

La construction et la poursuite pour dettes et la faillite

ISABELLE ROMY, PROFESSEUR ASS. À L'UNIVERSITÉ DE
FRIBOURG, AVOCATE, ZURICH

Plan

- I. Panorama général
- II. Les effets de la faillite sur les obligations contractuelles
- III. Le cas particulier de l'action en garantie des défauts
- IV. Remarques finales

PLAN

I. Panorama général

- A. Introduction
- B. Les acteurs au projet de construction et leurs relations contractuelles
 - 1. Le maître de l'ouvrage et ses obligations
 - 2. L'entrepreneur et ses obligations
 - a. L'entreprise générale
 - b. Les co-entrepreneurs
 - c. Le consortium
 - 3. La direction des travaux et ses obligations
- C. Rappel de quelques notions du droit de la poursuite pour dettes et la faillite
 - 1. Généralités
 - 2. Les divers modes d'exécution forcée
 - a. Introduction
 - b. Les voies d'exécution spéciale
 - c. L'exécution générale: la faillite
 - 3. Conséquences de la faillite sur le sort des contrats de construction
 - a. Généralités
 - b. Les contrats rendus caducs par la faillite: le mandat et la société simple
 - c. Les contrats auxquels la faillite ne met pas fin: le contrat d'entreprise

II. Les effets de la faillite sur les obligations contractuelles

- A. La faillite de l'entrepreneur
 - 1. Les effets de la faillite de l'entrepreneur principal sur le maître de l'ouvrage
 - a. La fin du contrat d'entreprise par convention
 - b. L'administration de la faillite ne continue pas l'exécution en nature du contrat
 - c. L'administration de la faillite continue l'exécution en nature du contrat
 - d. La cession au maître des droits éventuels de l'entrepreneur contre le sous-traitant
 - 2. Les effets de la faillite de l'entrepreneur principal sur les rapports entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage
 - 3. Le cas particulier du consortium
 - a. Les effets de la faillite d'un associé sur les autres membres du consortium
 - b. Les effets de la faillite d'un associé sur le maître
- B. La faillite du maître de l'ouvrage
 - 1. Les effets de la faillite du maître sur l'entrepreneur
 - 2. Les effets de la faillite du maître sur le créancier hypothécaire

III. Le cas particulier de l'action en garantie des défauts

- A. Généralités
- B. Le sort de l'action en garantie lorsque la faillite survient avant la livraison de l'ouvrage
- C. Le sort de l'action en garantie des défauts lorsque la faillite survient après la livraison de l'ouvrage

IV. Remarques finales

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE

1. Ouvrages généraux sur la poursuite pour dettes et la faillite

AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6ème éd., Berne 1997; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zurich 1993; GILLIERON P.-R., Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3ème éd., Lausanne 1993; MEIER I., Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, in Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs und Konkursrecht nach revidiertem Recht, Basel 1996, p. 95 à 131; STAEHELIN A. (et autres) éd., Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bâle/Genève/Munich 1998.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES: Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991 no 91.034 (cité: Message); Nouvelle réglementation prévue à l'article 211 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) relative au droit d'exécution de l'administration de la faillite dans des contrats bilatéraux, Rapport de l'Office fédéral de la justice à l'intention de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 1er septembre 1993, FF 1994 p. 1302 ss.

2. Ouvrages généraux sur le droit des obligations et les droits réels

ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse, 2ème éd., Berne 1997; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7ème éd., Zurich 1998; DE HALLER J.-C., L'hypothèque légale de l'entrepreneur, RDS 1982/101 II p. 189 ss; SCHRANER M., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, V 1e, Art. 68-83 OR, Zurich 1991; STEINAUER P.-H., Les droits réels, Tome III, 2ème édition, Berne 1996; STAEHELIN D., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle 1994, art. 545 à 551; WEBER R., Commentaire bernois, art. 68-96 CO, Berne 1983 (cité: BK-Weber).

3. Ouvrages sur les contrats de construction

CHAIX F., Le contrat de sous-traitance en droit suisse, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1995; GAUCH P., Werkvertrag, 4ème éd., Zurich 1996; GAUTSCHI G., Der Werkvertrag, Commentaire bernois, art. 363 à 379, Berne 1967 (cité: BK-Gautschi); HOFFSTETTER J., Le mandat et la gestion d'affaires, TPS VII, tome II, 1, Fribourg 1994; KOLLER A., Der Werkvertrag, Commentaire bernois, Bd VI 2.3.1., art. 363-366 CO, Berne 1998 (cité: BK-Koller); das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zurich 1995 (cité: Nachbesserungsrecht); SAJONZ C., Der Schutz des Subunternehmers bei Insolvenz des Hauptunternehmers nach französischem, schweizerischem und deutschem Recht, Heidelberg 1993; STOFFEL W., Le consortium et ses problèmes, in Journées du droit de la construction 1989, p. 30 ss; TERCIER P., Les contrats spéciaux, 2ème éd. Zurich 1995; Introduction au droit privé de la construction, Zurich 1994 (cité: Droit privé de la construction); WERRO F., Le mandat et ses effets, thèse d'habilitation, Fribourg 1993; Les particularités du contrat d'ingénieur. Questions choisies, in: Le droit de l'architecte, 3ème éd., Fribourg 1995, p. 635 ss (cité: contrat d'ingénieur); ZINDEL/PULVER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Bâle et Francfort-sur-le Main 1996, art. 363 à 379.

4. Ouvrages sur le sort des contrats suite à la faillite

DALLEVES L., Les effets de la faillite sur les contrats, FJS n° 1003a, Genève 1987; GULDENER M., Exkurs über die Wirkungen des Konkurses auf noch nicht erfüllte schuldrechtliche Verträge des Gemeinschuldners, in Fritsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II 2ème éd., Zurich 1968, p. 66 ss; KNUPP R., Die Anordnung der Unternehmungsweiterführung im Konkurs: unter besonderer Berücksichtigung der konkursamtlichen Kompetenzen, des Vorentwurfs für eine Teilrevision des SchKG sowie wirtschaftlicher Aspekte, thèse Zurich 1988; KOLLY G., Die Forderungen des Bestellers aus Wandelung und auf Nachbesserung bei Konkurs des Unternehmers, in: In Sachen Baurecht, zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Fribourg 1989, p. 79 ss; KREN J., Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge: eine dogmatische Analyse der Wirkungen der Konkursöffnung auf die im Obligationenrecht geregelten schuldrechtlichen Verträge, Berne 1989; SCHWOB R., Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, art. 208 à 212, Bâle/Genève/München 1998; TAILLENS E., Des effets de la faillite sur les contrats du débiteur, thèse Lausanne 1950; WEYDMANN P., Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, thèse Zurich 1958; ZOBL D., Das Eintrittsrecht der Konkursmasse in synallagmatische Verträge und die Vertragsfreiheit, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zurich 1994, p. 533 ss.

ABRÉVIATIONS

ATF:	Arrêts du Tribunal fédéral
CC:	Code civil
C.E.:	Contrat d'entreprise
CO:	Code des obligations
DC:	Droit de la Construction
(f):	arrêt en français
HL:	Hypothèque légale
JT:	Journal des tribunaux
LP:	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
ORFI:	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920
rés.:	arrêt résumé
s(s):	suiwant(e)s
trad.:	arrêt traduit
TF:	Tribunal fédéral

I. PANORAMA GÉNÉRAL

A. INTRODUCTION

Tout projet de construction met en scène plusieurs acteurs. L'insolvabilité de l'un d'entre eux perturbe le bon déroulement du chantier. Elle se traduit par des retards, voire l'arrêt des travaux pour une période plus ou moins longue. Elle a en outre des effets sur les relations contractuelles qui lient les diverses parties. Selon les cas, l'insolvabilité de l'une d'elles mettra fin au contrat de construction, dans les autres elle transformera la nature même des obligations assumées. Lorsque le débiteur en carence est soumis à la poursuite par voie de faillite, celle-ci aura en outre des conséquences sur tous ses créanciers.

La résolution des problèmes que l'insolvabilité entraîne dans un projet de construction nécessite l'application concurrente de diverses règles légales. Il s'agit principalement de celles de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP), révisée en 1994, en vigueur dans sa nouvelle version depuis le 1er janvier 1997, qui régit la procédure d'exécution forcée, ainsi que du Code des obligations. Cette multiplication de diverses dispositions légales crée une situation juridique complexe et soulève plusieurs problèmes, dont tous ne sont d'ailleurs pas clairement résolus.

Cette contribution a pour but de décrire les difficultés qui surgissent dans un tel cas et les solutions prévues ou autorisées par la loi. Afin de tracer le décor, nous rappellerons tout d'abord quels sont les acteurs à un projet de construction et leurs relations contractuelles puis quelques traits généraux du régime de la LP. Nous examinerons ensuite plus en détail les conséquences de la faillite des diverses personnes impliquées dans un projet de construction sur leurs obligations contractuelles, les droits et les devoirs de leurs cocontractants et le déroulement du chantier.

B. LES ACTEURS AU PROJET DE CONSTRUCTION ET LEURS RELATIONS CONTRACTUELLES

Cette section décrit les principaux acteurs à un projet de construction et rappelle quelles sont leurs obligations respectives sur le chantier. Le régime des contrats est censé connu; nous nous bornerons dès lors à mentionner les éléments pertinents pour l'objet de cette contribution.

1. Le maître de l'ouvrage et ses obligations

Le maître de l'ouvrage est la personne, physique ou morale, qui commande la réalisation d'un ouvrage.

Il confie l'exécution d'une construction immobilière ou de certains travaux de construction à des prestataires de services. Il charge en principe un architecte ou un ingénieur *de préparer le projet et les plans puis de diriger les travaux*; les prestations relatives à la préparation du projet font généralement l'objet d'un contrat d'entreprise (art. 363 ss CO) alors que la direction des travaux obéit aux règles du mandat (art. 394 ss CO). Le maître

confie en outre *les travaux de construction* à un entrepreneur, par un contrat d'entreprise. Le contrat global par lequel l'architecte ou l'ingénieur s'engage à exécuter l'ensemble des prestations, de la préparation des plans à la direction des travaux est un mandat selon les uns, un contrat mixte selon les autres (Tercier, contrats spéciaux, nos 4187 ss; Werro, contrat d'ingénieur, p. 640).

Dans le contrat d'entreprise comme dans le contrat de mandat, l'obligation principale du maître consiste à verser une rémunération au prestataire de services:

- i. En matière de construction, le *mandat* est le plus souvent conclu à titre onéreux; le maître s'engage alors à payer les honoraires et les dépenses du directeur des travaux, conformément aux règles prévues par les normes SIA 102 ou 103 si elles sont intégrées au contrat. Sauf accord contraire, le paiement ne devient exigible qu'au terme de l'exécution complète du mandat.
- ii. Dans le *contrat d'entreprise*, le maître paye le prix de l'ouvrage (ferme ou effectif), qui devient exigible à la livraison (art. 372 al. 1 CO). Si des livraisons et des paiements partiels ont été convenus, le prix afférent à chaque partie de l'ouvrage est payable au moment de la livraison de cette partie (art. 372 al. 2 CO). Le Code des obligations ne prévoit pas le paiement d'acomptes, mais les parties sont libres de l'inclure dans le contrat, ce qui est fréquent en pratique. La norme SIA-118 contient plusieurs règles à cet égard (art. 144 ss); le système d'acomptes qu'elle envisage varie selon le type de prix fixé par les parties. Les acomptes correspondent dans certains cas à la contre-valeur des prestations effectuées pendant le mois en cause. Le maître peut effectuer une retenue qui varie de 5% et 20% sur les acomptes mensuels, à titre de garantie pour l'exécution des obligations de l'entrepreneur jusqu'à réception de l'ouvrage (SIA-118, art. 149 ss).

Fréquemment, le maître finance le projet de construction en obtenant un crédit auprès d'un établissement bancaire, crédit qui est garanti par un droit de gage immobilier (hypothèque ou cédula hypothécaire) en faveur de la banque.

2. L'entrepreneur et ses obligations

Le maître de l'ouvrage est lié à l'entrepreneur par un contrat d'entreprise, qui est régi par les art. 363 à 379 CO ainsi que par les normes SIA, notamment la 118, lorsqu'elles sont incluses au contrat.

L'entrepreneur s'engage à exécuter et à livrer un ouvrage entier ou certaines parties pour le terme convenu; il a en outre des obligations accessoires, tel que le devoir de fidélité. Dans le système de la norme SIA-118, il doit en outre fournir une garantie pour la responsabilité qu'il encourt à raison des défauts de l'ouvrage qui pourraient être invoqués pendant le délai de garantie (art. 181 s).

Dans un projet de construction, le maître est libre d'aménager ses relations contractuelles avec les entrepreneurs de différentes manières. Nous en passerons quelques-unes en revue ci-dessous.

a. L'entreprise générale

Le maître peut confier l'ensemble des travaux à un entrepreneur général, qui se chargera de répartir les travaux à des tiers qui agissent de manière indépendante, les sous-traitants

(SIA-118, art. 29). Dans ce cas, le maître n'a de contrat qu'avec l'entrepreneur général, qui réalisera l'ouvrage personnellement ou avec l'aide de fournisseurs et sous-traitants qu'il engagera en son nom et pour son compte. Le contrat d'entreprise générale est un contrat d'entreprise auquel s'appliquent les règles ordinaires (Tercier, contrats spéciaux, no 3355; Chaix, p. 87).

L'entrepreneur général est lié à son tour par un contrat d'entreprise aux sous-traitants. Là aussi, le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise ordinaire dans lequel l'entrepreneur tient le rôle du maître et le sous-traitant celui de l'entrepreneur.

Le droit de l'entrepreneur de recourir à des sous-traitants n'est pas absolu. L'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage en personne ou de le faire exécuter sous sa direction personnelle, à moins que, d'après la nature de l'ouvrage, ses aptitudes ne soient sans importance (art. 364 al. 2 CO). En vertu de cette disposition, il doit agir personnellement ou conserver la maîtrise personnelle de l'exécution en dirigeant des auxiliaires.

Toutefois, dans la pratique, il est d'usage que l'entrepreneur ait le droit de recourir à des sous-traitants. Les parties limitent parfois cette prérogative en subordonnant l'engagement des sous-traitants au consentement du maître ou en prévoyant que l'entrepreneur doit faire appel à des sous-traitants déterminés (Tercier, contrats spéciaux, no 3424).

b. Les co-entrepreneurs

Une autre variante consiste, pour le maître, à passer un contrat séparément avec plusieurs entrepreneurs qui participent tous à l'exécution d'un ouvrage.

Dans un tel cas, le maître a des relations contractuelles indépendantes avec chacun d'entre eux. Il lui incombe de coordonner leurs travaux selon leurs spécialités. Il lui est aussi loisible de confier cette tâche à la direction des travaux.

Les entrepreneurs sont indépendants les uns des autres. Ils doivent cependant prendre égard les uns aux autres et suivre les instructions de la direction des travaux pour coordonner leurs travaux respectifs (SIA-118, art. 30 al. 3).

c. Le consortium

Le maître peut également confier les travaux de construction à un groupe d'entrepreneurs qui mettent en commun leurs efforts et leurs ressources pour réaliser l'ouvrage. Ils s'unissent alors pour former un consortium, lequel est en général une société simple au sens des art. 530 ss CO; celle-ci est un contrat et n'a pas la personnalité juridique (SIA-118, art. 28; Stoffel, p. 34). Le contrat de société simple n'est soumis à aucune forme et peut être modifié par l'accord de tous les associés, voire à la majorité s'il le prévoit (Tercier, contrats spéciaux, no 5608).

La société simple suppose que les membres fassent des apports en vue d'atteindre un but commun (art. 530 al. 1 CO). Cet apport peut consister en argent (mise de fonds), en créances, en d'autres biens, tels que des machines ou des matériaux de construction, ou en industrie, par un apport en personnel ou en travail (art. 531 CO). En général, les associés participent au bénéfice et aux pertes en proportion de leur participation, mais par parts égales si le contrat est muet sur ce point (art. 533 al. 1 CO).

Les membres du consortium concluent en commun un contrat d'entreprise avec le maître, éventuellement par le biais de la représentation, auquel cas l'un des associés agit au nom

des autres. Chaque membre encourt une responsabilité personnelle directe et illimitée, solidairement avec les autres (art. 544 al. 3 CO). Il répond directement et personnellement des dettes faites au nom de tous les associés. L'associé recherché en responsabilité pourra ensuite se retourner contre les autres coassociés pour obtenir le remboursement de la part de responsabilité qui leur incombe selon les règles internes qu'ils ont adoptées.

3. La direction des travaux et ses obligations

Le maître confie la direction des travaux à un architecte ou à un ingénieur, voire à un entrepreneur, par un contrat de mandat. Celui-ci est régi par les art. 394 à 406 CO ainsi que par les normes SIA lorsqu'elles sont intégrées au contrat par les parties.

Le mandataire s'oblige à rendre des services dans l'intérêt du maître, en déployant la diligence requise à cet égard, mais ne promet pas un résultat.

C. RAPPEL DE QUELQUES NOTIONS DU DROIT DE LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

1. Généralités

Les contrats de construction mentionnés ci-dessus font naître des droits et des obligations en faveur et à l'encontre des parties qu'ils lient. Lorsque le débiteur est insolvable, il ne peut plus exécuter les prestations qui lui incombent selon le contrat. La LP permet alors au créancier de recourir à l'exécution forcée. Ses règles s'appliquent d'ailleurs aussi bien lorsque le débiteur ne s'exécute pas par mauvaise volonté que lorsqu'il est impécunieux.

La LP prévoit des moyens de contrainte et offre au créancier l'aide de l'Etat pour obtenir son dû. Ces moyens d'exécution forcée sont dirigés sur les biens du débiteur; on parle à cet égard de responsabilité patrimoniale. Le patrimoine du débiteur est soumis à la mainmise de ses créanciers, ce qui signifie qu'il sera réalisé par une vente aux meilleures conditions possibles au profit de ses créanciers.

Lorsque l'exécution forcée porte sur une somme d'argent ou la remise de sûretés, elle est régie par la LP, qui seule nous occupera ici. Cette loi est complétée par plusieurs lois fédérales qui s'appliquent à des domaines particuliers ainsi que par des ordonnances. Lorsque l'objet de la prestation est autre (la délivrance d'une chose par exemple), l'exécution dépend du droit cantonal.

2. Les divers modes d'exécution forcée

a. Introduction

La LP prévoit divers modes de poursuite pour dettes. La poursuite commence par la notification d'un commandement de payer, sauf exceptions prévues par la loi. Elle se continue par voie de saisie, de réalisation de gage ou de faillite aux conditions posées par la LP (art. 38 al. 2 LP). *La voie de la faillite* s'applique lorsque le débiteur est inscrit au registre du commerce en l'une des qualités énumérées à l'art. 39 LP, soit notamment comme chef d'une raison individuelle ou comme personne morale (notamment une société

anonyme, une société à responsabilité limitée ou une coopérative). Lorsque la poursuite a pour objet une créance garantie par gage, elle se continue par *la réalisation du gage*, même contre les débiteurs sujets à la poursuite par voie de faillite (art. 41 al. 1 LP). Dans tous les autres cas, la poursuite se continue par *voie de saisie* (art. 42 LP); il en va ainsi lorsque le débiteur n'est pas inscrit au registre du commerce ou lorsque la créance n'est pas garantie par gage. Chacune de ces voies est régie par des normes spéciales.

Le *concordat* relève aussi de l'exécution forcée. Il s'agit d'une procédure de droit public apparentée à la faillite, malgré l'élément contractuel résidant dans l'adhésion de la majorité des créanciers à la proposition du débiteur (ATF 107 III 106 (f), JT 1983 II 57 rés.; ATF 103 III 54, 60 (f), JT 1979 II 49 rés.). Il est une forme atténuée de la faillite et opère selon les mêmes principes.

b. Les voies d'exécution spéciale

En résumé, la saisie, qui est régie par les art. 89 ss LP, tend à la réalisation (vente) de certains biens du patrimoine du débiteur pour payer les créanciers au bénéfice d'un commandement de payer exécutoire. Elle est une forme d'exécution spéciale, en ce qu'elle privilégie le ou les créanciers poursuivants.

La poursuite en réalisation de gage vise quant à elle à désintéresser le créancier poursuivant en réalisant un bien sur lequel il a un droit de gage.

c. L'exécution générale: la faillite

En revanche, la faillite est une voie d'exécution forcée générale qui réunit tous les actifs du débiteur pour les réaliser afin de désintéresser tous les créanciers. L'ensemble du patrimoine saisissable du débiteur est liquidé et les créanciers sont payés simultanément.

L'ouverture de la faillite est prononcée par le juge lorsque les conditions posées dans la LP sont remplies (art. 171 LP et 175 LP). La procédure de faillite est dirigée par une autorité étatique, l'office des faillites, ou, dans certains cas, par une administration spéciale (art. 237 al. 2 LP). La procédure de faillite opère par voie de liquidation ordinaire ou, dans la majorité des cas, par voie de liquidation sommaire (art. 231 LP); celle-ci est ouverte lorsque l'office constate que le produit des biens inventoriés ne suffira pas à couvrir les frais de liquidation ou lorsque le cas est simple.

La faillite a de nombreux effets sur les droits des créanciers et ceux du débiteur. Nous passerons brièvement en revue ceux qui présentent de l'intérêt pour le sujet de cette contribution.

1° Les effets de la faillite sur les droits des créanciers

Les créanciers se trouvent tous dans la même situation et perdent toute possibilité de procéder par la voie de l'exécution spéciale contre le débiteur commun. Ils n'ont plus de droits individuels à l'exécution. Ils sont organisés en communauté des créanciers (appelée aussi masse en faillite, ou masse passive ou encore masse des créanciers), qui est représentée par l'administration de la faillite. Elle exerce les droits et assume les obligations du failli (Gilliéron, p. 278).

Les créanciers sont invités, par publication, à faire admettre leurs prétentions dans la faillite (par collocation) et sont désintéressés selon un ordre de priorité fixé par l'art. 219 LP, qui prévoit un système de classes.

La faillite est régie par le principe de l'égalité de traitement, qui impose notamment une répartition proportionnelle des pertes entre les créanciers, sauf exception prévue par la loi pour certaines catégories de créanciers privilégiés (voir l'art. 219 LP).

La faillite a en outre pour effets de transformer en argent toutes les créances contre le failli (art. 211 al. 1 LP), de rendre exigibles les dettes du failli qui ne le sont pas encore (art. 208 LP al. 1 LP), d'arrêter le cours des intérêts pour les créances qui ne sont pas garanties par gage (art. 209 LP) et de limiter les possibilités de compensation (art. 213 s. LP).

2° *Les effets de la faillite sur les droits du débiteur*

A l'ouverture de la faillite, la fortune du débiteur devient une masse spéciale - la masse active - gérée par l'administration de la faillite. Tous les biens saisissables du failli sont affectés au paiement des créanciers (art. 197 al. 1 LP). Ils sont réalisés et le produit de la vente est distribué aux créanciers, qui recevront le plus souvent un dividende, c'est-à-dire une quote-part du produit de la réalisation. Le créancier qui n'est pas complètement désintéressé obtient un acte de défaut de biens (art. 265 LP).

Le débiteur reste propriétaire des biens qui forment la masse mais ne peut plus en disposer librement (art. 204 s. LP). C'est le dessaisissement du failli. Celui-ci ne peut plus recevoir aucun paiement; les poursuites dirigées contre lui s'éteignent; les procès sont suspendus (art. 207 LP).

En raison des effets importants de la faillite sur les droits du failli et sur ceux des créanciers, nous ne traiterons par la suite que de ce mode d'exécution et des problèmes qu'il pose dans le domaine de la construction, en laissant de côté la saisie et la réalisation de gage.

3. **Conséquences de la faillite sur le sort des contrats de construction**

a. *Généralités*

On a vu que certains acteurs à un projet de construction sont liés entre eux par un contrat d'entreprise ou de mandat. Ce sont des contrats synallagmatiques ("bilatéraux") dans lesquels chacune des deux parties doit à l'autre une prestation, lesquelles se trouvent dans un rapport d'échange. La faillite de l'un des cocontractants a des effets soit sur le sort même de ces contrats, soit sur le contenu des obligations qui en découlent. Le système, qui est régi par le Code des obligations et la LP, est le suivant:

- i. En tant que loi de procédure, la LP n'a pas d'effet quant à la validité des contrats qui ont été conclus avant l'ouverture de la faillite (FF 1994 I p. 1303; ATF 110 III 85 (f), JT 1987 II 31 rés.). Ces contrats demeurent valables, à moins qu'une règle légale expresse ou les parties ne prévoient le contraire. En d'autres mots, les effets de la faillite sur la résiliation ou le maintien d'un contrat particulier sont régis par les dispositions légales qui s'appliquent au contrat en question (ATF 104 III 84, 90 s., JT 1980 II 90, 103 trad.) ainsi que par les dispositions contractuelles prises par les parties. Dans un cas d'espèce, il convient donc dans un premier temps de qualifier les relations contractuelles entre le failli et ses cocontractants puis de se reporter aux règles légales applicables au contrat ainsi qualifié pour déterminer si la faillite ou l'insolvabilité met fin au contrat.

- ii. Selon les cas, la faillite éteint de plein droit les relations contractuelles ou constitue une cause de résiliation du rapport contractuel. En revanche, lorsque le droit matériel ne prévoit rien, et à défaut d'accord contraire des parties, la faillite de l'un des cocontractants ne met pas fin automatiquement au contrat. Cependant, elle limite la capacité du débiteur de s'exécuter. Les rapports contractuels subsistent et il faut les liquider. A cet égard, la faillite a des effets sur la nature des obligations du failli, les transformant en somme d'argent (art. 211 al. 1 LP).

Nous examinerons ci-après ce qu'il en est pour les contrats les plus fréquents dans le domaine de la construction. La section II traitera ensuite plus en détail de ces différentes règles en distinguant selon la personne en faillite et les conséquences de l'exécution forcée sur les autres acteurs au projet de construction.

b. Les contrats rendus caducs par la faillite: le mandat et la société simple

Tant le contrat de mandat que celui de société simple prennent fin *ex lege* par la faillite de l'un des cocontractants.

- i. *Le mandat* finit par la faillite soit du mandant (le maître de l'ouvrage) soit du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu par les parties ou ne résulte de la nature de l'affaire (art. 405 al. 1 CO). Ainsi, en cas de faillite du maître ou du mandataire, le contrat de mandat s'éteint. Les parties sont libérées de toute obligation pour l'avenir. Elles ne peuvent donc pas réclamer de dommages-intérêts pour inexécution du contrat.

Le mandataire doit rendre compte et restituer ce qu'il a reçu du mandant. Il a droit au paiement de ses honoraires pour les prestations déjà effectuées. Il produira une créance à ce titre dans la faillite du mandant. Le mandataire qui tombe en faillite répond des obligations exécutées jusque là. Le mandant (le maître) doit payer à la masse les honoraires pour les prestations effectuées (Tercier, contrats spéciaux, no 4167). Ce cas ne présente pas de difficultés particulières et nous n'y reviendrons plus.

- ii. *Le contrat de société simple*, qui est le véhicule juridique le plus fréquent du consortium de construction, prend également fin lorsque la part de liquidation d'un associé est l'objet d'une exécution forcée ou que l'un des associés tombe en faillite, sauf convention contraire (art. 545 al. 1 ch. 3 CO). Cette situation a des conséquences sur les rapports entre les coassociés ainsi que sur leurs relations contractuelles avec le maître de l'ouvrage. Nous en traiterons plus en détail au chiffre II.A.3.

c. Les contrats auxquels la faillite ne met pas fin: le contrat d'entreprise

La faillite du maître ou de l'entrepreneur ne met pas fin de par la loi au contrat d'entreprise. En particulier, la faillite n'est pas une cause d'incapacité selon l'art. 379 CO (Gauch, nos 758 s.; Zindel/Pulver, no 10 ad art. 379). Elle n'est pas non plus une cause spéciale de résiliation.

Le contrat d'entreprise est donc maintenu et c'est la masse qui reste liée par les droits et obligations du failli. L'administration de la faillite jouit à cet égard des mêmes droits que ceux accordés par le droit matériel au failli, ni plus ni moins.

Le dessaisissement du débiteur commun lors de l'ouverture de la faillite entraîne la suspension des travaux pour un temps plus ou moins long. Le plus souvent, la masse ne continuera pas l'exécution du contrat, faute de moyens. Il conviendra alors d'appliquer les

règles sur l'inexécution, qui sont examinées plus en détail à la section II ci-dessous. Le principe en est que le créancier, qu'il soit le maître ou l'entrepreneur, doit produire dans la faillite de son cocontractant une créance en dommages-intérêts en raison de l'inexécution.

Toutefois, l'administration de la faillite peut, si elle le juge opportun, continuer l'exécution du contrat à la place du failli et exiger alors la contre-prestation due par son créancier. Ce droit est prévu par l'art. 211 al. 2 LP, qui a la teneur suivante:

"Lorsque la réclamation résulte d'un contrat bilatéral qui n'est pas encore exécuté au moment de l'ouverture de la faillite ou qui ne l'est que partiellement, l'administration de la faillite peut se charger de l'effectuer en nature à la place du débiteur. Le contractant peut exiger des sûretés."

La terminologie varie. On parle du droit de l'administration de la faillite "d'entrer dans le contrat", de "prendre la place du débiteur". On dit aussi qu'elle se substitue au failli ou encore qu'elle reprend le contrat à son compte (Tailleus, p. 49). La langue allemande utilise l'expression "Eintrittsrecht der Konkursverwaltung".

Les conditions d'application de cette disposition sont les suivantes:

- 1° Il doit s'agir d'un contrat bilatéral qui n'est pas encore exécuté au moment de l'ouverture de la faillite ou qui ne l'est que partiellement. Cette notion s'apprécie selon les règles du droit des obligations.
- 2° Bien que l'art. 211 al. 2 LP parle d'exécution en nature, le TF a admis que cette disposition vise aussi les obligations pécuniaires du failli (ATF 104 III 84, JT 1980 II 98 trad.). En outre l'art. 211 al. 2 LP s'applique non seulement lorsque le débiteur est en faillite mais aussi en matière de concordat par abandon d'actifs (ATF 107 III 106 (f), JT 1983 II 57 rés.).
- 3° La décision "d'entrer dans le contrat" à la place du failli incombe à l'administration de la faillite. Celle-ci est libre dans son choix (ATF 105 III 11, 14 s., JT 1980 II 143 trad.), qui s'effectue selon des considérations économiques. La masse peut avoir un intérêt à maintenir l'exécution du contrat afin de recevoir la contre-prestation. Elle décidera donc d'exécuter le contrat si cette solution est plus favorable à la communauté des créanciers (ATF 104 III 84, 89, JT 1980 II 98, 102 trad.). L'autorité de surveillance ne pourrait intervenir que si cette décision était incompatible avec le but de la faillite (ATF 105 III 11, 15, JT 1980 II 143 trad., qui cite ATF 83 III 99, 103, JT 1957 II 103, 106 trad.). Le TF a laissé ouverte la question de savoir si les créanciers du failli sont légitimés à s'y opposer, en mentionnant toutefois qu'il est douteux qu'ils puissent le faire (ATF 110 III 84, 86 (f), JT 1987 II 31, 32 rés.). En revanche, le maître a le droit de refuser l'exécution par la masse si elle est éminemment personnelle. Dans un tel cas, l'obligation de faire se transforme en une créance pécuniaire selon l'art. 211 al. 1 LP et est colloquée dans la faillite.
- 4° La décision de continuer l'exécution est expresse ou résulte d'actes concluants (ATF 107 III 106 (f), JT 1983 II 57 rés.). La LP ne fixe pas le délai dans lequel l'administration de la faillite doit faire ce choix (voir toutefois Fritsche/Walder, p. 160, selon lesquels l'administration doit déclarer sans délai au créancier qu'elle maintient l'exécution). L'administration n'a pas le devoir de déclarer qu'elle "entre" dans le contrat. Aucune déclaration n'est nécessaire pour la continuation des rapports d'obligations (ATF 115 III 65, JT 1991 II 130 trad. avec une note de P.-R. G.) Dans ces conditions, il incombe au maître d'interpeller l'administration de la faillite et de la mettre en demeure de s'exécuter, conformément à l'art. 107 CO, appliqué directement

ou par analogie (Dallèves, p. 4; Taillens, p. 73). Si elle reste passive, le créancier est tenu d'accepter l'exécution, laquelle peut avoir lieu tant qu'un refus d'exécuter n'est pas intervenu de la part de l'administration de la faillite et de la part de failli (Gilliéron, p. 306). La volonté de l'administration de ne pas exécuter peut être déduite de l'admission de la créance du cocontractant à l'état de collocation, ce qui peut prendre plusieurs mois.

- 5° L'art. 211 al. 2bis LP, introduit lors de la révision de la LP de 1994, en vigueur depuis le 1er janvier 1997, contient une exception à ce principe et exclut le droit de l'administration de la faillite d'exécuter le contrat en nature s'agissant d'engagements à terme strict au sens de l'art. 108 al. 3 CO et d'opérations financières à terme, de swaps et d'options. Le premier cas vise les contrats qui doivent être exécutés à un terme fixe ou dans un délai déterminé. Selon le message, il s'agit avant tout des ventes commerciales, pour autant que l'objet de la vente ait un prix courant. La fourniture de services n'est pas visée par cette disposition (FF 1994 I 1313). Par conséquent, d'après le message, les prestations fournies dans le cadre d'un contrat d'entreprise ne tombent pas sous le coup de cette disposition. L'art. 211 al. 2bis LP concerne principalement le domaine bancaire (voir Schwob, nos 15 ss ad art. 211).

Il convient d'examiner ci-après l'application de ces règles à des cas concrets du domaine de la construction.

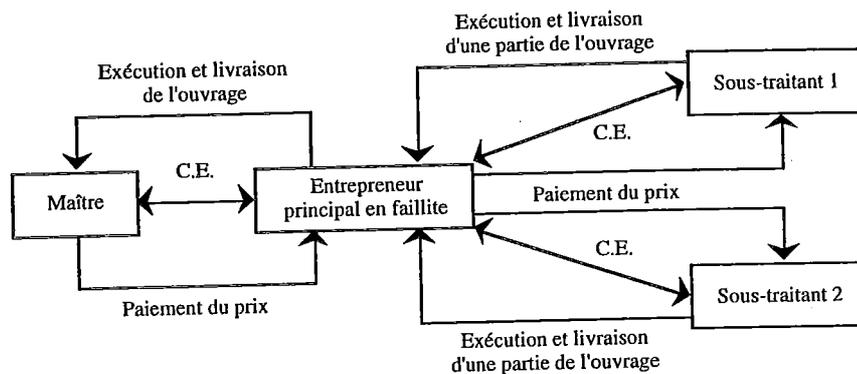
II. LES EFFETS DE LA FAILLITE SUR LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

A. LA FAILLITE DE L'ENTREPRENEUR

L'hypothèse visée ici est celle dans laquelle l'entrepreneur tombe en faillite. Il ne peut plus exécuter les obligations qui lui incombent envers le maître, à savoir la réalisation d'un ouvrage et sa livraison. L'exécution est plus ou moins avancée selon le moment de l'ouverture de la faillite. Celle-ci aura des effets sur les autres acteurs au projet de construction. Nous traiterons des conséquences sur le maître (chiffre 1), sur les sous-traitants (chiffre 2) et sur les coassociés du failli dans le cas d'un consortium (chiffre 3).

1. Les effets de la faillite de l'entrepreneur principal sur le maître de l'ouvrage

Cette section traite des conséquences de la faillite de l'entrepreneur principal sur le maître de l'ouvrage. Il faut assimiler à ce cas celui où le sous-traitant tombe lui-même en faillite. Les effets sur l'entrepreneur principal sont alors les mêmes que ceux sur le maître en cas de faillite de l'entrepreneur principal. Sous forme schématique, la situation se présente comme suit:



Nous laisserons de côté le cas de l'entrepreneur qui a complètement terminé les travaux et livré l'ouvrage lorsqu'il tombe en faillite. En effet, il ne pose pas de difficultés particulières. Le maître doit payer le prix à la masse mais pourra cependant lui opposer les exceptions qu'il a contre le failli, notamment en cas de défaut de la chose livrée (Dallèves, p. 2). Il incombe à l'administration de la masse de faire inscrire si nécessaire une hypothèque légale d'entrepreneur (de Haller, p 241).

En revanche, lorsque l'ouvrage n'est pas terminé au moment de l'ouverture de la faillite, la situation est plus complexe. En effet, la faillite empêche le débiteur (l'entrepreneur) de disposer de ses biens et de continuer l'exécution du contrat (art. 197 et 204 LP). Cependant, à moins que les parties n'aient prévu le contraire (lettre a ci-dessous), la faillite ne met pas

fin au contrat d'entreprise et les rapports contractuels subsistent; cette situation soulève plusieurs difficultés, qui sont examinées aux lettres b et c ci-après.

a. La fin du contrat d'entreprise par convention

Les parties sont libres de convenir dans le contrat qu'il prendra fin en cas de faillite de l'une d'elles; dans cette hypothèse, les obligations futures s'éteignent à l'ouverture de la faillite. Le maître reste tenu de payer le prix des travaux déjà effectués. Il pourra conclure un nouveau contrat avec un tiers pour continuer les travaux. Il n'a pas droit à des dommages-intérêts pour l'inexécution et ne peut pas demander le remboursement des travaux effectués par un tiers.

Il convient d'assimiler à ce cas celui où les parties acceptent de mettre fin à leurs relations contractuelles après la faillite de l'une d'entre elles. L'administration de la faillite peut par exemple négocier avec le maître la résiliation du contrat. Elle facturera alors au maître la valeur des travaux effectués jusqu'à l'ouverture de la faillite, sur la base du bilan intermédiaire dressé à l'ouverture de la faillite.

b. L'administration de la faillite ne continue pas l'exécution en nature du contrat

En l'absence d'une telle convention, le contrat d'entreprise ne prend pas fin par la faillite de l'entrepreneur. En outre, la masse ne peut pas unilatéralement résilier le contrat (Kren, p. 99). L'administration de la faillite est libre (mais n'est pas obligée) de continuer ou non l'exécution des obligations du failli.

Dans la règle, l'administration de la faillite ne continue pas l'exécution, à moins que les travaux soient presque terminés et qu'il ne s'agisse que de retouches. Le plus souvent, elle n'a en effet pas les moyens d'acheter le matériel nécessaire et de payer les salaires des employés. En outre, la continuation des travaux présente des risques. Elle entraîne des frais pour la masse. Celle-ci pourrait être tenue responsable de la mauvaise exécution des travaux déjà exécutés, bien qu'elle n'ait pas les moyens de s'assurer de leur bien-facture. S'y ajoute le danger que le maître invoque la compensation pour échapper au paiement du prix. Pour ces motifs, l'administration choisira le plus souvent de ne pas exécuter.

La passivité de l'administration ou son refus exprès d'exécuter les prestations de l'entrepreneur failli ne rend toutefois pas le contrat caduc (ATF 104 III 89, 91, JT 1980 II 98, 103 trad.). Il signifie seulement que l'exécution du contrat n'aura pas lieu au moyen des biens formant la masse (Taillens, p. 110). Le maître a alors le choix entre maintenir le contrat et produire une créance en dommages-intérêts dans la faillite de l'entrepreneur ou résilier le contrat. La situation est régie par les dispositions du CO et de la LP.

1° Le maintien du contrat et la transformation de l'obligation de l'entrepreneur en dette pécuniaire

A l'ouverture de la faillite, les obligations de l'entrepreneur qui ne sont pas encore exécutées subsistent mais se transforment en une obligation de payer une somme d'argent. La prétention du maître à la construction et à la livraison d'un ouvrage est convertie en une prétention pécuniaire de valeur correspondante aux travaux qu'il reste à effectuer (intérêt positif). Le maître peut produire cette créance dans la faillite et recevra un dividende (art. 211 al. 1 LP; Gauch, no 759; Fritsche/Walder, § 42, p. 163 i.f.; sur l'intérêt positif, voir aussi ATF 123 III 16, 22).

Le fondement de cette créance est controversée, ce qui n'a toutefois pas un grand intérêt pratique. Certains auteurs estiment que la créance repose sur les normes du droit civil exclusivement (Taillens, p. 129 ss); d'autres la font découler directement de l'art. 211 al. 1 LP (Kren, p. 105 s.). Le Tribunal fédéral parle pour sa part de dommages-intérêts pour inexécution du contrat (ATF 107 III 139, 145, JT 1983 II 75 trad.).

Le maître reste tenu de payer le prix intégral convenu pour l'ouvrage.

Etant donné que la prestation du maître est pécuniaire, la distinction entre la théorie de l'échange et celle de la différence, tirée de l'art. 107 al. 2 CO, n'a pas d'importance. Dans le premier cas, le maître reste tenu de payer le prix à la masse mais il peut le compenser avec sa propre créance en dommages-intérêts positifs (Gauch/Schluép/Schmid/Rey, nos 3062 s.). Dans le deuxième, il réclame le montant des dommages-intérêts diminués du prix (BK-Koller, no 384 s. ad art. 366; FF 1994 I 1306). Il recevra dans les deux cas un dividende sur le solde de sa créance. L'application de l'une ou l'autre de ces théories a en revanche des conséquences importantes lorsque le créancier du failli doit exécuter une prestation en nature, car alors la compensation n'est plus autorisée. Actuellement, le système de la différence rencontre la faveur de la doctrine et de la jurisprudence (Gauch/Schluép/Schmid/Rey, no 3072; Engel, p. 733; BK-Koller, no 385 s. ad art. 366 et références citées).

Le maître peut en outre compenser sa dette en paiement du prix avec sa propre créance en dommages-intérêts contre l'entrepreneur (art. 213 al. 1 LP), fondée par exemple sur les défauts de l'ouvrage (sur cette question, voir encore infra, section III). Il a également la possibilité de retenir la garantie usuelle de 5% à 20 % du prix pendant la période convenue. Il faut aussi examiner si le maître possède une créance en dommages-intérêts pour les préjudices causés par le retard de l'exécution, en application de l'art. 103 CO. Cette disposition suppose que le débiteur (l'entrepreneur en faillite) est en demeure. Or la faillite ne signifie pas encore que le débiteur ne s'exécutera pas dans les délais. En effet, l'administration de la faillite peut choisir de continuer l'exécution ou céder le contrat à un tiers, avec l'accord du maître. En outre, l'époque fixée pour l'exécution n'est pas forcément passée. Si le terme convenu pour la livraison de l'ouvrage n'est pas encore échu, le maître n'est pas en mesure de se plaindre d'un retard. La question précitée n'a donc d'intérêt que lorsque la faillite survient après le délai fixé pour la livraison ou lorsque les parties ont convenu un programme des travaux impératif (SIA 118- 21 al. 3 et 93; DC 1997/4 no 314) et qu'un délai intermédiaire n'est pas respecté (Tercier, Droit privé de la construction, no 782). Conformément à l'art. 103 CO, l'entrepreneur en demeure peut se libérer de sa responsabilité s'il prouve l'absence de toute faute de sa part (ATF 64 II 268 s.; Engel, p. 691). Cependant, la faillite ne constitue pas une impossibilité non fautive d'exécution, car elle découle de l'insolvabilité, qui n'est pas en soi une cause de libération (Taillens, p. 149; Engel, p. 707; ATF 60 II 337 (f.)).

Il faut encore souligner que si le maître ne produit pas sa créance dans la faillite, il reste créancier du failli et il lui sera loisible de réclamer l'exécution après la clôture, pour autant que la prescription ne soit pas acquise et que le débiteur ne soit pas une société radiée au registre du commerce. Toutefois, sa créance sera sujette aux mêmes limitations que les actes de défaut de biens et il ne pourra poursuivre le failli que si ce dernier est revenu à meilleure fortune. Dans cette hypothèse, le maître est légitimé à retenir sa contre-prestation et à refuser le paiement à la masse tant au motif que sa créance n'est pas exigible (puisqu'elle ne le devient qu'à la livraison de l'ouvrage) qu'en application de l'art. 82 CO (voir ATF 123 III 16, 19 et Dallèves, p. 6).

2° *La résiliation du contrat et ses conséquences sur les droits du maître*

La faillite de l'entrepreneur, tout comme celle du maître d'ailleurs, ne constitue pas une cause spéciale de résiliation du contrat d'entreprise. Il faut donc recourir aux dispositions

générales. Le maître dispose de deux moyens pour mettre fin au contrat, à savoir l'art. 83 CO et l'art. 366 al. 1 CO combiné avec les art. 107 à 109 CO.

i. La résiliation selon l'art. 83 CO

Les droits du maître sont mis en péril lorsque l'insolvabilité de l'entrepreneur et sa faillite surviennent avant la fin des travaux. Il peut, dans un tel cas, demander la fourniture de sûretés à l'entrepreneur non encore en faillite ou à la masse dès que la faillite a été prononcée, sur la base de l'art. 83 CO, qui pose une exception d'insolvabilité. Cette disposition s'applique à tous les cas d'insolvabilité, dont la faillite n'est qu'un exemple (ATF 105 II 28, JT 1979 I 314 trad.). Elle n'exige pas que le débiteur soit en demeure ni que la prestation du créancier soit exigible (ATF 105 II 28, 31, JT 1979 I 314 trad.; Taillens, p. 80 ss; Schraner, no 2 et 21 ad art. 83). Conformément à cette disposition, le maître est en droit de refuser de payer les éventuels acomptes échus ainsi que d'exécuter sa prestation jusqu'à ce qu'il reçoive une garantie suffisante que les travaux seront terminés (voir Gauch/Schluep/Schmid/Rey, no 2249; Engel, p. 658 ss). En cas de refus ou de non paiement des sûretés dans un délai approprié fixé par le maître, celui-ci est admis à se départir du contrat. Cependant, il ne peut pas demander des dommages-intérêts à l'entrepreneur insolvable ou failli, mais uniquement le remboursement de ce qu'il a déjà payé, soit à titre d'enrichissement illégitime (ATF 64 II 264, 268 s.) soit sur la base du contrat (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, nos 1571 ss; Schraner, no 49 ad art. 83 CO; ATF 114 II 152, 158, JT 1988 I 523, 528 trad.). Toutefois, sa prétention en remboursement des acomptes déjà payés sera colloquée en dernière classe et payée au moyen d'un dividende (Guldener, p. 67). La masse de l'entrepreneur en faillite pourra reprendre la partie de l'ouvrage déjà effectuée ou réclamer sa contre-valeur (Schraner, no 51 ad art. 83 CO).

Il existe des controverses sur les rapports entre l'art. 211 al. 2 LP et l'art. 83 LP (voir le message FF 1994 I 1304, BK-Weber, no 34 ad art. 83 CO et Kren, p. 99). Certains invoquent aussi le choix du maître de résilier conformément aux art. 83 ou 107 ss CO avant la décision de l'administration de continuer ou non l'exécution ne lierait pas l'administration (Amonn/Gasser, no 35 ad § 42). A nos yeux, l'administration, qui n'est pas une entité juridique indépendante du failli, est belle et bien liée par ce choix. L'art. 211 al. 2 LP est une exception à la forme d'exécution prévue à l' al. 1 mais ne permet pas de modifier le droit matériel quant au sort même du contrat. La déclaration d'exécution de l'administration de la faillite ne fait pas naître une nouvelle obligation à charge du maître; elle signifie seulement que l'administration exécutera le lien contractuel conclu avant la faillite (Taillens, p. 97 ss). Si ce rapport a pris fin à bon droit, par exemple mais pas exclusivement en application de l'art. 83 CO, il ne peut plus être exécuté.

ii. La résiliation selon les art. 366 al. 1 CO et 107 à 109 CO

On a déjà dit que lorsque l'entrepreneur tombe en faillite avant l'achèvement de l'ouvrage, il n'en découle pas automatiquement que les travaux ne seront pas exécutés. Le maître ne peut donc pas encore recourir aux dispositions sur la demeure du débiteur des art. 107 à 109 CO. Ces dispositions ne sont applicables que si la demeure et l'exigibilité résultent d'un autre motif que l'ouverture de la faillite (Guldener, p. 67, qui souligne qu'autrement, l'art. 83 CO n'aurait plus de raison d'être; Taillens, p. 78 s. Cet auteur est d'avis toutefois que la faillite fait courir un risque d'inexécution, laquelle est très probable. Il préconise donc d'appliquer les art. 107 ss CO par analogie (p. 165)).

Il convient donc plutôt de recourir à l'art. 366 al. 1 CO, qui consacre un droit de mise en demeure anticipée et permet au maître de résilier le contrat si le retard dû à la

faillite est tel que l'entrepreneur ne pourra plus achever l'ouvrage dans les délais fixés (BK-Koller, no 3 ss ad art. 366; Gauch, no 668 ss). Cette disposition est un cas d'application des art. 107 à 109 CO (ATF 115 II 50). Elle exige donc que le maître fixe un délai d'exécution à l'entrepreneur failli et à l'administration (Taillens, p. 77), sauf si ceux-ci ont déjà clairement manifesté qu'ils n'exécuteraient pas (art. 108 ch. 1 CO). Le maître pourra se départir du contrat à l'expiration de ce délai, s'il en fait la déclaration immédiate. La résolution entraîne la caducité du contrat; les parties doivent se restituer réciproquement les prestations totales ou partielles déjà effectuées ou leur contre-valeur (ATF 123 III 16, 22). Le maître perd son droit à recevoir l'ouvrage et doit restituer les parties de l'ouvrage déjà effectuées. L'entrepreneur, et partant la masse, n'est pas en droit de prétendre au paiement des frais déjà engagés, sauf convention contraire (ATF 115 II 50 (f), JT 1989 I 350 rés.). Le maître peut refuser le paiement (Gauch, no 684) et répéter ce qu'il a déjà payé mais il ne recevra que le dividende afférent à sa créance. S'il est en faute, l'entrepreneur doit en outre payer des dommages-intérêts négatifs au maître (art. 109 al. 2 CO; BK-Koller, no 389 ad art. 366). Ils couvrent la perte effective (frais de conclusion du contrat, frais en vue de l'exécution) et le gain manqué.

Si l'entrepreneur a déjà commencé les travaux, le maître est toutefois libre de résilier le contrat *ex nunc*, moyennant le paiement des travaux déjà exécutés, et de réclamer la partie de l'ouvrage déjà réalisée. L'entrepreneur est alors libéré de l'obligation de terminer l'ouvrage et le maître de celle de payer le prix pour la partie non encore exécutée (ATF 116 II 450, 452, JT 1991 I 182 trad.; Gauch, no 685). Dans un tel cas, la remise de la partie livrée a les mêmes effets que la livraison de l'ouvrage achevé et fait partir les délais des droits en garantie des défauts (selon l'art. 368 CO ou la norme SIA-118).

Si l'administration renonce à l'exécution, le failli recouvre son droit d'exécution personnelle (sur ses biens libres) dès la renonciation de l'administration et avant même la fin de la procédure de faillite (Gilliéron, p. 306; Dallèves, p. 6; Taillens, p. 110).

c. *L'administration de la faillite continue l'exécution en nature du contrat*

L'administration de la faillite est libre (mais n'est pas obligée) d'exécuter le contrat en nature. Elle remplace alors le débiteur dans ses droits et obligations. Les conséquences pour les parties sont les suivantes:

- 1° En premier lieu, *le maître n'a pas le droit de refuser l'exécution du contrat* par la masse, même si celle-ci recourt à des auxiliaires sous-traitants.

Ce principe souffre deux exceptions:

Premièrement, si les parties ont exclu le droit d'exécution de la masse dans leur contrat, cette réglementation est opposable à l'administration de la faillite (Schwob, no 13 ad art. 211; Zobl, p. 534 ss; Taillens, p. 60; FF 1994 I 1307; contra: Meier, p. 123 ss).

Deuxièmement, la masse en faillite ne peut pas entrer dans le contrat d'entreprise lorsqu'il a été conclu en considération des aptitudes personnelles de l'entrepreneur, qu'il soit une personne physique ou morale (art. 68 CO; art. 379 al. 1 CO; Gauch, no 760 et 761). Gauch pose toutefois une réserve à cette règle lorsque l'ouvrage a été partiellement exécuté et qu'il est utilisable; dans un tel cas, la masse doit être autorisée à entrer dans le contrat à la place du débiteur et à exiger le paiement du prix, par analogie avec l'art. 379 al. 2 CO.

Lorsque le maître a un intérêt à l'exécution personnelle par le failli, il a donc la possibilité de s'opposer à l'exécution en nature par la masse, mais le contrat ne prend pas fin de ce fait. Les

règles générales sur l'inexécution s'appliquent. L'obligation (en nature) non exécutée de l'entrepreneur se transforme en une somme d'argent.

- 2° Lorsque la masse continue l'exécution du contrat, *le maître peut exiger des sûretés*, conformément à l'art. 211 al. 2 LP. La demande de sûretés est une sommation dont l'exécution ne saurait être obtenue par voie de contrainte ou d'action. Tant qu'elle reste sans effet, elle confère à son auteur le droit de retenir sa prestation (le paiement du prix de l'ouvrage) et le droit de se départir du contrat selon l'art. 83 al. 2 CO, avec les conséquences déjà mentionnées.

Il faut noter qu'en pratique, lorsque l'administration de la faillite continue l'exécution, elle passe parfois un accord avec le maître aux termes duquel celui-ci renonce précisément aux sûretés.

- 3° Le maître devient *créancier de la masse* pour la prestation qui lui est due. L'obligation assumée par la masse en lieu et place du failli devient dette de la masse. Celle-ci est payée intégralement sur le produit brut de la vente des biens, avant la distribution des deniers aux créanciers (Gilliéron, p. 300; ATF 110 III 84, 86 (f), JT 1987 II 31 rés.). Si la masse n'exécute pas ou mal ses obligations, elle devra des dommages-intérêts complets au maître (Gilliéron, p. 306), y compris pour la garantie des défauts.

- 4° Le maître reste lié par le contrat d'entreprise qu'il a passé précédemment avec le failli et qui ne devient pas caduc par l'ouverture de la faillite (ATF 110 III 84, 85 (f), JT 1987 II 31 rés.). Il doit donc exécuter son obligation, c'est-à-dire *payer le prix de l'ouvrage* à la masse. Deux questions se posent à ce sujet, qui ont trait au moment de l'exigibilité et à la compensation.

En pratique, il arrive que l'administration de la faillite fixe la valeur des travaux effectués au moment de l'ouverture de la faillite et réclame le montant correspondant au maître, selon l'art. 243 al. 1 LP qui prévoit que "*l'administration encaisse les créances liquides de la masse, au besoin par voie de poursuite.*" Cependant, étant donné que le contrat d'entreprise ne prend pas fin à l'ouverture de la faillite, la question se pose de savoir si l'administration est réellement en droit de réclamer le paiement du prix pour les travaux effectués jusque là. Conformément à l'art. 372 CO, le prix est exigible au moment de la livraison de l'ouvrage et pas avant. L'art. 208 al. 1 LP ne modifie pas cette situation puisqu'il vise les dettes du failli et pas ses créances. Il s'ensuit que l'entrepreneur et donc la masse en cas de faillite de celui-ci ne sont pas admis à exiger le paiement avant la remise de l'ouvrage achevé et réalisé conformément au contrat (ATF 89 II 232, JT 1964 I 245 trad.). Si des livraisons et des paiements partiels ont été convenus, le prix afférent à chaque partie de l'ouvrage est payable au moment de la livraison de cette partie (art. 372 al. 2 CO). Si le contrat prévoit un système d'acomptes qui doivent être versés suivant le degré d'avancement des travaux, l'exigibilité du prix est avancée dans cette mesure (ATF 89 II 232, 236, JT 1964 I 245 trad.). Il en découle que lorsque les parties ont convenu d'un système d'acomptes, ceux qui sont échus au moment de l'ouverture de la faillite sont exigibles. Dans le cas contraire, le paiement n'est pas dû tant que l'ouvrage n'est pas achevé et remis au maître.

En ce qui concerne la compensation, il faut admettre que le maître peut compenser sa dette (le paiement du prix) avec son éventuelle créance contre le failli pour une mauvaise exécution ou pour les éventuels dommages causés par la demeure du failli. En effet, lorsque l'administration reprend l'exécution, il n'y a pas de substitution de parties; le sujet de l'obligation reste l'entrepreneur débiteur, bien que sa capacité de disposer soit entravée (Zobl, p. 537). L'identité de parties, qui est une condition de la compensation selon l'art. 120 CO, est remplie. En outre, la compensation est possible même si la créance en dommages-intérêts du maître devient exigible après l'ouverture de la faillite, pour autant que la cause juridique de l'obligation soit antérieure à celle-ci (ATF 107 III 139, JT 1983 II 75 trad.; Message, p. 145

s.). C'est précisément le cas lorsque l'administration de la faillite exécute un contrat d'entreprise conclu par le failli avant l'ouverture de la faillite.

d. *La cession au maître des droits éventuels de l'entrepreneur contre le sous-traitant*

Il arrive que le maître fasse valoir contre l'entrepreneur principal, insolvable, une créance en dommages-intérêts pour le dommage résultant de la mauvaise exécution par le sous-traitant. Etant donné qu'il n'existe pas de relations contractuelles entre le sous-traitant et le maître, ce dernier doit agir contre l'entrepreneur principal. Celui-ci répond en effet à l'égard du maître de l'exécution des travaux par les sous-traitants, lesquels sont ses auxiliaires (ATF 116 II 305, JT 1991 I 173 trad.). Le maître devra produire sa créance dans la faillite, qui sera colloquée en dernière classe.

Le maître peut toutefois se faire céder les droits de la masse contre le sous-traitant (art. 260 al. 1 LP; ATF 113 III 135 (f), JT 1990 II 90 rés.), c'est-à-dire la créance en dommages-intérêts qu'a l'entrepreneur principal contre le sous-traitant, pour agir ensuite directement contre ce dernier. Il se satisfera ainsi, avant tous les autres créanciers du failli, sur le résultat éventuel du procès à concurrence de l'entier de sa propre créance contre le failli. Cette cession est donc assortie d'un droit de préférence (ATF 113 III 135, 137 (f), JT 1990 II 90 rés.). Elle est une institution *sui generis* du droit des poursuites et du droit procédural qui ressemble à la cession selon les art. 164 ss CO et au mandat selon les art. 394 ss CO (ATF 113 III 135, 137 (f), JT 1990 II 90 rés.).

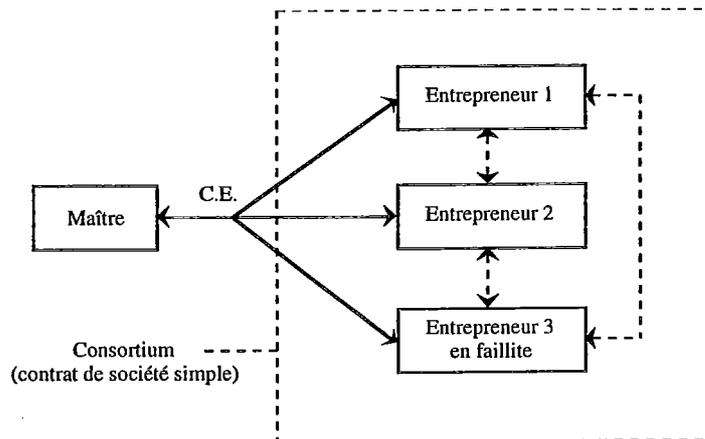
La cession suppose que le créancier l'exige; l'administration jouit à cet égard d'un certain pouvoir d'examen. La cession n'est possible que si la masse a renoncé à agir elle-même (ATF 118 III 57 (f), JT 1994 II 56 rés.). Elle est subordonnée au consentement de la majorité des créanciers. En outre, les autres créanciers ont aussi la capacité de requérir la cession: le maître risque donc de mener une procédure contre le sous-traitant en consorité avec d'autres (Chaix, p. 150).

2. Les effets de la faillite de l'entrepreneur principal sur les rapports entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage

La faillite de l'entrepreneur principal a des effets sur ses obligations contractuelles envers le sous-traitant. Il se trouve alors vis-à-vis de ce dernier dans la situation du maître de l'ouvrage envers l'entrepreneur principal, cas qui sera traité à la lettre B ci-dessous. Il s'agit ici d'examiner les droits du sous-traitant envers le maître en cas de faillite de l'entrepreneur principal. La prétention du sous-traitant au paiement du prix des travaux qu'il a effectués est mise en péril lors de l'ouverture de la faillite de l'entrepreneur principal. En outre, puisqu'il n'est pas lié contractuellement avec le maître, il n'est pas admis à rechercher ce dernier pour le paiement de sa créance. Cependant, il a le droit de requérir une hypothèque légale sur le fonds du maître (voir infra, B.1). Le maître n'échappera à cette inscription qu'en payant le sous-traitant ou en lui fournissant des sûretés, et ceci même s'il a déjà payé l'entrepreneur principal pour les travaux du sous-traitant (Sajonz, p. 194 ss). Le maître peut se protéger en s'octroyant dans le contrat le droit de payer le sous-traitant directement avec effet libératoire dans ses relations avec l'entrepreneur principal (Tercier, contrats spéciaux, no 3377).

3. Le cas particulier du consortium

L'hypothèse envisagée ici est celle où l'entrepreneur insolvable est membre d'un consortium qui revêt la forme d'une société simple. Sauf convention contraire, celle-ci est dissoute par l'exécution forcée sur la part d'un associé, qu'elle soit le fait de créanciers tiers ou de ses coassociés. Il convient de distinguer les effets de cette dissolution sur les relations entre les associés eux-mêmes (en traitillé sur le schéma) ainsi que sur leurs rapports (solidaires) avec le maître de l'ouvrage.



Il faut en outre différencier les droits des créanciers sociaux, qui sont en mesure d'agir contre chaque associé séparément et pour le tout, et ceux des créanciers personnels des associés, qui ne peuvent saisir que la part de liquidation.

a. Les effets de la faillite d'un associé sur les autres membres du consortium

Chaque membre associé a droit à une part aux biens sociaux, qui fait partie de sa fortune personnelle. Ses créanciers ont la capacité d'en demander la saisie. Si l'associé tombe en faillite, son droit à une part de liquidation entre dans la masse en faillite.

Conformément à l'art. 545 al. 1 ch. 3 CO, et sauf disposition contraire du contrat, la faillite de l'un des associés met fin au contrat de société simple. En réalité la société est dissoute, c'est-à-dire qu'elle se transforme en une entité nouvelle dont le but est de régler le sort des droits et des obligations, et doit être liquidée. Le contrat de société simple ne prend fin que lorsque la liquidation est terminée et pas avant (ATF 105 II 204, 207, JT 1980 I 73 trad.).

Le CO et la LP régissent la procédure de liquidation. Il convient dans un premier temps d'établir un décompte sur la base des travaux effectués avant la faillite et selon l'ordre suivant (Tercier, contrats spéciaux, nos 5771 ss):

- 1) réalisation de l'actif social;
- 2) paiement des dettes sociales;
- 3) remboursement des dépenses et avances faites par chacun des associés;
- 4) restitution des apports;
- 5) répartition des bénéfices ou des pertes.

Ce décompte peut être établi selon les cas par l'associé qui s'occupe des comptes du consortium ou par une fiduciaire. La part de liquidation qui revient au failli tombe dans la masse active. Toutefois, il est rare en pratique que les créanciers reçoivent cette part. En

effet, les associés du failli peuvent compenser le paiement de cette part avec leurs propres créances contre le failli en dommages-intérêts découlant de leurs rapports internes, voire procéder à une retenue pour garantir d'éventuelles obligations découlant des règles sur la garantie des défauts. S'ils ont contre lui une créance excédant la part de liquidation, ils devront la produire dans la faillite. Il en va de même si le bilan dressé présente un solde passif qui est partagé entre les associés. Il faut noter encore que lorsque le contrat ne contient pas de règles sur la répartition des bénéfiques et la réalisation des actifs, il sera procédé à une répartition par tête (art. 533 al. 1 CO).

La liquidation peut se faire par accord ou pourparlers entre les intéressés (ATF 114 III 102 (f), JT 1991 II 26 rés.; ATF 78 III 167, JT 1953 II 51 trad.). A défaut d'entente, l'administration de la faillite procédera elle-même à la liquidation, en appliquant, directement ou par analogie, l'Ordonnance du Tribunal fédéral concernant la saisie et la réalisation de parts de communauté du 17 janvier 1923.

Le contrat prévoit parfois qu'en cas de faillite de l'un des associés, celui-ci sort du consortium, qui continue d'exister, ou que les droits et obligations d'un associé seront repris par un autre associé (voir ATF 116 II 49, JT 1992 I 66 trad.). Dans un tel cas, les associés restants ont le droit et le devoir de continuer le consortium. La masse en faillite peut alors convenir avec les autres associés que la part du failli lui sera payée et que les associés restants poursuivront la société simple (Staehelin, no 15 ad art. 545/546).

b. Les effets de la faillite d'un associé sur le maître

Que le consortium soit dissout par la faillite en application de l'art. 545 al. 1 ch. 3 CO ou que l'associé failli sorte simplement de la société simple, le contrat d'entreprise conclu avec le maître subsiste. En effet, la dissolution de la société simple ne modifie pas les engagements contractés envers les tiers (art. 551 CO).

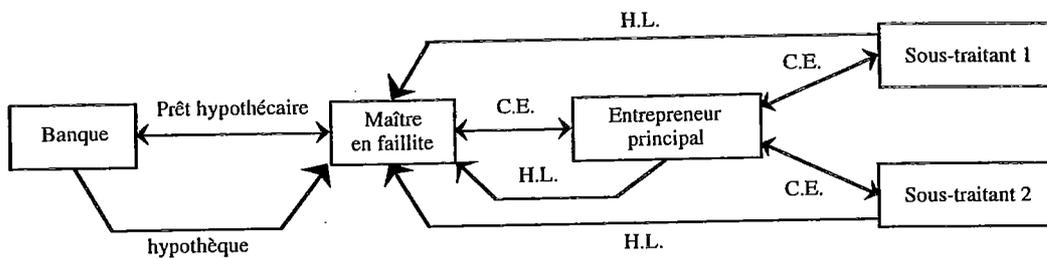
Les associés restants sont personnellement et solidairement tenus des engagements contractés (art. 544 al. 3 CO). Ils répondent tous de la bonne exécution de l'ouvrage (Stoffel, p. 48 s.) Il leur incombe donc d'exécuter le contrat d'entreprise conclu avec le maître et de terminer les travaux, à leurs frais. Le maître pourra exiger l'exécution intégrale de tous les associés, ou à son choix, de l'un d'eux (art. 144 CO).

La question se pose de savoir si le maître est tenu de payer le prix de l'ouvrage ou de la partie de l'ouvrage exécutée par l'associé failli à la masse ou s'il est libre d'effectuer ce paiement en mains des autres associés qui auraient des prétentions contre le failli selon les règles internes du consortium. La réponse dépend des circonstances du cas. Si le failli est l'associé gérant, qui a pour tâche de recevoir les paiements pour les distribuer ensuite aux autres associés selon les règles internes du consortium, le maître devra en général payer à la masse et non pas aux associés restants directement. Dans le cas contraire, ceux-ci bénéficieraient en effet d'un avantage indu par rapport aux autres créanciers du failli.

B. LA FAILLITE DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE

Le cas envisagé ici est celui où le maître de l'ouvrage, soumis à la poursuite par voie de faillite, devient insolvable après la conclusion du contrat d'entreprise. La faillite du maître aura des effets sur les entrepreneurs et le créancier hypothécaire. Il faut assimiler à ce cas

celui de l'entrepreneur principal dans ses relations envers les sous-traitants.



1. Les effets de la faillite du maître sur l'entrepreneur

Sauf convention contraire, la faillite du maître ne met pas fin automatiquement au contrat d'entreprise. Son obligation demeure de payer le prix et sa dette devient exigible à l'ouverture de la faillite (art. 208 LP).

Il s'ensuit que l'entrepreneur pourra produire sa créance en paiement du prix convenu dans la faillite. Qu'en est-il toutefois de son obligation de terminer les travaux? Puisque le contrat est maintenu, l'entrepreneur reste tenu d'exécuter sa prestation et n'a pas le droit de résilier le contrat. Cependant il bénéficie de la protection de l'art. 83 al. 1 CO et peut se refuser à exécuter jusqu'à ce qu'il ait obtenu des sûretés. Si cette garantie n'est pas fournie, il a le droit de se départir du contrat (ATF 64 II 264). S'il n'a pas encore commencé le travail, il sort de l'affaire sans devoir exécuter sa prestation. S'il a partiellement exécuté le contrat, il peut produire dans la faillite une créance correspondant à la contre-valeur de la prestation fournie mais n'a pas droit à la réparation de l'intérêt positif au contrat. L'entrepreneur sera payé en monnaie de faillite et ne touchera le plus souvent qu'un dividende et un acte de défaut de biens pour le montant non couvert.

Selon l'avancement des travaux et les acomptes déjà payés, l'entrepreneur aura avantage à ne pas se départir du contrat selon l'art. 83 CO mais à faire valoir dans la faillite du maître une créance en dommages-intérêts positifs calculée selon la théorie de la différence (voir supra, II. A. b.). Le montant de sa production correspondra alors à son intérêt à l'exécution positive diminué de la valeur des travaux qu'il reste à effectuer.

Il est aussi concevable que l'administration de la faillite entre dans le contrat selon l'art. 211 al. 2 LP et exécute en espèces les obligations du maître; elle payera alors le prix intégral en priorité sur les biens de la masse, à l'achèvement des travaux. Cette solution présente un intérêt par exemple si le maître a déjà versé des acomptes et que les travaux sont pratiquement terminés. L'entrepreneur ne peut pas s'opposer à cette exécution mais il lui est loisible de requérir des sûretés selon l'art. 211 al. 2 LP. Si l'administration tarde à se prononcer sur l'exécution, l'entrepreneur a la possibilité de lui fixer un délai en appliquant l'art. 107 CO par analogie.

En outre, conformément aux art. 839 ss CC, l'entrepreneur peut se prémunir contre les conséquences de l'insolvabilité du maître au moyen de l'inscription d'une hypothèque légale.

On rappellera que ce droit n'appartient qu'aux entrepreneurs dont les prestations se matérialisent dans la construction et non pas aux architectes et ingénieurs, même si leur travail fait l'objet d'un contrat d'entreprise (ATF 119 II 426; Steinauer, no 2864 ss). L'inscription de l'hypothèque légale doit être inscrite au plus tard dans les trois mois qui suivent l'achèvement des travaux et même

après l'ouverture de la faillite (art. 839 al. 2 CC; ATF 95 II 31, 36 (f)). Elle confère un privilège aux artisans et entrepreneurs lors de la réalisation forcée, en ce sens que s'ils subissent une perte lors de la réalisation de leurs gages, ils ont une créance contre les créanciers de rang antérieur (par exemple la banque créancière hypothécaire) qui tend au paiement de la plus-value apportée à l'immeuble par les travaux et peuvent faire suspendre la distribution de la part de collocation litigieuse (art. 117 al. 1 ORFI). Cette plus-value est constituée par la différence entre le produit de la réalisation et la valeur du sol et non par les coûts de construction (Steinauer, no 2915). Les créanciers gagistes ordinaires de rang antérieur les indemnisent sur leur propre part de collocation, déduction faite de la valeur du sol, dans la mesure où ces créanciers pouvaient reconnaître que la constitution de leurs gages porterait préjudice aux artisans et entrepreneurs (art. 841 al. 1 CC; Steinauer, nos 2860 ss). Selon le Tribunal fédéral, le devoir de diligence de la banque créancière gagiste est accru lorsque le crédit de construction est insuffisant (ATF 115 II 136, JT 1989 I 629 trad.).

Ce droit appartient également au sous-traitant, bien qu'il n'ait aucune relation contractuelle envers le maître, pour garantir sa créance contre l'entrepreneur général ou principal, et ceci même si le maître s'est déjà acquitté de sa dette envers l'entrepreneur à qui il a confié les travaux (Steinauer, no 2869). Le propriétaire court dans un tel cas le risque de devoir payer deux fois pour éviter que son immeuble ne soit réalisé.

Il ne faut toutefois pas surestimer la portée de cette garantie. En effet, depuis plusieurs années, le produit de réalisation diminue et ne suffit pas à désintéresser les créanciers gagistes et les bénéficiaires d'hypothèques légales. Or ceux-ci ne peuvent faire valoir le privilège qui leur est accordé par l'art. 841 CC qu'à des conditions restrictives. Ils doivent prouver qu'ils ont subi une perte lors de la réalisation et qu'elle a sa cause dans la constitution d'un droit de gage de rang antérieur qui grève l'immeuble d'une charge supérieure à la valeur du sol avant les travaux. Il faut en outre que le propriétaire ait utilisé le crédit de construction autrement que pour financer les travaux à l'origine de la plus-value de l'immeuble, d'une manière qui lèse les artisans et entrepreneurs, ou sans respecter le principe de l'égalité de traitement des créanciers de construction (Steinauer, no 2906 ss). Ils doivent aussi démontrer que leur préjudice était reconnaissable par la banque créancière gagiste au moment de la constitution de son gage (ATF 112 II 493; JT 1988 I 152, JT 1989 II 95 rés.) ainsi que lors de l'utilisation du crédit. Ces conditions, notamment l'étendue du devoir de diligence de la banque, peuvent porter à controverse et entraîner un litige long et coûteux entre les bénéficiaires de l'hypothèque légale et la banque, dont l'issue est incertaine.

En outre, l'inscription n'est pas possible lorsque les travaux sont effectués sur un immeuble du patrimoine administratif qui sert à accomplir des tâches publiques (Steinauer, no 2874b; ATF 120 II 321, JT 1995 I 338 (trad.)). Dans un tel cas, le sous-traitant n'a aucune protection en cas de faillite de l'entrepreneur principal (ATF 116 Ib 367, JT 1991 I 382 rés.; voir toutefois DC 1995 p. 98 s., no 259, dans lequel le tribunal a ordonné à la collectivité publique de constituer des sûretés provisionnelles en faveur d'un sous-traitant menacé par l'insolvabilité de l'entrepreneur général).

2. Les effets de la faillite du maître sur le créancier hypothécaire

Les intérêts du créancier hypothécaire qui finance la construction sont compromis en cas de faillite du maître, qui ne sera plus en mesure de rembourser le crédit de construction. Il pourra dans un premier temps dénoncer le crédit selon les termes prévus dans le contrat et produira sa créance (en principal et intérêts) en remboursement dans la faillite.

Le créancier gagiste est certes protégé par la valeur de son gage, mais il arrive que celui-ci soit insuffisant pour le désintéresser complètement. En outre, selon l'ampleur du projet de

construction en cause, l'image de marque de la banque sera éventuellement affectée, de sorte qu'elle aura un intérêt à terminer les travaux sur l'immeuble objet de son gage.

Deux possibilités au moins s'offrent au créancier hypothécaire:

- 1° Tout d'abord, il a la capacité de racheter l'immeuble dans le cadre de la procédure de réalisation forcée et sera désintéressé avant tous les autres créanciers sur le produit de réalisation de l'immeuble (art. 219 al. 1 LP). Selon les cas, il continuera ensuite les travaux à ses frais, en concluant de nouveaux contrats, éventuellement avec les mêmes entrepreneurs que ceux qui ont participé au chantier (lesquels auront produit leurs créances découlant du contrat d'entreprise conclu avec le maître dans le faillite de ce dernier). Si les entrepreneurs et sous-traitants ont fait inscrire une hypothèque légale sur le fonds du maître, il appartiendra alors au créancier gagiste devenu propriétaire de liquider leurs prétentions conformément à l'art. 841 CC. On a vu à cet égard que la banque créancière gagiste doit faire preuve de diligence quant à l'octroi du crédit de construction si elle entend échapper au privilège accordé aux bénéficiaires d'hypothèques légales par cette disposition.
- 2° La deuxième possibilité offerte au créancier gagiste est de continuer les travaux pour le compte de l'administration de la faillite. Il conclut alors un contrat avec celle-ci et s'engage à financer les travaux à terminer, moyennant paiement de ses impenses en priorité sur le produit de réalisation. Les détails de l'aménagement de cette solution dépendront des circonstances du cas d'espèce.

III. LE CAS PARTICULIER DE L'ACTION EN GARANTIE DES DÉFAUTS

A. GÉNÉRALITÉS

Il convient d'examiner encore les effets de la faillite de l'entrepreneur sur l'action en garantie des défauts qui appartient au maître. Le régime de la garantie des défauts est censé connu (voir Tercier, *Droit privé de la construction*, nos 798 ss et *contrats spéciaux*, nos 3479 ss; Engel, p. 413; Gauch, nos 1438 ss; Zindel/Pulver, ad art. 368). Nous nous bornerons à rappeler ici quelques aspects pertinents pour l'objet de cette contribution.

La responsabilité selon les règles sur la garantie des défauts suppose que l'ouvrage est achevé et livré. Lorsque la date de la livraison est dépassée mais que l'ouvrage n'est pas terminé (demeure), le maître doit agir en exécution du contrat et éventuellement en réparation du préjudice, selon les règles générales régissant l'inexécution des obligations (art. 97 ss CO). L'art. 366 al. 2 CO prévoit toutefois la possibilité de ne pas attendre la réception de l'ouvrage pour exercer des droits anticipés contre l'entrepreneur.

Les droits à la garantie se périment par un délai de cinq ans, qui court du jour de la réception de l'ouvrage ou de chaque partie de l'ouvrage. A l'intérieur de ce délai, le maître doit encore procéder à l'avis des défauts, immédiatement selon le CO, dans un délai de deux ans selon la norme SIA (art. 172), sans quoi il perd ses droits. Lorsque ces conditions sont remplies, le maître a le choix entre plusieurs solutions alternatives:

- 1° Si le vice est grave, il peut se départir du contrat (action rédhibitoire) et exiger la restitution des acomptes versés. L'action rédhibitoire ne peut toutefois pas être intentée pour les ouvrages construits sur le fonds du maître, lorsque leur enlèvement représente des inconvénients excessifs (art. 368 al. 3 CO).
- 2° Il a le droit d'obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais, si la réfection est possible sans dépenses excessives (art. 368 al. 2 CO). A noter que dans le système de la norme SIA, l'entrepreneur a toujours le droit de tenter la réparation (SIA-118, art. 169).
- 3° Il lui est loisible de réclamer une réduction du prix en proportion de la moins-value.
- 4° En cas de faute de l'entrepreneur, le maître peut en outre lui réclamer des dommages-intérêts.

Lorsque les défauts de l'ouvrage ne sont pas suffisamment graves pour justifier l'action rédhibitoire (art. 368 al. 1 CO), le maître doit choisir entre la réduction du prix et la réparation (art. 368 al. 2 CO). Il est lié par son choix dès qu'il l'a communiqué à l'entrepreneur. C'est un droit formateur et la déclaration relative à son exercice, dans un sens ou dans l'autre, est irrévocable (ATF 107 III 106 (f), JT 1983 II 57 rés.). Si le maître choisit la réparation et que l'entrepreneur refuse de l'exécuter ou se révèle incapable de l'effectuer, le maître est libre de faire réparer l'ouvrage par un tiers et de réclamer des dommages-intérêts qui comportent notamment le remboursement de la facture du tiers auquel il a eu recours. Ce sont des intérêts compensatoires pour inexécution de l'obligation de faire incombant à l'entrepreneur (ATF 107 III 106, 108 (f), JT 1983 II 57 rés.).

La garantie pour les défauts peut être modifiée par convention entre l'entrepreneur et le maître.

Il convient maintenant d'examiner la portée de ces principes lorsque l'entrepreneur tombe en faillite. Il faut distinguer à cet égard selon que la faillite intervient avant ou après la livraison de l'ouvrage ainsi que selon le moment où le défaut est constaté.

B. LE SORT DE L'ACTION EN GARANTIE LORSQUE LA FAILLITE SURVIENT AVANT LA LIVRAISON DE L'OUVRAGE

L'action en garantie suppose que l'ouvrage a été livré. Dès lors, les actions de l'art. 368 CO ne sont pas ouvertes au maître lorsque la faillite survient avant la livraison de l'ouvrage. Deux possibilités s'offrent à lui dans un tel cas:

- 1° Dans l'hypothèse où l'administration de la faillite décide de continuer l'exécution du contrat, elle deviendra elle-même responsable des défauts dus à la mauvaise exécution des travaux. Elle devra des dommages-intérêts complets au maître (Gilliéron, p. 306). Le maître pourra en outre retenir une partie du prix à titre de garantie ou compenser sa dette en paiement du prix avec sa créance en dommages-intérêts, selon le choix qu'il aura opéré conformément à l'art. 368 CO.
- 2° Si la masse ne reprend pas l'exécution du contrat et qu'il est possible de prévoir que l'ouvrage sera défectueux, le maître peut exercer les droits anticipés à la garantie conformément à l'art. 366 al. 2 CO.

Selon cette disposition, s'il est possible de prévoir avec certitude pendant le cours des travaux que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté de façon défectueuse ou contrairement à la convention, le maître peut fixer à l'entrepreneur un délai pour parer à ces éventualités en l'avisant que s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiés à un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur.

Toutefois, en vertu de l'art. 211 al. 1 LP, le maître est uniquement en mesure de produire une créance en dommages-intérêts correspondant au montant de la réparation par un tiers. Il la compensera ensuite avec sa dette en paiement du prix.

A noter que la compensation est possible même si le défaut survient après l'ouverture de la faillite. Seul est déterminant le moment où la cause juridique de la créance est née, c'est-à-dire celui de la conclusion du contrat d'entreprise, et non pas celui où elle devient exigible. La compensation n'est exclue que lorsque la cause juridique repose sur des faits survenus après l'ouverture de la faillite (ATF 107 III 25, 28 (f), JT 1983 II 61 rés.; ATF 107 III 139, JT 1983 II 75 trad. et Koller, Nachbesserungsrecht, p. 250 ss). En outre, même si la créance pour les défauts n'est pas encore exigible, elle peut être compensée avec la créance en paiement du prix (art. 123 al. 1 CO).

Si la condition posée par l'art. 366 al. 2 CO n'est pas remplie, le maître sera néanmoins admis à produire dans la faillite une créance soumise à une condition suspensive pour les défauts éventuels qui surviendraient dans le délai de prescription, selon l'art. 210 LP, et à compenser cette créance avec sa dette en paiement du prix (voir Koller, Nachbesserungsrecht, p. 251). Il faut noter que si l'entrepreneur a fourni une garantie de bonne exécution sous la forme d'un cautionnement, le maître ne pourra agir contre la caution que lorsque la créance sera exigible, c'est-à-dire que le défaut se sera manifesté (art. 501 al. 1 CO). Il est cependant tenu de produire sa créance dans la faillite de l'entrepreneur et de faire tout ce qui peut être exigé de lui pour sauvegarder ses droits (art. 505 al. 2 CO; Tercier, contrats spéciaux, nos 5201 s.).

C. LE SORT DE L'ACTION EN GARANTIE DES DÉFAUTS LORSQUE LA FAILLITE SURVIENT APRÈS LA LIVRAISON DE L'OUVRAGE

Lorsque la faillite survient après la livraison de l'ouvrage, il convient de distinguer à nouveau plusieurs cas:

- 1° Si le défaut apparaît après le délai de prescription de cinq ans, ou si le maître, dans ce délai, n'effectue pas à temps l'avis des défauts, ses droits s'éteignent, que l'entrepreneur soit ou non en faillite.
- 2° Si en revanche les divers délais de prescription/péremption ne sont pas échus, le système est le suivant:

Le maître perd son droit à la réparation en nature contre le failli (art. 211 al. 1 LP). Sa réclamation se transforme en une créance monétaire de valeur équivalente aux coûts de réparation par un tiers (ou en réduction du prix proportionnellement à la moins-value, au choix du maître) qu'il doit produire dans la faillite de l'entrepreneur (ATF 107 III 106 (f), JT 1983 II 57 rés.). Il peut compenser cette créance avec sa propre dette en paiement du prix.

Il faut préciser qu'à ce stade, il ne saurait être question, pour l'administration de la faillite, d'entrer dans le contrat. En effet, en livrant l'ouvrage, l'entrepreneur a totalement exécuté sa prestation, même si la construction présente un défaut (Kolly, 80). L'art. 211 al. 2 LP n'est dès lors plus applicable. Le maître doit faire valoir ses droits contre la masse, mais bien que celle-ci exerce les droits du failli et assume ses obligations éventuelles, elle n'est pas son ayant cause (Gilliéron, p. 304; ATF 106 Ib 357, 366 (f), JT 1983 II 19 rés.). Il en découle que l'obligation de réparer les défauts de l'ouvrage ne devient pas une dette de la masse elle-même.

Une exception subsiste lorsque l'ouvrage est si défectueux qu'il est inutilisable, ou qu'il ne correspond pas du tout à ce qui était promis. Le maître a le droit alors de refuser la livraison et l'obligation principale de l'entrepreneur n'est pas éteinte. Dans ce cas, l'art. 211 al. 2 LP pourrait s'appliquer, avec les conséquences décrites plus haut (voir supra, II.A.1.c).

- 3° Un autre cas à envisager est celui où le défaut est causé par le sous-traitant de l'entrepreneur en faillite. Ici, et conformément à l'art. 211 al. 1 LP, le maître est seulement en mesure de produire une créance en dommages-intérêts dans la faillite de l'entrepreneur principal. Cependant, l'entrepreneur principal garde ses droits formateurs à la garantie contre le sous-traitant sur la base du contrat d'entreprise qui les lie. Il serait donc possible que la masse en faillite de l'entrepreneur principal cède au maître ses droits formateurs contre le sous-traitant, dans les limites autorisées par l'art. 170 al. 1 CO, permettant ainsi au premier d'agir en garantie directement contre le second.

Selon Chaix (p. 149, note 500), la masse ne pourrait céder que le droit de demander des dommages-intérêts équivalent à la réparation par un tiers, puisque l'art. 211 al. 1 LP transforme les obligations en nature en créances pécuniaires. Toutefois, l'art. 211 al. 1 LP ne vise que les dettes de l'entrepreneur failli, pas ses créances. Cette objection n'est donc pas valable s'agissant des droits de l'entrepreneur failli contre le sous-traitant.

Toutefois, pour le maître, cette cession n'a de sens que si le sous-traitant a déjà été payé par l'entrepreneur principal, sans quoi le cédé refusera de s'exécuter en invoquant l'art. 82 CO.

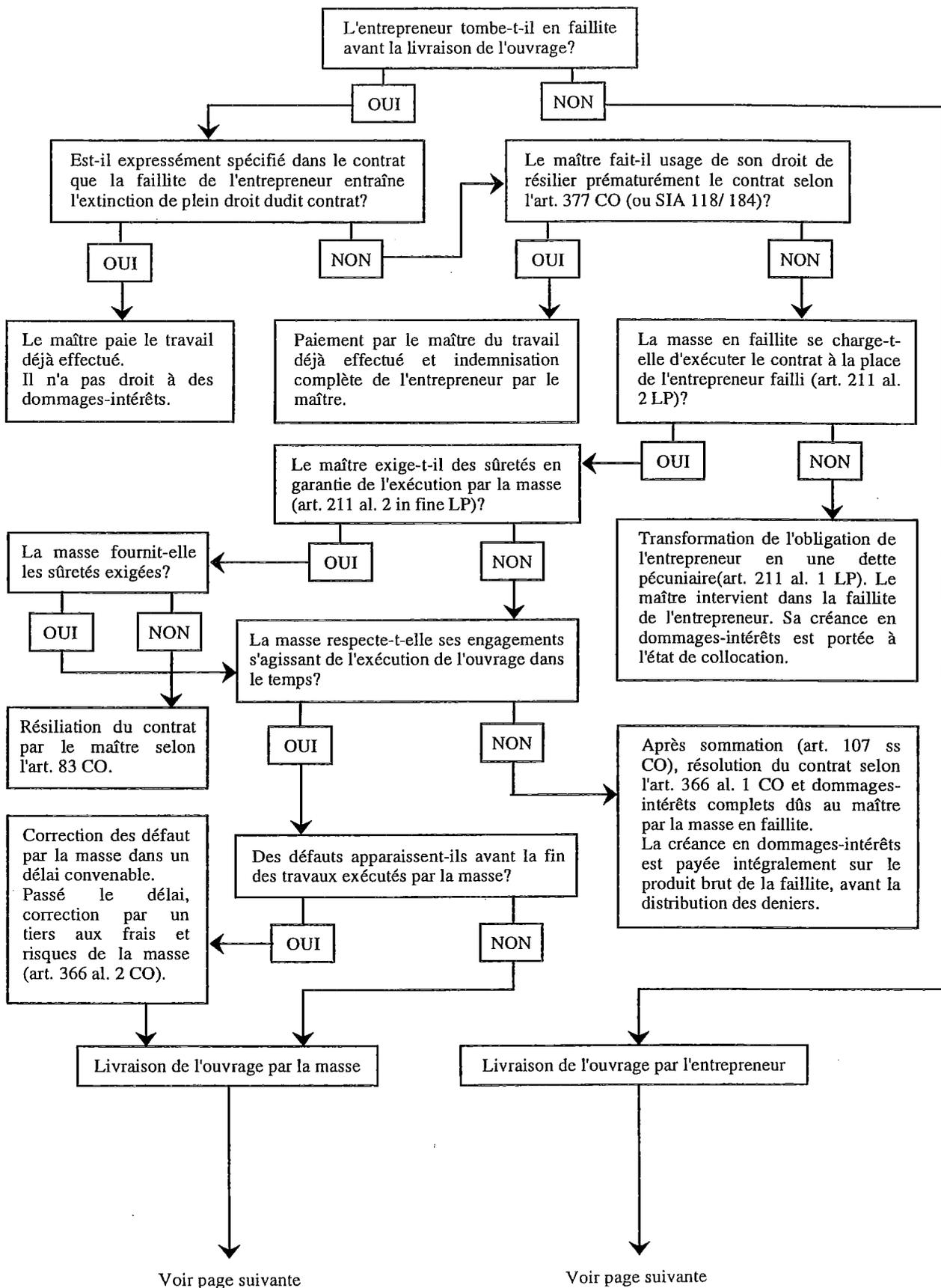
V. REMARQUES FINALES

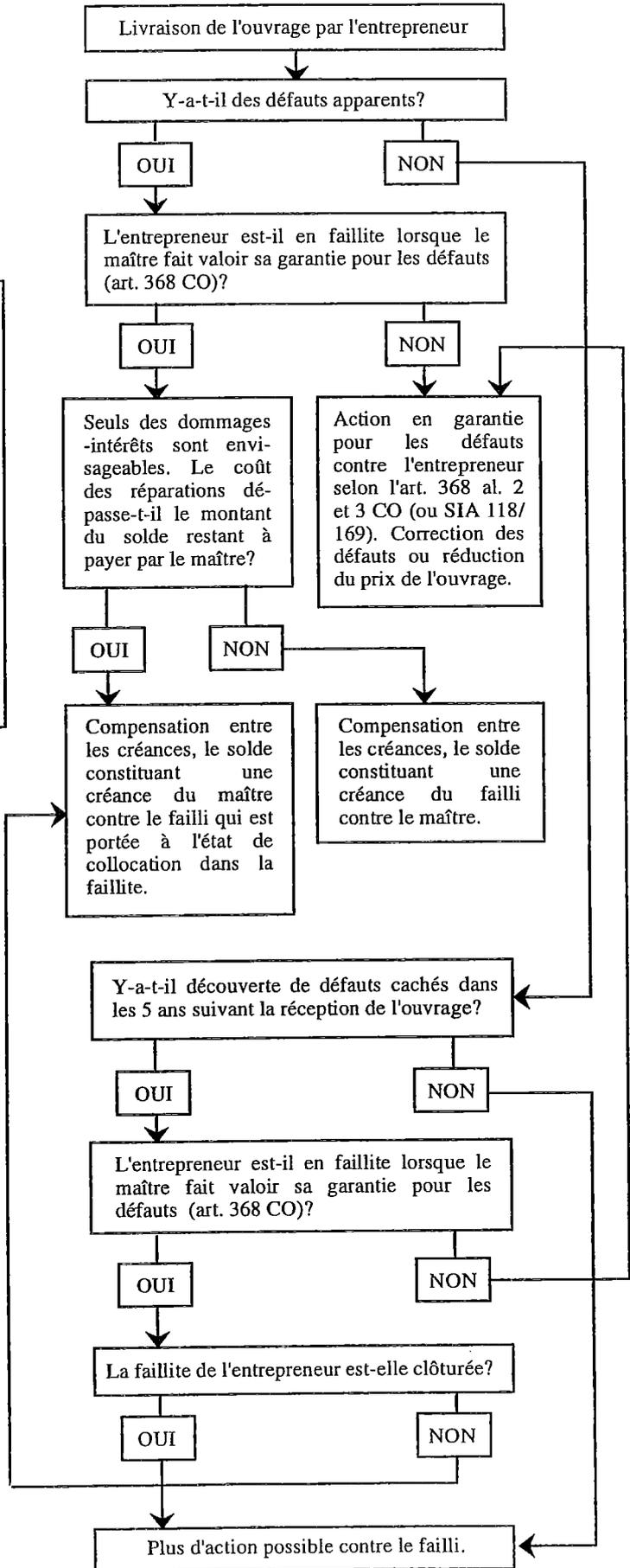
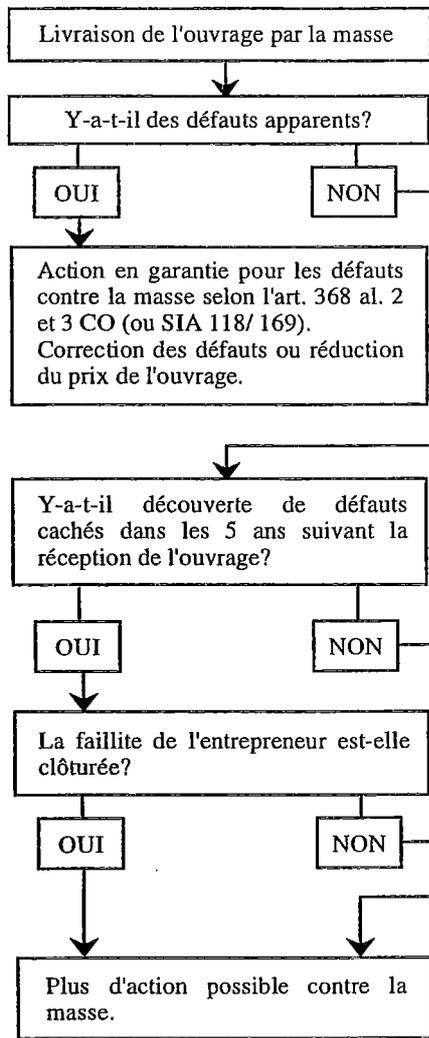
Au terme de cet aperçu juridique, le constat peu réjouissant s'impose que les acteurs à un projet de construction ne disposent pas de moyens infaillibles pour se prémunir contre les conséquences financières de la faillite de l'un d'entre eux. Il est toutefois possible d'aménager les relations contractuelles entre les parties de façon à tracer plus clairement leurs droits et obligations et à restreindre certains risques. Le maître peut par exemple se réserver le droit de payer directement le sous-traitant, ce qui lui assurerait une protection en cas de faillite de l'entrepreneur principal. Pour celui-ci, un système d'acomptes limiterait les risques en cas de faillite du maître.

On a vu aussi que l'ouverture de la faillite de l'une des parties à un contrat d'entreprise plonge l'autre dans des incertitudes quant à l'exécution du contrat et à ses droits, en raison du fait que l'administration de la faillite n'a pas à déclarer expressément dans un certain délai qu'elle entre dans le contrat. Pour clarifier la situation, il convient dès lors de provoquer une décision, en fixant au failli et à l'administration de la faillite un délai approprié pour s'exécuter, en application par analogie de l'art. 107 CO. A l'expiration de ce délai, le créancier pourra opter pour le maintien du contrat ou sa résiliation, selon ce qui lui est le plus favorable. Selon l'état de l'avancement des travaux, il se départira de préférence du contrat selon l'art. 83 CO.

Au surplus, les parties au projet de construction et l'administration de la faillite sont à même de façonner des solutions pragmatiques qui tiennent compte des circonstances du cas d'espèce. La variété des situations rencontrées empêche de dessiner un schéma uniforme de résolution. La LP et le droit des obligations tracent les contours du cadre légal à l'intérieur duquel les parties jouissent d'une liberté de manoeuvre importante, laquelle leur permet de tenir compte également des conséquences sociales de la faillite. Toutefois, le succès de leurs efforts dépendra dans une très large mesure de l'engagement de l'administration de la faillite et de la collaboration de tous les acteurs au projet de construction.

Déroulement de la procédure en cas de faillite de l'entrepreneur





Code des obligations (RS 220)

Extraits du titre deuxième: De l'effet des obligations Chapitre premier: De l'exécution des obligations

Art. 83

2. Résiliation unilatérale en cas d'insolvabilité

¹ Si dans un contrat bilatéral, les droits de l'une des parties sont mis en péril parce que l'autre est devenue insolvable, et notamment en cas de faillite ou de saisie infructueuse, la partie ainsi menacée peut se refuser à exécuter jusqu'à ce que l'exécution de l'obligation contractée à son profit ait été garantie.

² Elle peut se départir du contrat si cette garantie ne lui est pas fournie, à sa requête, dans un délai convenable.

Chapitre II. Des effets de l'inexécution des obligations

Art. 107

4. Droit de résiliation
5. Avec fixation d'un délai

¹ Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer ou lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter.

² Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de ce délai, le droit de la demander et d'actionner en dommages-intérêts pour cause de retard peut toujours être exercé; cependant, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat.

Art. 108

b. Résiliation immédiate

La fixation d'un délai n'est pas nécessaire:

1. Lorsqu'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet;
2. Lorsque, par suite de la demeure du débiteur, l'exécution de l'obligation est devenue sans utilité pour le créancier;
3. Lorsque aux termes du contrat l'exécution doit avoir lieu exactement à un terme fixe ou dans un délai déterminé.

Art. 109

c. Effets de la résiliation

¹ Le créancier qui se départ du contrat peut refuser la prestation promise et répéter ce qu'il a déjà payé.

² Il peut en outre demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat, si le débiteur ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Extraits du titre onzième: Du contrat d'entreprise

Art. 363

A. Définition

Le contrat d'entreprise est un contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer.

Art. 366

3. Commencement et exécution des travaux en conformité du contrat

¹ Si l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement aux clauses de la convention, ou si, sans la faute du maître, le retard est tel que, selon toute prévision, l'entrepreneur ne puisse plus l'achever pour l'époque fixée, le maître a le droit de se départir du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison.

² Lorsqu'il est possible de prévoir avec certitude, pendant le cours des travaux, que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut fixer ou faire fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités, en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur.

Art. 372

II. Obligations du maître
1. Exigibilité du prix

¹ Le prix de l'ouvrage est payable au moment de la livraison.

² Si des livraisons et des paiements partiels ont été convenus, le prix afférent à chaque partie de l'ouvrage est payable au moment de la livraison de cette partie.

Extraits du titre treizième: Du mandat Chapitre premier: Du mandat proprement dit

Art. 394

A. Définition

¹ Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.

² Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats.

³ Une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une.

Art. 405

2. Mort, incapacité, faillite

¹ Le mandat finit par la mort, l'incapacité ou la faillite soit du mandant, soit du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire.

² Toutefois, si l'extinction du mandat met en péril les intérêts du mandant, le mandataire, ses héritiers ou son représentant sont tenus de continuer la gestion jusqu'à ce que le mandant, ses héritiers ou son représentant soient en mesure d'y pourvoir eux-mêmes.

Extraits du titre vingt-troisième: De la société simple

Art. 530

A. Définition

¹ La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.

² La société est une société simple, dans le sens du présent titre, lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi.

Art. 545

D. Fin de la société
I. Causes de dissolution
1. En général

¹ La société prend fin:

1. Par le fait que le but social est atteint ou que la réalisation en est devenue impossible;
2. Par la mort de l'un des associés, à moins qu'il n'ait été convenu antérieurement que la société continuerait avec ses héritiers;
3. Par le fait que la part de liquidation d'un associé est l'objet d'une exécution forcée, ou que l'un des associés tombe en faillite ou est frappé d'interdiction;
4. Par la volonté unanime des associés;
5. Par l'expiration du temps pour lequel la société a été constituée;
6. Par la dénonciation du contrat par l'un des associés, si ce droit de dénonciation a été réservé dans les statuts, ou si la société a été formée soit pour une durée indéterminée, soit pour toute la vie de l'un des associés;
7. Par un jugement, dans les cas de dissolution pour cause de justes motifs.

² La dissolution peut être demandée, pour de justes motifs, avant le terme fixé par le contrat ou, si la société a été formée pour une durée indéterminée, sans avertissement préalable.

Art. 551

IV. Responsabilité envers les tiers

La dissolution de la société ne modifie pas les engagements contractés envers les tiers.

Extraits de la LF Poursuite pour dettes et faillite (RS 281.1)

II. Des effets de la faillite quant aux droits des créanciers

Art. 211

D. Conversion de créances

¹ La réclamation dont l'objet n'est pas une somme d'argent se transforme en une créance de valeur équivalente.

² Toutefois, lorsque la réclamation résulte d'un contrat bilatéral, qui n'est pas encore exécuté au moment de l'ouverture de la faillite ou qui ne l'est que partiellement, l'administration de la faillite peut se charger de l'effectuer en nature à la place du débiteur. Le contractant peut exiger des sûretés.¹⁾

^{2bis} Le droit de l'administration de la faillite prévu au deuxième alinéa est cependant exclu dans le cas d'engagements à terme strict (art. 108, ch. 3. CO²⁾), ainsi que dans celui d'opérations financières à terme, de swaps et d'options, lorsque la valeur des prestations contractuelles au jour de l'ouverture de la faillite est déterminable sur la base du prix courant ou du cours boursier. L'administration de la faillite et le cocontractant ont chacun le droit de faire valoir la différence entre la valeur convenue des prestations contractuelles et leur valeur de marché au moment de l'ouverture de la faillite.³⁾

³ Sont réservées les dispositions d'autres lois fédérales relatives à la résiliation des contrats dans le cadre de la faillite ainsi que les dispositions relatives à la réserve de propriété (art. 715 et 716 CC⁴⁾).¹⁾