

CIV. 3

MF

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 10 novembre 2021

Cassation partielle

Mme TEILLER, président

Arrêt n° 784 FS-B

Pourvoi n° V 20-19.372

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 10 NOVEMBRE 2021

La société Edificandi, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2], a formé le pourvoi n° V 20-19.372 contre l'arrêt rendu le 17 février 2020 par la cour d'appel de Toulouse (1re chambre, section 1), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Gagne, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 5],

2°/ à la société Sanoux, société civile immobilière, dont le siège est [Adresse 1],

3°/ à la société Novaoutlet, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2],

défenderesses à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Boyer, conseiller, les observations de la SCP Delvolvé et Trichet, avocat de la société Edificandi, de la SCP L. Poulet-Odent, avocat de la société Gagne, et l'avis de Mme Vassallo, premier avocat général, après débats en l'audience publique du 28 septembre 2021 où étaient présents Mme Teiller, président, M. Boyer, conseiller rapporteur, M. Maunand, conseiller doyen, M. Nivôse, Mmes Farrenq-Nési, Greff-Bohnert, M. Jacques, Mme Abgrall, M. Laurent, conseillers, Mme Djikpa, M. Zedda, Mme Brun, M. Baraké, Mme Gallet, conseillers référendaires, et Mme Besse, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

## Exposé du litige

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 17 février 2020), la société civile immobilière Sanoux a conclu un contrat de promotion immobilière avec la société Novaoutlet en vue de la réalisation d'un ensemble commercial sur un terrain lui appartenant.

2. Par contrat de contractant général, la société Novaoutlet a chargé la société Edificandi de la réalisation du projet immobilier, laquelle a confié plusieurs marchés de travaux à la société Gagne.

3. Une garantie de paiement a été délivrée à la société Gagne sur le fondement de l'article 1799-1 du code civil, sous la forme d'un cautionnement prenant fin le 31 mars

2011.

4. Le 9 mars 2011, la société Gagne a mis en demeure la société Edificandi de lui communiquer la confirmation de la prolongation de l'engagement de caution jusqu'au règlement définitif du marché et de la prise en charge des travaux supplémentaires réalisés.

5. Par lettre du 11 avril 2011 adressée à la société Edificandi, la société Gagne, se plaignant d'une insuffisance du cautionnement, a suspendu ses prestations.

6. Par lettre du 6 mai 2011, faisant suite à une mise en demeure délivrée à la société Gagne de reprendre le chantier, la société Edificandi a résilié le marché.

7. Soutenant que les conventions la liant à la société Edificandi étaient des contrats de sous-traitance, que celle-ci avait manqué à son obligation de lui délivrer une des garanties de paiement prévues par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, et que la résiliation des sous-traités était abusive, la société Gagne a assigné en paiement de diverses sommes les sociétés Edificandi, Sanoux et Novaoutlet.

## Moyens

Examen des moyens

Sur le troisième moyen, pris en sa seconde branche, ci-après annexé

## Motivation

8. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce grief qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

## Moyens

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

9. La société Edificandi fait grief à l'arrêt de dire que le contrat conclu entre elle et la société Gagne est un contrat de sous-traitance et de statuer en conséquence, alors « que le contrat de contractant général constitue un contrat de mandat lorsque le maître de l'ouvrage confie au contractant général, en contrepartie d'un prix convenu,

la réalisation de l'ensemble du projet immobilier, avec un pouvoir de représentation, et sans avoir à effectuer aucun acte matériel ou intellectuel de construction ; qu'en l'espèce, pour s'opposer aux demandes de la société Gagne fondées sur l'existence d'un contrat de sous-traitance conclu avec la société Edificandi, celle-ci a soutenu que le contrat de « contractant général » conclu avec la société Novaoutlet, promoteur immobilier, avait eu pour objet de confier à la société Edificandi la réalisation de l'ensemble du projet immobilier, avec un pouvoir de représentation du maître de l'ouvrage dans ses rapports avec l'ensemble des intervenants à l'acte de construire, et sans avoir à effectuer aucun acte matériel ou intellectuel de construction, de sorte que la société Edificandi n'était pas liée à la société Novaoutlet par un contrat d'entreprise, mais par un contrat de mandat, et que le contrat conclu avec la société Gagne ne pouvait donc pas recevoir la qualification de contrat de sous-traitance, mais de contrat d'entreprise principal ; que pour qualifier néanmoins le contrat de contractant général de l'exposante de contrat d'entreprise, et retenir en conséquence que le contrat conclu entre l'exposante et la société Gagne constituait un contrat de sous-traitance, la cour d'appel s'est bornée à relever l'existence de missions relatives à la maîtrise d'oeuvre et à la réalisation des travaux confiées à la société Edificandi, et le recours possible à la sous-traitance ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y a été invitée, si ces missions de réalisation de l'ensemble du projet immobilier n'avaient pas été confiées à l'exposante dans le cadre d'un mandat donné par le maître de l'ouvrage, et non en qualité d'entrepreneur chargé, en toute indépendance, de la réalisation des actes matériels et intellectuels de construction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, applicable en la cause, et des articles 1710, 1787, et 1984 du code civil. »

## Motivation

### Réponse de la Cour

10. La cour d'appel a relevé que le contrat de contractant général conclu entre la société Novaoutlet, en sa qualité de promoteur immobilier, et la société Edificandi avait pour objet la réalisation des études et des travaux de construction de l'immeuble, avec pour missions les études générales relatives à la réalisation du bâtiment, la construction des bâtiments comprenant la consultation et le choix des sous-traitants, la passation des contrats de sous-traitance et le paiement des sous-traitants, la relance des fournisseurs et entrepreneurs, l'ordonnancement coordination pilotage et gestion administrative du chantier, la direction de la construction des bâtiments, la réception et le suivi de la levée des réserves éventuelles, le suivi de la période de parfait achèvement, et que celui-ci comportait un engagement de la société Edificandi d'exécuter tous les travaux confiés conformément aux règles de l'art.

11. Elle a pu en déduire, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, que ce contrat était un contrat d'entreprise et que le contrat par lequel la société Edificandi avait confié à la société Gagne l'exécution d'une partie de ses missions était un contrat de sous-traitance.

12. Elle a ainsi légalement justifié sa décision.

## Moyens

Sur le quatrième moyen

Enoncé du moyen

13. La société Edificandi fait grief à l'arrêt d'ordonner, avant dire droit sur l'apurement des comptes entre les parties, une mesure d'expertise, en ce que celle-ci comporte la mission de déterminer au titre des travaux supplémentaires, l'existence de tels travaux, le contexte dans lequel ils s'inscrivent, les raisons de leur réalisation, par qui ils ont été commandés, s'ils ont reçu l'accord de la société Edificandi et s'ils ont fait l'objet d'un avenant écrit entre la société Edificandi et la société Novaoutlet, tel que défini à l'article 4.2 de la convention de contractant général, et d'en vérifier et en chiffrer le coût, alors « que les parties liées par un contrat de sous-traitance à prix forfaitaire peuvent conventionnellement subordonner le droit du sous-traitant au paiement des travaux supplémentaires à l'existence d'un avenant ; qu'en l'espèce, la société Edificandi a soutenu que le contrat conclu avec la société Gagne avait été soumis à l'application de la norme Afnor NF P 03-001, et que sa requalification en contrat de sous-traitance, qui n'avait pas pour effet d'écarter l'ensemble des stipulations contractuelles, mais seulement de faire application des règles d'ordre public correspondantes, ne pouvait donc pas remettre en cause l'application de cette norme contractualisée ; qu'elle a également soutenu que le marché à forfait conclu avec la société Gagne subordonnait le droit de celle-ci au paiement des travaux supplémentaires à l'existence d'un avenant, prévue par l'article 9.1.1 de la norme Afnor NF P 03-001, et non à un simple accord de l'entrepreneur principal ; que pour limiter la mission d'expertise ordonnée relative aux travaux supplémentaires réalisés par la société Gagne à l'examen de la seule existence d'un accord de la société Edificandi, et d'un avenant signé entre elle et la société Novaoutlet, et non d'un avenant intervenu entre les sociétés Edificandi et Gagne, la cour d'appel s'est fondée sur l'inapplicabilité de l'article 1793 du code civil aux rapports entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, et la subordination consécutive du droit du sous-traitant au paiement de ses travaux supplémentaires à la seule exigence d'un accord de l'entrepreneur principal ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y a été invitée, si nonobstant l'inapplicabilité de l'article 1793 du code civil à un contrat de sous-traitance, le marché à forfait conclu entre les sociétés Edificandi et Gagne ne

subordonnait pas le droit de celle-ci au paiement des travaux supplémentaires à l'existence d'un avenant, et non à un simple accord de l'entrepreneur principal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'ancien article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable en la cause, et de l'article 1793 du code civil. »

## Motivation

Réponse de la Cour

Recevabilité du moyen, contestée par la défense

14. Il résulte des articles 606, 607 et 608 du code de procédure civile que le moyen dirigé à l'encontre d'une disposition de l'arrêt qui, ordonnant une mesure d'expertise, ne tranche pas une partie du principal est irrecevable.

15. Le chef de mission critiqué, en ce qu'il se borne à confier à l'expert la mission de vérifier la nature, les motifs, les conditions de commande, de réalisation et d'acceptation des travaux supplémentaires exécutés ne tranche pas une partie du principal, dont il ne préjuge pas.

16. Le moyen est donc irrecevable.

## Moyens

Mais sur le deuxième moyen, pris en ses première et troisième branches Enoncé du moyen

17. La société Edificandi fait grief à l'arrêt de constater que les dispositions légales relatives à la protection du sous-traitant n'avaient pas été respectées et de dire que la rupture du contrat était imputable à ses torts exclusifs, alors :

« 1°/ que le défaut de fourniture de la garantie de paiement due par l'entrepreneur principal au sous-traitant n'est sanctionné que par la nullité du contrat de sous-traitance, et non par un droit de suspendre l'exécution des travaux en cours de chantier, de nature à justifier le retard ou l'absence d'un sous-traitant sur le chantier ; qu'en se fondant néanmoins, pour écarter le grief tiré de l'abandon de chantier invoqué par la société Edificandi au soutien de la résiliation du contrat de la société Gagne, sur l'existence d'un droit de la société Gagne de suspendre l'exécution de ses prestations en cours de chantier, en raison du défaut de fourniture de la garantie de paiement de l'article 14 de la loi n° du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, la cour d'appel a violé l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à

la sous-traitance, ensemble les anciens articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable en la cause ;

3°/ que le manquement de l'entrepreneur principal à son obligation de faire accepter et agréer le sous-traitant par le maître de l'ouvrage n'est sanctionné que par une faculté de résiliation du contrat de sous-traitance, et non par un droit de suspendre l'exécution des travaux en cours de chantier, de nature à justifier le retard ou l'absence d'un sous-traitant sur le chantier ; qu'en se fondant néanmoins, pour écarter le grief tiré de l'abandon de chantier invoqué par la société Edificandi au soutien de la résiliation du contrat de la société Gagne, sur l'existence d'un droit de la société Gagne de suspendre l'exécution de ses prestations en cours de chantier, en raison d'un manquement de la société Edificandi à son obligation de faire accepter et agréer le sous-traitant par le maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ensemble les anciens articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable en la cause. »

## Motivation

### Réponse de la Cour

Vu les articles 3 et 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance :

18. En application du premier de ces textes, la méconnaissance par l'entreprise principale de son obligation de faire accepter le sous-traitant et agréer ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage ouvre au sous-traitant une faculté de résiliation unilatérale pendant toute la durée du contrat, lequel doit recevoir application lorsque la sanction légale n'a pas été mise en oeuvre (3e Civ., 24 avril 2003, pourvoi n° 01-11.889).

19. Selon le second, à peine de nullité du sous-traité, sauf délégation du maître de l'ouvrage au sous-traitant, l'entrepreneur principal doit garantir le paiement de toutes les sommes dues au sous-traitant par une caution personnelle et solidaire, le cautionnement devant être préalable ou concomitant à la conclusion du contrat de sous-traitance.

20. Il résulte de la combinaison de ces textes que, si le sous-traitant n'utilise pas de la faculté de résiliation unilatérale qui lui est ouverte par l'article 3 de la loi précitée et n'invoque pas la nullité de celui-ci sur le fondement de l'article 14 de la même loi, le contrat doit recevoir application.

21. Pour juger abusive la résiliation par la société Edificandi du contrat de sous-traitance, l'arrêt retient que la suspension de ses travaux par la société Gagne, faute pour celle-ci de disposer d'un cautionnement valable garantissant l'exécution de la fin du chantier, fondée sur le bénéfice de la protection légale résultant des articles 3 et 14 de la loi précitée, ne constitue pas un abandon de chantier.

22. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

## Moyens

Et sur le troisième moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

23. La société Edificandi fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande en dommages-intérêts pour rupture abusive, alors « que la cassation s'étend à l'ensemble des dispositions de la décision cassée ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ; que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen entraînera la cassation, par voie de conséquence, en application de l'article 624 du code de procédure civile, du chef de dispositif qui a débouté la société Edificandi de sa demande en dommages-intérêts pour rupture abusive, en lien de dépendance nécessaire. »

## Motivation

Réponse de la Cour

Vu l'article 624 du code de procédure civile :

24. Aux termes de ce texte, la portée de la cassation est déterminée par le dispositif de l'arrêt qui la prononce. Elle s'étend également à l'ensemble des dispositions du jugement cassé ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire.

25. La cassation du chef de dispositif disant que la rupture du contrat était imputable aux torts exclusifs de la société Edificandi entraîne la cassation du chef de dispositif critiqué par le troisième moyen, qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire.

## Dispositif

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la rupture du contrat survenue le 6 mai 2011 est imputable aux torts exclusifs de la société Edificandi et en ce qu'il rejette la demande de dommages-intérêts de celle-ci pour rupture abusive, l'arrêt rendu le 17 février 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse autrement composée ;

Condamne la société Gagne aux dépens ;

En application de 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 partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix novembre deux mille vingt et un.

## Moyens annexés

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Delvolvé et Trichet, avocat aux Conseils, pour la société Edificandi

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir dit que le contrat conclu entre la société Edificandi et la société Gagne était un contrat de sous-traitance et statué en conséquence,

Aux motifs que, sur la nature des relations contractuelles entre la Sarl Edificandi et la Sas Gagne, sur leur qualification juridique, le maître de l'ouvrage de l'opération de construction d'un ensemble de bâtiments à vocation commerciale sur un terrain lui appartenant situé à [Localité 6], la Sci Sanoux, a conclu le 26 février 2010 avec la Sas Novaoutlet un contrat de promotion immobilière que l'article 1831-1 du code civil définit comme un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite « promoteur immobilier » s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet ; que

ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage ; qu'il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du code civil ; que si le promoteur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations d'un locateur d'ouvrage ; qu'en cette qualité de promoteur, la Sas Novaoutlet a conclu avec la Sarl Edificandi un contrat de contractant général ayant pour objet défini en son article 1 la réalisation des études et des travaux de construction de l'ensemble immobilier composé de 11 macros lots distincts et d'un lot VRD soit au total 12 lots avec pour missions les études générales relatives à la réalisation du bâtiment, la construction des bâtiments comprenant la consultation et choix des sous-traitants, la passation des contrats de sous-traitance et paiement de sous-traitants, la relance des fournisseurs et entrepreneurs, l'ordonnancement, la coordination, le pilotage et la gestion administrative du chantier, la direction de la construction des bâtiments, la réception et le suivi de la levée des réserves éventuelles, le suivi de la période de parfait achèvement avec engagement d'exécuter tous les travaux confiés conformément aux règles de l'art ; que la Sarl Edificandi a confié à la Sas Gagne l'exécution des travaux des lots n° 3, 4 et 13 « charpente métallique-charpente bois et isolation flochage » concernant les îlots 1, 2, 3, 4 y compris l'aire de jeux, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 et 17 suivant marchés séparés du 1er février 1990 ; que ce dernier contrat s'analyse, en droit, en un contrat de sous-traitance ; que la sous-traitance consiste dans le recours de l'entreprise chargée de la construction de l'ouvrage considéré à une autre entreprise à laquelle elle confie tout ou partie des travaux de construction et implique nécessairement la succession de deux contrats d'entreprise, ce qui suppose qu'une personne dénommée entrepreneur ou locateur d'ouvrage s'oblige, moyennant rémunération, à accomplir de manière indépendante un travail d'ordre matériel ou intellectuel à la demande et au profit d'une autre personne dénommée client ou donneur d'ordres ; que le contrat de contractant général conclu par la Sarl Edificandi avec la Sas Novaoutlet, mandataire du maître d'ouvrage, est un contrat d'entreprise sui generis, issu de la pratique, qui tend à étendre les obligations de l'entrepreneur général en lui confiant, outre la réalisation tous corps d'état de l'ouvrage immobilier, généralement sous-traités en tout ou en partie, des missions de maîtrise d'oeuvre d'exécution, voire l'association aux études de conception de l'ouvrage ; qu'il comporte plusieurs missions précisément définies relatives aux prestations de maîtrise d'oeuvre et à la réalisation des travaux ; qu'il prévoit expressément pour l'exécution des travaux le recours à la sous-traitance puisqu'il intègre dans la rubrique « Construction des bâtiments » la consultation et le choix des sous-traitants, la passation des contrats de sous-traitance et le paiement des sous-traitants ; que le contrat conclu entre la Sarl Edificandi et la Sas Gagne est également un contrat d'entreprise car la prestation confiée est exécutée en toute indépendance, sans lien de subordination ; que la mission de ce second professionnel est de même nature que celle du premier, même si leurs objets ne se recoupent pas totalement ; que le transfert de la mission est seulement partiel mais constitue le moyen de réalisation de

partie du premier ; que peu importe que les actes d'engagements signés entre la Sarl Edificandi et la Sas Gagne désignent la première comme maître d'ouvrage et la seconde comme entrepreneur ; que la dénomination utilisée par les parties ne lie pas le juge qui doit rétablir la véritable qualification juridique des liens contractuels, a fortiori quand une partie la sollicite,

Alors que le contrat de contractant général constitue un contrat de mandat lorsque le maître de l'ouvrage confie au contractant général, en contrepartie d'un prix convenu, la réalisation de l'ensemble du projet immobilier, avec un pouvoir de représentation, et sans avoir à effectuer aucun acte matériel ou intellectuel de construction ; qu'en l'espèce, pour s'opposer aux demandes de la société Gagne fondées sur l'existence d'un contrat de sous-traitance conclu avec la société Edificandi, celle-ci a soutenu que le contrat de « contractant général » conclu avec la société Novaoutlet, promoteur immobilier, avait eu pour objet de confier à la société Edificandi la réalisation de l'ensemble du projet immobilier, avec un pouvoir de représentation du maître de l'ouvrage dans ses rapports avec l'ensemble des intervenants à l'acte de construire, et sans avoir à effectuer aucun acte matériel ou intellectuel de construction, de sorte que la société Edificandi n'était pas liée à la société Novaoutlet par un contrat d'entreprise, mais par un contrat de mandat, et que le contrat conclu avec la société Gagne ne pouvait donc pas recevoir la qualification de contrat de sous-traitance, mais de contrat d'entreprise principal (concl. d'appel, p. 8-9) ; que pour qualifier néanmoins le contrat de contractant général de l'exposante de contrat d'entreprise, et retenir en conséquence que le contrat conclu entre l'exposante et la société Gagne constituait un contrat de sous-traitance, la cour d'appel s'est bornée à relever l'existence de missions relatives à la maîtrise d'oeuvre et à la réalisation des travaux confiées à la société Edificandi, et le recours possible à la sous-traitance ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y a été invitée, si ces missions de réalisation de l'ensemble du projet immobilier n'avaient pas été confiées à l'exposante dans le cadre d'un mandat donné par le maître de l'ouvrage, et non en qualité d'entrepreneur chargé, en toute indépendance, de la réalisation des actes matériels et intellectuels de construction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, applicable en la cause, et des articles 1710, 1787, et 1984 du code civil.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir constaté que les dispositions légales relatives à la protection du sous-traitant n'avaient pas été respectées, et dit que la rupture du contrat survenue le 6 mai 2011 était imputable aux torts exclusifs de la société Edificandi,

Aux motifs que, sur la nature des relations contractuelles entre la Sarl Edificandi et la Sas Gagne, sur leurs incidences, le contrat liant la Sarl Edificandi à la Sas Gagne est donc soumis à la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 qui le définit comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité, à une autre personne, appelée « sous-traitant » l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise conclu avec le maître d'ouvrage », soit plus précisément en l'espèce le mandataire du maître d'ouvrage, la Sas Novaoutlet ; que l'article 3 de ce texte impose à l'entrepreneur principal de présenter son sous-traitant au maître d'ouvrage pour acceptation et agrément de ses conditions de paiement sous la sanction de l'article 15 qui « déclare nuls et de nul effet quelle qu'en soit la forme des clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec à la loi » ; que son article 14 dispose « A peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant en application de ce soustraité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret » ; qu'aucune de ces dispositions légales, d'ordre public, n'a été respectée par la Sarl Edificandi alors que ces obligations pèsent sur elle, que l'acceptation et/ou agrément doit se faire au moment de la conclusion et pendant toute la durée d'exécution du contrat, que le cautionnement doit exister au moment de la conclusion du contrat de sous-traitance et avant le commencement des travaux et porter sur le montant exact du marché, et qu'il importe peu qu'un acte de cautionnement ait été obtenu par la suite ; qu'aucun agrément, même tacite, n'a été sollicité, lequel ne se déduit pas d'un comportement passif ni même du fait que le maître d'ouvrage ait pu avoir connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier mais doit résulter d'actes manifestant sans équivoque sa volonté d'accepter celui-ci ; que le cautionnement octroyé sur réclamations répétées de la Sas Gagne en date du 3 juin 2010, 15 juillet 2010 et 25 août 2010 n'est intervenu que le 28 septembre 2010 soit près de 8 mois après la conclusion du contrat de sous-traitance le 1er février 2010 et l'ordre de service en date du 10 février 2010 ; qu'il a été consenti pour un solde de 3.264.337,54 € correspondant à l'intégralité des marchés d'un montant total de 4.800.00 € HT sous déduction des acomptes déjà versés mais avec une date de validité expirant au 31 mars 2011 et la précision que « toute réclamation ou demande de paiement parvenue à la banque après le 31 mars 2011 ne pourra être prise en considération pour quelque motif que ce soit » ; que le non respect de ces dispositions légales, d'ordre public, prévues à peine de nullité, sans avoir à justifier d'un grief, autorisait la Sas Gagne à suspendre ses prestations ; qu'elle avait notamment dès le 9 mars 2011 par lettre recommandée avec accusé de réception portant mise en demeure réclamé une prolongation de la caution jusqu'au règlement définitif du marché ; qu'elle a constaté par lettre recommandée avec accusé de réception du 11 avril 2011 qu'il n'avait pas été déféré à sa demande et notifié « par la présente que nous sursoyons à l'exécution des marchés à compter du mardi 12 avril 2011 - 8 heures compte tenu du défaut de production par votre société de la garantie légale» en ajoutant « il va de soi d'une part, vous aurez à supporter les frais consécutifs à cette suspension - frais de

démobilisation, repli, personnel inoccupé etc□ et que d'autre part, le redémarrage éventuel des travaux, fonction de la garantie de paiement, devra faire l'objet d'une étude particulière en lien avec les délais nécessaires à une reprise du chantier. » ; que par courrier du 12 avril 2011 adressé à la Sarl Edificandi la banque a indiqué « cette caution échue au 31 mars 2011 a fait l'objet par la Sas Gagne d'une opposition à main levée. Cette caution est donc toujours valable et elle est comptabilisée en cours sur nos livres. Cette caution ne pourra être levée que sur accord exprès de la société Gagne résultant du retour de l'acte original ou d'un accord de main levée écrit. » ; que par courrier du même jour 12 avril 2011 la Sarl Edificandi a, au visa de ce courrier, sommé la Sas Gagne de « ne pas quitter le chantier faute de quoi nous serons obligés de considérer votre retrait comme abandon de chantier» et l'a remis en mains propres à M. [F] représentant sur site de cette entreprise ; que par lettre recommandée avec accusé de réception du 13 avril 2011 adressée à la Sarl Edificandi, la Sas Gagne a indiqué que le courrier transmis émanant de la banque et à l'attention non pas d'elle-même mais du contractant général « ne correspond pas à la caution attendue, que c'est bien de façon légalement fondée que nous sursoyons à l'exécution de notre marché » ; qu'elle a contesté formellement être à l'origine des décalages de chantier et « rester dans l'attente de la production de votre part d'un original de garantie de paiement établi conformément aux dispositions légales c'est-à-dire notamment sans date d'échéance et couvrant l'ensemble des sommes qui nous restent dues, tant du fait du marché principal que des travaux supplémentaires que nous avons réalisés à votre demande. Ce n'est qu'à réception de ce document que nous pourrions analyser les modalités de reprise de nos travaux et par voie de conséquence envisager une date de fin, sous réserve de la réponse de notre courrier précité relatif aux points bloquants, sous réserve d'une planification cohérente tout corps d'état, établie par votre co-contractant d'ordonnancement pilotage et coordination et sous réserve de la prise en compte des conséquences de la suspension de l'exécution de nos marchés » ; que par lettre recommandée avec accusé de réception du 14 avril 2011 la Sarl Edificandi a considéré que la Sas Gagne ne pouvait pas se « prévaloir d'un défaut de fourniture de la garantie de l'article 1799-1 du code civil pour surseoir à l'exécution des travaux pour les motifs suivants 1). Au jour de l'envoi de votre lettre de mise en demeure du 9 mars 2011, vous ne pouviez pas vous prévaloir d'un défaut de garantie puisque celle-ci était encore en cours, 2). Même en faisant droit à votre point de vue, vous n'avez pas usé de la faculté d'arrêter vos travaux à l'expiration d'un délai de 15 jours puisque ce n'est que le 12 avril 2001 que vous les avez interrompus 3). A ce jour vous avez connaissance de la lettre du CIC du 12 avril confirmant que la caution est toujours valable. En effet, celle-ci a été doublement prorogée à notre demande et consécutivement à votre opposition à sa main levée de sorte que vous demeurez bénéficiaire de la caution consentie par le CIC pour 3.246.337,54 en garantie de paiement du solde du marché sur situation au 1 octobre 2010 ; s'agissant de l'étendue de la garantie, celle-ci n'a pas à être délivrée pour des travaux supplémentaires qui n'ont pas fait l'objet d'un avenant. Dans ces conditions votre interruption de travaux motivée par un défaut de

fourniture de la garantie de paiement est fautive. Nous vous mettons donc en demeure de reprendre immédiatement les travaux. A défaut de reprise dans les 48 heures, conformément aux stipulations de l'article 9.9.1 g) du CCAP et de l'article 22.1.2.2 de norme P03-001 nous considérons que le contrat est résilié de plein droit suite à votre abandon de chantier compte tenu de l'urgence résultant du fait que vous êtes déjà en retard de plus de 4 mois dans l'exécution de vos lots et que la livraison de l'ouvrage à notre client est désormais en péril.. » ; que par lettre du 15 avril 2011 la Sas Gagne a répliqué ne pas être « en possession d'un cautionnement valable garantissant l'exécution de la fin du chantier., être prête à reprendre l'exécution de nos travaux dès réception de la caution que vous devez faire établir., que sa décision d'interruption du chantier n'est en aucun cas fautive et c'est au contraire votre carence à respecter vos propres obligations qui est à l'origine de cette situation regrettable, que la mise en jeu de la faculté offerte par l'article 1799-1 ne saurait être assimilée à un abandon de chantier et toute résiliation à votre initiative serait nécessairement abusive, la présente situation vous privant de la possibilité d'évoquer les dispositions du CCAP et du CCAG de la norme NFP03-001. » ; que par lettre adressée à la Sarl Edificandi 26 avril 2011 la banque a indiqué « nous vous confirmons que nous prorogons ledit cautionnement jusqu'à réception des travaux, ce qui devra être justifié à la banque par production du procès-verbal de réception et du décompte définitif, étant entendu qu'en tout état de cause, la banque sera définitivement libérée dans le délai d'un mois à compter de la date de l'arrêt de compte définitif (ou de tout document en tenant lieu). Passé ce délai, il ne pourra plus en aucun cas y être fait appel » ; que par lettre du 27 avril 2011 adressé à la Sas Gagne la Sarl Edificandi a « attiré une nouvelle fois votre attention sur le caractère parfaitement illégitime de votre sursis à l'exécution des travaux tant dans la forme que sur le fond » et celle-ci a répliqué « à ce jour nous ne disposons pas d'un nouvel engagement de caution en remplacement de celui caduque et nous ne sommes même pas visés comme destinataire principal de la lettre du CIC du 26 avril 2011 rédigée au bénéfice d'Edificandi, une simple copie nous ayant été transmise.. Nous souhaitons légitimement obtenir du CIC un nouvel acte de caution en original et à tout le moins un courrier rédigé à notre attention reprenant les éléments de la correspondance adressée par l'établissement bancaire à Edificandi le 26 avril » et confirmer « en cas d'obtention avant le 6 mai prochain être en mesure d'envisager comme prévu la reprise de l'exécution de nos marchés de travaux. Dans cette optique nous étudions d'ores et déjà avec nos équipes un plan de mobilisation mettant un terme à cette regrettable suspension du chantier qui vous demeure pleinement imputable » ; que par lettre recommandée avec accusé de réception du 6 mai 2011 la Sarl Edificandi a prononcé la résiliation du marché au motif que « vous ayant fourni tous les apaisements possibles quant à la validité du cautionnement que nous avons contracté auprès du CIC dans votre intérêt pour satisfaire à nos obligations légales, nous considérons que vous êtes en état fautif d'abandon de chantier à l'expiration du délai de 15 jours que nous vous avons donné le 20 avril 2011» et par lettre recommandée du 10 mai 2001 la Sas Gagne en a contesté le principe et les

conditions en la considérant comme abusive ; que la Sarl Edificandi a ainsi mis fin, avant terme, au contrat de sous-traitance la liant à la Sas Gagne, de façon unilatérale et donc à ses risques et périls ; qu'elle a fondé cette résiliation sur la faute du co-contractant résultant de son abandon du chantier, seul reproche formulé, même s'il s'inscrit dans un contexte de retard accumulé ; qu'or la situation née de la suspension de ses travaux par la Sas Gagne ne peut recevoir, en droit, une telle qualification, dès lors qu'elle est fondée sur le bénéfice d'une protection légale ; qu'à cette date du 6 mai 2011 la Sarl Edificandi n'avait pas satisfait à ses propres obligations légales, d'ordre public, relativement à la fourniture d'un cautionnement qui, s'agissant d'un contrat de sous-traitance soumis à la loi du 31 décembre 1975, était dû dès l'origine et ne pouvait pas être régularisé postérieurement ; qu'en sa qualité de professionnel, elle ne pouvait ignorer qu'elle n'avait pas reconnu le statut adéquat à ce cocontractant puisque son propre contrat conclu avec la Sas Novaoultet précisait que cette dernière agissait en tant que promoteur pour le compte de la société Sanoux, propriétaire, et que la mission de construction des bâtiments qui lui était confiée ne faisait pas la moindre référence, à quelque endroit, à des entrepreneurs mais comprenait expressément « la consultation et le choix des sous-traitants, la passation des contrats de sous-traitance et le paiement des sous-traitants » ; qu'au vu de l'ensemble de ces données, la résiliation du marché doit être imputée à faute à la Sarl Edificandi, à ses torts exclusifs,

Alors que le défaut de fourniture de la garantie de paiement due par l'entrepreneur principal au sous-traitant n'est sanctionné que par la nullité du contrat de sous-traitance, et non par un droit de suspendre l'exécution des travaux en cours de chantier, de nature à justifier le retard ou l'absence d'un sous-traitant sur le chantier ; qu'en se fondant néanmoins, pour écarter le grief tiré de l'abandon de chantier invoqué par la société Edificandi au soutien de la résiliation du contrat de la société Gagne, sur l'existence d'un droit de la société Gagne de suspendre l'exécution de ses prestations en cours de chantier, en raison du défaut de fourniture de la garantie de paiement de l'article 14 de la loi n° du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, la cour d'appel a violé l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ensemble les anciens articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable en la cause,

Alors, subsidiairement, que le retard ou l'absence d'un sous-traitant sur le chantier ne peuvent être justifiés par le défaut de fourniture de la garantie de paiement qui lui est due par l'entrepreneur principal, s'il n'a pas usé de la faculté de surseoir à l'exécution des travaux, ou s'il l'a fait pour des motifs différents ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société Gagne n'avait suspendu l'exécution de ses prestations qu'en raison du défaut de fourniture d'un cautionnement conforme à l'article 1799-1 du code civil (arrêt, p. 17, in fine ; p. 19) ; qu'il résultait de ces constatations que la société Gagne, qui n'avait pas usé de la faculté de surseoir à l'exécution des travaux

pour défaut de fourniture de la garantie de paiement du sous-traitant sur le fondement de l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, ne pouvait justifier son absence sur le chantier pour cette raison, et écarter le grief correspondant tiré de l'abandon de chantier invoqué par la société Edificandi au soutien de la résiliation du contrat qui les liait ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ensemble les anciens articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable en la cause,

Alors, très subsidiairement, que le manquement de l'entrepreneur principal à son obligation de faire accepter et agréer le sous-traitant par le maître de l'ouvrage n'est sanctionné que par une faculté de résiliation du contrat de sous-traitance, et non par un droit de suspendre l'exécution des travaux en cours de chantier, de nature à justifier le retard ou l'absence d'un sous-traitant sur le chantier ; qu'en se fondant néanmoins, pour écarter le grief tiré de l'abandon de chantier invoqué par la société Edificandi au soutien de la résiliation du contrat de la société Gagne, sur l'existence d'un droit de la société Gagne de suspendre l'exécution de ses prestations en cours de chantier, en raison d'un manquement de la société Edificandi à son obligation de faire accepter et agréer le sous-traitant par le maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ensemble les anciens articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable en la cause,

Alors, plus subsidiairement, que le retard ou l'absence d'un sous-traitant sur le chantier ne peuvent être justifiés par le manquement de l'entrepreneur principal à son obligation de le faire accepter et agréer par le maître de l'ouvrage, s'il n'a pas usé de la faculté de surseoir à l'exécution des travaux, ou s'il l'a fait pour des motifs différents ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société Gagne n'avait suspendu l'exécution de ses prestations qu'en raison du défaut de fourniture d'un cautionnement conforme à l'article 1799-1 du code civil (arrêt, p. 17, in fine ; p. 19) ; qu'il résultait de ces constatations que la société Gagne, qui n'avait pas usé de la faculté de surseoir à l'exécution des travaux pour manquement de la société Edificandi à son obligation de la faire accepter et agréer par le maître de l'ouvrage sur le fondement de l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, ne pouvait justifier son absence sur le chantier pour cette raison, et écarter le grief correspondant tiré de l'abandon de chantier invoqué par la société Edificandi au soutien de la résiliation du contrat qui les liait ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi les mêmes textes.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir débouté la société Edificandi de sa demande en dommages et intérêts pour rupture abusive,

Aux motifs que, sur les indemnités pour résiliation abusive, la rupture du marché, même s'il était en phase finale, est nécessairement source de préjudice pour l'entrepreneur dont les prévisions ont été modifiées, ce qui a pour le moins engendré des perturbations dans l'activité de cette entreprise voire un préjudice commercial ; que la mission de l'expert sera étendue à sa détermination et à son estimation ; que les indemnités réclamées par la Sarl Edificandi au titre de la résiliation du marché : surcoût maîtrise oeuvre (65.780 € TTC), frais de fonctionnement chantier jusqu'à l'ouverture du village en novembre 2011 (440.514,03 € TTC), pénalités encourues vis à vis de la Sas Novaoulet (600.000 € HT), surcoût du maintien de la caution (21.490,22 €), doivent, en revanche, être d'ores et déjà rejetées dès lors que la rupture du contrat conclu avec la Sas Gagne lui est exclusivement imputable,

Alors que la cassation s'étend à l'ensemble des dispositions de la décision cassée ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ; que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen entraînera la cassation, par voie de conséquence, en application de l'article 624 du code de procédure civile, du chef de dispositif qui a débouté la société Edificandi de sa demande en dommages et intérêts pour rupture abusive, en lien de dépendance nécessaire,

Alors, subsidiairement, que le créancier, qui procède à la résiliation du contrat en raison de certains manquements, peut également agir en responsabilité contractuelle pour obtenir l'indemnisation de préjudices causés par d'autres manquements distincts, sans que le succès de l'une de ces démarches, fondées sur des griefs différents, ne soit subordonné au succès de l'autre ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société Edificandi avait fondé la résiliation du contrat de la société Gagne sur le seul grief tiré de l'abandon de chantier (arrêt, p. 19, antépénult. § ; ult. § ; p. 20, § 1), et qu'elle avait également demandé l'indemnisation des préjudices liés au surcoût de maîtrise oeuvre, aux frais de fonctionnement du chantier jusqu'à l'ouverture du village en novembre 2011, aux pénalités encourues à l'égard de la société Novaoutlet, et au surcoût du maintien de la caution bancaire consentie au profit de la société Gagne, causés par les retards de chantier imputables à la société Gagne, et distincts de l'abandon de chantier invoqué au soutien de la résiliation du contrat (arrêt, p. 12, § 2) ; qu'il résultait de ces constatations que la société Edificandi, qui avait procédé à la résiliation du contrat de la société Gagne en raison d'un abandon de chantier, pouvait également demander l'indemnisation des préjudices causés par des manquements distincts tirés des retards de chantier imputés à la société Gagne, sans que le succès de ces demandes indemnitaires, fondées sur des griefs différents, ne soit subordonné au succès de la résiliation ; qu'en décidant le

contraire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi les anciens articles 1147 et 1184 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable en la cause.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir, avant dire droit sur l'apurement des comptes entre parties et sur les dommages et intérêts sollicités par la société Edificandi, ordonné une mesure d'expertise, avec notamment pour mission de déterminer au titre des travaux supplémentaires, l'existence de tels travaux, le contexte dans lequel ils s'inscrivent et les raisons de leur réalisation, par qui ils ont été commandés, s'ils ont reçu l'accord de la Sarl Edificandi, dire également s'ils ont fait l'objet d'un avenant écrit entre la Sarl Edificandi et la Sas Novaoutlet tel que défini à l'article 4.2 de la convention de contractant général, en vérifier et en chiffrer le coût,

Aux motifs que, sur l'apurement des comptes, la Sas Gagne ne peut faire écarter toutes les clauses du contrat de sous traitance dès lors qu'elle n'en sollicite pas la nullité d'autant que, même dans ce cas, elle ne pourrait se prévaloir du contrat pour demander paiement travaux et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles ; que, sur les travaux supplémentaires, la Sas Gagne indique avoir reçu un ordre de service pour des travaux supplémentaires portant sur la reprise des bacs de plancher abîmés par les autres corps d'état pour un montant de 30.889 €, ce qui n'est pas discuté, mais elle ne peut en exiger paiement dès lors qu'elle ne justifie pas les avoir réalisés, alors qu'en vertu de l'article 1315 devenu 1353 du code civil la charge de la preuve pèse sur elle et que la lecture des deux constats d'huissier atteste du contraire puisque les dégâts sont toujours présents sur ces éléments fin avril 2011 alors qu'elle n'est plus sur le chantier ; que la Sa Gagne indique avoir également reçu commande de travaux supplémentaires dont la liste est reproduite dans le tableau figurant à la page 3 du mémoire définitif de cette entreprise avec le numéro de devis correspondant au nombre de 29 pour un montant total de 432.969,34 € avec la mention que « les devis décrivant ces travaux sont joints au présent mémoire » ; que certains de ces postes se retrouvent sur l'annexe 9 susvisé ; que dans ses courriers notamment celui du 7 juillet 2011 la Sarl Edificandi a contesté les demandes au titre de ces « travaux supplémentaires ordonnées mais non régularisés » reprenant le libelle figurant dans le mémoire définitif au motif que « s'agissant d'un marché forfaitaire, seuls les travaux supplémentaires ayant fait l'objet d'un avenant sont dus » ; que dans ses conclusions elle indique que ces travaux n'ont pas été acceptés ; que toutefois, l'article 1793 du code civil relatif au marché à forfait étant insusceptible d'application entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, la Sas Gagne peut demander à la Sarl Edificandi, nonobstant le marché à forfait qui les liait, une augmentation du prix convenu dès lors qu'elle justifie que, depuis la signature du marché, elle a dû réaliser avec l'accord de l'entrepreneur principal un certain nombre

de travaux supplémentaires, la preuve de cet accord pouvant être rapportée par tous moyens ; qu'elle fait état, notamment, dans sa lettre du 23 septembre 2011 de courriers du maître d'oeuvre de juin 2010 « validant ces plus-values » ; (□) Les parties étant contraires en fait sur tous ces postes, sauf un (qui sera cependant à recalculer selon son assiette finale) et la cour ne possédant pas tous les éléments à la fois contradictoires et techniques d'appréciation utiles à la solution du litige, le recours à une mesure d'expertise s'impose en application de l'article 146 alinéa 1 du code de procédure civile aux frais avancés de la Sas Gagne dans l'intérêt de laquelle elle est instituée,

Alors que les parties liées par un contrat de sous-traitance à prix forfaitaire peuvent conventionnellement subordonner le droit du sous-traitant au paiement des travaux supplémentaires à l'existence d'un avenant ; qu'en l'espèce, la société Edificandi a soutenu que le contrat conclu avec la société Gagne avait été soumis à l'application de la norme Afnor NF P 03-001, et que sa requalification en contrat de sous-traitance, qui n'avait pas pour effet d'écarter l'ensemble des stipulations contractuelles, mais seulement de faire application des règles d'ordre public correspondantes, ne pouvait donc pas remettre en cause l'application de cette norme contractualisée (concl. d'appel, p. 3, § 4 ; p. 12, § 9-12 ; p. 13, § 1-6) ; qu'elle a également soutenu que le marché à forfait conclu avec la société Gagne subordonnait le droit de celle-ci au paiement des travaux supplémentaires à l'existence d'un avenant, prévue par l'article 9.1.1 de la norme Afnor NF P 03-001, et non à un simple accord de l'entrepreneur principal (concl. d'appel, p. 22, § 8) ; que pour limiter la mission d'expertise ordonnée relative aux travaux supplémentaires réalisés par la société Gagne à l'examen de la seule existence d'un accord de la société Edificandi, et d'un avenant signé entre elle et la société Novaoutlet, et non d'un avenant intervenu entre les sociétés Edificandi et Gagne, la cour d'appel s'est fondée sur l'inapplicabilité de l'article 1793 du code civil aux rapports entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, et la subordination consécutive du droit du sous-traitant au paiement de ses travaux supplémentaires à la seule exigence d'un accord de l'entrepreneur principal ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y a été invitée, si nonobstant l'inapplicabilité de l'article 1793 du code civil à un contrat de sous-traitance, le marché à forfait conclu entre les sociétés Edificandi et Gagne ne subordonnait pas le droit de celle-ci au paiement des travaux supplémentaires à l'existence d'un avenant, et non à un simple accord de l'entrepreneur principal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'ancien article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable en la cause, et de l'article 1793 du code civil.