

**Cour de cassation**

**chambre civile 3**

**Audience publique du 4 février 2016**

**N° de pourvoi: 14-29837**

ECLI:FR:CCASS:2016:C300161

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Chauvin (président), président**

SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Vincent et Ohl, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur les deux moyens, réunis :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 9 octobre 2014), rendu en référé, que l'EHPAD La Chaumière (l'EHPAD), qui gère une maison de retraite publique, a entrepris de faire procéder à la restructuration-extension de cet établissement ; que le lot n° 7 « menuiseries extérieures et occultation » a été confié à la société Armor alu pour un montant de 529 485, 06 euros ; que la société Armor alu a souscrit une garantie à première demande auprès de la société BTP Banque au profit de l'EHPAD à hauteur de 5 % du montant du marché ; qu'un avenant n° 1 a été régularisé pour un montant supplémentaire de 10 184, 90 euros ; que la société Armor alu a souscrit une nouvelle garantie à première demande à hauteur de 5 % du montant de cet avenant ; que six états d'acompte et une avance forfaitaire ont été réglés à la société Armor alu pour un montant total de 223 560, 76 euros ; que, la société Armor alu ayant été mise en liquidation judiciaire, l'EHPAD a mis en oeuvre la garantie à première demande et demandé à la société BTP Banque le règlement de la somme totale de 26 983, 49 euros ; que la réception des travaux est intervenue avec réserves le 5 juin 2012 ; qu'en l'état du refus de la société BTP Banque de lui régler la somme de 26, 983, 49 euros, l'EHPAD l'a assignée en paiement de cette somme à titre de provision ;

Attendu que la société BTP Banque fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen :

1°/ que, selon l'article 102 du code de procédure civile, la garantie à première demande substituant la retenue de garantie prévue à l'article 101 du même code ont le même objet, la garantie ne pouvant être appelée que si le bénéficiaire est en mesure de démontrer l'existence d'une créance certaine et exigible ; que la retenue en nature n'est constituée que graduellement par prélèvement d'un montant correspondant au maximum à 5 % de

chaque acompte effectivement payé ; qu'en jugeant que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité à 5 % des acomptes effectivement versés, mais à 5 % du marché, la cour d'appel a violé l'article 102 du code des marchés publics ;

2°/ que la garantie, qualifiée de garantie à première demande, prévue par les articles 101 et 102 du code des marchés publics en substitution de la retenue de garantie, présente un caractère accessoire en ce qu'elle a le même objet que la retenue remplacée ; qu'en jugeant néanmoins que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité à 5 % des acomptes effectivement versés, mais à 5 % du marché, la cour d'appel a violé l'article 102 du code des marchés publics, ensemble, par fausse application, l'article 2321 du code civil ;

3°/ que la mise en oeuvre d'une garantie autonome peut être subordonnée à la production de justificatifs ; qu'en jugeant néanmoins que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité à 5 % des acomptes effectivement versés, mais à 5 % du marché, quand la retenue de garantie remplacée n'était constituée que graduellement par prélèvement d'un montant correspondant au maximum à 5 % de chaque acompte effectivement payé, la cour d'appel a violé l'article 2321 du code civil ;

4°/ que, s'il appartient au juge des référés de prendre des mesures qui ne se heurtent à aucune constatation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend, il n'entre pas dans ses pouvoirs de se prononcer sur le fond du droit ; qu'au regard de la particularité de la garantie prévue par l'article 102 du code des marchés publics qui lui assigne un objet identique à la retenue de garantie de l'article 101 du même code, l'évaluation montant dû à première demande était sérieusement contestable ; qu'en jugeant que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité à 5 % des acomptes effectivement versés, ce qui était incontestable et non contesté, mais en tenant pour acquis qu'elle était due à hauteur de 5 % du marché, la cour d'appel a tranché une contestation sérieuse en violation de l'article 808 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a retenu, à bon droit, sans trancher une contestation sérieuse, que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité aux sommes effectivement versées à la société Armor alu mais à 5 % du montant du marché ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société BTP Banque aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société BTP Banque et la condamne à payer à l'EHPAD la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatre février deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils, pour la société Banque du bâtiment et des travaux publics

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BTP Banque à régler à l'EHPAD la somme de 26. 983, 49 € au titre des garanties à première demande ;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « l'article 102 du code des marchés publics stipule : « la retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent » ; que l'article 101 du même code dispose que « le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des

avenants » ; que le montant est fixé dans la convention signée par les parties dans le respect des dispositions sus indiquées, et dans la mesure où la garantie est une garantie autonome au marché public, son montant est déterminé en lui-même, c'est-à-dire sans référence à l'obligation principale stipulé par le marché ; qu'en l'espèce, le montant de la garantie à première demande est celui fixé dans les deux actes des 4 octobre 2011 et 18 janvier 2012 ; que le montant dû par la Société garantie est de 71. 502, 12 € et l'organisme garant doit donc verser la somme de 26. 983, 49 € qui constitue un forfait dès lors qu'il remplit les conditions fixées et ne peut-être envisagé hors taxes ; qu'en conséquence, les règles revendiquées par la BTP Banque n'ont pas vocation à s'appliquer comme elle indique, au risque d'ailleurs de contradictions puisque les demandes seraient alors purement et simplement irrecevables ; qu'ainsi, le montant de la garantie est fixé par rapport au montant du marché dans son ensemble dans la convention signée par les parties et le montant est forfaitairement versé dès lors que le coût des travaux de reprise n'excède pas la somme fixée de manière contractuelle et il ne peut existe en conséquence de contestation sérieuse, étant précisé que le liquidateur a été régulièrement convoqué à la réception des travaux ; que par ailleurs, une fois la demande présentée dans les formes requises, le paiement doit intervenir dans les 15 jours de la transmission des pièces et il suffit que le certificat administratif indique les réserves formulées dans le procès-verbal de réception et en chiffre la réparation pour que le paiement soit dû ; qu'en cas de retard injustifié à l'exécution de la garantie, le garant court le risque d'être condamné à des dommages-intérêts ; qu'au vu de ces considérations et de ces éléments, il convient de recevoir l'EHPAD en sa demande principale, de le débouter cependant de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour résistance abusive formulée dans ses dernières écritures, et de lui allouer au titre de l'article 700 du code de procédure civile la somme de 1. 500 €, la défenderesse étant déboutée de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions » ;

ET AUX MOTIFS PROPRES QUE : « l'appelante soutient qu'en l'absence de procès-verbal régulier de réception des travaux et de réserves, les demandes du maître d'ouvrage relèvent d'un domaine extérieur à celui affecté à la garantie en cause, régie par les articles 101 et 102 du code des marchés publics de sorte qu'il existe de ce premier chef une contestation sérieuse ; qu'elle soutient qu'en toute hypothèse, le montant de la garantie à première demande en l'espèce excédait la somme de 8. 457, 27 € hors taxes ; que l'EHPAD la Chaumière réplique que la réception est intervenue au contradictoire de Me X... mandataire judiciaire de la société ARMOR ALU lequel régulièrement convoqué, n'a pas comparu ; que l'intimé fait valoir que la garantie à première demande est une garantie autonome du marché public dont le montant est déterminé en lui-même, c'est-à-dire sans référence à l'obligation principale stipulée par le marché ; qu'il estime que le montant de la garantie est forfaitairement versé dès lors que le coût des travaux de reprise de cette la somme fixée de manière contractuelle, de sorte qu'en l'espèce l'obligation de la BTP BANQUE n'est contestable ni en son principe ni en son montant à hauteur de la somme retenue de 26. 983, 49 € ; qu'il soutient que la garantie à première demande est un contrat autonome distinct de la garantie d'achèvement et que la BTP BANQUE a de mauvaise foi refusé de payer, ce qui justifie l'allocation d'une provision à valoir sur la réparation du préjudice subi de ce chef ; qu'en l'espèce le montant de la garantie à première demande a été forfaitairement fixé par rapport au montant du marché dans son ensemble, y compris l'avenant, conformément à l'article 102 du code des marchés publics ; que contrairement à ce que soutient l'appelante, le montant de la garantie à première demande, n'est pas limité aux sommes effectivement versées à la société ARMOR ALU mais à 5 % TTC le montant du marché de cette société ; qu'il est établi que Me X... mandataire judiciaire de la société ARMOR ALU a signé le 5 juin 2012, le procès-verbal de constat des ouvrages exécutés emportant ainsi réception des ouvrages, ave réserves mentionnées dans le procès-verbal de constat d'huissier du 24

avril 2012 ; que le montant des travaux nécessaires à la levée des réserves a été évalué le 22 novembre 2012 par l'architecte de l'opération, à la somme de 73. 844, 63 € TTC, avec un relevé détaillé ; qu'ainsi l'obligation de la société BTP BANQUE au titre de la garantie à première demande souscrite ne se heurte à aucune contestation sérieuse à hauteur de la somme provisionnelle totale de 26. 983, 49 € soit 509, 24 € + 26. 475, 25 € ; que l'ordonnance déférée doit en conséquence être confirmée du chef de la condamnation de la société BTP BANQUE au paiement à titre provisionnel de la somme de 26. 983, 49 € outre intérêts au taux légal à compter du 12 juin 2012 » ;

ALORS 1/ QUE : selon l'article 102 du code de procédure civile, la garantie à première demande substituant la retenue de garantie prévue à l'article 101 du même code ont le même objet, la garantie ne pouvant être appelée que si le bénéficiaire est en mesure de démontrer l'existence d'une créance certaine et exigible ; que la retenue en nature n'est constituée que graduellement par prélèvement d'un montant correspondant au maximum à 5 % de chaque acompte effectivement payé ; qu'en jugeant que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité à 5 % des acomptes effectivement versés, mais à 5 % du marché, la cour d'appel a violé l'article 102 du code des marchés publics ; ALORS 2/ QUE : la garantie, qualifiée de garantie à première demande, prévue par les articles 101 et 102 du code des marchés publics en substitution de la retenue de garantie, présente un caractère accessoire en ce qu'elle a le même objet que la retenue remplacée ; qu'en jugeant néanmoins que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité à 5 % des acomptes effectivement versés, mais à 5 % du marché, la cour d'appel a violé l'article 102 du code des marchés publics, ensemble, par fausse application, l'article 2321 du code civil ;

ALORS 3/ QUE : en toute hypothèse, la mise en oeuvre d'une garantie autonome peut être subordonnée à la production de justificatifs ; qu'en jugeant néanmoins que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité à 5 % des acomptes effectivement versés, mais à 5 % du marché, quand la retenue de garantie remplacée n'était constituée que graduellement par prélèvement d'un montant correspondant au maximum à 5 % de chaque acompte effectivement payé, la cour d'appel a violé l'article 2321 du code civil.

#### SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BTP Banque à régler à l'EHPAD la somme de 26. 983, 49 € au titre des garanties à première demande ;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « l'article 102 du code des marchés publics stipule : « la retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent » ; que l'article 101 du même code dispose que « le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants » ; que le montant est fixé dans la convention signée par les parties dans le respect des dispositions sus indiquées, et dans la mesure où la garantie est une garantie autonome au marché public, son montant est déterminé en lui-même, c'est-à-dire sans référence à l'obligation principale stipulé par le marché ; qu'en l'espèce, le montant de la garantie à première demande est celui fixé dans les deux actes des 4 octobre 2011 et 18 janvier 2012 ; que le montant dû par la Société garantie est de 71. 502, 12 € et l'organisme garant doit donc verser la somme de 26. 983, 49 € qui constitue un forfait dès lors qu'il remplit les conditions fixées et ne peut-être envisagé hors taxes ; qu'en conséquence, les règles revendiquées par la BTP Banque n'ont pas vocation à s'appliquer comme elle indique, au risque d'ailleurs de contradictions puisque les demandes seraient alors purement et simplement irrecevables ; qu'ainsi, le montant de la garantie est fixé par rapport au montant du marché dans son ensemble dans la convention signée par les parties et le montant est forfaitairement versé dès lors que le coût des travaux de reprise

n'excède pas la somme fixée de manière contractuelle et il ne peut exister en conséquence de contestation sérieuse, étant précisé que le liquidateur a été régulièrement convoqué à la réception des travaux ; que par ailleurs, une fois la demande présentée dans les formes requises, le paiement doit intervenir dans les 15 jours de la transmission des pièces et il suffit que le certificat administratif indique les réserves formulées dans le procès-verbal de réception et en chiffre la réparation pour que le paiement soit dû ; qu'en cas de retard injustifié à l'exécution de la garantie, le garant court le risque d'être condamné à des dommages-intérêts ; qu'au vu de ces considérations et de ces éléments, il convient de recevoir l'EHPAD en sa demande principale, de le débouter cependant de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour résistance abusive formulée dans ses dernières écritures, et de lui allouer au titre de l'article 700 du code de procédure civile la somme de 1. 500 €, la défenderesse étant déboutée de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions » ;

ET AUX MOTIFS PROPRES QUE : « l'appelante soutient qu'en l'absence de procès-verbal régulier de réception des travaux et de réserves, les demandes du maître d'ouvrage relèvent d'un domaine extérieur à celui affecté à la garantie en cause, régie par les articles 101 et 102 du code des marchés publics de sorte qu'il existe de ce premier chef une contestation sérieuse ; qu'elle soutient qu'en toute hypothèse, le montant de la garantie à première demande en l'espèce excédait la somme de 8. 457, 27 € hors taxes ; que l'EHPAD la Chaumière réplique que la réception est intervenue au contradictoire de Me X... mandataire judiciaire de la société ARMOR ALU lequel régulièrement convoqué, n'a pas comparu ; que l'intimé fait valoir que la garantie à première demande est une garantie autonome du marché public dont le montant est déterminé en lui-même, c'est-à-dire sans référence à l'obligation principale stipulée par le marché ; qu'il estime que le montant de la garantie est forfaitairement versé dès lors que le coût des travaux de reprise de cette la somme fixée de manière contractuelle, de sorte qu'en l'espèce l'obligation de la BTP BANQUE n'est contestable ni en son principe ni en son montant à hauteur de la somme retenue de 26. 983, 49 € ; qu'il soutient que la garantie à première demande est un contrat autonome distinct de la garantie d'achèvement et que la BTP BANQUE a de mauvaise foi refusé de payer, ce qui justifie l'allocation d'une provision à valoir sur la réparation du préjudice subi de ce chef ; qu'en l'espèce le montant de la garantie à première demande a été forfaitairement fixé par rapport au montant du marché dans son ensemble, y compris l'avenant, conformément à l'article 102 du code des marchés publics ; que contrairement à ce que soutient l'appelante, le montant de la garantie à première demande, n'est pas limité aux sommes effectivement versées à la société ARMOR ALU mais à 5 % TTC le montant du marché de cette société ; qu'il est établi que Me X... mandataire judiciaire de la société ARMOR ALU a signé le 5 juin 2012, le procès-verbal de constat des ouvrages exécutés emportant ainsi réception des ouvrages, avec réserves mentionnées dans le procès-verbal de constat d'huissier du 24 avril 2012 ; que le montant des travaux nécessaires à la levée des réserves a été évalué le 22 novembre 2012 par l'architecte de l'opération, à la somme de 73. 844, 63 € TTC, avec un relevé détaillé ; qu'ainsi l'obligation de la société BTP BANQUE au titre de la garantie à première demande souscrite ne se heurte à aucune contestation sérieuse à hauteur de la somme provisionnelle totale de 26. 983, 49 € soit 509, 24 € + 26. 475, 25 € ; que l'ordonnance déférée doit en conséquence être confirmée du chef de la condamnation de la société BTP BANQUE au paiement à titre provisionnel de la somme de 26. 983, 49 € outre intérêts au taux légal à compter du 12 juin 2012 » ;

ALORS QUE : s'il appartient au juge des référés de prendre des mesures qui ne se heurtent à aucune constatation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend, il n'entre pas dans ses pouvoirs de se prononcer sur le fond du droit ; qu'au regard de la particularité de la garantie prévue par l'article 102 du code des marchés publics qui lui assigne un objet identique à la retenue de garantie de l'article 101 du même code,

l'évaluation montant dû à première demande était sérieusement contestable ; qu'en jugeant que le montant de la garantie à première demande n'était pas limité à 5 % des acomptes effectivement versés, ce qui était incontestable et non contesté, mais en tenant pour acquis qu'elle était due à hauteur de 5 % du marché, la cour d'appel a tranché une contestation sérieuse en violation de l'article 808 du code de procédure civile.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Rennes , du 9 octobre 2014