

CIV.3

CM

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 13 octobre 2016

Rejet

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 1105 F-D

Pourvoi n° Z 15-13.445

P 15-14.608JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

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

I - Statuant sur le pourvoi n° Z 15-13.445 formé par la société Axa France IARD, société anonyme, dont le siège est [Adresse 3],

contre un arrêt rendu le 19 décembre 2014 par la cour d'appel de Paris (pôle 4, chambre 6), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Voisin parcs et jardins, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 5],

2°/ à la société Rabot Dutilleul construction, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1],

3°/ à la société Cotec coordination technique du bâtiment, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 4],

4°/ à la société Covea Risks, société anonyme, dont le siège est [Adresse 2],

défenderesses à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° P 15-14.608 formé par la société Rabot Dutilleul construction,

contre le même arrêt dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Axa France IARD, société anonyme,

2°/ à la société Voisin parcs et jardins, société par actions simplifiée,

3°/ à la société Cotec coordination technique du bâtiment, société à responsabilité limitée,

4°/ à la société Covea Risks,

défenderesses à la cassation ;

Sur le pourvoi n° Z 15-13.445 :

La société Voisin parcs et jardins a formé, par un mémoire déposé au greffe, un pourvoi incident éventuel contre le même arrêt ;

La société Axa France IARD, demanderesse au pourvoi principal, invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident éventuel invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Sur le pourvoi n° P 15-14.608 :

La société Rabot Dutilleul construction, demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 13 septembre 2016, où étaient présents : M. Chauvin, président, Mme Georget, conseiller référendaire rapporteur, M. Pronier, conseiller, Mme Berdeaux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Georget, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société Axa France IARD, de la SCP Marc Lévis, avocat de la société Rabot Dutilleul construction, de la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat de la société Covea Risks, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Voisin parcs et jardins, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n° Z 15-13.445 et P 15-14.608 ;

Donne acte aux sociétés Axa France IARD et Rabot Dutilleul construction du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société Cotec coordination technique du bâtiment et la société Covéa Risks ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 décembre 2014), que la société Rabot Dutilleul construction (société Rabot), entreprise générale chargée de la construction d'un immeuble, a confié le lot « espaces verts » à la société Voisin parcs et jardins (société Voisin), sous-traitant, assurée en garantie civile contractuelle auprès de la société Axa ; que la réception des travaux est intervenue avec réserves ; que, des infiltrations en terrasse étant apparues, la société Rabot a, après

expertise, assigné les sociétés Voisin et Axa en paiement de sommes ; que la société Voisin a formé une demande reconventionnelle en paiement d'un solde de facture ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal de la société Axa, ci-après annexé :

Attendu que la société Axa fait grief à l'arrêt de la condamner à garantir la société Voisin des condamnations prononcées à son encontre ;

Mais attendu qu'ayant relevé que les travaux de reprise consistaient en l'enlèvement des terres et la remise en état des lieux, et que la société Axa garantissait la responsabilité de la société Voisin après livraison relativement aux dommages ayant pour origine une erreur de conception, une erreur dans l'exécution des prestations ou une malfaçon des travaux exécutés, la cour d'appel, répondant aux conclusions prétendument délaissées, a pu retenir que les clauses prévoyant l'exclusion des « frais de retrait des produits livrés par l'assuré » et des « frais engagés pour remédier à un défaut, réparer, parachever ou refaire le travail, remplacer tout ou partie du produit » vidaient la garantie de sa substance et condamner la société Axa à garantir la société Voisin ;

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

Sur le moyen unique du pourvoi principal de la société Rabot, pris en sa première branche, ci-après annexé :

Attendu que la société Rabot fait grief à l'arrêt de la condamner à payer une certaine somme à la société Voisin ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la réalité des travaux n'était pas contestée et que le supplément du prix des travaux par rapport au montant du préjudice de la société Rabot correspondait à des prestations supplémentaires réalisées lors des travaux de reprise et non prévues par le devis initial, la cour d'appel a, sans violer l'article 1134 du code civil, condamné la société Rabot au paiement d'une certaine somme ;

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

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur la seconde branche de ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le moyen unique du pourvoi incident éventuel de la société Voisin :

REJETTE les pourvois ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

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 treize octobre deux mille seize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi principal n° Z 15-13.445 par la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, pour la société Axa France IARD

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, après AVOIR condamné la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS à payer à la SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION la somme de 205.361,54 € avec intérêts au taux légal à compter du jugement déclaratif de responsabilité et les sommes de 5.000 € et de 10.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, d'AVOIR condamné la SA AXA FRANCE IARD à garantir la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS des condamnations prononcées à

son encontre, dans les limites de sa police d'assurance relatives au plafond de garantie et franchise,

AUX MOTIFS QUE « Sur la garantie de société COVEA RISKS et de la SA AXA FRANCE IARD. Le tribunal a rejeté à bon droit la demande de garantie formée à l'encontre de la société COVEA RISKS, assureur de responsabilité décennale de la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS, s'agissant de désordres relevant de la responsabilité contractuelle du sous-traitant à l'égard de sa co-contractante et non de la garantie décennale du constructeur à l'égard du maître d'ouvrage. La SA AXA FRANCE IARD, assureur de responsabilité civile professionnelle de la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS garantissant notamment la responsabilité civile de son assurée après livraison relativement aux dommages ayant pour origine une erreur de conception, une erreur dans l'exécution des prestations ou une malfaçon des travaux exécutés, dénie sa garantie sur le fondement de la clause d'exclusion prévue par l'article 4.3 des conditions générales du contrat. Il résulte de cette clause que sont exclus de la garantie les dommages résultant « de malfaçons qui auraient entraîné des réserves du maître d'oeuvre, d'un bureau ou d'un organisme de contrôle ou d'un maître d'ouvrage ». En l'espèce, le procès-verbal de réception du 7 avril 2009, s'il mentionne un inachèvement des plantations sur la terrasse, ne contient aucune réserve relative aux désordres causés à l'étanchéité de la terrasse. Si la liste des réserves établies lors des opérations préalables à la livraison mentionne trois fuites au plafond, ce document informel et non signé n'a pas la valeur des réserves susceptibles de faire obstacle à la garantie de la compagnie d'assurance sur le fondement de la clause susvisée. Comme le fait valoir à juste titre la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS, les exclusions invoquées par la SA AXA FRANCE IARD sur le fondement des articles 4.29 et 4.30 exclusions des «frais de retrait des produits livrés par l'assuré » et des « frais engagés pour remédier à un défaut, réparer, parachever ou refaire le travail, remplacer tout ou partie du produit » vident la garantie de sa substance l'ensemble de ces frais constituant la réparation des malfaçons, prévues par la garantie offerte par le contrat d'assurance. Sur l'article 700 du Code de procédure civile. La SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION et la SA COVEA RISKS sont en droit de se prévaloir de l'article 700 du Code de procédure civile pour obtenir le remboursement des dépenses occasionnées par la présente procédure »

ET AUX MOTIFS QUE « sur la responsabilité. L'expertise a mis en évidence des infiltrations en plafond du rez-de-chaussée provenant des multiples percements de l'étanchéité de la terrasse dus au mode de fixation des voliges séparant les jardinières. L'expert relève que le CCTP prévoyait des voliges en bois fixées par plots ou écarteurs/stabilisateurs alors que la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS a fixé des piquets de hauteur variable fichés dans l'épaisseur de la terre végétale. La SAS VOISIN PARCS ET JARDINS et la SA AXA FRANCE TARD soutiennent que les modifications apportées aux travaux par rapport au CCTP relèvent de la seule décision de la SAS RABOT DUTILLEUL, qui a accepté le devis et le système de fixation proposé alors qu'il était en contradiction avec les prescriptions du CCTP. Cependant, le marché de sous-traitance conclu entre la SAS RABOT DUTILLEUL et la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS fait expressément référence au CCTP au nombre des pièces contractuelles et le devis du 4 juin 2008 prévoit la «fourniture et mise en place de volige en bois type azobe en délimitation des massifs plantés au R +1 », seule indication ne faisant pas apparaître un mode de fixation différent du mode de fixation prévu par le CCTP en ces termes : « la fourniture et pose de volige bois en cumaru ou en massarunduba fixé par plots écarteurs/stabilisateurs y compris assemblages et découpe ». La SAS VOISIN PARCS ET JARDINS n'est donc pas fondée à affirmer que la SAS RABOT DUTILLEUL a non seulement validé et accepté cette non-conformité de ses prestations au marché mais l'a même exigée, et, débitrice d'une obligation de résultat à l'égard de l'entrepreneur principal, elle a failli à cette obligation et, à défaut de preuve d'une faute de la SAS RABOT DUTILLEUL à l'origine des désordres, a engagé sa responsabilité sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, et non de l'article 1792 du Code civil, comme le demande à titre principal la SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION, s'agissant d'un litige entre entrepreneur principal et sous-traitant. La preuve d'une faute de l'entreprise principale ne peut en effet résulter, contrairement à ce que soutient la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS, de la responsabilité qu'elle encourt à l'égard du maître de l'ouvrage du fait des manquements de son sous-traitant. Elle ne réside pas plus dans le fait de ne pas avoir exigé d'elle la communication de ses plans d'exécution, de ne pas avoir décelé les non-conformités en cours de réalisation des travaux, de ne pas avoir interrompu ses travaux et de ne pas avoir attiré son attention sur le fait que l'étanchéité ne bénéficiait pas d'une protection en dur, la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS, entreprise spécialisée dans la réalisation des prestations qui lui ont été confiées, n'étant pas fondée à se prévaloir de ses propres manquements à l'égard de l'entrepreneur principal pour lui en imputer la responsabilité alors que c'est elle qui, dans le cadre de son obligation de conseil, devait l'avertir de toute difficulté éventuelle dans l'exécution des travaux, notamment de la modification unilatérale de ses prestations et de ses conséquences, et non l'inverse. Enfin, s'il est exact que la SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION avait connaissance du remplacement du substrat originellement prévu par de la terre végétale, l'expert n'a pas retenu ce fait comme cause des désordres dus aux seules non-conformités commises par la SAS VOISIN PARCS

ET JARDINS. La SAS VOISIN PARCS ET JARDINS n'est pas plus fondée à invoquer la responsabilité du maître d'oeuvre d'exécution, qui n'a pas été avisé de la modification apportée par elle aux prescriptions du CCTP, le fait de n'avoir pas décelé les irrégularités délibérément commises par elle ne suffisant pas à caractériser des manquements du maître d'oeuvre à l'exécution de ses obligations. Sur le préjudice. La SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION demande la condamnation de la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS à lui payer le coût des travaux de reprise (189.747,27 € HT), qu'elle augmente à 257.136,89 € HT « si la cour retient le montant intégral du devis de reprise de la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS », les frais d'huissier de justice (3.577,53 €), et les frais d'encadrement (37.776,60 €). La SAS VOISIN PARCS ET JARDINS soutient que la demande en paiement de la somme de 257.136,89 euros est une demande nouvelle devant la cour d'appel. L'expert a évalué le coût des travaux de reprise à la somme de 189.747,27 euros et il résulte des mentions du jugement que la demande de la SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION s'élevait en première instance à la somme de 175.733,69 euros. L'augmentation de la demande de la SAS RABOT DUTILLEUL ne constitue pas une demande nouvelle au sens de l'article 564 du Code de procédure civile, dès lors qu'elle tend aux mêmes fins que la demande initiale, quel qu'en soit le montant. Coût des travaux de reprise. Il résulte du rapport de l'expert et des pièces produites aux débats que la SAS RABOT DUTILLEUL a confié les travaux de reprise des désordres :

- à la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS pour l'enlèvement des terres selon un devis de 21,800 euros HT, travaux payés par billet à ordre du 24 septembre 2009 d'un montant de 23.394,21 euros,
- à la société PETIT CHANON pour la dépose du garde-corps et des habillages d'acrotère ainsi que la mise en place de protections, selon une facture de 4.993 euros HT,
- à la société K ENTREPRISE (étanchéité) selon un ordre de service du 30 septembre 2009, pour un montant de 157.527,75 euros, travaux achevés le 29 octobre 2009 et réglés par chèque du 5 février 2010, d'un montant de 105.121,091 euros, correspondant à l'évaluation TTC du prix des travaux par l'expert,
- à la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS (mise en végétation) selon un ordre de service du 17 novembre 2009 se référant à son devis du 30 octobre 2009 pour un prix de 142.450 euros HT, travaux achevés le 9 décembre 2009, réglés par un chèque du 5 février 2010, d'un montant de 73.011,97 euros.

L'expert a considéré que les prix des travaux de réfection demandés par les sociétés K ENTREPRISE et VOISIN PARCS ET JARDINS étaient trop élevés, l'un parce qu'il ne reprenait pas les prix figurant dans le devis du 30 juillet 2007 ayant servi de base au contrat de sous-traitance, l'autre, celui de la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS, parce qu'il ne prévoyait pas les mêmes prestations que le devis initial, et comprenait, en sus, le prix du substrat remplacé dans le contrat initial par de la terre végétale. A prestation identique, l'expert a donc évalué le coût de la remise en état des lieux de la partie confiée à la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS à la somme de 75.060,38 euros HT. L'expert a par conséquent évalué à juste titre le préjudice de la SAS RABOT DUTILLEUL à la somme de 189.747,27 € HT (87.893,89 + 75.060,38 + 21.800 + 4.993). La demande de la SAS RABOT DUTILLEUL est fondée à hauteur de ce montant. Frais d'encadrement. La SAS RABOT DUTILLEUL demande l'indemnisation de ce poste de préjudice à hauteur de 37.776,60 euros, en contradiction avec l'évaluation de l'expert qui en a limité le montant à 14.866,85 euros, poste de préjudice que le tribunal n'a pas retenu. La SAS RABOT DUTILLEUL ne verse aux débats aucune pièce au soutien de sa contestation. A défaut de contestation étayée, l'expert a estimé à juste titre que la présence de ses conducteurs de travaux était justifiée pour assister aux réunions d'expertise et les préparer, pour la mise en eaux des terrasses et pour coordonner et surveiller les travaux de reprise, tâches évaluées à une durée de 33 demi-journées pour un coût de 14.866,85 euros. La contestation de la SAS VOISIN PARCS sr JARDINS fondée sur le fait que les frais ont été engagés sans qu'elle en ait été informée n'est pas plus fondée, s'agissant de l'évaluation des dépenses consécutives à un dommage, dépenses qui ne requièrent pas l'assentiment de l'auteur du dommage pour être engagées par la victime et qui lui sont dues dès lors qu'elles ont, comme en l'espèce au regard des conclusions de l'expert, un lien de causalité direct avec les dommages. Frais de constats. La SAS RABOT DUTILLEUL demande l'indemnisation de ce poste de préjudice à hauteur de 3.577,53 €, en contradiction avec l'évaluation de l'expert, retenue par le tribunal, qui en a limité le montant à 747,42 €. La SAS VOISIN PARCS ET JARDINS conclut pour sa part au débouté de cette demande tenant tous les constats pour inutiles. La SAS RABOT DUTILLEUL ne justifie pas de la nécessité d'avoir fait procéder à cinq constats d'huissier de justice au cours de l'expertise judiciaire. En revanche le constat antérieur à la désignation de l'expert fut utile pour établir la preuve de l'existence des désordres. Le tribunal a fait une exacte évaluation du préjudice de la SAS RABOT DUTILLEUL directement

lié aux désordres affectant l'ouvrage.

L'indemnisation globale du préjudice subi par la SAS RABOT DUTILLEUL atteint 205.361,54 euros (189.747,27 + 14.866,85 + 1.747,42). Sur les pénalités de retard. La SAS RABOT DUTILLEUL met en compte des pénalités de retard contractuelles à hauteur de 49.500 euros; en contradiction avec l'évaluation de l'expert, retenue par le tribunal qui a limité leur montant à 34.500 euros. Elle fonde sa demande sur les pénalités de retard dans la levée des réserves prévues par le CCAP constituant une pièce contractuelle visées par le contrat de soustraitance, à hauteur de 150 euros par jour, sans plafonnement. La SAS VOISIN PARCS ET JARDINS conclut à juste titre au débouté de cette demande, le contrat de soustraitance ne prévoyant pas l'application de pénalités de retard au titre de la levée des réserves, que ce soit dans les conditions générales ou dans les conditions particulières du contrat, dont les clauses priment sur celles du CCAP dans les pièces contractuelles applicables, lesquelles prévoyaient, dans les rapports entre la SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION et le maître d'ouvrage, des pénalités pour retard dans la levée des réserves. Sur la créance de la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS. La SAS VOISIN PARCS ET JARDINS a présenté à la SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION une situation n°1 (30 novembre 2009) de 160.616,58 euros TTC, conforme à l'ordre de service (142.450 € HT), et une situation n°2 (13 septembre 2010) de 9.753,62 euros TTC. Par lettre recommandée avec accusé de réception du 21 mai 2010, la SAS. VOISIN PARCS ET JARDINS, réclamait à la SAS RABOT DUTILLEUL CONSTRUCTION un solde de 106.001,95 €, faisant état du versement de l'acompte de 73.011,97 euros. La réalité des travaux exécutés n'est pas contestée et la SAS VOISIN PARCS ET JARDINS, dont la créance, d'un montant de 170.370,20 euros HT, n'a été réglée qu'à hauteur de 73.011,97 euros, est en droit de solliciter le paiement du solde (97.358,23 €), conformément au calcul parfaitement cohérent du tribunal, le supplément du prix des travaux par rapport au montant du préjudice de la SAS RABOT DUTILLEUL correspondant, comme l'a précisé l'expert et comme il a été rappelé ci-dessus, au coût des prestations supplémentaires prévues dans le cadre des travaux de reprise non prévues dans le devis initial, par conséquent non dû à la SAS RABOT DUTILLEUL au titre de l'indemnisation de son préjudice »

1°) ALORS QU' une clause d'exclusion de garantie ne vide pas le contrat d'assurance de sa substance dès lors qu'elle n'exclut que certains risques ; qu'en l'espèce, la compagnie AXA FRANCE IARD, assureur de responsabilité contractuelle de la société VOISIN PARCS ET JARDINS, s'est opposée à la prise en charge du coût des travaux de reprise d'une prestation mal exécutée par son assurée, en invoquant l'article 4.29 des conditions générales de la police excluant de la garantie « les frais engagés pour remédier à un défaut, réparer, parachever ou refaire le travail, remplacer tout ou partie du produit », ainsi que l'article 4.30 aux termes duquel étaient exclus « les frais de retrait des produits livrés par l'assuré ou pour son compte » ; que pour écarter ces clauses et retenir la garantie de la compagnie AXA FRANCE IARD, la Cour d'appel a estimé qu'elles vidaient le contrat d'assurance de sa substance dans la mesure où l'ensemble des frais qui y étaient visés constituaient la réparation des malfaçons prévues par la garantie offerte ; qu'en statuant de la sorte, quand les clauses en question n'excluaient de la garantie proposée à la société VOISIN PARCS ET JARDINS que les frais de retrait, et les frais de réparation ou de remplacement du produit livré mais n'excluaient aucunement les dommages causés par le produit livré ou la prestation défectueuse, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 113-1 du code des assurances ;

2°) ALORS QUE sont valables les clauses d'une police d'assurance excluant le coût de la prestation fournie par l'assuré ou de réparation du produit livré par ce dernier ; que dans ses conclusions d'appel (spécialement p. 15-16), la compagnie AXA FRANCE IARD invoquait également le bénéfice de la clause stipulée à l'article 4.28 des conditions générales de la police d'assurance souscrite par la société VOISIN PARCS ET JARDINS, aux termes de laquelle était exclu de la garantie « le prix du travail effectué et/ou du produit livré par l'assuré et/ou ses sous-traitants » ; qu'en se bornant à retenir, pour condamner la société AXA FRANCE IARD à garantir la société VOISIN PARCS ET JARDINS des condamnations prononcées à son encontre, que les exclusions de garantie stipulées aux articles 4.29 et 4.30 des conditions générales de la police vidaient le contrat de sa substance, sans se prononcer sur l'applicabilité de la clause d'exclusion figurant à l'article 4.28 des conditions générales de la police, également invoquée par l'assureur, la Cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Moyen produit au pourvoi incident éventuel n° Z 15-13.445, par la SCP Piwinca et Molinié, avocat aux Conseils pour la société Voisin parcs et jardins

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Voisin Parcs et jardins à payer à la SAS Rabot-Dutilleul-Construction la somme de 205.361,54 euros avec intérêts au taux légal à compter du jugement déclaratif de

responsabilité ainsi que la somme de 10.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE l'expertise a mis en évidence des infiltrations en plafond de rez-de-chaussée provenant de multiples percements de l'étanchéité de la terrasse dus au mode de fixation des voliges séparant les jardinières ; que l'expert relève que le CCTP prévoyait des voliges en bois fixés par plots ou écarteurs alors que la SAS Voisin Parcs et Jardins a fixé des piquets de hauteur variable fichés dans l'épaisseur de la terre végétale ; que la SAS Voisin Parcs et Jardins et la SAS Axa France lard soutiennent que les modifications apportées aux travaux par rapport au CCTP relèvent de la seule décision de la SAS Rabot Dutilleul qui a accepté le devis et le système de fixation en contradiction avec les prescriptions du CCTP ; que cependant, le marché de sous-traitance conclu entre la SAS Rabot-Dutilleul- Construction et la SAS Voisin Parcs et Jardins fait expressément référence au CCTP et que le devis du 4 juin 2008 prévoit « la fourniture et mise en place de volige en bois type azobe en délimitation des massifs plantés en R+I », seule indication ne faisant pas apparaître un mode de fixation différent du mode de fixation prévu par le CCTP en ces termes : « la fourniture et pose de voliges bois en cumaru et en massarunduba fixé par plots écarteurs/stabilisateurs y compris assemblage et découpe » ; que la SAS Parcs et Jardins n'est donc pas fondée à affirmer que la SAS Rabot-Dutilleul- Construction a non seulement validé et accepté cette non conformité de ses prestations au marché mais l'a même exigée et, débitrice d'une obligation de résultat à l'égard de l'entrepreneur principal elle a failli à cette obligation et, à défaut de preuve d'une faute de la SAS Rabot-Dutilleul- Construction à l'origine des désordres, a engagé sa responsabilité sur le fondement de l'article 1147 du code civil et non de l'article 1792 du code civil, comme le demande à titre principal la SAS Rabot-Dutilleul- Construction, s'agissant d'un litige entre entrepreneur principal et sous-traitant ; que la preuve d'une faute de l'entreprise principale ne peut en effet résulter de la responsabilité qu'elle encourt à l'égard du maître de l'ouvrage du fait des manquements de son sous-traitant ; qu'elle ne réside pas plus dans le fait d'avoir exigé d'elle la communication de ses plans d'exécution, de ne pas avoir décelé les non-conformités en cours de réalisation des travaux, de ne pas avoir interrompu ses travaux et de ne pas avoir attiré son attention sur le fait que l'étanchéité ne bénéficiait pas d'une protection en dur ; que la SAS Voisin, entreprise spécialisée dans la réalisation des prestations qui lui ont été confiées, n'étant pas fondée à se prévaloir de ses propres manquements à l'égard de l'entrepreneur principal pour lui imputer la responsabilité alors que c'est elle qui, dans le cadre de son obligation de conseil, devait l'avertir de toute difficulté éventuelle dans l'exécution de ses travaux, notamment de la modification unilatérale de ses prestations et de ses conséquences et non l'inverse ; qu'enfin s'il est exact que la SAS Rabot-Dutilleul avait connaissance du remplacement du substrat originellement prévu par de la terre végétale, l'expert n'a pas retenu ce fait comme cause des désordres dus aux seules non conformités commises par la SAS Voisin Parcs et Jardins ; que la SAS Voisin Parcs et Jardins n'est pas plus fondée à invoquer la responsabilité du maître d'oeuvre d'exécution qui n'a pas été avisé de la modification apportée par elle aux prescriptions du CCTP, le fait de n'avoir pas décelé les irrégularités délibérément commises par elle ne suffisant pas à caractériser des manquements du maître d'oeuvre à l'exécution de ses obligations ; Sur le préjudice : que la SAS Rabot-Dutilleul- Construction demande la condamnation de la SAS Voisin Parcs et Jardins à lui payer le coût des travaux de reprise (189 747,27 €), qu'elle augmente à 257.136, 89 € « si la cour retient le montant intégral du devis de reprise de la SAS Voisin Parcs et Jardins », les frais d'huissiers de justice (3.577, 53 €) et les frais d'encadrement (37.776, 60 €) ; que la SAS Voisin Parcs et Jardins soutient que la demande en paiement de la somme de 257.136, 89 euros est une demande nouvelle devant la cour d'appel ; que l'expert a évalué le coût des travaux de reprise à la somme de 189.747,27 euros HT et qu'il résulte de la mention du jugement que la demande de la SAS Rabot-Dutilleul-Construction s'élevait en première instance à la somme de 175.733, 69 euro HT ; que l'augmentation de la demande de la SAS Rabot Dutilleul ne constitue pas une demande nouvelle au sens de l'article 564 du code de procédure civile dès lors qu'elle tend aux mêmes fins que la demande initiale, quel qu'en soit le montant ;

1) ALORS QUE la faute commise par l'entrepreneur principal peut être retenue et justifier un partage de responsabilité avec la sous-traitance lorsqu'il a lui-même la qualité de professionnel qualifié et expérimenté ; qu'en retenant la responsabilité exclusive de la société Voisin Parcs et Jardins sans rechercher, comme le commandaient les conclusions de cette dernière, si cette société sous-traitante n'avait pas réalisé les travaux qui lui étaient confiés sous le contrôle étroit et les directives précises de l'entrepreneur principal, lui même professionnel qualifié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1147 du code civil ;

2) ALORS QU'en retenant la responsabilité exclusive de la société Voisin Parcs et Jardins sans rechercher, comme l'y invitaient les conclusions de cette dernière ainsi que les constats de l'expert judiciaire, si les prestations prévues par le devis du 4 juin 2008, accepté par la société Rabot-Dutilleul et annexé aux conditions particulières du contrat, n'étaient

pas en contradiction avec le CCTP, constituant ainsi un document contractuel spécial susceptible de prévaloir sur le document général, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil ;

3) ALORS ENFIN QUE la cour d'appel ne pouvait s'abstenir de répondre aux conclusions de la société Voisin Parcs et Jardins faisant valoir une contradiction entre les prescriptions du CCTP et les prestations prévues dans le devis du 4 juin 2008 accepté par la société Rabot- Dutilleul et annexé au contrat de sous-traitance ; que la cour d'appel a indiqué à cet égard que le devis ne faisait pas apparaître un mode de fixation différent de celui qui était prévu par le CCTP cependant que les termes cités font apparaître une différence dans les modalités de fixation des voliges en bois et que la société Voisin affirmait que le mode de fixation ainsi choisi était incompatible avec la prestation d'étanchéité réalisée par la société K entreprise, et qu'elle l'avait ignoré ; que ce chef des conclusions méritait un examen et une réponse circonstanciée ; qu'en s'abstenant de tout examen relatif à l'impact du mode de fixation prévu par le devis, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

Moyen produit au pourvoi principal n° P 15-14.608, par la SCP Marc Lévis, avocat aux Conseils, pour la société Robot Dutilleul construction

Il est fait grief à l'arrêt d'AVOIR condamné la société Rabot à payer à la société Voisin la somme de 97.358,23 € TTC ;

AUX MOTIFS QUE « la réalité des travaux exécutés n'est pas contestée et la SAS Voisin Parcs et Jardins, dont la créance, d'un montant de 170.370,20 euros HT, n'a été réglée qu'à hauteur de 73.011,97 euros, est en droit de solliciter le paiement du solde (97.358,23 €), conformément au calcul parfaitement cohérent du tribunal, le supplément du prix des travaux par rapport au montant du préjudice de la SAS Rabot Dutilleul correspondant, comme l'a précisé l'expert et comme il a été rappelé ci-dessus, au coût des prestations supplémentaires prévues dans le cadre des travaux de reprise non prévus dans le devis initial, par conséquent non dû à la SAS Rabot au titre de l'indemnisation de son préjudice » ;

1/ ALORS, d'une part, QUE les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; que la société Rabot n'avait accepté l'ordre de service du 17 novembre 2009 que sous la réserve expresse de l'estimation des travaux par l'expert ; que ce dernier a estimé les travaux litigieux à la somme de 75 060,38 € HT ; qu'en condamnant malgré tout la société Rabot à payer à la société Voisin la somme de 97.358, 23 € TTC au titre du solde de l'ordre de service du 17 novembre 2009, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2/ ALORS, d'autre part, QU' une société commerciale récupère la TVA sur les factures qu'elle émet ; qu'une condamnation judiciaire au profit d'une société commerciale ne saurait, en conséquence, inclure la TVA, sans entraîner un enrichissement sans cause ; qu'en condamnant la société Rabot à payer à la société Voisin la somme de 93.358,23 TTC, alors que cette dernière récupère la TVA en tant que société commerciale, la cour d'appel a permis à cette société un enrichissement sans cause et violé l'article 1371 du code civil.