

**Cour de cassation
chambre civile 3**

N° de pourvoi: 17-20677

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Publié au bulletin

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Chauvin (président), président

SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Potier de La
Varde, Buk-Lament et Robillot, avocat(s)

Cassation

Audience publique du jeudi 8 novembre 2018

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le second moyen :

Vu les articles 1er et 2 de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nouméa, 27 avril 2017), rendu en référé, que la société Auteuil, ayant réalisé une opération immobilière, a confié le marché terrassement, voiries et réseaux divers (VRD) à la société Pose système épuration (PSE), qui a sous-traité le lot terrassement à la société Entreprise B... (société B...) ; que le sous-traitant a assigné le maître de l'ouvrage en paiement d'une provision à valoir sur le montant de la retenue de garantie ;

Attendu que, pour condamner la société Auteuil à payer à la société B... une somme provisionnelle à valoir sur la restitution de la retenue de garantie contractuelle au titre du marché de sous-traitance conclu entre les sociétés PSE et B..., l'arrêt retient que la société B... a effectué les travaux du lot terrassements qui lui avaient été confiés, qu'un décompte général définitif a été signé par la société Auteuil, le bureau d'études et la société B... et que, pour s'opposer à la restitution de la retenue de garantie, la société Auteuil soutient que les travaux réalisés par la société PSE ont donné lieu à des non-conformités et malfaçons qui ont nécessité des travaux de reprise mais que les réserves invoquées portent sur des canalisations et ne concernent que la société PSE, entrepreneur principal et qu'il n'existe aucune raison de pénaliser le sous-traitant ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la réception des travaux était intervenue, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 avril 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Nouméa ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles

se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nouméa, autrement composée ;

Condamne la société Entreprise B... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du huit novembre deux mille dix-huit. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Monod, Colin et Stoclet, avocat aux Conseils, pour la société Auteuil.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Auteuil à payer à la société Entreprise B... la somme provisionnelle de 6.696.558 F CFP avec intérêts au taux légal à compter du 1er octobre 2014, à valoir sur la restitution de la retenue de garantie contractuelle au titre du marché de soustraitance conclu le 7 septembre 2012 entre les sociétés PSE et Entreprise B... ;

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article 808 du code de procédure civile, dans tous les cas d'urgence, le juge peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ; qu'aux termes de l'article 809 du même code, il peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 809, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ; qu'en l'espèce, il résulte des pièces versées et des débats que dans le cadre de la réalisation d'une promotion immobilière dénommée « Lotissement Centr'Auteuil » située dans la commune de [...], la SCI AUTEUIL a confié le marché terrassement et VRD à la société Pose Système Epuración dite PSE ; que par un contrat de sous-traitance du 7 septembre 2012, la société PSE a confié les prestations « Travaux préliminaires et terrassements » à la société ENTREPRISE B... pour un prix global et forfaitaire de 133 931 157 FCFP ; que l'article 4.2 de ce contrat prévoit que les règlements seront effectués par la SCI AUTEUIL suivant les décomptes présentés en situation ; que le 20 novembre 2012, la SCI AUTEUIL a, au visa du marché signé le 7 septembre 2012, établi un « ordre de service n° 2 », destiné à M. A..., représentant l'entreprise PSE, l'invitant : « A recevoir notification et copie de l'acte modificatif de sous-traitance concernant l'entreprise SARL B... ayant pour objet de modifier les modalités de paiement en paiement direct » ; que la SARL ENTREPRISE B... justifie au moyen des pièces produites que ses factures ont été réglées par la SCI AUTEUIL ; qu'au vu de ces éléments, la SCI AUTEUIL est particulièrement mal fondée : 1) d'une part, à prétendre que le contrat de sous-traitance, passé entre la société PSE, entrepreneur principal, et la SARL ENTREPRISE B..., a été fait à son insu, 2) d'autre part, à conclure à l'irrecevabilité de l'action directe du sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage ; qu'en effet, il est établi que la SARL ENTREPRISE B... a effectué les travaux du lot terrassements qui lui avaient été confiés,

qu'un décompte général définitif (DGD) a été signé par la SARL AUTEUIL (venant aux droits de la SCI AUTEUIL), la société BECIB (bureau d'études) et la SARL ENTREPRISE B... et que celle ci a reçu paiement de toutes ses factures ; que pour s'opposer à la restitution de la retenue de garantie, la SARL AUTEUIL soutient que les travaux réalisés par la société PSE ont donné lieu à des « non-conformités et malfaçons » qui ont nécessité des travaux de reprise ; qu'il résulte du dossier que les réserves invoquées portent sur des canalisations, qu'elles concernent donc uniquement la société PSE, entrepreneur principal, et qu'il n'existe donc aucune raison objective de pénaliser le sous-traitant à savoir la SARL ENTREPRISE B... ; qu'au vu des développements qui précèdent, c'est par une juste appréciation du fait et du droit que le juge des référés du tribunal mixte de commerce a considéré que les contestations invoquées par la SARL AUTEUIL n'étaient pas sérieuses, que les pièces versées aux débats faisaient foi de l'existence de l'obligation et a fait droit à la demande de provision présentée par la SARL ENTREPRISE B... à hauteur de 6 696 558 FCFP ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'un acte d'engagement du 7 septembre 2012 est ici produit aux débats par la défenderesse, qui révèle : - que la SCI AUTEUIL, dont il n'est pas contesté qu'elle soit ensuite devenue une SARL, a conclu un marché de terrassement/VRD avec la seule société POSE SYSTEME EPURATION (PSE), marché auquel n'apparaît pas la société ENTREPRISE B..., - et que cependant, en point 4.3 de ce contrat la société PSE s'est d'emblée réservée la possibilité (« nous envisageons ») de sous-traiter les travaux préliminaires et le terrassement, le tout pour 133 931 157 F CFP ; que, au-delà de cet acte d'engagement, l'action de l'entreprise B... est ici fondée pour l'essentiel sur un contrat de sous-traitance conclu entre elle-même et la société PSE le 7 septembre 2012, lequel contrat, sur réouverture des débats, est finalement versé au dossier du tribunal, qui révèle en point 4.2 intitulé « REGLEMENTS », que ceux-ci devaient être « effectués par la SCI AUTEUIL suivant les décomptes présentés en situation » ; que si ce contrat n'est signé que des représentants de ses cocontractants, à l'exclusion de la SCI AUTEUIL, et si, partant, il ne peut à lui seul faire la preuve de l'acquiescement de cette dernière à ce paiement direct, ladite clause justifie la posture de la société B... en ce qu'elle n'a pas estimé avoir de créance à l'encontre de PSE lorsqu'elle a été placée en liquidation judiciaire, et n'a ainsi pas déclaré la créance litigieuse entre les mains du liquidateur ; qu'il est encore produit un acte (pièce 5 de la demanderesse) intitulé « ORDRE DE SERVICE N° 2 » du 20 novembre 2012 qui, celui-ci, est bel et bien signé et frappé du sceau de la SCI AUTEUIL, tout autant que de la société PSE ; qu'or, par cet acte à l'en-tête de la SCI AUTEUIL (devenue SARL AUTEUIL), M. A... était « invité à recevoir notification et copie de l'acte modificatif de sous-traitance concernant l'entreprise SARL B... ayant pour objet de modifier les modalités de paiement en paiement direct », de quoi il ressort que la défenderesse avait ainsi donné son accord au paiement direct convenu par les parties à l'acte de sous-traitance et que cet acte lui est parfaitement opposable ; que la société AUTEUIL ne conteste pas, d'ailleurs, avoir exécuté cet accord tout au long de l'exécution des travaux par B... en lui payant directement ses situations de travaux ; que pour le reste, il est constant que le DGD date du 30 septembre 2013 ; qu'il n'est pas prétendu et moins encore justifié que la société AUTEUIL l'ait contesté le moins du monde suivant les formes imposées par la norme NF P03001 applicable au marché ; et qu'à ce jour plus d'une année s'est bien sûr écoulée depuis ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments et analyses des documents de la cause que les contestations émises par la défenderesse ne sont pas sérieuses au sens de l'article 809 al 2 CPCNC ; et que par suite, le juge de céans reçoit ici bel et bien de cet article le pouvoir de condamner la société AUTEUIL à payer à l'entreprise B... la somme provisionnelle de 6.696.558 F CFP avec intérêts au taux légal à compter du 1er octobre 2014, date d'expiration du délai d'un an suivant le DGD, à valoir sur la restitution de la retenue de garantie contractuelle ;

1°) ALORS QUE la formation de référé ne peut accorder une provision au créancier que si l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ; que le sous-traitant n'a une action directe contre le maître de l'ouvrage que si celui-ci l'a accepté et agréé les conditions de paiement du sous-traité ; qu'en jugeant la société Auteuil mal fondée à conclure à l'absence d'action directe de la société Entreprise B... à son encontre, sans s'assurer, comme elle y était invitée (mémoire ampliatif d'appel, pp. 3-5), que la société Auteuil avait accepté sans équivoque ce sous-traitant et agréé les conditions de paiement du sous-traité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie et de l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ;

2°) ALORS QU'en se bornant à retenir qu'un ordre de service émis par la société Auteuil faisait état d'un « acte modificatif de sous-traitance concernant l'entreprise SARL B... ayant pour objet de modifier les modalités de paiement en paiement direct », que le sous-traité n'avait pas été conclu à l'insu de la société Auteuil, que les factures de la société Entreprise B... avaient été payées par la société Auteuil, que la société Entreprise B... avait effectué les travaux de terrassement lui ayant été confiés, et qu'un décompte général définitif avait été signé par la société Auteuil, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à caractériser la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement du sous-traité, a privé sa décision de base légale au regard des mêmes dispositions ;

3°) ALORS QU'en affirmant qu'un décompte général définitif avait été signé par la société Auteuil, la société BECIB (bureau d'études) et la société Entreprise B..., cependant qu'il ressort clairement du décompte produit (pièce adverse n° 10) que la société Entreprise B... n'y était pas partie, la cour d'appel a méconnu de son obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

4°) ALORS QUE la formation de référé ne peut accorder une provision au créancier que si l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ; que le sous-traitant n'a d'action directe contre le maître de l'ouvrage que si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure ; qu'en faisant droit à la demande de provision de la société Entreprise B... sans rechercher, comme elle y était expressément invitée (mémoire ampliatif d'appel, p. 7), si celle-ci n'avait pas omis de mettre en demeure la société PSE, peu important qu'elle fasse l'objet d'une procédure collective, de sorte qu'existait une contestation sérieuse sur son action directe exercée à l'encontre de la société Auteuil, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie et de l'article 12 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ;

5°) ALORS QU'en retenant que l'article 4.2 du sous-traité conclu entre la société PSE et la société Entreprise B... stipulait que les règlements devaient être effectués par la société Auteuil, pour considérer comme justifiée la posture de la société Entreprise B... qui n'a pas estimé avoir de créance à l'encontre de la société PSE, et, ainsi, n'a pas déclaré la créance litigieuse entre les mains du liquidateur de cette société, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard des mêmes dispositions ;

6°) ALORS, en tout état de cause, QU'en ne répondant pas aux conclusions de la société Auteuil, qui faisait valoir que la société Entreprise B... n'avait pas mis en demeure la société PSE (mémoire ampliatif d'appel, p. 7), la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Auteuil à payer à la société Entreprise B... la somme provisionnelle de 6.696.558 F CFP avec intérêts au taux légal à compter du 1er octobre 2014, à valoir sur la restitution de la retenue de garantie contractuelle au titre du marché de soustraitance conclu le 7 septembre 2012 entre les sociétés PSE et Entreprise B... ;

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article 808 du code de procédure civile, dans tous les cas d'urgence, le juge peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ; qu'aux termes de l'article 809 du même code, il peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 809, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ; qu'en l'espèce, il résulte des pièces versées et des débats que dans le cadre de la réalisation d'une promotion immobilière dénommée « Lotissement Centr'Auteuil » située dans la commune de [...], la SCI AUTEUIL a confié le marché terrassement et VRD à la société Pose Système Epuration dite PSE ; que par un contrat de sous-traitance du 7 septembre 2012, la société PSE a confié les prestations « Travaux préliminaires et terrassements » à la société ENTREPRISE B... pour un prix global et forfaitaire de 133 931 157 FCFP ; que l'article 4.2 de ce contrat prévoit que les règlements seront effectués par la SCI AUTEUIL suivant les décomptes présentés en situation ; que le 20 novembre 2012, la SCI AUTEUIL a, au visa du marché signé le 7 septembre 2012, établi un « ordre de service n° 2 », destiné à M. A..., représentant l'entreprise PSE, l'invitant : « A recevoir notification et copie de l'acte modificatif de sous-traitance concernant l'entreprise SARL B... ayant pour objet de modifier les modalités de paiement en paiement direct » ; que la SARL ENTREPRISE B... justifie au moyen des pièces produites que ses factures ont été réglées par la SCI AUTEUIL ; qu'au vu de ces éléments, la SCI AUTEUIL est particulièrement mal fondée : 1) d'une part, à prétendre que le contrat de sous-traitance, passé entre la société PSE, entrepreneur principal, et la SARL ENTREPRISE B..., a été fait à son insu, 2) d'autre part, à conclure à l'irrecevabilité de l'action directe du sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage ; qu'en effet, il est établi que la SARL ENTREPRISE B... a effectué les travaux du lot terrassements qui lui avaient été confiés, qu'un décompte général définitif (DGD) a été signé par la SARL AUTEUIL (venant aux droits de la SCI AUTEUIL), la société BECIB (bureau d'études) et la SARL ENTREPRISE B... et que celle-ci a reçu paiement de toutes ses factures ; que pour s'opposer à la restitution de la retenue de garantie, la SARL AUTEUIL soutient que les travaux réalisés par la société PSE ont donné lieu à des « non-conformités et malfaçons » qui ont nécessité des travaux de reprise ; qu'il résulte du dossier que les réserves invoquées portent sur des canalisations, qu'elles concernent donc uniquement la société PSE, entrepreneur principal, et qu'il n'existe donc aucune raison objective de pénaliser le sous-traitant à savoir la SARL ENTREPRISE B... ; qu'au vu des développements qui précèdent, c'est par une juste appréciation du fait et du droit que le juge des référés du tribunal mixte de commerce a considéré que les contestations invoquées par la SARL AUTEUIL n'étaient pas sérieuses, que les pièces versées aux débats faisaient foi de l'existence de l'obligation et a fait droit à la demande de provision présentée par la SARL ENTREPRISE B... à hauteur de 6 696 558 FCFP ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'un acte d'engagement du 7 septembre 2012 est ici produit aux débats par la défenderesse, qui révèle : - que la SCI AUTEUIL, dont il n'est pas contesté qu'elle soit ensuite devenue une SARL, a conclu un marché de terrassement/VRD avec la seule société POSE SYSTEME EPURATION (PSE), marché auquel n'apparaît pas la société ENTREPRISE B..., - et que cependant, en point 4.3 de ce contrat la société PSE s'est d'emblée réservée la

possibilité (« nous envisageons ») de sous-traiter les travaux préliminaires et le terrassement, le tout pour 133 931 157 F CFP ; que, au-delà de cet acte d'engagement, l'action de l'entreprise B... est ici fondée pour l'essentiel sur un contrat de sous-traitance conclu entre elle-même et la société PSE le 7 septembre 2012, lequel contrat, sur réouverture des débats, est finalement versé au dossier du tribunal, qui révèle en point 4.2 intitulé « REGLEMENTS », que ceux-ci devaient être « effectués par la SCI AUTEUIL suivant les décomptes présentés en situation » ; que si ce contrat n'est signé que des représentants de ses cocontractants, à l'exclusion de la SCI AUTEUIL, et si, partant, il ne peut à lui seul faire la preuve de l'acquiescement de cette dernière à ce paiement direct, ladite clause justifie la posture de la société B... en ce qu'elle n'a pas estimé avoir de créance à l'encontre de PSE lorsqu'elle a été placée en liquidation judiciaire, et n'a ainsi pas déclaré la créance litigieuse entre les mains du liquidateur ; qu'il est encore produit un acte (pièce 5 de la demanderesse) intitulé « ORDRE DE SERVICE N° 2 » du 20 novembre 2012 qui, celui-ci, est bel et bien signé et frappé du sceau de la SCI AUTEUIL, tout autant que de la société PSE ; qu'or, par cet acte à l'en-tête de la SCI AUTEUIL (devenue SARL AUTEUIL), M. A... était « invité à recevoir notification et copie de l'acte modificatif de sous-traitance concernant l'entreprise SARL B... ayant pour objet de modifier les modalités de paiement en paiement direct », de quoi il ressort que la défenderesse avait ainsi donné son accord au paiement direct convenu par les parties à l'acte de sous-traitance et que cet acte lui est parfaitement opposable ; que la société AUTEUIL ne conteste pas, d'ailleurs, avoir exécuté cet accord tout au long de l'exécution des travaux par B... en lui payant directement ses situations de travaux ; que pour le reste, il est constant que le DGD date du 30 septembre 2013 ; qu'il n'est pas prétendu et moins encore justifié que la société AUTEUIL l'ait contesté le moins du monde suivant les formes imposées par la norme NF P03001 applicable au marché ; et qu'à ce jour plus d'une année s'est bien sûr écoulée depuis ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments et analyses des documents de la cause que les contestations émises par la défenderesse ne sont pas sérieuses au sens de l'article 809 al 2 CPCNC ; et que par suite, le juge de céans reçoit ici bel et bien de cet article le pouvoir de condamner la société AUTEUIL à payer à l'entreprise B... la somme provisionnelle de 6.696.558 F CFP avec intérêts au taux légal à compter du 1er octobre 2014, date d'expiration du délai d'un an suivant le DGD, à valoir sur la restitution de la retenue de garantie contractuelle ;

1°) ALORS QUE la formation de référé ne peut accorder une provision au créancier que si l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ; que les retenues opérées par le maître d'ouvrage sur le montant du marché de travaux privés ne sont versées à l'entrepreneur qu'à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception des travaux ; qu'en faisant droit à la demande de provision de la société Entreprise B... portant sur les retenues de garantie opérées par la société Auteuil sans rechercher, comme elle y était invitée (mémoire ampliatif d'appel, pp. 5-7), si la réception des travaux était bien intervenue, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie et des articles 1 et 2 de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux ;

2°) ALORS QU'en se bornant à retenir qu'un décompte général définitif était intervenu le 30 septembre 2013, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à caractériser la réception des travaux par la société Auteuil, a privé sa décision de base légale au regard des mêmes dispositions ;

3°) ALORS QU'en retenant qu'un décompte général définitif avait été signé par la société Auteuil, la société BECIB (bureau d'études) et la société Entreprise B..., cependant qu'il ressort clairement du décompte produit (pièce adverse n° 10) que la société Entreprise B... n'y était pas partie, la cour d'appel a méconnu de son obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

4°) ALORS QUE la formation des référés ne peut accorder une provision au créancier que si l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ; que les obligations du maître de l'ouvrage à l'égard du soustraitant qui exerce l'action directe sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal ; qu'en retenant, pour accueillir la demande de provision de la société Entreprise B..., que les travaux de reprise invoqués par la société Auteuil pour s'opposer au versement de la retenue de garantie ne concernaient que la société PSE, et non la société Entreprise B..., la cour d'appel, qui a tranché une contestation sérieuse, a violé l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie et l'article 13, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ;

5°) ALORS QUE le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ; qu'en retenant que les réserves invoquées portaient sur des canalisations, ce dont elle a déduit qu'elles concernaient uniquement la société PSE, et non la société Entreprise B..., la cour d'appel, qui s'est fondée sur des faits qui n'étaient pas dans le débat, a violé l'article 7 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

6°) ALORS QU'en n'invitant pas les parties à présenter leurs observations sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.