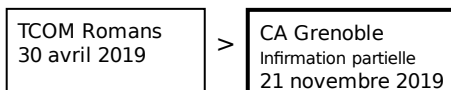


Cour d'appel de Grenoble, Chambre commerciale, 21 novembre 2019, n° 19/02039

Chronologie de l'affaire



Sur la décision

Référence : CA Grenoble, ch. com., 21 nov. 2019, n° 19/02039

Juridiction : Cour d'appel de Grenoble

Numéro(s) : 19/02039

Décision précédente : Tribunal de commerce de Romans, 30 avril 2019, N° 2019R38

Dispositif : Infirme partiellement, réforme ou modifie certaines dispositions de la décision déférée

Sur les personnes

Président : Patricia GONZALEZ, président

Avocat(s) : Paul ANDREZ

Cabinet(s) : LEXAVOUE GRENOBLE, SELARL DAUPHIN & MIHAJLOVIC

Parties : SCI SFK IMMO, SAS FORIOU, SCI SFK IMMO2 c/ SAS NOX CONSTRUCTION

Texte intégral

N° RG 19/02039 - N° Portalis DBVM-V-B7D-KABJ

MPB

Minute N°

Copie exécutoire

délivrée le :

la SELARL B ET MIHAJLOVIC

la SELARL LEXAVOUE GRENOBLE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE GRENOBLE

CHAMBRE COMMERCIALE

ARRÊT DU JEUDI 21 NOVEMBRE 2019

Appel d'une ordonnance (N° RG 2019R38)

rendue par le Tribunal de Commerce de ROMANS

en date du 30 avril 2019, suivant déclaration d'appel
du 09 Mai 2019

APPELANTES :

SCI SFK IMMO

société civile immobilière, immatriculée au Registre du
Commerce et des Sociétés de Romans-sur-Isère sous le
numéro 810966 879, prise en la personne de son
représentant légal et associé majoritaire, M. Y
Z, domicilié en cette qualité audit siège

[...]

[...]

[...]

société civile immobilière immatriculée au Registre du
Commerce et des Sociétés de Romans-sur-Isère sous le
numéro 839915 238, prise en la personne de son
représentant légal et associé majoritaire, M. Y Z,
domicilié en cette qualité audit siège

[...]

[...]

SAS X

société par actions simplifiée immatriculée au Registre
du Commerce et des Sociétés de Romans-sur-Isère sous
le numéro 808242 820, prise en la personne de son
représentant légal,

domicilié en cette qualité audit siège

[...]

[...]

représentées par M^e A B de la SELARL B ET MIHAJLOVIC, avocat au barreau de GRENOBLE postulant, et par M^e RENARD, avocat au barreau de PARIS, plaidant

INTIMÉE :

SAS NOX CONSTRUCTION

société par actions simplifiée immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Coutances sous le numéro 844 518 126, prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

[...]

[...]

représentée par M^e Alexis GRIMAUD de la SELARL LEXAVOUE GRENOBLE, avocat au barreau de GRENOBLE postulant, et par M^e Paul ANDREZ, avocat au barreau de PARIS plaidant

COMPOSITION DE LA COUR :

LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ :

M^{me} Patricia GONZALEZ, Présidente,

M^{me} Marie-Pascale BLANCHARD, Conseiller,

M. Lionel BRUNO, Conseiller,

Assistés lors des débats de M. Frédéric STICKER, Greffier.

DÉBATS :

A l'audience publique du 25 Septembre 2019

M^{me} BLANCHARD, conseiller, a été entendue en son rapport,

Les avocats ont été entendus en leurs conclusions et plaidoiries,

Puis l'affaire a été mise en délibéré pour que l'arrêt soit rendu ce jour,

après prorogation du délibéré

-----0-----

Par contrat en date du 26 avril 2018, la SAS SFK IMMO a confié à la SA NOX INGÉNIERIE la construction de deux bâtiments dénommés B3 et B4 à Romans-sur-Isère, pour un prix total de 13.748.250 € HT.

Suivant ordre de service du 14 mai 2018, la société SFK IMMO a également demandé à la société NOX INGÉNIERIE de lancer les études de réalisation d'un ensemble immobilier à Mably (Loire) pour un montant estimé de 36.260.985 € HT.

Par ailleurs, suivant devis accepté du 25 avril 2018, la société X a conclu avec la société NOX INGÉNIERIE un contrat de location de bungalows.

La SAS SFK IMMO 2 s'est substituée à la société SFK IMMO pour le paiement de ces marchés.

Compte tenu de ses difficultés financières, la société NOX INGÉNIERIE a autorisé le paiement direct de ses sous-traitants par la société SFK IMMO 2.

Elle a par ailleurs facturé à cette dernière, une somme totale de 10.642.807, 01 € TTC au titre du marché et a effectué les opérations de réception du premier bâtiment (B3) le 28 novembre 2018.

Par jugement du 15 novembre 2018, le tribunal de commerce de Bobigny a admis la société NOX INGÉNIERIE au bénéfice d'un redressement judiciaire et par jugement du 20 décembre suivant, cette juridiction a arrêté un plan de cession partielle des actifs relatifs à l'activité «clés en main» de la société NOX INGÉNIERIE, au profit de la SAS NOX CONSTRUCTION.

L'acte de cession est intervenu le 21 décembre 2018.

Suivant protocole d'accord transactionnel régularisé le 20 décembre 2018, les sociétés SFK IMMO, NOX INGÉNIERIE et NOX CONSTRUCTION sont convenues de substituer cette dernière à la société NOX INGÉNIERIE dans l'exécution d'une part du marché de conception et d'exécution, la société SFK IMMO renonçant à se prévaloir des pénalités dues à raison du retard dans la livraison des travaux, pour autant que celle-ci intervient avant le 9 août 2019, d'autre part du contrat de location de bungalows conclu avec la société X, la société SFK IMMO se portant fort de l'acceptation de cette dernière.

De son côté, la société NOX CONSTRUCTION s'est engagée à reprendre l'intégralité du passif et des engagements résultant du marché de travaux et à procéder à ce titre:«au remboursement à SFK, SFK IMMO 2 et SFK Roanne de l'intégralité des sommes payées directement par ces sociétés aux sous-traitant en vertu d'une délégation parfaite de paiement, à savoir un montant global de 3.788.548 € HT, ainsi que de la somme de 515.414 € payés sans objet par SFK Roanne'concepteur-réalisateur au titre du projet de Mably à Roanne qui n'a donné lieu à aucun accord au contrat».

Postérieurement au 21 décembre 2018, la société NOX CONSTRUCTION a adressé aux sociétés SFK IMMO, SFK IMMO 2 et X six nouvelles factures.

Le 13 février 2019, les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 ont mis en demeure la société NOX CONSTRUCTION de leur verser la somme de 4.303.963 € HT en exécution du protocole transactionnel.

En réponse, par lettre recommandée du 27 février 2019, la société NOX CONSTRUCTION a revendiqué le paiement de cette somme par compensation avec une créance de 6.010.905, 85 euros TTC, exigé le paiement du solde soit 1.706.943,85 euros TTC ainsi que la remise d'une garantie de paiement à première demande d'un montant global de 47.760.985 € au titre de l'opération de construction.

Par acte huissiers du 22 mars 2019, la société NOX CONSTRUCTION a assigné les sociétés SFK IMMO,

SFK IMMO 2 et X en référé devant la juridiction commerciale.

Par ordonnance en date du 30 avril 2019, le juge des référés du tribunal de commerce de Romans sur

Isère a :

— déclaré irrecevable l'exception d'incompétence territoriale soulevée par les sociétés défenderesses,

— constaté que la société NOX CONSTRUCTION ne justifie pas de l'existence d'une créance non sérieusement contestable à l'égard de la société X,

— débouté la société NOX CONSTRUCTION de sa demande de provision à l'encontre de la société X,

— ordonné aux sociétés SKF IMMO et SKF IMMO 2, ou celle des deux qui mieux le devra, de remettre à la société NOX CONSTRUCTION une garantie de paiement à hauteur de la somme de :

. 6.000.000 euros pour le chantier B3/B4 à Romans sur Isère, sous astreinte de 1.000 € par jour de retard à compter de la signification de l'ordonnance,

. 52.000.000 euros pour le chantier de Roanne, sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard à compter de la signification de la présente ordonnance,

— condamné les sociétés SKF IMMO et SKF IMMO 2, ou celle des deux qui mieux le devra, à payer à la société NOX CONSTRUCTION une provision de :

— 1.258.364 euros pour auto-liquidation de la TVA par NOX CONSTRUCTION,

— 1.230.051 euros au titre de la rémunération de la société NOX CONSTRUCTION, sur les prestations non contestées,

— pour le surplus des demandes' :

— renvoyé la société NOX CONSTRUCTION à mieux se pourvoir devant les juges du fond,

— dit que les demandes reconventionnelles des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 se heurtent à une contestation sérieuse,

— renvoyé les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 à mieux se pourvoir,

— dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile;

— mis les dépens à la charge des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 tenues conjointement et solidairement.

Suivant déclaration au greffe du 9 mai 2019, les sociétés SFK IMMO, SFK IMMO2 et X ont interjeté appel de la décision et par lettre recommandée du même jour, les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 ont résilié le contrat du 26 avril 2018 portant sur la construction des bâtiments B3 et B4 à Romans-sur-Isère.

Au terme de leurs conclusions n°2 notifiées le 2 septembre 2019, les sociétés SFK IMMO, SFK IMMO2 et X demandent à la cour de' :

— confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a :

. constaté que la société NOX CONSTRUCTION ne justifiait pas de l'existence d'une créance non sérieusement contestable à l'égard de la société X,

. débouté la société NOX CONSTRUCTION de sa demande de provision à l'encontre de la société X,

— infirmer l'ordonnance entreprise en ses autres dispositions;

— in limine litis :

— déclarer l'exception d'incompétence territoriale soulevée par les sociétés SFK IMMO, SFK IMMO 2 et X, recevable et bien fondée,

— renvoyer la société NOX CONSTRUCTION à mieux se pourvoir devant la juridiction compétente, à savoir le Président du tribunal de commerce de Coutances,

— au fond :

— déclarer les prétentions de la société NOX CONSTRUCTION tendant à la constatation de deux créances de 882.467,30 euros TTC et de 1.112.940,13 euros TTC qu'elle détiendrait sur les sociétés SFK IMMO à titre principal, irrecevables comme nouvelles, à titre subsidiaire, irrecevables pour défaut d'intérêt et de qualité à agir et, à titre très subsidiaire, les juger mal fondées,

— déclarer la demande formée par la société NOX CONSTRUCTION tendant à la remise d'une garantie de paiement pour le chantier de Roanne à hauteur d'une somme de 52.020.009,10 euros TTC irrecevable pour défaut d'intérêt et de qualité à agir et, à titre subsidiaire, la juger mal fondée et notamment non justifiée par l'existence d'un trouble manifestement illicite,

— dire et juger que la demande formée par la société NOX CONSTRUCTION tendant à la remise d'une garantie de paiement pour le chantier de Roanne à hauteur d'une somme de 6.252.665,95 euros TTC pour le chantier B3 / B4 est mal fondée et notamment non justifiée par l'existence d'un trouble manifestement illicite,

— dire et juger que la demande formée par la société NOX CONSTRUCTION tendant au paiement par provision de la créance de 6.291.822 euros détenue par les sociétés SFK IMMO sur la société NOX CONSTRUCTION par compensation avec la prétendue créance détenue par cette dernière sur lesdites sociétés est mal fondée et se heurte notamment à des contestations sérieuses,

— dire et juger que la demande formée par la société NOX CONSTRUCTION tendant à voir condamner in solidum les sociétés SFK IMMO à lui payer par provision une somme de 5.405.871,75 euros en numéraire ou, à titre subsidiaire, les condamnations prononcées à cet égard par l'ordonnance de référé, est mal fondée et se heurte notamment à des contestations sérieuses,

— dire et juger que la demande formée par la société NOX CONSTRUCTION tendant à voir condamner la société X à lui verser une somme de 163.731,56 euros est mal fondée et se heurte notamment à des contestations sérieuses,

— en conséquence,

— dire et juger qu'il n'y a pas lieu à référé concernant les demandes formées par la société NOX CONSTRUCTION à l'égard des sociétés SFK IMMO, SFK IMMO 2 et X,

— débouter la société NOX CONSTRUCTION de l'intégralité de ses moyens, fins et prétentions, et notamment de son appel incident,

— condamner la société NOX CONSTRUCTION à restituer aux sociétés SFK IMMO, SFK IMMO 2 et X toutes sommes qu'elle aurait perçues en exécution de l'ordonnance de référé du 30 avril

2019, lesquelles peuvent être évaluées au jour des présentes à un montant total de 613.834,30 euros;

— à titre reconventionnel;

— condamner la société NOX CONSTRUCTION à payer la somme de 4.303.962 euros HT, soit 5.164.754,40 euros TTC à la société SFK IMMO,

— ordonner à la société NOX CONSTRUCTION, sous astreinte de 5.000 euros par jour de retard, de remettre des garanties de paiement dans les conditions prévues par l'article 14 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 à l'ensemble des sous-traitants auxquels elle a fait appel pour intervenir sur le chantier de construction des bâtiments B3 et B4 situé à Romans-sur-Isère à hauteur des montants restant à régler lequel peut être évalué à au moins 4.416.018,88 euros HT,

— se réserver la liquidation de l'astreinte,

— en tout état de cause,

— condamner la société NOX CONSTRUCTION à verser à chacune des sociétés SFK IMMO, SFK IMMO 2 et X, la somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

— condamner la société NOX CONSTRUCTION aux entiers dépens de l'instance en ceux compris ceux de la première instance dont distraction au profit de Maître A B, en application de l'article 699 du Code de procédure civile.

Les sociétés SFK IMMO, SFK IMMO2 et X soulèvent l'exception d'incompétence territoriale du tribunal de commerce de Romans-sur-Isère au profit de celui de Coutances, en application de la clause attributive de juridiction figurant à l'article 13 des conditions générales de vente de la société NOX INGÉNIERIE.

Elles soulèvent l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt et de qualité à agir de la société NOX CONSTRUCTION des demandes relatives à la garantie de paiement au titre du projet Mably, dont elles relèvent qu'il a été abandonné et n'a donné lieu à la conclusion d'aucun marché de travaux. Elles font valoir que la société NOX CONSTRUCTION n'a pas la qualité d'entrepreneur et que les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 n'ont pas la qualité de maître d'ouvrage, seule la société SFK IMMO Roanne ayant obtenu le permis de construire.

Elles contestent le transfert à la société NOX CONSTRUCTION des engagements relatifs au projet

Mably ainsi que la facturation établie à ce titre, alors qu'il résulte des termes du protocole transactionnel que ce projet n'a finalement fait l'objet d'aucun accord et d'aucun contrat.

Elles contestent la facture supplémentaire de 1.112.940,13 € TTC émise au titre de l'avancement des travaux au mois de mai 2019 alors que le marché a été résilié le 9 mai 2019.

Elles critiquent l'ordonnance du juge des référés en ce qu'il a accordé à la société NOX CONSTRUCTION une provision au titre de la liquidation de la TVA qui ne correspond à aucune de ses prétentions et soutiennent que la TVA doit être acquittée par l'entrepreneur titulaire du marché, sur les montants facturés par ses sous-traitants.

Elles rappellent qu'elles se sont acquittées auprès de la société NOX INGÉNIERIE d'une somme totale de 3.294.510 € HT au titre des travaux réalisés par les sous-traitants, mais qu'elles ont dû également régler directement à ces derniers certaines de leurs factures impayées, ayant ainsi payer à deux reprises les mêmes travaux.

Elles considèrent que les demandes formées par la société NOX CONSTRUCTION à leur encontre

se heurtent à des contestations sérieuses et soutiennent à ce titre que :

— à l'égard de la société X, il ne résulte ni du jugement du tribunal de commerce de Bobigny, ni de l'acte de cession du fonds de commerce l'existence d'une créance de la société NOX INGÉNIERIE cédée à la société NOX CONSTRUCTION, le seul contrat portant sur la mise à disposition de bungalows ayant été réglé directement à l'entreprise prestataire, la société BCM;

— les factures de la société NOX CONSTRUCTION sont invérifiables et irrégulières à défaut de toute précision sur la nature des tâches ou travaux réalisés, notamment au titre de la rémunération;

— le calcul de la créance est erroné de près d'un million d'euros;

— les sociétés NOX INGÉNIERIE et NOX CONSTRUCTION ont été défaillantes dans l'exécution des missions qui leur étaient confiées dans la direction des travaux, la maîtrise de leur coût et de leur délai d'exécution;

— elles ont été amenées à payer directement les sous-traitants en raison de l'inexécution par les sociétés NOX INGÉNIERIE et NOX CONSTRUCTION de leurs obligations contractuelles et ne sauraient être contraintes de payer deux fois les travaux réalisés sur la période des mois d'août 2018 à mai 2019;

— les coûts de construction déjà payés sont supérieurs de plus de 2 millions d'euros à ceux facturés par les sous-traitants connus;

— compte tenu des retards dans la livraison du bâtiment B3 et de l'absence de réception du bâtiment B4, des pénalités sont dues.

Elles font valoir que le juge des référés a outrepassé ses pouvoirs en octroyant une provision au titre d'une

rémunération, qui ne correspond à aucune des demandes formulées et dont le calcul est arbitraire.

Elles soutiennent que les demandes de fourniture de garanties de paiement ne sont justifiées par aucun trouble manifestement illicite.

À titre reconventionnel, elles sollicitent l'exécution des engagements pris par la société NOX CONSTRUCTION dans le cadre du protocole transactionnel du 20 décembre 2018, de régler la somme totale de 4.303.962 € HT et de fournir des garanties de paiement aux sous-traitants.

Au terme de ses conclusions notifiées le 2 août 2019, la société NOX CONSTRUCTION entend voir :

— in limine litis :

— confirmer l'ordonnance de référé en ce qu'elle a rejeté l'exception d'incompétence territoriale;

— sur le référé-provision :

— prononcer à titre de provision un paiement de la prétendue créance de 6.291.822 euros des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 à l'égard de la société NOX CONSTRUCTION par compensation avec la créance de 10.815.226,53 euros de cette dernière;

— condamner in solidum à titre de provision les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 à payer, après

la précédente compensation, en numéraire à la société NOX CONSTRUCTION une somme de 5.405.871,75 euros correspondant au solde de sa créance augmenté de sa facture du 20 mai 2019 ou, à titre subsidiaire, de confirmer les condamnations prononcées à cet égard par l'ordonnance de référé;

— infirmer l'ordonnance de première instance en ce qu'elle a refusé d'entrer en voie de condamnation à l'égard de la société X et condamner cette dernière à lui verser la somme de 163.731,56 euros;

— sur le référé fondé sur l'existence d'un trouble manifestement illicite :

— dire et juger que l'urgence est caractérisée;

— dire et juger que constitue un trouble manifestement illicite le refus des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 de lui octroyer des garanties de paiement;

— condamner les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 tenues, en application des dispositions de l'article 1799-1 du code civil, de remettre à la société NOX CONSTRUCTION des garanties de paiement :

' d'un montant de 6.252.665,95 euros TTC pour le chantier B3 / B4, infirmant ainsi l'ordonnance sur le montant qu'elle a retenu ;

' d'un montant de 52.020.009,10 euros TTC pour le chantier de Roanne (Mably), infirmant l'ordonnance de référé entreprise sur le montant qu'elle a retenu ;

— confirmer l'ordonnance de référé en ce qu'elle a ordonné aux sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 de remettre ces garanties de paiement sous astreinte de

1.000 euros par jour de retard à compter de la signification de l'ordonnance ;

— sur la demande reconventionnelle des sociétés SFK :

— confirmer l'ordonnance en ce qu'elle a rejeté les demandes de provision formée par les sociétés SFK IMMO, qui se heurtent à des contestations sérieuses ;

— débouter les appelantes en toutes leurs demandes, fins et conclusions ;

— en tout état de cause :

— condamner solidairement les sociétés SFK IMMO, SFK IMMO 2 et X à payer la société NOX CONSTRUCTION une somme de 20.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile;

— condamner les sociétés SFK IMMO, SFK IMMO 2 et X aux entiers dépens de première instance et d'appel.

La société NOX CONSTRUCTION indique renoncer expressément au bénéfice de la clause attributive de juridiction, stipulée dans les conditions générales de vente dans son seul intérêt.

Concernant son intérêt à agir sur le fondement du marché de travaux dit de Mably, elle considère que la contestation de l'existence de ce marché relève de l'examen de l'existence même du droit et non d'une fin de non recevoir et que la garantie conserve son intérêt tant que le solde des travaux n'est pas payé.

Elle estime qu'elle a la qualité d'entrepreneur au sens de l'article 1779-3° du code civil auquel renvoie l'article 1799-1 prévoyant la garantie de paiement et que les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 ont la qualité de maître de l'ouvrage laquelle est indépendante de celle de titulaire du permis de construire, puisque c'est en cette qualité que la société SFK IMMO a signé l'ordre de service.

Elle fait valoir qu'aucune de ses demandes en paiement n'est nouvelle en appel puisqu'elle a toujours réclamé paiement de ses honoraires et qu'en toute hypothèse, ses prétentions visent à opposer compensation aux demandes de ses contradictrices.

Elle rappelle que les garanties de paiement sont prévues par des dispositions d'ordre public et auraient dû être mises en place dès la signature du contrat de conception réalisation du 26 avril 2018 et de la signature de l'ordre de service concernant le chantier de Mably et considère que le refus de paiement du solde de ses factures à hauteur de 5.405.871,75 € TTC met en péril son activité et la santé financière de ses sous-traitants, ce qui justifie le recours à la procédure de référé.

Elle soutient que:

— le plan de cession arrêtée par le tribunal de commerce et l'acte de cession incluent dans le périmètre de la reprise, les contrats relatifs aux chantiers de Mably et de Romans-sur-Isère ainsi que les créances correspondantes ;

— le protocole transactionnel est entaché de nullité en raison des différences qu'il comporte par rapport à celui soumis à l'autorisation du juge commissaire ;

—la société SFK IMMO est bien la signataire de l'ordre de service lançant le chantier de Mably et la qualité de maître de l'ouvrage est indépendante de celle de titulaire du permis de construire;

—les factures qui ont été adressées pour un montant total de 6.689.695,20 € n'ont jamais fait l'objet d'une contestation autorisant, en application de l'article 11 des conditions générales de vente, que leur paiement soit retenu;

—le bâtiment B3 a été achevé à la fin du mois de novembre 2018 et la société SFAM en a pris possession malgré son refus d'une réception officielle;

—le chantier du bâtiment B4 est bien avancé;

—les doléances exprimées sur l'accomplissement de ses prestations sont tardives et mensongères;

—le raisonnement relatif à la liquidation de la TVA procède d'un contresens, puisque revenant à considérer que les sommes versées directement aux sous-traitants seraient hors taxes.

Elle considère disposer en conséquence d'une créance non sérieusement contestable de 11.697.693,80 € TTC à l'encontre des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2.

Elle fait valoir que la créance à l'égard de la société X est elle aussi parfaitement identifiable dans le contrat de cession du fonds de commerce résultant du plan de cession.

Concernant les demandes reconventionnelles de garantie de paiement formées à son encontre, elle relève que seuls les sous-traitants bénéficiaires de cette garantie seraient fondés à en demander la délivrance et qu'au demeurant, la caution n'a pas été fournie dans l'hypothèse d'une délégation de paiement, que revendique les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2.

La clôture de la procédure est intervenue le 18 septembre 2019.

MOTIFS DE LA DECISION :

1°) sur l'exception d'incompétence :

Les articles 13 et 14 des conditions générales de vente de la société NOX INGENIERIE annexées au contrat du 26 avril 2018 attribuent compétence territoriale au tribunal de commerce de Nantes, juridiction du siège social de la société NOX INGENIERIE, pour connaître de tous litiges, même en cas de référé.

Le contrat ayant pour objet la construction de bâtiments à Romans sur Isère lieu du siège social de son cocontractant, il est manifeste que ces stipulations ont été édictées dans le seul intérêt de la société NOX INGENIERIE, qui est en droit de renoncer au privilège de juridiction qui en résulte, ce qu'elle a fait expressément selon les termes de ses écritures.

L'ordonnance sera confirmée en ce qu'elle a écarté l'exception d'incompétence.

2°) sur les fins de non recevoir :

. sur la qualité et l'intérêt à agir de la société NOX CONSTRUCTION au titre du projet dit Mably':

En application de l'article 1799-1 du code civil, le maître de l'ouvrage qui a conclu un marché de travaux relevant de l'article 1779-3° doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsqu'elles sont supérieures à 12.000 euros HT.

La société NOX CONSTRUCTION sollicite la remise d'une garantie de paiement à hauteur de 52.020.009, 10 euros TTC au titre du chantier dit de « Mably » sur le fondement de l'ordre de service n°1 de démarrage signé le 14 mai 2018 par la société SFK IMMO.

Ce document qui ne comporte aucune signature, ni cachet du contractant général, fait référence à un marché de conception et construction de six bâtiments de bureaux dont serait titulaire la société NOX INGENIERIE en vertu d'un contrat dont la date de signature n'est pas précisée et que la société NOX CONSTRUCTION ne produit pas.

A défaut de justifier que l'ordre de service invoqué corresponde à un marché de travaux effectivement régularisé entre les parties, la société NOX INGENIERIE ne justifie ni de sa qualité d'entrepreneur, ni de son intérêt à agir à ce titre sur le fondement de l'article 1799-1 du code civil, au titre du projet Mably.

La demande de la société NOX CONSTRUCTION en constitution de garantie de paiement au titre du projet Mably doit être déclarée irrecevable ce qui conduira la cour à infirmer l'ordonnance sur ce point.

. Sur les demandes nouvelles en cause d'appel':

La demande de paiement provisionnel de la facture du 15 février 2019 d'un montant de 882.467,30 euros TTC portant sur la phase de conception du chantier de Mably, ne constitue pas une demande nouvelle en appel alors qu'à la lecture des conclusions de première instance de la société NOX CONSTRUCTION, la cour constate que cette réclamation se trouvait intégrée dans celle portant sur la créance globale de 3.012.891, 20 euros TTC liée aux factures postérieures au 1^{er} janvier 2019.

S'il n'en est pas de même de la facture du 20 mai 2019 d'un montant de 1.112.940, 13 euros TTC, cette prétention qui vise à opposer compensation aux réclamations reconventionnelles des appelantes, ne peut être déclarée irrecevable comme nouvelle.

En conséquence, les fins de non recevoir soulevées par les sociétés SFK IMMO, SFK IMMO 2 et X doivent être écartées et les demandes de provision de la société NOX seront déclarées recevables.

3°) sur la demande de provision à l'encontre des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 :

Conformément aux dispositions de l'article 873 du code de procédure civile, le juge des référés du tribunal de commerce peut, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier, sans condition d'urgence.

La société NOX CONSTRUCTION se prévaut de ce qu'elle nomme une «'créance globale'» de 11.697.693, 80 euros TTC se décomposant en :

— une créance de 6.689.395, 20 euros sur les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO2 cédée par la société NOX INGENIERIE,

— une somme de 4.125.831,33 euros TTC au titre de ses factures émises entre le 1^{er} janvier et le 20 mai 2019,

— 882.467, 30 euros TTC au titre d'honoraires d'études du projet «'Mably'».

Concernant ce dernier poste de créance, la société NOX CONSTRUCTION ne justifie de la signature d'aucun marché, l'ordre de service du 14 mai 2018 ne pouvant en tenir lieu et l'accord transactionnel du 20 décembre 2018 indique que ce projet dit de «'Mably'» a été abandonné, prévoyant en outre le remboursement de sommes versées sans objet à ce titre.

Si la société NOX CONSTRUCTION conteste la validité de cet acte, l'examen de cette question ne relève pas des pouvoirs du juge des référés qui doit s'en tenir à l'évidence des termes de cet accord signé par elle et qui constituent une contestation sérieuse de sa prétention à une provision d'honoraires dus au titre de ce marché.

Concernant le marché de travaux des deux bâtiments B3/B4, le contrat de conception-réalisation prévoyait une enveloppe de travaux de 11.500.000 euros HT, outre des honoraires de 681.087, 50 euros HT pour la conception et de 2.248.250 euros HT pour l'exécution du chantier, soit un total hors taxes de 13.748.250 euros.

Le prix était stipulé payable à hauteur de 20 % au démarrage, 75 % suivant l'avancement mensuel et les 5 % restant à la levée des réserves.

Il était par ailleurs prévu que pour la phase de travaux, la société NOX INGENIERIE serait remboursée des coûts de construction établis sur la base du montant total des travaux résultant de l'attribution des marchés.

Les états financiers établis par chacune des parties, qui se révèlent sur ce point parfaitement concordants, font apparaître que la créance cédée à la société NOX CONSTRUCTION le 20 décembre 2018, correspond au solde de la facturation totale émise par la société NOX INGENIERIE au titre de ce chantier, après déduction des trois règlements intervenus en juillet 2018 pour un total de 3.294.510 euros HT, soit 3.953.412 euros TTC.

Les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 justifient avoir par ailleurs procédé au paiement direct d'une somme totale de 6.336.725, 05 euros aux entreprises sous-traitantes entre les mois de septembre 2018 et avril 2019.

Conformément au principe de liquidation de la TVA par l'entrepreneur principal de travaux de

construction énoncé par l'article 283 -2 nonies du code général des impôts et à défaut pour les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 de justifier que les factures des sous-traitants aient été établies en mentionnant la TVA, ces paiements doivent être considérés comme

acquittés hors taxes, ce que confirment au demeurant, le propre état financier des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 et le courrier de leur conseil en date du 11 avril 2019.

Les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 ayant exécuté leur obligation à l'égard des sous-traitants délégataires par ces paiements libératoires, la société NOX CONSTRUCTION ne peut leur réclamer paiement que pour la part qui excéderait leur engagement, sauf à recouvrer ses propres droits à paiement en justifiant s'être exécutée de sa propre obligation de payer ses sous-traitants.

Ces versements doivent donc être déduits de la créance globale et le protocole transactionnel signé le 20 décembre 2012 prévoyait bien le remboursement par la société NOX CONSTRUCTION des sommes versées aux sous-traitants pour un montant qui s'élevait alors à 3.788.548 euros HT.

Il résulte du propre état financier dressé par les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 que sur un montant facturé par NOX CONSTRUCTION au 30 avril 2019 à hauteur de 12.773.243, 18 euros TTC, elles dégagent un solde restant dû de 2.483.106, 13 euros.

En réalité, les versements aux sous-traitants devant être pris hors taxes, il reste dû un solde de 1.013.124, 27 euros HT compte tenu des règlements pour un montant total de 9.631.235, 05 euros HT sur un montant facturé de 10.644.359, 32 euros HT .

Les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 s'opposent cependant au paiement de ce solde du marché aux motifs que :

— les factures de la société NOX CONSTRUCTION sont invérifiables car non détaillées et prennent en compte des travaux qu'elle n'a pas préalablement payés aux sous-traitants ;

— la société NOX CONSTRUCTION a été défaillante à exercer ses missions, les coûts de construction ayant connu une majoration de l'ordre de 30 % des prévisions du marché qu'elles n'ont jamais autorisée et le chantier ayant subi des retards importants ;

— les paiements effectués directement aux sous-traitants ne peuvent lui être facturés deux fois ;

— elles peuvent prétendre au bénéfice de pénalités de retard en exécution des stipulations contractuelles.

Les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 ne justifiant pas avoir informé la société NOX CONSTRUCTION de leurs contestations relatives à ses factures, par écrit, et au moins 4 jours francs avant l'échéance, ces factures doit être considérées comme dues conformément aux stipulations de l'article 11 des conditions générales de vente figurant dans le contrat de conception-réalisation, et leur obligation au paiement n'apparaît pas, de ce seul chef, sérieusement contestable.

Si le 28 novembre 2018, la société NOX INGENIERIE a procédé à la réception des différents lots du chantier de construction relatif au bâtiment B3, les procès-verbaux permettent de constater l'existence d'un nombre important de réserves dont il n'est pas justifié de la levée.

La cour relèvera que, malgré cette réception, dans le dernier état de la facturation émise par la société NOX CONSTRUCTION le 20 mai 2019, l'état d'avancement de ce bâtiment n'était que de 96 %, celui du bâtiment B4 étant de 46 %.

Or, le calendrier prévisionnel figurant en page 16 du contrat de conception réalisation prévoyait une fin de travaux au 21 septembre 2018 pour le bâtiment B3 et au 28 décembre 2018 pour le bâtiment

B4, stipulant que des pénalités de retard à la charge de la société NOX INGÉNIERIE seraient retenues de ses situations à hauteur de 1/3000 du montant hors taxes des factures restant dues par jour de retard, sans pouvoir excéder 5 % du montant hors taxes du marché.

Le contrat ayant été résilié unilatéralement par les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2, par lettre recommandée du 9 mai 2019, il est manifeste que le chantier n'est parvenu à son terme pour aucun des deux bâtiments.

Par ailleurs, si l'accord transactionnel signé entre les parties le 20 décembre 2018 prévoyait que la société NOX CONSTRUCTION, en sa qualité de repreneur de l'activité de la société NOX INGÉNIERIE, s'engageait à procéder au paiement de l'intégralité des factures échues des entreprises, fournisseurs et sous-traitants pour un montant de 2.170.144,13 euros HT, il résulte des justificatifs produits par les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 qu'elles ont continué à assurer le paiement direct des sous-traitants postérieurement à la signature de cet engagement, et ce jusqu'au mois d'avril 2019.

En outre, la dernière facture de la société NOX CONSTRUCTION du 20 mai 2019 fait état d'un coût engagé de 16.781.451, 93 euros HT sur un marché initial total de 13.748.250 euros HT, alors que le bâtiment B3 n'est achevé qu'à 96 %, le bâtiment B4 à 46 % et les infrastructures à 23 % et qu'elle ne justifie de la validation des devis par les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 qu'à hauteur de 3.166.126, 27 euros HT au titre des montants déjà engagés.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, et notamment de l'absence d'achèvement des travaux, l'existence d'un solde du marché apparaît sérieusement contestable, a fortiori à hauteur de 5.405.871, 75 euros, ce qui conduira la cour à infirmer l'ordonnance entreprise et à dire n'y avoir lieu à référé, renvoyant la société NOX CONSTRUCTION à mieux se pourvoir devant le juge du fond.

4°) sur la demande de provision à l'encontre de la société X :

Si la société NOX CONSTRUCTION se prévaut d'une créance de 163.731, 56 euros, elle fonde sa prétention sur deux devis en date des 19 et 25 avril 2018, établis par NOX INGÉNIERIE dont seul le second a fait l'objet d'une acceptation de la société X et a donné lieu à une facture du 18 février 2019 d'un montant de 28.061, 76 euros HT.

La société NOX CONSTRUCTION prétend venir aux droits de la société NOX INGÉNIERIE au titre de la cession des actifs de cette dernière liés à son activité

«Clés En Main'», autorisée par le tribunal de commerce de Bobigny.

Ni le jugement, ni l'acte de cession du 21 décembre 2018 ne font figurer dans la liste annexée des créances clients cédées, aucune créance à l'encontre de la société X, la liste des encours contractuels se référant exclusivement à des noms d'opérations et ne désignant pas les personnes morales concernées, le chantier de Romans sur Isère étant ainsi désigné sous la dénomination «SFAM Romans sur Isère».

Si l'accord transactionnel comporte la promesse de porte-fort de la société SFK IMMO d'obtenir de la société X au titre du contrat de location de bungalows accepté par elle, son agrément à la cession de ce contrat au profit de la société NOX CONSTRUCTION et au paiement de cette dernière, il n'est pas justifié de la ratification de cet engagement par la société X qui pourrait valablement l'engager.

La demande de provision se heurte donc à une contestation sérieuse et la décision entreprise sera confirmée en ce qu'elle a rejeté la demande de provision à l'encontre de la société X.

5°) sur la demande de garantie de paiement à l'encontre des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2' :

Conformément aux dispositions de l'article 873 du code de procédure civile, même en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite et dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

En application des dispositions d'ordre public de l'article 1799-1 du code civil, le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux, dont le montant dépasse 12.000 euros, doit fournir à l'entrepreneur une garantie de paiement dès l'ouverture du chantier et jusqu'à parfait paiement.

Il n'est pas contesté que la société SFK IMMO n'a pas fourni une telle garantie de paiement.

Pour autant, la société NOX CONSTRUCTION ne démontre pas l'existence d'un trouble manifestement illicite alors que le marché a été résilié et que l'obligation du maître de l'ouvrage au paiement d'un solde apparaît sérieusement contestable.

Réformant l'ordonnance, la cour dira n'y avoir lieu à référé.

6°) sur la demande reconventionnelle de provision des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2' :

Ces demandes sont fondées sur l'engagement pris par la société NOX CONSTRUCTION dans le cadre du protocole transactionnel du 20 décembre 2018 de rembourser les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 des sommes versées aux sous-traitants. Néanmoins, ces dernières, qui se prévalent de la compensation résultant de ces paiements à titre de contestation sérieuse de l'existence d'un solde dû sur le marché de

travaux, ne peuvent dans le même temps prétendre à leur restitution à titre provisionnel.

En outre, une partie des sommes que la société NOX CONSTRUCTION s'est engagée à rembourser concerne la seule société SFK ROANNE, qui n'est pas partie à la présente instance.

L'ordonnance du juge des référés de commerce de Romans-sur-Isère sera confirmée en ce qu'elle a renvoyé les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 à mieux se pourvoir devant le juge du fond.

7°) sur la demande reconventionnelle de garantie de paiement :

La société NOX CONSTRUCTION oppose le défaut de qualité des sociétés appelantes à agir sur le fondement de la loi du 31 décembre 1975 alors que l'article 14 de cette loi fait obligation au maître de l'ouvrage de veiller au respect des garanties dues aux sous-traitants et lui confère ainsi qualité pour agir à ce titre.

Les demandes des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 seront déclarées recevables.

L'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 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, agréé dans des conditions fixées par décret; mais que cette caution n'a 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.

Selon les termes du protocole transactionnel, la société NOX CONSTRUCTION a pris l'engagement de fournir les dites garanties de paiement aux entreprises et aux sous-traitants.

Par lettre recommandée du 20 mars 2019, les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 l'ont mise en demeure d'exécuter ses engagements et de mettre en place des délégations de paiement au profit des

sous-traitants.

Aucun justificatif de la mise en oeuvre de ces garanties n'est présenté à la cour et des courriers de sous-traitants et fournisseurs datés des mois de mars et avril 2019 démontrent qu'elles n'ont pas été fournies.

Pour autant, les sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2 ayant choisi de résilier le marché de travaux par lettre recommandée du 9 mai 2019 avec effet immédiat, et aucun élément n'étant fourni sur l'existence de travaux demeurés impayés à l'égard de sous-traitants, il n'existe plus de trouble manifestement illicite actuel justifiant de prescrire en référé la mise en oeuvre de telles garanties de paiement.

La cour confirmera sur ce point l'ordonnance critiquée.

PAR CES MOTIFS :

La Cour

Statuant publiquement, par arrêt contradictoire, par mise à disposition au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile et après en avoir délibéré conformément à la loi,

CONFIRME l'ordonnance du juge des référés du tribunal de commerce de Romans-sur-Isère en date du 30 avril 2019 sauf en ce qu'elle a :

— ordonné aux sociétés SKF IMMO et SKF IMMO 2, ou celle des deux qui mieux le devra, de remettre à la société NOX CONSTRUCTION une garantie de paiement à hauteur de la somme de :

. 6.000.000 euros pour le chantier B3/B4 à Romans sur Isère, sous astreinte de 1.000 € par jour de retard à compter de la signification de l'ordonnance,

. 52.000.000 euros pour le chantier de Roanne, sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard à compter de la signification de la présente ordonnance,

— condamné les sociétés SKF IMMO et SKF IMMO 2, ou celle des deux qui mieux le devra, à payer à la société NOX CONSTRUCTION une provision de :

— 1.258.364 euros pour auto-liquidation de la TVA par NOX CONSTRUCTION,

— 1.230.051 euros au titre de la rémunération de la société NOX CONSTRUCTION, sur les prestations non contestées;

— mis les dépens à la charge des sociétés SKF IMMO et SKF IMMO 2;

statuant à nouveau et y ajoutant;

DÉCLARE irrecevable la demande de la SAS NOX CONSTRUCTION en constitution par les SCI SFK IMMO et SFK IMMO 2 d'une garantie de paiement au titre du projet « Mably »;

DÉCLARE recevable la demande de provision de la SAS NOX CONSTRUCTION;

DIT n'y avoir lieu à référé sur la demande de provision présentée par la SAS NOX CONSTRUCTION à l'encontre des SCI SFK IMMO et SFK IMMO 2;

DIT n'y avoir lieu à référé sur la demande de garantie de paiement présentée par la SAS NOX CONSTRUCTION à l'encontre des sociétés SFK IMMO et SFK IMMO 2;

RENVOIE la SAS NOX CONSTRUCTION à mieux se pourvoir devant le juge du fond;

DÉBOUTE les parties de leurs demandes réciproques d'indemnité de procédure sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile;

CONDAMNE la SAS NOX CONSTRUCTION aux dépens de première instance et d'appel et autorise Maître A B, avocat, à recouvrer directement ce dont elle a fait l'avance sans avoir reçu provision, en application de l'article 699 du code de procédure civile.

SIGNE par M^{me} GONZALEZ, Président et par M. STICKER, Greffier auquel la minute de la décision a

été remise par le magistrat signataire.

Le Greffier Le Président