain Papaux, « *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction : l'exemple du droit international privé* », Bruylant, 2003, p. 102.

⁸⁹⁷ Estelle Fohrer-Dedeurwaerder « *Qualification en droit international privé* », JCl. Civil Code, Art. 3, Fasc. 20, 2015, n° 64.

⁸⁹⁸ Bernard Audit, « *Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul* », Revue internationale de droit comparé, 50, n° 2, 1998, pp. 421-448.

catégorie de rattachement pour cette question. Ceci a été affirmé par M. Jacquet qui nous explique les raisons qui poussent le législateur à adopter une nouvelle catégorie de droit international privé en soulignant que « *les raisons qui poussent à élaborer une nouvelle catégorie de rattachement sont empiriques autant que scientifiques* »⁸⁹⁹.

537. Par conséquent, les catégories de rattachement doivent prendre en compte le développement et la complexification des contrats qui s'unissent pour réaliser les projets internationaux. On sait le rôle que joue la sous-traitance comme instrument du développement dans les contrats internationaux. Il est notoire que les grands projets n'ont pu être menés à bien que grâce à l'intervention de sous-traitants⁹⁰⁰. La fonction du contrat de sous-traitance doit être prise en considération en élaborant la catégorie de rattachement concernant ce contrat.

538. Avant de choisir une catégorie idoine, il convient d'abord de qualifier. Qualifier consiste à caractériser une chose par plusieurs qualités⁹⁰¹. On commence par qualifier le contrat de sous-traitance, puis choisir la catégorie de rattachement vers laquelle débouche cette qualification.

539. Il convient de procéder selon une qualification fonctionnelle qui considère, d'une part, le but et les objectifs de l'opération de sous-traitance, et d'autre part, les liens entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal⁹⁰². Cette qualification fonctionnelle permet d'éviter les contradictions et d'aboutir à une parfaite homogénéité entre les deux contrats.

540. La qualification fonctionnelle du contrat de sous-traitance a été cristallisée par les théories de groupe de contrats adoptées par la doctrine et la jurisprudence en droit interne et en droit international privé (Sous-section I). Cette qualification permettra de nous guider vers une catégorie de rattachement

⁸⁹⁹ Jean-Michel Jacquet, « *La fonction supranationale de la règle de conflit de lois* », RCADI, vol. 292, 2001, p. 153, surtout p. 164.

⁹⁰⁰ Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Gavaldà, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186.

⁹⁰¹ Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, n° 285, p. 167.

⁹⁰² *Lato sensu*, une notion dite fonctionnelle est une notion qui remplit, dans un contexte donné, une fonction, Maud Minois, « *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations. Pour une unité de qualification* », conférence 18 avr. 2017 organisée par le CRDI et la SERPI ; Guillaume Tusseau, « *Métanotion de la qualification fonctionnelle* », RFDA, 2009, 641.

fonctionnelle du contrat de sous-traitance internationale que nous aborderons en (sous-section II).

Sous-section I – La qualification fonctionnelle du contrat de sous-traitance

541. Sur le plan interne, de nombreuses théories ont été élaborées afin de bâtir un cadre juridique adapté aux contrats liés⁹⁰³. Ces théories ont connu un impact important sur le droit des contrats depuis leur émergence dans les années 1970 et jusqu'à ce jour. Malgré les notions et les fondements très diversifiés de ces théories, on observe que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à affirmer que le contrat de sous-traitance ne peut pas être qualifié comme un contrat isolé, mais qu'il forme avec le contrat principal un groupe de contrats ayant pour conséquences de produire des effets sur le plan juridique (§ 1). Cette qualification globale est affirmée, également, par la doctrine et la jurisprudence sur le plan international (§ 2).

§ 1 – Le rejet unanime en droit interne de la qualification isolée du contrat de sous-traitance

542. Groupes de contrats, chaîne, ensemble contractuel, interdépendance⁹⁰⁴, accessoire⁹⁰⁵, acte juridique conjonctif⁹⁰⁶, malgré la diversité entre ces théories, elles sont toutes unanimes sur le fait que le contrat de sous-traitance et le contrat

⁹⁰³ Parmi d'autres, Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975 ; Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1996 ; Paul Alain Foriers, « *Groupes de contrats et ensembles contractuels : quelques observations en droit positif* », Bruxelles, Belgique, 2006 ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007 ; Rémy Cabrillac, « *L'acte juridique conjonctif : en droit privé français* », Paris, LGDJ, 1990 ; Jean-Michel Marmayou, « *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties : méthode de distinction* », Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2001 ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977 ; Cécile Hallier, « *La connexité en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Nice, 2003 ; Romain Foucard et Olivier Frot, « *Le montage contractuel complexe* », Université Bordeaux 1, 2009 ; Dominique Chedeville, « *La liaison entre contrats* », Doctorat d'État, 1977 ; Martine Exposito, « *La connexité* », Thèse de doctorat, Université Aix-Marseille, 1992 ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009 ; Sami Serageldin, « *Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats* », Thèse de doctorat, Lyon, Université Jean Moulin, 2014 ; Frédérique Fiechter-Boulevard, « *La transmission de l'engagement dans les contrats en chaîne* », Thèse de doctorat, Université Pierre Mendès, 1992.

⁹⁰⁴ Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », ouvrage *op. cit.*

⁹⁰⁵ Gilles Goubeaux, « *La règle de l'accessoire en droit privé [étude sur la maxime "accessorium sequitur principale"]* », Paris, LGDJ, 1969.

⁹⁰⁶ Rémy Cabrillac, « *L'acte juridique conjonctif : en droit privé français* », ouvrage *op. cit.*

principal sont liés par une forte connexité qui doit absolument produire des effets sur le plan juridique.

543. Nonobstant la différence entre ces théories, le phénomène de groupes de contrats concerne, de façon générale, « *la situation dans laquelle deux ou plusieurs contrats sont consciemment liés entre eux, de telle sorte que les événements affectant l'un est susceptible d'avoir un effet sur les autres* »⁹⁰⁷.

544. La théorie de groupes de contrats s'avère d'une manière très nette en matière du contrat de sous-traitance, puisque les modifications et les différends relatifs au contrat principal ont une influence certaine sur ceux du sous-contrat. Si cette conception paraît primordiale et représente une réalité économique indubitable (A), elle n'a bénéficié, *prima facie*, en droit positif interne que d'une reconnaissance éphémère. Son inconvénient majeur était qu'elle viole un principe phare de droit, à savoir la relativité des conventions. Néanmoins, on verra que la jurisprudence maintient la qualification de « *groupes de contrats* » par rapport au contrat de sous-traitance et contrat principal, afin d'assurer la cohérence au sein de groupe sans heurter le principe de la relativité des conventions (B).

A- La qualification de groupe de contrats pour les contrats de sous-traitance et principal

545. Comme on a déjà eu l'occasion de le souligner⁹⁰⁸, la notion de groupe de contrats a été brillamment théorisée par M. Teyssié⁹⁰⁹ dont la thèse a ouvert la voie au développement d'autres thèses et théories afin de trouver un cadre juridique adapté à cette notion⁹¹⁰. Depuis ce moment-là, personne ne nie l'existence de ce

⁹⁰⁷ Philippe Le Tourneau, « *Groupes de contrats* », in Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2018-2019, n° 3116.11 ; Sarah Bros, « *Action directe dans les groupes de contrats* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 193, 7 fév. 2008. Mme Bros définit la notion de groupe de contrats comme telle : « *Le groupe de contrats désigne la situation où deux ou plusieurs contrats sont liés l'un à l'autre* ». Add. Frédéric Leclerc, « *Les chaînes de contrats en droit international privé* », JDI, 1995, 267. Selon M. Leclerc : « *Les chaînes de contrats ont pour finalité de traduire le lien entre plusieurs contrats, ce lien a pour conséquence l'extension du rapport contractuel ce qui donne à cette pluralité de contrats la configuration d'un ensemble contractuel* ».

⁹⁰⁸ *Supra* n° 364.

⁹⁰⁹ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », ouvrage *op. cit.*, n° 63, p. 34, citant Georges Ripert et Jean Boulanger, « *Traité Élémentaire de droit civil* », T II, 1957, p. 99, n° 241.

⁹¹⁰ Par ailleurs, la théorie de groupes de contrats trouve son origine dans l'esprit des auteurs bien avant la thèse de M. Teyssié. Ainsi dans les archives de philosophie du droit en 1968, on trouve des premières prémices de ce phénomène. Dans son article, « *La crise de contrat et sa portée* », le Doyen Batiffol a constaté que l'une des plus marquantes évolutions dans le XXe siècle s'agit du développement continu des effets des contrats à l'égard des tiers, l'évolution indiquait que le contrat n'intéresse plus seulement ceux qui ont été parties, Henri Batiffol, « *La crise de contrat et sa*

phénomène de contrats liés⁹¹¹. Dans les développements qui suivent, on s'efforcera à le concrétiser concernant le contrat de sous-traitance dans sa relation avec le contrat principal.

546. Selon M. Teyssié, il apparaît que si plusieurs contrats ont un objet commun ou participent à la réalisation d'un but commun, ils forment un groupe de contrats⁹¹². En conséquence, deux figures distinctes de groupes de contrats sont constatées par l'auteur : les contrats ayant un objet commun qui s'appellent les chaînes des contrats⁹¹³, et les contrats qui concourent à la réalisation d'un objectif commun qui forment un ensemble contractuel⁹¹⁴.

547. Tout d'abord, la chaîne des contrats est formée de contrats ayant un objet commun, et par identité d'objet, il faut entendre la même prestation essentielle « à propos de laquelle la volonté intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat »⁹¹⁵. Ces contrats se caractérisent, d'une part, par leur linéarité dans le temps, c'est-à-dire qu'ils se concluent d'une façon chronologique et se succèdent dans le temps⁹¹⁶, et d'autre part, par l'absence d'une personne centrale qui tend à réaliser une opération globale par la combinaison de plusieurs contrats.

portée », APD 1968, p. 13. D'ailleurs, en 1969, M. Durry se demandait si l'expéditeur d'une lettre est vraiment un tiers à l'égard de l'entrepreneur dans un double contrat qui unit l'expéditeur avec le transporteur et ce dernier avec l'entrepreneur, Durry, RTD civ. 1969, 774, cité par Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1996, p. 34, n° 32. Pour la théorie de groupe de contrats en droit égyptien, Ashraf Abd El Azim Abd El Wahed, « *La nature juridique de la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage* », Université d'Ain Shams, 2007 ; Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », *Dar Al Thakafa Al Gameeya*, Le Caire, Égypte, 1991 ; Mohammed Taha Ibrahim, « *La théorie générale des sous-contrats* », Université Ain Shams, Égypte, 2007, p. 122 et s.

⁹¹¹ Yves lequette, préface Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. XVII.

⁹¹² Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », ouvrage *op. cit.*, p. 33.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 63, n° 33.

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 33. En effet, si M. Teyssié a regroupé les chaînes et les ensembles contractuels sous la notion de groupes des contrats, et en a déduit des effets juridiques identiques, la doctrine et la jurisprudence ont distingué entre les effets de chaque composant du groupe. Pour les chaînes, on a déduit la présence d'une responsabilité contractuelle entre toutes les parties médiates et immédiates, alors que pour les ensembles, on se contente de déduire que l'anéantissement d'un contrat conduit à celle de tous les contrats du groupe. V. Geneviève Viney, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Litec 1990, p. 418 ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 50 ; Simont Pimont, « *L'économie du contrat* », Thèse de doctorat sous la direction de J. Beauchard, Université de Poitiers, 2002, P.U.A.M, 2004, n° 555.

⁹¹⁵ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », ouvrage *op. cit.*, n° 69.

⁹¹⁶ *Ibid.*

548. Le contrat de sous-traitance appartient, selon M. Teyssié, à cette catégorie. Il forme avec le contrat principal une chaîne de contrats, lorsque le contrat de sous-traitance, conclu après le contrat principal, vise la réalisation du même objet du contrat principal. Il lui succède dans la conclusion mais s'exécute en même temps que son contrat de base. Il y a, à la fois, une succession et une conjonction : une succession dans la phase de conclusion et une conjonction dans la phase d'exécution.

549. Outre les chaînes de contrats, il y a les ensembles contractuels qui sont les contrats ayant un but commun, à savoir, la réalisation d'une opération globale à travers l'ensemble contractuel⁹¹⁷. Si M. Teyssié, l'auteur de la théorie de groupes de contrats, ne rattache pas le contrat de sous-traitance à cette catégorie, la doctrine critique cette exclusion⁹¹⁸. Les auteurs estiment que le contrat de sous-traitance forme un ensemble contractuel avec le contrat principal, puisqu'il tend à la réalisation d'un même but que ce dernier⁹¹⁹.

550. Ainsi, M. Néret, le fondateur de la théorie du sous-contrat, estime que le contrat principal et le contrat de sous-traitance forment un ensemble contractuel unique. En effet selon lui, « *il n'y a pas sans doute dans le monde juridique d'ensemble contractuel dont les conventions composantes soient plus intimement liées* »⁹²⁰. Le contrat de sous-traitance tend à satisfaire l'exécution du contrat de base. Le contractant principal, débiteur d'une obligation de faire, fait appel à une autre personne, un substitut, afin d'exécuter tout ou partie du contrat principal. Le sous-contractant devient le débiteur d'une ou plusieurs prestations assumées par le contractant principal. Les deux contrats ont par conséquent un objet et un but commun qu'ils poursuivent à la réalisation du contrat de base lié à la même

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁹¹⁸ Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, n° 44, p. 42 ; Xavier Henry, « *La technique des qualifications contractuelles* », Thèse de doctorat, Université de Nancy II, 1992, n° 964, p. 1099 et s. ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 189. M. Pellé estime que le couple contractuel, contrat principal et contrat de sous-traitance, se trouve à mi-chemin entre les chaînes de contrats, unifiées par leur objet et les ensembles contractuels ayant une cause unique, puisque le sous-contrat partage avec le contrat principal la même cause et le même objet. Selon M. Pellé « *on peut voir au sous-contrat, soit une chaîne de contrats, soit un ensemble contractuel. C'est toute l'ambiguïté de sous-contrat que de faire apparaître les limites de la classification des groupes de contrats reposant sur la distinction entre chaînes et ensembles* ».

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977, n° 5, p. 9.

opération économique. Cette forte connexité doit conduire, selon M. Néret, à se dégager de la qualification isolée qui se limite à chacun des contrats et à la substituer par une autre, globale, qui tient compte de l'opération entière.

551. La philosophie des théories de groupes de contrats consiste à remédier aux problèmes des contrats liés dès la phase de qualification. Si l'on tient compte de la nature liée du contrat de sous-traitance au contrat principal dès cette phase, on pourra prévenir les difficultés au niveau des règles applicables. En effet, M. Lagarde souligne que toutes les difficultés qui résultent du contrat de sous-traitance, trouvent leur source dans son autonomie par rapport au contrat principal⁹²¹. On procède, selon une adaptation *a priori*, par opposition à l'adaptation *a posteriori* dont on a apprécié les nombreux inconvénients⁹²². Selon M. Lequette, « *la meilleure qualification est celle qui réduit au minimum les problèmes d'adaptation* »⁹²³.

552. Les théories de groupes de contrats illustrent une évolution importante du droit des contrats en droit français. Elles ont eu un impact important en Égypte, à partir de la fin des années 1980⁹²⁴. Néanmoins, il ne s'agit que des recommandations doctrinales qui n'ont pas été adoptées par le législateur ou la jurisprudence égyptienne. En France, ces théories ont été adoptées littéralement par la jurisprudence en droit interne, mais cette reconnaissance n'a été

⁹²¹ Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Gavaldà, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 186, surtout p. 187.

⁹²² *Supra* n° 167 et s.

⁹²³ L'auteur parle de l'adaptation *a posteriori*, Yves Lequette, « *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? cours général de droit international privé* », RCADI, vol. 387, 2017, 18-630, surtout p. 137.

⁹²⁴ L'application du même droit aux contrats liés a été préconisée par quelques auteurs, v. Hisham Sadek, « *Précis du droit international privé, conflits de lois* », Alexandrie, Égypte, 1985, p. 789 ; Abd El All Okasha, « *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales* », *Dar Al Matbouat Al Gameya*, Alexandrie, Égypte, 1994, p. 38 et s. ; Omaia Elwan, « *La loi applicable à la garantie bancaire à première demande* », RCADI, vol. 275, 1998, p. 19. Mais la théorie de groupe de contrats telle qu'elle est adoptée en France a été reprise et adoptée pour la première fois par la doctrine égyptienne en matière de sous-contrat par le professeur Mostafa Al Garhi, « *Sous-traitance, étude comparée droit égyptien et droit français* », 1^{ère} éd., *Dar Alnahda Alarabeya*, 1988 ; en matière des groupe de contrats en général par le professeur Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », *Dar Althakafa Al Gameya*, La Caire, 1990. M. Zaki a nommé la théorie de groupe de contrats « *la famille contractuelle* » à l'instar de la famille civile qui commence par un couple puis se ramifie en engendrant plusieurs membres. *Ibid.*, p. 12. Cette thèse a été saluée par de nombreux auteurs : Ashraf Abd Elazim Abd Alkader, « *la nature juridique de la relation entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant* », Thèse sous la direction de Faisal Zaki, Université de Ain Shams, 2007 ; Ossama Mohamed Taha Ibrahim, « *La théorie générale de sous-contrat* », Thèse de doctorat, Université de Ain Shams, 2007.

qu'éphémère. La violation de ces théories aux principes phares en droit interne a inhibé l'adoption de la qualification globale du contrat de sous-traitance. Néanmoins, une analyse minutieuse montre que ce refus n'est que partiel (B).

B- Le refus partiel en droit interne de la théorie de groupes des contrats appliquée au contrat de sous-traitance

553. La théorie de groupe de contrats a été critiquée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, on lui a reproché ses notions vagues et floues. Ainsi M^{lle} Viney l'a minutieusement exprimé⁹²⁵, « *il n'est pas douteux que la notion de groupe de contrats était trop vaste et imprécise* ». En effet, les groupes de contrats renferment de différentes formes de contrats dont les liens sont d'une intensité très variable. Or, afin d'admettre une théorie pour régir les liens entre les contrats et en déduire les effets juridiques, il faut que l'on soit en présence des ensembles contractuels très structurés dont les éléments composants sont étroitement associés et portent sur une obligation unique. En revanche, dès lors qu'il s'agit de contrats juxtaposés dont les liens sont fortuits et qui visent des obligations distinctes, lier le sort des différents contrats serait artificiel⁹²⁶.

554. Par ailleurs, on a reproché à la théorie de groupes de contrats la violation du « *sacro-principe* »⁹²⁷ de l'effet relatif des contrats. La théorie de groupes de contrats, au sens large, a été créée surtout pour établir des liens contractuels directs entre les parties d'un même groupe⁹²⁸. Bien qu'elles ne soient pas parties à un même contrat, les parties dans l'ensemble possèdent en vertu de ces théories des actions directes l'une contre l'autre. En raison de ses notions discordantes par rapport aux principes phares du droit civil, la théorie du groupe de contrats a suscité de controverses au sein de la Cour de cassation. La première chambre civile l'a adoptée et l'a saluée, alors que la troisième chambre y avait résisté. En vue de respecter le principe de relativité des conventions, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché la division en faveur de la troisième chambre⁹²⁹. Depuis lors,

⁹²⁵ Geneviève Viney, note sous l'arrêt *Besse*, Ass. Plén. 12 juillet 1991, JCP, 1991, II, 21743.

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ L'expression de Patrice Jourdain, « *La responsabilité civile dans les groupes de contrats* », in *Les obligations en droit français et en droit belge*, op. cit., n° 9.

⁹²⁸ Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1996, n° 41, p. 39.

⁹²⁹ Arrêt *Besse*, Ass. Plén., 12 juill. 1991, n° 90-13.602 ; D. 1992, p.149, note Joudain ; D. 1992, p. 119, note Alain Bénabent ; D. 1991, p. 549, note Jacques Ghestin ; D. 1991, p. 321, note Jean Luc Aubert ; D. 1991, p. 257, note Christophe Jamin, v. *supra* n° 311.

la doctrine déduit que la jurisprudence « *a sonné le glas* »⁹³⁰, non seulement de la présence des actions contractuelles directes entre les parties non contractantes, mais de façon générale de la qualification de « *groupe* » par rapport au (contrat de sous-traitance et le contrat principal)⁹³¹.

555. Or, le refus de la Cour de cassation d'établir une relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant ne produit pas *a fortiori* l'abandon de la qualification de « *groupe* » par rapport à cette opération. Si on regarde de plus près, on aperçoit que la Cour de cassation n'a pas refusé la reconnaissance des liens entre les différents contrats ou la théorie de groupes de contrats *per se*, mais a refusé l'établissement des relations contractuelles directes entre les parties non contractantes⁹³². La méconnaissance d'emblée de cette théorie suite au refus de l'un des effets de la théorie est, à notre sens, exagérée. Le refus d'une des conséquences de la théorie ne remet pas en cause sa légitimité. En effet, si la création des rapports contractuels directs entre les membres du groupe était une conséquence importante de la théorie de groupe de contrats, d'autres effets ont été mis en relief par la doctrine. La théorie de groupe de contrats vise également à assurer l'harmonie des solutions entre les contrats, objet d'un même groupe ainsi que garantir l'équilibre des droits et des obligations des différentes parties du groupe⁹³³.

556. Cette analyse se révèle manifestement en matière de la sous-traitance. La jurisprudence continue à affirmer, dans des termes différents, que le contrat de sous-traitance et le contrat principal forment un groupe de contrats afin d'assurer la cohérence et l'équilibre des solutions. Ainsi, dans une affaire rendue récemment, la Cour d'appel de Besançon a qualifié la relation entre le contrat de sous-traitance et son contrat principal comme « *interdépendants* » qui forment « *un tout indissociable* », pour étudier la question de la prescription uniforme entre les

⁹³⁰ Claude Witz, dans sa note sous la décision de Civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, D. 1999, p. 383 ; Jochen Bauerreis, « *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats* », RCDIP, 2000, 331.

⁹³¹ Jacques Ghestin, note sous l'arrêt *Besse op. cit.*, D. 1991, p. 549.

⁹³² Selon Mme Ancel, « *Le rejet de la Cour n'est lié à la théorie de groupes de contrats en général, c'est lié aux doutes relatifs à la définition, le régime d'application et le bien-fondé de cette théorie en droit français* », Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse *op. cit.*, p. 253 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2014, n° 266, p. 286 et s.

⁹³³ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975, p. 209 et s.

contrats⁹³⁴. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Colmar a souligné qu' « *eu égard à la connexité et l'interdépendance entre le contrat principal et le sous-traité dont l'existence est conditionnée par celle du contrat principal, que la prestation caractéristique est celle que doit fournir l'entreprise principale qui n'a fait que se substituer, dans son exécution, l'entreprise allemande* »⁹³⁵. Ainsi, les arrêts nous montrent que la jurisprudence a qualifié la relation entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance comme connexes, interdépendants et d'un tout indissociable, afin d'assurer la cohérence des règles applicables entre les deux contrats. C'est le même objectif que l'on vise à réaliser sur le plan international.

557. Sur ce plan, l'adoption de la théorie de groupes de contrats appliquée au contrat de sous-traitance n'aura pas pour objectif de créer un lien contractuel direct entre les parties extrêmes, mais d'assurer la cohérence entre le couple contractuel au niveau de conflits de lois.

558. Dans les développements qui suivent, nous montrerons que la qualification globale entre le contrat de sous-traitance internationale et le contrat principal a été reconnue par la jurisprudence en droit international privé. Néanmoins, cette démarche était effectuée sans être soumise à un cadre juridique déterminé (§ 2).

§ 2 – La reconnaissance de la qualification globale au plan international

559. Les liens étroits qui soudent le contrat de sous-traitance au contrat principal, produisent des effets juridiques importants au plan international. Ceux-ci ne pouvaient être déduits par une qualification classique ou isolée des contrats, mais selon une qualification globale du contrat de sous-traitance (A). Si cette démarche mérite d'être saluée, elle doit, cependant, être encadrée dans une catégorie nommée afin de privilégier la prévisibilité et la sécurité des solutions (B).

A- La reconnaissance par la jurisprudence des liens entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance internationale

560. L'adoption d'une qualification globale du contrat de sous-traitance sur le plan international a été illustrée, surtout, par l'extension du caractère international à un contrat qui était à l'origine national. Mais la qualification globale s'est

⁹³⁴ CA Besançon, 10 sept. 2019, n° 18/00151.

⁹³⁵ CA Colmar, 7 sept. 2007, n° 04/05713.

manifestée, également, par l'extension de la *lex contractus* du contrat principal au contrat de sous-traitance.

561. Le caractère international du contrat de sous-traitance est incontestable s'il comporte des liens avec plusieurs systèmes juridiques⁹³⁶, comme par exemple dans les cas où les deux parties, l'entrepreneur et le sous-traitant, sont établis dans deux pays différents ou exécutent un contrat à l'exportation. Tandis qu'en l'absence de tout lien avec plusieurs systèmes, le contrat est considéré comme national.

562. Toutefois, il semble que le caractère international peut être reconnu également à l'égard d'un contrat de sous-traitance même s'il est totalement national. Selon la doctrine majoritaire⁹³⁷, un contrat principal international confère ce caractère au contrat de sous-traitance qui était à l'origine national. La notion de groupe est déterminante pour l'internationalisation du contrat de sous-traitance noué dans le cadre d'une opération internationale⁹³⁸. Il résulte de l'examen des décisions de la Cour d'appel de Paris que, dans tous les cas, c'est l'internationalité du contrat principal qui confère au contrat de sous-traitance le caractère international.

⁹³⁶ Henri Batiffol, « *Contrats et conventions* », Répertoire de Droit international, Dalloz, T. I, 1968, n° 9, p. 564 ; Yvon Loussouarn et Jean-Denis Bredin, « *Droit du commerce international* », Sirey 1969, n° 511 ; Hisham Sadek, « *La loi applicable aux contrats de commerce internationale* », *Dar Alfekr Al Gamei*, Alexandrie, Égypte, 2001, 72 et s.

⁹³⁷ Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », article *op. cit.*, p. 185 ; Fausto Pocar, « *Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance* », in *Mélanges études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, p. 155 ; CA Paris, 11 avr. 1972, Clunet 1974, p. 620, note Bernard Audit : « *Bien que contractée au plan interne, la convention revêtait un caractère inséparable de celui de l'opération dans le cadre de laquelle elle avait été conçue et, à raison du caractère international de cette opération...* » ; v. Mestre, note sous Civ. 1^{ère}, 17 oct. 1980, *Tardieu c. société Bourdon*, RCDIP 1981, p. 313 et spéc. 319-321 ; *Add.* CA Paris, 23 mai 1986 (inédit), *soc. Worthington Turbodyne et Cie Alsthomdyne c-Soc Heurtey Industries*. Dans cette affaire, une société marocaine a conclu un contrat avec une société française pour la fourniture d'un complexe industriel destiné à l'usine de Safi au Maroc. La société française a confié la fourniture de divers matériels à une deuxième société française. Cette dernière a sous-traité, à son tour, l'opération de fourniture à une troisième société française (Creusot Loire). Un différend s'est élevé entre les sociétés françaises sous-traitantes devant un tribunal arbitral à Paris dont sa sentence a fait l'objet d'un recours en annulation. La Cour de Paris a affirmé qu'en l'espèce le sous-contrat et le sous-sous-contrat sont des contrats internationaux, même conclu entre deux sociétés françaises, en énonçant que « *dans la mesure où l'arbitrage dont il s'agit est intervenu pour le règlement d'un contrat ayant pour objet la livraison de biens d'équipement à une société marocaine, cet arbitrage, les parties au litige fussent-elles françaises, a mis en cause des intérêts de commerce international et présente en conséquence un caractère international* », arrêt cité par Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 535, n° 3.

⁹³⁸ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, 1992, p. 429 et s.

563. Ainsi dans la décision *Murgue Seigle SA c. Coflexip SA*⁹³⁹, la Cour d'appel de Paris a souligné qu'« est international l'arbitrage relatif à un contrat conclu entre un entrepreneur principal et un sous-traitant français, dès lors que le contrat de sous-traitance, qui est à l'origine du litige, est étroitement lié au contrat principal pour l'exécution duquel il a été conclu, lequel est international ». L'arrêt révèle que l'internationalité du sous-contrat se détermine d'une façon dérivée à la suite de la nature internationale du contrat principal auquel il est subordonné⁹⁴⁰. Dans cette décision, afin de déterminer la nature internationale du contrat de sous-traitance, la cour d'appel a eu recours à une appréciation globale de l'opération entière sans se limiter à chaque contrat d'une manière isolée. Cette méthode d'appréciation globale est affirmée lorsqu'on consulte le dispositif de l'arrêt qui a affirmé que « bien que la livraison et le paiement aient eu lieu en France, le litige est né essentiellement à propos des exigences techniques du maître de l'ouvrage étranger retransmises par l'entrepreneur principal à son sous-traitant »⁹⁴¹. Il ressort de l'arrêt que l'exécution du sous-contrat était localisée en France entre deux parties françaises et le prix était en francs. Donc, selon une appréciation isolée, il est un contrat interne. Cependant, c'est seulement sa relation avec le contrat principal conclu entre le maître de l'ouvrage étranger et l'entrepreneur principal français qui génère le caractère international de toute l'opération⁹⁴².

⁹³⁹ CA Paris, 14 mars 1989, Rev. arb., 1991, 385, note Moitry et C. Vergne ; RTD 1991, p. 575, CA Paris, 10 sep. 1997, D. 1997, p. 213. Dans le même sens, Paris 1^{ère}, 8 déc. 1988, *Soc. Chantiers Modernes c. Soc CMGC*, Rev arb. 1989, p. 111 ; CA Paris, 1^{ère}, 4 avr. 1991, *Icart SA. c. Nationale de construction Quillery* ; CA Paris 1^{ère}, Thomson CSF c. *Baudin Chanteauneuf SA*, citées par Panayotis Glavinis, ouvrage *op. cit.*, note 56 n° 532, p. 430 ; Jean Bismuth, article *op. cit.*, n° 4 ; Jean Pierre Rémerly, « *Remarques sur les conflits de lois applicables au contrat international de construction d'immeuble* », D. 1985, p. 255.

⁹⁴⁰ Comp. le cas du contrat de *consortium* conclu dans la perspective de l'obtention d'un marché de travaux à l'étranger, cette circonstance n'étant pas de nature à lui conférer un caractère international, CA Paris, 30 nov. 1972, JDI 1973, p. 390, note Oppetit ; Rev. arb. 1973, p. 91, note Mezger, cité par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, p. 256 ; Alain Bénabent, « *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013, n° 115.

⁹⁴¹ CA Paris, 14 mars 1989, Rev. arb. 1991, 385, *op. cit.*

⁹⁴² Jean-Claude Dubarry, Éric Loquin, « *Arbitrage international ; arbitrage multipartites, groupe de contrat, clauses compromissaires incompatibles, consolidation* », RTD com. 1991, 575. D'ailleurs, le recours au critère économique pour déterminer le contrat international est adopté par la jurisprudence depuis très longtemps. La jurisprudence a constaté que le critère juridique ne suffit pas et qu'il faut, donc, rajouter un autre critère plus précis. Elle requiert pour que le contrat soit international qu'il mette en jeu les intérêts du commerce international. L'arrêt *Mardelé c. Muller*, 19 fév. 1930, JDI 1931, 90 ; S. 1933, 41, note Niboyet ; 27 janv. 1931, *Drambricourt c. Rossard*, S. 1933, 41, note Niboyet, RCDIP 1931, 514. Sur ce point, v. Jean-Michel Jacquet, « *Contrats* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998, actualisation 2015, n° 88 ; Civ. 14 fév. 1934, D.P

564. La définition dérivée du caractère international ne peut être expliquée, selon les commentateurs de l'arrêt, que par la notion de groupes de contrats⁹⁴³. Ainsi, selon MM. Daubarry et Loquin, « *le contrat de sous-traitance est l'un des contrats participant à l'exécution d'une seule opération ou un seul ensemble contractuel, dont le projet final est la livraison à l'étranger d'un processus de transfert de génie civil. L'internationalité de l'opération « contamine » chacun des contrats dans l'opération contractuelle. C'est pourquoi l'arrêt insiste sur le fait que le litige était né à propos des exigences techniques du maître de l'ouvrage étranger, et que le contrat de sous-traitance, qui est à l'origine du litige, est étroitement lié au contrat principal pour lequel il a été conclu* »⁹⁴⁴.

565. La solution rendue par la Cour d'appel de Paris souligne l'étroite connexité entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal, ce qui a été affirmé par un arrêt récent rendu par la Cour de cassation à propos d'un contrat de sous-traitance de transport⁹⁴⁵. La société sous-traitante a essayé de montrer que le contrat est purement interne. Pour le démontrer, elle affirme que le contrat de transport, dont elle avait eu la charge, était intégralement exécuté en France. Dès lors, selon le demandeur, même si la prestation de service s'inscrivait dans un cadre plus large et que le transporteur qui l'avait sollicitée et avait fait appel à ses services, intervenait lui-même dans le cadre d'un contrat de transport international passé avec un donneur étranger, le contrat devait être soumis à la loi française. La Cour de cassation a refusé cette allégation en affirmant que le contrat de sous-traitance

1934, p. 569, n° 16. L'origine du critère économique se trouve dans l'arrêt *Matter* connu sous le nom *Pélisser du Besset*, Civ. 17 mai 1927, DP. 1928, 1. 25, Concl. Matter, note Capitant. Dans cet arrêt la Cour de cassation a décidé qu'il faut, pour que le paiement soit international, que le contrat produise de flux et de reflux au-dessus de frontières. V. Jean-Christophe Pommier, « *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel* », Collection Droit Civil Série Études et Recherches, Paris, Economica, 1992. p. 152 ; v. aussi dans le même sens Dominique Holleaux, Jacques Foyer, « *Droit International Privé* », Paris, 1987, n° 1373 ; Antoine Kassis, « *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* », Paris, LGDJ, 1993, p. 51. La dualité entre les critères économiques et juridiques a été reprise par plusieurs décisions, elle a été d'ailleurs étendue à d'autres domaines dont la plus récente concerne l'arbitrage international, Malik Laazouzi, « *Définition de l'arbitrage international en fonction du dénouement économique de l'opération litigieuse* », RCDIP 2011, p. 704 ; Civ. 1^{ère}, 24 avr. 1992, D. 1992, p. 197 ; Bertrand Moreau, « *Arbitrage international* », Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2016, actualisation 2017 ; Philippe Fouchard, « *Arbitrage du commerce international* », JCl. Droit international, Fasc. 586-7-3.

⁹⁴³ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 532, p. 430.

⁹⁴⁴ Jean-Claude Dubarry et Eric Loquin, « *Arbitrage international ; arbitrage multipartites, groupe de contrat, clauses compromissaires incompatibles, consolidation* », RTD com. 1991, 575.

⁹⁴⁵ Com. 1^{er} mars 2016, pourvoi n° 14-22608.

avait été réalisé dans le cadre d'une opération internationale⁹⁴⁶ et dès lors, il était considéré comme un contrat international soumis aux règles de conflits de lois.

566. L'extension du caractère international n'est pas la seule conséquence de la qualification de groupe par rapport aux contrats de sous-traitance et contrat principal. Les liens entre les deux contrats ont eu, également, leur impact en droit international privé, depuis très longtemps, en matière de l'extension de la *lex contractus*⁹⁴⁷.

567. Par un souci de cohérence, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la jurisprudence avait tiré des liens existant entre les contrats une présomption à l'application de la même loi du contrat principal au contrat de sous-traitance⁹⁴⁸.

568. Cette analyse n'a pas été abandonnée même après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Ainsi, dans un arrêt rendu le 16 décembre 2008⁹⁴⁹, la Cour de cassation a affirmé qu'il est d'intérêt de la bonne justice de faire juger le contrat de sous-traitance et le contrat principal d'une manière globale pour éviter les décisions qui pourront être contradictoires.

569. Les décisions précédentes montrent la reconnaissance de la jurisprudence de la théorie de groupes de contrats sur le plan international même sans la nommer expressément. Elle se manifeste par la qualification globale du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal afin d'assurer la cohérence des solutions.

570. La reconnaissance de la qualification globale a été illustrée également dans une affaire rendue par la Cour de justice de l'Union Européenne⁹⁵⁰ par rapport

⁹⁴⁶ Tanguy Allain, « *L'unicité du contrat de transport international et de sa loi applicable malgré l'intervention des transporteurs successifs* », D. 2016, p. 988.

⁹⁴⁷ V. *supra* n° 92.

⁹⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, Bull. civ. I, n° 354, *infra* 645.

⁹⁴⁹ Com. 16 déc. 2008, n° 08-10.460.

⁹⁵⁰ CJUE 3^{ème} chambre, Aff. C-305/13, *Haeger & Schmidt GmbH c. MMA IARD et a.* Dans cette affaire, un premier contrat de commission a été conclu entre deux sociétés françaises (*Safram et Va Tech*) en vue de réaliser un contrat de transport d'un transformateur d'Angers en Belgique à Lyon. La société *Va Tech* a eu recours à un deuxième contrat de commission afin d'organiser le transport fluvial. Le second commissionnaire, qui était une société allemande (*Haeger & Schmidt*), a conclu un contrat de transport avec une personne privée M. Lorio ayant une péniche *Le Diablo* en Belgique. Le bateau ainsi que l'ensemble de la cargaison se sont chavirés. Les assureurs, subrogés aux droits de l'expéditeur, ont intenté une action contre le premier commissionnaire *Va Tech*, la société allemande *Haeger* et M. Lorio. Le tribunal a appliqué la loi française sur l'ensemble de l'opération. La société allemande s'est pourvue en cassation contre la décision de la cour d'appel. La Cour de

à l'ensemble contractuel (contrat de commission et sous-contrats) conclu en vue d'exécuter une opération économique commune. En l'espèce, le litige concernait la détermination de la loi applicable aux contrats liés. La Cour de justice a affirmé pour déterminer la loi applicable à un contrat qu'« *il convient notamment de prendre en compte l'existence de liens étroits du contrat en cause avec un ou plusieurs autres contrats faisant partie, le cas échéant, de la même chaîne de contrats* »⁹⁵¹. Ce qui compte, selon la Cour de justice de l'Union Européenne, en déterminant la loi applicable, c'est la finalité commune que les contrats visent à réaliser et non celle de chaque contrat considéré isolément. À défaut, un risque des décisions contradictoires apparaît.

571. Mais, quels sont les moyens dont les juges disposent, en vertu des textes européens, afin de prendre en compte les liens qui existent entre les contrats ? En effet, la directive de la qualification globale de l'opération ne suffit pas seule à assurer, de façon permanente, la cohérence des règles applicables⁹⁵². L'adoption de cette directive seule peut menacer la sécurité des solutions, puisqu'elle dépendra de l'appréciation de chaque juge. Afin de garantir un degré plus élevé de sécurité, la qualification globale du contrat de sous-traitance doit être intégrée dans une nouvelle catégorie de rattachement (B).

B- Vers l'élaboration d'une catégorie de sous-traitance internationale

572. Si la Cour de cassation et la Cour de justice soulignent l'importance de la prise en considération des liens entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal, il est temps d'encadrer ces liens dans un moule juridique déterminé et nommé. Le droit est une œuvre de réflexion. Il se construit en observant des relations humaines, afin de réaliser ce qui est juste et ce qui est valable⁹⁵³. La justice est impossible à atteindre sans établir un ordre, car la définition et la désignation de la place de chaque élément est la condition de la justice de droit⁹⁵⁴. À la recherche

cassation a décidé, donc, de surseoir à statuer et d'envoyer à la Cour de Justice plusieurs questions préjudicielles.

⁹⁵¹ Point 49 de l'arrêt.

⁹⁵² Yves Lequette, « *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?* cours général de droit international privé », RCADI, vol. 387, 2017, 18-630, surtout p. 137.

⁹⁵³ Jacques Ghestin, « *L'utile et le juste dans les contrats* », D. 1982, p. 10 ; Brigitte Lefebvre, « *La justice contractuelle : mythe ou réalité ?* », Les cahiers de droit, vol. 37, n° 1, 1996, p. 17.

⁹⁵⁴ H.A.Schwarz–Liebermann Von Wahlendorf, « *Les dimensions du droit, études de philosophie de droit* », LGDJ, 1978, p. 25, cité par Fayçal Mahjoub, « *Les contrats de construction : faut-il*

d'une plus grande justice contractuelle en matière de sous-traitance internationale, d'un équilibre entre les parties de l'opération à réaliser, une nouvelle règle de conflit s'impose.

573. Il est temps d'élaborer une nouvelle catégorie de rattachement pour le contrat de sous-traitance internationale⁹⁵⁵. La stabilité et l'objectivité des liens qui existent au sein de l'opération juridique de sous-traitance méritent d'être encadrés par la loi. En effet, il est devenu d'usage commun que le contrat de sous-traitance rappelle dans son préambule son insertion dans le cadre du contrat principal⁹⁵⁶. Même en l'absence de transparence entre les deux contrats, les liens entre eux dérivent de la nature même de l'opération⁹⁵⁷. L'importance de la stabilité des solutions par rapport aux situations permanentes de la vie a été affirmée par le Doyen Batiffol en soulignant que « *quand la question se pose de la même manière à maintes et maintes reprises, il convient de l'apprécier avec quelque sécurité* »⁹⁵⁸. Le doyen Catala affirme, également, la nécessité primordiale de régler le sous-contrat selon une certaine sécurité en soulignant qu'« *à situation constante, solution constante* »⁹⁵⁹.

574. La recherche de la sécurité des solutions présente un objectif primordial que la Cour de justice de l'Union Européenne rappelle constamment dans ses

reconnaître l'interdépendance contractuelle », Revue droit et politique faculté de droit et des sciences politiques de Sousse, 2012, n° 1, p 153.

⁹⁵⁵ Pareilles solutions ont été proposées par la doctrine en d'autres matières en droit international privé : v. par exemple, Hélène Chanteloup qui a souligné par rapport aux quasi-contrats, que, « *certaines relations de quasi-contrats ont leur fondement dans des rapports préexistants, le lien qui lie les deux institutions apparaît comme le lien le plus étroit et justifie la compétence de la relation de base. Le rapport de proximité s'exprime sous la forme d'un rapport de causalité* », M^{me} Chanteloup souligne qu'il faut écarter la qualification autonome de ces contrats liés en la substituant d'une qualification fonctionnelle qui prend en compte leur nature spéciale, Hélène Chanteloup, « *La loi applicable aux quasi-contrats* », Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 1994, pp. 210, 218. Par ailleurs, en matière d'action directe, M^{me} Niboyet a suggéré la création d'une sous-catégorie afin de rattacher l'action directe à la catégorie de l'institution de base, Marie-Laure Niboyet Hoegy, « *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé* », Doctorat d'État, Paris 2, 1983, n° 159. En matière de succession, constatant les liaisons contractuelles et téléologiques entre les différences phases successorales, M^{me} Goré préconise de maintenir une règle de conflit unique pour régir les diverses étapes de la succession, Marie Goré, « *L'administration des successions en droit international privé français* », Paris, Economica, 1994, n° 142 et 143, p. 100.

⁹⁵⁶ Fayçal Mahjoub, « *Les contrats de construction : faut-il reconnaître l'interdépendance contractuelle* », 2012, article *op. cit.*

⁹⁵⁷ *Ibid.* Rappelons brièvement que la transparence signifie que les parties au contrat de sous-traitance ont décidé d'aligner les clauses contractuelles du sous-contrat sur celles du contrat principal. V. *supra* n° 481.

⁹⁵⁸ Henri Batiffol, « *Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé* », RCADI, vol. 72, 1948, p. 55.

⁹⁵⁹ Pierre Catala, préface de la thèse de Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977, p. XVIII.

décisions⁹⁶⁰. Pour le réaliser, il faut que les relations juridiques des parties soient qualifiées d'une manière uniforme par la loi afin d'unifier dans une étape ultérieure les règles applicables partout dans l'Union et par suite garantir la sécurité juridique. La création d'une nouvelle catégorie du contrat de sous-traitance permet d'atteindre cet objectif d'harmonisation visée par la Cour de justice.

575. L'absence d'une unification des solutions au sein des pays européens a amené les rédacteurs du Règlement Rome I à élaborer une catégorie spéciale pour le contrat de franchise et le contrat de distribution⁹⁶¹. Sous l'égide de la Convention de Rome, ces deux contrats étaient régis par la règle générale qui se réfère à l'application de la loi de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Les pays étaient divisés sur la personne du débiteur de la prestation caractéristique de ces contrats. Concernant le contrat de distribution par exemple⁹⁶², certains pays, dont la France, considéraient que le fournisseur est le débiteur de la prestation caractéristique alors que d'autres estimaient que c'est le distributeur⁹⁶³. Afin d'unifier les solutions, le législateur a remédié au problème dès la phase de la qualification, en élaborant une catégorie spéciale pour ces contrats. Cette démarche doit être adoptée, également, par rapport au contrat de sous-traitance. L'unification des règles applicables à ce contrat ne peut être atteinte que par une adoption d'une catégorie spéciale pour ce contrat au sein des textes européens.

⁹⁶⁰ CJCE, *Jackob Handte*, 17 juin 1992 ; les arrêts *Peters* du 22 mars 1983, aff. 34/82, Rec 1539, concl. Gordon Slynn, Clunet, 1989, 453, RCDIP 1983, p. 663, note Gaudemet Tallon, et la décision *Arcado* du 8 mars 1988, RCDIP 1988, 610, note Gaudemet Tallon ; CJUE affaire C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*, 6 oct. 2009 points 22, 23, 44 ; CJUE, 7 fév. 2013, *Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres*, C-543/10, Rec., 2013, p. 62.

⁹⁶¹ Marie-Élodie Ancel, « *Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I* », RCDIP, 2008, 561 ; Stéphanie Francq, « *Règlement Rome I : obligations contractuelles* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2013, n° 97 ; Paul Lagarde, « *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* », RCDIP, 2006, 331 ; Paul Lagarde et Aline Tenenbaum, « *De la Convention de Rome au Règlement Rome I* », RCDIP, 2008, 727 ; Tristan Azzi, « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* », D. 2008, 2169 ; même auteur, « *Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire* », D. 2000, 1621.

⁹⁶² Le même problème est posé par rapport au contrat de franchise, la Cour de cassation considérait le franchiseur comme le débiteur de la prestation caractéristique alors que le Règlement Rome I a décidé que c'est le franchisé. Ainsi, l'article 4.1.e dispose que « *le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle* ». Pour plus de détails sur ce sujet, v. Paul Lagarde et Etienne Tenenbaum, « *De la convention de Rome au règlement Rome I* », RCDIP 2008, p. 727.

⁹⁶³ Marie Élodie Ancel, article *op. cit.* Selon l'article 4.1.f, « *le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle* ».

576. Cette unification aura un impact direct sur les questions charnières qui se trouvent au carrefour des deux contrats et que la doctrine et la jurisprudence attachent tantôt à la catégorie du contrat principal, tantôt à celle du sous-contrat et parfois à d'autres qualifications détachées du contrat⁹⁶⁴. Les graves lacunes entachant ces questions aboutissent à une diversification des solutions entre les pays de l'Union, ce qui risque de menacer les prévisions des parties et la sécurité des solutions⁹⁶⁵. La conceptualisation du contrat de sous-traitance dans une catégorie nommée permettra d'unifier les décisions rendues par rapport à ce contrat et les actions qui en découlent.

577. L'élaboration de cette catégorie globale concernant spécialement le contrat de sous-traitance et le contrat principal présente, enfin, l'avantage de répondre aux recommandations de la doctrine de régler les contrats liés de façon homogène. Une telle spécialisation se réalise sans avoir recours à des notions hétérogènes et très vagues telles que la catégorie des contrats liés ou de groupes de contrats qui englobe une diversité des conceptions menaçant la prévisibilité et la sécurité des solutions.

578. Il convient de constater que notre objectif n'est pas de créer des relations contractuelles directes entre les parties non contractantes, cette question est laissée à la réglementation du droit national de chaque pays⁹⁶⁶, mais de rétablir l'équilibre menacé au sein de l'opération commune par « *la vision trop segmentée des contrats liés* »⁹⁶⁷.

579. Dès lors, on propose d'ajouter une nouvelle catégorie de rattachement nommée « *l'ensemble contractuel contrat principal - contrat de sous-traitance* » parmi les contrats nommés dans l'article 4.3 du Règlement Rome I.

580. Il convient, maintenant, d'aller au cœur de la notion même de cette catégorie, afin d'en dessiner les contours. La nature de cette nouvelle catégorie

⁹⁶⁴ Sur l'incertitude des règles applicables entre les parties extrêmes, v. *supra* chapitre II de la première partie de notre thèse.

⁹⁶⁵ Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 328.

⁹⁶⁶ V. *infra* § 2, n° 614.

⁹⁶⁷ Henri Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, n° 135 et s. ; Paul Lagarde et Henri Batiffol, « *Droit international privé* », T. II, Paris, LGDJ, 1983, n° 587 ; Valérie Pironon, « *Les jointes-ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale* », Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, 2002, n° 769-770, pp. 386-387.

ainsi que son champ d'application doivent être identifiés de manière plus précise (Sous-section II).

Sous-section II – La catégorie fonctionnelle du contrat de sous-traitance

581. L'ensemble contractuel, contrat principal - contrat de sous-traitance, est l'intitulé de la nouvelle catégorie proposée à être élaborée en Règlement Rome I et en droit international privé égyptien. On appelle le législateur européen et égyptien à se dégager de la structuration des catégories isolées, en faveur des catégories globales pour les ensembles contractuels très structurés dont les éléments sont étroitement associés, comme le contrat de sous-traitance et le contrat principal⁹⁶⁸.

582. Or, il ne suffit pas de nommer la nouvelle catégorie globale, mais il sied de déterminer sa nature et son champ d'application d'une manière précise. Dans un premier temps, nous déterminerons la nature du rapport entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance dans la catégorie globale (§ 1). Dans un second temps, nous étudierons le domaine de la nouvelle catégorie et son effet sur la relation entre les parties extrêmes (§ 2).

§ 1 – La nature de la nouvelle catégorie du contrat de sous-traitance

583. Tant dans le cas de chaînes de contrats que dans celui des ensembles, les contrats peuvent être placés au même niveau d'égalité et liés par un rapport d'interdépendance ou d'indivisibilité, ou peuvent être placés dans un rapport hiérarchique ou accessoire et liés par un lien de dépendance unilatérale⁹⁶⁹.

584. Le rapport de collaboration entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance permet de dire que le couple contractuel est lié par un rapport d'interdépendance (A). Pourtant, il semble que le rapport de subordination entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal l'emporte, ce qui mène à dire que le contrat de sous-traitance est plutôt un contrat à dépendance unilatérale (B). L'appartenance de la catégorie proposée à l'un ou l'autre rapport aura une influence directe, dans une phase ultérieure, sur la détermination du critère de rattachement. Qualifier le rapport comme interdépendant mène à déterminer le critère de

⁹⁶⁸ Genviève Viney, note sous l'arrêt *Besse*, JCP 1991, II, 21743.

⁹⁶⁹ Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 287, p. 313.

rattachement selon une méthode de localisation commune, alors qu'un critère de rattachement accessoire est la conséquence de le qualifier comme dépendant.

A- Le rapport d'interdépendance entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal

585. Comme on l'a affirmé, qualifier le rapport entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance dans la nouvelle catégorie comme interdépendants conduit à déterminer le critère de rattachement selon une méthode de localisation commune ou localisation cadre⁹⁷⁰. Cette méthode permet de donner compétence à l'ordre juridique dans lequel le groupe a sa fonction-économique, variable selon l'opération globale en cause⁹⁷¹.

586. Peut-on qualifier le rapport entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal dans la nouvelle catégorie comme interdépendant ? En effet, il paraît que la notion restreinte de l'interdépendance (1) exclut le contrat de sous-traitance de son domaine (2).

1- La théorie de l'interdépendance des contrats

587. L'interdépendance est une création prétorienne ancienne, elle remonte au milieu du XIX^e siècle⁹⁷², sous le nom de l'indivisibilité⁹⁷³. Elle est définie comme

⁹⁷⁰ *Ibid.*, n° 292, p. 322.

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² L'interdépendance entre les actes juridiquement distincts a été manifesté aussi en matière de bail et de promesse de vente. Pendant la première guerre mondiale, la Cour de cassation a estimé que lorsque les parties ont voulu faire du bail et de la promesse de vente un tout indivisible, le locataire peut valablement lever l'option après le conflit sans qu'on puisse lui reprocher la moindre forclusion. La Cour a étendu le délai de la promesse de vente suite à celle du contrat de bail en se fondant sur la théorie de l'indivisibilité. Cass. req. 27 avr. 1926, DH 1926, 281. Ces applications montrent que la juridiction a reconnu l'existence des liens qui existent entre les contrats bien avant le développement de la théorie de groupe de contrats.

⁹⁷³ La plupart des auteurs ainsi que la jurisprudence considèrent que l'interdépendance et l'indivisibilité sont synonymes. Ainsi, un auteur définit la notion de l'interdépendance comme telle : « Une convention est indivisible d'une autre dès lors que telle est son économie, qu'il est ainsi attendu que la pérennité de la première dépende du maintien de la seconde, cette attente appréciée globalement en considération de l'ensemble des éléments procédant de ces conventions liées », Xavier Lagarde, « Contrats et obligations - Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats », JCP, 2013, 1255. Dans le même sens, Mireille Bacache-Gibeili, « Indivisibilité », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2009 ; Jean-Baptiste Seube, « L'indivisibilité et les actes juridiques », Thèse de Doctorat, Université Montpellier, 1998 ; Soraya Amrani-Mekki, Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Droit des contrats », Octobre 2006- septembre 2007, D. 2007, 2966 ; Sami Serageldin, « Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats », Thèse de doctorat, Lyon, Université Jean Moulin, 2014, 92. L'unité entre les deux notions est également la tendance de la Cour de cassation qui utilise les différents termes d'une manière plus large pour caractériser toutes les liens possibles entre les contrats. Elle se réfère indifféremment à l'indivisibilité, à l'interdépendance ou à l'ensemble indivisible pour traduire le lien pouvant unir deux contrats. Il paraît que la Cour de

« la caractéristique d'un ensemble contractuel dont l'imbrication des prestations donne naissance à l'opération globale voulue par les parties, de telle sorte que l'opération globale ne peut pas se réaliser si un seul des contrats fait défaut et que réciproquement chaque contrat perd sa raison d'être en cas d'échec de l'opération globale »⁹⁷⁴.

588. Ainsi, les contrats interdépendants sont les contrats conclus en vue de réaliser une fin commune ou une opération contractuelle commune⁹⁷⁵. Leur caractéristique essentielle préside dans le fait qu'aucun contrat de groupe ne peut survivre sans les autres. La caducité de l'un produit celle de tous les contrats liés formant l'ensemble. L'exemple classique de ces contrats est le contrat de vente aux consommateurs et le contrat de prêt⁹⁷⁶. Les deux contrats sont imbriqués et forment un ensemble interdépendant. Si le contrat de vente est annulé, il produit un effet destructeur au contrat de prêt, et de même, l'annulation du contrat de prêt produit des effets destructeurs au contrat de vente.

589. La notion de l'interdépendance a été adoptée par le législateur dans l'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des contrats. Selon l'article 1186 le législateur dispose que « lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour

cassation suit les conignes de Batiffol, « nous ne compliquons pas les questions par de simples querelles de mots du moment que celui qui se répand est compris », Henri Batiffol, « Pluralisme de méthodes en droit international privé », p. 83, v. par exemple Civ. 1^{er}, 3 avr. 2001, n° 98-18476, Bull. civ. 2001, n° 94, p. 60 ; Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n° 06-12920, Bull. civ. 2008, I, n° 254 et ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768. Comp. Sébastien Pellé, « La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats », Paris, Dalloz, 2007, n° 112, p. 102. Selon M. Pellé, la notion d'indivisibilité apparaît comme « un imposteur » et le fondement subjectif sur lequel il est fondé se réalise comme un faux concept. En ce sens aussi, Jean Boulanger, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », RTD civ. 1950, 1. Le professeur Boulanger estime que la notion d'ensemble peut extraire les contrats de la confuse notion de l'indivisibilité. Cette dernière est traditionnellement réservée aux obligations qui pèsent sur le plan du droit judiciaire à des débiteurs et des créanciers plutôt qu'aux actes juridiques. C'est une notion spécifique et difficilement transposable aux contrats liés.

⁹⁷⁴ Sébastien Pellé, « La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats », ouvrage op. cit., n° 201, p. 178.

⁹⁷⁵ Ibid., p. 175 ; Ibrahim Najjar, « La notion d'ensemble contractuel », Mélanges offertes à Decoq, 2004, p. 509.

⁹⁷⁶ V. l'article L311-11 du Code de la Consommation. Ou une opération de crédit immobilier qui combine entre un contrat de prêt immobilier et un contrat de vente. Article L313-41 du Code de la consommation, v. Stéphane Piedelievre, « Crédit immobilier », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016.

lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ».

590. « Les contrats nécessaires à la réalisation d'une même opération », ce sont les termes utilisés par le législateur pour exprimer l'interdépendance entre les contrats⁹⁷⁷. Le contrat de sous-traitance et le contrat principal sont tous les deux nécessaires à la réalisation de l'opération économique commune. Comme mentionné ci-dessus, un rapport de collaboration lie le contrat principal et le contrat de sous-traitance⁹⁷⁸. L'entrepreneur ne peut pas exécuter le contrat principal seul, il a besoin de la collaboration des sous-traitants pour exécuter le projet. Peut-on considérer que le contrat de sous-traitance et le contrat principal, dans la nouvelle catégorie, sont interdépendants ? Comme mentionné ci-dessus, l'intérêt de cette qualification se manifeste à la phase de la détermination du critère de rattachement. En effet, cette qualification a été rejetée par la majorité de la doctrine (2).

⁹⁷⁷ Le terme « nécessaires » utilisé par le législateur est critiqué en étant imprécis. Ainsi, selon Mme Bros, tous les contrats peuvent être considérés comme nécessaires à l'exécution d'autres contrats mais ne doivent pas être considérés comme interdépendants. Par exemple, le sous-contrat est nécessaire au contrat principal mais il n'est pas interdépendant. Également, le contrat cadre et les contrats de vente ne peuvent pas être considérés comme interdépendants, puisqu'ils ne sont pas sur un pied d'égalité, Sarah Bros, « *Les contrats interdépendants : actualité et perspectives* », D. 2009, 960. En effet, le fondement de la théorie de l'interdépendance a suscité de nombreuses interrogations par la doctrine. Entre un critère objectif et subjectif, la doctrine a hésité. Les décisions de la Cour de cassation ne donnent pas de réponse claire à cette question. Dans certains arrêts, la Cour de cassation se fonde sur la volonté des parties, c'est-à-dire elle se réfère au caractère subjectif, pour déduire la présence de l'interdépendance entre les contrats, v. par exemple, Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, JurisData n° 1996-002900, Bull. civ. 1996, I, n° 286 ; Bernard Bouloc, « *Contrats et obligations. Cause, Absence, Défaut de contrepartie effective* », RTD com. 1997, 308 ; Philippe Reigné, « *De l'absence de cause à la cause impossible* », D. 1997, 500 ; Jacques Mestre, « *L'économie du contrat* », RTD civ. 1996, 901. En revanche, d'autres arrêts se penchent vers le fondement objectif de l'interdépendance : « *La solution (d'indivisibilité entre les contrats) s'impose malgré la clause du contrat de crédit-bail qui énonce que le locataire reste tenu de régler les loyers jusqu'au terme de la convention, le texte de cette clause étant en contradiction avec l'économie générale du contrat* », Com. 15 fév. 2000, D. 2000, 364, note Philippe Delebecque. Surtout les décisions de 17 mai 2013 qui ont pris nettement partie du caractère objectif de l'interdépendance en énonçant que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants. Sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* », Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, JurisData n° 2013-009399, JCP G 2014, 674, note Jean-Baptiste Seube ; D. 2013, 1273, note Xavier Delpech ; D. 2013, 1658, note Denis Mazeaud ; RTD com. 2013, 569, note D. Legeais. Comp. Mme Bros qui estime que l'interdépendance est subjective. V. Sarah Bros, « *Contrats et obligations. Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016* », JCP, 2016, 975.

⁹⁷⁸ *Supra* n° 470 et s.

2- L'exclusion du contrat de sous-traitance des contrats interdépendants

591. Le contrat de sous-traitance n'est pas considéré par la doctrine comme un contrat interdépendant ou indivisible dans son lien avec le contrat principal⁹⁷⁹.

592. On a mentionné que les contrats interdépendants sont ceux qui sont tous nécessaires à la réalisation d'une même opération, et que la caducité de l'un conduit à celle des autres⁹⁸⁰. Cette dernière caractéristique a mené la doctrine à déduire qu'il faut que tous les contrats soient placés sur un pied d'égalité pour qu'on puisse dire que la caducité de l'un conduit à celle des autres. Cette condition a été affirmée par le Professeur Moury qui a défini l'indivisibilité ou l'interdépendance ainsi : « *c'est ainsi qu'il y a indivisibilité entre les éléments homogènes d'un ensemble lorsque ceux-ci, a priori autonomes et placés sur un pied d'égalité, sont unis par un lien permanent d'interdépendance préservant leur individualité mais tel que, chacun d'eux ayant été envisagé par les contractants comme une condition sine qua non de l'existence de l'ensemble, ils ne peuvent plus subsister isolément* »⁹⁸¹.

593. Est-ce que le rapport de collaboration entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal permet de dire que les deux contrats sont placés sur un pied d'égalité et, par suite, le contrat de sous-traitance est une condition *sine qua non* de l'existence de l'ensemble ?

594. En effet, le rapport de collaboration⁹⁸² ne permet pas de déduire cette conséquence. La relation entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance est une relation verticale, alors que les contrats interdépendants se caractérisent par un rapport horizontal de ses contrats. Les contrats interdépendants sont au même niveau tandis que le sous-contrat est placé au-dessous du contrat principal. Dès lors, on ne peut pas affirmer que l'anéantissement du contrat de sous-traitance bouleverse l'opération entière. Le contrat principal peut subsister sans la présence du sous-contrat. L'influence entre les deux contrats n'est pas bilatérale. Par

⁹⁷⁹ V. Sarah Bros, « *Les contrats interdépendants : actualité et perspectives* », article *op. cit.* ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », ouvrage *op. cit.*, p. 189.

⁹⁸⁰ Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle* », ouvrage *op. cit.*, n° 207.

⁹⁸¹ Jacques Moury, « *De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats* », RTD civ. 1994, 225.

⁹⁸² Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977, n° 67, p. 60.

conséquent, on ne peut pas qualifier le rapport des deux contrats au sein de la nouvelle catégorie de rattachement comme interdépendants⁹⁸³.

595. Néanmoins, cette exclusion ne fait pas l'unanimité. Selon M. Terré, les contrats interdépendants ou indivisibles ne sont pas forcément des contrats qui se placent sur un pied d'égalité, « *du moment qu'il existe un lien suffisant entre deux opérations, apte à produire des conséquences diverses, il n'y a aucune raison d'écarter l'idée d'indivisibilité* »⁹⁸⁴. En l'espèce, ce sont deux contrats qui ont un but commun : l'exécution de l'opération globale. Les deux contrats s'unissent afin de réaliser ce but. En somme, la présence du sous-contrat impacte radicalement le contrat principal voire l'opération toute entière.

596. Néanmoins, il semble que cet argument soit refusé par la majorité de la doctrine⁹⁸⁵. Le critère de l'exécution nécessaire est très large, tous les contrats sont donc interdépendants. Il faut que chaque contrat dans le groupe dépende de l'autre pour qu'on puisse les qualifier d'interdépendants. Or, l'existence du contrat principal ne dépend pas de celle du sous-contrat⁹⁸⁶.

597. En effet, la qualification d'interdépendance n'est pas assez précise pour qualifier le sous-contrat. Même si le sous-contrat est lié par un rapport de collaboration au contrat principal, il y est subordonné. On ne peut pas nier que le rapport de subordination domine celui de collaboration. Il faut que la catégorie régissant le sous-contrat reflète de manière précise sa nature. Le contrat de sous-

⁹⁸³ En particulier, Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », *op. cit.*, p. 146 ; Sarah Bros, « *Action directe dans les groupes de contrats* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 193, 2008 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, p. 205 et s. ; *Add*, Simler qui écrit : « *Quand l'une des opérations revêt un caractère accessoire par rapport à l'autre... on ne peut pas dire qu'elles sont indivisibles* », Philippe Simler, « *la nullité partielle des actes juridiques* », préface A. Weill, LGDJ 1969, n° 310, p. 379.

⁹⁸⁴ François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Paris, LGDJ, 1956, n° 478. En effet, malgré le refus de ces auteurs de reconnaître le caractère interdépendant entre le principal et le sous-contrat, ils ne l'excluent pas complètement de la catégorie des contrats interdépendants, v. M. Pellé qui estime que le sous-contrat est une catégorie ambiguë, Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007, p. 189 ; Gilles Goubeaux, « *La règle de l'accessoire en droit privé [étude sur la maxime "accessorium sequitur principale"]* », Paris, LGDJ, 1969, n° 32, p. 55.

⁹⁸⁵ *Supra* note 982.

⁹⁸⁶ Sarah Bros, article *op. cit.* ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle* », ouvrage *loc. cit.*

traitance penche plutôt vers les contrats à dépendance unilatérale ou les contrats accessoires⁹⁸⁷ (B).

B- Le rapport de dépendance unilatérale du contrat de sous-traitance au contrat principal

598. Le souci de cohérence entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal nous a menée à proposer l'élaboration dans le Règlement Rome I d'une nouvelle catégorie globale englobant les deux contrats. Mais il convient de déterminer la nature du rapport entre les deux contrats, objet de la nouvelle catégorie. En fonction de cette détermination on pourra, comme on l'a souligné, dans une phase ultérieure, choisir le critère de rattachement approprié à cette catégorie globale.

599. On a vu que la qualification du rapport entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance comme interdépendants mènera à déterminer le critère de rattachement selon une méthode de localisation globale⁹⁸⁸. En revanche, qualifier le rapport entre le contrat principal et le sous-contrat de dépendance unilatérale aura pour conséquence de désigner un critère de rattachement accessoire qui permettra de soumettre le contrat de sous-traitance à la loi du contrat principal⁹⁸⁹.

600. Les contrats à dépendance unilatérale ou accessoires comprennent les ensembles contractuels pour lesquels la conclusion d'un seul contrat suffit pour la réalisation de l'opération, mais les contrats servants en facilitent l'exécution⁹⁹⁰. Ce rapport qualifie fidèlement la relation entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, puisque les contrats de sous-traitance facilitent la mise en œuvre de l'opération.

601. La qualification du contrat de sous-traitance comme un contrat à dépendance unilatérale ou accessoire a été affirmée par la Cour de cassation⁹⁹¹ selon laquelle, « *le contrat de sous-traitance était par nature un contrat accessoire*

⁹⁸⁷ Gilles Goubeaux, « *La règle de l'accessoire en droit privé [étude sur la maxime "accessorium sequitur principale"]* », ouvrage *op. cit.*, n° 45, p. 78.

⁹⁸⁸ V. *supra* n° 594.

⁹⁸⁹ Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat, étude de conflits de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 288, p. 313. V. *infra* n° 641 et s.

⁹⁹⁰ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975, p. 119 et s. Il appartient également à cette catégorie, le contrat de cautionnement dans sa relation avec le contrat de prêt.

⁹⁹¹ Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005, n° 02-12529.

au contrat principal, qui ne pourrait pas avoir une durée excédant celle du contrat principal ». D'ailleurs, cette caractéristique de dépendance du contrat de sous-traitance au contrat principal est détachée de la volonté des parties ; elle est imposée par la nature du contrat de sous-traitance, comme le souligne la Cour de cassation.

602. Néanmoins, la nature de ce rapport doit être nuancée. Il convient de déterminer précisément l'influence du contrat principal sur le contrat de sous-traitance. Selon le Professeur Terré, cette influence peut être de deux degrés. Le premier concerne un degré de dépendance maximale qui consiste à absorber le contrat accessoire dans le contrat principal, cette figure s'appelle l'accessoire secondaire (1). Le second concerne un degré de dépendance modérée que l'on appelle l'accessoire dépendant (2)⁹⁹².

1- Une dépendance maximale entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal, un accessoire secondaire

603. Sous cet angle, quand on parle de secondaire c'est par opposition à essentiel. Les rapports entre les actes de cette nature sont des rapports de réduction, c'est-à-dire qu'on néglige le secondaire et on l'intègre dans la catégorie du principal⁹⁹³. En d'autres termes, la catégorie du principal absorbe celle du secondaire.

604. Est-ce que le rapport de dépendance unissant le contrat principal et le contrat de sous-traitance mène à l'absorption du second dans la catégorie du premier ?

605. En vue d'éviter un éparpillement des institutions liées par des liens très étroits, on peut requérir l'intégration du contrat de sous-traitance dans la catégorie du contrat principal. Cela mène, dans une phase ultérieure, à l'absorption du critère de rattachement par celui du contrat principal⁹⁹⁴.

⁹⁹² La classification est empruntée au Professeur Voiron R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, « *Cours de droit civil français, les biens* » avec la collaboration de P. Voiron, T. II, Paris, Rousseau et Cie, 1938, n° 111, pp. 110-111, note 3, cité et repris par François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Thèse *op. cit.*, p. 329 et s.

⁹⁹³ François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Thèse *op. cit.*, p. 329 et s.

⁹⁹⁴ Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, n° 295.

606. Pourtant, malgré la simplicité de cette procédure qui a l'avantage d'unifier systématiquement la qualification et, par suite, les règles applicables et d'éviter les possibles contradictions, elle ne peut pas être accueillie⁹⁹⁵.

607. La connexité entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance ne signifie pas une correspondance parfaite qui conduit à une incorporation de la catégorie du sous-contrat dans celle du contrat principal. Cette absorption concerne plutôt la figure de la sous-traitance intégrée, selon laquelle le contrat de sous-traitance et le contrat principal forment un groupement d'entreprises unique qui vise à réaliser le projet en faveur du maître de l'ouvrage⁹⁹⁶. On a vu qu'une telle figure correspond plus une cotraitance qu'une sous-traitance. Néanmoins, à la différence de cette figure spéciale de cotraitance, le contrat de sous-traitance bénéficie d'une autonomie par rapport au contrat principal qui ne permet pas qu'il soit absorbé dans la catégorie de ce dernier. Une telle absorption aurait pour inconvénient de méconnaître l'autonomie qui se trouve entre les deux contrats, ainsi que la volonté des parties qui ont souhaité garder une certaine indépendance en ayant recours à cette forme de groupement, même en cas de reprise totale des obligations du contrat principal.

608. L'absorption de qualification ne convient guère à la figure réelle du contrat de sous-traitance qui est, en principe, un contrat distinct, mais lié. Les parties, dans cette réglementation spécifique, ont besoin d'une certaine indépendance dans la dépendance que ne permet pas cette absorption. La dépendance maximale ne tient pas compte des différences entre les deux contrats, mais soumet tout de manière automatique à un même régime. En revanche, la dépendance modérée reflète mieux la nature du lien entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance (2).

⁹⁹⁵ *Ibid.*, n° 304 ; Xavier Henry, « *La technique des qualifications contractuelles* », Thèse de doctorat, Université de Nancy II, 1992, n° 972.

⁹⁹⁶ *Supra* n° 502 ; Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », DPCI, 1983, 479 ; Xavier Henry, « *La technique des qualifications contractuelles* », Thèse *op. cit.*, p. 1204, n° 1067, note 1.

2- La dépendance modérée du contrat de sous-traitance au contrat principal, un accessoire dépendant

609. Le contrat de sous-traitance peut être considéré comme un contrat accessoire dépendant au contrat principal⁹⁹⁷. Le mot accessoire est synonyme de dépendant et s'oppose au principal. Il ne s'agit plus d'un procédé de réduction, comme dans le premier cas, mais de nivellement⁹⁹⁸. C'est-à-dire que le second contrat ou le contrat dépendant n'est pas anéanti par le contrat principal, il est simplement soumis à son régime. La dépendance, dans ce cas de figure, est moins étroite. Chaque élément, dans la catégorie globale, constitue un contrat distinct l'un par rapport à l'autre.

610. Le contrat de sous-traitance est une sous-catégorie dans la catégorie globale des contrats d'entreprises. Cette figure est la plus appropriée à la nature de ce contrat. Elle révèle honnêtement tous les éléments de cette institution particulière⁹⁹⁹ : d'une part, les éléments objectifs, comme un contrat par nature dépendant et accessoire¹⁰⁰⁰, et, d'autre part, les éléments subjectifs. En choisissant ce mode de groupement, les parties n'ont pas voulu fusionner les deux composants de notre ensemble, mais ont visé une sorte de groupement qui serait lié mais conserverait dans le même temps son autonomie.

611. Une telle catégorie s'adapte à la nature hybride de ce couple contractuel comme un ensemble de contrats à la fois liés mais séparés¹⁰⁰¹. L'adoption de la sous-catégorie signifie que le contrat de sous-traitance sera, en principe, soumis à la loi et au régime du contrat principal. Néanmoins, cette soumission ne sera pas automatique, mais sous forme de présomption¹⁰⁰².

⁹⁹⁷ Gilles Goubeaux, « *La règle de l'accessoire en droit privé [étude sur la maxime "accessorium sequitur principale"]* » ouvrage *op. cit.*, n° 45. Comp. Jean Néret qui estime que le sous-contrat n'est pas un contrat accessoire, même s'il estime que parfois la distinction entre les deux devient très délicate, Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 69, p. 61.

⁹⁹⁸ François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Thèse *op. cit.*, p. 344.

⁹⁹⁹ V. *supra* n° 464 et s.

¹⁰⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005, n° 02-12529, *op. cit.*

¹⁰⁰¹ L'expression de M. François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, p. 40 et p. 205 et s. Dans le sens de créer une nouvelle catégorie au contrat de sous-traitance, v. Xavier Henry, « *La technique des qualifications contractuelles* », Thèse *op. cit.*, n° 963.

¹⁰⁰² V. *infra* n° 662.

612. Continuer à insérer le contrat de sous-traitance sur le plan international dans la catégorie de « *contrats* » de façon générale comme c'est le cas en Égypte ou dans celle de « *prestation de service* » comme en Europe, s'oppose à la volonté des parties et à la fonction que remplit le contrat de sous-traitance. Il faut procéder selon une nouvelle catégorie fonctionnelle qui traite l'acte au gré de sa fonction, et non d'une façon abstraite, libérée de tout rapport avec la nature de l'opération qualifiée¹⁰⁰³.

613. La nouvelle catégorie globale régit toutes les demandes résultant des deux contrats à l'égard des parties ou à l'égard des tiers (§ 2).

§ 2 – Le domaine de la nouvelle catégorie

614. On a vu dans les chapitres précédents qu'en vertu des règles classiques, les relations qui découlent du contrat de sous-traitance, ne bénéficient pas d'une réglementation claire et précise.

615. En France et en Égypte, la jurisprudence estime que la catégorie « *contrat* » ne régit que les relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant. En revanche, si la demande concerne une relation entre les parties extrêmes, le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, elle relève d'une autre qualification. L'action en paiement oscille entre des règles matérielles critiquées et des règles de conflits incertaines, alors que l'action en responsabilité est qualifiée, par les jurisprudences française et égyptienne, comme délictuelle et régie par les règles de responsabilité délictuelle. Mais, même cette dernière qualification est loin de faire l'unanimité en doctrine. Certains auteurs approuvent l'analyse de la Cour de cassation en faveur de la qualification délictuelle, alors que d'autres la critiquent, en estimant que les relations entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ne peuvent être que contractuelles. De surcroît, lorsqu'on examine les décisions de la Cour de justice à cet égard, l'incertitude des solutions s'accroît. Au début, la Cour de justice

¹⁰⁰³ Pour une distinction entre la qualification conceptuelle et fonctionnelle, v. François Terré, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Thèse *op. cit.*, p. 504 ; Bertrand Ancel, « *L'objet de la qualification* », article *op. cit.* ; v. Alain Papaux, « *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction : l'exemple du droit international privé* » Belgique, Bruylant, 2003, p. 102 ; Michelle Cumyn et Frédéric Gosselin, « *Les catégories juridiques et la qualification approche cognitive* », *Revue de droit de MCGILL*, 2016, 62.2 ; Bernard Audit, « *Flux et reflux de la crise des conflits de lois* », *TCFDIP*, n° 1, 1988, 59-77 ; Maud Minois, « *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations* », Thèse de doctorat, Université Sorbonne Paris, 2016, n° 95.

partageait avec la Cour de cassation la vision selon laquelle la catégorie contrat n'englobe que les relations entre les parties, alors que toute autre demande relève de la nature délictuelle. En revanche, les dernières décisions rendues par la Cour de justice de l'Union Européenne penchent en faveur d'une qualification contractuelle.

616. Devant cet imbroglio, les relations émanant du contrat de sous-traitance ont besoin d'une sécurité juridique et d'une cohérence des solutions. Pour atteindre cet objectif nous proposerons, en suivant l'analyse d'une certaine doctrine¹⁰⁰⁴, les règles suivantes.

617. La catégorie du contrat est, en principe, la seule compétente afin de régir toutes les questions qui découlent de l'exécution du contrat, y compris les relations à l'égard des tiers,¹⁰⁰⁵ selon le développement suivant.

618. La norme contractuelle s'insère dans un environnement juridique existant, elle ajoute à celui-ci d'autres obligations qui n'existaient pas avant la formation du contrat. Le contrat vient ajouter des droits, des obligations et des effets juridiques. Afin de déterminer si telle ou telle obligation découle du contrat, il faut poser cette question : est-ce que cet effet se serait produit sans l'intervention du contrat ? Est-ce que l'effet persiste malgré l'annulation du contrat ? Si la réponse est négative, la question rentre dans le domaine du contrat et il n'appartient qu'au contrat de la régir¹⁰⁰⁶. En d'autres termes, tout ce qui relève de la catégorie du contrat, « *c'est ce qui n'existerait pas ou n'existerait pas de la même manière en cas d'absence du contrat* »¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* » Thèse *op. cit.*, p. 276 ; David Sindres, « *La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé* », JDI, n° 2, 2010, p. 411 ; Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, pp. 407, 532 ; Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243.

¹⁰⁰⁵ Jean-Pierre Rémy, « *Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeuble* », D. 1985, p. 255. Cette règle trouve son appui dans l'article 12 du Règlement Rome I qui dispose que « *la loi applicable au contrat régit son interprétation, l'exécution des obligations qu'il engendre, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage, les divers modes d'extinction des obligations ainsi que les prescriptions, les conséquences de la nullité du contrat* ».

¹⁰⁰⁶ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 407 et s.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

619. Ainsi, l'action en paiement ou en responsabilité intentée entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage n'aurait pas pu exister avant la conclusion du contrat principal et du contrat de sous-traitance¹⁰⁰⁸. Il relève, donc, de la catégorie globale contrat principal - contrat de sous-traitance de régir cette action. C'est à la loi applicable à cette catégorie de déterminer si l'une ou l'autre partie peut bénéficier d'une action contre la partie extrême de la chaîne et dans quelle mesure¹⁰⁰⁹.

620. Il ne s'agit pas d'une question de qualification mais d'une question substantielle à laquelle la catégorie du contrat est tenue de répondre¹⁰¹⁰. La différence entre les deux démarches est la suivante.

621. Selon la démarche classique, le juge, face à une action directe entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, commence par chercher la qualification de l'action directe comme contractuelle ou délictuelle selon la *lex fori*, puis y applique la loi désignée par son législateur selon la règle de conflit. Une action en responsabilité, par exemple, qualifiée en droit français de délictuelle, sera régie par la *lex loci delicti*, ou, qualifiée de contractuelle, sera régie par la *lex contractus*. Néanmoins, selon la nouvelle analyse, le juge constate que l'action directe n'existerait pas ou n'existerait pas de la même manière en l'absence du contrat. Dès lors, il l'insère à la catégorie globale, contrat d'entreprise principale - sous-traité, et il appartient à cette catégorie seule de la régir en fonction de la loi applicable et des stipulations contractuelles prévues par les parties. Cette démarche correspond mieux au fonctionnement de droit international privé. Procéder selon la démarche classique fausse le jeu normal de droit international privé, et confond entre le fonctionnement du droit international privé et celui du droit interne¹⁰¹¹. Si le juge qualifie directement l'action directe d'action contractuelle ou délictuelle, il impose ses propres notions au contrat international que les parties ont

¹⁰⁰⁸ Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

¹⁰⁰⁹ Sur la détermination de la loi compétente si c'est la loi du contrat principal ou celle du sous-contrat, v. *infra* chapitre II.

¹⁰¹⁰ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1136, p. 532.

¹⁰¹¹ David Sindres, « *La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé* », article *op. cit.*, n° 6 et s.

adopté pour choisir une loi applicable qui régira toutes les questions relatives à ce contrat¹⁰¹².

622. Dès lors, la nouvelle catégorie globale régit toutes les questions communes aux deux contrats à l'égard des parties ou à l'égard des tiers.

623. En arrivant à ce stade-là du raisonnement, le problème qui se pose maintenant, c'est la délimitation des frontières entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal pour régir les relations qui en découlent. L'action entre les parties extrêmes ne concerne pas seulement le contrat de sous-traitance, mais elle touche, également, le contrat principal qui peut avoir vocation à s'appliquer, afin de protéger les prévisions légitimes du maître de l'ouvrage. Comment circonscrire les limites entre les deux conventions internationales en cas de présence des lois multiples applicables aux contrat principal et sous-contrat ? C'est ce qui sera étudié dans le chapitre suivant.

624. Dans le chapitre précédent nous avons essayé d'analyser la qualification du contrat de sous-traitance afin d'apprécier l'adaptation de la qualification actuelle en droit international privé à régir ce contrat.

625. Nous avons constaté que le contrat de sous-traitance est composé de deux sortes d'éléments, un élément d'indépendance et un élément d'interdépendance.

626. L'élément d'indépendance signifie que le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise comme les autres, selon lequel le sous-traitant s'engage à fournir un service à l'entrepreneur principal moyennant une rémunération. Toutefois, cet élément ne suffit pas seul à identifier le contrat de sous-traitance. Pour ce faire, il faut ajouter l'élément d'interdépendance selon lequel le contrat de sous-traitance est une reprise du contrat de base dont il emprunte son objet et sa cause. La combinaison entre les deux éléments permet d'identifier le contrat de sous-traitance.

627. En confrontant les éléments qui composent le contrat de sous-traitance à la catégorie actuelle dans le Règlement Rome I ou en droit international privé

¹⁰¹² Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1141, p. 533.

égyptien, on s'aperçoit que cette dernière ne révèle pas la nature spéciale du contrat de sous-traitance. Elle ne tient compte que de l'élément d'indépendance du contrat à défaut de l'élément d'interdépendance. En plus de l'irréalisme de cette catégorie, elle menace les intérêts de droit international privé, à savoir l'harmonie internationale des solutions, ainsi que le respect des prévisions légitimes des parties.

628. Afin de trouver une nouvelle catégorie qui tienne mieux compte de la spécificité de ce contrat et des liens qu'il entretient avec le contrat principal, nous nous sommes inspirées des théories de groupes de contrats apparues en droit interne. Les caractères du contrat de sous-traitance, comme un contrat indépendant mais en même temps dépendant, l'insère dans la catégorie des contrats accessoires à dépendance unilatérale. Ainsi, le contrat de sous-traitance dépend de son contrat de base, mais conserve son indépendance. Nous recommandons au législateur européen de se dégager de la catégorie isolée du contrat de sous-traitance et d'adopter une nouvelle catégorie spéciale à l'instar de ce qu'il a été procédé par rapport au contrat de franchise et de distribution dans le Règlement Rome I.

629. L'élaboration d'une nouvelle catégorie doit poursuivre une finalité pratique. À cet égard, il est important de mettre à l'épreuve la catégorie proposée, afin de vérifier son aptitude à résoudre les difficultés pratiques soulevées par le phénomène étudiée (Chapitre II).

Chapitre II – Vers une transparence des règles applicables au contrat de sous-traitance internationale

630. Le Règlement Rome I a suivi une méthode analytique pour désigner la loi applicable¹⁰¹³. Il s'appuie sur l'analyse de l'opération en cause en recherchant l'élément qui constitue son centre de gravité. Le législateur européen a consacré un rattachement particulier à certains contrats, selon leur fonction économique. En outre, il a conféré au juge le pouvoir de l'évincer chaque fois qu'il conclut, selon les circonstances de l'espèce, à la présence d'une autre loi ayant des liens manifestement plus étroits au litige.

631. Néanmoins, il est nécessaire de partir de l'idée que les règles de conflit sont des règles instrumentales par rapport aux objectifs spécifiques qu'elles visent. Si on constate, pour un certain type de contrats, que l'application des lois désignées menacent les intérêts sous-jacents qui les ont inspirés, on doit rechercher un régime plus approprié¹⁰¹⁴. Ce problème se concrétise chaque fois que les fonctions économiques d'un certain contrat évoluent, et ne correspondent plus à l'image prévue par le législateur, comme en matière de sous-traitance.

632. La démultiplication des transactions internationales et la réalisation de grands projets due à la mondialisation ont engendré la multiplication des schémas contractuels complexes nécessitant une réglementation spéciale. Cette grande ampleur a eu pour conséquence que l'entrepreneur ne peut pas assumer seul cette responsabilité ; il conclut donc à son tour beaucoup d'autres contrats avec d'autres parties, afin de l'aider à exécuter le projet principal. Le recours à la sous-traitance est, dès lors, devenu une donnée incontournable dans tous les projets et les opérations du commerce international, surtout dans le cadre des marchés de

¹⁰¹³ Le mot méthode signifie la voie à suivre, on désigne le chemin ou le procédé de recherche qui conduit à la vérité. La méthode analytique s'appuie sur l'analyse de l'opération en question en recherchant l'élément qui constitue son centre de gravité. Elle s'oppose à la méthode généralisatrice ou théorique qui consiste à élaborer des règles générales sans tenir compte de la spécialité de chaque rapport. Afin de déterminer la méthode d'une science, il faut en connaître l'objet. La méthode analytique, selon la doctrine, est la plus adéquate à la tâche qui incombe au droit international privé. Ainsi, ce sont des raisons d'ordre fonctionnel qui mènent le législateur à choisir tel ou tel élément de rattachement. V. Hans Lewald, « *Règles générales des conflits de lois, contribution à la technique de droit international privé* », 1939, p. 24 et s. ; Pierre Arminjon, « *L'objet et la méthode du droit international privé* », RCADI, vol. 21, 1928-1, p. 433 et s. et 446.

¹⁰¹⁴ António Ferrer-Correia, « *Les problèmes de codification en droit international privé* », RCADI, vol. 1452, 1975, p. 67, surtout p. 114.

construction. Elle est quasi systématique lorsque le marché s'exécute par le biais d'une entreprise générale¹⁰¹⁵.

633. Ces développements nous ont amenés, dans le chapitre précédent, à favoriser la substitution de la qualification isolée du contrat de sous-traitance par une nouvelle qualification globale qui tient compte des liens existants entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. La nouvelle qualification doit avoir une répercussion sur les règles applicables. La qualification transparente sera accompagnée d'un système fondé sur une transparence parfaite entre les différents composants de l'ensemble contractuel (Section I). Toutefois, l'autonomie de la volonté permet aux parties de déroger à cette transparence et de revenir à un système opaque qui ne tient pas compte de cette nature particulière du contrat de sous-traitance (Section II).

Section I – Une transparence parfaite entre contrat de sous-traitance et contrat principal

634. En vue de parvenir à une cohérence parfaite entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance qui permet d'atteindre un équilibre entre les droits et les obligations des différentes parties de l'ensemble, nous proposerons une unification des règles applicables¹⁰¹⁶. Cette unification repose sur un système dualiste qui tend, non seulement à unifier la loi applicable entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, mais aussi à harmoniser les clauses contractuelles, les droits et les obligations des différentes parties dans l'ensemble contractuel. À côté de la transparence conflictuelle qui vise à unifier la loi applicable entre les deux contrats, une transparence substantielle tend à ce que les droits et les obligations du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur principal, dans le sous-contrat, soient calqués sur ceux du contractant principal à l'égard du maître de l'ouvrage dans le contrat initial. Par l'association entre la transparence conflictuelle (Sous-section I) et la

¹⁰¹⁵ Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, pp. 63, 429. Selon M. Scheffer da Silveira, la sous-traitance représente environ 20% du chiffre d'affaires du secteur du bâtiment. Elle est devenue plus pratiquée par les entreprises importantes que par les petites et moyennes entreprises. Dans le même sens, v. aussi Hugues Périnet Marquet, note sous Civ. 3^{ème}, 27 avr. 2017, n° 16-15. 958, JCP, n° 27, 2017, 759.

¹⁰¹⁶ Charles Molineaux, « *Moving toward a construction a construction lex mercatoria. A lex constructionis* », *International arbitration journal*, 1997, p. 55 ; dans le même sens, Gérald Goldstein « *Le droit applicable au contrat de construction québécois* », RDUS, 1992, 22.

transparence substantielle (Sous-section II) nous parvenons à une transparence parfaite¹⁰¹⁷.

Sous-section I – Une transparence conflictuelle de la loi applicable à l'ensemble contractuel

635. En droit international privé, la doctrine et la jurisprudence ont initié des principes que l'on appelle des propositions directrices ou des principes directeurs¹⁰¹⁸. Ces derniers interviennent non seulement pour combler les lacunes sur les questions qui n'ont pas été régies par des dispositions législatives, mais aussi sur des terrains où on trouve des textes et des règles de conflits émises, afin de corriger leurs conséquences insatisfaisantes. Ces principes ont un effet non négligeable, ils occupent une place supérieure dans la hiérarchie des normes en droit international privé¹⁰¹⁹.

636. Afin de chercher le critère de rattachement pertinent pour notre contrat de sous-traitance, ces principes nous servent de repère. Parmi les plus importants, le principe de proximité occupe une place primordiale¹⁰²⁰. Il exprime l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits¹⁰²¹. Néanmoins, il n'en reste pas moins qu'on ne saurait s'en tenir à cette seule directive. Le principe de proximité ne donne pas une solution concrète à chaque litige, il nous servira de guide dans notre recherche, afin d'essayer de proposer les critères de rattachement pertinents selon les cas. L'influence du principe de proximité sur notre étude nous mène à la recherche de la loi applicable en tenant compte des liens qui soudent le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Selon M. Giardina¹⁰²², le principe de proximité mène en

¹⁰¹⁷ C'est le modèle adopté par les contrats types FIDIC et CCI comme on le verra dans ce chapitre.

¹⁰¹⁸ Léna Gannagé, « *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes* », RCDIP, 2001, 1 ; Horatia Muir Watt, « *Les principes généraux en droit international privé français* », JDI, 1997, 403 et s., spéc. p. 412 et s. ; Bruno Oppetit, « *Les principes généraux en droit international privé* », APD, T. XXXII, 1987, p. 179.

¹⁰¹⁹ Léna Gannagé, « *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes* », article *op. cit.* ; v. aussi la thèse de doctorat du même auteur, Léna Gannagé, « *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé* », Thèse de doctorat, Université Paris 2 Panthéon Assas, 1998.

¹⁰²⁰ Paul Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI, vol. 196, 1986, pp. 9-238.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰²² Andrea Giardina, « *Les contrats liés en droit international privé* », TCFDIP, 1995-2000, pp. 97-120, surtout p. 103 ; comp. Mme Gaudemet Tallon, dans les débats après la communication de M. Giardina, qui a estimé que le principe de proximité concerne les liens d'un contrat avec un pays

matière des contrats liés, à l'application de la loi du contrat principal aux autres contrats du groupe. On opte pour une solution transparente et unique aux deux contrats¹⁰²³. L'importance de cette unification a été soulignée par une cour d'appel dans une affaire récente en affirmant qu' « *en présence de chaînes de contrats poursuivant un même but, il paraît souhaitable de faire application d'une loi unique pour l'ensemble des intervenants* »¹⁰²⁴.

637. Par contre, la question n'est pas si simple en pratique. Devant la domination du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, les hypothèses sont diverses. L'unification de la loi applicable dépendra du choix des parties : soit les parties ont apprécié l'importance de cette unification et l'ont adoptée, soit qu'elles ont choisi des lois différentes à chaque contrat. Dans le premier cas dont personne ne nie les avantages¹⁰²⁵, les parties assurent la transparence conflictuelle qui nous mène à la cohérence des solutions. En revanche, dans le second cas, des problèmes de contradictions et d'incohérence surgiront, ce que nous étudierons dans la seconde section de ce chapitre.

638. Néanmoins, ce qui nous intéresse, ici, ce sont les cas d'absence de choix. Comment peut-on atteindre cette unification de lois, au sein de l'ensemble contractuel, en cas d'absence de choix ?

639. Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre deux hypothèses : la première où les parties n'ont choisi ni une loi applicable au contrat principal ni au contrat de sous-traitance, ce que nous l'appellerons une absence totale de choix de loi (§ 2), et la seconde où les parties ont choisi une loi au contrat principal mais le sous-contrat était muet sur cette question¹⁰²⁶, ce que nous proposons de l'intituler une absence partielle de choix de loi (§ 1).

et non ceux d'un contrat avec un contrat. M. Giardina a répondu que les liens entre les contrats sont plus forts que les autres rattachements, p. 115.

¹⁰²³ Dans le même sens, Van Gysel et Joëlle Ingber, « *À la recherche de la prestation caractéristique* », Revue de droit ULB, 10/2, 1994, pp. 55-96, n° 50, p. 91. Les auteurs suggèrent l'application d'une loi unique aux contrats complexes, soit en choisissant la loi d'un des contrats formant le groupe, si cette loi présente une hiérarchie considérable par rapport aux autres contrats, soit en choisissant un facteur de rattachement unifiant, comme le lieu d'exécution des contrats.

¹⁰²⁴ CA Douai, 2^{ème} ch., sect. 2, 29 juin 2017, n° 15/00841.

¹⁰²⁵ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, n° 451.

¹⁰²⁶ Par contre, si les parties au contrat de sous-traitance ont choisi une loi pour régir leur contrat alors que le contrat principal est muet sur cette question, on ne pourra pas unifier les règles

§ 1- L'absence partielle de choix de loi

640. On suppose, dans cette hypothèse, que les parties ont choisi une loi applicable au contrat principal, alors qu'elles n'ont pas désigné une loi au sous-contrat. La catégorie accessoire proposée dans le chapitre précédent conduit à un critère de rattachement accessoire (A) dont la nature mérite d'être étudiée (B).

A- Le rattachement accessoire du contrat de sous-traitance

641. Le rattachement accessoire est défini comme « *un indice qui consiste à ne pas conférer à une institution un rattachement propre, direct et immédiat, mais à lui appliquer le rattachement de son institution principale, afin d'éviter les dislocations du droit applicable et d'en assurer l'harmonie* »¹⁰²⁷. Ce rattachement a été proposé par la doctrine en matière des institutions liées entre elles par des faits communs ou par une cohérence substantielle. Il consiste à déterminer la loi applicable en tenant compte des liaisons systématiques du rapport en question avec les autres contrats. Cela permet de garantir l'harmonie entre les solutions¹⁰²⁸, en évitant qu'une pluralité de lois ne soit applicable à la même opération économique¹⁰²⁹.

applicables. La nature dépendante du contrat de sous-traitance empêche une influence réciproque. Selon nous, c'est le contrat de sous-traitance qui suit le contrat principal mais l'inverse n'est pas possible.

¹⁰²⁷ Vander Elst, « *Le rattachement accessoire en droit international privé* », *L'unificazione del diritto internazionale privati et processuale studi in memoria di Mario Guiliano edizioni cedam Padova*, 1989, p. 963 ; F. Albanese, « *La protection des droits du créancier au niveau européen, les sûretés réelles traditionnelles en droit international privé* », in colloque Feduci, 1984, pp. 409-427, note 22 ; Erik Jayme, « *Identité culturelle et intégration : Le droit international privé postmoderne* », RCADI, vol. 25, 1995, p. 11 et s., surtout p. 132 ; Th. Kadner Graziano, « *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle communautaire uniforme du règlement Rome I* », JDI, 2010, p. 76 ; Paolo Michele Patocchi, « *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel : de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe* », 1985, 173, ouvrage cité par Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, p. 198.

¹⁰²⁸ Erik Jayme, « *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne* », article *op. cit.* Les exemples donnés ne sont pas exhaustifs, la doctrine et le droit positif sont riches de manifestations de l'application d'une loi unique à l'égard des catégories liées afin d'unifier la loi applicable et de respecter les liens systématiques du droit positif, surtout en matière de statut personnel. Ainsi, concernant la question du dépeçage des droits successoraux et alimentaires de l'enfant naturel, la jurisprudence allemande a fait une qualification tendancieuse des règles alimentaires à la loi successorale. V. Delphine Cocteau-Senn, « *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, p. 288 et s.

¹⁰²⁹ Marie-Laure Niboyet Hoegy, « *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé* », Doctorat d'État, 1983, n° 117 ; Delphine Porcheron, Thèse, *loc. cit.*

642. En effet, l'élaboration du critère de rattachement doit prendre en considération les intérêts poursuivis par la règle de conflit. Dans une matière où la continuité est essentielle, un critère présentant le caractère de stabilité sera retenu¹⁰³⁰ alors que dans notre matière, où prédomine un lien de subordination entre deux éléments, le caractère accessoire devra s'imposer. Il s'agit d'un rattachement fonctionnel qui est déduit de la fonction que l'institution en cause assure, sans s'appuyer sur la volonté tacite ou hypothétique des parties. Ainsi, le rattachement accessoire est adapté à la nature et à la fonction du contrat de sous-traitance.

643. Ce contrat est un Janus ou contrat à « *double visage* »¹⁰³¹ qui est, d'une part, un contrat à part entière conclu entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal, mais aussi, d'autre part, un contrat accessoire étroitement dépendant au contrat principal. Il s'agit d'une institution qui est née à l'occasion et à cause d'une relation préexistante sans un objectif propre, mais qui contribue à l'exécution du contrat principal. Son existence et ses effets dépendent de cette institution mère. L'influence considérable du contrat principal sur le sous-contrat à partir de sa naissance jusqu'à sa fin doit se refléter sur la règle de conflit dans ses deux aspects, à savoir la catégorie de rattachement et le critère de rattachement. L'élaboration d'une nouvelle sous-catégorie, suivie d'un rattachement accessoire correspond parfaitement à la nature mixte du contrat de sous-traitance, à la fois indépendant juridiquement mais dépendant économiquement. On vient spécifier ou préciser la catégorie classique¹⁰³² et le critère de rattachement qui en découle.

644. Par ailleurs, il convient d'affirmer que le rattachement accessoire proposé n'est pas une nouveauté puisqu'il s'agit d'un critère qui a été mis en œuvre par la jurisprudence dans de nombreuses décisions judiciaires et arbitrales en droit français et comparé.

645. L'influence du contrat principal sur le sous-contrat en matière de compétence législative a été illustrée dans une affaire présentée devant la Cour de

¹⁰³⁰ Ce qui est souvent le cas des règles concernant le statut personnel, v. Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, p. 197.

¹⁰³¹ Jacques Mestre, « *Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles* », TCFDIP, 1986-1987, 57 et s. ; Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, p. 28.

¹⁰³² Marie-Laure Niboyet Hoegy, « *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé* », *op. cit.*, n° 158, p. 77.

cassation¹⁰³³. Dans cette affaire, la Haute Juridiction a affirmé que la transparence entre le contrat principal et le sous-contrat permet de décider que la loi applicable au sous-traité est celle prévue dans le contrat principal¹⁰³⁴. Ce litige concerne un contrat principal conclu entre la société *Sorelec* dont le siège est à Paris, et le Secrétariat Populaire Général de l'enseignement en Libye pour la construction de cinquante écoles et logements dans ce pays. Le contrat principal confère la compétence législative et juridictionnelle aux lois et juridictions libyennes. La société *Sorelec* avait conclu un premier contrat de sous-traitance avec la compagnie de signaux et d'entreprises électriques (*C.S.E.E*), dont le siège est à Paris, pour l'exécution du projet. Ce dernier était muet sur la clause de compétence législative et judiciaire, mais il était un contrat transparent de sous-traitance¹⁰³⁵. Puis la société *Sorelec* a conclu un second contrat de sous-traitance qui conférait, à l'exemple du contrat principal, la compétence législative et judiciaire à la loi et les juridictions libyennes.

646. Un litige a surgi au sujet du premier contrat de sous-traitance. La société *C.S.E.E.* prétendait que la société *Sorelec* avait manqué à ses engagements financiers. Elle l'a assignée devant le tribunal de commerce de Paris qui s'est déclaré incompétent en faveur des juridictions libyennes. La société *C.S.E.E* a formé alors un pourvoi contre ce jugement, puis contre la décision de la Cour d'appel qui l'a confirmé. La Cour de cassation a confirmé également la décision de la juridiction du second degré. Elle a souligné, dans son arrêt, que le rapprochement entre le contrat de base et les contrats de sous-traitance « *faisait apparaître un ensemble complexe* », et que la transparence entre le contrat principal et le sous-contrat justifie une extension de loi applicable, des modalités d'exécution et des clauses attributives de juridiction du premier au second. Selon la Cour, l'unité conflictuelle est le corollaire de l'unité substantielle.

647. La Cour a estimé que le rattachement accessoire est le plus pertinent à s'appliquer à cet ensemble contractuel complexe en raison de ses nombreux

¹⁰³³ Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, Bull. civ. I, n° 354.

¹⁰³⁴ Deen Gibirila, « *Louage d'ouvrage et d'industrie, entreprise et sous-traitance* », JCl. Civil Code, Article 1787, Fasc. 20, 2019 ; Alain Bénabent, « *Sous-traitance des marchés des personnes privées* », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1450, 2013, n° 5.

¹⁰³⁵ La transparence entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance signifie que les parties ont voulu rendre contractuel les clauses du contrat principal. Pour plus de détails sur la notion de transparence, v. *supra* n° 492.

avantages. D'un côté, le rattachement accessoire permet au contractant principal de concentrer sur une seule loi pour régler son projet quel que soit le nombre des sous-contrats qu'il a conclus et quelle que soit la différence de la résidence habituelle des sous-contractants¹⁰³⁶, d'un autre côté, il assure l'homogénéité et l'harmonisation matérielle des solutions au sein de l'ensemble contractuel.

648. Si la Cour de cassation a limité l'extension de la loi applicable au contrat transparent, nous estimons que cette extension doit être généralisée même en cas d'opacité, puisque le contrat de sous-traitance est un contrat dépendant par nature.

649. Conscients de ces nombreux avantages, MM. Lagarde et Rémerly ont recommandé, dans leurs notes sous une autre affaire, le rattachement accessoire à une chaîne de contrats de sous-traitance. En l'espèce¹⁰³⁷, un contrat a été conclu entre l'Arabie Saoudite et les sociétés françaises *Thinet et Dumez* qui ont formé un *consortium* pour exécuter un programme de construction d'habitations en Arabie Saoudite. Le contrat principal était soumis au droit saoudien. Les sociétés françaises (l'entrepreneur principal) ont sous-traité une partie des travaux à une société saoudienne, la société *Panta Lesco Saudi Arabia et Cie* (Sous-traitant 1) qui, à son tour, a sous-traité certains de ses travaux à la société française *Roque* (Sous-traitant 2). Cette dernière a assigné directement, devant les tribunaux français, la société *Panta Lesco* et les sociétés françaises *Thinet et Dumez* pour des préjudices subis en raison de leur conduite sur le chantier. En l'espèce, il s'agit d'une sous-traitance en chaîne. M. Lagarde, en commentant cet arrêt, préconise l'application de la loi du contrat principal en énonçant que le droit saoudien avait de bonnes raisons à s'appliquer au litige. C'est la loi du contrat principal qui est plus proche au litige et qui coïncide avec le lieu de l'exécution du contrat. Les faits reprochés ont été commis sur le chantier en Arabie Saoudite, et c'est là-bas que le préjudice a été subi¹⁰³⁸. Cette solution qui avait l'avantage de conserver l'unité de

¹⁰³⁶ Selon le rattachement actuel, en cas d'absence de choix, la loi applicable est celle de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, article 4.1.b du Règlement Rome I, v. *supra* n° 85 et s.

¹⁰³⁷ Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1984, *Soc. Thinet et Cie c. Soc. Etabi. Roque et Fils*, Bull. civ. I, n° 33, p. 26, RCDIP 1985, 89, note Lagarde ; D. 1984, Flash 12.

¹⁰³⁸ Paul Lagarde, note sous l'arrêt, RCDIP 1985, 89, surtout p. 94, n° 2.a ; dans le même sens, Jean-Philippe Rémerly, « *Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeubles* », D.S., n° 37, 1985, 255, surtout p. 260.

l'opération de construction, n'avait été invoquée par aucune des parties, ce qui a révélé leur accord pour appliquer la loi française¹⁰³⁹.

650. L'importance de l'application d'une loi unique dans cette affaire se manifeste avec une intensité accrue, puisqu'en l'espèce l'action n'était pas intentée seulement entre les parties du contrat de sous-traitance, mais aussi à l'égard des sociétés *Thinet et Dumez* qui étaient considérées comme le maître de l'ouvrage à l'égard du sous-traitant de second rang, la société *Roque*. Le rattachement accessoire présente l'avantage de minimiser les différends entre toutes les parties qui auront une solution unique applicable à l'ensemble contractuel¹⁰⁴⁰ et offre aux parties une prévisibilité de haut degré à leurs contrats¹⁰⁴¹.

651. Le rattachement accessoire a été adopté également par *the English House of Lords* dans plusieurs affaires. La première affaire, présentée devant la Cour suprême anglaise, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome¹⁰⁴², concernait un litige entre un sous-traitant irlandais et un entrepreneur anglais pour des travaux réalisés en Irak. La Cour suprême anglaise a déclaré applicable la loi iraquienne au contrat de sous-traitance parce qu'elle était la loi du contrat principal, ainsi que celle du lieu d'exécution du contrat¹⁰⁴³.

652. Le même principe a été réaffirmé dans une autre affaire¹⁰⁴⁴ : « *Un sous-traitant par exemple pourrait être régi par la même loi régissant le contrat principal entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage plutôt que par le pays dans*

¹⁰³⁹ Paul Lagarde, note *op. cit.*, p. 95, b.

¹⁰⁴⁰ Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 535 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, n° 286, p. 313 ; Hélène Chanteloup, « *La loi applicable aux quasi-contrats* », Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 1994, p. 191.

¹⁰⁴¹ Guido Carducci, « *Major infrastructure projects in EU private international law jurisdiction and conflict of laws* », *Construction law international*, vol. 8, issue 3, 2013, p. 14. Dans le même sens, v. la décision rendue par la Cour d'appel après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, CA Versailles, 29 mars 2010, n° 09/00587, Affaire *Altsom Power Environment c. NV Montage Vermeesen* contre le jugement rendu le 13 janv. 2009 par le Tribunal de Commerce de Nanterre, cité *supra* n° 283 et s.

¹⁰⁴² *JMJ Contractors Ltd c. Marples Ridgway Ltd* 1985, 31 BLR 100, cité par Philip Britton, « *Oxalic acid and the applicable law : the Rome Convention and construction* », ICLR, 2003, 381.

¹⁰⁴³ Il convient de mentionner que cette décision a été rendue avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome mais on souligne, à juste titre, l'importance consacrée par la Cour de cassation à la forte connexité entre le contrat principal et le sous-contrat, cette solution n'aurait pas changée après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, Peter Marsh, « *Contracting for Engineering and Construction Projects* », 2001, 5th ed, Gower, Chapter Eleven, p. 85 et s.

¹⁰⁴⁴ *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd*, cité par Philip Britton, « *Oxalic acid and the applicable law : the Rome Convention and construction* », ICLR, 2003, 381.

lequel il a son établissement principal »¹⁰⁴⁵. En effet, cette affaire ne concerne pas un contrat de sous-traitance mais un contrat de garantie. Pour autant, la Cour a affirmé que par analogie avec le rattachement accessoire du contrat de sous-traitance à la loi du contrat principal, le contrat de garantie doit être régi également par la même loi que son contrat principal¹⁰⁴⁶. Dans cette affaire, le contrat de distribution était régi par la loi anglaise alors que le contrat de garantie, conclu entre un garant égyptien (*Samcrete*) et un distributeur anglais (*Land Rover*), ne contenait pas de clause de choix de loi. Le débiteur de la prestation caractéristique avait sa résidence habituelle en Égypte, par conséquent, le contrat devait être régi par la loi égyptienne. Néanmoins, la Cour anglaise a décidé que la loi anglaise présentait des liens plus étroits au litige, en raison de la dépendance du contrat de garantie par rapport au contrat de distribution.

653. Dans les affaires précédentes, le rattachement accessoire au contrat de sous-traitance a été mis en œuvre par les juges anglais par recours au principe de proximité. En effet, la Convention de Rome, ainsi que le Règlement Rome I placent le principe de proximité au premier plan en désignant la loi applicable aux contrats internationaux¹⁰⁴⁷. Mais quels sont les moyens qui permettent aux juges de mettre en œuvre le principe de proximité afin de le guider au rattachement accessoire ? Le seul faux-fuyant auquel le juge peut avoir recours est la clause d'exception¹⁰⁴⁸. Or, ce mécanisme exceptionnel ne suffit pas à mettre en œuvre le rattachement accessoire. Il convient de consacrer un texte législatif exprès au contrat de sous-traitance, afin de garantir la sécurité juridique et assurer l'unification des solutions devant les différentes juridictions.

654. L'attraction de la loi du contrat principal au contrat de sous-traitance s'est concrétisée également devant les tribunaux arbitraux.

¹⁰⁴⁵ Point 42 de la décision *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE c. Land Rover Exports Ltd*, *op. cit.* Traduit par nous. Le texte original : « *A subcontractor, for example, might be governed by the same law governing the principal contract between the contractor and the employer rather than the country in which the subcontractor has his place of business* ».

¹⁰⁴⁶ Cette méthode en anglais est dite « *The doctrine of infection* », selon laquelle les contrats accessoires doivent être régis par la loi de leur contrat principal. Par exemple *Wahda Bank c. Arab Bank PLC*. [1996] 1 *Lloyd's Rep.* 470., CA, point 42 de la décision, citée par Philip Britton, article *op. cit.*

¹⁰⁴⁷ Paul Lagarde et Aline Tenenbaum, « *De la convention de Rome au règlement Rome I* », RCDIP, 2008, 727.

¹⁰⁴⁸ Philip Britton, article *op. cit.*

655. Dans l'affaire n° 2119 susmentionnée¹⁰⁴⁹ présentée devant la Chambre de commerce internationale, les arbitres ont étendu l'application de la loi du contrat principal au contrat de sous-traitance afin d'éviter le dépeçage pathologique susceptible d'apparaître en cas d'application des lois incohérentes¹⁰⁵⁰. Cette méthode de rattachement accessoire a été saluée par M. Derrains dans sa note sous la sentence, en soulignant que « *l'application au contrat de sous-traitance d'une loi différente de celle régissant le contrat principal est sans nul doute malheureuse et l'on se félicitera qu'elle n'ait pas été retenue par les arbitres. C'est pourquoi s'agissant de la sous-traitance transparente il est préférable de renoncer à la localisation directe du contrat de sous-traitance pour le soumettre à la loi du contrat principal* »¹⁰⁵¹.

656. Dans une autre affaire présentée devant le tribunal arbitral concernant un contrat principal et un *consortium* pour réaliser des travaux en Afrique, il a été reconnu que la communauté de droit entre le sous-contrat et le contrat principal était souhaitable, à moins qu'une volonté contraire soit établie de la part des

¹⁰⁴⁹ CCI 2119, 1978, JDI 1979, 997, note Yves Derains, cité *supra* n° 78. On rappelle brièvement les faits de cette sentence : dans une affaire rendue par la chambre de commerce internationale, le litige apparu était entre un armateur danois et un propriétaire d'un chantier naval français pour l'achat de deux navires. L'armateur a eu recours à un sous-traitant anglais pour la construction de turbines destinées à être installées sur un navire porte-conteneurs. En raison des défauts des turbines et du retard dans l'exécution du contrat, un litige entre les parties du contrat de sous-traitance a, donc, surgi. Le sous-contrat ne contenait pas une clause expresse de choix de loi. Le tribunal arbitral a constaté que le contrat principal était régi par la loi française, alors qu'il n'y avait aucune désignation de loi dans le contrat de sous-traitance. Le sous-traitant a réclamé l'application de la loi anglaise, car la langue du contrat était l'anglais, le contrat contenait des clauses d'exonération de responsabilité inspirées par la loi anglaise, le paiement était en Livres anglaises et enfin la délivrance était faite selon le système du *sans frais à bord (free on board)* anglais. Pourtant, le tribunal a rejeté sa demande, il a déduit « *une volonté de soumission du contrat de sous-traitance au marché principal, et par conséquent à la loi française* ». La Cour arbitrale a présumé la volonté des parties au contrat de sous-traitance de se soumettre à la clause de choix de loi prévue dans le contrat de base.

¹⁰⁵⁰ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, p. 477.

¹⁰⁵¹ Yves Derains, note *op. cit.*, sous la décision arbitrale, JDI 1979, p. 997.

parties¹⁰⁵². Selon le commentateur de la décision¹⁰⁵³, cette communauté de droit s'impose avec acuité en matière de contrat de sous-traitance où l'objet économique du contrat est appelé à s'incorporer dans celui du contrat principal. Un traitement juridique commun paraît donc indispensable.

657. Le rattachement accessoire du contrat de sous-traitance au contrat principal est une solution recommandée par beaucoup d'auteurs¹⁰⁵⁴ et adoptée par

¹⁰⁵² CCI 3043 en 1978, JDI 1979, 1000. Dans cette affaire, la Cour a appliqué une loi différente en raison d'un accord implicite de l'indépendance de sous-contrat par rapport au contrat de base, puisque les parties, dans cette affaire, ont choisi une juridiction différente pour chaque contrat. Dans une autre sentence, concernant le contrat cadre et les contrats d'application mais qui peut être rapprochée avec le contrat de sous-traitance, on a décidé que les contrats d'application doivent être soumis à la loi applicable au contrat cadre, en motivant cette décision par le fait que « *les contrats subséquents avaient pour rôle d'accomplir les obligations prévues par le contrat cadre* », sentence de 2 avr. 1970, Commission d'arbitrage de la chambre de commerce et d'industrie de Bucarest, Revue roumaine des sciences sociales, série de sciences juridiques n° 1, 1079, n° 80-81, note O. Captina, citée par CREDA centre de recherche sur le droit des affaires sous la direction de Sayag, note 53, sous 466, cité par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », ouvrage *op. cit.*, p. 107, note 146.

¹⁰⁵³ Yves Derrains, JDI 1979, p. 1003.

¹⁰⁵⁴ Cette solution est recommandée par : Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Glavada, *La sous-traitance en droit international privé*, 1976, p. 186 ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007, 489 ; Marie-Laure Niboyet Hoegy, « *Contrats internationaux. Détermination du droit applicable. Le principe d'autonomie (sa portée)* », JCl. Droit international, Fasc. 552-30, 2018 ; Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, n° 454, p. 266 ; Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautélet, « *Sous-traitance internationale* », in *La sous-traitance, séminaire organisé à Lièges*, Bruylant, 2003, 269. Les auteurs estiment qu'« *il en va de la cohérence des droits et des obligations de l'entrepreneur et du sous-traitant. La rédaction des contrats permettent aux parties de se prémunir contre les dangers d'une telle dichotomie* » ; Henri Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 120, n° 136 ; Micheal Evan Jaffe et Roman J. McHugh « *International construction disputes in Today's economy* », PLC arbitration Handbook, 2009 ; Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », 1983, 479 ; Tristan Azzi, « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* », D. 2008, 2169, n° 14 ; Van Gysel et Joëlle Ingber, « *À la recherche de la prestation caractéristique* », Revue de droit ULB 10/2, 1994, 55-96 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », ouvrage *op. cit.*, n° 451, l'auteur souligne que « *la soumission de l'ensemble de l'opération à la même loi est souhaitable* ». V. également M. Ferrari qui dénonce le choix d'un rattachement abstrait pour les contrats liés par une communauté de finalité comme l'ensemble contractuel de construction, Franco Ferrari, « *Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties* », RCDIP, 2009, 459. Pour les difficultés de la mise en œuvre lorsque les contrats obéissent à des lois différentes, v. Deen Gibirila, « *Louage d'ouvrage et d'industrie, entreprise et sous-traitance* », JCl. Civil Code, Art. 1787, Fasc. 20, 1^{er} juin 2019 ; Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP 1996, p. 243. Pour la recommandation de la même règle par rapport aux contrats liés, v. pour les contrats de transports les décisions citées par Batiffol et Lagarde, « *Droit international privé* », T II, n° 603, note 42 ; Yvonne Flour, « *l'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé* », Thèse Paris II, 1977, n° 393 et s. En matière de cautionnement : Van Heck « *Problèmes juridiques des emprunts internationaux* », Brill, 1955, p. 244 ; Sabine Corneloup, « *Conflits de lois. La loi applicable aux obligations contractuelles Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire « Rome I* », JCl. 208, doct. 205, n° 14. Mme Corneloup souligne qu'« *il convient de prendre en compte notamment l'existence des liens étroits du contrat avec un ou plusieurs autres contrats. La formulation évoque notamment les contrats accessoires,*

des contrats standards importants tels que le contrat modèle élaboré par la fédération internationale des ingénieurs-conseils¹⁰⁵⁵ et le contrat modèle élaboré par la chambre de commerce internationale¹⁰⁵⁶. C'est un instrument préventif intervenant sans attendre l'apparition des contradictions potentielles et « *les situations boiteuses* »¹⁰⁵⁷ résultant de l'application des lois différentes sur la même situation.

658. D'après ce qui précède, nous proposons une règle de conflit adaptée à la nature du contrat de sous-traitance internationale comme suit : « *le contrat de sous-traitance est soumis à la loi choisie au contrat principal, sauf accord contraire de la part des parties ou s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays* ».

659. On présume que la loi choisie pour le contrat principal sera celle qui régit le contrat de sous-traitance, sauf accord contraire de la part des parties ou si on constate des circonstances de l'espèce la présence d'une autre loi ayant des liens manifestement plus étroits au litige. Une étude de la nature d'une telle règle s'avère nécessaire (B).

comme les sûretés par exemple, qui en l'absence de choix d'une loi par les parties pourraient être soumis à la loi qui régit le contrat principal ».

¹⁰⁵⁵ La fédération internationale des ingénieurs-conseils est une association internationale qui réunit des professionnels de nombreux États, elle publie des contrats de construction standards dans le domaine du génie-civil. Ces contrats FIDIC sont communément utilisés et approuvés dans le monde entier par de nombreuses banques multilatérales de développement. Dans le contrat type de sous-traitance FIDIC de 1996 et 2011, la loi applicable était régie par l'article 3.2 ainsi que l'article 1.8 de la nouvelle édition. Il dispose que « *the law of the country which governs the Main Contract shall govern the Subcontract* ».

¹⁰⁵⁶ Dans le contrat type de sous-traitance de la CCI publié en 2011, l'article 5 sur la loi applicable, dispose que la loi applicable est la loi choisie par les parties, à défaut, celle du contrat principal. Ainsi, dans le préambule du modèle CCI 2011 : « *In the absence of such agreement, this Subcontract shall be governed by and construed in accordance with the law(s) of the Main Contract* ».

¹⁰⁵⁷ Hélène Chanteloup, « *La loi applicable aux quasi-contrats* », Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 1994, p. 192. Le terme « *situations boiteuses* » ou « *statut boiteux* » est commun en droit international privé, il signifie que la même situation est traitée différemment dans les différents ordres juridiques. Elle est existante et valable dans un ordre juridique mais pas dans les autres qui sont d'ailleurs, concernés par la même situation. La présence des situations boiteuses remet en cause l'harmonie internationale de solutions en tant que finalité générale attendue par les règles en matière de conflits de lois. Roberto Baratta, « *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales* », RCADI, vol. 348, 2011, p. 265 ; Pierre Mayer, « *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé- Cours général de droit international privé* », RCADI, vol. 327, 2003, p. 370 ; Paolo Picone, « *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, cours général de droit international privé* », RCADI, vol. 276, 1999, p. 20, surtout p. 123.

B- La nature de la nouvelle règle proposée

660. Comme nous l'avons précédemment envisagé, selon la règle de conflit classique, le contrat de sous-traitance est régi, en cas d'absence de choix, par l'article 4.1.b du Règlement Rome I qui se réfère à la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, le sous-traitant en l'espèce, tandis que la loi du contrat principal est celle de la résidence habituelle de l'entrepreneur principal, comme étant le débiteur de la prestation caractéristique dans ce contrat. Le juge ne pouvait unifier la loi applicable entre les deux contrats pour aboutir à des solutions harmonieuses, qu'exceptionnellement, par le biais de la clause échappatoire.

661. Nous proposons, maintenant, d'inverser la règle de conflit classique, de sorte que l'unification du contrat principal et du contrat de sous-traitance se transforme en une règle, alors que le démembrement devienne l'exception. Le rattachement accessoire qui permet cette unification, sera mis en œuvre par le biais d'une présomption qui permet d'assurer la généralité de la solution (1). Néanmoins, une telle présomption ne doit être irréfragable pour garantir la souplesse de la règle proposée (2).

1- Une présomption

662. L'objectif de garantir une certaine stabilité au rattachement accessoire du contrat de sous-traitance nous amène à proposer le recours à la technique de la présomption¹⁰⁵⁸. Celle-ci signifie « *une règle établie jusqu'à preuve contraire, et c'est à celui qui la combat de prouver ce qu'il avance* »¹⁰⁵⁹. Il ne s'agit ni d'un simple indice de rattachement ni d'une règle ferme et rigide, mais d'une présomption simple jusqu'à preuve contraire.

663. La technique de présomption est celle qui a été choisie par la Convention de Rome en désignant la loi applicable aux contrats internationaux¹⁰⁶⁰. On pourrait

¹⁰⁵⁸ En effet, cette technique est celle choisie par la Convention de Rome alors que le Règlement Rome I a eu recours à la technique des règles de conflit classiques. Cette différence ne prêche pas à conséquence puisque dans les deux cas le droit désigné peut être écarté lorsque la situation présente des liens plus étroits avec un autre pays, Tristan Azzi, « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* », D. 2008, 2169.

¹⁰⁵⁹ Henri Batiffol dans le projet de Convention de Rome, RTD eur., 1976, 181.

¹⁰⁶⁰ Article 4 § 2 dispose que « *sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle* ».

critiquer le recours à la présomption en avançant qu'il serait plus simple de rechercher directement le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Or, le recours à la technique de présomption présente l'avantage d'avoir un caractère général qui assure la sécurité de solutions, puisqu'elle s'applique à tous les cas visés par la règle de conflit, par opposition au procédé de résolution du litige au cas par cas. La pratique révèle que la technique de résolution au cas par cas, comme dans les pays de *Common Law*, est une procédure compliquée. Il s'agit d'une détermination résultant d'une évaluation minutieuse de chacun des éléments du litige et la constatation d'un éventuel point de contacts avec celui-ci. Cette méthode est une source considérable d'incertitude, comme l'a décrit M. Audit, « à *New York les avocats prient le ciel de ne pas tomber sur un juge porté sur l'application des raisonnements nouveaux parce que pour eux cela signifie deux années de procès de plus. Ce qui affirme que les règles de conflits sont indispensables* »¹⁰⁶¹. L'activité créatrice du juge est plus complexe que celle qui consiste à se référer à des règles préexistantes. Le juge se trouve obligé de procéder à une recherche approfondie de chaque litige qui lui est soumis. En procédant ainsi, il risque de se détourner de l'objectif qu'il vise¹⁰⁶², à savoir la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions¹⁰⁶³. L'individu ne peut se sentir protégé par le droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance la règle qui régit la situation dans laquelle il envisage de se placer¹⁰⁶⁴. L'individu « *préférant la sécurité de la règle à un arbitraire qui, si excellentes qu'en puissent être les manifestations lorsque le juge était sage, présentait le risque minimum de tous les arbitraires : l'imprévisibilité* »¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶¹ Bernard Audit dans les débats de l'article de Yvon Loussouarn, « *L'évolution de la règle de conflit de lois* », TCDIP 1998, Journée du cinquantenaire, p. 98. Dans le même sens, Jean Rivero qui souligne que « *le jugement rendu au seul vu de l'ambiance d'une affaire, aboutissent à la mort du droit* », Jean Rivero, « *Apologies pour les faiseurs du système* », D. 1951, 3-10 ; Henri Batiffol, « *Le pluralisme des méthodes en droit international privé* », RCADI, vol. 139, 1973, p. 79, surtout p. 128. Le Doyen Batiffol dit que chaque partie peut penser qu'en l'absence de toute loi étatique, l'arbitre décidera selon le bon sens de l'équité, et chacun dit que dans ces conditions il est sûr de gagner, mais comme chacun dit la même chose, il faut croire qu'il y en a un au moins qui se trompe. L'expérience montre que la prévisibilité est tout de même améliorée en présence d'une règle générale et d'un système étatique déterminé.

¹⁰⁶² Hélène Chanteloup, « *La loi applicable aux quasi-contrats* », Thèse *op. cit.*, p. 194.

¹⁰⁶³ António Ferrer-Correia, « *Les problèmes de codification en droit international privé* », RCADI, vol. 145, 1975, p. 58.

¹⁰⁶⁴ Jean Rivero, article *op. cit.* ; Henri Batiffol, « *Le pluralisme des méthodes en droit international privé* », cours *op. cit.*

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*

664. Les parties au contrat de sous-traitance doivent être protégées par des règles qui ont une certaine stabilité pour régir leur situation particulière¹⁰⁶⁶. Cette préoccupation devrait conduire à une actualisation des textes européens, afin de spécifier les règles applicables au contrat de sous-traitance à la lumière de la nature de ce contrat. Une telle spécialisation vers une unification des règles permet de rendre les relations entre les différentes parties de l'ensemble contractuel, contrat de sous-traitance et contrat principal, plus transparentes et plus équitables. Par contre, la règle proposée doit se caractériser par une certaine souplesse qui permet de faire face aux besoins de la pratique (2).

2- Une règle souple

665. Nul ne conteste la difficulté d'enfermer dans une seule règle toutes les circonstances de l'espèce, d'où la nécessité d'une règle souple qui tienne compte des particularités de chaque espèce. La présomption proposée n'est pas irréfragable, mais elle est une présomption simple. Celui qui veut combattre son application, est tenu de prouver la présence d'une autre loi ayant des liens manifestement plus étroits au litige. Le juge peut, également, écarter cette présomption lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

666. Le contrat de sous-traitance, bien qu'il soit dépendant, reste un contrat autonome par rapport au contrat principal. La présomption à la loi choisie dans le contrat principal ne doit être irréfragable. À défaut, on risquerait d'aboutir à des résultats injustes ou inappropriés.

667. Cela peut se manifester, surtout, dans les cas où le maître de l'ouvrage impose au contrat principal une loi détachée de tout lien avec le contrat de sous-traitance, comme la loi de sa résidence habituelle qui est différente de celle du lieu de l'exécution du contrat¹⁰⁶⁷. Parfois, le juge constate, d'après les circonstances du contrat de sous-traitance, la présence d'une loi plus appropriée au litige. Par exemple, dans les cas de sous-traitance à l'exportation où l'entrepreneur principal

¹⁰⁶⁶ Hélène Chanteloup, « *La loi applicable aux quasi-contrats* », Thèse *op. cit.*, n° 230.

¹⁰⁶⁷ Jean-Florian Pulkowski, « *The subcontractor's direct claim in international business law* », ICLR, 2004, pp. 31-56, surtout p. 35. Par ailleurs, les contrats publics ne laissent souvent aucune place de choix de loi étrangère aux parties, elle est imposée par la personne publique, Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, n° 33.

et le sous-traitant sont de même nationalité¹⁰⁶⁸, ou ayant le même lieu d'établissement¹⁰⁶⁹, cette loi commune aura vocation à s'appliquer. Par ailleurs, dans les cas de contrat de sous-traitance intellectuelle où le sous-traitant ne se déplace pas, la loi de sa résidence habituelle peut paraître plus pertinente¹⁰⁷⁰.

668. La présence d'une certaine souplesse au critère de rattachement est indispensable et inévitable en fonction des exigences de la vie et la disparité de ses cas de figures. Il convient d'attribuer aux parties le pouvoir de démontrer l'inadaptation de la loi prévue par la présomption, ainsi que de donner au juge le pouvoir discrétionnaire de corriger la règle de conflit proposée.

669. Néanmoins, il ne faut pas que la dérogation à la loi du contrat principal soit exagérée. Le risque de perturber la sécurité juridique et les prévisions légitimes des parties imposent que la désignation d'une autre loi n'aura lieu qu'en cas d'existence d'une autre loi « *manifestement* »¹⁰⁷¹ plus appropriée au litige¹⁰⁷². En revanche, dans les cas très nombreux où les indices de localisation du contrat sont

¹⁰⁶⁸ La Cour d'appel a décidé que « *la nationalité des parties peut constituer un indice sérieux de rattachement dans l'hypothèse où les parties sont de même nationalité* », CA Paris, 22 sept. 1980, *Bangchan (Thaïlande) c. Spie Batignolles*, Gaz. Pal. 1981, I, 227, note R.S ; JDI 1981, 585, note Khan ; Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1984, *soc. Thinet et Dumez c. Soc. Roque*, Bull. Civ. 1, n° 33, p. 26, D. 1984, Flash 12, RCDIP 1985, 89, note Lagarde ; CCI 4467 sentence 1984, JDI 1984, p. 924. Par contre, il convient de confirmer que la nationalité commune ne suffit seule comme indice de rattachements, elle doit être consolidée par d'autres présomptions, Henri Batiffol et Paul Lagarde, « *Droit international privé* », T II, n° 584, p. 234. Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1984, RCDIP 1985, p. 89 note Lagarde.

¹⁰⁶⁹ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, 1992, n° 650-651 p. 547.

¹⁰⁷⁰ *Ennstone Building Products Ltd c. Stanger Ltd*, 2002, EWCA Civ 916, 1 WLR 3059, CA cité par Philip Britton, « *Oxalic acid and the applicable law : The Rome Convention and construction* », ICLR, 2003, 381. Dans cette affaire, le contrat de sous-traitance était un contrat de consultance pour se débarrasser de la tâche apparue au bâtiment construit, la cour d'appel a refusé l'application de la loi du contrat principal et a préféré l'application de la règle générale qui réfère à la loi de la résidence habituelle du sous-traitant. V. *supra* n° 144.

¹⁰⁷¹ L'adverbe « *manifestement* » est utilisé par le Règlement Rome I afin d'éviter les critiques adressés à la clause d'exception prévue par la Convention de Rome. Dans cette dernière, la hiérarchie entre la règle applicable et la clause d'exception n'était pas précise. Paul Lagarde, « *Mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 4 de la Convention de Rome* », RCDIP, 2007, 592 ; Paul Lagarde et Aline Tenenbaum, « *De la convention de Rome au règlement Rome I* », RCDIP, 2008, 727 ; Paul Lagarde, « *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* », RCDIP, 2006, 331 ; Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales* », JCl. Droit international, Fasc. 552-11, 2016 ; Marie-Laure Niboyet Hoegy, « *Contrats internationaux. Détermination du droit applicable. Le principe d'autonomie (sa portée)* », JCl. Droit international, Fasc. 552-30, 2018 ; Stéphanie Francoq, « *Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles* », RCDIP, 2009, 459.

¹⁰⁷² Tristan Azzi, « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* », D. 2008, 2169.

répartis également entre plusieurs pays¹⁰⁷³, le juge applique l'indice de rattachement prévu par la présomption proposée, qui est la loi choisie au contrat principal.

670. Le rattachement accessoire est un outil permettant une globalisation de la loi applicable. Néanmoins, à défaut de choix de loi au contrat principal, la globalisation du rattachement milite en faveur d'une autre loi qui paraît plus appropriée à l'ensemble contractuel, contrat-principal et contrat de sous-traitance¹⁰⁷⁴ (§ 2).

§ 2 – L'absence totale de choix de loi

671. Si aucune loi n'a été choisie par les parties à l'ensemble contractuel, ni au contrat de base ni au contrat de sous-traitance, quelle sera la loi applicable à ce dernier dans cette hypothèse ?

672. Le rattachement accessoire du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal doit nous mener à la loi applicable au contrat principal en cas d'absence de choix. Selon le Règlement Rome I, celle-ci est la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, l'entrepreneur principal en l'espèce. Ainsi, l'ensemble contractuel (contrat principal et contrat de sous-traitance) sera régi par la loi de la résidence habituelle de l'entrepreneur principal. Est-ce que cette loi est la plus appropriée à régir le contrat de sous-traitance ? Nous étudierons, dans un premier temps, cette question avec scepticisme (A), ce qui nous amènera, dans un second temps, au critère de rattachement approprié (B).

A- L'inadaptation du rattachement accessoire en cas d'absence totale de choix de loi

673. Nous venons de suggérer la création d'une nouvelle règle de conflit au contrat de sous-traitance internationale. Cette dernière est composée de deux éléments : une catégorie et un critère de rattachement. Nous avons proposé la

¹⁰⁷³ Paul Lagarde, « *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* », RCDIP, 1991, 287.

¹⁰⁷⁴ Bernard Audit et Louis d'Avout, « *Droit international privé* », Paris, LGDJ, 2018, 858, note 20. Selon les auteurs, le rattachement à la loi du contrat principal est difficilement admis en cas d'absence totale de désignation de loi applicable. Dans le même sens, Pierre Mayer et Vincent Heuzé, « *Droit international privé* », Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2014, n° 721, p. 554 ; Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2009, n° 375, p. 216.

création d'une nouvelle catégorie accessoire ou une sous-catégorie au contrat de sous-traitance qui doit mener à un rattachement accessoire. Nous avons vu que le rattachement accessoire conduit, en cas de désignation d'une loi au contrat principal, à étendre ce choix, sauf circonstances particulières, au contrat de sous-traitance. Cette solution était justifiée par des considérations d'ordre pratique qui consistent à unifier la loi applicable, à assurer la cohérence au sein de l'ensemble contractuel et à éviter le sentiment du déni de justice à l'égard de la partie victime des contradictions entre les lois applicables¹⁰⁷⁵.

674. Dans certains cas, les parties ne choisissent une loi ni au contrat principal ni au sous-contrat, ce que nous l'appellons l'absence totale de choix. Cette hypothèse n'est pas négligeable, les tribunaux sont saisis fréquemment en raison du silence des parties¹⁰⁷⁶. Il convient de déterminer la loi applicable au contrat de sous-traitance dans ce cas.

675. En suivant la logique du rattachement accessoire jusqu'au terme, le contrat de sous-traitance sera régi par la même loi régissant le contrat principal en cas d'absence de choix. Celle-ci est, selon le Règlement Rome I, en principe¹⁰⁷⁷, la loi de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, en l'espèce l'entrepreneur principal. Nous allons, maintenant, nous attacher à déterminer la conformité de cette loi pour régir le contrat de sous-traitance.

676. Dans ce but, il nous faut faire appel aux principes de droit international privé qui servent de repère dès le début. Les principes qui nous aideront à trouver la loi applicable la plus pertinente, en cas d'absence totale de choix, sont le principe de cohérence, de justice et de prévisibilité des solutions. Est-ce que la loi de la

¹⁰⁷⁵ Sur le déni de justice, v. *supra* n° 124.

¹⁰⁷⁶ Henri Batiffol, « *Les contrats en droit international privé* », Montréal, Institut de droit comparé, McGill University, 1981, p. 27. D'ailleurs, selon M. Heuzé, la clause de choix de loi n'apparaît que dans 10% des contrats soumis à la connaissance des tribunaux, Vincent Heuzé, « *Le droit international privé français des contrats : étude critique des méthodes* », Thèse de doctorat, Paris I Panthéon Sorbonne, 1988, n° 245 ; Philippe Fouchard, « *Rapport français* », in *La responsabilité des constructeurs : journées égyptiennes*, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Paris, Litec, 1993, n° 28, p. 307. Selon le professeur Fouchard, « *on le voit, les contrats internationaux de construction ne comportent pas toujours un choix exprès de la loi qui les régit* ». Fouchard essaie de justifier cette absence par une négligence de la part des parties, un signe de leur désaccord, ou parce que les parties ne sont pas convaincues de l'utilité de choisir elles-mêmes, la loi contractuelle.

¹⁰⁷⁷ Sauf en cas d'application de clause d'exception selon l'article 4.3 du Règlement Rome I.

résidence habituelle de l'entrepreneur principal assure la réalisation de ces objectifs ?

677. En effet, donner compétence à cette loi présente l'avantage d'assurer le premier principe qui est la cohérence des solutions. L'ensemble contractuel composé du contrat principal et contrats de sous-traitance sera régi par une seule et même loi. Le risque d'avoir des solutions contradictoires ou peu concordantes n'existera, donc, pas dans ce cas. Toutefois, il faut être consciente, non seulement du droit, mais aussi de l'équité. Cette solution est incompatible avec l'équité des solutions et le respect des prévisions légitimes des parties et, dès lors, selon nous, sujette à caution.

678. Si cette solution permet d'aboutir à des solutions harmonieuses, elle ne garantit pas forcément la justice et le respect des prévisions légitimes du sous-traitant. En effet, désigner la loi de résidence habituelle de l'entrepreneur principal, qui est le créancier dans le contrat de sous-traitance, favorise les intérêts de ce dernier par rapport à ceux du sous-traitant. Or, cette approche serait contraire à la philosophie du législateur européen qui n'a pas souhaité donner la compétence à la loi du créancier mais à celle du débiteur¹⁰⁷⁸. Dès lors, aux yeux des principes de droit international privé, la loi de la résidence habituelle de l'entrepreneur principal paraît inopportune pour régir l'ensemble des relations contractuelles en question. Que peut être, donc, la loi la plus appropriée au contrat de sous-traitance en cas d'absence totale de choix ? Devra-t-on retourner à la loi du pays de la résidence habituelle du sous-traitant ?

679. Cette loi aura l'avantage d'assurer le respect des prévisions légitimes du sous-traitant qui verra son droit applicable à son contrat. Pourtant, outre le fait que ce critère de rattachement est qualifié comme « *très faible* »¹⁰⁷⁹ par les tribunaux, il nous mène, de nouveau, au démembrement des lois applicables au sein de l'ensemble contractuel, ce qui menace l'harmonie internationale des solutions. Dès lors, on doit rechercher un critère de rattachement qui permet d'assurer, à la fois,

¹⁰⁷⁸ Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, p. 335, n° 432.

¹⁰⁷⁹ Devant les tribunaux anglaises dans *l'affaire Crédit Lyonnais c. New Hampshire Insurance Co*, (1997), *EWCA civ* 1218, 12 mars 1997, cité par Pascale Deumier, Marie-Élodie Ancel, « *Droit des contrats internationaux* », Paris, Sirey, 2016, n° 244, p. 189.

l'harmonie des solutions, la justice et le respect des prévisions légitimes des parties.
Que pourrait être ce rattachement ? (B).

B- La localisation globale à la loi du lieu d'exécution en cas d'absence totale de choix de loi

680. En scrutant les autres critères de rattachement ayant la potentialité d'être appliqués, nous estimons que la loi du lieu de l'exécution paraît comme la plus pertinente et la plus réaliste à s'appliquer en cas d'absence totale de choix. Ce rattachement présente de nombreuses vertus par rapport au lieu de la résidence habituelle du prestataire de service, adopté dans le Règlement Rome I.

681. Cette loi permettra d'assurer la cohérence des solutions et le respect des prévisions légitimes des parties au contrat principal et au contrat de sous-traitance. Elle aura l'avantage d'unifier les solutions entre le couple contractuel contrat principal et sous-contrat selon un rattachement approprié à la nature de l'opération économique¹⁰⁸⁰. Le critère du lieu de l'exécution des contrats présente le mérite d'avoir le lien le plus substantiel avec les intérêts en jeu. Il existe un lien effectif entre le lieu de l'exécution, l'ensemble de l'opération et les intérêts des parties¹⁰⁸¹. C'est vers ce lieu qu'est dirigée l'attente de parties, que le contrat apparaît aux tiers et c'est là que se trouve souvent le tribunal compétent de l'exécution du contrat¹⁰⁸².

682. Il convient de préciser qu'avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, les tribunaux considéraient qu'un contrat se localise là où s'exécutent les prestations caractéristiques¹⁰⁸³. Dès lors, ce critère de rattachement a de bonnes raisons à s'appliquer à l'ensemble contractuel en cas d'absence totale de choix.

¹⁰⁸⁰ Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, n° 75, notes 123 et 166. Selon l'éminent auteur, elle est imposée par la fonction du sous-traité comme contrat visant l'exécution des prestations du contrat principal. Le contrat se localise là où s'exécute la prestation caractéristique.

¹⁰⁸¹ Henri Batiffol, « *Les conflits de lois en matière de contrats* », Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 80 ; « *La loi appropriée au contrat* », in *Mélanges Goldman*, Paris, 1983, pp. 2-13.

¹⁰⁸² *Ibid.*

¹⁰⁸³ En ce sens Civ. 1^{ère}, 25 mars 1980, *Soc Mercator*, RCDIP mars 1980, p. 576, note Henri Batiffol. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a adopté le critère du lieu de l'exécution comme un critère essentiel pour désigner la loi applicable à défaut de choix, en application du critère de la localisation recommandé par Henri Batiffol. Avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, les tribunaux belges faisaient aussi référence, non au lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique, mais bien au lieu d'exécution de cette prestation, cf. par exemple Comm. Bruxelles, 13 avr. 1989, J.T. 1989, 422, cité par Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.* ; CJCE, 22 nov. 1978, *Somafer S.A. c. Saar-Ferngas*, aff. 33/78, Rec., 1978, 2183, attendu 13. Dans le même sens, Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La loi du contrat international* », *Dar Alnahda Alarabeya*, Égypte, 2008, p. 202.

683. L'adoption du critère du lieu d'exécution a été concrétisée dans une affaire relativement récente¹⁰⁸⁴. Dans ce litige, un contrat a été conclu entre un maître d'ouvrage, la société française *Pogilor*, et un entrepreneur principal, la société suisse *Carnitec*, pour la réalisation d'un ensemble de silos de stockage de farines de viande. La société *Carnitec* a partiellement sous-traité les travaux à la société française *Reggiori*, mais un sinistre est survenu sur l'ossature et le bardage des silos. Le maître de l'ouvrage a, alors, assigné l'entrepreneur principal et le sous-traitant aux fins d'indemnisation de ses préjudices. Sur la loi applicable au litige, la Cour de cassation a exclu la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique désignée par la Convention de Rome. La Haute Juridiction a estimé que la prestation principale devait être exécutée en France et que même si l'entrepreneur principal avait sa résidence habituelle en Suisse, l'ensemble contractuel doit être régi par la loi française, loi du lieu de l'exécution du contrat. Dans cette affaire, la Cour de cassation a raisonné selon le principe de proximité. Le juge n'a pas appliqué la loi désignée par la règle générale de rattachement, mais a choisi une autre loi en l'estimant plus appropriée au litige. En outre, la Haute juridiction a franchi un pas très audacieux vers l'appréciation au niveau de l'ensemble contractuel et l'unification de la loi applicable entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Cette analyse mérite assurément d'être saluée, mais on appelle le législateur à adopter des règles spéciales au contrat de sous-traitance afin d'éviter le recours à la clause d'exception pour parvenir à la cohérence au sein de l'ensemble contractuel, contrat principal et contrat de sous-traitance.

684. Par ailleurs, les vertus du critère du lieu de l'exécution s'accroissent en ayant à l'esprit que la plupart des opérations d'entreprises internationales sont des

¹⁰⁸⁴ CA Nancy, Chambre commerciale, 2 avr. 2011, n° 07/02160. Le pourvoi devant la Cour de cassation, Civ. 3^{ème}, 23 sept. 2014, n° 11-20.972, n° 11-23.948. Cette affaire ne concerne pas un cas d'absence totale puisque le contrat de sous-traitance était régi expressément par la loi française. Mais l'intérêt de cet arrêt réside dans l'importance dédoublée à la loi du lieu de l'exécution sur l'ensemble des contrats ainsi que l'appréciation globale de la question de choix de loi. La cour d'appel ainsi que la Cour de cassation ont souligné qu' « attendu que les silos devaient être construits en France, de sorte que la prestation principale devait être exécutée en France ; que la langue dans laquelle a été rédigée la convention est le français, alors même que la société Carnitec a son siège social en Suisse alémanique ; que les prix sont exprimés en francs français ; qu'en outre, de convention expresse, le contrat de sous-traitance entre la société Carnitec et la société Reggiori a été soumis à la loi française... que le lieu d'exécution de la prestation principale de la société Carnitec, vis-à-vis de son cocontractant, la société Progilor, s'est bien situé en France, pays avec lequel ce contrat avait manifestement les liens les plus étroits ».

contrats de construction. La loi du lieu de l'exécution paraît la plus conforme à ces contrats, soit par rapport au contrat principal ou aux sous-contrats¹⁰⁸⁵. En effet, même si le contrat de construction n'entre pas dans le champ d'application des contrats d'immeubles¹⁰⁸⁶, l'attraction de la loi de la *lex rei sitae* n'est pas négligeable¹⁰⁸⁷. Selon MM. Batiffol et Lagarde « *la tendance est bien assise, en France et à l'étranger, de présumer les contrats relatifs aux immeubles soumis à la loi de la situation de l'immeuble, le louage d'ouvrage y sera par conséquent soumis* »¹⁰⁸⁸. En outre, l'application de ce critère coïncide avec la loi locale qui aurait une application évidente, au moins partiellement, à l'ensemble des contrats¹⁰⁸⁹. En bref, la loi du lieu de l'exécution est considérée par les auteurs comme une règle de droit imposée par la *lex mercatoria*¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁵ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, pp. 539 et 542 ; Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », *Yearbook of International Law*, VII, 2005, 299 ; Jean Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », *op. cit.* ; *Add*, Vincent Heuzé, « *Le droit international privé français des contrats : étude critique des méthodes* », Thèse de doctorat, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 1988, p. 233, note 60, mais l'éminent auteur distingue entre deux hypothèses, celle où l'entrepreneur prend l'initiative de proposer ses services au maître de l'ouvrage, dans ce cas, c'est la loi de l'immeuble qui s'applique, et l'autre où c'est le maître d'ouvrage qui sollicite et dans ce dernier cas, c'est la loi de la résidence habituelle de l'entrepreneur qui s'applique. Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales* », *JCl. Droit international*, 552-11, 2016 ; Philippe Rémerly, « *Remarques sur le conflit de lois applicables au contrat international de construction d'immeuble* », *D.* 1985, p. 255 ; G. Légier et Jacques Mestre, note sous TGI Toulouse, 29 sept. 1982, *RCDIP* 1983, p. 480, n° 19, note Bernard Audit ; *add.* en faveur du lieu d'exécution comme rattachement général des contrats en cas d'absence de choix : Henri Batiffol, « *Les contrats en droit international privé* » *loc. cit.* ; « *Les conflits de lois en matière de contrats* », Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 74 ; *Civ.* 3^{ème}, 26 nov. 1981, *JDI* 1981, 355, note Khan ; Gwénaëlle Durand-Pasquier, « *La loi applicable à la sous-traitance internationale : bilan et perspective* », *JCl. Construction-Urbanisme*, 2008 ; Henri Batiffol et Paul Lagarde, « *Droit international privé* », Paris, LGDJ, T. II, 1983, n° 586 ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, et Pascal de Vareilles-Sommières, « *Droit international privé* », Paris, Dalloz, 2004, n° 377.

¹⁰⁸⁶ L'article 4.1.C du Règlement Rome I régit les contrats ayant pour objet un droit immobilier. Il dispose que « *les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble* ».

¹⁰⁸⁷ Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », article *op. cit.* ; Jean-Philippe Rémerly, « *Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeubles* », article *op. cit.*

¹⁰⁸⁸ Paul Lagarde et Henri Batiffol, « *Droit international privé* », *loc. cit.* ; dans le même sens Jean-Philippe Rémerly, « *Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeubles* », *op. cit.*, surtout p. 260, notes 37 et 38.

¹⁰⁸⁹ Henri Batiffol, « *Les contrats en droit international privé* », ouvrage *op. cit.*, p. 27 ; Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, p. 540 ; Henri Batiffol et Paul Lagarde, « *Droit international privé* », *loc. cit.* ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, et Pascal de Vareilles-Sommières, « *Droit international privé* », Paris, Dalloz, 2004, n° 377.

¹⁰⁹⁰ Jean-Philippe Rémerly, article *loc. cit.* citant A. Brabant, « *Le contrat international de construction* », Bruylant, Bruxelles 1981, n° 123, p. 154, qui écrit que par la force des choses, l'application de la loi nationale du pays d'exécution des travaux, à titre principal ainsi que le développement en cette matière relève d'une « *lex mercatoria aedificandi* ».

685. Ce critère de rattachement a été adopté dans plusieurs décisions¹⁰⁹¹. Ainsi dans une affaire liée à un contrat d'architecture mais qui « *semble même être étendue à la sous-traitance* »¹⁰⁹², la Cour a décidé qu'« *en l'absence d'un choix direct par les parties une cour d'appel est fondée à estimer qu'un contrat conclu en Corse entre un architecte allemand et une société française dont l'objet était la construction d'un immeuble en Corse était localisé au lieu de situation de cet immeuble et soumis de ce fait à la loi française et non à la loi allemande* »¹⁰⁹³.

686. L'importance du critère du lieu d'exécution a été affirmée également par les tribunaux arbitraux : dans une sentence rendue par la Chambre de commerce internationale¹⁰⁹⁴, les arbitres se sont prononcés en faveur de l'application du droit local, en affirmant que les contrats de construction internationale sont très liés au

¹⁰⁹¹ Dans une affaire, la cour d'appel devait se prononcer sur la loi applicable à la prescription extinctive du contrat de construction d'un immeuble industriel en Thaïlande. Dans ce litige, le contrat était conclu entre un maître de l'ouvrage Thaïlandais et un entrepreneur principal français. Le tribunal a adopté le droit des lieux de conclusion et d'exécution communs à l'exclusion de la loi de nationalité commune en soulignant qu'« *en l'absence de référence au droit applicable dans le contrat, doit être confirmé le jugement ayant retenu les lieux de conclusion et d'exécution des conventions comme éléments de détermination de la loi applicable* », CA Paris, 22 sept. 1980, *Bangchan Thaïlande c. spie Vatingolles*, JDI 1981, 585, note Khan. Henri Batiffol dans son commentaire sur cet arrêt a estimé qu'en l'absence de choix, le juge doit déduire la loi applicable non pas selon un système rigide et mécanique, mais de rechercher la loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat en vertu de ses éléments essentiels, Henri. Batiffol, « *La loi appropriée au contrat* », in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à B. Goldman, Paris, Litec, 1982, p. 1.

¹⁰⁹² Hugues Périnet Marquet, « *Les responsabilités des constructeurs et les assurances construction dans les pays de la CEE et les perspectives d'harmonisation. Les difficultés de l'harmonisation communautaire* », RDI 1990, p. 39.

¹⁰⁹³ Civ. 1^{ère}, 15 juin 1982, *Wolfgang Lahaye c. Calvi Hotel*, Bull. Civ. I. 223, p. 191, JDI 1983, p. 602, note Khan ; D. 1983 IR, 150, note Audit. Comp. l'affaire CCI 4023. Cette affaire concerne un contrat conclu entre une personne publique syrienne et un entrepreneur européen. Le contrat était muet sur la question de choix de loi. Le tribunal arbitral a décidé que le contrat est régi respectivement par les clauses contractuelles, les principes de commerce international et puis le droit syrien dans la mesure où il ne se contredit pas avec les règles précédentes. Cette sentence a été annulée par les juridictions suisses qui ont déclaré le droit syrien applicable au fond du litige en affirmant que le litige concernait la construction d'un immeuble en Syrie et donc il présente des liens plus étroits avec ce droit, Affaire CCI 4023 rendue en 1984, JDI 1984, éd. techniques, n° 4, p. 950-952, note Sigvard Jarvin.

¹⁰⁹⁴ CCI 3235, 1980. Dans cette sentence, le tribunal arbitral relève que « *le contrat, signé à Cuba, et que le différend se réfère à des faits qui se sont réalisés à Cuba après l'installation de l'usine* ». On en déduit la compétence de la loi cubaine « *en raison des nombreux points de rattachement existants entre le différend et Cuba* », Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974 - 1985, Kluwer, ICC publishing, éd, 1990, p. 410. Dans une autre sentence arbitrale n° 3755, 1988, il s'agit de la construction d'une usine clé à main, l'arbitre se prononce en faveur de l'application de la loi du lieu de construction. Cette sentence est publiée dans le Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, décembre 1990, p. 25. Les deux sentences sont citées par Philippe Fouchard « *La responsabilité des constructeurs en droit international privé* », Rapport français aux journées égyptiennes, p. 306, n° 27. V. également, CCI 3742 en 1983, JDI 1984, p. 910, note Derrains, cité par Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 648, p. 544.

droit local à raison de la connexité étroite de ces contrats avec les droits étatiques¹⁰⁹⁵.

687. Bien que la doctrine considère le rattachement au lieu d'exécution comme séduisant, les rédacteurs de la Convention de Rome et du Règlement Rome I ne l'ont pas adopté comme critère de rattachement en cas d'absence de choix. Cette exclusion a été justifiée par les difficultés résultant de son application qui se résument dans la pluralité des lieux d'exécution et parfois son indétermination. De telles difficultés se multiplient en présence d'un ensemble contractuel composé de contrats séparés¹⁰⁹⁶.

688. Or, si ces critiques valent de manière générale pour les contrats internationaux, elles ne sont pas de la même acuité en matière de contrats de construction internationale. Ces derniers se concentrent dans la grande majorité des cas dans un seul pays dont on réclame l'application de son droit. En outre, la difficulté concernant l'éparpillement des lieux d'exécution n'est pas incontournable en matière de contrat d'entreprise et contrat de sous-traitance. On peut préconiser l'application de la loi du lieu de l'exécution de la prestation caractéristique de l'ensemble contractuel, ce qui est facile à identifier surtout en matière de contrat de construction.

689. En outre, la règle proposée ne s'applique que si le lieu de l'exécution de la prestation caractéristique est commun entre le contrat de base et les sous-contrats. Pourtant, dans les cas où le lieu de l'exécution est éparpillé dans plusieurs pays, ce rattachement doit être exclu en faveur de la loi la plus appropriée au litige.

690. Dès lors, il convient de souligner l'importance d'insérer une clause d'exception. Pour des considérations de souplesse, on doit laisser au juge la faculté de soumettre le litige à une autre loi, soit dans les cas où il constate la présence d'une autre loi ayant des liens manifestement plus étroits au litige, soit dans les cas

¹⁰⁹⁵ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », ouvrage *op. cit.*, n° 648, p. 544. M. Glavinis estime, qu'il en va autrement en cas d'amiable compositeur, v. par exemple la sentence, CCI 3267, rendue en 1979, Recueil des sentences arbitrales CCI, vol. I, p. 376. Dans cette sentence, le tribunal arbitral a eu recours aux principes généraux de droit commercial international sans référence spécifique à un droit particulier.

¹⁰⁹⁶ Henri Batiffol, « *Les contrats en droit international privé* », Montréal, Institut de droit comparé, McGill University, 1981, p. 44 ; Marie-Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, n° 437 et s. ; Horatia Muir Watt dans sa note sous I Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, RCDIP 2008, p. 139.

d'impossibilité de mettre en œuvre le rattachement proposé. Par exemple, lorsqu'il s'agit des contrats de sous-traitance exécutés par des petites ou des moyennes entreprises, l'application de la loi de leur résidence habituelle paraît plus pertinente¹⁰⁹⁷ ; ou, comme on l'a souligné précédemment, en cas d'une sous-traitance à l'exportation, le juge ou l'arbitre peut trouver que la loi de nationalité commune des parties paraît manifestement plus appropriée à leur contrat¹⁰⁹⁸.

691. Dès lors, la règle proposée en cas d'absence totale de choix est telle : « *Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie ni dans le contrat de base ni dans le contrat de sous-traitance, il est présumé que le contrat est régi par la loi du lieu d'exécution de l'ensemble contractuel. Néanmoins l'application de ce critère de rattachement est écartée lorsque le lieu d'exécution est différent entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance ou lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays* ».

692. Pour conclure, l'absence de choix à l'ensemble contractuel peut être, d'abord, une absence partielle, en ce sens que les parties ont choisi une loi applicable au contrat principal à défaut du sous-contrat. Dans cette hypothèse, la sous-catégorie proposée préconise un rattachement accessoire qui consiste à attacher la loi applicable au sous-contrat à celle du contrat principal. Ensuite, l'absence de choix peut être totale, c'est-à-dire que les parties n'ont choisi de loi ni au contrat principal ni au contrat de sous-traitance. Dans ce cas, l'appréciation globale de l'ensemble contractuel milite en faveur de la loi du lieu d'exécution des contrats. En unifiant les lois applicables au contrat principal et au sous-contrat, on parvient à assurer une transparence conflictuelle à l'ensemble contractuel.

693. Néanmoins, la transparence conflictuelle ne suffit pas à réaliser une cohérence parfaite au sein de l'ensemble¹⁰⁹⁹. En effet, les règles applicables en matière de contrat sont en majorité des règles supplétives auxquelles les parties peuvent déroger par leur propre choix, en incorporant dans les contrats des

¹⁰⁹⁷ Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 651, p. 547.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, n° 649 ; Van Houtte, Rony Vermeersch, et Patrick Wautelet, « *Sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

¹⁰⁹⁹ Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243 ; Christopher Seppala, « *FIDIC conditions of contract and the dispute adjudication procedure* », Actes de colloque organisé in London, 4-5 décembre, 2003.

dispositions différentes. Dès lors, on peut trouver dans le sous-contrat des dispositions ou des obligations différentes de celles figurant dans le contrat principal. Ces dernières peuvent, dans certains cas, être abusives en soumettant le sous-contractant à des obligations plus étendues que celles imposées à l'entrepreneur principal dans le contrat de base, ce qui nous mène de nouveau aux situations d'injustice et à l'incohérence qu'on a voulu éviter, par exemple, les cas où on stipule que le sous-traitant est responsable à l'égard de son entrepreneur principal plus longtemps que la durée prévue dans le contrat de base. Ceci a mené des auteurs à affirmer que l'unification de la loi ne suffit pas à assurer l'harmonie au sein de l'ensemble contractuel et à éviter « *les situations boiteuses* »¹¹⁰⁰.

694. L'équité souhaitée au sein de l'ensemble contractuel, contrat principal et contrat de sous-traitance, ne peut pas se contenter d'une unification sur le plan conflictuel, mais cette dernière doit s'étendre aux clauses contractuelles, ou ce que l'on appelle une transparence substantielle¹¹⁰¹ (Sous-section II).

Sous-section II – Une transparence substantielle à l'ensemble contractuel

695. Devant la complexité des relations privées internationales et la crise qu'a traversée la règle de conflit¹¹⁰², beaucoup d'auteurs ont senti le besoin de substituer

¹¹⁰⁰ Delphine Porcheron, « *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé* », n° 377, p. 217 ; Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.*, n° 32 et 34.

¹¹⁰¹ La question qui peut se poser : est-ce qu'une telle unification substantielle peut-elle être déduite de la transparence conflictuelle entre les contrats du groupe ? Est-ce que le simple fait d'unifier le droit des deux contrats suffit pour unifier les clauses régissant le fond du litige en cas de silence des parties, comme les clauses concernant la force majeure ou les clauses exonératoires de responsabilité ? Une telle extension a été suggérée et même adoptée par les arbitres pour les contrats complémentaires comme les contrats cadre et les contrats d'application. V. François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, p. 45 et s. Par contre, le fondement d'une telle unification n'était pas l'unification de la loi applicable mais la volonté tacite des parties d'unifier les clauses contractuelles déduite des liens indissociables entre ces contrats. En revanche, en ce qui concerne le groupe, contrat principal et sous-contrat, une telle unification de régime ne peut être déduite d'une volonté tacite des parties, car le choix des parties de ce type de contrats superposés présume, au contraire, la volonté des parties de dissocier le sous-contrat et le contrat principal, puisqu'elles ont reproduit le contrat principal dans un instrument séparé, ce qui implique le rejet de la volonté tacite de l'extension. *Ibid.*, p. 237.

¹¹⁰² Après la seconde guerre mondiale, les relations sont devenues de plus en plus complexes, et le rôle de l'État est devenu plus important même dans des pays non socialistes. Il s'en est suivi une intervention de plus en plus active dans les relations familiales et économiques. D'où l'apparition de discussions sur la méthode de la règle de conflit en droit international privé. De plus, les critiques de l'école américaine ont montré les complications de la méthode conflictuelle, Henri Batiffol, « *Le*

des règles conflictuelles indirectes par des règles matérielles¹¹⁰³. Ces dernières sont les normes spécialement faites pour régir les relations internationales¹¹⁰⁴. Elles donnent immédiatement la réponse à une question posée, et ne se contentent pas de désigner l'ordre juridique d'où procèdera la règle de droit qui régira la situation juridique¹¹⁰⁵. En matière de contrats internationaux, de nombreuses règles transnationales ont été élaborées par les partenaires des échanges économiques internationaux afin de régir directement leurs transactions commerciales internationales, c'est ce que l'on appelle *la lex mercatoria*¹¹⁰⁶. Cet ensemble normatif repose sur quatre piliers essentiels : les usages professionnels, les contrats types, les réglementations professionnelles et la jurisprudence arbitrale¹¹⁰⁷. Il a été élaboré pour pallier les insuffisances des règles de conflits qui ne sont pas aptes à tenir compte de toutes les particularités des relations commerciales internationales.

696. Pourtant, ni le système conflictuel ni le système matériel ne peut fonctionner seul. Devant la jeunesse du système matériel par rapport aux droits nationaux¹¹⁰⁸, il n'est pas étonnant qu'il contienne de nombreuses lacunes qui

pluralisme des méthodes en droit international privé », RCADI, vol. 139, 1973, p. 82 ; Gerhard Kegel, « *The Crisis of Conflict of Laws* », RCADI, vol. 112, 1964, 95.

¹¹⁰³ Le terme matériel s'oppose au conflictuel. Dans les pays de *common law* on parle plutôt de substantiel « *substantial law* ». Le terme substantiel est plus clair mais l'usage a diffusé le terme matériel, Henri Batiffol, « *Le pluralisme des méthodes en droit international privé* », cours *op. cit.*, p. 82. L'éminent auteur estime qu'on ne doit pas compliquer la question pour de simples querelles de mots, celui qui se répand est compris. Dès lors, nous employons matériel ou substantiel comme synonymes.

¹¹⁰⁴ Ces règles sont de deux sortes : soit des règles nationales comme par exemple en France la règle de la licéité de la clause-or dans les contrats internationaux, celle de la validité de la clause compromissoire indépendamment de celle du contrat qui la contient, soit de source internationale qui sont susceptibles d'emprunter deux voies : la première est celle des conventions internationales d'unification. Alors que la seconde est celle du droit souple ou spontané comme la *lex mercatoria*, y compris la pratique contractuelle (contrats types, figures contractuelles nouvelles, clauses originales), Bruno Oppetit, « *Le développement des règles matérielles* », TCFDIP, 1988, 121-39.

¹¹⁰⁵ Eric Loquin, « *Les règles matérielles internationales* », RCADI, 322, 2006, 9-241 ; Henri Batiffol, « *Le pluralisme des méthodes en droit international privé* », cours *op. cit.*

¹¹⁰⁶ Berthold Goldman, « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international. Réalité et perspectives* », TCFDIP, n° 2, 1980, pp. 221-270. Publié également dans le JDI, 1979, p. 475 ; pour l'aperçu historique et l'évolution de cette matière, v. Emmanuel Gaillard, « *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* », RCADI, vol. 329, 2007, p. 55, et les références citées.

¹¹⁰⁷ Irineu Strenger, « *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international* », RCADI, vol. 227, 1991, p. 217.

¹¹⁰⁸ Jean-Philippe Rémy, « *Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeubles* », D.S. n° 37, 1985, p. 255 ; Berthold Goldman, « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international. Réalité et perspectives* », article *op. cit.* ; Henri Batiffol, « *Pluralisme des méthodes en droit international privé* », cours *op. cit.* Un exemple de ces règles a été donné par Batiffol, en droit maritime : les règles de York et d'Anvers dont l'origine remonte à 1877 et 1890, ces règles sont universellement suivies.

exigent le recours aux droits nationaux pour les combler. La coexistence entre les deux régimes paraît incontournable¹¹⁰⁹.

697. Ici, nous examinerons, donc, les règles matérielles prévues dans les contrats types qui ont été élaborés pour régir le contrat de sous-traitance. Ces contrats sont la source de droit souple¹¹¹⁰ en matière des opérations de commerce internationales¹¹¹¹. Ils ont pour but d'offrir aux parties plusieurs modèles de sous-contrats fondés essentiellement sur la transparence entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. L'objectif principal de la transparence substantielle au sein de l'ensemble contractuel est de pallier les inconvénients des différences entre les lois applicables en cas de choix des lois différentes entre les différents contrats¹¹¹². Par ailleurs, même en cas d'unification entre les lois applicables, les contrats modèles guident les parties à rédiger les clauses contractuelles d'une manière à parvenir à des solutions justes et équilibrées¹¹¹³. La transparence permet

¹¹⁰⁹ Henri Batiffol, « *Pluralisme de méthodes en droit international privé* », cours *op. cit.*, p. 125. L'auteur a posé la question suivante : est-ce que ce type de règles matérielles peut tout régler dans le contrat ? La réponse est, selon le Doyen Batiffol, évidemment négative comme suit : « *S'il existe dans tous les pays des codes entiers et des jurisprudences abondantes sur le droit des contrats, c'est apparemment que les problèmes sont multiples et ne sont pas imaginaires* ». Dans le même sens, Ahmed Abd El Kerim Salama, « *La loi du contrat international* », *Dar Al Nahda Alarabeya*, Égypte, 2008, 144.

¹¹¹⁰ Le terme *soft law* ou droit souple est selon un auteur un oxymoron : il est souple et donc il ne peut pas être une loi, mais il s'agit d'une loi qui ne peut pas être souple. Néanmoins, l'emploi de cette loi est de plus en plus répandu devant les tribunaux arbitraux et les conférences arbitrales. Le *soft law* est un remède à tous les problèmes qui se posent. Son emploi a commencé en droit international public puis a été étendu au droit de commerce international, Felix Dasser, « *"Soft Law" in International Commercial Arbitration* », RCADI, vol. 402, 2019, p. 392. On appelle le *soft law* également le droit spontané, v. Henri Batiffol, « *Le pluralisme des méthodes en droit international privé* », article *op. cit.* ; Berthold Goldman, « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international. Réalité et perspectives* », article *op. cit.*

¹¹¹¹ « *La source potentielle de droit souple en matière de construction tient aux contrats types et aux cahiers types, édictés par des représentants, des professions intéressés et/ou dans certains cas des représentants des maîtres d'ouvrage. On peut admettre qu'il s'agit là d'une sorte recueil des bonnes pratiques contractuelles relevant du droit souple* », Philippe Malinvaud, « *Les sources de droit de construction* », in mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, 2006, p. 343 ; Bernard Audit, « *Vente* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2011, n° 4 ; Michael Joachim Bonell, « *The law governing international commercial contracts : Hard law versus soft Law* », RCADI, vol. 388, 2018, p. 17.

¹¹¹² Sur la dérogation volontaire à la transparence conflictuelle, v. *infra* section II, n° 753 et s.

¹¹¹³ Selon M. Seppala, dans les contrats d'entreprises internationales, les décisions dépendent dans 90 à 95% des faits des clauses contractuelles et seulement 5 à 10% sur la loi applicable, Christopher Seppala, « *FIDIC conditions of contract and the dispute adjudication procedure* », article *op. cit.* V. la sentence arbitrale CCI 2375 rendue en 1975, Recueil des sentences arbitrales, vol. I, p. 257. Dans cette affaire, après avoir scruté et hésité entre les différents critères de rattachement présentés en l'espèce, le tribunal arbitral a décidé de ne pas statuer selon un droit national déterminé en estimant : « *qu'enfin le problème posé au tribunal arbitral ne comporte que l'interprétation de conventions intervenues entre les parties, et la recherche de leur volonté exacte au moment où elles ont traité ; que dans pareille étude, on ne voit pas l'intérêt d'appliquer une loi nationale...* » ; v. en outre, la sentence arbitrale CCI 1434, Recueil des sentences arbitrales, vol. I, 1975, p. 269, qui affirme que

la coopération entre tous les intervenants en exécutant l'opération économique, la prévention des risques avant de produire des litiges, et le partage des responsabilités d'une manière juste.

698. Le modèle de sous-traitance transparente a été adopté par de nombreux contrats types qui sont largement utilisés partout dans le monde¹¹¹⁴. Il s'agit par exemple, du contrat standard élaboré par la fédération internationale des ingénieurs-conseils (connue sous le nom abrégé couramment employé : le modèle FIDIC)¹¹¹⁵ et du contrat type de sous-traitance adopté récemment par la Chambre de commerce Internationale (la CCI)¹¹¹⁶.

« rares sont les sentences arbitrales qui témoignent l'importance pour les arbitres du commerce international de la détermination du droit applicable au fond du litige ».

¹¹¹⁴ Les contrats types sont utilisés dans au moins 50% des contrats internationaux, Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, p. 27. Pour des contrats de sous-traitance transparents, v. par exemple, contrat type élaboré par l'*Associated general contractors (AGC)* et le contrat type MC élaboré par des sociétés américaines en vue d'être utilisée dans les contrats conclus avec des sociétés égyptiennes, Mahmoud Mohamed Ali Sabra, « *La préparation et la rédaction des contrats public* », 4^{ème} éd., mai 2007, p. 28. De plus, dans quelques projets de lois européens, on trouve également les prémices de cette transparence entre les deux contrats, comme dans le projet *Eurofound*. Celui-ci c'est la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail. Selon ce projet de la loi, le recours à la sous-traitance a été multiplié de façon considérable les vingt-cinq dernières années. Ce projet a édicté que puisque la chaîne de sous-traitance est devenue longue et compliquée, la responsabilité entre les parties est jointe tout au long de la chaîne, commençant par le client jusqu'à la fin de la chaîne de sous-traitance. Ce projet révèle la forte liaison entre les membres de la chaîne, même s'ils ne sont pas dans un rapport contractuel direct. Le projet du (*Eurofound*) sur la responsabilité jointe de sous-traitance concerne huit États de l'union européenne, à savoir : la France, la Finlande, la Belgique, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et les pays bas. v. Matthew R. Amon, « *Liability regulations in european subcontracting : will joint liability be the 21st century european approach* », RDAI, 2010, p. 231.

¹¹¹⁵ La fédération internationale des ingénieurs-conseils est une association internationale qui réunit des professionnels de nombreux États, elle publie des contrats de construction standards dans le domaine du génie-civil. Ces contrats FIDIC sont communément utilisés et approuvés dans le monde entier par de nombreuses banques multilatérales de développement. Une étude récente a montré que ces contrats sont fréquemment utilisés soit dans les pays civils comme la France, l'Allemagne, la Belgique, l'Irlande, soit dans les pays de *Common law* comme les États-unis et la Grande Bretagne. V. Peter Rocher, « *Adapting FIDIC provisions for use in contracts governed by French law* », RDAI, 2015, n° 2, p. 123 ; Add. Ali Benani, « *Les Contrats FIDIC* », Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015, p. 232 ; Christopher Seppala, « *Introduction to the FIDIC conditions of subcontract for work of civil engineering construction* », ICLR, 1995, 25 ; Christopher Seppala, « *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil* », RDAI, 1995, p. 659 et s.

¹¹¹⁶ La chambre de commerce internationale est une organisation internationale non gouvernementale dont le siège est à Paris. Elle fut officiellement créée à Paris le 24 juin 1920. Elle a pour objet de faciliter les relations d'échanges entre les nations, d'assurer la coordination des efforts de toutes les questions internationales touchant le commerce et l'industrie. Outre les initiatives prises par la CCI, l'œuvre essentielle de la CCI est d'avoir mis à la disposition de la communauté internationale un règlement perfectionné d'arbitrage. Elle offre également des guides pour la rédaction des contrats internationaux. V. Dominique Hascher, « *Chambre de commerce internationale* », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998. Le modèle CCI de sous-traitance a été élaboré en 2011, nommé « *ICC Model subcontract. ICC Model Back-to-back subcontract to ICC Model Turnkey Contract for major projects* ».

699. Nous proposons, donc, d'étudier avec de détails la notion et les manifestations de la transparence substantielle, ainsi que sa force à assurer la cohérence entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal (§ 1). Pourtant, la transparence substantielle n'est pas sans dangers. Afin de protéger les intérêts des différentes parties, le législateur empêche la figure d'une transparence absolue qui peut parvenir à des effets extrêmement injustes à l'égard de l'une des parties. L'exemple le plus édifiant à ce propos est la transparence financière (§ 2).

§ 1 – Vertus et illustrations de la transparence substantielle

700. Les législateurs, dans les différents systèmes, confèrent aux parties, dans les contrats internationaux, une grande marge de liberté pour encadrer leurs relations contractuelles. La plupart des stipulations contractuelles sont des règles supplétives qui permettent d'y déroger par une disposition contraire. Afin d'éviter l'insertion des clauses contractuelles qui rompent la transparence conflictuelle, on recommande en contrat de sous-traitance internationale deux faces de transparence substantielle ou de *back to back agreement* : une face positive ou un *opt-in* (une option d'acceptation) qui consiste à intégrer ou incorporer dans le contrat les mêmes règles matérielles comprises dans le contrat de base ou d'étendre le champ d'application des conventions normalement exclues, et une face négative ou un *opt-out* (une option d'exclusion)¹¹¹⁷ qui vise à éliminer les règles et les clauses contractuelles qui peuvent rendre contradictoires ou rompre l'harmonie entre les deux contrats. L'*opt-out* sert, par exemple, à exclure les conventions internationales applicables à l'un des deux contrats à défaut de l'autre, comme l'exclusion de la convention de vente internationale de marchandises¹¹¹⁸, ou de

¹¹¹⁷ A l'exclusion des dispositions impératives qui ne pourront pas être exclues par la simple volonté des parties, ces dernières ont la possibilité d'incorporer des règles qui sont sans force obligatoire, d'étendre le champ d'application de celles-ci ou d'exclure les normes normalement applicables. La volonté des parties n'est pas à cet égard exemptée de toute obligation. Elle est encadrée par les réglementations étatiques et interétatiques qui leur imposent les limites de ces mécanismes soit en leur interdisant de faire échec à des dispositions impératives soit en limitant leur panel de choix, Pascale Deumier, Marie-Élodie Ancel et Malik Laazouzi, « *Droit des contrats internationaux* », Paris, Sirey, 2016, n° 76-77, pp. 55-57 et les références citées.

¹¹¹⁸ *Ibidem*. La soumission seulement d'un contrat de l'ensemble contractuel à des règles matérielles à l'exclusion de l'autre peut rompre l'harmonie qui devait exister entre le contrat principal et le sous-contrat. On peut donner l'exemple des cas où un des deux contrats est soumis à la Convention de la vente internationale des marchandises (CVIM) alors que l'autre contrat ne l'est pas, par exemple, si le contrat principal avait un objet immobilier ou portait sur la construction d'un navire, alors que le sous-traitant se verrait confier la réalisation d'un élément d'équipement suivant des prescriptions précises de l'entrepreneur principal, dans ce cas le sous-contrat serait soumis à la Convention de Vienne, à l'exclusion du contrat principal. Inversement, la sous-traitance à l'exportation sera exclue

façon générale l'exclusion de toute clause contractuelle ayant pour objet de rompre la cohérence au sein de l'ensemble contractuel.

701. Les vertus essentielles qui marquent ce système de transparence substantielle, peuvent être résumées en deux mots : équilibre et prévention.

702. Tout d'abord, la justice entre les différentes parties ne peut être atteinte qu'à partir d'une réglementation équilibrée entre les différents contrats visant à exécuter la même opération¹¹¹⁹. Les contrats types essaient de régler d'une manière équilibrée toutes les matières qui peuvent être source de différends entre les parties. Cet équilibre touche tous les aspects des contrats, comme le prix, la sécurité des personnes et des biens et la transparence des informations qui assure le droit à l'information à toute source de dangers. De plus, en cas de survenance de litiges, les contrats types présentent aux parties des modes effectifs et transparents de leur résolution¹¹²⁰.

703. Ensuite, l'aspect remarquable qui distingue ces modèles types, est qu'ils s'efforcent d'éviter les différends entre les parties de l'opération en prévoyant des clauses contractuelles qui assurent une équitable distribution fondée sur la transparence des droits et des obligations des différents intervenants¹¹²¹. Les contrats types, lorsqu'ils visent à assurer ces objectifs, ont à l'esprit, d'une part, le besoin des parties d'une sécurité et d'une prévisibilité concernant les responsabilités et les risques, et d'autre part, leurs droits à une équitable compétition internationale¹¹²².

du domaine d'application de la Convention, puisque celle-ci s'applique, selon l'article premier, entre les parties ayant leur établissement dans des États différents, alors que le contrat principal y serait soumis, Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2017, n° 30, ce qui a mené M. Heuzé à conclure que, la soumission du sous-traité à la loi du contrat principal ne peut être considérée comme garantissant de l'harmonie du régime entre les deux contrats, puisqu'un des contrats peut être régi selon un régime alors que l'autre en est exclu, d'où l'avantage de cette option d'inclusion ou d'exclusion. Selon une étude 58% des conditions générales des entreprises excluent l'application de la convention de vente internationale de marchandise (CVIM). Claude Witz, « *L'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties* », D. 1990, 107.

¹¹¹⁹ Modèle CCI du contrat de sous-traitance.

¹¹²⁰ *Ibid.* ; Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, *passim*.

¹¹²¹ Jhon W. Hinchey, « *Rethinking conflict in construction project delivery and dispute resolution* », ICLR, 2012, p. 29 ; Richard Horsfall Turner, « *Avoiding and resolution of construction disputes- Prior to and during the construction process* », ICLR, 1994, p. 384.

¹¹²² Modèle CCI de sous-traitance.

704. Dès lors, si les parties souhaitent modifier ces modèles de contrats, de telles modifications ne doivent pas aboutir à des déséquilibres entre les intervenants¹¹²³.

705. Il convient, maintenant, de donner quelques exemples, non exhaustifs, des clauses *back to back agreement* au sein de l'ensemble contractuel, le contrat principal et le contrat de sous-traitance, prévues par les différents contrats types adoptant une telle figure¹¹²⁴. Nous donnerons, dans un premier temps, des exemples de quelques figures de transparence préventive au cours de l'exécution du contrat de sous-traitance (A), puis nous examinerons, dans un second temps, les clauses transparentes de résolution des différends (B).

A- Une transparence préventive au cours de l'exécution de l'opération

706. Les contrats internationaux d'entreprise participent, dans la plupart des cas, à des opérations de construction internationale extrêmement complexes qui s'exécutent dans une longue durée et qui sont exposés à plusieurs aléas impossibles à prévoir. Ces contrats sont propices à la naissance des différends, chacun des intervenants essayant de réaliser le maximum des profits au détriment

¹¹²³ Dr. Jur. Tunay Köksal, « *FIDIC conditions of contract as a model for an international construction contract* », *International Journal of Humanities and Social Science*, vol. 1, n° 8, 2011. En cas du non-respect de cette règle, c'est-à-dire si les modifications aboutissent à un déséquilibre entre les deux contrats, le juge doit intervenir afin de corriger les clauses injustes, v. *infra* n° 823 et s.

¹¹²⁴ On cite d'une manière essentielle les clauses de FIDIC et CCI, en étant les contrats modèles les plus répandus. Il convient de préciser que ce système de transparence est employé par les contractants depuis très longtemps. Par contre, la transparence était exercée d'une manière équivoque qui suscitait des litiges. Dans une ancienne affaire devant la Cour suprême américaine, un contrat de sous-traitance était conclu entre un entrepreneur principal et un sous-traitant, dans lequel les parties ont prévu que le contrat de sous-traitance est soumis d'une « *manière conforme aux plans et spécifications du contrat principal* ». L'entrepreneur principal avait fait des modifications qui ont provoqué des retards dans l'exécution de son contrat principal, ce qui a causé, à son tour, des retards au sous-contrat. Le sous-traitant a résilié le contrat de sous-traitance et a intenté une action afin de réclamer des dommages-intérêts à l'encontre de l'entrepreneur principal. Le tribunal de première instance a interprété la clause « *conforme aux plans et spécifications* » que le sous-traitant est lié par les stipulations prévues dans le contrat principal et qu'il est obligé d'accepter les retards de l'entrepreneur. La Cour suprême a annulé cet arrêt et a considéré que la décision de la Cour inférieure, interprétant la clause de manière à faire subir le sous-traitant des retards du contrat principal, était erronée. Voir la décision de La Cour Suprême des États-Unis, *Guerini Stone Co. c. P.J. Carlin Construction Co.*, 240 US, 264, 1916, cité par Christopher Seppala, « *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil* », *RDAl*, 1995, p. 659, note 16. La transparence prévue dans le contrat FIDIC est univoque et ne suscite pas de problèmes d'ambiguïté. On a prévu que le sous-traitant s'engage des mêmes obligations et aura les mêmes droits du contractant principal eu égard au sous-contrat. De plus, l'entrepreneur doit fournir le sous-traitant, en cas de demande, d'une copie du contrat principal, sauf les stipulations concernant les prix.

des tiers¹¹²⁵. Selon M. Malinvaud¹¹²⁶, « *les contrats portant sur les grands travaux de construction, qui comportent à la fois du génie civil, du bâtiment et des équipements industriels, suscitent très souvent un important contentieux. Les litiges peuvent apparaître à tout moment de l'opération de construction, laquelle s'étend généralement sur plusieurs années* ».

707. Dès lors, afin de réduire l'interférence de ces différends, faciliter l'exécution de ces contrats et éviter les injustices et les contradictions des solutions qui peuvent surgir, il faut que les parties portent une attention particulière aux dispositions de leurs contrats pour parvenir à des solutions harmonieuses et équitables. Durant toutes les phases de la vie d'un contrat, il faut s'éloigner de la mentalité individualiste classique du droit des contrats, pour aller vers une vision globale fondée sur une transparence substantielle où les intérêts de tous les intervenants sont liés.

708. En commençant par l'interprétation du contrat de sous-traitance, dans un contrat transparent, les parties prévoient que le contrat de sous-traitance sera interprété, d'abord, selon les termes du sous-contrat. Toutefois, en cas de lacunes, pour les combler, le juge peut se référer aux clauses du contrat principal et aux instructions du maître de l'ouvrage, c'est ce qui est disposé dans le contrat type élaboré par la Chambre de commerce internationale dans son article premier¹¹²⁷.

709. En outre, étant des contrats complexes qui s'étalent sur une longue durée, leur exécution est fréquemment perturbée en raison des imprévus. Cela peut provoquer des retards par rapport aux délais prévus, ou des suspensions temporaires de leur exécution.

¹¹²⁵ Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 20, p. 58 et n° 26 et s., et p. 65 et s.

¹¹²⁶ Philippe Malinvaud, « *Réflexions sur le dispute adjudication board* », in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Études offertes à Pierre Catala, Litec 2001, p. 241 ; dans le même sens, Jhon Hinchey, « *Rethinking conflicts in construction project delivery and dispute resolution* », ICLR, 2012, 29. M. Hinchey affirme que les contrats de construction sont propices à la naissance des différends en soulignant que « *.... conflict in construction has traditionally been endemic, pandemic, and perhaps inevitable....* ».

¹¹²⁷ L'article 1^{er} du contrat type CCI dispose : « *Where a word or phrase is a Defined Term in the Main Contract, and is also used in this Subcontract, unless otherwise agreed herein below, it will have the meaning in this Subcontract* ».

710. Dès lors, le sous-traitant est appelé à coordonner les délais de son contrat avec ceux du contrat principal¹¹²⁸. En cas d'extension du contrat principal suite à des modifications, le sous-traitant doit avoir le droit de demander une prolongation identique. Pareillement, en cas de changement des conditions climatiques, manque de personnel ou de marchandises pour des raisons liées au gouvernement ou des extensions liées au maître de l'ouvrage ou ses contractants¹¹²⁹, le sous-traitant doit avoir le droit de demander une extension équivalente sur les mêmes fondements. L'extension, dans ces cas, n'est pas systématique, mais il convient de la prévoir dans le sous-contrat en se fondant parfaitement sur les mêmes motifs que ceux du contrat principal. Ceci s'est concrétisé dans une affaire présentée devant la Cour d'appel britannique¹¹³⁰. Le litige concernait les délais d'exécution, les demandeurs qui étaient les sous-traitants, réclamaient des dommages-intérêts pour des extensions d'exécution dues au retard de l'entrepreneur principal. Ils ont fondé leur demande sur une clause du sous-contrat prévoyant que « *le sous-contrat doit être exécuté au même moment et aux mêmes conditions selon lesquelles l'entrepreneur principal est tenu d'exécuter le contrat principal* »¹¹³¹. En se fondant sur cette clause, le juge a décidé que le contrat de sous-traitance devait être exécutée selon les mêmes termes et délais du contrat principal et par suite leur demande des dommages-intérêts a été admise. On constate, dans ce litige, l'effet de la transparence substantielle qui a mené à unifier les délais entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Une telle harmonisation n'aurait pas été atteinte par une unification de loi ou par une transparence conflictuelle seule. La combinaison entre les deux types de transparence paraît essentielle.

¹¹²⁸ Selon l'article 8.3 (article 7.2 de l'ancien modèle sous-traitance (1995)) : « *Le sous-traitant y a droit (à une extension des délais) lorsqu'il a été retardé par un quelconque des trois événements suivants : (a) toute circonstance ou événement qui permettrait à l'entrepreneur d'avoir droit d'obtenir du maître de l'ouvrage une prolongation du délai d'exécution pour l'achèvement des travaux principaux en vertu du contrat principal ; (b) toute instruction donnée conformément à l'article 8.2 et n'entrant pas dans le champ d'application du paragraphe (a) du présent article ; ou (c) toute violation du contrat de sous-traitance par l'entrepreneur ou dont l'entrepreneur est responsable* ». Dès lors, le contrat modèle FIDIC assure une transparence équitable entre les deux contrats par rapport aux délais de l'exécution du contrat.

¹¹²⁹ Article 8.4 du contrat modèle FIDIC.

¹¹³⁰ *L'affaire Martin Grant & Company Ltd c. Sir Lindsay Parkinson & Company Ltd, 1984, EWCA Civ J1205-4.*

¹¹³¹ Traduit par nous, Le texte original dispose que « *... at such time or times and in such manner as the Contractor shall direct or require and observe and perform the terms and conditions of the Principal Contract so far as the same are applicable to the subject matter of this Contract ...* ».

711. En outre, la transparence substantielle doit s'étendre, également, à la question de suspension de l'exécution. La suspension du contrat principal pour des conditions imprévues doit être suivie d'une suspension analogue du sous-contrat. Le sous-traitant doit avoir les mêmes droits que l'entrepreneur principal selon le contrat principal concernant les délais de suspension, le paiement des frais supplémentaires ou le droit à des dommages-intérêts en cas de longue suspension¹¹³².

712. Dans l'affaire *Balfour Beatty c. Kelston Sparkes Contractors Limited*¹¹³³, le juge anglais a obligé l'entrepreneur principal à payer aux sous-traitants une proportion de dommages qu'il a reçue du maître de l'ouvrage suite aux changements des conditions de l'opération d'une manière imprévue. La Cour s'est fondée sur la clause 10.2 du contrat modèle FCEC de sous-traitance choisi par les parties prévoyant que¹¹³⁴ « *l'entrepreneur principal bénéficiant des avantages contractuels de la part du maître de l'ouvrage, y compris toute prolongation de délai, doit transmettre à son tour au sous-traitant la proportion d'une manière juste et raisonnable* »¹¹³⁵.

713. La transparence substantielle a été concrétisée, également, dans l'affaire *Mooney c. Henry Boot Construction Limited* rendue par la Cour d'appel britannique¹¹³⁶. Les parties dans ce contrat ont adopté, également, le modèle FCEC qui est fondée sur une transparence substantielle entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. La Cour a souligné que le contractant principal doit payer aux sous-traitants une proportion des dommages-intérêts payés par le maître de l'ouvrage pour les conditions imprévues. Ces clauses visent à assurer l'équilibre entre les deux contrats que la transparence conflictuelle peut ne pas suffire à le réaliser.

714. Par ailleurs, le contrat modèle de sous-traitance élaboré par la Chambre de commerce internationale a unifié les dispositions par rapport aux clauses

¹¹³² Article 8.6 du contrat modèle FIDIC.

¹¹³³ *Balfour Beatty c. Kelston Sparkes Contractors Limited* 1996, 80 BLR 66, cité par Jeremy Winter, « *The FIDIC condition of subcontract and the UK FCEC "Blue form" of contract* », ICLR, 1997, 433.

¹¹³⁴ Le contrat modèle FCEC (*English Federation of Civil Engineering Contractors*) était élaboré comme un contrat type de sous-traitance pour être utilisé avec le contrat modèle FIDIC.

¹¹³⁵ Traduit par nous. Le texte original dispose qu' « *on receiving any such contractual benefits from the Employer, including any extension of time, the Contractor shall in turn pass on to the subcontractor such proportion if any thereof as may in all the circumstances be fair and reasonable* ».

¹¹³⁶ *Mooney c. Henry Boot Construction Limited*, 1995, 12 construction LJ.

d'aménagement de responsabilité entre le contrat principal et le sous-contrat. L'article 54 du sous-contrat dispose : « *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité stipulées dans le contrat principal s'appliquent également au personnel, agents, sous-traitants et fournisseurs de l'entrepreneur principal ainsi que le personnel respectif de chaque partie* »¹¹³⁷.

715. Parfois, la transparence substantielle entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance prend la forme d'une stipulation pour autrui dans le contrat principal en faveur des sous-traitants. Tel était le cas dans l'affaire *Southern Water Authority c. Carey* présentée devant les juridictions anglaises¹¹³⁸. Les parties, dans le contrat principal, ont disposé que « *douze mois après l'achèvement des travaux, les entrepreneurs principaux, leurs sous-traitants, préposés ou agents ne seront plus responsables pour les défauts de l'exécution ou toute perte imputable à de telles défauts* »¹¹³⁹. Les sous-traitants bénéficient, en vertu de cette clause, d'une limitation de responsabilité si la maître de l'ouvrage invoque l'apparition des défauts après douze mois de la réception des travaux. Dans cette affaire, le maître de l'ouvrage a réclamé au sous-traitant des dommages-intérêts pour les malfaçons dans l'exécution de son contrat, après le délai prévu dans la clause. Il a fondé son action à l'égard du sous-traitant sur un fondement délictuel. Néanmoins, son action a été vouée à l'échec. La Cour a refusé, d'une part, la nature délictuelle de l'action en raison de l'étroite connexité entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, et d'autre part, la demande des dommages-intérêts du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, puisqu'il a accepté la clause de limitation de responsabilité en faveur des sous-traitants figurant dans le contrat principal.

716. Les exemples de la transparence substantielle sont nombreux¹¹⁴⁰, mais le principe est le même. La vision globale doit dominer et se substituer à la vision

¹¹³⁷ Traduit par nous. Le texte original en anglais dispose que, « *the foregoing limitations and exclusions of liability are also for the benefit of and apply to each Party's personnel, agents, subcontractors, suppliers and their respective personnel* ».

¹¹³⁸ *Southern Water Authority c. Carey*, 1985, 2 All ER 1077.

¹¹³⁹ Traduit pas nous, la clause en anglais dispose que « *that 12 months after completion, the main contractors, their subcontractors, servants or agents were not liable for defects in the works or loss attributable to such defects* ».

¹¹⁴⁰ Selon l'article 19 du contrat de sous-traitance FIDIC, la définition et les cas de force majeure sont calquées sur ceux cités par le même article dans le contrat principal. Concernant la clause pénale, elle n'est pas prévue d'une manière expresse dans le sous-contrat FIDIC, mais elle peut être comprise dans l'article 4.4 qui stipule que « *si le sous-traitant commet une violation quelconque*

individualiste tout au long de l'exécution et jusqu'à l'extinction de l'opération de sous-traitance¹¹⁴¹. En procédant ainsi, les parties peuvent éviter au maximum les différents litiges qui peuvent surgir pendant l'exécution de l'opération. Pourtant, dans les contrats complexes, il est utopique d'imaginer la possibilité d'éviter toutes sortes des litiges pendant les années d'exécution. Ces contrats, comme nous l'avons précédemment vu, sont propices à la naissance des différends. Dès lors, un système efficace de résolution des litiges est essentiel (B).

B- Une résolution transparente des différends au niveau de l'ensemble contractuel

717. Selon la figure classique des contrats, le contrat principal et le contrat de sous-traitance sont indépendants l'un par rapport à l'autre. Dès lors, la résolution des différends s'effectue d'une manière isolée, même s'il s'agit des différends liés. Par exemple, le maître de l'ouvrage qui se plaint des défauts causés par le sous-traitant, agit contre son cocontractant direct, l'entrepreneur principal, et puis ce dernier intente à son tour une action contre l'auteur direct du dommage, le sous-traitant. Il est notoire que la pluralité des actions mène à une perte du temps et d'argent. Dès lors, la transparence substantielle entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance ne doit pas se limiter à la phase de rédaction des clauses contractuelles, mais doit s'étendre aux autres phases du contrat, y compris la phase de résolution des différends. Les parties, guidées par le droit souple, essaient de mettre en place un système efficace d'assistance procédurale au cours de l'exécution (1). Néanmoins, si le litige persiste, une résolution transparente est primordiale afin d'éviter les décisions contradictoires. Cette nécessité a été mise en lumière par la Cour de cassation affirmant qu'« *il est de l'intérêt d'une bonne justice de faire juger les instances ensemble pour éviter des décisions qui pourraient être contradictoires* »¹¹⁴². Dans la mesure où la plupart des contrats internationaux d'entreprise donnent compétence à l'arbitrage, des clauses multipartites sont

du contrat de sous-traitance, il indemnise l'entrepreneur contre tous dommages pour lesquels l'entrepreneur deviendrait responsable au titre du contrat principal, du fait desdites violations. Dans une telle hypothèse, l'entrepreneur peut sans préjudice de tout autre moyen d'action, déduire de tels dommages des sommes qui pourraient être dues au sous-traitant », article 4.4 de l'ancien modèle FIDIC du contrat de sous-traitance, cité par Christopher Seppala, « *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil* », article *op. cit.*

¹¹⁴¹ Selon l'article 15 contrat modèle FIDIC de sous-traitance : « *Le sous-contrat ne peut survivre après l'extinction du contrat principal* ».

¹¹⁴² Com. 16 déc. 2008, n° 08-10.460.

proposées par les contrats types afin d'assurer une résolution transparente des litiges (2).

1- Une résolution des différends au cours de l'exécution

718. Un système préventif de résolution des différends pendant l'exécution de l'opération économique est indispensable, afin de garantir l'équilibre entre les droits et les obligations des parties ainsi que d'éviter un recours devant les tribunaux étatiques ou arbitraux.

719. Tout d'abord, on met l'accent sur un système nommé *partnering* qui vise à prévenir les conflits entre le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et les sous-traitants pendant l'exécution du projet¹¹⁴³. Ce système consiste à assurer une coopération et une négociation continues entre tous les intervenants afin d'éviter toutes sortes de conflits. L'application de ce système à la résolution anticipée des différends entre les parties à l'opération de sous-traitance a été concrétisée par l'exemple suivant¹¹⁴⁴. Pendant l'exécution d'une opération de construction d'un aéroport commercial à Djeddah en Arabie Saoudite, le maître de l'ouvrage a décidé d'élargir les travaux et de construire de nouveaux bâtiments pour la construction d'une base militaire aérienne. Ces modifications avaient pour conséquence de changer considérablement les travaux de tous les intervenants, de suspendre l'exécution de certains bâtiments en faveur d'autres, d'étendre les délais normalement prévus et, évidemment, d'augmenter le prix des contrats. Ces modifications pouvaient être source importante des différends entre les entrepreneurs, exécutants le projet ainsi qu'entre eux et les sous-traitants. Par contre, pendant les dix ans de l'exécution de cet énorme projet, le système de résolution anticipée des conflits entre les intervenants clés de l'opération a été mis en œuvre. Il a permis de garantir la continuité de l'exécution et d'éviter le recours à

¹¹⁴³ Richard Horsfall Turner, « *Avoidance and resolution of construction projects* », ICLR, 1994, 384 ; James Myers, « *Resolving disputes in worldwide infrastructure projects* », ICLR, 1995, 429 ; Jhon Hinchey, « *Rethinking conflicts in construction project delivery and dispute resolution* », ICLR, 2012, 29. Le système *partnering* a commencé aux États-Unis et en Australie dans les contrats de construction. Il s'agit d'une collaboration qui procède selon des sessions composées d'une manière régulière pendant l'exécution, entre le maître de l'ouvrage, les entrepreneurs principaux et les sous-traitants clés. Les parties, avec le soutien des avocats et des professionnels, rédigent des *partnering charters* pour enregistrer l'accord des parties, Richard Horsfall Turner, « *Avoidance and resolution of construction projects* », ICLR, 1994, 384.

¹¹⁴⁴ Cité par Richard Horsfall Turner, « *Avoidance and resolution of construction projects* », article *op. cit.*

l'arbitrage qui aurait conduit à l'interruption des travaux¹¹⁴⁵. Selon M. Turner qui était l'avocat dans ce projet, grâce à ce système de *partnering*, aucune action n'a été intentée tout au long de l'exécution de ce projet.

720. Pourtant, si les parties n'ont pas pu prévenir les conflits par le système du *partnering*, une résolution pré-arbitrale des différends est prévue par les contrats modèles. Ce système est fondé sur la coopération entre les sous-traitants et les entrepreneurs pour la résolution des litiges concernant toutes les demandes connexes. Des panels pré-arbitraux permanents sont constitués afin de résoudre tout genre de différends avant qu'ils s'aggravent et provoquent une interruption des travaux¹¹⁴⁶. Ce système se fonde sur la coopération entre l'entrepreneur principal et les sous-traitants pour la résolution globale des litiges à l'égard du maître de l'ouvrage pour toute demande liée. Si les litiges n'ont pas pu être résolus pendant l'exécution des contrats, une résolution multipartite des litiges est préconisée (2).

2- Une résolution multipartite des litiges

721. Conscients de l'étroite connexité entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, les contrats types proposent aux parties à l'opération des procédures connexes de résolution des litiges.

722. Dans le nouveau contrat modèle FIDIC de sous-traitance¹¹⁴⁷, on offre une transparence procédurale pour résoudre les litiges connexes, c'est à dire les

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ Dans l'ancien modèle FIDIC, l'article 19 régissait les demandes liées entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal. Le sous-traitant notifie l'entrepreneur de toute demande liée et doit attendre un délai de 56 jours avant d'avoir recours à l'arbitrage. L'entrepreneur principal essaie de régler le litige avec le maître de l'ouvrage pour éviter un recours devant l'arbitrage. Ce système de résolution de litige était transparent puisque la décision au sous-contrat est subordonnée à celle du contrat principal. Un système de résolution des litiges plus efficace a été mis en œuvre dans le nouveau modèle FIDIC, basé sur la coopération entre les différentes parties. Le sous-traitant doit informer l'entrepreneur principal de toutes les demandes qui concernent le contrat principal et doit coopérer avec l'entrepreneur principal pour obtenir les paiements de la part du maître de l'ouvrage. Article 20 du modèle FIDIC.

¹¹⁴⁷ Cette version a été adoptée en 2011. Le modèle du contrat principal élaboré par la FIDIC a été publié en 1957 puis un autre modèle a été publié en 1987. Il n'y avait pas de modèle de contrat de sous-traitance. On employait le contrat modèle publié par FCEC (*The English Federation of Civil Engineering contractors*) avec le contrat modèle FIDIC du contrat principal. La FIDIC a publié en 1994 un contrat modèle de sous-traitance pour qu'il soit plus conforme au modèle du contrat principal, surtout que le modèle FCEC était destiné aux contrats locaux, le contrat FIDIC a été publié pour qu'il soit plus adapté aux contrats internationaux et qu'il soit conforme au modèle 1987. Par contre, un nouveau modèle du contrat principal a été publié en 1999, ce qui a mené la FIDIC à publier un nouveau modèle de sous-contrat afin qu'il soit mieux adapté avec le modèle du contrat principal. En oct. 2011, la fédération d'ingénieurs a publié un nouveau modèle de contrat de sous-traitance en l'adaptant avec le contrat principal et en tenant compte des difficultés pratiques de la

litiges qui touchent ou concernent le contrat principal¹¹⁴⁸. Selon ce système, le sous-traitant s'engage, pour tout litige lié au contrat principal, à assister l'entrepreneur principal dans son litige arbitral contre le maître de l'ouvrage et sera contractuellement lié par la sentence arbitrale opposant l'entrepreneur principal au maître de l'ouvrage¹¹⁴⁹. Il s'agit d'une procédure complexe qui a pour objectif de réduire les procédures parallèles pour les demandes liées au contrat principal¹¹⁵⁰.

723. D'autres contrats modèles prévoient des clauses multipartites. De telles clauses sont d'une importance particulière pour l'entrepreneur principal¹¹⁵¹, puisqu'il préfère dans la plupart des cas¹¹⁵² attirer le sous-traitant devant

première édition FIDIC. V. Christopher Seppala, « *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil* », RDAI, 1995, 659 ; Emma Kratochvilova et Michael Mendelblat, « *Testing the water, A new FIDIC subcontract* », ICLR, 2011, 46.

¹¹⁴⁸ Christopher Seppala, *article op. cit.*

¹¹⁴⁹ M. Scheffer doute la validité d'une telle clause car elle est considérée comme une renonciation de la part des sous-traitants à leurs droits d'intenter des actions judiciaires. Les juges nationaux peuvent considérer que le sous-traitant ne peut renoncer à son droit à des actions autonomes avant la naissance des litiges, Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2017, p. 580, note 680.

¹¹⁵⁰ Dans l'ancien modèle FIDIC, il n'y avait pas de clause d'arbitrage multipartite, ni la clause citée dans le texte, mais l'article 19.2 disposait qu'en cas de litiges connexes, l'entrepreneur principal peut demander au sous-traitant de lui fournir tous les documents nécessaires afférentes à l'arbitrage. Pourtant, rien n'empêche les parties de prévoir une clause d'arbitrage multipartite. Prévoir une telle clause n'est pas facile. Il faut pour que la clause soit valable le consentement de toutes les parties à l'arbitrage, à savoir le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et le sous-traitant. De plus, il faut que le litige multipartite soit conforme aux clauses prévues dans le contrat principal. En outre, il faut qu'une partie détermine les cas où les litiges concernent ou touchent le contrat principal, les meures qui devront être prises afin de joindre les litiges et le nombre maximum des parties, horizontalement et verticalement. La réunion de toutes ces clauses ensemble est difficile, Christopher Seppala, *article op. cit.*

¹¹⁵¹ Par contre elle peut paraître injuste au sous-traitant, v. l'affaire 5333, où la clause 18.2 a fait problème. En l'espèce deux contrats de sous-traitance ont été conclus entre un entrepreneur principal égyptien et deux sous-traitants anglais pour une construction d'un immeuble. Les deux sous-contrats étaient régis par la loi anglaise. Les sous-traitants ont intenté une action contre le contractant principal devant un tribunal arbitral différent de celui statuant sur le contrat principal, par opposition à une clause multipartite prévue dans le contrat. Le tribunal arbitral a estimé qu'une telle clause donne à l'entrepreneur principal seul la faculté d'intervenir les sous-traitants dans le litige avec le maître de l'ouvrage. La clause multipartite prévue clause paraît, donc, aux arbitres de sous-contrat comme injuste au détriment des sous-traitants car ils n'auront aucun droit de nommer des arbitres s'ils interviennent devant le tribunal arbitral du contrat principal, affaire CCI 5333, sentence partielle 1986, Rec. sent. arbitrale CCI 1986-1990, vol. 2, p. 495, ICLR 1987, p. 321, note Jarvin.

¹¹⁵² Par contre, l'intérêt de l'entrepreneur n'est pas toujours déterminant, puisqu'il souhaite rarement que le sous-traitant ait connaissance le prix du marché principal avec le maître de l'ouvrage. V. Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse de doctorat, 1992, n° 614, p. 509.

l'arbitrage du contrat principal, afin d'éviter une seconde procédure contre le sous-traitant¹¹⁵³.

724. Ainsi, dans l'article 18.2 du contrat modèle FCEC de sous-traitance¹¹⁵⁴, il a été prévu que « *dans le cas où un litige en rapport avec le contrat principal survient, si l'entrepreneur pense que ce litige découle de ou est relatif à l'activité sous-traitée, alors qu'aucun arbitre n'a été nommé ou désigné... l'entrepreneur peut exiger, sur demande écrite adressée au sous-traitant, que tout différend relatif au contrat de sous-traitance sera soumis à/aux arbitre(s) auprès desquels le litige principal est également soumis. Cet/ces arbitres sont appelés ci-après (arbitre(s) commun(s)). Dans ce cas, l'/les arbitre(s) commun(s) peut/peuvent soumettre au consentement du maître de l'ouvrage le choix de recourir à des procédures parallèles ou consécutives s'il(s) pense(nt) que ce sera plus juste et approprié, permettant alors au sous-traitant d'agir en tant que partie intervenante au sein du litige entre l'employeur et le cocontractant. L'/les arbitre(s) commun(s) peut/peuvent se servir pleinement des éléments matériels utilisés devant lui au cours de l'instance principale pour la résolution des différends relatifs au contrat de sous-traitance* ». Cette clause multipartite permet de résoudre les litiges d'une manière globale et d'éviter les décisions contradictoires. Par contre, une transparence plus juste appelle de ne pas donner l'appréciation exclusive aux entrepreneurs pour faire intervenir les sous-traitants. Il convient d'octroyer, également, à ces derniers la décision d'intervenir dans les litiges opposant l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage, ainsi que de faire intervenir les maîtres de l'ouvrage dans le litige opposant l'entrepreneur et les sous-traitants. Il est notoire que le consentement de toutes les parties est requis pour cette clause multipartite.

725. Un autre exemple de la clause multipartite a été prévue dans la construction d'*Euro Disneyland* stipulant que « *dans le cas d'un arbitrage... intenté par le maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur, l'entrepreneur aura le droit d'adjoindre, s'agissant des questions instituant le maître de l'ouvrage, tout éventuel sous-traitant désigné ayant signé un contrat avec l'entrepreneur, permettant une telle jonction, comme partie à l'arbitrage avec le maître de l'ouvrage, déposant*

¹¹⁵³ Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 429, p. 443.

¹¹⁵⁴ Le contrat modèle de sous-traitance publié par FCEC (*The English Federation of Civil Engineering contractors*) était utilisé avec le contrat modèle FIDIC du contrat principal.

auprès de la CCI la requête en arbitrage de l'entrepreneur contre le sous-traitant désigné, requérant expressément une telle jonction à l'arbitrage avec le maître de l'ouvrage (avec copie de cette requête au maître de l'ouvrage et à tout tiers ou parties concernés)..; le maître de l'ouvrage consent expressément, par les présentes, à de telles jonctions sur demande de l'entrepreneur, et à la nomination des arbitres selon les dispositions des présentes »¹¹⁵⁵. Cette clause multipartite est stipulée dans le contrat principal, mais elle concerne également les sous-traitants. Le maître de l'ouvrage et, surtout, l'entrepreneur principal étaient conscients de l'importance d'une résolution globale des litiges, afin d'éviter les décisions contradictoires ou injustes. Par ailleurs, dans la clause en présence, le sous-traitant doit également accepter l'arbitrage multipartite afin qu'il soit possible¹¹⁵⁶.

726. La résolution des litiges d'une manière transparente permet aux arbitres de considérer globalement les demandes des différentes parties. Cette résolution globale assure la justice, l'équilibre entre les droits et les obligations des différents intervenants, la cohérence entre les solutions et évite les contradictions résultant de l'éclatement des litiges devant les différents tribunaux. Cela empêche, par exemple, que l'entrepreneur principal ne soit condamné au paiement des dommages-intérêts pour les vices liés à l'exécution du contrat de sous-traitance, alors que devant un second tribunal, on considère qu'il n'existe pas de vices et que l'entrepreneur n'a pas droit au paiement à l'égard de son sous-traitant¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁵ Extrait de la clause cité par Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 613, p. 508 et n° 429, p. 442. Une clause pareille a été stipulée dans une affaire récente en 2015 soumise à la chambre de commerce internationale entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Le contrat de sous-traitance prévoyait une clause stipulant que « *dans le cas où l'entrepreneur serait partie à une procédure arbitrale concernant le contrat avec le maître de l'ouvrage ou l'un des sous-traitants du projet, et que l'entrepreneur considère qu'il serait approprié que les litiges entre l'entrepreneur et le sous-traitant soient résolus dans cette même procédure, en raison de l'existence des questions communes de fait ou de droit, le sous-traitant donne son accord pour être partie à cette procédure et à une solution consolidée des demandes dans cette procédure* », cité par Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 429, p. 443.

¹¹⁵⁶ Fritz Nicklisch, « *Multi-party arbitration and dispute resolutions in major industrial projects* », *Journal d'arbitrage international*, 1994, p. 57 ; Maria Theresa Trofaier, « *Multi-party arbitration : the organization of multi-party proceedings - the problems faced by parties and arbitrators* », *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.*, 2009 p. 64 ; Fraser Scott, « *International Arbitration of Multi-contract disputes. The need for a change* », *International and comparative law journal*, 1983, p. 427.

¹¹⁵⁷ Michel Dubisson, « *Arbitration in Subcontracts for International Projects* », *International Arbitration Journal*, 1984, 197 ; Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, 2017, p. 573.

727. Toutefois, la transparence n'est toujours la meilleure solution pour les sous-traitants. Elle peut être, dans certains cas, abusive, si elle protège les entrepreneurs au détriment des sous-traitants. Les législateurs de différents pays limitent l'autonomie de la volonté, si elle aboutit à des résultats abusifs. L'exemple le plus édifiant de cette injustice est les *pay when paid* clauses (§ 2).

§ 2 – Les limites à la transparence substantielle, la transparence financière

728. La transparence au sein de l'ensemble contractuel (contrat principal, contrat de sous-traitance) ne peut être accueillie que si elle est équitable. Elle est considérée comme injuste, si elle favorise les intérêts des entrepreneurs au détriment de leurs sous-traitants d'une façon manifestement abusive. Cette injustice se manifeste surtout dans les conditions de paiement.

729. La question du paiement est indispensable dans tous les contrats, « *elle est considérée comme le sang dans les veines, s'il ne circule pas tout s'arrête* »¹¹⁵⁸. L'entrepreneur principal a besoin d'être payé par le maître d'ouvrage pour lui-même payer ses sous-traitants et ces derniers en ont besoin pour payer leurs sous-traitants et leurs fournisseurs et ainsi de suite. Comment organiser le flux de paiements ? Est-ce que l'entrepreneur a le droit de reporter le paiement des sous-traitants jusqu'à ce qu'il soit payé par son maître d'ouvrage et ainsi de suite ? C'est ce que l'on appelle *pay when paid clause, if or when clause, contingent payment clauses* ou les clauses de la transparence financière. Ces clauses réalisent une transparence maximale relativement aux conditions financières de l'opération¹¹⁵⁹.

730. Afin de mieux comprendre les effets excessifs des clauses *pay when paid*, nous examinerons, dans un premier temps, la notion et la nature de ces clauses (A), puis leur légitimité et leur interprétation dans les différents pays (B).

A- La notion et la nature de *pay when paid clauses*

731. Conformément à l'autonomie juridique entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, ainsi que le principe de relativité des conventions, le

¹¹⁵⁸ Sylvain Marchand, « *Clauses Pay when Paid et Pay if paid* », Cours de rédaction de contrats, Université de Genève, s. d.

¹¹⁵⁹ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, n° 769, p. 472.

paiement dans chaque contrat est indépendant l'un de l'autre. Le paiement du sous-traitant n'est pas lié à celui de l'entrepreneur principal¹¹⁶⁰. Toutefois, il arrive parfois que les entrepreneurs ne veulent pas supporter le risque de non-paiement de leur maître d'ouvrage, tout en étant, dans le même temps obligés de payer les sous-traitants. Dès lors, les entrepreneurs mettent en place, à l'égard de leurs sous-traitants, les clauses *pay when paid*. Selon ces clauses, les sous-traitants assument deux sortes de risques de paiement, le risque de la part du maître de l'ouvrage et le risque de la part de leur entrepreneur¹¹⁶¹. Même si le sous-traitant a exécuté ses obligations selon le contrat de sous-traitance, son paiement ne sera exigible qu'après le paiement de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage¹¹⁶². Selon cette clause, l'entrepreneur principal, transfère le risque de non-paiement ou du retard de paiement à son cocontractant, ce qui est considéré comme un aménagement de responsabilité pour le retard de paiement ou l'absence de paiement¹¹⁶³.

732. Ces clauses sont apparues dans les transactions internes de l'Amérique du Nord dès le début du XIX^e siècle, puis sont devenues courantes dans les pays anglo-saxons d'une façon quasi-systématique¹¹⁶⁴, avant de l'être dans les contrats internationaux. De plus, elles ont été adoptées par certains contrats standards comme le contrat modèle élaboré par *l'Associated general contractors of*

¹¹⁶⁰ Sylvain Marchand, « *Clauses Pay when Paid et Pay if paid* », *op. cit.*

¹¹⁶¹ Christopher Seppala, « *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil* », RDAI, 1995, 659.

¹¹⁶² Le sous-traitant du premier rang peut stipuler la même clause aux sous-traitants de second rang et ainsi de suite.

¹¹⁶³ Ces clauses changent-elles la nature de ces contrats en les transformant en contrats d'adhésion ? En effet, selon le droit civil, le contrat de sous-traitance est un contrat synallagmatique et commutatif, est ce que les clauses de *pay when paid* changent ce contrat en contrat aléatoire ? cette nature dépend de l'intention des parties à propos de la clause. Si les parties ont entendu, une condition suspensive et pas un délai de paiement, dans ce cas on se trouve devant un contrat unilatéralement obligatoire. Seul le sous-traitant s'engage d'exécuter ses obligations du sous-traitant qui découlent du contrat alors que son l'entrepreneur principal se trouve libéré de ses obligations de paiement, si le maître de l'ouvrage n'a pas payé. Ceci transforme le contrat de sous-traitance d'un contrat synallagmatique en contrat aléatoire, à moins que l'entrepreneur principal présente des garanties de paiement au sous-traitant ou en cas d'augmentation de prix ou du taux d'intérêt. Néanmoins, si les parties ont entendu par cette clause un délai de paiement dans ce cas la nature de contrat reste tel qu'elle est, à condition que ce délai soit raisonnable, Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », *Yearbook of International Law*, article *op. cit.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

*America*¹¹⁶⁵ et le contrat modèle élaboré par la fédération internationale des ingénieurs-conseils¹¹⁶⁶.

733. Les clauses *pay when paid* sont, en principe, admissibles en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Pourtant, la question n'est pas si simple, car la légitimité de ces clauses dépend de leur nature.

734. En effet, la transparence financière connaît des variantes rédactionnelles, elle peut être écrite « *pay when paid* » ou « *pay if paid* »¹¹⁶⁷. Les deux ne sont pas synonymes. Selon la première, elle est un délai de paiement, en ce sens que l'entrepreneur principal étend le paiement à ses sous-traitants jusqu'à ce qu'il soit payé par son maître de l'ouvrage. Ce délai est prévu par les parties ; à défaut, il s'agit d'un délai raisonnable déterminé au cas par cas par le juge. On estime que ce délai de paiement ne doit pas dépasser la date de la fin de l'ouvrage¹¹⁶⁸. Tandis que la clause *pay if paid* est une condition suspensive, en ce sens que l'entrepreneur principal ne sera tenu de payer son sous-traitant qu'à la condition d'être payé par son maître de l'ouvrage. À défaut, le sous-traitant renonce à son droit de demander les paiements à l'entrepreneur principal¹¹⁶⁹.

735. Dans le contrat type élaboré par *l'Associated general contractors of America*, la clause de transparence financière est une condition suspensive, alors que dans celui élaboré par la fédération internationale des ingénieurs-conseils, elle est considérée comme un terme de paiement. L'une et l'autre clause seront étudiées successivement.

736. Dans le contrat modèle élaboré par *l'Associated general contractors of America*¹¹⁷⁰, l'article 5.3.4 permet aux entrepreneurs principaux d'insérer des *pay if*

¹¹⁶⁵ *The Associated General Contractors of America* a publié un contrat modèle de sous-traitance en avril 1980. Ce modèle contenait des clauses abusives à l'égard des sous-traitants. V. Neil C. Schemm, « *Subcontracts forms from the subcontractor's perspective* », *Practical real estate law*, 1986, 19.

¹¹⁶⁶ Paola Prioddi, « *International subcontracting in EC private international law* », article *op. cit.*, surtout p. 295.

¹¹⁶⁷ Payer quand on reçoit le paiement ou payer si on reçoit le paiement, traduction libre

¹¹⁶⁸ Harold Murphy, « *Pay when Paid Clauses in construction contracts condition precedent or term of payment* », *ICLR*, 1989, 196-209.

¹¹⁶⁹ Sur la qualification de la clause, v. François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », Thèse *op. cit.*, n° 767 et s. et les sentences citées.

¹¹⁷⁰ Neil C. Schemm, « *Subcontracts forms from the subcontractor's perspective* », article *op. cit.* L'article 5.3.2 dispose que « *the subcontractor agrees that the contractor shall be under no obligation to pay the subcontractor for any work done on this construction project until the contractor has been paid therefor by the owner... The subcontractor expressly agreeing to accept the risk that it will not*

paid clauses. Cela signifie que l'entrepreneur principal ne sera tenu de payer ses sous-traitants que s'il est lui-même payé par le maître d'ouvrage, quelle que soit la raison de ce non-paiement. Toutefois, ce contrat permet au sous-traitant de demander directement le paiement au maître de l'ouvrage. La doctrine estime que cette clause est manifestement injuste car le sous-traitant assume le risque de non-paiement par le maître de l'ouvrage, même si cela est dû à la faute de l'entrepreneur principal ou à celle de ses sous-traitants¹¹⁷¹. De plus, le fait qu'il puisse demander le paiement au maître de l'ouvrage ne permet pas toujours de corriger l'injustice révélée par la clause *pay if paid*. Nous avons vu que le non-paiement de la part du maître de l'ouvrage peut être dû à la présence des défauts dans les travaux exécutés par le contractant principal ou ses autres sous-traitants. Dans ce cas, le sous-traitant ne pourra pas obtenir son paiement ni à l'égard de son cocontractant, ni dans l'action intentée contre le maître de l'ouvrage¹¹⁷².

737. Par opposition au contrat modèle élaboré par l'*Associated general contractors of America*, la clause *pay when paid* dans l'ancien modèle FIDIC n'était qu'un délai de paiement. L'entrepreneur principal pouvait reporter le paiement de ses sous-traitants de quatorze jours dès la réception du paiement par son maître de l'ouvrage ou, au plus tard, de quatre-vingt-quatre jours dès la fin des travaux. Dès lors, l'entrepreneur principal était obligé de payer son sous-contractant même s'il n'a pas été payé par son maître d'ouvrage, ou même si ce dernier était insolvable. Ainsi, cette clause, selon le système FIDIC, était un délai de paiement (*term payment*) et non une condition suspensive¹¹⁷³.

738. Dans le nouveau modèle FIDIC, on a coupé le lien entre le paiement du prix final du contrat principal et celui du contrat de sous-traitance. L'article 14.8 du contrat modèle dispose que le paiement au sous-traitant doit être effectué dans un délai maximum de cinquante-six jours à compter de la date où le sous-traitant a

be paid for work performed by it if the contractor, for whatever reason, is not paid by the owner for such work ». Cependant, les tribunaux américains ont considéré ce genre de clauses comme injuste, v. *infra* n° 744 et s.

¹¹⁷¹ Neil C. Schemm, « *Subcontracts forms from the subcontractor's perspective* », article *op. cit.*

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ Christopher Seppala, « *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil* », RDAI, 1995, 659. Toutefois, quant aux frais supplémentaires, la clause *pay when paid* est une condition suspensive, c'est-à-dire que le sous-traitant risque de ne pas être payé si le contractant principal n'a pas été payé par son maître de l'ouvrage.

définitivement exécuté ses obligations¹¹⁷⁴. On estime que le nouveau modèle est plus équitable que l'ancien et en outre plus conforme avec les systèmes juridiques (B).

B- L'interprétation et la validité de *pay when paid clauses*

739. La validité de *pay when paid clauses* dépend de la loi applicable au contrat. On appréciera la validité de ces clauses dans différents systèmes juridiques.

740. La validité de la transparence financière en droit français est douteuse¹¹⁷⁵, soit qu'elles sont considérées comme un délai de paiement, soit comme une condition suspensive.

741. En effet, la licéité de la clause *pay when paid*, figurant dans un sous-traité gouverné par le droit français, suscite d'emblée un doute en vertu de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Cette loi confère au sous-traitant des garanties financières afin d'assurer le paiement de ses prestations

¹¹⁷⁴ Article 14.8 du nouveau modèle FIDIC adopté en 2011. Dans l'ancienne édition, ce délai était de 84 jours de la fin des travaux ou de 14 jours après que l'entrepreneur a obtenu le paiement complet du contrat initial selon ce qui survient le plus tôt. Pour l'ancien régime, v. Christopher Seppala, article *op. cit.* Pour le nouveau régime, v. Emma Kratochvilova et Michael Mendelblat, « *Testing the water, A new FIDIC subcontract* », ICLR, 2011, 46 ; Kratochvilova et Mendelblat, « *The FIDIC Subcontract* », 2^{ème} partie, ICLR, 2012, p. 104. Toutefois, concernant le décompte ou le paiement provisoire, le paiement est effectué *pay when paid*, c'est-à-dire qu'elle est un délai de paiement. L'entrepreneur peut reporter le paiement jusqu'à ce qu'il reçoive le paiement de son maître de l'ouvrage. La FIDIC a eu conscience que cette clause, même considérée comme un délai de paiement, sera non exécutoire dans certains pays comme en France, c'est pourquoi on a établi des clauses alternatives selon lesquelles la rétention du paiement provisoire ne doit pas dépasser sept jours de la date où le certificat de fin du délai de garantie ait été délivré.

¹¹⁷⁵ Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1986, 535, notes 241 bis et 242, n° 106, pp. 594 et 595. Comp. Yves Derrains, « *La sous-traitance et le droit* », *Échanges internationaux*, dossier sous-traitance, janv. 1995, p. 25 et s. M. Derrains estime que les contrats de sous-traitance, comprenant ces clauses, sont valables. Il a dit que, « *la validité de telles clauses a parfois été mise en doute au motif que le paiement dû au sous-traitant serait dans ce cas aléatoire. Cependant, même s'il en était ainsi, la clause n'en resterait pas moins valable, tout au moins en droit français, l'article 1104 du Code civil reconnaissant les contrats aléatoires. L'essentiel est que l'aléa pèse sur les deux parties, ce qui est bien le cas en l'espèce puisque, s'il est vrai que le sous-traitant risque de ne pas être payé, l'entrepreneur également. Mais, surtout, il paraît excessif de considérer qu'une telle clause suffirait à faire du contrat de sous-traitance un contrat aléatoire. Le risque de non-paiement existe dans tous les contrats. Ce qui caractérise le contrat aléatoire, c'est qu'il ait été conclu par les parties pour couvrir une chance de gain ou de perte. La clause if and when ne donne pas au contrat de sous-traitance cette caractéristique. Elle fait de l'obligation de paiement de l'entrepreneur principal une obligation conditionnelle, la condition étant le paiement des travaux par le maître de l'ouvrage. Une telle clause, qui exprime la volonté de prendre un risque en commun, est parfaitement valable car la condition n'est nullement potestative* ».

exécutées¹¹⁷⁶. Est donc inconciliable avec cette loi, toute clause qui conduit à faire supporter le sous-traitant, même temporairement, le risque d'une défaillance financière du maître de l'ouvrage. Le législateur, dans la loi de 1975, a prévu que « *toute renonciation à ces dispositions protectrices est réputée non écrite* »¹¹⁷⁷. Cette protection est affirmée par l'arrêt *Agintis* et les arrêts qui l'ont suivi, considérant le sous-traitant comme une partie faible et qualifiant les dispositions protectrices comme une loi de police¹¹⁷⁸. On peut affirmer que les clauses *pay when paid* sont complètement nulles à la lumière de ces dispositions protectrices¹¹⁷⁹. Dès lors, l'entrepreneur principal ne paraît pas en mesure de stipuler ce genre des clauses dans un sous-traité régi par le droit français¹¹⁸⁰.

742. En droit égyptien, le législateur a protégé le paiement des sous-traitants en leur conférant une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage. En droit interne, cette action est d'ordre public, en ce sens que les parties n'ont pas l'autorité de l'exclure lors d'un accord commun. Néanmoins, sur le plan international, la protection des sous-traitants dépend de la qualification des dispositions protectrices comme lois de police ou d'ordre public international. Une telle qualification n'a pas été établie, à notre connaissance, par la jurisprudence ou la doctrine. Dès lors, les clauses *pay when paid* ou *pay if paid* sont admissibles en droit égyptien dans les contrats internationaux en vertu du principe de l'autonomie de la volonté.

¹¹⁷⁶ L'article 12 confère au sous-traitant l'action directe à l'égard du maître de l'ouvrage, alors que l'article 14 oblige l'entrepreneur principal à fournir une caution ou une délégation afin de garantir le paiement de toutes les sommes dues à l'entrepreneur à l'égard du sous-traitant, à peine d'une nullité relative du sous-traité en faveur du sous-traitant.

¹¹⁷⁷ Articles 7 et 12 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

¹¹⁷⁸ V. *supra* n° 214 et s.

¹¹⁷⁹ Gustavo Scheffer da Silveira, « *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction* », Thèse *op. cit.*, n° 548, p. 577. Cette clause est contestée dans d'autres pays également tels que l'Allemagne, *High Court Saabrücken*, 7 nov. 2011- 3 O 201/11, 2012 *IBR 132 Ludgen*. En Angleterre, cette clause est contraire au UK *Housing Grants, construction and Regeneration act* de 1996, cité par Götz-Sebastien Hök, « *Observations on the FIDIC construction subcontract* », *ICLR*, Part 2, 2015, 366 ; Jeremy Winter, « *The FIDIC condition of subcontract and the UK FCEC "Blue form" of contract* », article *op. cit.*

¹¹⁸⁰ Une certaine doctrine estime que les clauses *pay if paid* rendent les contrats illicites selon le droit commun des obligations pour absence de cause. En effet, l'entreprise principale sera complètement déchargée de son obligation de payer son sous-traitant si le maître de l'ouvrage ne lui paye pas ses prestations, Jacques Ghestin, « *Traité de droit civil, le contrat* », LGDJ, 1980, n° 637, pp. 559-560 ; Jean Mazeaud, « *Leçons de droit civil, Obligations : Théorie générale* », T. II, vol. 1, 7^{ème} éd. 1985, n° 107, pp. 90-91. Néanmoins, selon M. Bismuth, on peut supposer la présence d'un pacte analogue à un contrat d'assurance. V. Civ. 2^{ème}, 5 avr. 1961, Bull. Civ. II n° 275, p. 20. Pour plus de détails, v. la note 242 de l'article de Jean-Louis Bismuth, « *Le contrat international de sous-traitance* », article *op. cit.*

743. Devant les tribunaux américains, sont seulement valables les clauses *pay when paid* (un terme de paiement), alors que les clauses *pay if paid* (condition suspensive) ne sont plus admissibles.

744. Il convient de préciser que les sous-traitants sont considérés aux États-Unis comme des parties faibles. Les tribunaux estiment que, dans beaucoup de cas, ils se trouvent obligés d'accepter les clauses imposées par leurs entrepreneurs. Dès lors, les juges ont essayé, dans la plupart des cas, de qualifier les *contingent payment clauses* comme des délais de paiement et non des conditions suspensives. Dans un ancien arrêt, la juridiction a considéré que la *contingent payment clause* ne doit pas être qualifiée comme une condition suspensive mais comme un délai de paiement, et dès lors l'entrepreneur doit payer les prestations dues au sous-traitant dans un délai raisonnable déterminé selon les circonstances de chaque espèce¹¹⁸¹.

745. Cette qualification a été confirmée dans une décision ultérieure. En l'espèce, le maître de l'ouvrage était en faillite. La Cour a apprécié qu'en considérant la clause comme une condition suspensive, ce sont les sous-traitants qui assument le risque du redressement judiciaire du maître de l'ouvrage et se trouveront en péril. La Cour a, donc, décidé que les clauses *pay if paid* ne doivent plus être admises en droit américain parce qu'elles conduisent à des résultats inéquitables. Elle a ajouté que même si le principe d'autonomie de la volonté permet aux parties de les stipuler, le rôle du juge est de corriger l'iniquité excessive des clauses contractuelles prévues par les parties¹¹⁸².

746. Devant les tribunaux arbitraux, la volonté des parties joue un rôle important dans la détermination des règles applicables¹¹⁸³. La convention des parties est l'élément fondamental de l'arbitrage international. Dès lors, en raison de la place importante laissée à l'autonomie de la volonté, les clauses de transparence financière sont admissibles que ce soit sous la qualification de délai de paiement ou de condition suspensive, à moins que la loi applicable ne les interdise. Les litiges

¹¹⁸¹ *Thos. J. Dyer Co c. Bishop international engineering Co*, 303 F 2D 655, 6th Cir, 1962.

¹¹⁸² *California Supreme court, Wm. R. Clarke Corp. c. Safeco Insurance Company*, 15 Cal., 4th 882, 1997, Harold Murphy, « *Pay when Paid Clauses in construction contracts condition precedent or term of payment* », *op. cit.* ; Christopher Seppala, « *Contentieux de contrats internationaux de construction* », *Journal de droit des affaires internationales*, 1999, p. 700, note 19.

¹¹⁸³ Philippe Fouchard, « *Arbitrage commercial international. Notion* », *JCl. Droit international*, Fasc. 701, 1989.

devant l'arbitrage concernent, essentiellement, l'interprétation de la volonté des parties telles qu'elle résulte des clauses contractuelles ou des usages. Cela a été illustré par plusieurs décisions arbitrales.

747. Dans une affaire présentée devant la Chambre de commerce internationale¹¹⁸⁴, il était question d'une demande en paiement formulée par le sous-traitant sur le fondement du travail effectué lors d'un contrat de sous-traitance contenant une clause *pay when paid*. Le tribunal arbitral devait déterminer si cette clause est une condition suspensive ou un terme de paiement.

748. Le tribunal a souligné que cette qualification dépend des termes du sous-contrat. En l'espèce, le sous-traitant s'est engagé à « *respecter toutes les obligations et supporter tous les risques* » résultant du contrat principal, « *comme si le sous-traitant avait conclu directement avec l'employeur un contrat relatif aux prestations auxquelles il est tenu* ». Sur le fondement de cette clause, le tribunal considère que le demandeur avait accepté non seulement le risque du délai de paiement, mais aussi le risque du non-paiement par le maître de l'ouvrage. Dès lors, les droits au paiement du sous-traitant sont sous condition suspensive du paiement de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage. Toutefois, le tribunal a estimé que même si ces clauses sont admissibles en droit suisse, qui était la loi applicable au sous-contrat, il faut les interpréter avec précaution¹¹⁸⁵.

749. La méfiance des tribunaux arbitraux vis-à-vis des clauses *pay if paid* s'est manifestée également dans une autre affaire. Dans un litige présentée devant la Chambre de commerce internationale¹¹⁸⁶, le tribunal arbitral qualifie la clause comme étant un délai de paiement et non comme une condition suspensive. Dans cette affaire, la clause stipule que le sous-traitant de premier rang doit payer le sous-traitant de second rang dans les sept jours suivant la réception des sommes

¹¹⁸⁴ CCI 6611, sentence partielle sur la compétence en 1992 et sentence finale en 1993, Bull. Cour CCI, vol. 9, nov. 1998, p. 49. Pour le commentaire sur cette décision, v. Christopher Seppala, « *Contentieux de contrats internationaux de construction* », article *op. cit.*, surtout p. 716 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, n° 780, p. 476.

¹¹⁸⁵ En l'espèce, le tribunal a décidé que la condition est réalisée puisque le maître de l'ouvrage a payé à l'entrepreneur principal les sommes qui peuvent couvrir les sommes sous-traitées ; dans le même sens, la décision CCI 6230, sentence finale 1990, *Yearbook*, vol XVII, p. 164, Recueil sentences, CCI vol III, p. 86.

¹¹⁸⁶ CCI 7220, sentence partielle 1993, inédite, Londres, droit anglais, cité par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Thèse *op. cit.*, n° 775, p. 474.

versées par l'entrepreneur principal. La clause est considérée par le tribunal arbitral comme ambiguë, car elle laisse entendre qu'en l'absence de paiement fait par l'entrepreneur au sous-traitant de premier rang, aucune somme n'est due au sous-traitant de second rang. Selon le tribunal arbitral, la qualification de la clause *pay when paid* comme condition suspensive opère un transfert des risques financiers de l'entrepreneur principal au sous-traitant. Pour cette raison, la qualification comme condition suspensive suppose que la clause soit rédigée en termes non ambigus manifestant de façon claire et non équivoque l'intention des parties de modifier l'équilibre de la relation contractuelle. Dès lors, la clause *pay if paid* est valide devant le tribunal arbitral, mais elle doit être, d'une part, stipulée d'une manière univoque et, d'autre part, il faut que la loi applicable au contrat ne l'interdise pas.

750. Pour conclure, les clauses *pay when paid* sont admissibles devant l'arbitrage sous la force du principe de l'autonomie de la volonté. Toutefois, il semble que les tribunaux arbitraux montrent une certaine réticence à admettre la qualification de condition suspensive par rapport à ces clauses. Cette réticence s'est manifestée expressément dans la seconde décision arbitrale susmentionnée¹¹⁸⁷.

751. De ce qui précède, on perçoit que la transparence substantielle, *per se*, ne suffit pas à établir la justice entre les différents maillons de la chaîne. Il faut que celle-ci soit équitable et évite aux sous-traitants une responsabilité plus lourde que celle de l'entrepreneur principal ou d'avoir à assumer les fautes du contractant principal ou de ses propres employés.

752. Les règles proposées, ici, peuvent être considérées comme des guides aux parties et aux juges, afin d'assurer l'équilibre et de garantir la cohérence des solutions entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Elles permettent de prendre en considération, à la fois, la dimension tripartite et bipartite de la convention de sous-traitance. Pourtant, en matière des obligations contractuelles, les parties ont toujours le droit de déroger à la transparence proposée, que ce soit la transparence conflictuelle en stipulant une loi différente que celle prévue dans le contrat principal, ou la transparence substantielle en infligeant au sous-traitant des

¹¹⁸⁷ *Supra* n° 760

obligations plus lourdes que celles assumées par l'entrepreneur principal dans le contrat de base. Comment peut-on résoudre les différents problèmes nés de la divergence des règles applicables aux contrats en présence ? (Section II).

Section II – Une dérogation volontaire à la transparence entre contrat de sous-traitance et contrat principal

753. Les règles proposées, précédemment, en cas d'absence partielle de choix ou en cas d'absence totale, présentent l'avantage d'unifier les règles applicables au sein de l'ensemble contractuel, tant au niveau des parties contractantes qu'au niveau des parties extrêmes de la chaîne, c'est-à-dire entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. En revanche, l'autonomie de la volonté permet aux parties de déroger à la transparence proposée et de favoriser l'opacité de leur ensemble contractuel, de manière à affirmer l'indépendance contractuelle de chaque contrat, en ce qui concerne la loi applicable (dépeçage conflictuel), ou les clauses contractuelles (dépeçage substantiel). Cet éclatement de l'ensemble nous mène, de nouveau, aux inconvénients susmentionnés du dépeçage, et à des injustices potentielles entre les parties de l'ensemble contractuel¹¹⁸⁸. En outre, la tâche du juge sera plus compliquée, puisqu'il se trouve face à une imbrication inévitable des règles applicables. Il conviendra, donc, d'étudier comment on peut résoudre la question de la dissection des lois applicables ou des clauses contractuelles entre les contrats de l'ensemble, dans un premier temps, au niveau des parties à l'opération, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant (Sous-section I), et, dans un second temps, au niveau des parties au contrat (Sous-section II).

Sous-section I – L'opacité au niveau des parties extrêmes

754. Comme on l'a précédemment souligné, le contrat de sous-traitance est un contrat dont les effets débordent les limites d'un seul contrat. Ainsi, le maître de l'ouvrage a pour intérêt que les travaux soient bien exécutés et le sous-traitant peut avoir intérêt de demander le paiement de ses prestations à la partie extrême, en cas d'insolvabilité de son contractant direct. Dès lors, une action en responsabilité

¹¹⁸⁸ V. *Supra* n° 116 et s. Pour les inconvénients de l'éclatement des lois applicables, v. Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, n° 284, p. 311.

ou/et une action en paiement peut être intentée entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

755. L'unification de la loi applicable entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance permet d'harmoniser les règles régissant les relations entre les parties immédiates, ainsi que celles entre les parties extrêmes¹¹⁸⁹. Dès lors, si les deux contrats sont régis par la loi française par exemple, cette loi régira les actions directes intentées entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant¹¹⁹⁰. Elle détermine si chacune des parties peut intenter une action contre l'autre et dans quelles conditions.

756. Néanmoins, la dérogation à l'unification de la loi applicable entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance laisse la question de la loi applicable à l'action directe entre les parties extrêmes incertaine. Il convient de déterminer la loi régissant l'action directe en responsabilité ou en paiement entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Est-ce qu'il faut se référer à la loi du contrat principal ou à celle régissant le contrat de sous-traitance ?

757. Devant ce conflit des normes contractuelles¹¹⁹¹, nous avons besoin d'une règle de conflit qui établit l'équilibre entre les parties de l'ensemble contractuel et assure la sécurité et la prévisibilité des solutions. Dès lors, deux directives nous guident afin de trouver des solutions justes et équitables : l'équilibre entre les intérêts du sous-traitant et du maître de l'ouvrage et le respect de leurs prévisions légitimes¹¹⁹². Ces deux directives nous mèneront à adopter, dans un premier temps, une règle de conflit complexe (§ 1), dont les différentes controverses seront examinées, dans un second temps (§ 2).

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, n° 284.

¹¹⁹⁰ Il convient de préciser qu'il n'y a pas lieu de parler des règles délictuelles à ce stade, puisque l'action en paiement ou en responsabilité est englobée dans la catégorie du contrat, en ce sens qu'elle n'existe pas ou n'aurait pas existée en cas d'absence des contrats. Sur cette question en détails, v. *supra* n° 625. Pourtant, il appartient à la loi désignée par la règle de conflit c'est-à-dire la *lex causae* de déterminer la présence ou l'absence de l'action directe ainsi que sa nature contractuelle ou délictuelle, Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2017.

¹¹⁹¹ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse de Doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2008, p. 574 et s.

¹¹⁹² *Ibid.*, n° 1020, p. 478.

§ 1 – La règle proposée en matière des relations entre les parties extrêmes : une règle de conflit complexe

758. L'action directe, considérée comme une exception au principe de relativité des conventions¹¹⁹³, a deux effets. D'une part, elle confère au demandeur un second débiteur, et, d'autre part, elle lui permet d'éviter l'insolvabilité de son débiteur direct et le concours des autres créanciers¹¹⁹⁴.

759. Déterminer la loi applicable à l'action intentée entre les parties extrêmes de la chaîne doit, à notre sens, être effectué en s'appuyant sur deux facteurs. D'un côté, cette action est le résultat de l'imbrication ou de la nature triangulaire du contrat de sous-traitance¹¹⁹⁵. Elle n'est pas considérée comme l'effet du contrat du défendeur seul ou celui du contrat du demandeur seul, mais elle est l'effet des deux contrats. Déterminer les dispositions de l'action directe en fonction d'un contrat à défaut de l'autre contredit cette réalité et mène à des résultats injustes. D'un autre côté, le droit international privé est dirigé par différents intérêts qui ne se présentent pas en matière de droit interne. Ces intérêts sont ceux des États, des particuliers et du commerce international¹¹⁹⁶. En matière de contrats internationaux, la détermination de la loi applicable doit répondre particulièrement aux intérêts des particuliers ainsi que ceux du commerce international¹¹⁹⁷.

760. Dès lors, la loi applicable à l'action directe entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant doit respecter les prévisions légitimes des parties, et réaliser un équilibre entre les intérêts du demandeur et du défendeur, afin de ne pas favoriser les intérêts de l'un au détriment de l'autre. Cela permet de multiplier les opérations

¹¹⁹³ *Ibid.* ; comp. Mme Bacache, qui estime selon la nouvelle lecture de la règle de relativité des conventions que l'action directe est une application du principe de la relativité des conventions et pas une exception, Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1996, p. 274, surtout p. 283.

¹¹⁹⁴ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1316, p. 605.

¹¹⁹⁵ Selon M. Heuzé, « *C'est le caractère tripartite de cette opération que le législateur avait en vue lorsqu'il a décidé de permettre au sous-traitant d'agir directement en paiement contre le maître de l'ouvrage. Il n'est donc pas plus légitime de rattacher l'action directe au contrat de sous-traitance que d'en faire une conséquence du contrat principal* », Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, 243.

¹¹⁹⁶ Henri Batiffol, « *Les intérêts en droit international privé* », *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, Metzner, 1977, pp. 11 et s.

¹¹⁹⁷ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1317 ; Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire *op. cit.* ; « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

internationales et dès lors, d'assurer les intérêts du commerce international. Afin d'atteindre cet objectif, nous proposons l'adoption d'une règle alternative quant à la recevabilité de l'action (A) et une règle cumulative pour son étendue (B).

A- Une règle alternative de recevabilité de l'action directe

761. La recevabilité de l'action directe comprend le principe et les conditions de l'action¹¹⁹⁸. D'un côté, concernant le principe de l'action, certaines lois, comme la loi égyptienne ou française, confèrent aux sous-traitants une action directe en paiement alors que d'autres, comme la loi allemande, ne connaissent pas une telle action. Dans le même ordre d'idée, l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant est admise par certaines lois, comme la loi française, alors qu'elle est ignorée par d'autres. D'un autre côté, en ce qui concerne les conditions de l'action, on peut trouver des lois qui exigent certaines conditions pour exercer l'action directe, tandis que d'autres non. Par exemple, la loi française exige que le maître de l'ouvrage accepte le sous-traitant et agrée ses conditions de paiement pour que l'action en paiement soit recevable¹¹⁹⁹, tandis qu'une telle condition n'existe pas selon le droit égyptien. De surcroît, il convient de vérifier que l'action en paiement ou en responsabilité n'est pas prescrite selon la loi applicable.

762. Quelle loi sera compétente pour décider du principe de la recevabilité de l'action en paiement ou en responsabilité et déterminer ses conditions ?

763. Pour répondre à cette question, il faut tenter de chercher la loi qui permet d'assurer au mieux les intérêts de droit international privé, à savoir, de réaliser

¹¹⁹⁸ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 605 ; François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 1995, 460.

¹¹⁹⁹ Selon l'article 3 de cette loi, « *l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage* ». La jurisprudence a affirmé que le sous-traitant ne peut pas demander le paiement direct ou intenter une action directe à l'égard d'un maître d'ouvrage qui ne l'a pas accepté ni agréé les conditions de son contrat. Trois arrêts rendus par une chambre mixte de la Cour de cassation le 13 mars 1981, Bull. civ. n° 2 à 4, JCP 1981, II, 19568. Lors de ces arrêts, la Cour de cassation a affirmé qu'en application de l'article 3 de la loi, les sous-traitants n'ont pas une action directe contre le maître de l'ouvrage que si celui-ci a accepté chaque sous-traitant et agréé les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance. V. Séverin Abbatucci, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016, n° 160. La recevabilité de l'action sera donc subordonnée à l'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage. Par conséquent, si le maître de l'ouvrage n'a pas donné son agrément, cette omission peut constituer une exception en sa faveur contre la recevabilité de l'action directe en paiement du sous-traitant.

l'équilibre entre les intérêts des parties à l'action et le respect de leurs prévisions légitimes, ce qui mène à favoriser les intérêts du commerce international.

764. En effet, l'existence de l'action directe a une importance capitale pour le demandeur. Celui-ci fonde légitimement ses prévisions sur la loi applicable à son propre contrat par rapport à l'existence de cette action directe à l'égard de la partie extrême dans l'opération économique commune. Par exemple, il se peut qu'un sous-traitant n'accepte de conclure le contrat de sous-traitance avec son entrepreneur, peu solvable, que parce que la loi égyptienne ou française régissant son contrat lui confère une action directe à l'égard du maître de l'ouvrage.

765. Par ailleurs, même si le défendeur trouve devant lui un autre débiteur que son contractant direct, cette action, « *malgré un paradoxe apparent* »¹²⁰⁰, ne le ruine nullement : le défendeur ne serait pas engagé au-delà des obligations prévues par la loi de son propre contrat, comme on le verra¹²⁰¹. Par conséquent, le recours à la loi du demandeur afin de déterminer la recevabilité de cette action paraît plus respectueux des prévisions des particuliers.

766. En revanche, si cette action n'existe pas selon la loi du demandeur, alors qu'elle est possible conformément à celle du défendeur, dans ce cas, on ne trouve aucune raison de priver le créancier des avantages de l'action directe. Comme l'estime, à juste titre, M. Heuzé, « *pourquoi devrait-on tirer prétexte de l'ignorance, par la loi du sous-traité, du mécanisme de l'action directe, pour refuser au sous-traitant le bénéfice de celle qui serait au contraire aménagée par la loi du contrat principal si, selon cette loi, le maître de l'ouvrage est réputé avoir promis à l'entrepreneur principal de payer, sur le prix du marché, les travaux exécutés par les sous-traitants ?* »¹²⁰².

¹²⁰⁰ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1320, p. 606.

¹²⁰¹ *Infra* B.

¹²⁰² Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.* ; « *Sous-traitance* », Répertoire, Dalloz, *op. cit.* Dans le même sens concernant l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable, M. Heuzé ajoute : « *mais il va de soi que le remède utilisé n'est nullement adapté à son objectif : en l'état de la jurisprudence, la victime ne bénéficie à nouveau d'aucune protection si la loi du lieu de dommage ne lui accorde aucune action directe... et cela même si l'assureur devait attendre à un recours de sa part, parce qu'il s'y trouve exposé selon la loi du contrat d'assurance* », Vincent Heuzé, « *Le droit international privé du contrat d'assurance* », in Jean Bigot, *Traité de droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2002, n° 2123, p. 1514.

767. Par conséquent, on recommande une règle alternative au créancier dans l'opération de sous-traitance internationale pour réclamer ses droits à la partie extrême, en ce sens que l'action directe, en paiement ou en responsabilité, peut être établie lorsqu'elle est édictée soit par la loi du demandeur soit par celle du défendeur.

768. La règle alternative de l'action directe n'est pas une nouveauté, elle a été déjà consacrée par la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière¹²⁰³ ainsi que par le Règlement Rome II¹²⁰⁴. Ces règles disposent que la victime d'un accident de circulation routière peut exercer une action contre l'assureur de l'auteur du dommage, si ce droit est consacré soit par la loi du lieu de l'accident soit par celle du contrat de l'assurance.

769. M. Lagarde estime qu'il convient de transposer la règle de conflit alternative établie en matière d'assurance à l'action directe en paiement intentée entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage¹²⁰⁵. Ainsi, l'action directe est recevable dès lors qu'elle est reconnue « *soit par la loi du contrat de sous-traitance soit par celle du contrat principal* »¹²⁰⁶. M. Leborgne soutient cette proposition par rapport à l'action directe en responsabilité, en se demandant « *pourquoi ne pas s'inspirer de cette solution (le rattachement alternatif de la convention de La Haye) et admettre la recevabilité de l'action directe en garantie ou en responsabilité, dès lors que l'existence de cette action est admise par la loi du contrat liant le débiteur intermédiaire au créancier, ou à défaut par la loi du contrat liant le débiteur intermédiaire au sous-débiteur* »¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Article 9 la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière dispose que « *si la loi de l'État d'immatriculation, applicable en vertu des articles 4 ou 5, ne connaît pas ce droit, il peut néanmoins être exercé s'il est admis par la loi interne de l'État sur le territoire duquel l'accident est survenu. Si aucune de ces lois ne connaît ce droit, il peut être exercé s'il est admis par la loi du contrat d'assurance* ».

¹²⁰⁴ L'article 18 du Règlement Rome II dispose que, « *la personne lésée peut agir directement contre l'assureur de la personne devant réparation si la loi applicable à l'obligation non contractuelle ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit* ». V. Joseph Jehl, « *Responsabilité extracontractuelle* », JCl. Droit international, 2018.

¹²⁰⁵ Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Christian Gavaldà, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 186, surtout p. 199.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ François Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 459, p. 558 ; dans le même sens, Frédéric Leclerc, « *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois* », Thèse de doctorat, Université Robert Schuman, Strasbourg, 1990, n° 821, p. 662. M. Leclerc propose un rattachement alternatif pour la recevabilité de l'action directe en garantie ou en responsabilité.

770. En principe, la désignation de la loi applicable s'effectue par le moyen d'un rattachement unique. Toutefois, le recours à une règle de conflit alternative vise la réalisation de certains objectifs qu'une règle de conflit simple ne peut pas atteindre¹²⁰⁸. Le rattachement alternatif en matière de la recevabilité de l'action directe permet de choisir la loi la plus favorable au demandeur, en lui offrant la possibilité d'intenter l'action directe dès que la loi du contrat principal ou celle du contrat de sous-traitance le permet. Un tel choix favorise les opérations du commerce international puisque le créancier aura plus qu'un seul débiteur pour obtenir ses droits.

771. Néanmoins, la jurisprudence peut difficilement adopter une telle règle alternative sans texte¹²⁰⁹, d'où l'importance d'élaborer un texte spécial qui l'établit. L'adoption expresse de cette règle permet d'assurer la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions. De plus, elle aboutit à combler la lacune dans les règles actuelles qui ne réglementent pas la relation entre les parties extrêmes.

772. Pour conclure, nous proposons de relancer la proposition doctrinale la plus autorisée¹²¹⁰, d'adopter une règle de conflit alternative pour la recevabilité de l'action directe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Dès lors, l'action directe en matière de sous-traitance est recevable dès lors que la loi applicable au contrat principal ou au contrat de sous-traitance l'accorde.

773. Quant à l'étendue de l'action directe, les prévisions du défendeur doivent être privilégiées, ce qui nous a mené à adopter des règles plus rigoureuses (B).

B- Une règle cumulative de l'étendue de l'action directe

774. Dans l'hypothèse où l'action directe est recevable selon le rattachement alternatif susmentionné, il convient d'étudier l'étendue de la dette.

775. Rappelons que les parties, en l'espèce, ont dérogé à la transparence parfaite proposée. Elles ont opté pour une opacité conflictuelle en choisissant deux lois différentes pour régir le contrat principal et le contrat de sous-traitance, ainsi qu'une opacité substantielle en choisissant des clauses contractuelles différentes.

¹²⁰⁸ Hans Lewald, « *Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé* », RCADI, vol. 69, 1939, p. 31.

¹²⁰⁹ Paul Lagarde, « *La sous-traitance en droit international privé* », article, *op. cit.*

¹²¹⁰ *Ibid.*

Quelle règles régiront alors l'étendue de l'action directe ? La primauté sera-t-elle donnée à la loi et aux clauses de quel contrat, le contrat principal ou le contrat de sous-traitance ? En effet, la prééminence doit être accordée à la loi qui assure au mieux les intérêts de droit international privé à savoir l'équilibre et la prévisibilité des solutions.

776. En l'espèce, on trouve, d'un côté, un demandeur qui demande les droits de son contrat à un second débiteur avec lui il n'a pas conclu un contrat direct. D'un autre côté, un défendeur qui se trouve surpris d'une action intentée par un tiers lui réclamant d'exécuter ses obligations contractuelles. L'action directe est, donc, un privilège attribué au demandeur à l'égard du défendeur.

777. Il est naturel que le demandeur ne puisse pas demander plus de droits que ceux qui lui sont accordés par la loi de son propre contrat. Dès lors, l'étendue de l'action directe doit être régie par la loi applicable au contrat du demandeur¹²¹¹.

778. Néanmoins, il ne faut pas que les prévisions légitimes du défendeur à l'action directe soient négligées. Pour que les intérêts du défendeur ne soient pas ruinés par cette action exceptionnelle, il ne faut pas qu'il soit engagé au-delà des engagements assumés selon la loi de son propre contrat.

779. Dès lors, l'exercice de l'action directe est doublement limité, d'un côté, par les droits auxquels le demandeur est effectivement créancier en vertu de la loi et des clauses contractuelles de son contrat, et d'un autre côté, par les engagements imposés au défendeur par la loi et les clauses contractuelles prévues dans son contrat. Comme l'a estimé M. Néret, « *le demandeur et le défendeur ne sont débiteurs et créanciers que dans la mesure où ils le sont dans leurs propre contrats* »¹²¹². C'est ce que l'on appelle la règle de double limite.

780. Tout d'abord, le demandeur ne doit pas être en mesure d'obtenir plus de droits que ceux qui lui sont octroyés par la loi de son propre contrat à l'égard de l'entrepreneur principal. La doctrine estime que le demandeur ne doit pas être privilégié quand il réclame ses droits à une partie non contractante. Par conséquent, le défendeur peut opposer au demandeur à l'action directe toutes les exceptions

¹²¹¹ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1321.

¹²¹² Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977, p. 268 et s.

tirées du contrat conclu par ce dernier (entre le créancier et l'entrepreneur principal), comme les clauses limitatives de responsabilité ou l'extinction par prescription ou par force majeure ou, de façon générale, tous les moyens de défense tirés de la loi et des clauses du contrat du demandeur¹²¹³.

781. Ensuite, le défendeur ne doit pas être engagé au-delà des engagements prévus par la loi de son propre contrat. En effet, la compétence de la loi du contrat du défendeur est recommandée par l'unanimité de la doctrine qui traite la question de la loi applicable à l'étendue de l'action directe¹²¹⁴. Elle est justifiée par des préoccupations d'équité et de prévisibilité en faveur du défendeur dans cette action¹²¹⁵. On ne peut pas lui réclamer de s'engager selon des conditions différentes de celles prévues par la loi de son propre contrat, soit en augmentant l'assiette de la dette, soit en le privant des moyens de défense extraits de son propre contrat¹²¹⁶. Dès lors, le défendeur, dans cette action, peut opposer au demandeur, par exemple, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité figurant dans son contrat¹²¹⁷, les exceptions concernant l'extinction ou la prescription de la dette établies par la loi applicable au contrat. De plus, parmi les questions qui doivent être prises en compte concernant l'étendue de l'action en paiement, il y a également celle du caractère parfait ou imparfait de l'action directe. Cette question concerne le caractère libératoire de l'action directe, c'est-à-dire, savoir si le sous-débiteur peut se libérer de sa dette en payant à une autre personne que son contractant direct. Cette question doit être régie par la loi du contrat du défendeur pour lequel l'action directe ne doit pas alourdir ses obligations en l'obligeant à payer la même dette deux fois¹²¹⁸.

¹²¹³ *Ibid.* ; Paul Lagarde, « *Les clauses limitatives de responsabilité* », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* en Europe Colloque du centre de droit des obligations de Paris, 1990, p. 17.

¹²¹⁴ V. *Supra* chapitre 2 de la première partie de notre thèse, surtout, n° 413 et s.

¹²¹⁵ Tribunal commercial Nanterre, 9 juill. 1982, *Wanner Isofi c. Mobil Exploration Norway Inc*, décision inédite, citée par Jean- Louis Bismuth, article *op. cit.*, notes 74, 75 et 100. On a souligné dans cet arrêt « *que la mise en œuvre de l'action directe du sous-traitant, dans la mesure où elle affecte les intérêts du maître de l'ouvrage, doit relever de la loi du contrat principal ; qu'en effet, il ne serait pas admissible que le maître de l'ouvrage soit tenu au-delà de la loi régissant le contrat principal qui le lie à l'entrepreneur avec lequel il a contracté* ».

¹²¹⁶ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse, *loc. cit.*

¹²¹⁷ *Ibid.* ; Paul Lagarde, « *Les clauses limitatives de responsabilité* », article *op. cit.*

¹²¹⁸ Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.* ; Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 1331 et s. ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 275 et s.

782. De manière générale, toutes les exceptions tirées de la loi applicable à chacun des deux contrats peuvent être opposées au demandeur à l'action directe.

783. M. Haftel ajoute habilement, à ce propos, qu'en cas de contradiction entre les dispositions de la loi du contrat principal et celles du sous-contrat, il sera nécessaire qu'elle soit résolue en faveur du défendeur¹²¹⁹. Puisque l'action directe est une faveur atypique, l'application cumulative de la loi doit être dans un sens favorable du défendeur. Par exemple, si la loi applicable au contrat principal permet de réparer les préjudices prévisibles et imprévisibles, alors que celle régissant le sous-contrat ne répare que les préjudices prévisibles, la contradiction doit être résolue en faveur du défendeur en ne permettant que la réparation des préjudices prévisibles. Ainsi, le défendeur pourra se prévaloir de la plus brève prescription ou d'une limitation légale ou conventionnelle de responsabilité figurant dans l'un ou l'autre contrat¹²²⁰.

784. La règle cumulative ou de double limite a été adoptée par la jurisprudence en France en matière de l'action en responsabilité lors de la décision du 8 mars 1988 rendue par la Cour de cassation¹²²¹. En outre, elle a été adoptée par les législateurs français et égyptien en droit interne en matière de l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. Selon l'article 13 de la loi relative à la sous-traitance en France et son équivalent en droit égyptien¹²²², *« l'action directe ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire. Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent »*.

785. Pour conclure, l'étendue de l'action directe en paiement ou en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant est limitée par la loi et

¹²¹⁹ Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé* », Thèse *op. cit.*, n° 1322, p. 607.

¹²²⁰ Patrice Jourdain note sous Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, JCP 1988, II, 21070.

¹²²¹ *Clic Clac Photo*, Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 69 ; JCP 1988, II, 21070, note Patrice Jourdain ; RTD civ. 1988, 551, note Philippe Remy ; *ibid.*, p. 741, note Jacques Mestre. En revanche, ce critère a été abandonné lors de l'arrêt *Besse* 12 juill. 1991, v. *supra* n° 318 et s.

¹²²² Selon l'article 662 du Code civil égyptien « *les sous-traitants et les ouvriers qui travaillent pour le compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage ont une action directe contre l'auteur de la commande jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée* ».

les clauses contractuelles régissant et le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Les règles précédentes ne doivent pas changer en cas de sous-traitance en chaîne¹²²³.

786. Adopter une règle alternative pour la recevabilité et cumulative pour l'étendue assure une conciliation entre les prévisions légitimes du demandeur et celles du défendeur ; permettre au créancier d'obtenir la dette de son débiteur réel est équitable ; or, respecter les attentes légitimes de ce dernier est obligatoire.

787. La règle de conflit proposée est une règle de conflit à caractère substantiel¹²²⁴. Cette dernière est une règle qui ne se désintéresse pas des objectifs de l'institution en cause, mais en même temps, qui ne laisse pas la solution à la discrétion du juge, comme c'est le cas dans les pays de *common law*. Il s'agit d'une approche intermédiaire entre les règles de conflits concrètes de l'École américaine et les règles de conflits aveugles ou mécaniques. Elle présente l'avantage de combler les lacunes envers la relation entre les parties extrêmes dans le droit positif si les parties ont dérogé à la transparence parfaite proposée¹²²⁵.

788. Toutefois, les règles présentées ci-dessus ont été critiquées par une certaine doctrine lorsqu'elles ont été proposées par les auteurs et adoptées par la jurisprudence (§ 2).

¹²²³ Le régime de la responsabilité ou de l'action se complique lorsque la sous-traitance est en chaîne, c'est-à-dire dans les cas où le sous-traitant confie, lui aussi, l'exécution de ses travaux à d'autres sous-traitants. Selon Mlle Viney, les mêmes principes s'appliqueront concernant les relations entre les parties extrêmes. Le professeur s'appuie sur l'article 2 de la loi de 1975 sur la sous-traitance qui dispose que « *le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants* », Geneviève Viney, « *Sous-traitance et responsabilité civile* », in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 44, surtout n° 64, p. 81 ; Jean Néret, « *Le sous-contrat* », n° 389, p. 278, et n° 160, p. 130, selon M. Néret « *la physionomie de l'ensemble contractuel n'est pas modifiée par l'inclusion en son sein d'une nouvelle convention* ». Toutes les conventions concourent au sein de l'ensemble contractuel à la réalisation d'un même projet ; dans le même sens, Valdo Roulet et Michel Peisse, « *Les nouvelles protections en faveur des sous-traitants* », Gaz. Pal. 1976, I doc. 303.

¹²²⁴ Paolo Picone, « *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, cours général de droit international privé* », RCADI, vol. 276, 2019, p. 20 et s. ; Pierre Lalive, « *Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)* », RCADI, vol. 155, 2019, p. 8 et s. ; Hans Lewald, « *Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé* », RCADI, vol. 69, 1939, p. 13 et s.

¹²²⁵ V. les vifs débats sur la nature de l'action et les critères de rattachements, *supra* chapitre II de la première partie de notre thèse.

§ 2 – Les controverses suscitées par la règle de conflit complexe

789. La règle précédente a été doublement critiquée : tout d'abord, en ce qui concerne la scission entre la recevabilité et l'étendue de l'action directe en désignant la loi applicable (A), ensuite, la règle de la double limite, a été, également, dénoncée (B).

A- Les critiques à la scission du rattachement

790. La scission du rattachement entre la recevabilité et l'étendue de l'action directe a été critiquée par certains auteurs¹²²⁶. Selon eux, la compétence doit être conférée seulement à la loi du défendeur afin de régir la recevabilité et l'étendue de l'action. Cette recommandation, préconisée par certains auteurs, s'appuie sur différents fondements.

791. La thèse de M^{me} Bacache, comme on a eu l'occasion de le souligner, repose sur la relecture de la notion des parties et des tiers. Les parties au contrat ne sont pas seulement celles qui ont échangé leurs consentements pour la conclusion du contrat, mais cette notion doit englober aussi les parties à un autre contrat formant un groupe avec le premier, dans la limite des obligations contractuelles identiques aux deux contrats du groupe. Par exemple, en matière de contrat de sous-traitance, le sous-traitant, selon cette théorie, devient partie dans le contrat principal en ce qui concerne les mêmes obligations du contractant principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage et tiers pour toute autre obligation qui n'est pas identique. Puisque le sous-traitant devient partie au contrat principal, il peut réclamer au maître de l'ouvrage les mêmes droits qu'aurait invoqués l'entrepreneur principal à son égard. Dès lors, seule la loi du contrat du défendeur est compétente pour apprécier la recevabilité et le régime de l'action directe¹²²⁷. Le défendeur ne peut opposer au demandeur que les exceptions tirées de son propre contrat à

¹²²⁶ Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1996, p. 306 ; Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat : étude de conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, p. 280 et s ; dans le même sens, David Sindres, « *La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé* », JDI 2010, doct. 7, n° 2. Il paraît que la doctrine est unanime par rapport à l'application de la loi du défendeur. Selon M. Jourdain « *le demandeur qui se prévaut des obligations contractuelles inexécutées d'un contrat auquel il n'a pas été partie de façon directe doit s'attendre à ce que le responsable lui oppose les limites contractuelles à l'étendue de sa responsabilité* », Patrice Jourdain note sous l'arrêt *Besse*, JCP 1988, II, 21070. Par contre, le débat entre les auteurs concerne si cette loi doit être appliquée exclusivement ou doit être concurrencée avec d'autres lois.

¹²²⁷ Mireille Bacache-Gibeili, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », ouvrage *op. cit.*, p. 306.

défaut de celles tirées du contrat du demandeur. Ainsi, dans une action intentée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage pour demander le paiement, ce dernier ne pourra opposer à l'égard du sous-traitant que les exceptions tirées du contrat principal à défaut de celles fondées sur le contrat de sous-traitance. Si l'entrepreneur principal avait limité ou exonéré sa responsabilité à l'égard du sous-traitant, selon l'analyse de M^{me} Bacache, ces clauses ne seraient pas opposables au sous-traitant dans l'action en paiement. Seules les clauses tirées du contrat du défendeur peuvent régir l'action directe. M^{me} Bacache reconnaît que ces propositions aboutissent à une protection exagérée du demandeur, mais elle justifie cette protection par l'étude historique de l'action directe qui avait été constituée par la jurisprudence comme une garantie aux sous-acquéreurs à l'égard du fabricant contre les clauses d'exonération de responsabilité prévues dans leurs contrats avec le vendeur intermédiaire¹²²⁸. Dès lors, en respectant l'étude historique de l'action directe et sa raison d'être, ainsi que la nouvelle lecture des parties et des tiers, il convient de se référer à la seule loi du contrat du défendeur¹²²⁹.

792. M^{me} Laval estime, également, qu'il appartient à la loi du défendeur de régir exclusivement la recevabilité et l'étendue de l'action directe, mais elle justifie cette compétence exclusive différemment. En effet, elle estime que cette action est l'effet direct du contrat du défendeur¹²³⁰. Selon l'auteur, l'action directe est un moyen qui vise à sanctionner ou à exécuter les obligations du défendeur selon son propre contrat et dès lors doit être régie seulement par la loi de son contrat. Scinder le rattachement entre la loi du demandeur et celle du défendeur n'est guère satisfaisante¹²³¹. Cette scission est considérée, par l'auteur, comme illogique. Comment peut-on admettre qu'une loi régisse l'étendue alors qu'elle ne connaît pas l'existence¹²³² ? Selon M^{me} Laval, si les prévisions du défendeur doivent être protégées, elles doivent l'être autant du point de vue de l'existence que de son exercice. Il ne faut pas s'appuyer sur le fait que l'action directe est un privilège accordé au demandeur, ce qui a pour conséquence de scinder la compétence entre

¹²²⁸ Jacques Ghestin, D. 1991, p. 549, note sous l'arrêt *Besse* rendu le 21 juillet 1991 ; Mireille Bacache-Gibelli, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », ouvrage, *loc. cit.*

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat* », Thèse *op. cit.*, n° 261, p. 280.

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² *Ibid.*

l'existence et l'étendue, mais il faut renverser la perspective : l'action directe est un effet du contrat du défendeur¹²³³.

793. Or, l'analyse sur laquelle s'appuient les critiques précédentes nous paraît irréaliste. D'abord, dire que l'action directe est l'effet du contrat du défendeur seul ignore la réalité de l'action directe. Cette dernière résulte de la nature tripartite de l'opération contractuelle objet du groupe¹²³⁴. Imaginons que le contrat principal ou le contrat de sous-traitance n'existe pas, il n'y aura pas lieu de parler de l'action directe. Le sous-traitant ou le maître de l'ouvrage n'ont pu avoir une action directe qu'en raison de la concomitance de ces deux contrats.

794. La seconde face de l'irréalisme, c'est de conférer au tiers la qualité de partie à un contrat auquel il n'a pas consenti. Comme on l'a bien estimé¹²³⁵, « *dire que le sous-traitant est partie dans le contrat du défendeur est faux* »¹²³⁶, il est seulement partie à une même opération contractuelle. Le contrat de sous-traitance et le contrat principal sont deux contrats juridiquement indépendants. Le maître de l'ouvrage et le sous-traitant n'ont pas échangé leurs consentements pour qu'on puisse dire qu'ils sont parties dans un même contrat. Ils sont seulement parties dans des contrats étroitement liés par une communauté d'objet et de but. Cette interdépendance ne doit pas avoir pour conséquence de rendre les tiers parties.

795. En outre, M^{me} Bacache estime que le défendeur ne peut opposer au demandeur que les exceptions fondées sur la loi et les clauses tirées de son propre contrat à l'exclusion de celles tirées du contrat du demandeur¹²³⁷. D'une part, cette théorie conduit à favoriser exagérément les droits des demandeurs victimes vis-à-vis de leurs défendeurs. Cette proposition rompt l'équilibre entre les intérêts du demandeur et du défendeur, alors que les intérêts du défendeur dignes d'un haut degré de protection car l'action directe est une faveur exceptionnelle à l'égard du demandeur au détriment du défendeur. D'autre part, M^{me} Bacache se fonde, afin

¹²³³ *Ibid.*

¹²³⁴ Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

¹²³⁵ Jean Néret, « *Le sous-contrat* », Thèse *op. cit.*, p. 284, n° 400.

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ Mireille Bacache-Gibelli, « *La relativité des conventions et les groupes de contrats* », ouvrage *op. cit.*, p. 312. En revanche, selon M^{me} Bacache, le défendeur peut opposer des exceptions fondées sur le contrat du demandeur dans le seul cas où ces exceptions prouvent la fin ou l'inexistence de l'obligation. Ceci ait lieu soit parce que le titulaire de l'action n'a jamais été créancier d'une obligation identique ou parce que la créance identique du titulaire de l'action est éteinte. *Ibid.*, p. 310 et s.

de justifier les règles proposées, sur l'origine de l'action directe en droit interne. Néanmoins, il ne faut pas étendre les idées et l'origine historique des institutions du droit interne au droit international privé¹²³⁸. La loi applicable à l'action directe ne doit pas être recherchée dans la seule architecture du droit interne, mais doit être déduite selon une logique de droit international privé. Notre objectif en droit international privé est d'assurer la justice et l'équilibre entre les intérêts du défendeur et du demandeur sur le plan international, afin de favoriser les opérations du commerce international.

796. On estime que le meilleur équilibre entre les intérêts du défendeur et du demandeur ne se réalise que par la scission entre la recevabilité et l'étendue de l'action. La première est une règle alternative alors quant à la seconde, la règle est cumulative. Néanmoins, ce dernier point, ou ce que l'on appelle la règle de double limite, a été critiqué par la doctrine (B).

B- Les critiques de la règle de double limite

797. La gestion de l'étendue de l'action directe à la fois par la loi et les clauses du contrat du demandeur et celles du contrat du défendeur, ou ce que l'on appelle la règle de double limite, a été vivement critiquée par certains auteurs¹²³⁹.

798. D'une part, on reproche à cette règle de défavoriser les intérêts de la victime qui se voit opposer à la fois les exceptions émanées de son propre contrat et celles du contrat du défendeur : une telle protection favorise exagérément les intérêts du défendeur au détriment de la victime demanderesse¹²⁴⁰.

799. D'autre part, on estime que le régime juridique de cette règle de double limite aboutit parfois à des impasses. Lorsque le juge trouve dans les deux contrats des clauses contractuelles ou législatives inconciliables, leur combinaison sera impossible en vertu de la règle de double limite. On donne, parmi d'autres, certains exemples de cet impasse¹²⁴¹. Dans les cas où deux clauses compromissaires ou attributives de compétences distinctes sont prévues dans le contrat principal et le

¹²³⁸ Vincent Heuzé, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale* », article *op. cit.*

¹²³⁹ Mireille Bacache-Gibeli, ouvrage *op. cit.*, p. 315 ; Régis Mourier, « *Conclusions sous Assemblée plénière 12 juillet 1991* », RJDA 1991, p. 583 ; Jacques Ghestin, D. 1991, 549, note commentaire sous l'arrêt *Besse op. cit.*

¹²⁴⁰ *Ibid.* ; dans le même sens, Geneviève Viney, note sous l'arrêt *Besse*, JCP 1991, II, 21743.

¹²⁴¹ *Ibid.*

contrat de sous-traitance, ou en cas de différence entre la nature de l'obligation qui peut être une obligation de moyens dans un contrat et de résultat dans l'autre, ou la présence des obligations d'ordre public dans le contrat principal et d'autres d'ordre privé dans le contrat de sous-traitance. L'application cumulative de ces clauses serait à ce moment impossible. Dès lors, selon cette doctrine, il convient d'abandonner la règle de double limite en faveur d'un rattachement unique.

800. Or, malgré le bien-fondé de ces critiques, on ne les retiendra pas. Tout d'abord, en dépit d'une sévérité apparente de la règle de double limite à l'égard de la victime demanderesse, une telle règle est justifiée par la protection des prévisions légitimes des parties et l'équilibre entre les solutions. On ne peut pas permettre au demandeur d'avoir plus de droits que ceux qui lui sont accordés par la loi et les clauses de son contrat. En même temps, la protection des prévisions légitimes du défendeur implique qu'il ne soit pas engagé au-delà de ce qu'il a assumé en vertu de la loi et des clauses de son contrat. Dès lors, cette règle, bien qu'elle soit sévère, est incontournable. De plus, il ne faut pas surestimer cet inconvénient, l'action directe entre les parties extrêmes est une faveur atypique¹²⁴². Le demandeur possède toujours la faculté de réclamer ses droits à son propre contractant¹²⁴³.

801. Ensuite, les obstacles de la mise en œuvre du régime juridique de la règle de double limite ne paraissent pas insurmontables¹²⁴⁴. On a vu que M. Haftel propose, afin de résoudre cet impasse, que toute contradiction entre les deux contrats soit résolue en faveur du contrat du défendeur. Il justifie cette règle par la nature atypique de l'action directe qui mène à « *l'impériosité* »¹²⁴⁵ de la loi du défendeur sur celle du demandeur en cas de contradiction¹²⁴⁶.

¹²⁴² Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, n° 1322, p. 607.

¹²⁴³ Patrice Jourdain dans son commentaire sous l'arrêt *Besse*, D. 1992, p. 149 ; Bernard Haftel, Thèse *op. cit.*, p. 589 ; Faisal Zaki, « *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle* », *Dar Al Thakafa Al Gameeya*, Le Caire, Égypte, 1991, 174 ; Ashraf Abd El Azim Abd El Wahed, « *La nature juridique de la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage* », Université d'Ain Shams, 2007, p. 424.

¹²⁴⁴ Patrice Jourdain note sous l'arrêt *Besse*, *op. cit.*

¹²⁴⁵ Terme employé par M. Haftel qui signifie la nécessité impérieuse d'appliquer une règle. Il ne s'agit pas d'un critère mais d'une directive méthodologique. L'impériosité de l'application d'une loi découle alors directement de la double finalité de celle-ci : assurer la flexibilité et la prévisibilité des parties, Bernard Haftel, « *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois* », Thèse *op. cit.*, 2008, p. 479.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, n° 1322, p. 607.

802. Dès lors, on considère, comme M. Haftel l'a, à juste titre, estimé¹²⁴⁷, que le rattachement cumulatif ou la règle de double limite est l'unique moyen qui permet de garantir l'équilibre et la prévisibilité des solutions entre les parties extrêmes concernant l'étendue de l'action directe.

803. Pour conclure, en cas de choix des deux lois différentes entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, l'action directe entre les parties extrêmes sera régie comme tel : le demandeur peut intenter une action directe dès lors que la loi applicable au contrat principal ou au contrat de sous-traitance l'autorise. En revanche, l'étendue de sa dette sera doublement limitée, d'un côté par la loi et les clauses régissant son contrat, et d'un autre côté, par celles régissant le contrat du défendeur.

804. La transparence parfaite, au sens préalable¹²⁴⁸, apparaît comme la solution la plus appropriée, en cas d'absence de choix, afin de réaliser la cohérence, la prévisibilité, la sécurité et l'unification des solutions au sein de l'ensemble contractuel contrat principal et contrat de sous-traitance. Pourtant, l'autonomie de la volonté permet toujours aux parties de déroger à cette unité en optant pour le dépeçage de leur ensemble contractuel et en préférant l'opacité entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. L'opacité signifie qu'au lieu de lier le contrat de sous-traitance au contrat principal en reprenant les clauses du marché principal dans le sous-contrat, ils agissent comme ils étaient des contrats isolés et indépendants, en disposant des lois différentes et des clauses contractuelles différentes¹²⁴⁹. Une telle opacité aboutit à des résultats déraisonnables.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ Une transparence parfaite signifie, selon nous, une transparence à la fois conflictuelle et substantielle, v. *supra* n° 645.

¹²⁴⁹ Patrice Level, « *La négociation du contrat international de sous-traitance* », RDAI, 1985, 137 ; Michel Dubisson, « *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international* », DPCI 1983, 479 ; même auteur, « *Arbitration in subcontracts for international projects* », Journal d'arbitrage international, vol. 1, n° 3, 1984, p. 197 et s. ; Ugo Draetta, « *Arbitration in international construction contracts : selected practical problems* », Gaz. Pal. 2008, 13 ; Panayotis Glavinis, « *Le contrat international de construction* », n° 203 et 423, p. 320 ; François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », Paris, LGDJ, 2003, n° 381, p. 235. Pour un modèle de contrat non transparent, v. le contrat FNTF et FNB (modèle A, édition 1991).

805. D'abord, au niveau de la relation entre les parties extrêmes, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ne seraient pas en mesure de connaître les règles régissant leurs relations directes. Est-ce que la compétence sera accordée à la loi du contrat principal ou à celle du contrat de sous-traitance ? Aucune réponse n'existe dans les textes ou en jurisprudence. Il s'agit d'une lacune importante en droit positif à laquelle la doctrine estime, à juste titre, qu'il convient de remédier en créant une nouvelle règle de conflit. On a estimé que la meilleure règle de conflit, qui permet de concilier les intérêts du demandeur et ceux du défendeur, est une règle de conflit complexe. Selon cette dernière, l'action directe entre les parties extrêmes est régie par une règle alternative pour la recevabilité et cumulative pour l'étendue.

806. Ensuite, l'opacité peut induire des difficultés également au niveau des parties au contrat. La dérogation à la transparence peut mener à des décisions contradictoires ou injustes à l'égard de l'une des parties. Par exemple, dans le cas où la loi applicable au contrat principal établit des cas de force majeure qui n'existent pas dans le contrat de sous-traitance, l'entrepreneur principal bénéficie des privilèges dont le sous-traitant sera privé. Il convient d'étudier comment résoudre les problèmes émanant de l'opacité au niveau des parties au contrat (Sous-section II).

Sous-section II – L'opacité au niveau des parties au contrat

807. Le principe de l'autonomie de la volonté est considéré comme l'une des pierres angulaires du système de règles de conflits de lois en matière d'obligations contractuelles¹²⁵⁰. Ce principe est justifié par la recherche de la sécurité et la prévisibilité des solutions. Dès que les parties choisissent une loi ou des règles juridiques afin de régir leur relations contractuelles, il convient de les respecter. Néanmoins, la liberté absolue accordée aux parties peut aboutir à des injustices en faveur de l'une entre elles et au détriment de l'autre. Comme l'a estimé M. Cadiet, « *la liberté des conventions dans le règlement des litiges a plus à craindre d'elle-même que des foudres de la loi* »¹²⁵¹. Ainsi, l'opacité choisie par les parties au

¹²⁵⁰ Considérant 11 du Règlement Rome I.

¹²⁵¹ L'oc Cadiet « *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges* », LPA, 5 mai 2000, p. 39.

contrat de sous-traitance au niveau conflictuel ou substantiel peut aboutir, dans beaucoup de cas, à une disharmonie des solutions. C'est l'équilibre au sein de l'ensemble contractuel qui peut être menacé en cas de diversité entre le contrat initial et le sous-contrat par rapport aux lois applicables, clauses de responsabilité, clauses pénales différentes, délais de prescription différents. Dans tous ces cas qui ne sont pas exhaustifs, l'harmonie de l'ensemble contractuel sera rompue et les prévisions légitimes des parties seront menacées. La question qui se pose est de savoir si cette opacité serait toujours, efficace. Le juge aurait-il le pouvoir d'outrepasser la volonté expresse des parties afin de rétablir l'équilibre dans le groupe contractuel ? Ou serait-il obligé de respecter à la lettre le contrat conclu entre les parties malgré les abus et les injustices manifestes ?

808. L'exemple suivant permet d'illustrer le problème. Dans un ensemble contractuel composé de sous-contrat et de contrat principal, les parties au sous-contrat ont limité la réclamation du paiement des travaux supplémentaires de quatorze jours à partir de la date de la réception des travaux, alors qu'une telle limitation ne figurait pas dans le contrat principal. Dans un litige qui oppose le sous-traitant à son entrepreneur pour la réclamation du paiement des travaux supplémentaires, l'entrepreneur peut opposer à son cocontractant qu'il n'a pas respecté le délai de quatorze jours convenu dans le contrat de sous-traitance, alors que le sous-traitant lui oppose qu'il a été payé par le maître de l'ouvrage pour les travaux exécutés par lui. Cette opacité entre les deux contrats en matière des délais qui figurent dans l'un mais pas dans l'autre, conduit à une situation injuste, puisque l'entrepreneur se trouve payé par le maître de l'ouvrage alors que l'exécutant réel des prestations ne peut pas faire valoir ses droits. Ce hiatus doit-il être approuvé ? Quels sont les moyens mis à la disposition du juge afin de corriger la situation ? Le juge devrait-il respecter les clauses contractuelles à la lettre ou chercherait-il un faux-fuyant afin d'établir l'équité ? Le juge aurait-il le pouvoir de corriger les clauses abusives ou d'annuler les lois applicables différentes ?

809. On estime que la résolution de ces problèmes réside dans deux questions qui ne sont pas, par contre, nettement délimitées en droit positif : d'une part, le principe de la prise en considération d'un contrat imbriqué (§ 1) et d'autre part, la mesure du pouvoir du juge de modifier les clauses contractuelles injustes (§ 2).

§ 1 – La prise en considération d'un contrat « imbriqué »¹²⁵²

810. Si le juge, en tranchant un litige, estime que la question litigieuse est liée à une autre convention extérieure, aura-t-il le droit de décider en s'y référant ? La doctrine ainsi que la jurisprudence distinguent à ce propos entre la prise en considération et l'application de la convention extérieure. Cette dernière est interdite, dès lors, le juge ne peut pas trancher un litige d'une convention qui lui est extérieure, ni décider par rapport à sa résiliation ou à sa nullité. Néanmoins, il est incontestable que le juge, en tranchant le litige, dispose le pouvoir de prendre en considération les conventions extérieures¹²⁵³. Il a la faculté de puiser dans un acte étranger à l'une des parties afin de pouvoir trancher le litige qui lui est soumis. La convention extérieure détermine le contexte factuel de la convention dont le juge est saisi.

811. Ce pouvoir est établi depuis longtemps et adopté par les arbitres. Ainsi dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun*¹²⁵⁴, le tribunal arbitral a affirmé que « pour trancher tout ou partie d'un litige qui lui est soumis, le tribunal arbitral doit prendre en considération, au-delà du contrat litigieux, d'autres contrats conclus par les parties, voire l'exécution qui leur a été donnée [.....] Une distinction doit être faite, en effet, d'une part, entre la soumission à l'arbitrage d'un litige qui trouve sa source dans un contrat déterminé et, d'autre part, la prise en considération au titre de fait de contrats et de leur exécution dans le cadre de la décision d'un différend prenant sa source dans une autre convention. Le fait que pour trancher les demandes qui lui sont soumises, il doit prendre en considération un ensemble de faits, dont

¹²⁵² Le terme est emprunté à Sébastien Pellé, « La notion d'interdépendance contractuelle », ouvrage *op. cit.*, n° 10 et 280, pp. 9, 250.

¹²⁵³ François-Xavier Train, « Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international », Thèse *op. cit.*, p. 381.

¹²⁵⁴ Décision du Comité *ad hoc*, JDI 1987, 163, spéc. p. 165, c, cité par François-Xavier Train, ouvrage *op. cit.*, p. 382, n° 621 et n° 635. Cette distinction a été affirmée dans une autre affaire selon une formulation variable : « Une distinction doit être faite entre la soumission à l'arbitrage d'un litige qui trouve sa source dans un contrat déterminé et d'autre part la prise en considération au titre de fait de contrats et de leur exécution dans le cadre de la décision d'un différend prenant sa source dans une autre convention, le fait que pour trancher les demandes il doit prendre en considération un ensemble de faits dont certains ont trait à des marchés régis par d'autres conventions conclus avec un tiers et exclus de compétence n'affecte aucunement la compétence des arbitres », CCI 8764, sentence finale, 1997, inédite, Paris, droit français, *ibid.*, p. 383, n° 621. *Add* dans le même sens, l'affaire arbitrale 1491 *Chamber Of Nat. and Int. Arbitration of Milan*, sentence finale 20 juill. 1992, n° 1491 *Yearbook*, vol. XVIII p. 80.

certains ont trait à des marchés régis par d'autres conventions, conclus avec un tiers et exclus de compétence, n'affecte aucunement la compétence des arbitres ».

812. Cette faculté accordée au juge serait accrue en cas de présence d'un groupe contractuel¹²⁵⁵. Ce dernier mène à des conséquences différentes que celles produites si les contrats avaient été conclus à l'état isolé. La structure des ensembles contractuels offre au juge dans ce cas une « *opposabilité renforcée* » par opposition à « *l'opposabilité ordinaire* » établie dans les contrats isolés¹²⁵⁶. Cette opposabilité renforcée mène à des conséquences incontournables sur le régime conflictuel et substantiel des contrats liés. Elle permet au juge de trancher le litige conformément au contexte général dans lequel s'inscrit le contrat litigieux¹²⁵⁷. Cela se fait même si les parties ont opté pour une opacité de leur sous-contrat par rapport au contrat principal.

813. Les conséquences ne sont pas exhaustives, pourtant nous pouvons en citer les moins contingentes. Tout d'abord, l'interprétation des contrats (A), ensuite, la responsabilité des parties (B), seront considérées d'une manière globale au niveau de l'ensemble contractuel.

A- L'interprétation globale des contrats de l'ensemble

814. L'interprétation d'un contrat imbriqué doit être effectuée en tenant compte de sa position dans le groupe et en fonction de l'opération globale qu'il tend à réaliser¹²⁵⁸.

815. En droit français, l'interprétation au sein d'une même convention est gouvernée par l'ancien article 1161 du Code civil qui dispose que « *toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* ». Cette directive a été transposée à

¹²⁵⁵ Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle* », ouvrage *op. cit.*, n° 512, p. 454.

¹²⁵⁶ Pascal de Vareilles-Sommières dans sa préface de la thèse de Sarah Laval, « *Le tiers et le contrat* », *op. cit.*, p. 10.

¹²⁵⁷ François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* », ouvrage *op. cit.*, p. 388.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, n° 666, p. 406. Selon M. Train, l'interprétation et la coordination du contrat dans le groupe ne dépendent pas de la *lex contractus*. Elles ne sont soumises à aucune règle de droit mais elles font partie du domaine de l'interprétation du pur fait. Exemple de l'interprétation globale mais par rapport au contrat cadre et contrats d'application, v. l'affaire CCI 8708, inédite, 1997, droit français et italien, *ibid.*, n° 131, 230, pp. 88, 140.

l'interprétation de l'ensemble contractuel, en ce sens que « *les contrats d'un même ensemble contractuel doivent s'interpréter les uns par les autres, en donnant à chacun le sens qui résulte de l'opération globale* »¹²⁵⁹. L'interprétation globale se révèle également dans des cas où la juridiction a reconnu que le contrat lui-même est clair et précis, mais qu'il devient ambigu en raison de son lien avec un autre contrat¹²⁶⁰.

816. L'interprétation globale du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal a été affirmée par la Cour de cassation dans la décision rendue le 17 décembre 1985¹²⁶¹. Rappelons que ce litige était par rapport à un contrat principal et un contrat de sous-traitance pour la construction des écoles en Libye. Dans ce litige, la Cour de cassation a décidé que le contrat principal et le sous-contrat forment un ensemble contractuel complexe et que l'interprétation des clauses contractuelles doit être faite par « *une analyse de l'ensemble des conventions* ». Dès lors, même si les parties ont opté pour une opacité de leur contrat, conflictuelle ou substantielle, le juge possède le pouvoir d'interpréter les contrats en tenant compte des conventions extérieures, si cela est nécessaire pour la bonne administration de justice.

817. Le projet de réforme de droit des obligations a suivi les recommandations des auteurs en matière de l'interprétation globale de l'ensemble contractuel en disposant que « *toutes les clauses des contrats s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés* »¹²⁶². Cette proposition a retenu l'interprétation globale dans l'ensemble contractuel, ce qui met

¹²⁵⁹ Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, n° 424 ; dans le même sens, Jean-Michel Marmayou, « *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties : méthode de distinction* », Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2001, n° 632. Selon M. Marmayou : « *Toutes les clauses de toutes les conventions de l'ensemble s'interprètent les unes par les parties en donnant à chacune le sens qui résulte de l'opération toute entière* ». Dans le même sens, François-Xavier Train, ouvrage *op. cit.*, n° 376 ; Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007, n° 518.

¹²⁶⁰ Ainsi, concernant un contrat de vente d'une maison dont le vendeur s'est réservé l'usage et reconnaît aux acheteurs de procéder à des travaux, a été précédé d'un acte sous-seing privé contenant l'engagement des acheteurs de verser une indemnité au vendeur en cas de dommages au droit de jouissance par les travaux qu'ils font dans l'immeuble, Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Thèse *op. cit.*, n° 420, p. 209.

¹²⁶¹ Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, n°84-16338.

¹²⁶² Article 1137 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations.

en évidence la différence de traitement entre un contrat isolé et un contrat imbriqué¹²⁶³.

818. L'opacité choisie par les parties au contrat de sous-traitance ne prive pas le juge de son pouvoir d'interpréter les clauses contractuelles au niveau de l'ensemble contractuel, afin d'assurer la cohérence et de prévenir les contradictions. Dès lors, cette opacité peut être considérée comme inefficace. La possibilité de prendre en considération les autres conventions liées jouera également pour apprécier la responsabilité de l'une des parties du groupe (B).

B- L'appréciation globale de la responsabilité des parties à l'ensemble

819. L'appréciation des responsabilités des parties dans un contrat de l'ensemble contractuel se fait en tenant compte des autres conventions formant le groupe, même en cas d'opacité choisie entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. La sentence arbitrale suivante permet d'illustrer cette question.

820. Dans cette affaire¹²⁶⁴, il s'agit d'un contrat cadre et trois contrats d'application. Seul un contrat d'application ayant été finalisé à défaut des autres, cela a amené à l'échec de l'opération. L'arbitre était compétent sur le fondement de la clause compromissoire de ce contrat d'application, pour rechercher pour quelle raison s'était développée la situation litigieuse et à qui en incombait la responsabilité. Les raisons de l'échec ont été examinées au regard du comportement de toutes les parties du groupe et relativement aux quatre contrats projetés. Il convient de constater que dans ce cas, l'arbitre n'était pas tenu par les limites de compétence, mais sa compétence s'était élargie afin d'interpréter la convention qui lui était soumise et d'en définir les droits et les obligations de ses parties¹²⁶⁵.

¹²⁶³ Il sied de constater que l'article de l'avant-projet n'a pas été retenu par l'ordonnance, non pas par refus du principe, mais parce qu'il s'agit d'une évidence qui n'a pas besoin d'être disposé. D'ailleurs, l'article 152 du Code civil, (recopiage de l'article 1156 actuel du Code civil) qui dispose que le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties, suffit à remplacer cette disposition. Sur ce point, v. Sarah Bros, « *Les contrats interdépendants : actualité et perspectives* », D. 2009, 960, n° C.

¹²⁶⁴ L'affaire 7105, 1993, JDI 2000, 1062, note Hascher, citée par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre* », ouvrage *op. cit.*, p. 416.

¹²⁶⁵ Exemple de cette prise en considération, l'affaire inédite n° 8419, 1996, Londres, droit anglais. Cette affaire concerne la résiliation du sous-contrat suite à celle du contrat principal suite à l'embargo sur l'Irak. Le tribunal, non compétent sur le litige du contrat principal, admettait qu'il faut consulter d'abord la résiliation du contrat principal afin de pouvoir prononcer sur le litige dont il est saisi, *ibid.*, n° 376.

821. Dès lors, le juge peut déterminer les droits et les obligations des parties au contrat de sous-traitance en fonction des dispositions et de la loi applicable au contrat principal, même en cas d'opacité de contrat de sous-traitance.

822. Si le pouvoir d'apprécier la responsabilité des parties, en fonction des conventions extérieures, est incontestable, on se demande si le juge ou l'arbitre possède le pouvoir de modifier ou de supprimer les clauses contractuelles valablement prévues, mais qui sont devenues injustes en raison de la présence du contrat dans un groupe. Dans l'exemple donné ci-dessus, le sous-traitant n'a pas respecté le délai de quatorze jours dans lequel il fallait demander son paiement. Cette clause est valable *per se*, mais son insertion dans le cadre d'un groupe de contrats l'a rendue injuste, puisque, l'entrepreneur principal a pu obtenir le paiement des travaux réalisées par le sous-traitant alors que ce dernier s'en trouve privé. Est-ce que le juge peut annuler la clause limitative du temps, abusive ?

§ 2 – Le pouvoir du juge de modifier les clauses injustes

823. La présence d'un groupe de contrats renforce l'obligation de bonne foi au sein de l'ensemble contractuel. La notion de bonne foi fait partie du Code civil dans son article 1104¹²⁶⁶ disposant que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* », elle est connue comme l'instrument de moralisation du contrat¹²⁶⁷. Son contenu consiste, pour chacune des parties, à ne pas surprendre les prévisions de l'autre partie et la confiance qu'elle a prévue en contractant¹²⁶⁸. Elle prohibe tous les comportements contradictoires à la loyauté et interdit tout ce qui reflète l'intérêt personnel sans tenir compte de l'intérêt des autres et de l'économie de l'opération. En présence d'un contrat isolé, la bonne foi se mesure à l'échelle du seul contrat, alors qu'en présence

¹²⁶⁶ Cet article remplace l'article 1134, aliéna 3. Il dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». Sur le nouvel article, v. Yves Picod, « *Art. 1103 et 1104, Contrats et obligations. Force obligatoire du contrat. Bonne foi* », JCl. Civil Code, Fasc. unique, 2019.

¹²⁶⁷ Yves Picod, « *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat* », in Jacques Mestre, *Le juge et l'exécution du contrat*, P.U.A.M, 1994, p. 57

¹²⁶⁸ Laurent Aynès et Philippe Malaurie, « *Droit civil. Les obligations* », LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2005, n° 764. Dans une décision rendue par la Cour d'appel de Paris les juges ont affirmé que l'obligation de bonne foi implique d'une part, que chaque partie s'abstienne de tout abus et d'autre part, de ne pas agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire, CA Paris, 15^e ch. A, 24 oct. 2000, D. 2001, 3236, note Mazeaud.

d'un ensemble contractuel, l'exécution de la bonne foi s'apprécie au niveau du groupe¹²⁶⁹.

824. Cette lecture de l'obligation de bonne foi au sein de l'ensemble contractuel est considérée comme le corollaire de la reconnaissance de l'ensemble ayant pour objectif commun de réaliser la même opération économique¹²⁷⁰. Décider autrement conduit, à la fois, à reconnaître et méconnaître la présence de l'ensemble contractuel. D'une part, on reconnaît que le sous-traitant n'a conclu le contrat qu'en vue de réaliser le contrat principal, et d'autre part, on méconnaît toute influence mutuelle entre les deux contrats, parce que les parties au contrat de sous-traitance ont choisi l'opacité de leur ensemble.

825. Néanmoins, malgré l'opacité choisie entre les deux contrats, l'interférence de l'obligation de bonne foi au sein du groupe aura des conséquences diverses qui vont tantôt inhiber, tantôt décupler les obligations contractuelles¹²⁷¹.

826. Selon M. Pellé, afin de rétablir la justice au sein de l'ensemble contractuel, le juge peut d'une part, étendre quelques clauses contractuelles d'un contrat à un autre dans l'ensemble, comme la clause pénale, la clause compromissoire ou la clause de choix de loi prévue dans un contrat aux autres contrats de groupe¹²⁷². D'autre part, l'intervention du juge consiste parfois à neutraliser l'effet de certaines clauses incompatibles avec la présence de l'ensemble contractuel. La jurisprudence nous enseigne qu'il est interdit de stipuler des clauses incompatibles avec l'interdépendance des contrats. Ainsi, la Cour de cassation a annulé une clause de divisibilité prévue par les parties dans des contrats économiquement liés, en estimant que ces clauses sont incompatibles à l'économie générale des contrats et par suite contraire à la bonne foi¹²⁷³.

¹²⁶⁹ Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », Paris, Dalloz, 2007, n° 521, p. 463 ; Bernard Teyssié, « *Les groupes de contrats* », Paris, LGDJ, 1975, n° 402 et s. et n° 584 et s. ; Jean-Baptiste Seube, « *L'indivisibilité et les actes juridiques* », Paris, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999, n° 318.

¹²⁷⁰ *Ibid.*

¹²⁷¹ Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », *loc. cit.*

¹²⁷² *Ibid.*

¹²⁷³ Com. 15 fév. 2000, Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000 somm. p. 363, note Ph. Delebecque ; RTD civ. 2000, 325, note Mestre. En l'espèce, un pharmacien avait conclu un contrat de diffusion d'images publicitaires et un contrat de crédit-bail afin de procurer le matériel spécifique nécessaire à la diffusion de ces images. La société de publicité a cessé d'exécuter ses prestations. Le commerçant n'avait plus d'images à diffuser et le matériel ne servait à rien, il a donc cessé de payer les loyers. Le crédit bailleur l'a assigné en paiement. Le contrat de crédit-bail contenait la clause suivante : « *Le*

827. Cette immixtion du juge dans les contrats a été critiquée par certains auteurs¹²⁷⁴. On estime que la bonne foi et l'équité sont « *le cheval de Troie* »¹²⁷⁵ par lequel le juge s'introduit dans le contrat et se donne le pouvoir de modifier, annuler, limiter les effets de certaines clauses contractuelles. On voit dans cette ingérence une atteinte à l'ancienne devise « *liberté, égalité, responsabilité* »¹²⁷⁶. Selon cette doctrine¹²⁷⁷, le juge ne peut pas venir au secours de la partie victime de l'injustice, il doit se contenter de respecter les clauses contractuelles lorsque celles-ci sont claires et précises, ou de chercher en fonction de la volonté des parties à interpréter les clauses ambiguës, obscures ou lacunaires. Dans les deux cas, le juge doit rester au service de la volonté des parties.

828. Dès lors, selon cette doctrine, en cas de présence des clauses contractuelles injustes dans le contrat de sous-traitance à l'occasion de son lien avec le contrat principal, le juge ne peut pas, « *quelque équitable que puisse paraître sa décision* »¹²⁷⁸, modifier ces clauses injustes librement acceptées par les contractants. On s'appuie sur les considérations de prévisibilité et de sécurité, qui confèrent au contrat son utilité économique et sa légitimité sociale¹²⁷⁹.

829. Néanmoins, cette vision du rôle de juge a été le sujet d'une évolution ou d'un renouvellement par la doctrine et le législateur¹²⁸⁰. Le juge est de moins en

locataire restait tenu de payer les loyers même au cas où le contrat d'exploitation conclu avec la société de publicité serait résilié ». La Cour de cassation a confirmé la décision des juges de fond qui souligne que, « *le crédit bailleur était informé que le matériel pris à bail était exploité par la société de publicité, qu'en tant que de besoin le crédit bailleur autorisait cette exploitation, qu'il s'agissait d'un matériel très spécifique et que la seule cause du contrat du crédit-bail était constituée par le contrat de prestation d'images* ». Pour plus de détails, v. Sébastien Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats* », ouvrage op. cit., n° 523.

¹²⁷⁴ François Collart Dutilleul et Jean-Luc Aubert, « *Le contrat* », Paris, Dalloz, 2010, p. 116.

¹²⁷⁵ Le terme est emprunté à Denis Mazeaud, « *Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime* », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Paris, Dalloz, 2005, 235.

¹²⁷⁶ Cette devise est l'héritage d'une tradition qui trouve sa source dans le Code, article 1156 du Code et dans les décisions de la Cour de cassation, Civ. 15 avr. 1872. Henri Capitant, François Terré, et Yves Lequette, « *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* », T. II, 2015, n° 161.

¹²⁷⁷ Denis Mazeaud, « *Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime* », article op. cit. ; François Collart-Dutilleul et Jean-Luc Aubert, « *Le contrat. Droit des obligations* », Paris, Dalloz, 2010, p. 83.

¹²⁷⁸ François Collart-Dutilleul et Jean-Luc Aubert, « *Le contrat. Droit des obligations* », ouvrage op. cit.

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ Lors de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le juge possède un pouvoir beaucoup plus étendu qui lui permet de modifier les clauses contractuelles abusives. Selon le nouvel article 1195, « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci*

moins servile à la volonté des parties. Son rôle est devenu plus dynamique et plus optimiste qu'il ne l'était par la doctrine classique. Le juge est considéré comme le modérateur de la loi contractuelle afin de corriger l'injustice, les abus de puissance ou le changement brutal de circonstances¹²⁸¹. Il intervient au nom de la bonne foi ou des considérations d'équité afin de sanctionner l'abus, la disproportion ou l'incohérence des solutions¹²⁸². La prévisibilité et l'intangibilité du contenu de l'accord ne sont plus des valeurs absolues de la matière.

830. En revanche, afin de concilier deux utopies, celle de l'autonomie de la volonté et celle du contrat de communauté d'intérêts tout à fait juste et équitable¹²⁸³, il faut que l'ingérence du juge dans le contrat reste exceptionnelle et se limite aux atteintes manifestes à la justice. Les auteurs ont fixé les limites à l'intervention du juge pour corriger les clauses injustes. Selon M. Mazeaud¹²⁸⁴, « *cette intervention du juge dans le contrat se fait en cas des déséquilibres contractuels structurels et substantiels les plus inadmissibles, les situations contractuelles de crise les plus inacceptables, en somme seules les injustices contractuelles les plus insupportables donnent prise au pouvoir du juge* ». L'intervention du juge dans le contrat ne doit se faire sous prétexte de rétablir l'équilibre dans le contrat ce qui « *relève de l'utopie* »¹²⁸⁵, mais en vue de sanctionner les abus manifestes et intolérables¹²⁸⁶.

peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe », Yves Picod, « *Contrat. Effets du contrat. Imprévision, Art. 1195* », *op. cit.*

¹²⁸¹ Denis Mazeaud, « *Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime* », article *op. cit.*

¹²⁸² Marie Élodie Ancel, « *La prestation caractéristique du contrat* », Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, n° 274, p. 201.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ Denis Mazeaud, « *Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime* », article *op. cit.*

¹²⁸⁵ Jean-Pascal Chazal, « *Clauses abusives* », Répertoire du droit commercial, Dalloz, 2006, n° 54. L'essai d'assurer l'équilibre dès le début c'est le rôle du législateur en amont du contrat, il a pour fonction de chercher une juste proportion entre les intérêts contradictoires, il s'agit de la maxime *suum cuique tribuere*, v. M. Villey, « *Philosophie de droit* », T. I, définitions en fin de droit, réédition, Dalloz 2001, cité par Valérie Pironon, « *Les joint-ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale* », Dalloz, Université Panthéon-Assas, 2004, n° 1, p. 1.

¹²⁸⁶ Jean-Pascal Chazal, « *Clauses abusives* », encyclopédie *op. cit.*

831. Ce pouvoir du juge s'exerce même si les parties ont évincé l'intervention du juge dans leur contrat, puisque le fondement de son intervention n'est pas la volonté implicite ou réelle des parties, mais les considérations de justice et d'équilibre contractuel rompu par le truchement de ces clauses contractuelles injustes. La volonté des parties ne doit pas empêcher le juge d'intervenir afin de sanctionner les abus en neutralisant les clauses élusives ou limitatives de responsabilité ou en annulant les clauses qui prévoient l'irresponsabilité du débiteur¹²⁸⁷. Pour chaque contrat, il faut des remèdes aux injustices, aux déséquilibres contractuels, et c'est au juge qu'il faut revenir afin de les corriger¹²⁸⁸. Dès lors, si l'opacité conflictuelle ou substantielle du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal conduit à des résultats injustes, il convient au juge de corriger une telle iniquité. L'opacité choisie par les parties est inefficace tant qu'elle conduit à une situation injuste.

832. Le pouvoir du juge de corriger les clauses injustes se manifeste d'une manière très claire devant l'arbitrage. Bien que les arbitres tirent leur pouvoir de la volonté des parties, ils n'hésitent pas à corriger les clauses contractuelles quand ils l'estiment, « *manifestement injuste et à l'évidence économiquement inacceptable* »¹²⁸⁹.

833. Dans l'affaire, évoquée précédemment, présentée devant la Chambre de commerce internationale¹²⁹⁰, la Cour arbitrale a annulé une clause d'exonération de responsabilité valablement prévue, en faveur d'un sous-traitant de premier rang à l'égard du sous-traitant de second rang pour toutes les fautes imputables à l'entrepreneur principal¹²⁹¹. Dans une autre affaire, la Cour arbitrale a annulé la clause de compétence judiciaire différente entre deux contrats distincts conclus entre les mêmes parties en vue d'exécuter une opération globale. Le premier contrat était un contrat d'assurance soumis au droit Belge et contient une clause

¹²⁸⁷ Denis Mazeaud, « *Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime* », article *op. cit.*

¹²⁸⁸ Philippe Rémy, « *Droit des contrats : questions, positions, propositions* », in *Le droit contemporain des contrats*, sous la direction de L. Cadiet, Economica, 1987, pp. 271.

¹²⁸⁹ CCI 7493 sentence partielle inédite 1996, Londres, droit de l'État contractant africain anglophone, citée par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale* », ouvrage *op. cit.*, n° 102, p. 71.

¹²⁹⁰ *Supra* n° 160.

¹²⁹¹ CCI 7220, sentence partielle, 1993, inédite, Londres, droit anglais, citée par François-Xavier Train, « *Les contrats liés devant l'arbitre* », Thèse *op. cit.*, n° 390, p. 241.

d'arbitrage CCI, alors que le second qui était un contrat de réassurance contenait une clause d'arbitrage *ad hoc*, conférant aux arbitres un pouvoir d'amiable compositeur¹²⁹². Le tribunal arbitral a privé la clause *ad hoc* d'efficacité, en dérogeant à la volonté réelle des parties. Il a motivé sa décision que les deux contrats s'inscrivent dans un objet plus vaste et servant mutuellement de cause. En outre, le risque des décisions contradictoires est important compte tenu de la réciprocité des obligations litigieuses et l'interdépendance entre les accords. Par ailleurs, le tribunal s'est appuyé en particulier sur le fait que les parties n'ont pas voulu créer le risque que le programme d'assurance soit déclaré efficace par un tribunal et que la réassurance soit déclarée nulle par un autre¹²⁹³. Selon le tribunal arbitral, la bonne foi gouvernant les relations entre les parties confirme qu'elles n'ont pas pu vouloir créer des insécurités¹²⁹⁴.

834. Par conséquent, en se fondant sur ces directives, le juge d'un sous-contrat a le pouvoir d'annuler les clauses contractuelles déraisonnables si elles représentent une atteinte manifeste aux principes de la bonne foi et l'équité. Ces principes ne peuvent pas accepter de maintenir des clauses contractuelles injustes au sein d'un même ensemble contractuel. Dès lors, dans notre exemple cité ci-dessus, le juge a le pouvoir d'annuler la limitation du temps stipulé à l'encontre du sous-traitant dans le sous-contrat et non vis-à-vis de l'entrepreneur principal dans le contrat de base, comme elle représente une atteinte manifeste à la bonne foi et à l'équité. On ne peut pas accepter de rembourser l'entrepreneur principal de travaux qu'il n'a pas exécutés, alors que le sous-traitant qui est l'exécutant réel de ces travaux s'en fût privé¹²⁹⁵. Sur les mêmes principes, les arbitres et les juges doivent écarter toute clause contractuelle manifestement abusive.

835. Au plan international, la cohérence de solutions entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance ne se réalise que par le jeu des règles de conflits qui permettent de refléter la nature accessoire du contrat de sous-traitance. Cette prise

¹²⁹² CCI 7325, sentence inédite, Bruxelles, droit belge, 1993, *ibid.*, n° 727.

¹²⁹³ *Ibid.*

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ Enrichissement sans cause dans cette hypothèse est écarté en raison de la présence de cause qui est le contrat, Marie-Élodie Ancel, « *La protection internationale des sous-traitants* », TCFDIP, 2008-2010, 225.

en considération a commencé par la création d'une catégorie accessoire afin de nous conduire à des critères de rattachements opportuns.

836. Notre objectif est d'assurer une cohérence et un équilibre entre les droits et les obligations des différentes parties à l'ensemble contractuel. Cet objectif ne sera atteint que par un système de transparence parfaite qui permette non seulement une unification conflictuelle entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance, mais aussi une unification substantielle.

837. La transparence conflictuelle induit une unification de loi applicable au sein de l'ensemble contractuel, tandis que la transparence substantielle consiste à unifier les clauses contractuelles entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Un tel système permet de garantir une cohérence de haut degré au sein de l'ensemble contractuel, de manière à ce que les droits et les obligations du sous-traitant soient calqués sur ceux de l'entrepreneur principal dans le contrat principal.

838. Néanmoins, le principe de l'autonomie de la volonté permet aux parties de déroger à la transparence et de favoriser l'opacité du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal. En vertu de cette dérogation, le risque de contradictions entre les solutions réapparaît. Afin d'essayer d'éviter au maximum les résultats injustes auxquels mène la dérogation à la transparence, nous avons distingué entre l'effet de la dérogation sur la relation entre les parties extrêmes et celle entre les parties immédiates.

839. Dans le premier cas, une nouvelle règle de conflit s'impose pour régir les relations entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Ces relations se révèlent par le biais des actions directes. L'action directe entre les parties extrêmes est considérée comme un privilège exceptionnel en faveur du demandeur au détriment du défendeur. Il est juste de permettre à la partie lésée d'agir directement contre l'auteur du dommage. Or, il ne faut pas oublier que les droits du défendeur doivent être protégés. Celui-ci se trouve face à une personne avec laquelle il n'a pas contracté et qui lui demande le paiement ou la réparation de la mauvaise exécution de ses obligations contractuelles. Il ne faut pas que l'action directe l'engage au-delà des obligations prévues selon son contrat. En vue d'assurer un équilibre entre les intérêts du demandeur et du défendeur à l'action directe, nous avons proposé une règle alternative de la recevabilité et cumulative de l'étendue de l'action directe. En

ce sens que cette dernière est autorisée si elle est établie par la loi du contrat du demandeur ou par celle du contrat du défendeur. Pourtant, l'étendue est doublement limitée par les droits du demandeur et les engagements du défendeur.

840. Quant à l'effet de la dérogation à la transparence sur la relation entre les parties immédiates, nous avons estimé que la nature du groupe permet au juge, d'une part, de prendre en considération l'ensemble des contrats même si sa compétence se limite à l'un d'eux. Dès lors, l'interprétation s'effectue d'une manière globale au niveau de tous les contrats de groupe. De plus, la responsabilité de l'une des parties de groupe sera appréciée, non pas selon chaque contrat d'une manière isolée, mais globalement au niveau de l'ensemble contractuel. D'autre part, en présence de clauses manifestement injustes dans un des contrats du groupe par rapport aux autres, le juge doit avoir le pouvoir de les corriger, soit en les modifiant soit en les annulant afin de rétablir la justice bafouée.

Conclusion générale

841. Les contrats internationaux sont devenus plus nombreux et plus compliqués. Le commerce mondial de services et de biens a dépassé les vingt milliards dollars par an¹²⁹⁶. La mondialisation et le rétrécissement de la planète par la modernisation des moyens de transports et de communications expliquent la multiplication des rapports contractuels entre les individus sur le plan international¹²⁹⁷. Ce développement n'est pas seulement économique mais aussi juridique. Les figures contractuelles ne sont plus des figures simples comme autrefois.

842. Le simple contrat bilatéral n'est plus le mode idéal pour la réalisation des opérations commerciales. Les entreprises se trouvent dans l'impossibilité d'exécuter l'opération contractuelle complexe à l'aide d'un seul contrat. Dès lors, elles ont recours aux contrats de sous-traitance. Si elles concluent ces contrats, ce n'est qu'en vue de réaliser l'opération globale en faveur du maître de l'ouvrage. Le contrat de sous-traitance n'a été créé que pour servir le contrat principal ; les sous-contrats concourent au même objectif et portent, au moins partiellement, sur les mêmes obligations. Un lien économique très fort lie le contrat principal et le contrat de sous-traitance qui concourent à la réalisation d'une même opération. On se trouve, donc, devant des contrats économiquement liés mais juridiquement indépendants.

843. La doctrine en droit interne a tenu compte, depuis longtemps, de ce « *contexte économique-juridique* »¹²⁹⁸ du contrat de sous-traitance. Une unanimité parmi cette doctrine s'est rapidement conçue que les contrats de sous-traitance ne sont pas des contrats comme les autres, mais des contrats qui requièrent, compte tenu de leur nature spéciale, un statut particulier afin d'assurer l'harmonie et la cohérence entre eux et les contrats principaux.

844. Par ailleurs, sur le plan international un élément de complexité s'ajoute. La présence d'un élément d'extranéité a pour conséquence d'interférer plusieurs lois pour régir la même opération économique. Néanmoins, devant la sophistication

¹²⁹⁶ Malik Laazouzi, Pascale Deumier, et Marie-Élodie Ancel, « *Droit des contrats internationaux* », Paris, Sirey, 2016, n° 1, p. 1.

¹²⁹⁷ *Ibid.*

¹²⁹⁸ Merryl Soler, « *La sous-traitance* », Thèse de doctorat, Université de Perpignan, 2008, p. 1.

croissante de ces figures contractuelles, les règles applicables aux contrats internationaux restent invariables. Le Règlement Rome I en Europe et surtout le droit international privé en Égypte ne tiennent pas compte de la complexité des droits du contrat. Les liens qui existent entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal, n'ont aucun impact sur les règles de conflit. Le juge qualifie le contrat de sous-traitance comme un contrat d'entreprise normal et l'insère, indépendamment de son lien avec le contrat principal, dans la catégorie de prestation de services selon le Règlement Rome I ou la catégorie d'obligations contractuelles selon le droit international privé égyptien. Cette qualification mène, souvent, à l'application des règles distinctes sur le contrat principal et le contrat de sous-traitance. Chacun serait régi par sa propre loi et ses propres clauses contractuelles.

845. Notre thèse s'est efforcée, dans un premier temps, à mettre en relief les différents inconvénients de l'indépendance juridique entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance qui concourent ensemble à la réalisation d'une même opération économique. Dans un second temps, nous avons essayé de trouver les solutions qui s'adaptent au contexte doublement spécial de contrat de sous-traitance, un contexte économique-juridique international.

846. En effet, on a trouvé que le démembrement entre les règles applicables aux deux contrats liés amène à deux niveaux de difficultés, les premiers au niveau des parties au contrat et les autres au niveau des parties à l'ensemble contractuel ou ce que l'on appelle les parties extrêmes.

847. Quant aux parties aux contrats, le hiatus des dispositions applicables au contrat de sous-traitance et au contrat principal risque d'aboutir à des contradictions et des injustices manifestes, à l'égard du sous-traitant ou à l'égard de l'entrepreneur principal. C'est, ainsi, le cas si les deux contrats ont été soumis à deux lois différentes, l'une qui permet une révision du prix en cas d'imprévisibilité alors que l'autre ne le permet pas. On peut trouver, aussi, un entrepreneur principal qui se retrouve indemnisé par le maître de l'ouvrage pour des retards dans l'exécution dû au maître de l'ouvrage, alors que le sous-traitant s'en voit privé, ou les cas où l'entrepreneur principal a versé des dommages-intérêts au maître de l'ouvrage pour des fautes imputables au sous-traitant, alors qu'il ne peut plus agir contre ce dernier en raison de la prescription de son action. On a trouvé que l'incohérence et le déni de justice sont les conséquences du dépeçage des lois applicables au sein de la

même opération économique. De tels problèmes auront pour conséquences de paralyser les transactions commerciales internationales et d'aboutir à des situations injustes.

848. Concernant les parties extrêmes, les questions sont de plus en plus complexes. L'étroite connexité entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance mène à ce que la bonne ou la mauvaise exécution du sous-traitant ait un effet direct sur le contrat principal. Par ailleurs, en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur principal, le sous-traitant peut avoir intérêt de demander directement au maître de l'ouvrage le paiement de ses prestations. Pourtant, les règles régissant la relation entre les parties extrêmes sur le plan international sont affectées des imprécisions infinies. Ces parties n'ont pas conclu un contrat direct et dès lors en vertu du principe de la relativité des conventions, qui règne en droit interne, elles ne possèdent pas d'actions contractuelles directes réciproques. Est-ce que le principe de relativité des conventions se transpose sur le plan international à travers la qualification *lege fori* ? En l'absence d'un contrat direct, cette relation rentre-t-elle dans la catégorie contrat ou la catégorie délit ? Et si c'est contractuel, de quel contrat parle-t-on ? Faut-il insérer cette relation dans le contrat principal ou le contrat de sous-traitance ? En effet, les questions charnières qui se trouvent au carrefour des deux contrats étaient une des difficultés les plus compliquées tout au long de notre recherche. Ni le fondement ni la loi applicable ne sont pas définis par des textes précis. Dès lors, la doctrine et la jurisprudence ont essayé de combler ces lacunes. De nombreux fondements ont été proposés suivis par de nombreuses lois applicables. Entre des propositions délictuelles et d'autres contractuelles, les parties sont les victimes. Une insécurité et imprévisibilité juridiques incomparables entachent ces relations juridiques.

849. Après avoir identifié les différentes difficultés résultant de la mise en œuvre des règles actuelles, notre objectif était d'une part, d'assurer l'harmonie et la cohérence entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance et d'autre part, de trouver un cadre juridique pour gérer les relations entre les parties extrêmes, voire le sous-traitant et le maître de l'ouvrage.

850. Devant l'inaptitude des règles classiques à faire face aux difficultés précédentes, nous avons estimé qu'il convient d'adopter des règles spéciales à ce contrat. Des règles qui reflètent la nature particulière du contrat de sous-traitance

et qui essaient d'assurer l'harmonie des solutions et la sécurité juridique bafouées en vertu des règles actuelles. Par contre, dans notre chemin de recherche aux règles appropriées, on a dû faire face à plusieurs obstacles. Tout d'abord, comment peut-on harmoniser la loi applicable aux contrats principal et sous-contrat alors que les règles édictées par le Règlement raisonnent sur l'image des contrats isolés ? Ensuite, comment peut-on instituer un cadre juridique pour gérer la relation entre les parties extrêmes en présence du principe de relativité des conventions considéré comme une pierre angulaire en matière de droit des contrats ?

851. Devant cette impasse, nous avons estimé que la clé principale afin de s'en sortir est la qualification. Une procédure de requalification du contrat de sous-traitance doit être faite en vertu de sa nature complexe. Si on résout le problème dès la phase de qualification, on parviendra à trouver des règles adaptées à notre contrat. Le juriste, que ce soit le législateur, le juge ou la doctrine, ne doit pas traiter le contrat de sous-traitance comme un contrat d'entreprise normal mais comme un contrat inférieur, dépendant ou accessoire. Dès lors, on ne doit plus le classer dans la catégorie du contrat d'entreprise mais dans une nouvelle catégorie accessoire de sous-entreprise.

852. La nouvelle catégorie accessoire implique la soumission du contrat de sous-traitance au régime juridique de son contrat de base. Par contre, une telle soumission ne doit pas se contenter d'une unification des lois applicables, ce que l'on appelle une transparence conflictuelle, mais il convient de l'associer d'une transparence dite substantielle. On veut dire par cette dernière, l'ajustement, *mutatis mutandis*, des clauses contractuelles du contrat de sous-traitance par rapport à celles du contrat principal. La même loi et les mêmes clauses contractuelles auront vocation à régir le contrat principal et le contrat de sous-traitance. En alignant le régime juridique du contrat de sous-traitance sur celui de son contrat principal, on évitera les problèmes d'incohérence soit entre les parties contractantes, soit par rapport aux parties extrêmes.

853. Les règles proposées constituent une innovation par rapport aux règles classiques. Selon ces dernières, l'unification entre les règles applicables aux contrats principal et de sous-traitance ne peut être atteinte que par acte positif des parties en choisissant la même loi et les mêmes clauses contractuelles. Toutefois, il convient de constater que les parties dans les contrats internationaux n'ont pas

toujours la formation juridique afin de choisir des lois adaptées à la nature de leurs contrats. Néanmoins, *via* les nouvelles règles, le législateur attire l'attention des parties sur la nature spéciale de ce contrat et dès lors, si elles décident d'y déroger, cette décision de dérogation émanera d'un acte positif qui ne vient pas par hasard mais après une étude de leurs intérêts et une comparaison entre les différents scénarios.

854. Il reste que le choix de loi ne résulte pas seulement de la formation juridique des parties mais la force économique de ces dernières joue un rôle important sur le plan international, et donc le sous-traitant ou l'entrepreneur peut imposer une loi qui protège ses intérêts au détriment de ceux de son cocontractant. Comment peut-on harmoniser les lois applicables et assurer la justice malgré la présence du principe de l'autonomie de volonté ? Ce dernier est un principe fondamental qui règne d'un très haut degré sur le plan international.

855. Outre l'incohérence et l'injustice qui peut résulter d'une telle dérogation entre les parties contractantes, on revient à l'insécurité et l'imprévisibilité des solutions au niveau des parties extrêmes. Comment peut-on résoudre le conflit entre les différentes lois régissant l'ensemble contractuel composé du contrat principal et du contrat de sous-traitance ? Supposant que la loi du contrat principal permet l'action en paiement ou en responsabilité alors que celle du contrat de sous-traitance ne l'autorise pas, quelle loi aura-t-elle la compétence pour régir la relation entre les parties extrêmes ? C'est là où on a rencontré un obstacle important dans notre recherche.

856. Pour s'en sortir, nous avons essayé de s'inspirer des idées de la doctrine en droit interne et international afin de trouver des réponses à tous ces problèmes puisque le législateur reste muet et la jurisprudence est confuse. Nous avons estimé que puisqu'on procède en droit international privé, on doit se guider des principes et des objectifs de cette branche de droit. D'une part, le droit international privé se préoccupe de la réalisation des intérêts des parties, des tiers et du commerce international. D'autre part, les règles de droit international reposent sur les principes directeurs dont les plus importants sont le principe de proximité, de prévisibilité et de sécurité. En se fondant sur les objectifs et les principes du droit international privé, nous avons pu trouver des réponses à tous les problèmes auxquels on a fait face soit entre les parties extrêmes, soit entre les parties contractantes.

857. Tout d'abord, l'insécurité qui entache les relations entre les parties non contractantes ne peut être dissipée que par l'élaboration d'une nouvelle règle de conflit claire et précise qui détermine avec certitude les lois y applicables. Pour ce faire, nous avons cherché la règle qui réalise un équilibre entre les intérêts des deux parties extrêmes impliquées dans le rapport, c'est-à-dire le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. En vertu de l'action directe entre les parties extrêmes, on trouve, d'un côté, un demandeur, victime de l'inexécution de ses prestations contractuelles, qui a besoin de réclamer ses droits au bénéficiaire direct ou à l'auteur réel du dommage, et d'un autre côté, un défendeur qui se trouve surpris par un demandeur avec lequel il n'a pas échangé sa volonté et qui lui réclame l'exécution de ses engagements contractuels. Devant cette relation complexe, on ne peut pas tenir compte d'un contrat au détriment de l'autre. Afin de mettre en œuvre une règle qui assure l'équilibre entre les intérêts des différentes parties impliquées, on a proposé l'élaboration d'une règle de conflit complexe, une règle alternative par rapport à la recevabilité et cumulative par rapport à l'étendue.

858. Concernant la recevabilité de l'action : le demandeur fonde légitimement ses prévisions sur la loi de son contrat par rapport à l'existence de l'action directe à l'égard de la partie extrême. À l'opposé, une telle action ne ruine nullement le défendeur qui ne sera pas engagé au-delà de ses engagements contractuels. Dès lors, on a proposé une règle de conflit alternative favorable aux intérêts du demandeur. Ainsi, l'action directe est recevable si la loi du contrat du demandeur ou celle du défendeur le permet.

859. Quant à l'étendue de l'action, la règle doit être plus rigoureuse. Cette rigueur est le corollaire de la logique et de la justice. En effet, la logique impose que le demandeur dans l'action directe ne doit pas avoir plus de droits que ceux qui lui sont accordés par son propre contrat. Il ne doit pas être privilégié quand il réclame ses droits à une autre partie que son contractant direct. Par ailleurs, le respect des intérêts du défendeur et de ses prévisions légitimes implique que l'assiette ainsi que les conditions de l'action directe soient déterminées en vertu de la loi de son contrat. Dès lors, l'étendue de l'action directe doit être doublement limitée. D'une part, elle est limitée par les droits auxquels le demandeur est effectivement créancier en vertu de la loi et des clauses contractuelles de son contrat et d'autre

part, par les engagements imposés au défendeur selon la loi et les clauses contractuelles prévues dans son contrat.

860. Par l'élaboration de cette règle de conflit alternative par rapport à la recevabilité et cumulative par rapport à l'étendue nous nous sommes parvenues à atteindre une justice maximale et à combler une grave lacune qui était source d'insécurité et d'imprévisibilité importantes. Après avoir résolu les difficultés de la diversité des lois applicables au niveau des parties extrêmes, il nous reste celles entre les parties contractantes.

861. Ensuite, la dérogation à la transparence conflictuelle et/ou à la transparence substantielle entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance peut être, également, une source d'incohérence et d'injustice flagrantes entre les parties contractantes. Il convient de constater qu'en choisissant une loi différente ou une clause contractuelle plus rigoureuse dans un contrat que dans l'autre, le choix des parties doit être respecté sous la force du principe de l'autonomie de la volonté. Comment peut-on alors résoudre les incohérences et les injustices en présence ? En se guidant, toujours, des objectifs et des principes de droit international privé, on a essayé d'élaborer deux directives qui permettent au juge de rétablir la justice et la cohérence perdues. La première directive concerne le traitement global qui doit dominer les litiges de sous-traitance. Un juge qui tranche un litige par rapport au contrat de sous-traitance doit, si besoin, prendre en considération le contrat principal afin d'interpréter le contrat et de déterminer les droits et les obligations des deux contractants. Cela s'effectue même si le contrat principal ne rentre pas dans le domaine de compétence du juge. La seconde directive, et la plus importante à notre sens, concerne les cas dans lesquels le juge estime la présence d'une clause contractuelle manifestement injuste qui entraîne un déséquilibre substantiel le plus inadmissible. Dans ce cas, nous avons estimé que le juge peut neutraliser une telle clause contractuelle. Cette intervention par le juge dans le contrat des parties doit être effectué dans un cadre exceptionnel afin de respecter le principe de l'autonomie de volonté.

862. Pour conclure, les liens très étroits qui unissent le contrat de sous-traitance au contrat principal dont il emprunte, au moins partiellement l'objet, imposent que son régime ne soit établi qu'en tenant compte de sa nature comme sous-contrat. Si on n'en tient pas compte ou si on refuse tout effet juridique de ce

fait, il est parfaitement justifié d'affirmer que la notion même de sous-traitance n'existe pas¹²⁹⁹.

¹²⁹⁹ Vincent Heuzé, « *Sous-traitance* », Répertoire de droit international, Dalloz, 2017.

Index

L'index renvoie aux numéros des paragraphes

A

Absence de choix, 40, 57, 60, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 94, 95, 111, 113, 134, 141, 148, 638, 660, 672, 675, 687, 692, 804.
Accessoire, 73, 138, 247, 427, 467, 542, 583, 584, 597, 599, 600, 601, 602, 609, 610, 628, 640, 641, 642, 643, 644, 647, 649, 650, 651, 652, 653, 655, 657, 661, 662, 670, 672, 673, 675, 692, 835, 851, 852.
Adaptation, 118, 128, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 532, 551.
Autonomie de la volonté, 40, 41, 42, 43, 44, 48, 53, 106, 108, 273, 334, 335, 336, 354, 475, 489, 633, 637, 727, 733, 742, 745, 746, 750, 753, 804, 807, 830, 838, 861.

C

Cession, 250, 251, 252, 490, 494.
Clause d'exception, 93, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 174, 260, 343, 345, 348, 359, 532, 653, 683, 690.
Clauses injustes, 823, 828, 830, 832.
Contrat isolé, 17, 32, 91, 93, 541, 817, 823.
Contrat lié, 93, 144, 177, 274, 276.
Cotraitance, 490, 491, 492, 493, 495, 498, 499, 607.

D

Déni de justice, 76, 104, 120, 121, 122, 125, 173, 673, 847.
Dépeçage, 48, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 120, 124, 125, 153, 158, 172, 439, 655, 753, 804, 847.
Dépendance unilatérale, 583, 584, 597, 599, 600, 601, 628.
Droit souple, 697, 717.

E

Ensemble contractuel, 53, 81, 95, 111, 112, 113, 114, 115, 120, 124, 139, 147, 159, 160, 162, 428, 542, 546, 549, 550, 564, 570, 579, 581, 587, 633, 634, 638, 647, 650, 664, 670, 671, 672, 673, 677, 679, 682, 683, 687, 688, 691, 692, 693, 694, 697, 700, 705, 728, 753, 757, 804, 807, 808, 813, 815, 816, 817, 818, 819, 823, 824, 826, 834, 836, 837, 840, 846, 855.

F

Fédération internationale des ingénieurs-conseils, 496, 657, 698, 732, 735.

G

Groupe de contrats, 362, 540, 541, 545, 546, 553, 554, 555, 556, 822, 823.

I

Indivisibilité, 163, 165, 583, 587, 592, 595.
Interdépendance, 61, 364, 469, 473, 476, 489, 490, 500, 542, 556, 583, 584, 586, 587, 589, 590, 592, 597, 625, 626, 627, 794, 826, 833.

J

Justice conflictuelle, 513, 515, 516, 526, 532.
Justice matérielle, 128, 514, 515, 526, 527, 531, 532.

L

Lex constructionis, 51.

Lex mercatoria, 51, 684, 695.

Lois de police, 186, 187, 213, 220, 223, 227, 229, 233, 742.

P

Partie faible, 225, 741.

Parties extrêmes, 16, 24, 26, 175, 177, 181, 182, 185, 197, 259, 282, 283, 301, 313, 318, 327, 337, 371, 375, 381, 405, 411, 412, 431, 432, 436, 490, 522, 557, 582, 615, 623, 753, 755, 756, 759, 771, 787, 800, 802, 803, 805, 838, 839, 846, 848, 849, 850, 852, 855, 856, 857, 860.

Pay if paid, 734, 736, 742, 743, 745, 749.

Pay when paid, 66, 484, 727, 729, 730, 731, 733, 734, 737, 739, 741, 742, 743, 747, 749, 750.

Prestation caractéristique, 89, 90, 91, 141, 209, 556, 575, 652, 660, 672, 675, 683, 688, 689.

Q

Qualification globale, 541, 552, 558, 559, 560, 569, 570, 571, 633.

Qualification isolée, 33, 550, 633.

Qualification *lege europea*, 293, 313, 327, 331.

Qualification *lege fori*, 244, 245, 285, 293, 313, 331, 381, 848.

R

Rattachement alternatif, 769, 770, 774.

Rattachement cumulatif, 410, 411, 414, 415, 802.

S

Sous-traitance industrielle, 4, 5, 221.

T

Transparence conflictuelle, 634, 637, 692, 693, 700, 710, 713, 752, 837, 852, 861.

Transparence substantielle, 634, 694, 697, 699, 700, 701, 707, 710, 711, 713, 715, 716, 717, 751, 752, 837, 861.

V

Volonté implicite, 41, 54, 57, 62, 72, 77, 79, 831.

Volonté hypothétique, 57, 83.

Bibliographie

I- Ouvrages généraux, Traités, Manuels

- ANCEL Marie-Élodie, DEUMIER Pascale, et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, Paris, Sirey, 2017.
- AYNÈS Laurent et MALAURIE Philippe, *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018.
- CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine, et PÉTEL Philippe, *Droit des sûretés*, Paris, LexisNexis, 2015.
- ABD ALLAH Ezz El Din, *Droit international privé, Conflits de lois et conflits de juridictions*, T. II, *Dar Al Nahda Al Arabeya*, 1969.
- HENRI Jean et MAZEAUD Léon, *Leçons de droit Civil*, T. III, 21 6d. 1960.
- ABD EL KERIM SALAMA Ahmed :
 - *La science de la règle de conflit et le choix entre les législations*, 1^{ère} éd., *Dar Al Kotob Al kwmeya*, Al Mansoura, Égypte, 1996.
 - *La loi du contrat international*, *Dar Alnahda Alarabeya*, Égypte, 2008.
- ABD EL RAHMAN GAD Gaber, *Conflits de lois*, *Dar Al Nahda Al Arabeya*, 1956, T. III.
- ABO STIT Ahmed Heshmat, *La théorie des obligations*, *Matbaet Masr Sherka Mosahma*, Égypte, 1945.
- AL HADAD Hafeeza et SADEK Hisham, *Principes en droit international privé*, *Dar Al Matbouaat Al Gameya*, Alexandrie, Égypte, 2001.
- ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, et BATIFFOL Henri, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006.
- ARMINJON Pierre, *Précis de droit international privé*, T1, Paris, Dalloz, 1947.
- AUBERT Jean-Luc et COLLART DUTILLEUL François, *Le contrat, droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2017.

- AUDIT Bernard et d'AVOUT Louis, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2018.
- AYNÈS Laurent et MALAURIE Philippe, *Droit civil. Les obligations*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2005.
- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *Droit international privé*, T. II, 7^{ème} éd., 1984.
- COLLART-DUTILLEUL François et AUBERT Jean-Luc, *Le contrat, Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2010.
- EL ALL Okasha Abd, *La loi des opérations bancaires, une étude de conflits de lois aux opérations bancaires internationales, Dar Al Matbouat Al Gameya*, Alexandrie, Égypte, 1994,
- FAHMY Mohamed Kamal, *Origines de droit international privé, Moassaset Al Thakafa Al Gameya*, Le Caire, Égypte, 2008.
- GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, le contrat*, LGDJ, 1980.
- LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, et DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2013.
- MANSOUR Mansour Moustafa, *Leçons en droit international privé, Conflits de lois, Dar Al Maaref*, Le Caire, Égypte, 1957
- MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2014.
- MONÉGER Françoise, *Droit international privé*, 4^{ème} éd, Paris, Litec, 2007.
- MUIR WATT Horatia et BUREAU Dominique, *Droit international privé*, Paris, PUF, 2017.
- REYAD Fouad et RASHED Samia, *Précis de conflits de lois et conflits de juridiction, Dar Al Nahda Al Arabeya*, Le Caire, Égypte, 1987.
- REYAD Mohamed Abd Al Moneim, *Principes de droit international privé, Maktabet AlNahda Almsareya*, Le Caire, , 1943.
- RIYAD Fouad et RASHID Samia, *Conflits de lois*, T. II, Le Caire, 1992.
- SADEK Hisham :

- *Conflits de lois. Étude de principes de droit international privé comparé*, Manshaat Al Maaref, Alexandrie, Égypte, 1974.
- *La loi applicable aux contrats de commerce internationale*, Dar Alfekr Al Gamei, Alexandrie, Égypte, 2001.
- SAVIGNY Friedrich Carl, *Traité de droit romain*, T. VIII, traduction Guenoux, 2^{ème} éd., Paris, 1860.
- TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd, 2012.
- LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10^{ème} éd, 2014.
- LECLERC Frédéric, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012.
- LIET-VEAUX Georges et THUILLIER André, *Droit de la construction*, Paris, Litec, 1994.
- LOUSSOUARN Yvon et BREDIN Jean-Denis, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969.
- MALINVAUD Philippe, *Droit de la construction*, Dalloz, 7^{ème} éd, 2018-2019.
- PUIG JURISTE Pascal, PAYET Julie, et BOISMERY Isabelle, *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz., 2017.
- VINEY Geneviève, *Traité de Droit Civil, la responsabilité : conditions*, LGDJ, 1982.

II- Ouvrages spéciaux, Monographies et Thèses

- ABD EL WAHED Ashraf Abd El Azim, *La nature juridique de la relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage*, Thèse de doctorat, Université d'Ain Shams, Égypte, 2007.
- ABDNAS-DJOUDI Jamel, *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés*, Thèse de doctorat, Université Paris II sous la direction de Yvon Loussouarn, 1993.

- ALGARHY Mostafa Abd Al Sayed, *Le contrat de sous-traitance, étude comparée en droit égyptien et français*, Dar Al Nahda Al Arabeya, Le Caire, Égypte, 1988.
- ANCEL Marie-Élodie, *La prestation caractéristique du contrat*, Thèse de doctorat, Paris, France, Université Panthéon-Sorbonne, 2000.
- ARMINJON Pierre, *L'objet et la méthode du droit international privé*, RCADI, vol. 21, 1928, p. 431.
- AUDIT Bernard :
 - *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois)*, RCADI, 1984, p. 219.
 - *Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général*, RCADI, vol. 305, 2003, p. 20.
- BABANDO Jean-Pierre et MALINVAUD Philippe, *La sous-traitance dans la construction marchés publics, marchés privés*, Paris, Litec, 2005.
- BACACHE-GIBEILI Mireille, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 1994.
- BANANI Ali, *Les Contrats FIDIC*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015.
- BARATTA Roberto, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, RCADI, vol. 348, 2011, p. 265.
- BARREYRE André, *L'évolution et la crise du contrat, étude synthétique et critique*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1937.
- BATIFFOL Henri :
 - *Principes de droit international privé*, RCADI, vol. 97, 1959, 433.
 - *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, RCADI, vol. 120, 1967, p. 166.
 - *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.
 - *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI, vol. 139, 1973, II, pp. 96 et s.

- *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- *Les contrats en droit international privé*, Montréal, Institut de droit comparé, McGill University, 1981.
- *Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, RCADI, vol. 72, 1948, p. 55.
- BERTRAND Florence, *Opposabilité du contrat aux tiers*, Doctorat d'État, Paris II, 1979.
- CABRILLAC Rémy, *L'acte juridique conjonctif : en droit privé français*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 1989.
- CAMPOS Julio D. González, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, cours général*, RCADI, vol. 287, 2000, pp. 17-411.
- CANSACCHI Giorgio, *Le choix et l'adaptation de La règle étrangère dans le conflit de lois*, RCADI, 1953, p. 79 et s.
- CARO Joseph Emmanuel, *Transparence et sous-traitance dans les marchés publics*, Thèse sous la direction de Christine Bréchon-Mulènes, Université Paris Nanterre, 1984
- CHANTELOUP Hélène, *La loi applicable aux quasi-contrats*, Thèse de doctorat, France, Université Paris Nanterre, 1994.
- CHEDEVILLE Dominique, *La liaison entre contrats*, Doctorat d'État, France, 1977.
- COCTEAU-SENN Delphine, *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, Thèse de doctorat, France, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001.
- CORBION Lycette, *Le déni de justice en droit international privé*, Thèse de doctorat, Paris, France, Université Panthéon-Assas, 2002.
- COZIAN Maurice, *L'action directe*, Thèse de doctorat, France, Université de Bourgogne, UFR de droit et science politique, 1966.

- D'ARGENT Pauline, *Droit international privé et sous-traitance internationale : quelle place pour l'action directe du sous-traitant*, Mémoire sous la direction de Jean-Louis Van Boxstael, Université catholique de Louvain, 2017.
- DASSER Felix, "Soft Law" in *International Commercial Arbitration*, RCADI, vol. 402, 2019, p. 392.
- DIAMOND Aubrey L., *Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations*, RCADI, vol. 199, 1986, p. 238.
- DOUSSET Yves, *La sous-traitance*, Thèse Droit Clermont-Ferrand, 1971.
- DUBISSON Michel, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*, 2^{ème} éd., Paris, librairies techniques, 1985.
- DUCLOS José, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984.
- DURAND-PASQUIER Gwénaëlle, *Le maître de l'ouvrage : contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2005.
- ELWAN Omaia, *La loi applicable à la garantie bancaire à première demande*, RCADI 275, 1998, p. 182.
- ESPAGNON Michel, *La règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit civil français*, Thèse Paris I, sous la direction de Geneviève Viney, 1980.
- EXPOSITO Martine, *La connexité*, Thèse de doctorat, Université Aix-Marseille 3, 1992.
- FADLALLAH Ibrahim, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI, vol. 249, 1994, p. 422
- Ferrer-Correia, *Les problèmes de codification en droit international privé*, RCADI, vol. 145, 1975, p. 67.
- FIECHTER-BOULVARD Frédérique, *La transmission de l'engagement dans les contrats en chaîne*, Thèse de doctorat, Université Pierre Mendès France, 1992.

- FLAMME Maurice-André et LEPAFFE Jacques, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, E. Bruylant, 1966.
- FORIERS Paul-Alain, *Groupes de contrats et ensembles contractuels : quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Belgique, De Boeck & Larcier, 2006.
- FOUCARD Romain et FROT Olivier, *Le montage contractuel complexe*, Université Bordeaux 1, France, 2009.
- FRANCESKAKIS Phocion, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Thèse de doctorat, Université de Paris, 1957.
- GAILLARD Emmanuel, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, RCADI, vol. 329, 2007, p. 55.
- GANNAGÉ Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001.
- GAUDEMET-TALLON Hélène
 - *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001*, LGDJ, 2010.
 - *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, RCADI, vol. 312, 2005, pp. 18-479
- GINOSSAR Shalev, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, LGDJ, 1963.
- GIULIANO Mario, *La loi applicable aux contrats : problèmes choisis*, RCADI, vol. 158, 1977, p. 185 et s.
- GLAVINIS Panayotis, *Le contrat international de construction*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, France, 1992.
- GLENN H. Patrick, *La conciliation des lois cours général de droit international privé*, RCADI, vol. 364, 2013, p. 189.
- GOLDMAN Berthold, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, RCADI, vol. 109, 1963, p. 350.

- GORÉ Marie, *L'administration des successions en droit international privé*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 1990.
- GOUBEUX Gilles, *La règle de l'accessoire en droit privé [étude sur la maxime "accessorium sequitur principale"]*, Thèse de doctorat, Université de Nancy, 1966.
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 1912.
- GRELIER-BESSMANN Patricia, *Pratique du droit de la construction marchés publics et privés*, Paris, Eyrolles, 2010.
- GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques*, 27^e édition, Lexiques (Dalloz, 2019), 879.
- GUTZWILLER Max, *Le développement historique du droit international privé*, RCADI, vol. 29, 1929, p. 288.
- HAFTEL Bernard, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Etude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, 2008.
- HALLIER Cécile, *La connexité en droit international privé*, Thèse de doctorat, Université de Nice, 2003.
- HAUSSEL Jean-Marie, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Thèse Montpellier, 1953.
- HECK Van, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Brill, 1955.
- HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse de doctorat, France, Université de Nancy II, 1992,
- HEUZÉ Vincent, *Le droit international privé français des contrats : étude critique des méthodes*, Paris I Panthéon Sorbonne, 1988
- HUET Jérôme, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse Paris II, sous la direction de Jacques Flour, 1978.

- IBRAHIM Ossama Mohamed Taha, *La théorie générale des sous-contrats*, Université Ain Shams, Égypte, 2007.
- JACQUET Jean-Michel,
 - *La fonction supranationale de la règle de conflit de lois*, RCADI, vol. 292, 2001, p. 149.
 - *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Économica, 1983.
- JAFFE Micheal Evan et J. MCHUGH Roman *International construction disputes in Today's economy*, PLC arbitration Handbook, 2009.
- JAMIN Christophe, *La notion d'action directe*, Thèse de doctorat, Université Paris I, Panthéon Sorbonne, 1990.
- JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, Thèse de doctorat, Paris II, 2002.
- JAYME Erik, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, RCADI, vol. 251, 1995, p. 19.
- JOACHIM-BONELL Michael, *The law governing international commercial contracts: hard law versus soft law*, RCADI, vol. 388, 2018, p. 17.
- KASSIS Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993.
- KEGEL Gerhard, *Crisis of conflict of laws*, RCADI, 1964, vol. 112, p. 91 et s.
- LAGARDE Paul, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, vol. 196, 1986, p. 36.
- LALIVE Pierre, *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)*, RCADI, vol. 155, 1977, p. 11 et s.
- LARROUMET Christian, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, Faculté de droit et des sciences économiques, 1968.
- LAVAL Sarah, *Le tiers et le contrat: étude de conflit de lois*, Thèse de doctorat, France, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014.

- LEBORGNE François, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé*, Thèse de doctorat, France, Université de Rennes 1, 1995.
- LEQUETTE Yves
 - *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, RCADI, vol. 246, 1994.
 - *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? cours général de droit international privé*, RCADI, vol. 387, 2017, pp. 18-630.
- LEWALD Hans, *Règles générales des conflits de lois. contribution à la technique du droit international privé*, RCADI, vol 69, 1939, p.1 et s.
- LOQUIN Eric, *Les règles matérielles internationales*, RCADI, vol. 322, 2006, 9-241.
- MARMAYOU Jean-Michel, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties : méthode de distinction*, Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2001.
- MARSH Peter, *Contracting for Engineering and Construction Projects*, 5th ed, Gower, 2001.
- MAURY Jacques, *Règles générales des conflits de lois*, RCADI, vol. 57, 1936, 327.
- MAYER Pierre, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé- Cours général de droit international privé*, RCADI, vol. 327, 2003, p. 370.
- MINOIS Maud, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, Thèse de doctorat, Université Sorbonne Paris, 2016,
- MODERNE Franck, *La sous-traitance des marchés publics : essai sur une institution hybride*, Paris, Dalloz, 1995.
- MONTMERLE Jacques et CASTON Albert, *Passation et exécution des marchés de travaux privés*, Paris, Le Moniteur, 2006.

- MUIR WATT Horatia, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse de doctorat d'Etat, Paris, France, Université Panthéon-Assas, 1985.
- NAJM Marie-Claude, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Thèse, Paris 2, 2004.
- NÉRET Jean, *Le sous-contrat*, Thèse d'État, Paris, Université Panthéon-Assas, 1977.
- NIBOYET-HOEGY Marie-Laure, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Doctorat d'État, Paris II, 1983.
- OPPETIT Bruno, *Le droit international privé, droit savant*, RCADI, vol. 234, 1992, pp. 331-430.
- OVRESTAKE Jean, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, France, 1966.
- PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction : l'exemple du droit international privé*, Bruylant, Belgique, 2003.
- PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle: contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, France, Dalloz, 2007.
- PICONE Paolo, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, cours général de droit international privé*, RCADI, vol. 276, 1999, p. 20.
- PIMONT Sébastien, *L'économie du contrat*, Thèse de doctorat sous la direction de J. Beauchard, Université de Poitiers, 2002.
- PIRONON Valérie, *Les jointes-ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, 2002.
- POMMIER Jean-Christophe, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992.

- PORCHERON Delphine, *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé*, Thèse de doctorat, France, Université de Strasbourg, 2009.
- RAAPE Léo, *Les rapports entre parents et enfants*, RCADI, vol. 50, 1934, p. 497.
- RAFFESTIN Jean, *La sous-traitance internationale*, Thèse de doctorat, Université de Tours, 1979.
- RAMBURE Dominique, *Le Paiement du sous-traitant : l'action directe contre le maître de l'ouvrage*, Paris, France, LGDJ, 1990.
- RIGAUX François, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Cours général de droit international privé, RCADI, vol. 213, 1989, p. 17 et s.
- SABLIER Bertrand et CARO Joseph-Emmanuel, *Le guide de la sous-traitance dans la construction*, Le Moniteur, 1986.
- SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel, et ABBATUCCI Séverin, *Sous-traitance dans la construction : loi du 31 décembre 1975: analyse et commentaires, pratique des contrats de sous-traitance, modèles de lettres et actes types*, Paris, France, éd. Le Moniteur, 2012.
- SABRA Mahmoud Mohamed Ali, *La préparation et la rédaction des contrats public*, 4^{ème} éd. Le Caire, Égypte, 2007.
- SCHEFFER DA SILVEIRA Gustavo, *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Thèse de doctorat, Paris, France, Université Panthéon-Assas, 2017.
- SCHNITZER Friedrich, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, RCADI, vol. 123, 1984, p. 541 et s.
- SCHWIND Fritz, *Aspects et sens du droit international privé cours général de droit international privé*, RCADI, vol. 187, 1984, p. 16.
- SERAGELDIN Sami, *Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats*, Thèse de doctorat, Lyon, France, Université Jean Moulin, 2014.

- SEUBE Jean-Baptiste, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Thèse de doctorat, Université Montpellier, 1998.
- SIMLER Philippe, *La nullité partielle des actes juridiques*, préface A. Weill, LGDJ, 1969.
- SIMONS Walter, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne*, RCADI, vol. 15, 1926, 434.
- SOLER Merryl, *La sous-traitance*, Thèse de doctorat, Université de Perpignan, 2008.
- SOLUS Henry, *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du code civil*, Thèse de doctorat, Paris, 1914.
- STRENGER Irineu, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, RCADI, vol. 227, 1991, p. 217.
- TAFFO René, *Les rapports entre le sous-traitant, l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage dans l'ordre interne français et dans les relations internationales*, Thèse d'État, France, Université Paris Nanterre, 1981.
- TAHER Faisal, *La sous-traitance des contrats internationaux*, Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, France, 1992,
- TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse de doctorat, Paris, 1955.
- TEYSSIÉ Bernard, *Le groupe de contrats*, Thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 1975.
- TRAIN François-Xavier, *Les contrats liés devant l'arbitre international*, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 2001.
- TRANCHANT Laetitia, *La cotraitance*, Thèse sous la direction de Jean-Louis Bergel, Université Paul Cézanne, Aix en Provence, Marseille, 2002.
- TROSA Sylvie, *Quand l'État s'engage : la démarche contractuelle*, Collection Service public Paris, Éd. d'Organisation, 1999.
- VALENTIN Georges, *Les contrats de sous-traitance*, Paris, Librairies techniques, 1979.

- VALLINDAS Petros G., *La structure de la règle de conflit*, RCADI, vol. 101, 1960, 332.
- VIRASSAMY Georges, *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préface Ghestin, LGDJ, 1986.
- VON OVERBECK Alfred E., *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents cours général de droit international privé*, RCADI, vol. 176, 1982, p. 18.
- WANNA Lara-Marron, *La sous-traitance*, Mémoire sous la direction de Georges Alahmar, Université Libanaise Gal Aldeeb, 2019.
- YVONNE FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Doctorat d'État, Université Paris II, France, 1977.
- ZAKI Faisal, *La responsabilité civile dans le cadre de la famille contractuelle*, *Dar Al Thakafa Al Gameeya*, Le Caire, Égypte, 1991

III- Articles de doctrine, chroniques

- ABBATUCCI Séverin, *Sous-traitance*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016.
- AL-SAADON Omar, *The applicability of the Iraqi civil code to construction contracts*, ICLR 2008, 57.
- ALBANESE Ferdinando, *La protection des droits du créancier au niveau européen, les sûretés réelles traditionnelles en droit international privé*, in colloque Feduci, 1984, pp. 409-427.
- ALLAIN Tanguy, *L'unicité du contrat de transport international et de sa loi applicable malgré l'intervention des transporteurs successifs*, D. 2016, p. 988.
- AMON Matthew R., *Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability Be the 21st Century European Approach*, J. Int'l Bus. & L., 2010, p 231.

- AMRANI-MEKKI Soraya et FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Droit des contrats*, octobre 2006 – septembre 2007, D. 2007, 2966.
- ANCEL Bertrand, *Qualification*, Répertoire de droit international, Dalloz, 1998.
- AUBERT Jean-Luc, *À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, RTD civ. 1993, p. 263.
- AUDIT Bernard :
 - *Flux et reflux de la crise des conflits de lois*, TCFDIP, n° 1, 1988, 59-77.
 - *Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul*, Revue internationale de droit comparé, 50, n° 2, 1998, 421-48.
 - *Le second "Restatement" du conflit de lois aux États-Unis*, TCFDIP, 1980, volume 2, pp. 29-57.
 - *Vente*, Répertoire de droit international, Dalloz, 2011.
- AZZI Tristan :
 - *Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire*, D. 2000, 1621.
 - *De quelques difficultés d'application de l'article 5.1, b, du règlement Bruxelles I en matière de contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire*, D. 2010, 1837.
 - *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I*, D. 2008, p. 2169.
 - *La volonté tacite en droit international privé*, TCFDIP, 2010-2012, p. 147.
- BACACHE-GIBEILI Mireille, *Indivisibilité*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2009.

- BATIFFOL Henri :
 - *Contrats et conventions*, Répertoire de droit international, Dalloz, I, n° 9, p. 564.
 - *La loi appropriée au contrat*, in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à B. Goldman, Paris, Litec, 1982, p. 1.
 - *Les intérêts de droit international privé*, in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, Metzner, 1977, p. 11 et s.
- BAUERREIS Jochen, *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats*, RCDIP, 2000, 331.
- BÉNABENT Alain et MARQUET Périnet, *Sous-traitance*, in Philippe Malinvaud, *Droit de construction*, 2018-2019.
- BÉNABENT Alain, *Sous-traitance des marchés des personnes privées*, JCl. Contrats-Distribution, Fasc.1450.
- BETTO Jean-Georges, *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975*, Journal de droit des affaires internationales, 1999, 411.
- BISMUTH Jean-Louis, *Le contrat international de sous-traitance*, RDAI, 1986, 535.
- BLOCH Bernard-Michel, *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes publiques*, JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1455, 2013.
- BONHOMME Régine, *Sous-contrat et co-contrat. Adjonction et conjonction de contractants*, JCl. Contrats-Distribution, 15 mars 2014.
- BORYSEWICZ Eric et LONCLE Jean-Marc, *Sous-traitance internationale et loi du 31 décembre 1975 : un mariage délicat*, D. 2007, p. 2008.
- BOSKOVIC Olivera, *L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II*, D. 2009, p. 1639.

- BOSKOVIC Olivera, *Loi applicable aux obligations non contractuelles : matière civile et commerciale*, Répertoire de droit européen, Dalloz, 2010.
- BOUBLI Bernard :
 - *Contrat d'entreprise, construction de l'ouvrage*, Répertoire de droit civil, Dalloz, novembre 2016.
 - *Transfert de propriété et responsabilité dans les groupes de contrats*, RDI 1992, p. 27.
- BOUKHARI Ridha, *La qualification en droit international privé*, Les cahiers de droit 51, 2010, pp. 159-193.
- BOULANGER Jean, *Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques*, RTD civ. 1950, 1.
- BOULOC Bernard, *Contrats et obligations. Cause, Absence, Défaut de contrepartie effective*, RTD Com. 1997, 308.
- BRENTANO Funck, *Arbitrage et sous-traitance*, Rev. arb., 1972, 448.
- BRIÈRE Carine, *Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)*, JCl. Europe Traité, Fasc. 3206, 30 avril 2019.
- BRITTON Philip:
 - *Choice of law in construction contracts the view from England*, ICLR 2002 p. 243.
 - *Oxalic acid and the applicable law: the Rome Convention and construction*, ICLR, 2003, p. 381.
- BROS Sarah :
 - *Contrats et obligations. Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016*, JCP, 2016, I, p. 975.
 - *Les contrats interdépendants : actualité et perspectives*, D. 2009, p. 960.

- BRUYELLE Pierre, *Le tunnel sous la Manche et l'aménagement régional dans la France du Nord : essai de géographie prospective*, Annales de géographie 96, n° 534, 1987, pp. 145-70.
- CABRILLAC Michel, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s.
- CADIET Lôoc, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, LPA, 5 mai 2000, p. 39.
- CARDUCCI Guido, *Major infrastructure projects in EU private international law jurisdiction and conflict of laws*, *Construction Law international*, vol. 8, 2013, p. 14.
- CHAZAL Jean-Pascal, *Clauses abusives*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2002.
- COHEN Daniel, *Arbitrage et groupes de contrats*, *Revue de l'arbitrage* 2, 1997, 471.
- CORDELIER Emmanuel, *Les contours de la sous-traitance*, in Sandrine Tisseyre, *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?* Actes du colloque du 8 mars 2019, Université Toulouse 1 Capitole, p. 17-37.
- CORNELOUP Sabine, *Choix de loi et contrats liés*, in *Le règlement Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux : actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, ss dir. Sabine Corneloup et N. Joubert*, 2011, p. 285.
- CUMYN Michelle et GOSSELIN Frédéric, *Les catégories juridiques et la qualification approche cognitive*, *Revue de droit de McGill*, 2016, 62.2.
- D'AVOUT Louis et BOLLÉ Sylvain, *Droit du commerce international*, D. 2007, 2562.
- D'AVOUT Louis, *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I*, D. 2008, 2165.

- DELEBECQUE Philippe :
 - *Clauses d'allégement des obligations*, JCl. Contrats-Distribution, 2012, Fasc. 110.
 - *Les contrats vecteurs de l'externalisation*, LPA, 9 déc. 1998, p. 9.
- DERAÏNS Yves, *Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international*, TCFDIP, 1986, pp. 81-103.
- DRAETTA Ugo, *Arbitration in international construction contracts : selected practical problems*, Gaz. Pal., 2008, p. 13.
- DREYFUS Jean-David, *Externalisation et liberté d'organisation du service*, AJDA 2009, p. 1529.
- DUBARRY Jean-Claude et LOQUIN Eric, *Arbitrage international ; arbitrage multipartites, groupe de contrat, clauses compromissaires incompatibles, consolidation*, RTD com. 1991, 575.
- DUBISSON Michel :
 - *Arbitration in subcontracts for international projects*, *Journal of International Arbitration*, vol. 1, n° 3, octobre 1984, p. 197.
 - *Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international*, DPCI, 1983, 479.
- DURAND-PASQUIER Gwénaëlle, *La loi applicable à la sous-traitance internationale : bilan et perspective*, JCl. Construction-Urbanisme, 2008.
- ELST Vander, *Le rattachement accessoire en droit international privé*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, 1989, pp. 963-973.
- Estelle Fohrer-Dedeurwaerder *Qualification en droit international privé*, JCl. Civil Code, Art. 3, Fasc. 20, 2015.
- FADLALLAH Ibrahim, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, TCFDIP, 1986, 105-31.

- FARNOUX Étienne, *Applicabilité ratione temporis du règlement Rome II et loi applicable à l'action directe*, RCDIP 2019, 849.
- FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *Conflit de lois. La loi étrangère devant les juridictions françaises. Établissement du contenu de la loi étrangère*, JCl. Civil Code, Fasc. 62, 2011.
- FOUCHARD Philippe :
 - *Arbitrage commercial international. Notion*, JCl. Droit international, Fasc. 701, 1989.
 - *Arbitrage du commerce international*, JCl. Droit international, Fasc. 586-7-3, 1994.
 - *La responsabilité des constructeurs en droit international privé*, Rapport français aux journées égyptiennes (12-16 mai 1991) de l'Association Capitant.
- FOURGOUX Jean-Claude et JALAGUIER Poux, *La loi du 31 décembre 1975 après deux ans d'application*, Gaz. Pal. 1978, I, doctrine p. 132.
- FRANCESKAKIS Phocion :
 - *Conflits de lois*, Ancien Répertoire droit international, Paris, D. 1^{ère} éd., 1968.
 - *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, RCDIP 1966, pp. 1 et s.
- FRANCO Stéphanie :
 - *Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles*, RCDIP, 2009, 459.
 - *Règlement Rome I : obligations contractuelles*, Répertoire de droit international, Dalloz, 2013.
- FRÉMAUX Sandrine, *L'action directe et les groupes de contrats internationaux*, RDAI, 2002, p. 155.

- GAILLARD Emmanuel, *Trente ans de Lex Mercatoria pour une méthode sélective de la méthode des principes généraux du droit*, JDI, n° 1, Janvier-février-Mars 1995.
- GANNAGÉ Léna, *Le contrat sans loi en droit international privé*, in Katharina Boele-Woelki et Sjeb van Erp, Rapports généraux du XVII Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Bruxelles, 2007, pp. 275-308.
- GAUDEMET-TALLON Hélène et JAULT-SESEKE Fabienne, *Droit international privé*, mars 2013 - mars 2014, D. 2014, 1059.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Champ d'application. Clauses générales*, JCl. Droit international, 552-11, 2016.
- GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique : Conflits de lois*, Répertoire de droit international, Dalloz, 1998.
- GHESTIN Jacques :
 - *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, p. 10.
 - *La distinction des parties et des tiers au contrat*, J.C.P, 1992, I, 3628.
 - *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, RTD civ. 1994, p. 777.
 - *Les effets du contrat à l'égard des tiers : Introduction*, in Jacques Gestin, et Marcel Fontaine, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, LGDJ, 1992, p. 4.
- GIARDINA Andrea, *Les contrats liés en droit international privé*, TCFDIP, 2000, pp. 97-120.
- GIBIRILA Deen, *Louage d'ouvrage et d'industrie, entreprise et sous-traitance*, JCl. Civil Code, Art. 1787, Fasc. 20, 2019.
- GIUDICELLI André, *Conflits de lois dans l'espace*, in Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2018, Chapitre 4131.

- GIULIANO Andrea, *Les contrats liés en droit international privé*, TCFDIP 2000, p. 97-120.
- GOLDMAN Berthold, *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international. Réalité et perspectives*, TCFDIP, n° 2, 1980, pp. 221-270.
- GOLDSTEIN Gérald, *Le droit applicable au contrat de construction québécois*, RDUS, 1992, 22.
- GRAZIANO Kadner, *Le nouveau droit international privé communautaire en matière extracontractuelle*, RCDIP, 2008, p. 445.
- GRAZIANO Thomas-Kadner, *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle communautaire uniforme du règlement Rome I*, JDI, 2010, p. 76.
- GRÉAU Fabrice, *Actions directes*, Répertoire de droit civil, Dalloz, octobre 2019.
- GUELFUCCHI-THIBIERGE Catherine, *De l'élargissement de la notion de parties au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*, RTD civ. 1994, 275.
- GYSEL Van et INGBER Joëlle, *À la recherche de la prestation caractéristique*, Revue de droit ULB 10/2, 1994, 55-96.
- HAFTEL Bernard, *Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I*, JDI, 2010, p.761 et s.
- HASCHER Dominique, *Chambre de commerce internationale*, Répertoire de droit international, Dalloz, décembre 1998.
- HEUZÉ Vincent :
 - *La loi applicable aux actions directes dans les groupes des contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale*, RCDIP, 1996, p. 243.
 - *Le droit international privé du contrat d'assurance*, in Jean Bigot, *Traité de droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2002, p. 1514.

- *Sous-traitance*, Répertoire de droit international, Dalloz, avril 2017.
- *Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police*, RCDIP, 2020, p. 31.
- HINCHEY Jhon W., *Rethinking conflict in construction project delivery and dispute resolution*, ICLR 2012, p. 29.
- HOUTTE Van, *International subcontracting*, ICLR, 1991, p. 301.
- HOUTTE Van, VERMEERSCH Rony, et WAUTELET Patrick, *Sous-traitance internationale*, in *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège, Bruylant, 2003, 269.
- HUGHES Will, GRAY Colin, et MURDOCH John, *Construction subcontracts : for what we are about to receive*, Paper to the 7th annual construction law conference, Risk management and procurement in construction, King's College, London, September 1994.
- JACQUET Jean-Michel :
 - *Contrats*, Répertoire de droit international, Dalloz, 1998.
 - *L'incorporation de la loi dans le contrat*, TCFDIP 1993-1995, p. 23.
 - *La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*, in *Cours de droit international et relations internationales de Vitoria-Gasteiz*, 2012, p. 195-234.
- JAMIN Christophe :
 - *Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons Franco-Belges*, LGDJ, 1992, p. 263.
 - *La relativité du lien obligatoire. L'extension de la force obligatoire du contrat. L'action directe*, in Jacques Ghestin, *Droit des obligations*, JCP 1993, 2481.

- *Une restauration de l'effet relatif du contrat à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991, Besse, D. 1991, p. 257.*
- JARROSSON Charles, *Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales*, RCDIP, 1997, 657.
- JEHL Joseph, *Responsabilité extracontractuelle*, JCl. Droit international, 2018.
- JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, *Obligations*, Répertoire de droit international, Dalloz, 1998.
- JOURDAIN Patrice :
 - *La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'assemblée plénière du 12 juillet 1991, D. 1992, p. 149.*
 - *La responsabilité civile dans les groupes de contrats, in Les obligations en droit français et en droit belge : convergences et divergences*, Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, Dalloz, 1994, 93.
- KARILA Jean-Pierre et KARILA Laurent, *Sous-traitance. Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Qualification et modalités de la sous-traitance. La protection du sous-traitant*, JCl. Construction-Urbanisme, 2016, Fasc. 206.
- KESSEDJIAN Catherine, *Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales*, Revue internationale de droit comparé 47, n° 2, juin 1995, pp. 373-83.
- KÖKSAL Tunay, *FIDIC conditions of contract as a model for an international construction contract*, *International Journal of Humanities and Social Science*, vol. 1, n° 8, 2011.
- KRATOCHVILOVA Emma et MENDELBLAT Michael, *Testing the water, A new FIDIC subcontract*, ICLR, 2011, 46.

- Kratochvilova Emma et Mendelblat Michael, *The FIDIC Subcontract*, 2^{ème} partie, ICLR, 2012, p. 104.
- LAAZOUZI Malik, *Définition de l'arbitrage international en fonction du dénouement économique de l'opération litigieuse*, RCDIP 2011, p. 704 .
- LAGARDE Paul et TENENBAUM Aline, *De la convention de Rome au règlement Rome I*, RCDIP, 2008, 727.
- LAGARDE Paul :
 - *Convention de Rome : obligations contractuelles*, Répertoire de droit européen, Dalloz, 1992, actualisation 2012.
 - *La sous-traitance en droit international privé*, in Christian Gavalda *la sous-traitance de marchés de travaux et de services*, 1978, p. 188.
 - *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats*, *Riv dir int. priv e proc*, 1975, 649.
 - *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP 1991, p. 287.
 - *Mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 4 de la Convention de Rome*, RCDIP, 2007, 592.
 - *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, RCDIP, 2006, 331.
- LAGARDE Xavier, *Contrats et obligations - Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats*, JCP, 2013, I, 1255.
- LALIVE Pierre, *Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international*, *Rev. arb.*, n° 3, p. 155 .
- LARROUMET Christian, *L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels*, JCP 1988, I, 3357.

- LECLERC Frédéric, *Les chaînes de contrats en droit international privé*, JDI, 1995, 267.
- LEFEBVRE Brigitte, *La justice contractuelle : mythe ou réalité ?*, Les cahiers de droit, vol. 37, numéro 1, 1996, p. 17.
- LEMAIRE Sophie, *Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I*, D. 2008, 2157.
- LEQUETTE Suzanne et BRENNER Claude, *Acte juridique. Théorie générale de l'acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019.
- LEVEL Patrice, *La négociation du contrat de sous-traitance*, RDAI, 1985, p. 137.
- LOQUIN Éric, *Arbitrage commercial international, Notion*, JCI. Fasc. 720, 2015.
- LOUIS-LUCAS Pierre, *La liberté contractuelle en droit international privé*, in mélanges dédiés à J. Dabi, T. II, Sirey 1963, pp. 743 et s.
- LOUSSOUARN Yvon :
 - *L'évolution de la règle de conflit de lois*, TCFDIP 1998, Journée du cinquantenaire, p. 98.
 - *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP, T. II, 1980-1981, pp. 43-68.
- MAHJOUR Fayçal, *Les contrats de construction : faut-il reconnaître l'interdépendance contractuelle*, Revue droit et politique, de la faculté de droit et des sciences politiques de Sousse, 2012, n° 1, p. 153.
- MALINVAUD Philippe :
 - *La mauvaise exécution du contrat de sous-traitance est une faute délictuelle à l'égard du maître de l'ouvrage*, RDI, 2001, p. 178.
 - *Droits et obligations des sous-traitants dans les marchés privés*, RDI, 2006, p. 165.

- *La transparence contractuelle dans les marchés de travaux privés*, Gaz. Pal., 2002, n° 166, p. 6.
 - *Les sources de droit de construction*, in mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, 2006, p. 343.
 - *Réflexions sur le dispute adjudication board*, in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Études offertes à Pierre Catala, Litec 2001, p. 241.
- MARCEL Fontaine, *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux*, DPCI 1979, 469.
 - MAZEAUD Denis, *Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Paris, Dalloz, 2005, 235.
 - MESTRE Jacques :
 - *L'évolution contemporaine de droit de contrats*, RTD civ. 1985, 45.
 - *Groupe de contrats*, RTD civ. 1989, 75
 - *L'économie du contrat*, RTD civ. 1996, 901.
 - *Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles*, TCFDIP, 1986-1987, 57 et s.
 - MINOIS Maud, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations. Pour une unité de qualification*, conférence 18 avril 2017 organisée par le CRDI et la SERPI.
 - MOLINEAUX Charles, *Moving toward a construction a construction lex mercatoria. A lex constructionis*, *International arbitration journal*, 1997, p. 55.
 - MOLLET-VIEVILLE Francis, *La responsabilité des vendeurs-fabricants non-concepteurs de leurs produits*, Gaz. Pal. 1977, p. 46.
 - MOREAU Bertrand, *Arbitrage international*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, juin 2016, actualisation août 2017.

- MOREAU Bertrand, BEREGOI Andrian, DESCOURS-KARMITZ Romy, MALLET Paul E., et LELEU Adrien, *Arbitrage en droit interne*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, Juin 2017, actualisation décembre 2019.
- MOREAU Marie-Ange, *De la loi applicable au contrat de travail d'un salarié temporairement détaché à l'étranger*, RCDIP, 1997, 55.
- MOSS Giuditta Cordero, *Tacit Choice of Law, Partial Choice and Closest Connection*, in *Rett og toleranse, Festskrift tlo H.J. Thue* : Gyldendal, 2007, p. 367.
- MOURIER Régis, *Conclusions sous Assemblée plénière 12 juillet 1991*, RJDA 1991, p. 583.
- MOURRY Jacques, *L'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*, RTD civ. 1994, 255.
- MUIR WATT Horatia, *Les principes généraux en droit international privé français*, JDI, 1997, 403.
- MURPHY Harold, *Pay when Paid Clauses in construction contracts condition precedent or term of payment*, ICLR, 1989, pp. 196-209.
- MYERS James, *Resolving disputes in worldwide infrastructure projects*, ICLR, 1995, 429.
- NAJJAR Ibrahim, *La notion d'ensemble contractuel, une certaine idée de droit*, in *Mélanges offertes à Decoq*, 2004, p. 509.
- NEUMAYER Karl H., *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, RCDIP, 1957, 46.
- NIBOYET-HOEGY Marie-Laure, *Contrats internationaux. Détermination du droit applicable. Le principe d'autonomie (sa portée)*, JCI. Droit international, Fasc. 552-30, 2018.
- NICKLISCH Fritz, *Multi-party arbitration and dispute resolutions in major industrial projects*, Journal d'arbitrage international, 1994, p. 57.
- NOURISSAT Cyril, *Le dépeçage*, in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, LexisNexis, 2011, p. 205.

- OPPETIT Bruno :
 - *Le développement des règles matérielles*, TCFDIP, 1988, 121-39.
 - *Les principes généraux en droit international privé*, APD, T. XXXII, 1987, p. 179.
- PATAUT Etienne, *Définition du lien contractuel déterminant la compétence juridictionnelle au regard de la Convention de Bruxelles*, RCDIP, 2000, 67.
- PÉRINET-MARQUET Hugues, *Les responsabilités des constructeurs et les assurances construction dans les pays de la CEE et les perspectives d'harmonisation. Les difficultés de l'harmonisation communautaire*, RDI 1990, p. 39.
- PERRAUDIN Corinne, THÈVENOT Nadine, TINEL Bruno et VALENTIN Julie, *Sous-traitance dans l'industrie et ineffectivité du droit du travail : une analyse économique*, Économie et institutions, 2006, p. 35.
- PERLMAN M.S., *USA, contract interpretation pay when paid clauses*, ICLR, 1990, 138-42.
- PHILIPPE Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, sous la direction de L. Cadet, Economica, 1987, pp. 271.
- PICOD Yves :
 - *Art. 1103 et 1104, Contrats et obligations. Force obligatoire du contrat. Bonne foi*, JCl. Civil Code, 2019.
 - *Contrat. Effets du contrat. Imprévision, Art. 1195*, JCl. Civil Code, 2018.
 - *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in Jacques Mestre, *Le juge et l'exécution du contrat*, P.U.A.M., 1994, p. 57.
- PIEDELIEVRE Stéphane, *Crédit immobilier*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016.

- POCAR Fausto, *Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance*, in études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle, 1993 p. 155.
- POUMARÈDE Matthieu et KRAJESKI Didier, *Contrats relatifs à la construction*, in Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, D. 2018-2019.
- POWELL Smith, *Payment of subcontractors when main contractor is insolvent*, ICLR, 1991, 241.
- PRIODDI Paola, *International Subcontracting in EC private international law*, *Yearbook of private international law*, Vol. 7, 2005, p. 288.
- PULKOWSKI Jean-Florian, *The subcontractor's direct claim in international business law*, ICLR, 2004, 31.
- REIGNÉ Philippe, *De l'absence de cause à la cause impossible*, D. 1997, 500.
- REMERY Jean-Pierre, *Remarques sur les conflits de lois applicables au contrat international de construction d'immeuble*, D. 1985, 255.
- RÉMY-CORLAY Pauline, *Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois*, RCDIP, 2003, 37.
- REVILLARD Mariel, *Droit international privé*, JCl. Notarial Formulaire, 27 mars 2020, Fasc. 10.
- RIVERO Jean, *Apologies pour les faiseurs des systèmes*, D. 1951, p. 3.
- ROCHER Peter, *Adapting FIDIC provisions for use in contracts governed by French law*, RDAI, 2015, n° 2, 123.
- ROMANI Anne-Marie, *Enrichissement injustifié. Conditions de l'action en enrichissement injustifié*, Répertoire de droit civil, Dalloz, février 2018.
- ROTH Christian et BRÜNING Angela, *La sous-traitance à l'épreuve du droit international ou les limites de la loi du 31 décembre 1975*, Les annonces de la seine, lundi 23 juillet 2007, numéro 51, p. 4.

- ROULET Valdo et PEISSE Michel, *Les nouvelles protections en faveur des sous-traitants*, Gaz. Pal., 1976, I doc. 303.
- ROULET Valdo, *Cotraitant conjoint, sous-traitant transparent : frères jumeaux ?*, Gaz. Pal., 2007, n° 298, p. 24.
- ROULET Valdo :
 - *Sous-traitance en chaîne, chaîne des difficultés*, Gaz. Pal., 15-16 novembre, 2006, p. 33.
 - *Sous-traitance occulte, absence d'obligation d'information du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage*, Gaz. Pal., 2001, 2, Doctrine 7-9, octobre 2001.
 - *Vers la sous-traitance transparente*, Gaz. Pal., 1974, I doc., 82.
- SALAH Mohamed, *Groupes de contrats intérêt de la notion en droit international privé et droit de l'arbitrage international*, RDAI, 1996, p. 596.
- SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ Sandrine, *La responsabilité contractuelle en droit international privé*, JCl. Responsabilité civile et assurances, Fasc. 255-20, 2016.
- Sarah Bros, *Action directe dans les groupes de contrats*, JCl. Contrats - Distribution, Fasc. 193, 2008.
- SAVATIER René, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, p. 41 et s.
- SCHEMM Neil C., *Subcontracts forms from the subcontractor's perspective*, *Practical real estate law*, 1986, 19.
- SCHERER Maxi, *Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? – L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage*, in *Le règlement Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux : actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, ss dir. Sabine Corneloup et N. Joubert*, 2011, p. 253.

- SCOTT Fraser E, *International Arbitration of Multi-contract disputes. The need for a change*, *International and comparative law journal*, 1983, p. 427.
- SEPPALA Christopher :
 - *Contentieux de contrats internationaux de construction*, *Journal de droit des affaires internationales*, 1999, p. 700.
 - *FIDIC conditions of contract and the dispute adjudication procedure*, *Simpsons in the Strand*, London, 4-5 décembre 2003.
 - *Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil*, *RDAL*, 1995, p. 659.
- SINDRES David, *La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé*, *JDI*, n° 2, 2010, 411.
- SPIEGEL Nico, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions- France*, in Kokkini-Iatridou, *Les Clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, *XIVe congrès international de droit comparé Académie de droit international de La Haye*, Pays-Bas, 1994, p. 197.
- TROFAIER Maria-Theresa, *Multi-party arbitration: the organization of multi-party proceedings - the problems faced by parties and arbitrators*, *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.*, 2009 p. 64.
- TURNER Richard Horsfall, *Avoiding and resolution of construction disputes- Prior to and during the construction process*, *ICLR*, 1994, p. 384.
- TUSSEAU Guillaume, *Métanotion de la qualification fonctionnelle*, *RFDA*, 2009, 641.
- UPHOLDS California, *Limitation on liability provision*, *ICLR*, 1991, p. 411.
- VINEY Geneviève :
 - *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, *Litec*, 1990, 399.

- *Sous-traitance et responsabilité civile*, in Christian Gavalda, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1976, p. 44.
- WEIGAND Christian, *The applicable substantive law in the case of international construction contracts. The application to contracts for the export of constructions in private international law*, ICLR, 1983-1984, p. 133.
- WENGLER Wilhelm :
 - *Les principes généraux en tant que loi du contrat*, RCDIP, 1982, 467 et s.
 - *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé*, RCDIP 1954, p. 661
- WINTER Jeremy, *The FIDIC condition of subcontract and the UK FCEC "Blue form" of contract*, ICLR, 1997, 433.
- WITZ Claude, *L'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties*, D. 1990, 107.

IV- Notes, observations et conclusions de jurisprudence

- ANCEL Bertrand et MUIR WATT Horatia, note sous Civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, RCDIP 1999, 122.
- ANCEL Marie-Élodie, note sous Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, n° 04-10.897, RCDIP 2011, 659.
- AUBERT Jean-Luc, note sous Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, Defrénois 1991, 130.
- AUDIT Bernard,
 - Note sous TGI Toulouse, 29 sept. 1982, RCDIP 1983, p. 480, n° 19.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-17.359, D. 1996, 171.
- BACACHE Mireille, Civ. 1^{ère}, 28 avr. 2011, D. 2011, p. 1725.
- BATIFFOL Henri,

- Note sous l'affaire *Lautour*, Civ. 1^{ère}, 25 mai 1948, RCDIP, 1949, p. 89.
- Note sous Civ., 15 fév. 1972, RCDIP, 1973, p. 77.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 1980, *Soc Mercator*, RCDIP mars 1980, p. 576.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 19 avr. 1988, RCDIP 1989, p. 68.
- BÉNABENT Alain,
 - Note sous Ch. mixte, 3 arrêts rendus le 13 mars 1981, n° 79-11.185, 79-16.281, 80-12.125, D. 1981.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 29 mai 1984, D. 1985, 213.
 - Note sous Com. 12 mars 1991, D. 1992, p. 112.
 - Note sous Ass. Plén., 12 juill. 1991, D. 1992, p. 119.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 14 oct. 1992, D. 1994, som. 148.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 9 déc. 1992, n° 91-11.210, D. 1994. Somm. 152.
 - Note sous Paris, 25 mars 1993, D. 1994. Somm. 149.
- BERNARD Audit, note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1976, JDI, 1977, 91.
- BISCHOFF Jean-Marc, note sous CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jackob Handte*, JDI 1993, p. 469.
- BOLLÉE Sylvain et FARNOUX Etienne,
 - Note sous CJUE 7 mars 2018, aff. C-274/16, D. 2018, 1934.
 - Note sous CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, D. 2019, p. 1956.
- BORYSEWICZ et LONCLE, note sous Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, n° 04-10.897, D. 2007, p. 2008.
- BOUILLOUX-LAFONT, note sous Civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989, JCP 1990, II, 15926.
- BOUREL Pierre, note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1981, JDI 1982, p. 148.
- BRIÈRE C. note sous Com., 20 avr. 2017, *Urrmet*, JurisData n° 2017-007203, JDI 2018, p. 125.

- BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, note sous Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2015, n° 14-10-373, RCDIP, 2016, 132.
- BUREAU Dominique,
 - Note sous *Pays Fourvel*, Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, RCDIP 2004, p. 83.
 - Note sous l'arrêt *Bureau Veritas* Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, RCDIP 2007, p. 405.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 16 janv. 2013, n° 11-13.509, RCDIP 2013, 620.
 - Note sous Com., 20 avr. 2017, *Urrmet*, JurisData n° 2017-007203, RCDIP 2017, p. 542.
- CHARBONNEAU Cyrille, note sous Ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, RDI 2008, p. 38.
- CLAVEL Sandrine et JAULT-SESEKE Fabienne,
 - Note sous CJUE 7 mars 2018, aff. C-274/16, D. 2019, 1016.
 - Note sous CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, D. 2019, p. 1016.
- CLAVEL Sandrine, note sous Com., 20 avr. 2017, *Urrmet*, D. 2018, p. 966.
- COUCHEZ, note sous Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1981, Rev. arb. 1982. 183,
- D'AVOUT Louis, note sous Com., 20 avr. 2017, *Urrmet*, D. 2017, p. 2054.
- DAYANT R., note sous Civ. 1^{ère}, 5 juin 1971, JDI 1972, 73.
- DELEBECQUE Philippe, note sous Ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, RTD com. 2008, 456.
- DELEBECQUE Philippe,
 - Note sous CJCE Réunion européenne, 27 oct. 1998, aff. C-51/97 ; *Nav. Alblasgracht VOO2*, n° 1998 I-06511, DMF 1999, 9.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, JCP 1988, II, 15294.
 - Note sous Com. 15 fév. 2000, D. 2000, 364.
 - Note sous *Pays Fourvel*, Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, D. 2004, p. 233.

- Note sous Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, n° 04-10.897, RTD com. 2007, 631.
- Note sous l'arrêt *Bureau Veritas* Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, RTD. Com. 2007, p. 633.
- DELPECH Xavier,
 - Note sous Ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, D. 2008, AJ. 5.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, n° 06-14.641, *Affaire Unilin*, D. 2008, 478.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, le 25 fév. 2009, n° 07-20.096, D. 2009, p. 806.
 - Note sous Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, D. 2013,1273.
- DERAINS Yves,
 - Note sous CCI 2119, 1978, JDI 1979, 997.
 - Note sous CCI 3043, 1978, JDI 1979, p. 1000.
 - Note sous CCI 3450, 1980, JDI 1981, p. 915.
 - Note sous CCI 6769, 1991, JDI 1992, p. 1019.
- DUBOIS Philippe,
 - Note sous Com. 17 fév. 1987, JCP, 1987, II, 20892.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 11 juin 1985, D. 1986. jur. 456.
- DUPONT Pascal et POISSONNIER Ghislain, note sous CJUE 7 mars 2018, aff. C-274/16, D. 2018, 1366.
- DURRY Georges, note sous Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1979, RTD civ. 1980, 352.
- FALLON Marc, note sous CJCE 23 novembre 1999, *Jean Claude Arblade & fils SARL, B. et S. Leloup et Sofrage SARL*, Rev. RCDIP 2000, p. 710.
- FARNOUX Etienne, note sous Civ. 1^{ère}, 5 sept. 2018, *Sté Yachting Conseil c. Sté MAN*, RCDIP, 849.
- FLÉCHEUX Georges, note sous TGI Paris, 27 mai 1987, Rev. arb. 1987, p. 519.
- FOUCHARD Philippe, note sous Civ. 1^{ère}, 29 oct. 1974, Clunet 1975, p. 314.

- GALLMEISTER Inès,
 - Note sous Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, D. 2006, 2825.
 - Note sous l'arrêt *Bureau Veritas Civ. 1^{ère}*, 27 mars 2007, D. 2007, AJ 1074.
- GAUDEMET-TALLON Hélène et JAULT-SESEKE Fabienne, note sous CJUE 21 janv. 2016, aff. C 359/14 et C-475/14, *Ergo Insurance SE c. If P&C Insurance AS et Gjaensidige Baltic AAS c. PZU Lietuva UAB DK*, D. 2016, 1045.
- GAUDEMET-TALLON Hélène,
 - Note sous CJCE Réunion européenne, 27 oct. 1998, aff. C-51/97 ; *Nav. Alblasgracht VOO2*, n° 1998 I-06511, RCDIP 1983, 663.
 - Note sous CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jackob Handte*, RCDIP 1992, p. 726.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2015, n° 14-10-373, D. 2016, p. 1050.
- GHESTIN Jacques, note sous Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, D. 1991, p. 549.
- GOLDMAN note sous CA Paris, 13 juill. 1989, JDI 1990, 430.
- GRARD Loïc, note sous CJUE 7 mars 2018, aff. C-274/16, RTD eur. 2019, 165.
- GUÉRIN, note sous Ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, RDI 2007. 511.
- HEUZÉ Vincent, note sous Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, RCDIP 1996, p. 332.
- HUET Jérôme, note sous Civ. 1^{ère}, 27 avr. 1976, JCP 1977, II, 18635.
- HUGLO J., note sous CJCE 23 novembre 1999, *Jean Claude Arblade & fils SARL, B. et S. Leloup et Sofrage SARL*, RTD eur. 2000, 727.
- IDOT Laurence, note sous CJCE 23 novembre 1999, *Jean Claude Arblade & fils SARL, B. et S. Leloup et Sofrage SARL*, Rev. science crim. 2000, p. 248.
- JACQUET Jean-Michel,
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, JDI 2008, p. 521.

- Note sous Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, n° 06-21-372, JDI 2008, p. 521.
- JAROSSON Charles, note sous sous CA Paris, 1^{ère} chambre, 7 déc. 1994, arrêt *Jaguar* Rev. arb. 1996, p. 245.
- JARVIN Sigvard,
 - Note sous l'affaire CCI 4023 rendue en 1984, JDI 1984, n° 4, p. 950-952.
 - Note sous CCI 5333, sentence partielle 1986, ICLR 1987, p. 321.
- JAULT-SESEKE Fabienne,
 - Note sous CJUE 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *VKI c. Amazon EU*, D. 2016. 2315.
 - Note sous CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, D. 2019, 516.
- JOURDAIN Patrice,
 - Note sous Com. 17 fév. 1987, D.S. 1987, 543.
 - Note sous *Clic Clac Photo*, Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, JCP 1988, II, 21070.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, JCP, 1988, II, 21125.
 - Note sous Civ. 3^{ème} 22 juin 1988, JCP 1988, II, 21125.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 25 janv. 1989, JCP 89, éd. G, IV, III, RTD civ. 1989, 551.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 6 déc. 1989, RTD civ. 1990, 288.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989, RTD civ. 1990, 289.
 - Note sous *Pays Fourvel*, Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, RTD. civ. 2004, p. 96.
 - Note sous Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, RTD civ. 1991, 750.
- KAHN Philippe,
 - Note sous CA Lyon, 21 mars 1973, JDI 1974, p. 345.
 - Note sous CA Paris, 22 sept. 1980, *Bangchan (Thaïlande) c. Spie Batignolles*, JDI 1981, 585.

- KENFACK Hugues, note sous l'arrêt *Bureau Veritas*, Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, D. 2008, pan. 1245.
- KULLMANN Jérôme, note sous Civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989, JCP 1990, II, 15926, D. 1991, p. 25.
- LAGARDE Paul,
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 21 avr. 1971, RCDIP 1972, p. 302.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1981, RCDIP, 1982, p. 336.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1984, *Soc. Thinet et Cie c. Soc. Etabi. Roque et Fils*, RCDIP 1985, 89.
 - Note sous CA Paris, 13 juill. 1989, Rev. arb. 1990. 663.
 - Note sous CA Versailles, 6 fév. 1991, D. 1992, p. 174.
 - Note sous CJCE 6 oct. 2009, aff. 133/08, *intercontanier intefrigo* RCDIP 2010, p. 199.
- LARDEUX G., note sous *Pays Fourvel*, Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, JCP 2004, II, 10006.
- LARROUMET Christain,
 - Note sous Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, JCP 1991, II, 218.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1979, D. 1980, IR 222.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, D. 1989, p. 5.
 - Note sous CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jackob Handte*, JCP G 1992, II, 21927.
- LECLERC Frédéric, note sous Com. 23 mars 1999, n° 97-11.884, RCDIP 2000, 224.
- LÉGIER Gérard,
 - Note sous CA Aix en Provence, 30 mars 1979, RCDIP 1980, p. 717.
 - Note sous *Pays Fourvel*, Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, JDI 2004, p. 499.
 - Note sous l'arrêt *Bureau Veritas*, Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, JDI 2007, p. 949.

- LEGROS Cécile, note sous l'arrêt *Bureau Veritas Civ. 1^{ère}*, 27 mars 2007, D. 2008, pan. 1510.
- LEGROS Jean-Pierre, note sous CJCE 6 oct. 2009, aff 133/08, *intercontanier intefrigo*, JDI 2010, comm 5, p. 183.
- LEVENEUR Laurent, note sous arrêt *Haironville, Civ. 3^{ème}*, 28 mars 2001, n° 96-17.756, NP, CCC. 2001, n° 118.
- LIBCHABER Rémy, note sous *Pays Fourvel, Civ. 1^{ère}*, 28 oct. 2003, Defrénois 2004, p. 383.
- LOQUIN Éric, note sous CA Paris, Civ. 1^{ère}, 7 déc. 1994, arrêt *Jaguar*, RTD com. 1995, 401.
- LYON-CAEN A.,
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 5 déc. 1910, *American trading company*, S. 1911, 1, p. 129.
 - Note sous Soc. 14 janv. 1976, JDI 1977, p. 495.
- MAITREPIERRE Agnès, note sous Civ. 3^{ème}, 8 avr. 2008, affaire *Basell III*, pourvoi n° 07-10. 763, RCDIP 2011, 624.
- MALINVAUD Philippe,
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 29 mai 1984, JCP 1985 II, 20387.
 - Note sous Cass. Ass. Plén., 7 fév. 1986, JCP 1986, II, 20616.
 - Note sous Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, RDI 2006, 504.
- MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A., note sous CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, RTD com. 2019, 256.
- MARQUET Hugues Perinet, note sous Civ. 3^{ème}, 27 avr. 2017, n° 16-15. 958, JCP, n° 27, 2017, 759.
- MAZEAUD Denis, note sous Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, D. 2013, 1658.
- MESTRE Jacques,
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 17 oct. 1980, *Tardieu c. société Bourdon*, RCDIP 1981, p. 313.

- Note sous CA Paris, 22 déc. 1983, *Laurent c. Soc. Reuters Ltd*, RCDIP 1984, 484.
- Note sous Cass. Ass. Plén., 7 fév. 1986, RTD civ. 1986, 595.
- Note sous *Clic Clac Photo*, Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, RTD civ. 1988, p. 741.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, RTD civ. 1989, 74.
- Note sous Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, RTD civ. 1992, p 90.
- Note sous Com. 15 fév. 2000, RTD civ. 2000, 325.
- MOTULSKY Henri, note sous CA Paris, 27 janv. 1955, RCDIP, 1955, p. 330.
- MOUNIER, note sous Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, RJDA 1991, 583.
- MUIR WATT Horatia,
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 22 janv. 1991, RCDIP 1993, p. 46.
 - Note sous CA Paris, 14 déc. 1993, RCDIP 1995, p. 300.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 12 janv. 1994, RCDIP 1994, p. 92.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 16 fév. 1994, RCDIP, 1994, 341.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 3 déc. 1996, JCP 1997, II, 22827.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Sté Ipga Group GmbH c. Ayache*, RCDIP, 2008, 139.
- NIBOYET Marie-Laure, note sous Civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, Gaz. Pal. 2008, 82.
- NOURISSAT Cyril, note sous CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, AJ Contrat 2018, 537.
- OPPETIT Bruno,
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1981, JDI 1982, 931.
 - Note sous CA Paris, 13 juill. 1989, RCDIP 1990, 305.
- PEISSE, note sous Civ. 3^{ème}, 2 fév. 2005, n° 03-15.482, Gaz. Pal. 2005, 4270.
- PÉRINET-MARQUET Hugues,
 - Note Civ. 3^{ème}, 2 fév. 2005, n° 03-15.482, RDI 2005, 291.

- Note sous Civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, n° 06-14.641, *Affaire Unilin*, RDI 2008, 272.
- Note sous Civ. 3^{ème}, 10 févr. 2009, n° 08-11.818, RDI 2009, 354.
- Note sous Civ. 3^{ème}, 17 mars 2010, n° 09-12.208, RDI 2010, p. 543.
- Note sous Com. 27 avr. 2011, n° 09-13.524, RDI 2011, p. 168.
- Note sous Civ. 3^{ème}, 21 oct. 2014, n° 13-21.031, RDI 2015, p. 75.
- Note sous Civ. 3^{ème}, 5 mai 2015, n° 14-11.613, RDI, 2016, 282.
- Note sous Com., 20 avr. 2017, *Urrmet*, JurisData, n° 2017-007203, RDI 2018, p. 221.
- PERREAU-SAUSSINE, note sous Civ. 3^{ème}, 8 avr. 2008, affaire *Basell III*, pourvoi n° 07-10. 763, JDI 2008, 1979.
- PUIG Pascal, note sous Civ. 3^{ème}, 10 févr. 2009, n° 08-11.818, RDC 2009, 1132.
- REMY Philippe,
 - Note sous Cass. Ass. Plén., 7 fév. 1986, RTD civ. 1986, p. 605.
 - Note sous *Clic Clac Photo*, Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, RTD civ. 1988, 551.
 - Note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, RTD civ. 1989, p. 107.
- RÉMY-CORLAY Pauline, note sous TGI Poitiers, 22 déc. 1999, RCDIP, 2001, p. 670 et s.
- ROBINE E. et VIANDIER A., note sous Com. 17 fév. 1987, Gaz. Pal. 1988, 1, 224.
- ROZÈS L. note sous Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, D. 2007, 1827.
- SCHMELEK, note sous Ch. Mixte, 23 mars 1973, D. 1973, 305.
- SEUBE Jean-Baptiste, note sous Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, JCP G 2014, 674.

- SINAY-CYTERMANN Anne , note sous Com. 18 oct. 1994, n° 92-16.861, RCDIP 1995, 721.
- SOULEAU H., note sous Civ. 1^{ère}, 29 mai 1984, Gaz. Pal. 1985, 2.437.
- VINEY Geneviève,
 - Note sous Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991, JCP, 1991, II, 21743.
 - Note sous *Pays Fourvel*, Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, JCP 2004, II, n° 13 et s.
 - Note sous Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, D. 2006, 2825.
- WICKERS Thierry, note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n° 15-13.221, D. 2017, p. 74.

Tables des matières

Remerciements.....	2
Liste d'abréviations.....	3
Sommaire.....	6
Introduction.....	7
Partie I – La crise de la loi applicable au contrat de sous-traitance internationale, le système en vigueur, un système opaque	23
Chapitre I – La crise de la loi applicable entre les parties contractantes	26
Section I – L'indépendance de la loi applicable au contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal	27
Sous-section I – Les règles applicables au contrat de sous-traitance en cas de choix	28
§ 1 – L'autonomie de la volonté, un vecteur unificateur ou perturbateur	29
§ 2 – Le rôle de la volonté implicite pour unifier les solutions	38
A- Le choix tacite de la loi applicable déduit des dispositions du contrat ...	39
B- Le choix tacite de la loi applicable déduit des circonstances de la cause	44
Sous-section II – Les règles applicables au contrat de sous-traitance en cas d'absence de choix	50
§ 1 – Les critères de rattachements désignés de manière générale en cas d'absence de choix	51
§ 2 – L'absence de rattachement spécial applicable aux contrats liés	56
Section II – Les nécessaires mécanismes correctifs des difficultés résultant des règles en vigueur	60
Sous-section I – Les difficultés résultant de l'application des règles en vigueur	61
§ 1 – Le dépeçage et l'incohérence au sein de l'opération contractuelle.....	61
§ 2 – Le dépeçage et le déni de justice au sein de l'opération contractuelle	68
Sous-section II – L'inaptitude des mécanismes correctifs à rectifier les difficultés des règles en vigueur	71
§ 1 – La clause d'exception et le rétablissement de la cohérence	71
A- La clause d'exception, une soupape de sécurité.....	72
B- La clause d'exception, un mécanisme critiqué.....	78
§ 2 – L'adaptation et le rétablissement de la cohérence	80
A- L'adaptation comme remède classique face à l'indépendance du contrat de sous-traitance	81
B- Le caractère « <i>divinatoire</i> » de l'adaptation.....	87
Chapitre II – La crise de la loi applicable entre les parties non contractantes.....	91

Section I – La loi applicable à l’action en paiement du sous-traitant contre le maître de l’ouvrage	93
Sous-section I – Les règles matérielles applicables à l’action en paiement entre les parties médiates.....	94
§ 1 – La loi régissant l’action en paiement, une loi de police.....	95
A- L’application de la loi de 1975 avant l’arrêt <i>Agintis</i>	97
1- La protection financière du sous-traitant par la loi de 1975.....	97
2- L’exercice de l’action directe sur le plan international avant l’arrêt <i>Agintis</i>	101
B- L’application de la loi de 1975 après l’arrêt <i>Agintis</i>	105
§ 2 – Une qualification de la loi de police critiquée	111
Sous-section II – Les règles de conflit applicables à l’action en paiement entre les parties médiates	115
§ 1 – La thèse légaliste de l’action en paiement	117
A- La notion de la thèse légaliste de l’action en paiement en droit interne	117
B- La mise en œuvre de la thèse légaliste de l’action en paiement en droit international privé	120
§ 2 – Le refus du fondement purement légaliste de l’action en paiement.....	125
A- Les qualifications extracontractuelles de l’action en paiement.....	125
1- La qualification délictuelle de l’action en paiement	125
2- La qualification quasi-contractuelle de l’action en paiement.....	130
B- La qualification contractuelle de l’action en paiement.....	131
Section II – La loi applicable à l’action en responsabilité entre le sous-traitant et le maître de l’ouvrage	136
Sous-section I – La qualification délictuelle de l’action en responsabilité entre le maître de l’ouvrage et le sous-traitant et ses conséquences sur la loi applicable	138
§ 1 – La nature délictuelle de l’action en responsabilité entre le maître de l’ouvrage et le sous-traitant	138
A- La qualification <i>lege fori</i> de l’action en responsabilité entre le maître de l’ouvrage et le sous-traitant	139
1- L’action purement délictuelle entre le maître de l’ouvrage et le sous-traitant.....	139
2- L’action délictuelle fondée sur une faute contractuelle	143
B- La qualification <i>lege eurpea</i> de l’action en responsabilité.....	149
1- La qualification délictuelle de l’action en responsabilité en droit européen	149
a- La négation de la nature contractuelle de l’action entre une partie et un tiers.....	149

b-	L'affirmation de la nature délictuelle de l'action entre une partie et un tiers.....	152
2-	L'unification de qualification en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions	155
§ 2 –	La loi applicable à l'action délictuelle en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant	157
A-	La loi applicable à l'action délictuelle selon le Règlement Rome II et le droit égyptien	157
B-	L'imprévisibilité et le déséquilibre, conséquences de la loi appliquée	164
Sous-section II – La qualification contractuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant et ses conséquences sur la loi applicable		167
§ 1 –	La qualification contractuelle de l'action en responsabilité en droit interne et européen	168
A-	La qualification contractuelle de l'action en responsabilité en droit interne	168
1-	Les théories de groupes de contrats à l'origine de la nature contractuelle de l'action entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant	169
2-	La consécration jurisprudentielle de la nature contractuelle de l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant	171
B-	La qualification contractuelle de l'action en responsabilité en droit européen, une évolution de la qualification <i>lege europea</i>	177
1-	Un nouveau critère de délimitation entre l'action contractuelle et délictuelle	177
2-	La contractualisation de l'action en responsabilité.....	180
§ 2-	L'incertitude de la loi applicable à l'action en responsabilité entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant	183
A-	Des rattachements concurrents pour régir l'action en responsabilité	184
1-	La théorie classique des rattachements concurrents	184
2-	La théorie nuncée des rattachements concurrents	186
B-	Le rattachement à une loi unique pour régir l'action en responsabilité	188
1-	Rattachement à la loi du défendeur	188
2-	Rattachement à la loi du demandeur	191
Partie II – Vers un système transparent de la loi applicable au contrat de sous-traitance internationale		195
Chapitre I – Vers une transparence de la qualification du contrat de sous-traitance internationale		197
Section I – L'analyse de la qualification du contrat de sous-traitance.....		198

Sous-section I – La structure du contrat de sous-traitance, origine de qualification	199
§ 1 – La constatation des éléments du contrat de sous-traitance	200
A- Le caractère indépendant du contrat de sous-traitance.....	200
B- Le caractère interdépendant du contrat de sous-traitance	206
1- Le rapport de subordination structurelle entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal	206
2- Le rapport de collaboration entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal	209
§ 2 – Les liens entre les éléments composant le contrat de sous-traitance	211
A- Nature juridique invariable face à la transparence et l’opacité	212
B- Les effets de l’excès de l’opacité ou de la transparence sur la catégorie du contrat de sous-traitance	216
1- La transparence exacerbée entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance	216
2- L’opacité exacerbée entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal	220
Sous-section II La confrontation de la qualification actuelle avec la structure du contrat de sous-traitance	222
§ 1 – La confrontation de la catégorie actuelle avec la structure de sous-traitance.....	222
§ 2 – La confrontation de la catégorie actuelle avec les intérêts de droit international privé	226
A- La justice conflictuelle méconnue par la qualification autonome	227
B- La justice matérielle méconnue par la qualification autonome.....	230
Section II – La recherche d’une catégorie fonctionnelle du contrat de sous-traitance	233
Sous-section I – La qualification fonctionnelle du contrat de sous-traitance.....	235
§ 1 – Le rejet unanime en droit interne de la qualification isolée du contrat de sous-traitance	235
A- La qualification de groupe de contrats pour les contrats de sous-traitance et principal	236
B- Le refus partiel en droit interne de la théorie de groupes des contrats appliquée au contrat de sous-traitance	240
§ 2 – La reconnaissance de la qualification globale au plan international.....	242
A- La reconnaissance par la jurisprudence des liens entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance internationale	242
B- Vers l’élaboration d’une catégorie de sous-traitance internationale ...	247
Sous-section II – La catégorie fonctionnelle du contrat de sous-traitance.....	251

§ 1 – La nature de la nouvelle catégorie du contrat de sous-traitance.....	251
A- Le rapport d’interdépendance entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal	252
1- La théorie de l’interdépendance des contrats	252
2- L’exclusion du contrat de sous-traitance des contrats interdépendants	255
B- Le rapport de dépendance unilatérale du contrat de sous-traitance au contrat principal	257
1- Une dépendance maximale entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal, un accessoire secondaire	258
2- La dépendance modérée du contrat de sous-traitance au contrat principal, un accessoire dépendant.....	260
§ 2 – Le domaine de la nouvelle catégorie	261
Chapitre II – Vers une transparence des règles applicables au contrat de sous-traitance internationale	266
Section I – Une transparence parfaite entre contrat de sous-traitance et contrat principal	267
Sous-section I – Une transparence conflictuelle de la loi applicable à l’ensemble contractuel.....	268
§ 1- L’absence partielle de choix de loi	270
A- Le rattachement accessoire du contrat de sous-traitance.....	270
B- La nature de la nouvelle règle proposée	279
1- Une présomption.....	279
2- Une règle souple	281
§ 2 – L’absence totale de choix de loi.....	283
A- L’inadaptation du rattachement accessoire en cas d’absence totale de choix de loi.....	283
B- La localisation globale à la loi du lieu d’exécution en cas d’absence totale de choix de loi	286
Sous-section II – Une transparence substantielle à l’ensemble contractuel	292
§ 1 – Vertus et illustrations de la transparence substantielle	296
A- Une transparence préventive au cours de l’exécution de l’opération..	298
B- Une résolution transparente des différends au niveau de l’ensemble contractuel.....	303
1- Une résolution des différends au cours de l’exécution.....	304
2- Une résolution multipartite des litiges.....	305
§ 2 – Les limites à la transparence substantielle, la transparence financière...	309
A- La notion et la nature de <i>pay when paid clauses</i>	309

B- L'interprétation et la validité de <i>pay when paid clauses</i>	313
Section II – Une dérogation volontaire à la transparence entre contrat de sous- traitance et contrat principal.....	318
Sous-section I – L'opacité au niveau des parties extrêmes.....	318
§ 1 – La règle proposée en matière des relations entre les parties extrêmes : une règle de conflit complexe	320
A- Une règle alternative de recevabilité de l'action directe	321
B- Une règle cumulative de l'étendue de l'action directe	324
§ 2 – Les controverses suscitées par la règle de conflit complexe.....	329
A- Les critiques à la scission du rattachement.....	329
B- Les critiques de la règle de double limite.....	332
Sous-section II – L'opacité au niveau des parties au contrat	335
§ 1 – La prise en considération d'un contrat « <i>imbriqué</i> ».....	337
A- L'interprétation globale des contrats de l'ensemble	338
B- L'appréciation globale de la responsabilité des parties à l'ensemble...340	
§ 2 – Le pouvoir du juge de modifier les clauses injustes	341
Conclusion générale	349
Index	357
Bibliographie.....	359
Tables des matières.....	403