

**Cour de cassation**

**Chambre civile 3**

**Audience publique du 18 mai 2017**

**N° de pourvoi: 16-10.719**

ECLI:FR:CCASS:2017:C300551

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Chauvin (président), président**

Me Le Prado, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Le Griel, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 27 octobre 2015), que la société Vauban développement réalisations (Vauban) a confié l'aménagement d'un parc d'activités à la société EM2C construction Sud-Est (EM2C), qui a sous-traité des travaux à la société Sacer Sud-Est (Sacer), aux droits de laquelle vient la société Colas Midi Méditerranée (Colas) ; que, l'entrepreneur principal ayant été placé sous procédure de sauvegarde, le sous-traitant a assigné, en sa qualité de caution, la Société générale qui a appelé en garantie le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal représenté par ses mandataires ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal du sous-traitant et le premier moyen du pourvoi incident du maître de l'ouvrage, réunis :

Attendu que le sous-traitant et le maître de l'ouvrage font grief à l'arrêt de déclarer recevable le recours subrogatoire de la Société générale et de condamner la société Vauban à payer à la banque la somme de 131 085,69 euros, alors, selon le moyen :

1°/ que suivant l'article 2036 du code civil, la caution qui a payé le débiteur n'est subrogée que dans les droits qu'avait le créancier contre son débiteur ; qu'en statuant comme elle l'a fait, cependant que la banque avait, suivant ses propres constatations, fourni le cautionnement de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 au sous-traitant, et exerçait son recours subrogatoire contre, non pas le sous-traitant, débiteur principal, mais contre le

maître de l'ouvrage, qui n'était pas le débiteur garanti, la cour d'appel a violé la disposition susvisée, ensemble l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 ;

2°/ que la banque qui a fourni la caution exigée par l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 et a payé le sous-traitant, n'acquiert pas, par l'effet de la subrogation, l'action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage, garantie de paiement exclusivement réservée au sous-traitant ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a donc violé la disposition susvisée, ensemble l'article 1251, 3° du code civil ;

3°/ que pour être recevable à exercer l'action directe en paiement, le sous-traitant doit avoir été accepté et ses conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage, ces deux conditions étant cumulatives ; que si l'acceptation et l'agrément peuvent être tacites, ils doivent résulter d'actes manifestant sans équivoque la volonté du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant et d'agréer ses conditions de paiement ; que la simple connaissance par le maître de l'ouvrage de l'existence d'un sous-traitant ne suffit pas à caractériser cette volonté ; qu'en se fondant néanmoins, pour retenir une prétendue acceptation tacite du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, sur la simple connaissance qu'avait eue ce dernier du contrat de sous-traitance par suite d'une mise en demeure de l'entrepreneur principal par le sous-traitant, la cour d'appel a violé les articles 3 et 12 de la loi du 31 décembre 1975 ;

4°/ qu'en se fondant néanmoins, pour retenir une acceptation tacite du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, sur des lettres du maître de l'ouvrage indiquant au sous-traitant, à réception d'une copie de la mise en demeure de l'entrepreneur principal, qu'il mettait quant à lui en demeure ce dernier de faire accepter son intervention et agréer ses conditions de paiement, cependant que de tels documents n'attestaient pas des actes manifestant sans équivoque la volonté du maître de l'ouvrage une fois que l'entrepreneur principal aurait accompli ses obligations légales et l'aurait mis en mesure de s'exprimer sur l'intervention et les conditions de paiement du sous-traitant, la cour d'appel a violé derechef les textes précités ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le maître de l'ouvrage avait eu connaissance du contrat de sous-traitance par la mise en demeure du 30 septembre 2009 et qu'à cette date il avait bloqué les sommes restant dues à l'entrepreneur principal, la cour d'appel a retenu à bon droit qu'après acceptation tacite du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, la banque, qui avait fourni le cautionnement prévu à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, était subrogée, après paiement, dans les droits et actions du sous-traitant et fondée à exercer l'action directe dont disposait celui-ci contre le maître de l'ouvrage ;

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

Sur le second moyen du pourvoi principal du sous-traitant et le second moyen du pourvoi incident du maître de l'ouvrage, réunis, ci-après annexés :

Attendu que la société Colas et la société Vauban font grief à l'arrêt de condamner celle-ci

à payer à la Société générale la somme de 131 085,69 euros ;

Mais attendu que, la société Colas n'ayant pas soutenu devant les juges du fond que le recours subrogatoire de la Société générale viendrait en conflit avec un recours personnel qu'elle aurait elle-même formé contre la société Vauban, ou que cette société restait lui devoir une certaine somme, le moyen est nouveau, mélangé de fait et de droit, et, partant, irrecevable ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de la banque :

Attendu que la Société générale fait grief à l'arrêt de condamner la société Vauban à lui payer la seule somme de 131 085,69 euros, alors, selon le moyen, que les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal, à la date de réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 ; qu'il n'est établi, à cet égard, aucune distinction suivant l'origine des prestations fournies au titre du marché principal ; qu'en excluant en conséquence de l'assiette du recours de la Société générale les sommes versées par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal, postérieurement à la réception de la mise en demeure susvisée, au motif que ces sommes avaient été payées en exécution d'un contrat distinct du marché sous-traité, la cour d'appel a violé l'article 13 de la loi du 31 décembre 1975 ;

Mais attendu qu'ayant constaté que l'entrepreneur principal avait reçu en paiement du maître de l'ouvrage la somme totale de 335 292,09 euros entre le 16 octobre 2009 et le 22 septembre 2010 et que les autres paiements effectués par le maître de l'ouvrage correspondaient aux sommes payées en exécution d'un contrat de maîtrise d'oeuvre conclu le 30 juillet 2007 avec la société EM2C, la cour d'appel a pu en déduire que l'assiette de l'action directe du sous-traitant était limitée au marché pour lequel il était intervenu et décider que la Société générale n'était pas fondée à réclamer les sommes payées en exécution d'un contrat distinct du marché sous-traité ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Laisse à chaque demandeur la charge des dépens afférents à son pourvoi ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-huit mai deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour la société Colas Midi-Méditerranée.

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

LE MOYEN reproche à l'arrêt attaqué,

D'AVOIR déclaré recevable le recours subrogatoire de la Société générale, infirmé en conséquence le jugement critiqué en ce qu'il a condamné la société Vauban développement réalisations à payer à la société Sacer Sud Est la somme de 82 096,33 euros outre intérêts, et, statuant à nouveau, condamné la société Vauban développement réalisations à payer à la Société générale la somme de 131 085,69 euros, outre intérêts au taux légal.

AUX MOTIFS QUE « sur l'action subrogatoire de la Société générale, devant le tribunal, la Société générale demandait la mise en jeu de l'action directe du sous-traitant préalablement à l'exécution de son engagement de caution, formait un appel en garantie contre la société VDR à laquelle elle reprochait de ne pas avoir réglé les sommes dues au titre de l'action directe à la société Sacer, et formait une demande reconventionnelle à l'encontre de celle-ci en lui reprochant d'avoir attendu le 10 décembre 2009 pour exercer son action directe relative à la facture du 24 août 2009 ; que la Société générale, qui ne conteste pas le jugement l'ayant condamnée à payer la somme de 700 000 euros au titre de son engagement de caution et qui l'a exécuté, n'a relevé appel que pour exercer son action subrogatoire à l'encontre de la société VDR ; que la banque, ayant fourni le cautionnement de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 au sous-traitant, se trouve subrogée dans les droits et actions de celui-ci et peut non seulement poursuivre l'entrepreneur principal, mais aussi mettre en jeu l'action directe contre le maître de l'ouvrage dont dispose le sous-traitant ; que le recours subrogatoire de la Société générale, qui tend bien aux mêmes fins que l'appel en garantie formé en première instance, est par conséquent recevable en cause d'appel ; que la société VDR précise, sans être contestée sur ce point, qu'elle n'a eu connaissance du contrat de sous-traitance entre EM2C et Sacer que par la mise en demeure du 30 septembre 2009 ; qu'elle a répondu le 12 octobre 2009 qu'elle mettait en demeure l'entreprise principale de s'acquitter de ses obligations légales à l'égard de son sous-traitant (faire accepter son intervention et agréer ses conditions de paiement) et qu'elle bloquait à toutes fins les sommes qu'elle restait devoir à la société EM2C ; que ses réponses ont été identiques après réception des mises en demeures suivantes adressées par Sacer à EM2C ; qu'il convient dans ces conditions de considérer qu'il y a eu acceptation tacite du sous-traitant permettant l'exercice de l'action directe mais à compter seulement de la mise en demeure du 30 septembre 2009 ; qu'or, à cette date, selon les factures versées aux débats, la société VDR avait déjà payé à EM2C la majeure partie des sommes réclamées par Sacer (avancement de 97%) ; que l'action subrogatoire de la Société générale est dès lors nécessairement limitée aux sommes que le maître de l'ouvrage n'avait pas encore versées à EM2C » ;

1°/ALORS, d'une part, QUE, suivant l'article 2036 du code civil, la caution qui a payé le débiteur n'est subrogée que dans les droits qu'avait le créancier contre son débiteur ; qu'en statuant comme elle l'a fait, cependant que la banque avait, suivant ses propres constatations, fourni le cautionnement de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 au sous-traitant, et exerçait son recours subrogatoire contre, non pas le sous-traitant, débiteur principal, mais contre le maître de l'ouvrage, qui n'était pas le débiteur garanti, la cour d'appel a violé la disposition susvisée, ensemble l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 ;

2°/ALORS, d'autre part et en toute hypothèse, QUE la banque qui a fourni la caution exigée par l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 et a payé le sous-traitant, n'acquiert pas, par l'effet de la subrogation, l'action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage, garantie de paiement exclusivement réservée au sous-traitant ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a donc violé la disposition susvisée, ensemble l'article 1251, 3° du code civil.

## SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

LE MOYEN reproche à l'arrêt attaqué,

D'AVOIR infirmé le jugement critiqué en ce qu'il a condamné la société Vauban développement réalisations à payer à la société Sacer Sud Est la somme de 82 096,33 euros outre intérêts, et, statuant à nouveau, condamné la société Vauban développement réalisations à payer à la Société générale la somme de 131 085,69 euros, outre intérêts ;

AUX MOTIFS QUE « sur les sommes payées à EM2C postérieurement à l'action directe de la société Sacer, la banque fait valoir que la société EM2C a reçu en paiement de VDR la somme totale de 335 292,09 euros entre le 16 octobre 2009 et le 22 septembre 2010 ; que le maître de l'ouvrage, s'il admet avoir effectivement payé le 22 septembre 2010 la somme de 151 814,36 euros TTC restant due à EM2C, justifie que les autres paiements correspondent aux sommes payées en exécution du contrat de maîtrise d'oeuvre conclu le 30 juillet 2007 avec EM2C ; que les obligations du maître de l'ouvrage étant limitées à ce qu'il doit au titre du marché principal duquel résulte la créance du sous-traitant, la Société générale n'est pas fondée à réclamer dans le cadre de son action récursoire les sommes payées en exécution d'un contrat distinct du marché sous-traité ; que la Société générale ne peut donc réclamer à la société VDR que la dite somme de 151 814,36 euros ; que, sur le montant des sommes dues par la société VDR à la date de l'assignation (1er avril 2010), au 30 juin 2009, il restait dû à EM2C : 8 575 928,09 (montant du marché) – 8 187 564,55 (sommes payées) = 388 364,54 euros HT ; que, de ce montant, VDR déduit la somme de 257 277,85 euros HT correspondant à la retenue de garantie qui n'est pas due à EM2C dès lors que cette entreprise n'a pas achevé le chantier et n'a pas procédé à la levée des réserves. Par conséquent, la Société générale ne peut prétendre qu'au versement de la somme restant due à Sacer, soit 131 085,69 euros HT ; que VDR justifie avoir conclu le 29 juin 2010 directement avec Sacer, en raison de la défaillance de la société EM2C, un marché portant sur les travaux destinés à la levée des réserves liées

aux malfaçons et imperfections et de celles liées aux travaux reportés, outre des travaux supplémentaires nécessaires à la bonne finition du Parc ; que la Société générale considère que c'est le prix de ces travaux exécutés par Sacer pour achever l'opération qu'il y a lieu de déduire du solde du marché. Or, il s'agit d'un marché distinct, conclu directement entre le maître de l'ouvrage et la société Sacer qui ne peut avoir d'incidence sur la procédure d'action directe, même s'il peut apparaître anormal à la caution que la Sacer ait été payée en plus pour effectuer les travaux de levée des réserves affectant les travaux qu'elle avait réalisés en sous-traitance. Mais selon le DGD d'EM2C du 15 juin 2010, il apparaît que le montant convenu pour la levée des réserves de Sacer ne s'élève qu'à 48 000 euros HT, alors que le poste travaux initialement prévus mais reportés s'élève à 116 879,86 euros HT ; que la somme due par VDR à la date de l'assignation est donc équivalente à la somme payée le 22 septembre 2010 par VDR à EM2C en violation de l'action directe, ces sommes ne devant pas être cumulées comme le fait la Société générale ; qu'en égard à l'évolution du litige, le jugement doit être infirmé en ce qu'il a condamné la société VDR à payer à la société Sacer la somme de 82 096,33 euros outre intérêts ; que la société VDR est ainsi condamnée à payer à la Société générale, subrogée dans les droits de la société Sacer, la somme de 131 décembre 2009 ».

ALORS QUE, suivant l'article 1252 du code civil, la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie, lequel, en ce cas, peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ; qu'en donnant effet au recours subrogatoire exercé par la banque ayant, suivant ses propres constatations, fourni le cautionnement de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 au sous-traitant, contre le maître de l'ouvrage, sans relever si le sous-traitant avait été payé intégralement, la cour d'appel a violé la disposition susvisée, ensemble l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat aux Conseils pour la Société générale.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société VDR à payer à la SOCIETE GENERALE la seule somme de 131.085,69 €, outre intérêts au taux légal à compter du 15 décembre 2009 ;

AUX MOTIFS QUE « la banque fait valoir que la société EM2C a reçu en paiement de VDR la somme totale de 335 292,09 € entre le 16 octobre 2009 et le 22 septembre 2010. Le maître de l'ouvrage, s'il admet avoir effectivement payé le 22 septembre 2010 la somme de 151 814,36 € TTC restant due à EM2C, justifie que les autres paiements correspondent aux sommes payées en exécution du contrat de maîtrise d'oeuvre conclu le 30 juillet 2007 avec EM2C. Les obligations du maître de l'ouvrage étant limitées à ce qu'il doit au titre du marché principal duquel il résulte la créance du sous-traitant, la SOCIETE GENERALE n'est pas fondée à réclamer dans le cadre de son action récursoire les sommes payées en exécution d'un contrat distinct du marché sous-traité » ;

ALORS QUE les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal, à la date de réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 ; qu'il n'est établi, à cet égard, aucune distinction suivant l'origine des prestations fournies au titre du marché principal ; qu'en excluant en

conséquence de l'assiette du recours de la SOCIETE GENERALE les sommes versées par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal, postérieurement à la réception de la mise en demeure susvisée, au motif que ces sommes avaient été payées en exécution d'un contrat distinct du marché sous-traité, la Cour d'appel a violé l'article 13 de la loi du 31 décembre 1975.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat aux Conseils pour la société Vauban développement.

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué D'AVOIR déclaré recevable le recours subrogatoire de la Société générale, D'AVOIR infirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait condamné la société Vauban Développement à payer à la société Sacer (Colas) la somme de 82.096,33 €, outre intérêts et D'AVOIR, statuant à nouveau, condamné la société Vauban Développement à payer à la Société générale la somme de 131.085,69 €, outre intérêts au taux légal à compter du 15 décembre 2009 ;

AUX MOTIFS QUE devant le tribunal, la Société générale demandait la mise en jeu de l'action directe du sous-traitant préalablement à l'exécution de son engagement de caution, formait un appel en garantie contre la société Vauban Développement à laquelle elle reprochait de ne pas avoir réglé les sommes dues au titre de l'action directe à la société Sacer (Colas), et formait une demande reconventionnelle à l'encontre de celle-ci en lui reprochant d'avoir attendu le 10 décembre 2009 pour exercer son action directe relative à la facture du 24 août 2009 ; que la Société générale, qui ne conteste pas le jugement l'ayant condamnée à payer la somme de 700.000 € au titre de son engagement de caution et qui l'a exécuté, n'a relevé appel que pour exercer son action subrogatoire à l'encontre de la société Vauban Développement; que la banque, ayant fourni le cautionnement de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 au sous-traitant, se trouve subrogée dans les droits et actions de celui-ci et peut non seulement poursuivre l'entrepreneur principal, mais aussi mettre en jeu l'action directe contre le maître de l'ouvrage dont dispose le sous-traitant ; que le recours subrogatoire de la Société générale, qui tend bien aux mêmes fins que l'appel en garantie formé en première instance, est par conséquent recevable en cause d'appel ; que la société Vauban Développement précise, sans être contestée sur ce point, qu'elle n'a eu connaissance du contrat de sous-traitance entre EM2C et Sacer (Colas) que par la mise en demeure du 30 septembre 2009 ; qu'elle a répondu le 12 octobre 2009 qu'elle mettait en demeure l'entreprise principale de s'acquitter de ses obligations légales à l'égard de son sous-traitant (faire accepter son intervention et agréer ses conditions de paiement) et qu'elle bloquait à toutes fins les sommes qu'elle restait devoir à la société EM2C ; que ses réponses ont été identiques après réception des mises en demeures suivantes adressées par Sacer (Colas) à EM2C ; qu'il convient dans ces conditions de considérer qu'il y a eu acceptation tacite du sous-traitant permettant l'exercice de l'action directe mais à compter seulement de la mise en demeure du 30 septembre 2009 ; qu'à cette date, selon les factures versées aux débats, la société Vauban Développement avait déjà payé à EM2C la majeure partie des sommes réclamées par Sacer (Colas) (avancement de 97%) ; que l'action subrogatoire de la Société générale est dès lors nécessairement limitée aux sommes que le maître de l'ouvrage n'avait pas encore versées à EM2C (arrêt, p. 5) ;

ALORS QUE le subrogé ne peut exercer contre le débiteur les droits et garanties exclusivement attachés à la personne du créancier subrogeant ; que l'action directe prévue à l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, conférée au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, est une action exclusivement attachée à la personne dudit sous-traitant, de sorte que celui qui s'est porté, en application de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, caution des sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, ne peut exercer à titre subrogatoire cette action directe ; qu'en retenant néanmoins que la Société générale, ayant fourni le cautionnement de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, se trouvait subrogée dans les droits et actions du sous-traitant et pouvait non seulement poursuivre l'entrepreneur principal, mais aussi mettre en jeu l'action directe contre le maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé l'article 1251, 3°, du code civil, ensemble les textes précités ;

ALORS, EN TOUT ÉTAT DE CAUSE, QUE si la caution qui a payé la dette au créancier est subrogée dans les droits qu'avait ledit créancier contre le débiteur, celui qui s'est porté, en application de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, caution des « sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant », n'est subrogé que dans les droits de ce dernier contre l'entrepreneur et ne peut donc exercer à titre subrogatoire l'action directe en paiement conférée au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage par l'article 12 de ladite loi ; qu'en retenant néanmoins que la Société générale, ayant fourni le cautionnement de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, se trouvait subrogée dans les droits et actions du sous-traitant et pouvait non seulement poursuivre l'entrepreneur principal, mais aussi mettre en jeu l'action directe contre le maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé les textes précités, ensemble l'article 2306 du code civil ;

ET AUX MOTIFS QUE le recours subrogatoire de la Société générale, qui tend bien aux mêmes fins que l'appel en garantie formé en première instance, est par conséquent recevable en cause d'appel ; que la société Vauban Développement précise, sans être contestée sur ce point, qu'elle n'a eu connaissance du contrat de sous-traitance entre EM2C et Sacer (Colas) que par la mise en demeure du 30 septembre 2009 ; qu'elle a répondu le 12 octobre 2009 qu'elle mettait en demeure l'entreprise principale de s'acquitter de ses obligations légales à l'égard de son sous-traitant (faire accepter son intervention et agréer ses conditions de paiement) et qu'elle bloquait à toutes fins les sommes qu'elle restait devoir à la société EM2C ; que ses réponses ont été identiques après réception des mises en demeures suivantes adressées par Sacer (Colas) à EM2C ; qu'il convient dans ces conditions de considérer qu'il y a eu acceptation tacite du sous-traitant permettant l'exercice de l'action directe mais à compter seulement de la mise en demeure du 30 septembre 2009 ; qu'à cette date, selon les factures versées aux débats, la société Vauban Développement avait déjà payé à EM2C la majeure partie des sommes réclamées par Sacer (Colas) (avancement de 97%) ; que l'action subrogatoire de la Société générale est dès lors nécessairement limitée aux sommes que le maître de l'ouvrage n'avait pas encore versées à EM2C (arrêt, p. 5) ;

ALORS, EN TOUT ÉTAT DE CAUSE, QUE pour être recevable à exercer l'action directe en paiement, le sous-traitant doit avoir été accepté et ses conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage, ces deux conditions étant cumulatives ; que si l'acceptation et l'agrément peuvent être tacites, ils doivent résulter d'actes manifestant sans équivoque la volonté du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant et d'agrément ses conditions de



paiement ; que la simple connaissance par le maître de l'ouvrage de l'existence d'un sous-traitant ne suffit pas à caractériser cette volonté ; qu'en se fondant néanmoins, pour retenir une prétendue acceptation tacite du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, sur la simple connaissance qu'avait eue ce dernier du contrat de sous-traitance par suite d'une mise en demeure de l'entrepreneur principal par le sous-traitant, la cour d'appel a violé les articles 3 et 12 de la loi du 31 décembre 1975 ;

ALORS, EN OUTRE, QUE qu'en se fondant néanmoins, pour retenir une acceptation tacite du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, sur des lettres du maître de l'ouvrage indiquant au sous-traitant, à réception d'une copie de la mise en demeure de l'entrepreneur principal, qu'il mettait quant à lui en demeure ce dernier de faire accepter son intervention et agréer ses conditions de paiement, cependant que de tels documents n'attestaient pas des actes manifestant sans équivoque la volonté du maître de l'ouvrage une fois que l'entrepreneur principal aurait accompli ses obligations légales et l'aurait mis en mesure de s'exprimer sur l'intervention et les conditions de paiement du sous-traitant, la cour d'appel a violé derechef les textes précités.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait condamné la société Vauban Développement à payer à la société Sacer (Colas) la somme de 82.096,33 €, outre intérêts et D'AVOIR, statuant à nouveau, condamné la société Vauban Développement à payer à la Société générale la somme de 131.085,69 €, outre intérêts au taux légal à compter du 15 décembre 2009 ;

AUX MOTIFS QUE la Société générale a consenti au bénéfice de la société Sacer (Colas), en application de la loi du 31 décembre 1975, un engagement de caution garantissant le montant des travaux confiés en sous-traitance pour un montant limité à 700.000 € ; qu'EM2C, connaissant d'importantes difficultés financières, n'a plus été en mesure de payer les situations de travaux qui lui étaient adressées par son sous-traitant ; que le 30 septembre 2009, la société Sacer (Colas) a adressé à EM2C une mise en demeure de payer la somme de 921.233 € avec copie au maître de l'ouvrage et à la Société générale. Le 12 octobre 2009, la société Vauban Développement a informé la société Sacer (Colas) qu'elle bloquait les sommes dues à EM2C ; qu'EM2C a conclu avec la société Sacer (Colas), le 28 octobre 2009, un protocole transactionnel dans lequel elle reconnaissait devoir la somme de 1.124.349,77 € dont le règlement devait être effectué en trois versements mensuels devant intervenir le 15 novembre 2009, le 15 décembre 2009 et le 15 janvier 2010 ; que ce protocole, ayant reçu force exécutoire le 10 novembre 2009, n'a pas été respecté par EM2C, qui a fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde par un jugement du 10 février 2010 du tribunal de commerce de Lyon, suivi le 27 juillet 2011 par un jugement homologuant le plan de sauvegarde ; que, dans son jugement prononcé le 24 septembre 2012, le tribunal de commerce a constaté que la Sacer justifiait d'une créance certaine et exigible, débouté la Société générale de l'ensemble de ses demandes, y compris son appel en garantie contre la société Vauban Développement, condamné la Société générale à verser à la société Sacer la somme de 700.000 € en exécution de son engagement de caution, outre intérêts au taux légal à compter du 16 décembre 2009, la somme de 1.000 € à titre de dommages-intérêts, condamné la société Vauban Développement à payer à la société Sacer la somme de

82.096,33 €, outre intérêts au taux légal à compter du 16 décembre 2009 ; que ce jugement étant assorti de l'exécution provisoire, la Société générale a payé la somme de 718.737,97 € le 05 novembre 2012 ; qu'elle en a relevé appel le 7 novembre 2012 ; que dans ses conclusions n°2, la société Vauban Développement sollicite le débouté de toutes les demandes de la Société générale dirigées à son encontre et la confirmation de la décision du tribunal de commerce ; que subsidiairement, elle demande à la cour de prendre acte de ce que, d'une part, elle accepte de payer à la société SACER la somme de 131.085,69 €, seule somme disponible à ce jour, de laquelle doit être déduite la somme de 82.096,30 € TTC déjà payée en exécution du jugement déféré, et d'autre part, de ce que les autres paiements invoqués par la Société générale l'ont été en exécution du contrat de maîtrise d'oeuvre conclu avec EM2C différent du contrat sous-traité ; que la société Colas, venant aux droits de la société Sacer, dans ses conclusions n°2, sollicite la confirmation du jugement, le rejet de toutes les demandes de la Société générale élevées à son encontre (arrêt, pp. 3-4) ; que, sur l'action subrogatoire, devant le tribunal, la Société générale demandait la mise en jeu de l'action directe du sous-traitant préalablement à l'exécution de son engagement de caution, formait un appel en garantie contre la société Vauban Développement à laquelle elle reprochait de ne pas avoir réglé les sommes dues au titre de l'action directe à la société Sacer (Colas), et formait une demande reconventionnelle à l'encontre de celle-ci en lui reprochant d'avoir attendu le 10 décembre 2009 pour exercer son action directe relative à la facture du 24 août 2009 ; que la Société générale, qui ne conteste pas le jugement l'ayant condamnée à payer la somme de 700.000 € au titre de son engagement de caution et qui l'a exécuté, n'a relevé appel que pour exercer son action subrogatoire à l'encontre de la société Vauban Développement ; que la banque, ayant fourni le cautionnement de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 au sous-traitant, se trouve subrogée dans les droits et actions de celui-ci et peut non seulement poursuivre l'entrepreneur principal, mais aussi mettre en jeu l'action directe contre le maître de l'ouvrage dont dispose le sous-traitant ; que le recours subrogatoire de la Société générale, qui tend bien aux mêmes fins que l'appel en garantie formé en première instance, est par conséquent recevable en cause d'appel ; que la société Vauban Développement précise, sans être contestée sur ce point, qu'elle n'a eu connaissance du contrat de sous-traitance entre EM2C et Sacer (Colas) que par la mise en demeure du 30 septembre 2009 ; qu'elle a répondu le 12 octobre 2009 qu'elle mettait en demeure l'entreprise principale de s'acquitter de ses obligations légales à l'égard de son sous-traitant (faire accepter son intervention et agréer ses conditions de paiement) et qu'elle bloquait à toutes fins les sommes qu'elle restait devoir à la société EM2C ; que ses réponses ont été identiques après réception des mises en demeure suivantes adressées par Sacer (Colas) à EM2C ; qu'il convient dans ces conditions de considérer qu'il y a eu acceptation tacite du sous-traitant permettant l'exercice de l'action directe mais à compter seulement de la mise en demeure du 30 septembre 2009 ; qu'à cette date, selon les factures versées aux débats, la société Vauban Développement avait déjà payé à EM2C la majeure partie des sommes réclamées par Sacer (Colas) (avancement de 97%) ; que l'action subrogatoire de la Société générale est dès lors nécessairement limitée aux sommes que le maître de l'ouvrage n'avait pas encore versées à EM2C ; que, sur les sommes payées à EM2C postérieurement à l'action directe de la société Sacer (Colas), la banque fait valoir que la société EM2C a reçu en paiement de Vauban Développement la somme totale de 335.292,09 € entre le 16 octobre 2009 et le 22 septembre 2010 ; que le maître de l'ouvrage, s'il admet avoir effectivement payé le 22 septembre 2010 la somme de 151.814,36 € TTC restant due à EM2C, justifie que les autres paiements correspondent aux sommes payées en exécution du contrat de maîtrise d'oeuvre conclu le 30 juillet 2007 avec EM2C ; que les obligations du maître de l'ouvrage étant limitées à ce qu'il doit au titre du marché principal duquel résulte la créance du sous-traitant, la Société générale n'est pas fondée à réclamer dans le cadre de son action récursoire les sommes payées en

exécution d'un contrat distinct du marché sous-traité ; que la Société générale ne peut donc réclamer à la société Vauban Développement que la dite somme de 151.814,36 € ; que, sur le montant des sommes dues par la société Vauban Développement à la date de l'assignation (1er avril 2010), au 30 juin 2009, il restait dû à EM2C : 8.575.928,09 (montant du marché) - 8.187.564,55 (sommes payées) = 388.364,54 € HT ; que de ce montant, Vauban Développement déduit la somme de 257.277,85 € HT correspondant à la retenue de garantie qui n'est pas due à EM2C dès lors que cette entreprise n'a pas achevé le chantier et n'a pas procédé à la levée des réserves. Par conséquent, la Société générale ne peut prétendre qu'au versement de la somme restant due à Sacer (Colas), soit 131.085,69 € HT ; que Vauban Développement justifie avoir conclu le 29 juin 2010 directement avec Sacer (Colas), en raison de la défaillance de la société EM2C, un marché portant sur les travaux destinés à la levée des réserves liées aux malfaçons et imperfections et de celles liées aux travaux reportés, outre des travaux supplémentaires nécessaires à la bonne finition du Parc ; que la Société générale considère que c'est le prix de ces travaux exécutés par Sacer (Colas) pour achever l'opération qu'il y a lieu de déduire du solde du marché ; qu'or, il s'agit d'un marché distinct, conclu directement entre le maître de l'ouvrage et la société Sacer (Colas) qui ne peut avoir d'incidence sur la procédure d'action directe, même s'il peut apparaître anormal à la caution que la Sacer (Colas) ait été payée en plus pour effectuer les travaux de levée des réserves affectant les travaux qu'elle avait réalisés en sous-traitance ; mais que selon le DGD d'EM2C du 15 juin 2010, il apparaît que le montant convenu pour la levée des réserves de Sacer (Colas) ne s'élève qu'à 48.000 € HT, alors que le poste travaux initialement prévus mais reportés s'élève à 116.879,86 € HT ; que la somme due par Vauban Développement à la date de l'assignation est donc équivalente à la somme payée le 22 septembre 2010 par Vauban Développement à EM2C en violation de l'action directe, ces sommes ne devant pas être cumulées comme le fait la Société générale ; qu'eu égard à l'évolution du litige, le jugement doit être infirmé en ce qu'il a condamné la société Vauban Développement à payer à la société Sacer (Colas) la somme de 82.096,33 € outre intérêts ; que la société Vauban Développement est ainsi condamnée à payer à la Société générale, subrogée dans les droits de la société Sacer (Colas), la somme de 131.085,69 €, outre intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 15 décembre 2009 (arrêt, pp. 5-6) ;

ALORS QUE la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie, lequel, en ce cas, peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ; que la cour d'appel a constaté, d'une part, que le jugement entrepris avait condamné la société Vauban Développement à payer à la société Colas, en principal, la somme de 82.096,33 € et la Société générale, ayant fourni le cautionnement prévu à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, à payer à cette même société la somme de 700.000 €, au titre de son engagement de caution, d'autre part, que les sociétés Vauban Développement et Colas demandaient confirmation du jugement, la société Vauban Développement donnant, à titre subsidiaire, acte à la société Colas qu'elle restait redevable de la somme de 131.085,69 €, sauf à en déduire la somme de 82.096,30 € déjà versée en exécution du jugement ; qu'il en résultait que la société Colas était créancière, aux termes dudit jugement, d'une somme de 782.096,33 €, qu'elle n'était pas totalement désintéressée par le versement de la caution à hauteur de 700.000 € et qu'elle avait fait valoir son droit de créance contre la société Vauban Développement à hauteur du montant non réglé par la caution ; qu'en infirmant néanmoins le jugement entrepris dans ses dispositions précitées et en faisant droit au recours subrogatoire exercé par la Société générale à hauteur de la somme de 131.085,69 €, cependant que la société Colas devait être préférée à celle dont elle n'avait reçu qu'un paiement partiel, la cour d'appel a violé l'article 1252 du code civil, ensemble l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Lyon , du 27 octobre 2015