



RAPPORT DE M. BRILLET, CONSEILLER

Arrêt n° 231 du 30 avril 2025 (FS-B) – Troisième chambre civile

Pourvoi n° 23-19.086

Décision attaquée : 26 mai 2023 de la cour d'appel de Paris.

**La société Viater
C/
la société Fayat bâtiment**

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Cogedim [Localité 1] Métropole a entrepris une opération de construction de logements à [Localité 2]. Un marché tous corps d'état a été conclu avec la société Fayat bâtiment, laquelle, par un acte signé le 27 octobre 2017, a sous-traité le lot « voies et réseaux divers (VRD) et espaces verts » à la société Viater.

Les sociétés Fayat bâtiment et Viater se sont opposées concernant le décompte général définitif, la première arguant de retenues alors que la seconde sollicitait des plus-values.

La société Viater a saisi le tribunal de commerce de Créteil aux fins de voir constater la nullité de son contrat, faute de garantie de paiement à sa date, ordonner une expertise judiciaire confiée à un métreur vérificateur pour évaluer les travaux réalisés par ses soins et condamner la société Fayat bâtiment au paiement d'une provision.

Par jugement du 17 novembre 2020, le tribunal de commerce a débouté la société Viater de ses demandes.

Celle-ci a interjeté appel de ce jugement. Par un arrêt en date du 26 mai 2023, la cour d'appel de Paris a confirmé celui-ci, condamné la société Viater au paiement d'une indemnité au titre des frais irrépétibles ainsi qu'aux dépens et rejeté sa demande au titre de ces mêmes frais.

C'est l'arrêt attaqué par une déclaration de pourvoi de la société Viater du 26 juillet 2023.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1 Premier moyen

La société Viater, fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes de nullité du contrat de sous-traitance, de désignation d'un métreur vérificateur et de provision d'une certaine somme, alors :

« 1°/ qu'un contrat de sous-traitance est formé dès sa signature par l'entrepreneur et le sous-traitant ; que l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage ne constituent pas des conditions de sa formation dans la mesure où leur absence, lors de sa signature, ne fait pas obstacle à son application tant que le sous-traitant n'a pas mis en œuvre la faculté de résiliation unilatérale que lui offre la loi dans de telle circonstance ; qu'enfin, 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 ; qu'en considérant, pour débouter la société Viater de sa demande de nullité du contrat, que celui-ci a été formé le 3 avril 2018, date à laquelle le maître de l'ouvrage a accepté la société Viater en qualité de sous-traitant et a agréé ses conditions de paiement et qu'à cette date le maître d'ouvrage a fourni une délégation de paiement, après avoir cependant constaté

que le contrat avait été signé le 24 octobre 2017, de sorte qu'à cette date aucune des conditions exigées par la loi n'étaient remplies, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1134 du code civil

ensemble la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ;

2°/ que le juge ne peut pas dénaturer les documents de la cause qui lui sont soumis ; que l'article 2 du contrat de sous-traitance prévoyait que « le présente contrat n'est valable, conformément à l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, qu'après acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiements par le maître d'ouvrage » ; qu'en énonçant, pour considérer que le contrat de sous-traitance a été formé le 3 avril 2018, « que selon l'article 3, ce contrat n'était valable qu'après acceptation du sous-traitant et agrément

des conditions de paiement » et que « le maître de l'ouvrage a accepté la société Viater en qualité de sous-traitant et agréée ses conditions de paiement le 3 avril 2018 », quand il résultait expressément du renvoi, par l'article 2 du contrat en cause à l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, que l'absence, lors de sa signature, de l'acceptation du sous-traitant et de l'agrément de ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage, ne faisait pas obstacle à sa formation dans la mesure où, dans une telle hypothèse, il doit recevoir application tant que le sous-traitant n'a pas mis en œuvre la résiliation unilatérale que lui offre la loi, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce contrat en violation du principe susvisé. »

2.2 Second moyen (subsidaire)

La société Viater fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de provision d'une certaine somme, alors :

« 1°/ que, pour rejeter purement et simplement sa demande de provision, la cour d'appel énonce que « la société Viater n'apporte, en cause d'appel, aucun élément de nature à justifier le principe et le montant de la créance qu'elle revendique à l'égard de la société Fayat bâtiment » ; qu'en statuant ainsi, quand la société Fayat bâtiment reconnaissait que le marché confié à la société Viater était d'un montant total de 1 021 750,19 euros et qu'elle n'avait reçu qu'une somme de 896 675,40 euros, ce dont il résultait que la société Fayat bâtiment admettait que la société Viater détenait une créance de 125 073,79 euros, la cour d'appel a méconnu l'article 1134 du code civil ;

2°/ que, pour rejeter purement et simplement sa demande de provision, la cour d'appel énonce que « la société Viater n'apporte, en cause d'appel, aucun élément de nature à justifier le principe et le montant de la créance qu'elle revendique à l'égard de la société Fayat bâtiment » ; qu'en statuant ainsi, quand la société Fayat bâtiment reconnaissait que le marché confié à la société Viater était d'un montant total de 1 021 750,19 euros et qu'elle n'avait reçu qu'une somme de 896 675,40 euros, ce dont il résultait que la société Fayat bâtiment admettait que la société Viater détenait une créance de 125 073,79 euros, la cour d'appel a méconnu les termes du litige tels que déterminée par les parties en violation de l'article 4 et 5 du code de procédure civile ;

3°/ que, pour rejeter purement et simplement sa demande de provision, la cour d'appel énonce que « la société Viater n'apporte, en cause d'appel, aucun élément de nature à justifier le principe et le montant de la créance qu'elle revendique à l'égard de la société Fayat bâtiment » ; qu'en statuant ainsi, sans examiner, ni analyser, ne fût sommairement le décompte général définitif produit par la société Viater, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Lorsque les parties ont stipulé, dans le sous-traité, que sa validité était subordonnée à la survenance d'un événement particulier, l'obligation de l'entrepreneur de présenter une garantie de paiement des travaux du sous-traitant au plus tard au moment de la conclusion du sous-traité, prévue par l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, doit-elle être exécutée au plus tard au jour de la signature du sous-traité ou au plus tard au jour de l'événement stipulé ?

3.1 Sur le premier moyen

- La protection du sous-traitant par la loi du 31 décembre 1975.

Un des objectifs de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance a été de garantir le paiement du sous-traitant en dépit de l'éventuelle déconfiture de l'entrepreneur principal. A cet effet, il a notamment prévu, s'agissant des contrats de sous-traitance entrant dans le champ d'application du titre III de la loi, à certaines conditions, une action directe du premier à l'égard du maître de l'ouvrage et la fourniture, par l'entrepreneur, d'une garantie de paiement des travaux confiés au sous-traitant.

. Les garanties de paiement

L'article 14, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1975 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 sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1338 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant. »

Le texte prévoit la sanction sans préciser la date à laquelle le cautionnement doit être obtenu.

Sur ce point, la Cour de cassation rappelle régulièrement qu'il doit être préalable ou concomitant au contrat de sous-traitance¹ et, qu'à défaut, sauf mise en place d'une délégation de paiement, le sous-traité est nul, peu important que :

- le cautionnement ait été obtenu ultérieurement².
- le sous-traitant ait rempli sa mission³.

¹ 3e Civ., 30 mars 1994, pourvoi n° 92-16.535, publié; 3e Civ., 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-15.035,, publié; 3e Civ., 12 mars 1997, pourvoi n° 95-15.522, publié ; 3e Civ., 7 février 2001, pourvoi n° 98-19.937, publié; Com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-16.048, publié ; 3e Civ., 25 mai 2011, pourvoi n° 09-17.137, publié ; 3e Civ., 21 janvier 2021, pourvoi n° 19-22.219, publié

² 3e Civ., 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-15.035 ; 3e Civ., 21 janvier 2021, pourvoi n° 19-22.219 , précités

- le sous-traitant ait été intégralement payé⁴.

Il a été par ailleurs jugé que l'obligation, pour l'entrepreneur principal, d'obtenir un cautionnement pour les contrats de sous-traitance relevant du titre III de la loi du 31 décembre 1975 n'est pas subordonnée à l'exercice de l'action directe ou à l'acceptation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage⁵.

Cette obligation de l'entrepreneur principal trouve sa justification dans l'intérêt général de protection du sous-traitant ⁶. Il en résulte que :

- seul le sous-traitant peut invoquer la nullité du sous-traité⁷.
- les dispositions d'ordre public de la loi du 31 décembre 1975 interdisent la renonciation anticipée du sous-traitant au bénéfice de la délégation de paiement ou du cautionnement⁸ ainsi que toute renonciation ou remise conventionnelle accordée par ce dernier à la caution⁹.
- le sous-traitant peut à l'inverse renoncer *a posteriori* à la nullité du contrat résultant du défaut de fourniture d'un cautionnement, notamment en exécutant le sous-traité en connaissance de la cause de nullité du contrat tenant à l'absence de délivrance de la caution ¹⁰.

L'application, qualifiée de rigoureuse par certains auteurs, de la sanction de la nullité a été justifiée par le constat, dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi de 1975, du non-respect quasi généralisé de l'obligation de fournir une garantie de paiement¹¹. Il s'est agi, par cette rigueur, d'imposer un changement des pratiques.

Il est vrai, plus généralement, que l'article 14 de la loi prévoit expressément la sanction de la nullité du sous-traité. Or, sur le principe, la nullité sanctionne une irrégularité touchant aux conditions de formation de l'acte juridique. Imposer la garantie de paiement au plus tard au jour de la conclusion du sous-traité peut dès lors paraître logique.

³ 3e Civ., 10 novembre 1998, pourvoi n° 97-13.989; 3e Civ., 18 juillet 2001, pourvoi n° 00-16.380, diffusé

⁴ 3e Civ., 12 mars 1997, pourvoi n° 95-15.522 ; 3e Civ., 18 juillet 2001, pourvoi n° 00-16.380, précités.

⁵ 3e Civ., 14 octobre 1992, pourvoi n° 90-21.525, publié

⁶ 3e Civ., 10 juin 2014, pourvoi n° 14-40.020, publié.

⁷ Com., 19 mai 1980, pourvoi n° 79-10.716, publié.

⁸ 3e Civ., 9 juillet 2003, pourvoi n° 02-10.644, publié, cité par le MA

⁹ 3e Civ., 14 septembre 2017, pourvoi n° 16-18.146, publié, cité par le MA

¹⁰ Com., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-19.250 ; 3e Civ., 23 novembre 2023, pourvoi n° 22-21.463;

¹¹ Voir A. Bénabent, H. Périnet-Marquet, P. Malinvaud - Dalloz action Droit de la construction, n° 511.51

Certains auteurs ont toutefois relevé certaines conséquences pratiques inopportunes d'une telle jurisprudence, notamment en lien avec la pratique bancaire exigeant la production du sous-traité pour octroyer leur garantie ¹².

D'autres ont pu mettre en avant l'utilisation opportuniste par certains sous-traitants de l'action en nullité, notamment pour remettre en cause le prix fixé ou les modalités de paiement convenues¹³. L'abus de droit du sous-traitant dans la mise en oeuvre de l'action en nullité est difficile à établir, même dans une telle hypothèse¹⁴.

Cependant, que faut-il entendre par conclusion du contrat ? Doit-il être retenu que le contrat est nécessairement conclu à la date de l'*intrumentum* du sous-traité et que, par conséquent, l'obligation de l'entrepreneur de fournir un cautionnement doit être exécutée au plus tard à cette date ?

- 3e Civ., 25 mai 2011, pourvoi n° 09-17.137, publié :

« Mais attendu qu'ayant exactement énoncé que la loi du 31 décembre 1975 n'exige pas que le contrat de sous-traitance soit rédigé par écrit, retenu qu'il était établi que les parties, même si la signature du marché n'était intervenue que le 23 septembre 2004 avec des modifications ne portant que sur les conditions financières de celui-ci, avaient passé un contrat de sous-traitance et constaté que les travaux avaient commencé avant le 23 septembre 2004, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a pu en déduire que les cautionnements donnés les 14 juin, 19 octobre et 15 novembre 2004 étaient tardifs et que la sanction de la nullité du sous-traité prévue par l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 devait s'appliquer »¹⁵.

Ce qui importe est donc la formation du *negotium*, démontrée sur le principe par la signature du sous-traité, mais qui peut également se déduire du commencement des travaux du sous-traitant antérieur à cette signature.

C'est pourquoi, à l'inverse, le commencement des travaux postérieur à la signature du sous-traité reste, *a priori*, inopérant. Dans une affaire où l'entrepreneur soutenait qu'il n'y a pas lieu d'annuler le sous-traité lorsque la caution a été fournie avant tout commencement d'exécution des travaux confiés au sous-traitant et reprochait à la

¹² Séverin Abbattu - Garantie de paiement des sous-traitants : des avancées obtenues grâce à la concertation professionnelle — RDI 2006. 417; Du même auteur : RDI 2013. 41 ; voir également P. Melmoux et C. Poitevin, Actes Pratiques et Ingénierie Immobilière n° 3, Juillet-Août-Septembre 2016, dossier 27; §13

¹³ Voir A. Bénabent, H. Périnet-Marquet, P. Malinvaud - Dalloz action Droit de la construction, n° 511.92, citant 3e Civ., 11 octobre 1989, pourvoi n° 88-11.960, publié; 3e Civ., 14 octobre 1992, pourvoi n° 90-21.525, Bulletin 1992 III N° 273, publié; 3e Civ., 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-15.035, publié; 3e Civ., 12 mars 1997, pourvoi n° 95-15.522, publié;

¹⁴ Voir pour un exemple 3e Civ., 21 juin 2018, pourvoi n° 17-23.909, diffusé

¹⁵ Voir également : 3e Civ., 21 janvier 2021, pourvoi n° 19-22.219, publié

cour d'appel ne pas avoir procédé à cette recherche, la Cour de cassation a répondu¹⁶ :

« 5. L'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance dispose qu'à peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant en application de ce sous-traité sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié et agréé.

6. Il résulte de cette disposition, qui trouve sa justification dans l'intérêt général de protection du sous-traitant, que l'entrepreneur principal doit fournir la caution avant la conclusion du sous-traité et, si le commencement d'exécution des travaux lui est antérieur, avant celui-ci.

7. Ayant constaté que la fourniture d'un cautionnement bancaire par la société Eiffage construction Côte d'Azur était intervenue postérieurement à la conclusion du sous-traité, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit la nullité de ce contrat.

8. Elle a ainsi légalement justifié sa décision. »¹⁷

Dans cette affaire, cependant, il n'a pas été fait état du fait que les parties avaient, dans le sous-traité, stipulé un différé d'application de celui-ci.

La stipulation d'un tel différé à la survenance d'un événement particulier ne paraît pas présenter de difficulté particulière et n'est d'ailleurs pas critiquée par le pourvoi. En effet, le sous-traité est, fondamentalement, un contrat d'entreprise, dont les éléments sont, sur le principe, librement fixés par les parties.

Dans cette hypothèse, l'obligation de l'entrepreneur de fournir le cautionnement doit-elle être satisfaite au plus tard à la date de signature du contrat ou à celle de l'événement stipulé ?

La solution dépend vraisemblablement de l'effet attendu de cet événement et de la qualification de la clause qui s'en déduit. S'agit-il d'un événement conditionnant la formation du contrat, donc la naissance des obligations des parties, ou en suspendant son exécution ?

S'il est retenu que la commune intention des parties a été de reporter la formation du contrat à la réalisation de cet événement, il est logique d'en déduire que l'obligation de fournir le cautionnement doit s'exécuter au plus tard au jour de celui-ci.

[L'article 15 de la loi du 31 décembre 1975](#), qui prévoit que sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec à ses dispositions, interdit-t-il un tel aménagement compte tenu de cette conséquence ?

¹⁶ 3e Civ., 21 janvier 2021, pourvoi n° 19-22.219, publié

¹⁷ Voir déjà : 3e Civ., 30 mars 1994, pourvoi n° 92-16.535, publié

Il est permis d'en douter. En effet, dans cette hypothèse, l'obligation du sous-traitant d'exécuter les travaux et son droit de créance relative à leur prix ne sont encore que virtuels, comme étant subordonnés à la survenance de l'événement stipulé. Le sous-traitant n'étant pas encore certainement obligé d'exécuter les travaux, l'absence de présentation d'une garantie de paiement au moment de la signature du contrat ne paraît pas faire échec à ses droits, ici d'en être réglé.

Certains auteurs considèrent d'ailleurs que, compte tenu de l'influence de la nécessité de l'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, « *il ne serait pas déraisonnable de considérer que le sous-traité est nécessairement assorti d'une condition suspensive à cet égard, même si elle n'est pas exprimée au contrat, de sorte qu'il serait frappé de caducité du fait de ce refus* »¹⁸.

La réponse est sans doute plus douteuse si la commune intention des parties n'a été que de suspendre l'exécution de leurs obligations à la survenance de l'événement. Il s'agit alors de la stipulation d'un terme suspensif ([article 1305 du code civil](#)). Dans cette hypothèse, les obligations respectives des parties sont définitivement nées, seule leur exécution en étant différée, étant observé que, pour que la qualification de terme soit retenue, l'événement doit être futur mais surtout certain (*idem*) de sorte que cette exécution est inéluctable.

Dans une affaire où, selon les termes du contrat de sous-traitance, la date de remise de la caution constituait la date de prise d'effet du sous-traité¹⁹, la Cour de cassation a jugé²⁰ :

« Mais attendu qu'ayant constaté que le contrat de sous-traitance prenait effet au jour de la caution fournie pour le montant exact du marché et prorogée jusqu'à la réception des travaux, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu, abstraction faite d'un motif surabondant relatif à la caducité, retenir que la caution avait été valablement fournie et que, les parties n'ayant pas convenu de son extension aux travaux supplémentaires commandés, cette caution, qui ne constituait pas le seul mode de garantie possible, ne s'appliquait pas à ces travaux ; »

J.P. Karilla commente ainsi cette décision²¹ : « *Aménagements contractuels*
Si la date à prendre en considération est celle de la conclusion du contrat de sous-traitance, la notion laisse aux juges du fond un pouvoir d'appréciation comme le

¹⁸ A. Bénabent, H. Périnet-Marquet, P. Malinvaud - Dalloz action Droit de la construction, n° 511.44

¹⁹ L'arrêt attaqué (Toulouse, 27 juin 2012, n° 11/06147) enseigne que le sous-traité était daté du 11 septembre 2007 et que le cautionnement a été donné le 5 novembre suivant.

²⁰ 3e Civ., 22 octobre 2013, pourvoi n° 12-26.250, non publiée, cité par le mémoire en défense.

²¹ Jcl. Construction - Urbanisme; Fasc. 206 : sous-traitance, § 103

souligne un arrêt de la cour d'appel de Riom (CA Riom, ch. com., 18 déc. 2002, SA Atelier de la Chaînette c/ SA Ballot Ménager Gorce : JurisData n° 2002-214847)²² qui a admis que la date de conclusion n'était pas la signature du contrat dès lors que, postérieurement à cette date, des échanges contractuels se sont poursuivis entre les parties ; ou encore la Cour de cassation qui a admis que le cautionnement soit fourni postérieurement à la signature du contrat de sous-traitance, dès lors que cette modalité a été prévue dans le contrat et que celui-ci n'a pas encore pris effet (Cass. 3e civ., 22 oct. 2013, n° 12-26.250) ».

Le recours à certaines techniques contractuelles (condition ou terme suspensif) est proposé par d'autres auteurs pour, notamment, palier les effets inopportuns précités en lien avec la pratique des banques ²³.

. L'action directe au bénéfice de sous-traitant

[L'article 3 de la loi du 31 décembre 1975](#) dispose que « l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant. »

Il est jugé, en application de ce texte, que les sous-traitants n'ont une action directe contre le maître de l'ouvrage que si celui-ci a accepté chaque sous-traitant et agréé les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance²⁴.

Sauf abus de droit, la décision du maître de l'ouvrage d'agréer ou non le sous-traitant et ses conditions de paiement est discrétionnaire²⁵.

L'arrêt de la chambre mixte précité du 13 mars 1981 a jugé que l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 n'exige pas que l'acceptation et l'agrément soient préalables ou concomitants à la conclusion du contrat de sous-traitance.

²² Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi ne portant pas sur cette question : Com., 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-13.282

²³ S. Abbatucci, article précité et Sous-traitance dans le BTP – RDI 2014. 194, note 15; P. Melmoux et C. Poitevin, article précité ;

²⁴Ch. mixte., 13 mars 1981, pourvoi n° 80-12.125, publié

²⁵3e Civ., 2 février 2005, pourvoi n° 03-15.409, 03-15.482, publié

Il est également jugé que 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 oeuvre²⁶. Il s'en induit que cette méconnaissance n'est pas une cause de nullité du sous-traité.

- L'arrêt :

Le contrat de sous-traitance entre la société Fayat bâtiment, entrepreneur principal, et la société Viater, sous-traitant, a été signé le 24 octobre 2017 (constatation de l'arrêt - production MA n°5).

En son article 2, le contrat stipule : « *Le présent contrat n'est valable, conformément à l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, qu'après l'acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage* ».

La société Viater a sollicité la nullité du sous-traité au motif qu'au jour du contrat, la société Fayat bâtiment ne lui avait pas délivré de garantie de paiement.

Le tribunal de commerce a relevé la présence de l'article 2 précité du contrat. Il a constaté que la société Viater n'avait fourni les pièces annexes permettant à l'entrepreneur principal de présenter au maître de l'ouvrage la demande d'agrément que le 5 décembre 2017 et que ce maître de l'ouvrage ne l'avait agréée que le 3 avril 2018. Pour rejeter la demande d'annulation, il a retenu que le contrat de sous-traitance n'avait été mis en vigueur, et donc conclu au sens de la loi du 31 décembre 1975, qu'à une date postérieure au 3 avril 2018 et que l'entrepreneur principal avait fourni, le 24 décembre 2017, une caution de paiement de 10 % du montant du contrat initial et avait notifié la délégation de paiement pour 100 % du montant du contrat signée le 3 avril 2018 par le maître de l'ouvrage.

Dans ses conclusions d'appel, la société Viater a soutenu que le contrat avait été signé le 24 octobre 2017 et qu'elle était en réalité intervenue sur le chantier au bénéfice de l'entreprise principale dans le cadre de son marché bien antérieurement à cette date. Elle a prétendu qu'aucune clause d'un contrat écrit postérieurement à l'exécution par le sous-traitant de prestations au profit du donneur d'ordre ne peut justifier un report de la date de prise d'effet du contrat. Plus précisément, ses conclusions ont énoncé :

« En l'espèce, il a été démontré plus avant que le contrat de sous-traitance avait été conclu antérieurement à la signature de ce dernier. En effet, la société Fayat a fait le choix de faire intervenir la société Viater sur le chantier du maître d'ouvrage dès le mois de mai 2017. Dès lors, les parties ont renoncé à se prévaloir de la clause citée par le tribunal de commerce de Créteil au soutien de son argumentation : [reprise de la clause]. Cette clause n'eut été valable que si la société Fayat n'avait pas fait intervenir l'entreprise Viater sur le chantier précédemment. De plus alors que la

²⁶ 3e Civ., 24 avril 2003, pourvoi n° 01-11.889 ; 3e Civ., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-19.372, publié

société Fayat considérait elle-même que la société Viater était intervenue sur le chantier depuis le mois de décembre 2017, la décision du tribunal de commerce de faire débiter le contrat de sous-traitance au mois d'avril 2018 ne permet pas d'expliquer le cadre dans lequel la société Viater serait intervenue. » (production MA n°3, p.11).

La société Fayat constructions a pour sa part sollicité la confirmation de l'analyse du tribunal de commerce, soutenant que la preuve n'était pas rapportée d'un commencement d'exécution du contrat antérieur à la date du 24 octobre 2017. Elle a contesté que la date « faciale » du contrat constitue la date réelle de signature du contrat, alléguant l'existence d'une signature ultérieure, et a prétendu que ce n'est qu'en avril 2018 que le contrat de sous-traitance avait véritablement été régularisé, une fois réunies les pièces manquantes au contrat qu'il appartenait à la société Viater de fournir.

Pour confirmer le jugement, la cour d'appel a retenu :

«En l'espèce, ainsi que retenu par les premiers juges, il résulte du rapprochement des pièces versées aux débats que le contrat de sous-traitance conclu entre les sociétés Fayat bâtiment et Viater n'a été formé que le 3 avril 2018.

En effet, selon son article 2, ce contrat n'était valable qu'après acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement.

Or, le maître de l'ouvrage a accepté la société Viater en qualité de sous-traitant et agréé ses conditions de paiement le 3 avril 2018 (pièce n°3 de l'intimée) sous réserve de la transmission des éléments manquants (assurance décennale nominative et contrat complet).

Il n'est pas utilement contesté qu'à cette date le maître de l'ouvrage a accordé une délégation de paiement pour le montant total du marché initial de la société Viater, soit 947 381 euros. En outre, la société Fayat bâtiment a accordé une caution pour un montant de 94 738, 10 euros délivrée le 24 décembre 2017 par la société Atradius (pièce n° 3 de l'appelante).

La société Viater échoue à démontrer qu'elle est intervenue sur le chantier à une date antérieure au 3 avril 2018. Les comptes rendus de coordination des 18 avril 2017 et 17 mai 2017 (pièces n° 28 et 29 de l'appelante), le récépissé de DT et DICT du 26 septembre 2017 (pièce n° 30 de l'appelante), le plan particulier de sécurité et de protection de la santé du 26 septembre 2017 (pièce n° 31) et les bons de livraison (pièces n°32, 33 et 34) sont insuffisants à établir une telle preuve, étant en outre observé que la première situation de travaux établie par la société Viater date seulement du 30 juin 2018 (pièce n° 20 de l'intimée).

Il n'est donc pas démontré, ainsi que le prétend la société Viater, que les parties sont convenues de renoncer à l'article 2 du contrat de sous-traitance évoqué supra.

Enfin, il n'est pas utilement contesté que la caution initiale d'un montant de 94 738,10 euros accordée par l'entreprise principale garantissait le montant de l'avenant n° 1 du 18 septembre 2018, étant relevé, en tout état de cause, que seule la nullité de cet avenant, qui n'est pas précisément recherchée par le sous-traitant, aurait pu être engagée.

Il découle de l'ensemble de ces éléments que la demande de nullité du contrat de sous-traitance doit être rejetée ainsi que celle, subséquente, tendant à voir ordonner une expertise judiciaire. ».

- Le moyen :

B1: violation de l'article 1134 du code civil ensemble la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : Un contrat de sous-traitance est formé dès sa signature par l'entrepreneur et le sous-traitant. L'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage ne constituent pas des conditions de sa formation dans la mesure où leur absence, lors de sa signature, ne fait pas obstacle à son application tant que le sous-traitant n'a pas mis en œuvre la faculté de résiliation unilatérale que lui offre la loi dans de telle circonstance. En considérant que le sous-traité a été formé le 3 avril 2018, date à laquelle le maître de l'ouvrage a accepté la société Viater en qualité de sous-traitant et a agréé ses conditions de paiement et qu'à cette date le maître d'ouvrage a fourni une délégation de paiement, après avoir cependant constaté que le contrat avait été signé le 24 octobre 2017, date à laquelle aucune des conditions exigées par la loi n'étaient remplies, la cour d'appel, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.

Selon le MA, la conclusion du contrat ne peut que s'entendre de sa signature. En aucun cas, elle ne peut s'entendre de la date à laquelle le maître de l'ouvrage a accepté le sous-traitant et agréé ses conditions de paiements ou a fourni une délégation de paiement.

B2 (subsidaire) : dénaturation des termes clairs et précis du sous-traité : il résultait expressément du renvoi, par l'article 2 du sous-traité à l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 que l'absence, lors de sa signature, de l'acceptation du sous-traitant et de l'agrément de ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage, ne faisait pas obstacle à sa formation dans la mesure où, dans une telle hypothèse, il doit recevoir application tant que le sous-traitant n'a pas mis en œuvre de la résiliation unilatérale que lui offre la loi.

Selon le MA, la Cour de cassation juge expressément que tant que le sous-traitant n'a pas mis en œuvre les sanctions légales que lui offre la loi du 31 décembre 1975 à raison de l'absence de son acceptation par le maître de l'ouvrage et d'agrément de ses conditions de paiement, le contrat doit être appliqué. C'est donc que ce contrat a été formé alors même que les obligations visées par l'articles 3 de la loi n'ont pas été respectées.

Le mémoire en défense souligne la nature consensuelle du contrat d'entreprise et l'objectif de protection du sous-traitant par l'article 14 de la loi. Il affirme qu'en considération de cet objectif, il n'y a aucune difficulté à différer la prise d'effet d'un contrat à l'arrivée d'un terme ou la réalisation d'une condition. Le contrat n'est alors effectif qu'à compter du terme ou de la réalisation de la condition. La caution doit être fournie avant la prise d'effet du contrat, sous réserve que les travaux n'aient pas déjà commencé. Il prétend que l'arrêt est conforme à ces principes. Il ajoute, d'une part, que la société Viater n'a pas contesté que les parties avaient décidé de conditionner la prise d'effet du contrat à l'acceptation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, mais a soutenu qu'elle était intervenue avant la réalisation de cette condition de sorte que les parties avaient renoncé à celle-ci, d'autre part, que la cour d'appel n'a pas considéré que l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses

conditions de paiement par le maître de l'ouvrage étaient des conditions de la formation du contrat de sous-traitance mais s'est fondée sur les stipulations du contrat, qu'elle n'a pas dénaturées.

3.2 Sur le second moyen (subsidaire)

- L'arrêt :

Pour rejeter la demande de provision formée par la société Viater, la cour d'appel a énoncé : *« La société Viater se borne à soutenir que la société Fayat reste redevable d'un solde de 300 518,40 euros, comprenant un montant de 175 643, 70 euros au titre de travaux supplémentaires qui auraient dû faire l'objet d'un avenant n° 3, assortie des intérêts de retard.*

Outre que la demande d'expertise aux fins d'établir les comptes définitifs entre les parties est rejetée, la société Viater n'apporte, en cause d'appel, aucun élément de nature à justifier le principe et le montant de la créance qu'elle revendique à l'égard de la société Fayat bâtiment.

Cette demande sera rejetée. »

- Le moyen :

Il est fait grief à la cour d'appel de rejeter la demande de provision au motif que la société Viater n'apportait en cause d'appel aucun élément de nature à justifier le principe et le montant de sa créance alors que la société Fayat bâtiment reconnaissait que le marché était d'un montant total de 1 021 750,19 euros et qu'elle n'avait reçu qu'une somme de 896 675,40 euros, ce dont il résultait qu'elle admettait que la société Viater détenait une créance de 125 073,79 euros. Il est dès lors soutenu que la cour d'appel a :

B1 : violé l'article 1134 du code civil.

B2 : violé l'article 4 du code de procédure civile par méconnaissance des termes du litige.

B3 : violé l'article 455 du code de procédure civile en statuant ainsi, sans examiner, ni analyser, ne fût-ce que sommairement le décompte général définitif produit par la société Viater.

Il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen car les griefs qu'il invoque en ses trois branches ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Les trois branches étant réunies : Le moyen n'est pas fondé.

—> La société Fayat bâtiment ayant soutenu dans ses écritures (production MA n° 4, p. 15) qu'en application d'une jurisprudence constante, c'est le déboursé réel qui devait être payé, et non pas la facturation, et que la société Viater devait être déboutée de sa demande comme ne rapportant pas la preuve lui incombant d'un prétendu montant lui restant dû, le moyen, qui postule qu'elle aurait admis que la société Viater détenait une créance de 125 073,79 euros, manque en fait.

En l'état de la contestation de la société Fayat bâtiment, c'est donc sans méconnaître l'objet du litige que, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve soumis à son examen, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer spécifiquement sur le décompte produit par la société Viater, en tout état de cause non-susceptible, par lui-même, de faire la preuve de sa créance alléguée, a pu retenir que celle-ci se bornait à soutenir que la société Fayat restait redevable d'un certain solde sans apporter, en cause d'appel, aucun élément de nature à en justifier le principe et le montant.