



RAPPORT DE Mme CORNELOUP, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 365 du 28 mai 2025 (F-B) – Première chambre civile

Pourvoi n° 23-20.341

Décision attaquée : Cour d'appel de Montpellier du 25 avril 2023

**la société CSNSP 431
C/
la société Gensun**

Rapport comprenant proposition de rejet non spécialement motivé du premier moyen du pourvoi incident.

- arrêt : cour d'appel de Montpellier, le 25 avril 2023
 - déclaration de pourvoi : 25 août 2023
 - mémoire ampliatif (société CSNSP 431) : dépôt le 26 février 2024, signifié le même jour
 - pourvoi incident (société GenSun) : 25 avril 2024, signifié le même jour
 - mémoire en défense (société Avancis) : dépôt le 26 juin 2024
 - mémoire en réponse au pourvoi incident (société Avancis) : 25 juillet 2024
- demandes en application de l'article 700 du code de procédure civile :
 - société CSNSP 431 : 3 500 euros à l'encontre des sociétés GenSun et Avancis *in solidum*
 - société GenSun : 5 000 euros à l'encontre des sociétés Avancis et CSNSP 431
- société Avancis : 4 000 euros à l'encontre des sociétés CSNSP 431 et GenSun.

La procédure paraît régulière.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par contrat du 19 avril 2013, la société Neoen Service International a confié à la société GenSun la conception et la construction d'une centrale photovoltaïque à [Localité 4] (Portugal). Ce contrat a été cédé, le 31 mai 2013, par la société Neoen Services International à sa filiale portugaise, la société CSNSP 431 (la société CSNSP).

Par un second contrat du 16 juillet 2013, la société CSNSP a chargé la société GenSun également de la maintenance et de l'exploitation de la centrale à compter de sa mise en service.

Pour la construction de la centrale photovoltaïque, la société GenSun a acheté à la société de droit allemand Avancis GmbH (la société Avancis) 18 380 panneaux pour un montant de 1 257 192 euros. Dès les premières livraisons, la société GenSun s'est plainte d'un nombre important de modules endommagés durant le transport et de défauts de fabrication.

Le 16 octobre 2014, neuf mois après la mise en service de la centrale, la société GenSun a alerté la société Avancis sur la performance de la centrale, inférieure à celle qui était attendue, en mettant en cause des problèmes de délamination des modules affectant les flux électriques des panneaux photovoltaïques et provoquant ainsi une perte de puissance de la centrale.

Le 1er mars 2016, la réception définitive de l'installation a été prononcée sans réserve entre la société CSNSP et la société GenSun, le certificat de réception mentionnant toutefois que la société GenSun « déploiera ses meilleurs efforts pour aider CSNSP à faire aboutir la réclamation en cours auprès du fabricant de modules (Avancis) ».

Le 22 février 2018, la société CSNSP a assigné la société GenSun et la société Avancis devant le tribunal de commerce de Montpellier en vue d'obtenir la résolution de la vente des 18 380 panneaux photovoltaïques, intervenue entre les sociétés Avancis et GenSun, ainsi que la résolution de la vente des 18 380 panneaux photovoltaïques intervenue entre elle-même et la société GenSun, dans le cadre du contrat du 19 avril 2013, outre la condamnation de la société Avancis à payer à la société GenSun la somme de 1 257 192 euros hors-taxes en restitution du prix des 18 380 panneaux et la condamnation de la société GenSun à lui payer cette somme de 1 257 192 euros.

La société CSNSP invoquait, à titre subsidiaire, la garantie contractuelle consentie par la société Avancis aux acquéreurs et propriétaires de ses modules, qu'elle avait mise en jeu par lettre adressée le 10 juillet 2017 au fabricant. Elle sollicitait également la condamnation de la société Avancis à lui payer la somme de 1 239 550 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi lié à la sous-performance des modules.

La société Avancis a soulevé l'incompétence de la juridiction saisie pour se prononcer sur les demandes d'indemnisation formées par la société GenSun à son encontre relevant, selon elle, de la compétence des juges allemands (tribunal de Leipzig) et sur

les demandes formées par la société CSNSP à l'encontre de la société GenSun en application du principe de compétence-compétence.

Sur le fond du litige, la société Avancis s'est opposée aux demandes présentées à son encontre, les estimant irrecevables ou mal fondées, et a sollicité, à titre subsidiaire, la réduction des montants demandés par la société CSNSP au titre de ses préjudices, les évaluant à la somme maximale de 180 737 euros.

Le 29 mars 2021, tribunal judiciaire de Montpellier :

- s'est déclaré compétent pour connaître des demandes de la société CSNSP à l'encontre de la société Avancis,
- s'est déclaré compétent pour connaître des demandes de la société CSNSP à l'encontre de la société GenSun,
- s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes de la société GenSun à l'égard de la société Avancis,
- a jugé irrecevable l'action de la société CSNSP à l'encontre de la société Avancis,
- a jugé recevable l'action de la société CSNSP à l'encontre de la société GenSun,
- a donné acte à la société GenSun qu'elle ne s'oppose pas aux demandes de la société CSNSP,
- a prononcé, en conséquence, la résolution du contrat de vente « Engineering Procurement and Construction of a 2MVA Photovoltaic Power Plant in [Localité 4] (Portugal) » conclu le 19 avril 2013 entre les sociétés CSNSP et GenSun,
- a condamné la société GenSun à verser à la société CSNSP la somme de 1 257 192 euros hors-taxes correspondant au prix d'achat des modules en litige,
- a rejeté les demandes des parties au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société CSNSP a interjeté appel.

Le 25 avril 2023, la cour d'appel de Montpellier a :

- Déclaré irrecevables les conclusions de la société GenSun déposées le 6 février 2023,
- Au fond, réformé le jugement du tribunal de commerce de Montpellier en date du 29 mars 2021, mais seulement en ce qu'il a jugé irrecevable l'action de la société CSNSP 431 à l'encontre de la société Avancis GmbH et statuant à nouveau,
- Déclaré irrecevable l'action directe de la société de droit portugais CSNSP 431 à l'encontre de la société de droit allemand Avancis GmbH sauf au titre de la mise en œuvre de la « garantie produits », garantie contractuelle insérée dans le contrat liant la société Avancis GmbH à la société GenSun,
- Débouté cependant la société CSNSP 431 de ses demandes à l'encontre de la société Avancis GmbH en ce qu'elles sont fondées sur cette « garantie produits »,

- Confirmé le jugement entrepris dans le surplus de ses dispositions,
- Rejeté toutes autres demandes,
- Condamné les sociétés CSNSP 431 et GenSun aux dépens d'appel, ainsi qu'à payer à la société Avancis GmbH la somme de 8000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

Pourvoi principal de la société CSNSP 431

La société de droit portugais CSNSP 431 fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable l'action directe qu'elle avait formée à l'encontre de la société de droit allemand Avancis GmbH sauf au titre de la mise en œuvre de la « garantie produits », garantie contractuelle insérée dans le contrat liant la société Avancis GmbH à la société GenSun, et de la débouter de ses demandes à l'encontre de la société Avancis en ce qu'elles sont fondées sur cette « garantie produits », alors :

« 1°/ que l'action directe intentée par le sous-acquéreur d'un bien à l'encontre du vendeur initial relève, pour les besoins du droit international privé, de la matière délictuelle ; que la loi applicable à une telle action dépend donc du règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit Rome II ; que, pour désigner comme loi applicable la loi allemande, la cour d'appel a énoncé que l'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire serait « nécessairement déterminée par référence à la loi applicable au contrat originaire », elle-même déterminée par application du règlement Rome I relatif aux obligations contractuelles ; qu'en statuant ainsi, cependant que l'action relevait de la matière délictuelle et donc du règlement Rome II, la cour d'appel a violé l'article 1er du règlement Rome II ;

2°/ que, subsidiairement, à supposer même que l'action intentée par le sous acquéreur d'un bien à l'encontre du vendeur initiale relèverait, pour les besoins du droit international privé, de la matière contractuelle, sa recevabilité et son bien-fondé dépendraient alors de la loi applicable au contrat liant le demandeur à l'action, seul affecté par l'existence ou l'inexistence de l'action directe ; que, pour désigner comme loi applicable la loi allemande, la cour d'appel a énoncé que l'action du sous acquéreur contre le vendeur originaire serait « nécessairement déterminée par référence à la loi applicable au contrat originaire », conclu par la société Avancis, vendeur originaire, elle-même déterminée par application du règlement Rome I relatif aux obligations contractuelles ; qu'en statuant ainsi, cependant que, à supposer que la question relève d'une qualification contractuelle, était alors applicable la loi régissant le contrat liant la société CSNSP et non la loi régissant le contrat liant la société Avancis, la cour d'appel a violé les articles 3 et 4 du règlement Rome I. »

Pourvoi incident de la société Gensun

Premier moyen

La société Gensun fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les conclusions qu'elle a déposées le 6 février 2023, et, par suite, de prononcer sur la compétence juridictionnelle, la recevabilité et le fond des diverses demandes des parties au litige, alors :

« 1°/ que les conclusions sont recevables jusqu'à la clôture de la mise en état ; que si le juge estime que la communication tardive de conclusions ne permet pas d'assurer le respect du principe de la contradiction, il lui appartient d'expliquer en quoi ces conclusions appelaient une nécessaire réponse de la partie adverse et en quoi celle-ci n'a pas disposé du temps utile pour y répondre ; qu'en se bornant néanmoins, pour déclarer irrecevables les conclusions déposées par la société Gensun le 6 février 2023, soit antérieurement à la clôture fixée au 7 février 2023, à retenir que le dépôt de ces conclusions comportant des développements supplémentaires prétendument « non clairement identifiés » aurait mis la société Avancis dans l'impossibilité d'en prendre connaissance et d'y répondre, sans constater concrètement en quoi ces conclusions auraient appelé une réponse de la société Avancis ni en quoi celle-ci n'aurait pas disposé du temps utile pour y répondre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 15 du code de procédure civile ;

2°/ alors que le juge à l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; qu'en affirmant que les conclusions déposées par la société Gensun le 6 février 2023 auraient comporté des développements supplémentaires « non clairement identifiés », cependant que dans lesdites conclusions, tous les développements supplémentaires, n'ayant pas figuré dans le précédent état des écritures de la même partie, étaient signalés par un trait vertical en marge permettant leur claire identification, la cour d'appel a méconnu le principe susvisé. »

Second moyen

La société Gensun fait grief à l'arrêt de déclarer le tribunal de commerce de Montpellier incompetent pour connaître de ses demandes à l'égard de la société Avancis, alors « que les compétences dérivées énoncées à l'article 8 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I bis, permettent de déroger à la compétence de la juridiction désignée par une clause attributive de juridiction conformément à l'article 25 de ce même règlement lorsque les diverses demandes portées devant la juridiction du domicile de l'un des codéfendeurs sont indivisibles ; qu'après avoir constaté que la société de droit portugais CSNSP 431 avait attiré la société de droit allemand Avancis et la société de droit français Gensun devant le tribunal de commerce de Montpellier, où cette dernière société était domiciliée, que les demandes formées par la société Gensun à l'encontre de la société Avancis relevaient du champ d'application de l'article 8.1 du règlement Bruxelles I bis puisqu'elles étaient connexes aux prétentions émises par la société CSNSP 431, comme de celui de l'article 8.2 de ce même règlement puisqu'il s'agissait de demandes en garantie, la cour d'appel, pour exclure la

compétence des juridictions françaises pour connaître des demandes formées par la société Gensun à l'encontre de la société Avancis, s'est néanmoins bornée à retenir que ces deux sociétés auraient été liées par une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux civils de Leipzig (Allemagne) stipulée conformément à l'article 25 du règlement Bruxelles I bis ; qu'en s'abstenant ainsi de rechercher, comme il lui était pourtant demandé, si l'ensemble des demandes formées par les diverses parties au litige n'étaient pas indivisibles, ce qui était de nature à fonder la compétence des juridictions françaises pour connaître de l'entier litige au titre des règles de compétences dérivées, nonobstant la clause attributive de juridiction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8 du règlement Bruxelles I bis. »

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

Loi applicable à l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant d'un produit :

Qualification contractuelle ou délictuelle en droit international privé de l'Union européenne.

Une clause attributive de juridiction paralyse-t-elle les règles de compétences dérivées de l'article 8, paragraphes 1^{er} et 2, du règlement n° 1215/2012, Bruxelles I bis (for des codéfendeurs et appel en garantie) ?

(Recevabilité des conclusions jusqu'à la clôture de la mise en état / dénaturation des conclusions d'appel)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Sur le moyen du pourvoi principal, pris en ses deux branches (*loi applicable à l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant*)

En substance, le moyen de la société CSNSP 431 fait grief à l'arrêt de déclarer son action directe contre la société Avancis, fabricant des panneaux photovoltaïques, irrecevables en vertu du droit allemand (sauf au titre de la « garantie produits » stipulée dans le contrat entre la société Avancis et la société GenSun), aux motifs que cette action serait nécessairement déterminée, sur le fondement du règlement n° 593/2008, Rome I, par référence à la loi applicable au contrat originaire, qui est, en l'espèce, la loi allemande désignée par une clause d'*electio juris* figurant dans les conditions générales de vente de la société Avancis.

A cet effet, la cour d'appel s'est fondée sur une consultation d'un cabinet d'avocats (*legal opinion*), selon laquelle, en droit allemand, dans une chaîne de contrats, l'acheteur final ne peut revendiquer aucun droit contractuel à l'encontre du vendeur initial. Les droits contractuels, tels que la résiliation, ne peuvent être exercés que dans le cadre des relations contractuelles respectives. Toutefois, à titre exceptionnel, le droit allemand permet de transférer, par un accord exprès, un contrat ou des droits uniques d'un tel contrat à un tiers.

La première branche du moyen reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1^{er} du règlement n° 864/2007, Rome II, puisque, selon le moyen, l'action directe intentée par le sous-acquéreur d'un bien à l'encontre du vendeur initial relève, pour les besoins du droit international privé, de la matière délictuelle.

A supposer que l'action doive faire l'objet d'une qualification contractuelle, la seconde branche, tirée d'une violation des articles 3 et 4 du règlement Rome I, soutient que sa recevabilité et son bien-fondé dépendent alors, non pas de la loi régissant le contrat conclu entre le fabricant et le vendeur intermédiaire, mais de celle applicable au contrat conclu entre le vendeur intermédiaire et le sous-acquéreur.

Il convient d'examiner les deux branches ensemble.

4.1.1. En droit

Selon le règlement Rome II :

Article premier Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Il ne s'applique pas, en particulier, aux matières fiscales, douanières et administratives, ni à la responsabilité encourue par l'État pour les actes et omissions commis dans l'exercice de la puissance publique («acta iure imperii»).

2. Sont exclues du champ d'application du présent règlement :

- a) les obligations non contractuelles découlant de relations de famille ou de relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables, y compris les obligations alimentaires
- b) les obligations non contractuelles découlant des régimes matrimoniaux, des régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables au mariage et aux successions ;
- c) les obligations non contractuelles nées de lettres de change, de chèques, de billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable ;
- d) les obligations non contractuelles découlant du droit des sociétés, des associations et des personnes morales concernant des matières telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, des associations et des personnes morales, de la responsabilité personnelle des associés et des organes pour les dettes de la société, de l'association ou de la personne morale et de la responsabilité personnelle des auditeurs vis-à-vis de la société ou vis-à-vis de ses organes chargés du contrôle légal des documents comptables ;
- e) les obligations non contractuelles découlant des relations entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires d'un trust créé volontairement ;
- f) les obligations non contractuelles découlant d'un dommage nucléaire ;
- g) les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation.

3. Le présent règlement ne s'applique pas à la preuve et à la procédure, sans préjudice des articles 21 et 22.

4. Aux fins du présent règlement, on entend par «État membre », tous les États membres, à l'exception du Danemark.

Article 4 Règle générale

1. Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent.
2. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique.
3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.

Article 14 Liberté de choix

1. Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle:
 - a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage;
 - ou b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage.Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers. [...]

Article 15 Portée de la loi applicable

La loi applicable à une obligation non contractuelle en vertu du présent règlement régit notamment:

- a) les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent;
- b) les causes d'exonération, de limitation et de partage de responsabilité;
- c) l'existence, la nature et l'évaluation des dommages, ou la réparation demandée;
- d) dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal par le droit procédural de l'État dont il relève, les mesures que ce tribunal peut prendre pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation;
- e) la transmissibilité du droit à réparation, y compris par succession;
- f) les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi;
- g) la responsabilité du fait d'autrui;
- h) le mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance fondées sur l'expiration d'un délai, y compris les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension d'un délai de prescription ou de déchéance.

Selon le règlement Rome I :

Article premier Champ d'application matériel

1. Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale.
Il ne s'applique pas, notamment, aux matières fiscales, douanières et administratives.
2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement:
 - a) l'état et la capacité juridique des personnes physiques, sous réserve de l'article 13;
 - b) les obligations découlant des relations de famille ou des relations réputées avoir, en vertu de la loi applicable, des effets comparables, y compris les obligations alimentaires;

- c) les obligations découlant des régimes matrimoniaux, des régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables au mariage et aux successions;
 - d) les obligations nées des lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments négociables dérivent de leur caractère négociable;
 - e) les conventions d'arbitrage et d'élection de for;
 - f) les questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des agents pour les dettes de la société, association ou personne morale;
 - g) la question de savoir si un représentant peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale;
 - h) la constitution des trusts et les relations qu'ils créent entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires;
 - i) les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat;
 - j) les contrats d'assurance découlant des activités menées par des organismes autres que les entreprises visées à l'article 2 de la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, ayant pour objet de verser des prestations à des personnes salariées ou à des personnes indépendantes faisant partie d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, en cas de décès, en cas de vie, en cas de cessation ou de réduction d'activités, en cas de maladie professionnelle ou d'accident du travail.
3. Le présent règlement ne s'applique pas à la preuve et à la procédure, sans préjudice de l'article 18.
4. Dans le présent règlement, on entend par «État membre» tous les États membres auxquels le présent règlement s'applique. Toutefois, à l'article 3, paragraphe 4, ainsi qu'à l'article 7, ce terme désigne tous les États membres.

Article 12 Domaine de la loi du contrat

1. La loi applicable au contrat en vertu du présent règlement régit notamment:
- a) son interprétation;
 - b) l'exécution des obligations qu'il engendre;
 - c) dans les limites des pouvoirs attribués à la juridiction saisie par son droit procédural, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent;
 - d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai;
 - e) les conséquences de la nullité du contrat.

4.1.1.1. La question relève-t-elle de la matière des obligations contractuelles, régie par le règlement n° 593/2008 Rome I, ou de la matière des obligations non contractuelles, régie par le règlement n° 864/2007 Rome II ?

A ma connaissance, notre Cour ne s'est encore jamais prononcée sur la qualification de l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant du produit *sur le terrain du conflit de lois*, et la question n'a pas non plus été tranchée, directement, par la Cour de justice de l'Union européenne.

La configuration de l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant a été appréhendée par la Cour de justice uniquement *sur le terrain du conflit de juridictions*, pour lequel la Cour a dit pour droit que l'action était de nature non contractuelle.

Les motifs justifiant la qualification non contractuelle ont été les suivants ([CJUE, 17 juin 1992, Handte / TMCS, C-26/91](#)):

« 16 Or, s'agissant de l' **action que le sous-acquéreur d'une marchandise achetée auprès d'un vendeur intermédiaire engage contre le fabricant en vue d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la non-conformité de la chose**, il importe de constater qu'il n' existe aucun lien contractuel entre le sous-acquéreur et le fabricant, celui-ci n'ayant assumé aucune obligation de nature contractuelle envers le sous-acquéreur.

17 De plus, et notamment dans l' hypothèse d'une chaîne de contrats internationaux, les obligations contractuelles des parties peuvent varier d' un contrat à l'autre, de sorte que les droits contractuels que le sous-acquéreur peut faire valoir à l'encontre de son vendeur immédiat ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux que le fabricant a assumés dans ses relations avec le premier acheteur.

18 Par ailleurs, l'objectif de la protection juridique des personnes établies dans la Communauté, que la convention entend, entre autres, réaliser, exige que les règles de compétence qui dérogent au principe général de cette convention soient interprétées de façon à permettre à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que celle de l' État de son domicile, il pourrait être attrait.

19 Or, il convient de constater que, dans une situation telle que celle visée en l' espèce au principal, l' application de la règle de compétence spéciale, prévue par l' article 5, point 1, de la convention, au litige opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant n'est pas prévisible pour ce dernier et est, dès lors, incompatible avec le principe de sécurité juridique.

20 En effet, outre la circonstance que le **fabricant** n'a aucune relation contractuelle avec le sous-acquéreur et **n'assume aucune obligation de nature contractuelle à l'égard de cet acheteur** dont il peut légitimement ignorer l'identité et le domicile, il apparaît que, dans la grande majorité des États contractants, la responsabilité du fabricant à l'égard du sous-acquéreur pour vices de la chose vendue est considérée comme n'étant pas de nature contractuelle. » [c'est nous qui soulignons]

Dans la suite logique de ce raisonnement, la Cour de justice a décidé que, dès lors que le sous-acquéreur et le fabricant doivent être considérés, aux fins de l'application des règlements n° 44/2001 et n° 1215/2012, comme n'étant pas unis par un lien contractuel, ils ne peuvent être considérés comme étant «convenus», au sens des dispositions de ce règlement permettant aux parties de convenir d'une juridiction pour connaître de leurs différends, du tribunal désigné comme compétent dans le contrat initial conclu entre le fabricant et le premier acquéreur ([CJUE, 7 février 2013, Refcomp, C-543/10](#), point 33).

Dans un domaine voisin, la Cour a précisé que l'action, par laquelle le destinataire de marchandises reconnues avariées à l'issue d'un transport maritime puis terrestre, ou son assureur subrogé dans ses droits pour l'avoir indemnisé, réclame réparation de son préjudice, en se fondant sur le connaissance couvrant le transport maritime, non pas à

l'encontre de celui qui a émis ce document à son en-tête, mais à l'encontre de la personne que le demandeur tient pour être le transporteur maritime réel, ne relève pas de la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la convention du 27 septembre 1968; l'action relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3 ([CJCE, 27 octobre 1998, Réunion européenne e.a., C-51/97](#)):

« 15 Il y a lieu de relever que, selon une jurisprudence constante (arrêts du 22 mars 1983, Peters, 34/82, Rec. p. 987, points 9 et 10; du 8 mars 1988, Arcado, 9/87, Rec. p. 1539, points 10 et 11, et du 17 juin 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967, point 10), la notion de «matière contractuelle», figurant à l'article 5, point 1, de la convention, **doit être interprétée de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de cette convention, en vue d'assurer l'application uniforme de celle-ci dans tous les États contractants**; cette notion ne saurait, dès lors, être comprise comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale.

[...]

17 Il s'ensuit, ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'arrêt Handte, précité, point 15, que la notion de «matière contractuelle», figurant à l'article 5, point 1, de la convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre.

18 En l'espèce, il ressort des constatations faites par les juridictions de première instance et d'appel que le connaissement au porteur émis par RCC couvre le transport maritime de la marchandise jusqu'à Rotterdam, port de déchargement et de livraison, qu'il mentionne Brambi comme étant la personne à laquelle l'arrivée des marchandises doit être notifiée et qu'il indique que le transport doit être effectué sur le navire Alblasgracht V002.

19 Force est dès lors de constater que ledit connaissement ne permet d'établir aucun lien contractuel librement consenti entre Brambi, d'une part, et Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV et le capitaine commandant du navire Alblasgracht V002, d'autre part, lesquels constitueraient, selon les assureurs, les transporteurs maritimes réels de la marchandise.

20 Dans ces conditions, **l'action intentée contre ces derniers par les assureurs ne saurait relever de la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la convention.**

21 Il convient d'examiner ensuite si une telle action relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de ladite convention.

22 A cet égard, il y a lieu de relever que, dans l'arrêt du 27 septembre 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565, point 18), **la Cour a défini la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de la convention comme une notion autonome comprenant toute demande qui vise à mettre en cause la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1.**

23 Tel est le cas de l'action au principal. Une action par laquelle des assureurs subrogés dans les droits du destinataire de marchandises reconnues avariées à l'issue d'un transport maritime puis terrestre réclament réparation du préjudice, en se fondant sur le connaissement couvrant le transport maritime, à l'encontre des personnes qu'ils tiennent pour être les transporteurs maritimes réels, vise en effet à mettre en cause la responsabilité de ces derniers et ne se rattache pas, ainsi qu'il résulte des points 18 à

20 du présent arrêt, à la «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1, de la convention.

24 Dans ces conditions, il convient de constater qu'une telle **action relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de ladite convention** et que, partant, l'application du principe général de la compétence des juridictions de l'État du domicile du défendeur, consacré à l'article 2, premier alinéa, de la convention, doit être écartée. » [c'est nous qui soulignons]

La définition autonome de la matière délictuelle est fondée, depuis un arrêt du 27 septembre 1988, Kalfelis, aff. 189/87, sur deux éléments : la demande doit viser à mettre en cause la responsabilité du défendeur et elle ne doit pas se rattacher à la matière contractuelle.

Sur le terrain du premier critère - la mise en jeu de la responsabilité du défendeur -, la Cour de justice a adopté dans sa jurisprudence postérieure à l'arrêt Kalfelis une interprétation relativement souple, qui va au-delà des seules actions en responsabilité stricto sensu initialement visées. Il faut que l'action cherche la sanction ou la prévention d'un comportement illicite.

Dans une affaire récente, la Cour a précisé le sens qu'elle donnait à ce critère ([CJUE, 9 décembre 2021, HRVATSKE ŠUME, C-242/20](#)) :

« 52 S'agissant de la seconde condition énoncée à ce même point 43 du présent arrêt, il convient de **vérifier si une action** en restitution fondée sur un enrichissement sans cause **vise à mettre en jeu la responsabilité** d'un défendeur.

53 À cet égard, la Cour a jugé que **tel est le cas lorsqu'un fait dommageable**, au sens de l'article 5, point 3, du règlement no 44/2001, **peut être imputé au défendeur, en ce qu'il lui est reproché un acte ou une omission contraire à un devoir ou à une interdiction imposée par la loi**. En effet, une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ne peut entrer en ligne de compte qu'à la **condition qu'un lien causal puisse être établi entre le dommage et le fait illicite** dans lequel ce dommage trouve son origine (voir, en ce sens, arrêt du 21 avril 2016, Austro-Mechana, C-572/14, EU:C:2016:286, points 40, 41 et 50 ainsi que jurisprudence citée).

54 Il convient d'ajouter, comme l'a relevé M. l'avocat général au point 61 de ses conclusions, que ces précisions valent indistinctement pour l'ensemble de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, sans qu'il y ait lieu de distinguer spécifiquement la matière quasi délictuelle. En effet, outre le fait que l'expression « quasi délictuelle » ne figure pas dans les versions danoise, estonienne, néerlandaise, portugaise, slovaque, finnoise et suédoise de l'article 5, point 3, du règlement no 44/2001, la notion de « quasi-délit » renvoie non pas tant à des situations caractérisées par une absence de fait dommageable qu'à des situations dans lesquelles le fait dommageable est commis par imprudence ou par négligence. Une demande ne saurait donc relever de la matière délictuelle ou quasi délictuelle lorsque la responsabilité du défendeur qui est en jeu ne repose pas sur l'existence d'un fait dommageable, au sens exposé au point précédent.

55 **Or, une demande en restitution fondée sur un enrichissement sans cause repose sur une obligation qui** ne trouve pas sa source dans un fait dommageable. En effet, cette obligation **naît indépendamment du comportement du défendeur** si bien qu'il n'existe pas de lien causal qui puisse être établi entre le dommage et un éventuel acte ou omission illicite commis par celui-ci.

56 Partant, une demande en restitution fondée sur un enrichissement sans cause ne saurait relever de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 5, point 3, du règlement no 44/2001.

57 Cette conclusion ne saurait être contredite par l'arrêt du 21 avril 2016, Austro-Mechana (C-572/14, EU:C:2016:286), dans lequel la Cour a considéré que la **demande d'une société de gestion collective de droits d'auteur relative à l'obligation de paiement d'une « compensation équitable »**, au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29, qui, selon le droit national, incombe aux entreprises qui procèdent à la première mise en circulation de supports d'enregistrement sur le territoire national, à des fins commerciales et à titre onéreux, **relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle**, au sens de l'article 5, point 3, du règlement no 44/2001. En effet, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 72 de ses conclusions, **l'obligation servant de fondement à cette demande trouvait sa source dans un fait dommageable, à savoir le préjudice des titulaires de droits d'auteur lié à la copie privée sur les supports d'enregistrement commercialisés.** » [c'est nous qui soulignons]

En l'espèce, la question est de savoir si la qualification non-contractuelle, posée par l'arrêt Jakob Handte, peut être transposée au conflit de lois, étant rappelé **qu'il s'agit de notions autonomes du droit de l'Union, qui ne peuvent être interprétées selon les conceptions du droit interne (ou international privé) français.**

Par conséquent, la qualification de l'action en droit civil français ne constitue pas un élément pertinent à prendre en considération, d'autant que celle-ci ne reflète pas la solution la plus répandue en droit comparé. Ainsi, le fait qu'en droit interne français, la vente emporte également le transfert des actions en justice attachées à la propriété (les accessoires juridiques de la chose vendue), telles que les actions fondées sur un défaut de conformité de la chose, sur un vice caché ou encore sur la garantie contre l'éviction, ne permet pas de conclure à la nature contractuelle de l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant en droit international privé européen.

Dans sa jurisprudence récente, la Cour de justice fait régulièrement référence au considérant 7 du préambule des règlements Rome I et Rome II, qui pose le principe d'une interprétation cohérente des trois règlements européens régissant la matière civile et commerciale (le règlement Bruxelles I bis, le règlement Rome I et le règlement Rome II), pour transposer les qualifications consacrées sur le fondement de l'un des textes aux deux autres.

Considérant 7 du règlement Rome II :

« Le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) no 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (5) (Bruxelles I) et les instruments relatifs à la loi applicable aux obligations contractuelles. »

Considérant 7 du règlement Rome I :

« Le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) no 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (5) (Bruxelles I) et au règlement (CE) no 864/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II). »

Par exemple, pour interpréter les notions de « droits réels immobiliers » et de « services », la Cour de justice a transposé au règlement Rome I sa jurisprudence rendue en application du règlement Bruxelles I bis ([CJUE, 8 mai 2019, Kerr, C 25/18](#)) :

« 36 Conformément au **considérant 7 du règlement** n° 593/2008, le champ d'application matériel et les dispositions de ce règlement devraient être cohérents par rapport au règlement n° 44/2001. Dans la mesure où ce dernier a été abrogé et remplacé par le règlement n° 1215/2012, cet objectif de cohérence vaut également pour celui-ci.

37 À cet égard, il convient de rappeler que, **s'agissant de l'article 24, point 1, du règlement n° 1215/2012**, qui prévoit une compétence exclusive des juridictions de l'État membre où l'immeuble est situé en **matière de droits réels immobiliers** et de baux d'immeubles, la Cour a déjà jugé que cette compétence englobe non pas l'ensemble des actions qui concernent des droits réels immobiliers, mais seulement celles d'entre elles qui, tout à la fois, entrent dans le champ d'application de ce règlement et sont au nombre de celles qui tendent, d'une part, à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et, d'autre part, à assurer aux titulaires de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre (arrêts du 17 décembre 2015, Komu e.a., C-605/14, EU:C:2015:833, point 26, ainsi que du 16 novembre 2016, Schmidt, C-417/15, EU:C:2016:881, point 30).

38 Compte tenu de ces éléments et dans la mesure où l'action à l'origine du litige au principal ne relève d'aucune de ces actions mais est fondée sur les droits de la copropriété au paiement des contributions relatives à l'entretien des parties communes d'un immeuble, cette action ne doit pas être considérée comme concernant un contrat ayant pour objet un droit réel immobilier, au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 593/2008.

39 En ce qui concerne la **notion de « services », au sens de l'article 7, point 1, sous b), second tiret, du règlement n° 1215/2012**, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que cette notion implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération (arrêts du 23 avril 2009, Falco Privatstiftung et Rabitsch, C-533/07, EU:C:2009:257, point 29 ; du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 37 ; du 10 septembre 2015, Holterman Ferho Exploitatie e.a., C-47/14, EU:C:2015:574, point 57 ; du 15 juin 2017, Kareda, C-249/16, EU:C:2017:472, point 35, ainsi que du 8 mars 2018, Saey Home & Garden, C-64/17, EU:C:2018:173, point 38).

[...]

41 **Dès lors**, un litige tel que celui en cause au principal doit être considéré comme ayant pour objet non pas un droit réel immobilier, **au sens** de l'article 4, paragraphe 1, sous c), **du règlement n° 593/2008**, mais une prestation de services, au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous b), de celui-ci. » [c'est nous qui soulignons]

Elle a également transposé la notion de « bail d'immeuble » de la Convention de Bruxelles de 1968 au règlement Rome I ([CJUE, 10 février 2022, ShareWood Switzerland, C-595/20](#)) :

« 30 S'agissant, en second lieu, de la question de savoir si le contrat en cause au principal a pour objet un « bail d'immeuble », il convient de rappeler que, en vertu de ce contrat, le consommateur prend en location le terrain sur lequel sont plantés les arbres concernés tant que ceux-ci s'y trouvent.

31 Cependant, la seule existence d'un contrat de bail portant sur un bien immobilier, tel qu'un terrain, ne saurait suffire à considérer que ce contrat relève de l'article 6, paragraphe 4, sous c), du règlement Rome I.

32 En effet, **s'agissant de l'article 16, point 1, sous a), de la convention du 27 septembre 1968** concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32), qui prévoyait, en matière de baux d'immeubles, une compétence exclusive des tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé, la Cour a jugé que la qualification de contrat de bail au sens de cette disposition requiert l'existence d'un lien suffisamment étroit entre le contrat et le bien immobilier concernés (voir, en ce sens, arrêt du 13 octobre 2005, Klein, C 73/04, EU:C:2005:607, point 26).

33 Plus particulièrement, la Cour a jugé qu'un contrat complexe portant sur un ensemble de prestations de services fournies contre un prix global payé par le client, tel qu'un contrat prévoyant la fourniture de prestations de services allant au-delà de la cession d'un droit d'usage qui constitue l'objet d'un contrat de bail, se situe en dehors du domaine dans lequel le principe de la compétence exclusive prévue à ladite disposition trouve sa raison d'être et ne constitue pas un contrat de bail proprement dit, au sens de la même disposition (voir, en ce sens, arrêt du 13 octobre 2005, Klein, C 73/04, EU:C:2005:607, point 27 et jurisprudence citée).

34 Or, **il importe de relever que, conformément au considérant 7 du règlement Rome I**, le champ d'application matériel et les dispositions de ce dernier devraient être cohérents par rapport au règlement no 44/2001. Dans la mesure où ce dernier a été abrogé et remplacé par le règlement (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2012, L 351, p. 1), cet objectif de cohérence vaut également pour celui-ci (arrêt du 8 mai 2019, Kerr, C-25/18, EU:C:2019:376, point 36).

35 Par ailleurs, dans la mesure où le règlement no 44/2001 a été remplacé, dans les relations entre les États membres, la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, cet objectif de cohérence vaut également pour cette convention, pour autant, cependant, que les dispositions de celle-ci puissent être qualifiées d'équivalentes à celles des règlements no 44/2001 et no 1215/2012.

36 **Eu égard à l'objectif de cohérence** rappelé aux deux points précédents, les considérations exposées aux points 32 et 33 du présent arrêt doivent également être prises en compte aux fins de l'interprétation de l'article 6, paragraphe 4, sous c), du règlement Rome I. » [c'est nous qui soulignons]

Toutefois, dans la mesure où les règles de conflit de lois et les règles de conflit de juridictions ne sont pas de même nature, ne poursuivent pas les mêmes objectifs et ne

retiennent pas les mêmes facteurs de rattachement, une telle transposabilité ne va pas de soi et ne peut être considérée comme absolue.

Les objectifs généraux de ces règlements sont exposés dans leurs préambules respectifs.

Règlement Rome I :

- Consid. 16 : L'objectif général du règlement est la sécurité juridique.
- Consid. 11 : La liberté des parties de choisir le droit applicable constitue l'une des pierres angulaires du système.

Règlement Rome II :

- Consid. 14 : L'objectif double est la sécurité juridique et la nécessité de rendre la justice en fonction des cas individuels.
- Consid. 31 : Pour renforcer la sécurité juridique et respecter le principe d'autonomie de la volonté, les parties peuvent choisir la loi applicable.

Règlement Bruxelles I bis :

- Consid 3 et 4 : L'objectif double est la libre circulation des décisions, supposant leur reconnaissance mutuelle et leur exécution rapide et simple, et la facilitation de l'accès à la justice.
- Consid. 15 : Les règles de compétence sont soumises à l'exigence d'un haut degré de prévisibilité, et reposent en principe sur le domicile du défendeur.
- Consid. 16 : Des compétences supplémentaires sont fondées soit sur l'existence d'un lien étroit entre le litige et la juridiction, soit sur la facilitation d'une bonne administration de la justice.
- Consid. 19 : L'autonomie des parties doit être respectée, sous certaines réserves.

La CJUE met systématiquement en avant les objectifs de proximité et de bonne administration de la justice poursuivis par ce règlement.

En doctrine, la question de la transposabilité est vivement débattue entre tenants d'une approche appelée moniste (unité/parallélisme des qualifications) et tenants d'une approche dite dualiste (indépendance des qualifications)¹.

Faut-il saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle ? C'est l'une des questions que la Cour devra trancher au terme de l'analyse de l'ensemble du raisonnement.

¹ V. notamment T. Azzi, «Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », D. 2009, p. 1626; B. Haftel, « La coordination des règlements », in *Un système de droit international privé de l'Union européenne?*, L. Pailler et C. Nourissat (dir.), Bruylant, 2023, p. 165 s.; du même auteur «Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I"», JDI 2010, p. 767; M. Minois, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, Dalloz, 2020; M. Szpunar, « Droit international privé de l'Union : cohérence des champs d'application et/ou des solutions ? », Rev. crit. DIP 2018 p.573 s.

Les principaux arguments débattus en doctrine en faveur de chacune des solutions méritent d'être rappelés.

En premier lieu, on peut se référer à la position défendue par l'avocat général M. Szpunar². Le point de départ de son analyse est l'arrêt [CJUE, 16 janvier 2014, Kainz, C-45/13](#), points 19 et 20, relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux (interprétation du lieu où le fait dommageable s'est produit), dans lequel la CJUE a dit pour droit :

« 19 Afin de répondre à cette question, il convient de rappeler tout d'abord que, selon une jurisprudence constante, les dispositions du règlement no 44/2001 doivent être interprétées de manière autonome, en se référant au système et aux objectifs de celui-ci (voir, notamment, arrêts du 16 juillet 2009, *Zuid-Chemie*, C 189/08, Rec. p. I 6917, point 17, et du 3 octobre 2013, *Pinckney*, C 170/12, point 23).

20 Il y a lieu de préciser, ensuite, que, s'il ressort, certes, du considérant 7 du règlement no 864/2007 que le législateur de l'Union a cherché à assurer une cohérence entre, d'une part, le règlement no 44/2001 et, d'autre part, le champ d'application matériel ainsi que les dispositions du règlement no 864/2007, il n'en découle toutefois pas que les dispositions du règlement no 44/2001 devraient, partant, être interprétées à la lumière de celles du règlement no 864/2007. En aucun cas la cohérence voulue ne saurait conduire à donner aux dispositions du règlement no 44/2001 une interprétation étrangère au système et aux objectifs de celui-ci. »

M. Szpunar estime que le postulat de cohérence « n'implique pas qu'il s'agit d'une règle qui doit être rigoureusement respectée dans tous les cas ». C'est une idée directrice, qui ne doit pas faire oublier qu'il existe des différences fondamentales entre les règles de conflit de lois et de juridictions. Historiquement, les règlements Rome I et Bruxelles I bis sont issus de conventions internationales différentes, qui n'ont pas été adoptées comme un ensemble législatif (on peut noter, par exemple, que le rapport Giuliano-Lagarde relatif à la convention de Rome de 1980 ne renvoie pas à la convention de Bruxelles de 1968 en ce qui concerne la définition de son champ d'application et des notions communes).

Pour le conflit de juridictions, la qualification porte sur l'action en justice dans son ensemble, tandis que pour le conflit de lois, il s'agit de qualifier chaque question de droit soulevée par l'action.

On peut illustrer cette différence à partir de l'exemple de l'arrêt [CJUE, 28 juillet 2016, Verein für Konsumenteninformation, C-191/15](#) : l'action en cessation de l'association de défense des consommateurs contre Amazon a fait l'objet d'une qualification délictuelle pour la compétence, alors que sur le terrain de la loi applicable, une partie des questions relevaient effectivement de la matière délictuelle, régie par le règlement Rome II, alors qu'une autre partie (l'appréciation du caractère abusif des clauses imposées par Amazon à tous ses cocontractants) a été qualifiée de contractuelle et ainsi soumise au règlement Rome I.

² M. Szpunar, « Droit international privé de l'Union : cohérence des champs d'application et/ou des solutions ? », Rev. crit. DIP 2018 p.573 s.

Par ailleurs, M. Szpunar souligne qu'il ne ressort pas du considérant 7 que le législateur de l'Union a entendu assurer une identité des résultats découlant de l'application des règles de conflit de lois et des règles de compétence. Ce qui est vrai pour les règlements Rome I et Rome II ne l'est pas automatiquement aussi pour le règlement Bruxelles I. Il est, par conséquent, nécessaire de se livrer à un « exercice minutieux de balance entre, d'une part, la cohérence des champs d'application et des solutions des règlements Rome I et Rome II et du règlement Bruxelles I (Bruxelles I bis) et, d'autre part, leur indépendance et leur spécificité ».

En effet, il faut garder à l'esprit qu'en matière d'obligations contractuelles et délictuelles, les critères de rattachement des règles de compétence et de loi applicable ne sont pas identiques, de sorte que *forum* et *jus* ne concordent pas nécessairement. Cela montre que les considérations ne se recoupent pas totalement et que les fonctions des règles ne sont pas identiques. La réalisation d'une bonne administration de la justice, de même que la garantie de l'accès au juge et des droits de la défense sont propres aux règles de conflit de juridictions.

Comme l'explique B. Haftel, la compétence repose sur l'idée d'une proximité avec les faits et les parties, au sens le plus géographique, tandis qu'en matière de conflit de lois, la proximité n'est qu'une métaphore, l'objectif étant de désigner une loi prévisible qui garantit raisonnablement l'harmonie internationale des solutions³.

H. Gaudemet Tallon et M.-E. Ancel présentent l'articulation des trois règlements ainsi⁴ : les solutions données par la Cour de justice en interprétation du règlement Bruxelles I n'ont aucune force obligatoire à l'égard de la loi applicable. On peut donc concevoir qu'un tribunal se reconnaisse compétent sur la base d'une qualification délictuelle de l'action, mais que, au fond, il estime qu'il s'agit d'un rapport contractuel auquel il applique la loi du contrat. Si de telles solutions répondent à une certaine logique du droit international privé, qui dissocie la compétence et la loi applicable, il est « peu souhaitable qu'elles se réalisent trop souvent ». Selon les deux auteures, il faut espérer que les notions au sens des règlements Rome I et Rome II ne s'écarteront pas trop de celles retenues pour le règlement Bruxelles I. Elles interprètent la jurisprudence de la Cour de justice comme reposant sur la volonté de définir de manière uniforme ce qui est contractuel et ce qui est non contractuel. En revanche, il résulte de l'arrêt *Kainz*, précité, que sur le terrain des chefs de compétence/facteurs de rattachement, aucune transposition automatique n'est justifiée.

En ce qui concerne plus spécifiquement les relations entre les parties et les tiers, P. de Vareilles-Sommières et S. Laval expliquent parfaitement l'hésitation que l'on peut avoir sur la portée du principe de l'effet relatif des contrats⁵ :

En faveur d'une conception stricte de l'effet relatif peut être invoqué le lien entre la qualification et le facteur de rattachement. En matière contractuelle, il est conforme à

³ B. Haftel, « La coordination des règlements », *op. cit.*, p. 176.

⁴ H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2024, n° 236, et aussi n° 189.

⁵ P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *Droit international privé*, Dalloz, 2024, n° 1354 s.

l'intérêt des parties de les laisser choisir la loi applicable et le juge compétent pour fixer le régime juridique de l'acte, et de ne prévoir des rattachements objectifs qu'à titre supplétif, en l'absence de choix fait par les parties. En revanche, il est discutable de placer les tiers dans la dépendance de ce choix et de soumettre leurs relations juridiques à un droit choisi par d'autres.

En même temps, il est également nécessaire de tenir compte de l'objet des actions en justice. Une action directe, notamment, élargit le cercle des personnes pouvant agir contre le débiteur au contrat. A ce titre, l'action directe semble ne pas devoir échapper à l'emprise de la loi régissant ce contrat, quand bien même elle oppose deux personnes n'ayant pas directement échangé leur consentement.

4.1.1.2. Conséquences de la qualification

4.1.1.2.1. Conséquences d'une qualification contractuelle

En l'espèce, il s'agit d'une chaîne hétérogène de contrats. Elle se compose d'un contrat de vente internationale de marchandises conclu entre la société Avancis et la société GenSun, et d'un contrat d'entreprise conclu entre la société GenSun et la société CSNSP 431.

En ce qui concerne le premier contrat, il convient de préciser, à titre préliminaire, que le droit matériel de la vente internationale de marchandises résulte de la convention de Vienne du 11 avril 1980, qui énonce un régime unitaire de responsabilité en cas de défaut de conformité.

La convention s'applique lorsque les parties ont chacune leur établissement dans des Etats contractants différents (article 1er).

Elle a un caractère supplétif (article 6) et peut être exclue par la volonté des parties.

En l'espèce, le contrat de vente comporte une clause d'*electio juris*, désignant la loi allemande, à l'exclusion de la convention de Vienne (article 11.1 des conditions générales de vente de la société Avancis).

Il convient également de préciser que la convention de Vienne ne prévoit pas l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant des marchandises.

A ce sujet, notre Cour a jugé (Com., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-21.477) :

« Attendu que la société Edilfibro fait grief à l'arrêt de déclarer recevable l'action directe de la société Arbre construction alors, selon le moyen, que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises s'applique aux contrats de vente de marchandises entre les parties ayant leur établissement dans deux Etats contractants différents ; qu'elle régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur ; qu'il s'ensuit que lorsque la relation contractuelle entre un fabricant et un négociant de matériaux relève de cette convention, l'entrepreneur condamné à indemniser le maître de l'ouvrage ne peut exercer d'action directe à l'encontre du fabricant ; qu'en décidant que la société Arbre construction (ex société Boulesteix) pouvait agir directement contre

la société Edilfibro au motif que si la Convention de Vienne du 4 avril 1980 régit exclusivement la formation du contrat de vente entre le vendeur (la société Edilfibro) et l'acheteur, cette convention n'exclut pas l'application du droit français et l'action directe d'un sous-acquéreur à l'encontre du vendeur, la cour d'appel a violé les articles 1 et 4 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ;

Mais attendu qu'il résulte de l'article 7 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises que les questions concernant les matières régies par la Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ; qu'ayant énoncé que la Convention de Vienne régit exclusivement la formation du contrat de vente entre le vendeur et l'acheteur, la cour d'appel en a exactement déduit que la loi française, dont l'application n'a pas été contestée, qui régit l'action directe d'un sous-acquéreur contre le vendeur devait s'appliquer, de sorte que la société Arbre construction était recevable à agir directement contre la société Edilfibro ; que le moyen n'est pas fondé ; »

Il convient, par conséquent, de déterminer la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Devant les juridictions françaises, la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels est, en principe, déterminée non pas par le règlement Rome I, mais par la convention de La Haye du 15 juin 1955.

Selon son article 2, paragraphe 1^{er} :

« La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. »

Toutefois, l'article 5, paragraphe 4, de cette convention stipule :

« La présente Convention ne s'applique pas :
[...]

4. aux effets de la vente à l'égard de toutes personnes autres que les parties. »

Cela signifie que dans les relations entre les sociétés Avancis et GenSun, la loi applicable au contrat de vente est déterminée par la convention de La Haye, dont l'article 2 désigne la loi choisie par les parties, c'est-à-dire en l'espèce, la loi allemande.

En revanche, pour les relations entre les sociétés Avancis et CSNSP 431, il faut se tourner vers le règlement Rome I.

- Dans l'hypothèse où le contrat de vente conclu par le fabricant comporte une clause d'*electio juris*, le règlement Rome I apporte-t-il une réponse directe la question de l'opposabilité de cette clause au sous-acquéreur ?
- En cas de réponse négative, la loi de quel contrat composant la chaîne de contrats est applicable la question ?

4.1.1.2.1.1. Les dispositions du règlement Rome I relatives au choix de la loi applicable

Il convient de souligner, tout d'abord, que les conditions de forme, énoncées par l'article 25, paragraphe 1^{er}, sous a) à c), du règlement Bruxelles I bis pour garantir l'existence du consentement à une clause attributive de juridiction, n'ont pas d'équivalent dans le règlement Rome I.

La lecture des dispositions de ce dernier règlement révèle que le règlement n'apporte pas de réponse directe à la question de l'opposabilité de la clause de choix de la loi applicable à une personne, qui n'est pas une partie au contrat contenant la clause, et qui n'y a pas consenti effectivement.

L'article 3 Liberté de choix :

§ 1^{er} : Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause.

§ 2 : Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, [...] ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

§ 5 : L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13.

Article 10 Consentement et validité au fond

1. L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables.

2. Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe 1.

Article 11 Validité formelle [...]

Article 13 Incapacité [...]

Les dispositions citées ci-dessus traitent du consentement à la clause *des parties* au contrat. Elles ne concernent pas l'effet de la clause à l'égard d'un tiers.

En outre, elles réservent expressément les droits des tiers dans l'hypothèse où les parties modifient la loi applicable après la conclusion du contrat, ce qui pourrait militer plutôt en faveur d'une limitation de la portée de la clause de choix au seul rapport entre les parties contractantes.

A ce stade du raisonnement, deux voies s'ouvrent potentiellement :

D'un côté, on peut reprendre ici le débat sur la transposabilité des solutions d'un règlement à l'autre. En effet, la Cour de justice n'a pas seulement qualifié l'action du

sous-acquéreur contre le fabricant de non-contractuelle au regard du règlement Bruxelles I (l'arrêt *Jakob Handte*, cité ci-dessus).

Elle a également expressément écarté l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction par le fabricant au sous-acquéreur, sauf si ce dernier y a consenti effectivement ([CJUE, 7 février 2013, Refcomp, C-543/10](#)), aux motifs suivants :

« 26 L'article 23, paragraphe 1, du règlement indique toutefois clairement que son champ d'application se limite aux cas où les parties sont «convenues» d'un tribunal. Ainsi que cela ressort du considérant 11 du règlement, c'est cet accord de volontés entre les parties qui justifie la primauté accordée, au nom du principe de l'autonomie de la volonté, au choix d'une juridiction autre que celle qui aurait été éventuellement compétente en vertu du règlement.

27 La Cour a d'ailleurs jugé, à propos de l'article 17, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, que, en subordonnant la validité d'une clause attributive de juridiction à l'existence d'une «convention» entre les parties, cette disposition imposait au juge saisi l'obligation d'examiner, en premier lieu, si la clause qui lui attribuait compétence avait fait effectivement l'objet d'un consentement entre les parties (arrêt du 20 février 1997, MSG, C-106/95, Rec. p. I-911, point 15 et jurisprudence citée).

28 Il y a donc lieu d'interpréter l'article 23, paragraphe 1, du règlement en ce sens que, à l'instar de l'objectif poursuivi par l'article 17, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, la réalité du consentement des intéressés est l'un des objectifs de cette disposition (voir arrêts MSG, précité, point 17, et du 16 mars 1999, Castelletti, C-159/97, Rec. p. I-1597, point 19).

29 Il s'ensuit que la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat ne peut, en principe, produire ses effets que dans les rapports entre les parties qui ont donné leur accord à la conclusion de ce contrat. Pour que la clause puisse être opposable à un tiers, il est, en principe, nécessaire que celui-ci ait donné son consentement à cet effet.
[...]

33 Dès lors que le sous-acquéreur et le fabricant doivent être considérés, aux fins de l'application du règlement, comme n'étant pas unis par un lien contractuel, il y a lieu d'en déduire qu'ils ne peuvent être considérés comme étant «convenus», au sens de l'article 23, paragraphe 1, de ce règlement, du tribunal désigné comme compétent dans le contrat initial conclu entre le fabricant et le premier acquéreur.
[...]

37 Or, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, le rapport de succession entre l'acquéreur initial et le sous-acquéreur ne s'analyse pas dans la transmission d'un contrat unique, ainsi que de l'intégralité des droits et obligations qu'il prévoit. Dans une telle hypothèse, les obligations contractuelles des parties peuvent varier d'un contrat à l'autre, de sorte que les droits que le sous-acquéreur peut faire valoir à l'encontre de son vendeur immédiat ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux que le fabricant a assumés dans ses relations avec le premier acheteur (arrêt *Handte*, précité, point 17).

38 Par ailleurs, la concordance des ordres juridiques nationaux quant aux effets de la cession du connaissance à un tiers ne se retrouve pas dans le domaine des contrats translatifs de propriété, où il apparaît que les rapports entre fabricant et sous-acquéreur sont appréhendés de manière différente dans les États membres (voir, en ce sens, arrêt *Handte*, précité, point 20).

39 Dans de telles circonstances, renvoyer au droit national, comme l'ont suggéré Refcomp ainsi que les gouvernements allemand et espagnol, l'appréciation de l'opposabilité au sous-acquéreur de la clause attributive de juridiction incluse dans le contrat initial entre le fabricant et le premier acquéreur générerait des solutions divergentes entre les États membres, de nature à porter atteinte à l'objectif d'unification des règles de compétence judiciaire que poursuit le règlement, ainsi que cela ressort du considérant 2 de ce dernier. Un tel renvoi au droit national serait également facteur d'incertitudes incompatibles avec le souci de garantir la prévisibilité en matière de compétence judiciaire, qui est, ainsi que le rappelle le considérant 11 du règlement, l'un des objectifs de celui-ci. »

On peut dès lors se demander si cette règle de l'inopposabilité de la clause attributive de juridiction doit être transposée à la clause de choix de la loi applicable, sous la forme d'une règle matérielle déduite du règlement Rome I.

De l'autre côté, on peut également considérer que, faute de réponse directe dans le règlement Rome I à la question posée, plutôt que de transposer les solutions du conflit de juridictions, il convient d'appliquer le droit national régissant le contrat.

La difficulté, toutefois, est alors de déterminer de quel contrat il s'agit.

4.1.1.2.1.2. Identification du contrat dont la loi est applicable

Convient-il de se référer à la loi du contrat auquel le sous-acquéreur est partie, ou à la loi du contrat conclu par le fabricant ?

Si notre Cour a eu l'occasion de statuer sur cette problématique, elle ne s'est jamais prononcée explicitement sur le contrat dont la loi serait applicable à l'action directe.

Ainsi, dans un arrêt 1re Civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-17.359, Bulletin 1995 I N° 348, elle a jugé :

« Vu l'article 3 de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ;

Attendu, selon ce texte, qu'à défaut de loi déclarée applicable par les parties, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande ; que, toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle ou dans lequel il possède un établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant ;

Attendu que la société OMG a commandé à la société SNPMI une chaîne d'ensachage de granulés de marbre ; que la société italienne Paglierani a fourni, en 1985, à la société SNPMI la plus grande partie du matériel nécessaire à cette chaîne ; que la machine livrée par SNPMI n'ayant pu fonctionner normalement, la société OMG a assigné les sociétés SNPMI et Paglierani en résolution de la vente et réparation du préjudice subi ; que l'arrêt attaqué a condamné, d'une part, les défenderesses, in solidum, à restituer le prix et à payer à la société OMG des dommages-intérêts et, d'autre part, la société Paglierani à garantir la société SNPMI à hauteur de 50 % ;

Attendu que pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel s'est fondée sur les articles 1641 et suivants du Code civil ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi par application de la loi française, alors que la société Paglierani avait sa résidence habituelle en Italie, sans se prononcer, au besoin d'office, sur la loi compétente pour régir tant l'action contractuelle rédhitoire intentée directement par la société OMG contre cette société, que le recours en garantie de la société SNPMI, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ; »

De même, dans un arrêt 3e Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-13.509, elle a jugé :

« Mais attendu que la société Pascal et son assureur n'ayant pas soutenu devant elle que la règle de conflit était dictée par la Convention de La Haye du 3 octobre 1973 et non par celle du 15 juin 1955 revendiquée par la société Liebig, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de changer le fondement juridique des demandes formées par les parties ni de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit que la loi applicable devait être déterminée par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 et a légalement justifié sa décision de ce chef ;

[...]

Mais attendu qu'ayant retenu que le contrat conclu entre la société Liebig et la société Pascal était un contrat de vente, la cour d'appel devant laquelle le GIE n'avait pas soutenu que la règle de conflit était dictée par la Convention de La Haye du 3 octobre 1973 et non par celle du 15 juin 1955 revendiquée par la société Liebig et qui n'était pas tenue de changer le fondement juridique des demandes formées par les parties ni de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, en a exactement déduit, répondant aux conclusions, que l'action directe du GIE contre le fabricant et son assureur, qui était de nature contractuelle, était prescrite et a légalement justifié sa décision de ce chef ; »

Différents arguments peuvent être avancés en faveur de chacune des solutions.

En faveur d'une application de la loi du contrat conclu par le fabricant, on peut invoquer le fait que l'obligation qui incombe au fabricant est née de ce contrat. L'action en résolution du contrat, intentée par la société CSNSP 431, est fondée sur la non-conformité de la chose vendue et le contrat initial de vente est donc la source de l'obligation du fabricant de délivrance d'une chose conforme. Le droit reconnu au sous-acquéreur d'agir directement contre le fabricant revient ainsi à étendre l'obligation à la charge de ce dernier au profit du premier.

En revanche, l'application de la loi du contrat conclu par le sous-acquéreur peut être justifiée par l'idée d'une uniformité des solutions, indépendamment des choix procéduraux effectués par les plaideurs. Si le sous-acquéreur agit exclusivement contre son co-contractant direct, on applique nécessairement la loi régissant ce contrat. Il semble, en effet, alors difficilement concevable d'appliquer la loi du premier contrat de la chaîne translatrice. Si, au contraire, le sous-acquéreur agit également contre le fabricant, est-il souhaitable de soumettre exactement la même action à une autre loi ?

Enfin, on pourrait théoriquement concevoir une troisième solution consistant à combiner les deux lois, en s'inspirant par exemple du modèle applicable à l'action directe de la victime contre l'assureur en responsabilité de l'auteur du dommage. Selon la

jurisprudence de notre Cour (Civ. 1^{re}, 12 juillet 2023, n° 21-22.843, publié), cette action est possible si elle est permise, soit par la loi de l'obligation principale, soit par la loi du contrat d'assurance (comp. art. 18 du règlement Rome II). En revanche, la loi du contrat d'assurance est seule applicable au régime de l'assurance. Elle détermine notamment les exceptions que l'assureur peut opposer à la victime. En effet, le droit de la victime porte sur l'indemnité d'assurance, telle qu'elle est définie et limitée dans le contrat d'assurance. La victime ne saurait avoir plus de droits que n'en a l'assuré.

En adaptant ce modèle, il serait concevable de dire que l'action du sous-acquéreur contre le fabricant est régie par la loi du contrat conclu entre le sous-acquéreur et le vendeur final. Toutefois, le fabricant peut opposer au sous-acquéreur les exceptions fondées sur la loi gouvernant le contrat qu'il a lui-même conclu avec le vendeur intermédiaire. L'application de cette dernière loi aurait pour objectif d'éviter que le sous-acquéreur n'ait plus de droits que n'auraient eu les vendeurs intermédiaires.

4.1.1.2.2. Conséquences d'une qualification non contractuelle

En cas de qualification non contractuelle, la loi applicable est déterminée par le règlement Rome II.

La convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits n'est pas applicable au litige. Elle s'applique uniquement aux *actions en responsabilité*, pour la réparation de dommages causés *par* un produit, et non aux actions en résolution du contrat, fondées sur la défectuosité ou la non-conformité du produit lui-même, c'est-à-dire un dommage causé *au* produit. En effet, selon l'article 2, b), de la convention, le dommage causé au produit lui-même, ainsi que la perte économique qui en résulte, sont exclus, à moins qu'ils ne s'ajoutent à d'autres dommages.

Le règlement Rome II comporte également une disposition relative à la responsabilité du fait des produits (art. 5), mais elle n'est pas davantage applicable⁶, en l'espèce, puisque son champ d'application est défini de manière similaire à celui de la convention de La Haye (« un dommage causé *par* un produit »). Il convient, par conséquent, de se tourner vers les règles de conflit générales du règlement Rome II.

Le règlement Rome II énonce une règle de conflit objective fondée sur la résidence habituelle des parties, si celle-ci se situe dans un même Etat. A défaut, on applique la loi du lieu de survenance du dommage.

Une clause d'exception permet de déroger à la règle de conflit, lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le rapport de droit présente des liens manifestement plus étroits avec un autre Etat.

⁶ Pour de plus amples développements sur l'articulation entre la convention de La Haye de 1973 et l'article 5 du règlement Rome II, v. S. Corneloup, « La responsabilité du fait des produits », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Lexis Nexis, 2008, p. 85-109.

Il convient de noter qu'un tel lien manifestement plus étroit peut résulter d'un contrat, mais le règlement envisage à cet égard, plus précisément, un contrat *entre les parties*, et non un contrat conclu par l'une des parties au litige avec un tiers. Toutefois, l'emploi par le paragraphe 3 de l'article 4 de l'adverbe « notamment » indique que ce n'est pas le seul cas de figure envisageable.

En l'espèce, il conviendrait de se demander plus particulièrement si l'obligation non contractuelle présente des liens manifestement plus étroits avec l'Etat dont la loi régit le contrat conclu par le fabricant, dans la mesure où l'obligation du fabricant d'une délivrance conforme au contrat est née de ce contrat. En ce sens, ce contrat - une relation préexistante au sens de l'article 4, paragraphe 3 - présente un lien étroit avec le fait dommageable. Faut-il en déduire que le fait dommageable a un lien *manifestement* plus étroit avec l'Etat, dont la loi régit le contrat initial, qu'avec l'Etat sur le territoire duquel le dommage est survenu ?

Parallèlement, l'article 14 du règlement Rome II laisse une place à l'autonomie des parties, y compris par un choix de loi avant la survenance du dommage, à la condition que toutes les parties à ce choix de loi exercent une activité commerciale.

Le choix de loi figurant dans le contrat conclu entre le fabricant et l'acquéreur intermédiaire constitue-t-il, au sens de l'article 14, un choix de la loi applicable à l'obligation non contractuelle opposant le fabricant au sous-acquéreur, alors que ce dernier n'y a pas consenti directement et que rien n'indique que la clause englobe dans son domaine d'application des rapports non contractuels ?

4.1.1.2.3. La notion de qualification en sous-ordre

Quelle que soit la qualification retenue au regard du droit international privé de l'Union, elle ne constitue pas nécessairement la dernière étape du raisonnement.

La qualification, au sens du droit international privé, détermine la catégorie de rattachement (contractuelle / non contractuelle) à retenir pour la détermination de la loi applicable. En revanche, cette qualification n'affecte pas une éventuelle qualification « en sous-ordre », selon la terminologie de *Bartin*⁷, c'est-à-dire une qualification postérieure à la détermination de la loi applicable.

Selon *Bartin* :

« lorsque cet Etat [l'Etat du for] a reconnu que, pour tel ou tel groupe de règles de droit privé, par conséquent pour les institutions qui appartiennent à ce groupe de règles et qui relèvent d'elles, c'est la loi étrangère (une loi étrangère déterminée) qui doit normalement s'appliquer, il se désintéresse par là même des qualifications diverses que suppose le jeu de ces institutions, qu'il a lui-même retranchées du domaine de sa propre législation. Le jeu de ces institutions relevant, par hypothèse, pour lui-même, d'une loi étrangère déterminée, toutes les questions de définition et de qualification qui s'y posent en sous-ordre relèvent nécessairement pour lui de la loi étrangère à laquelle

⁷ E. *Bartin*, La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois (Volume 31), Rec. cours Acad. dr. int. 1930, Vol. 31, p. 604.

il a abandonné tous les rapports de droit compris dans le groupe de règles qu'il lui a soumises. »

A cet égard, il convient, tout d'abord, de rappeler que les règlements Rome I et Rome II excluent le renvoi (v. respectivement les articles 20 et 24 de ces règlements). Lorsque ces règlements prescrivent l'application de la loi d'un pays, ils entendent les règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exclusion des règles de droit international privé. Dans l'hypothèse d'une divergence de qualification, l'exclusion générale du renvoi implique également l'exclusion d'un renvoi de qualification.

Ainsi, si le droit désigné comme applicable par la règle de conflit qualifie l'action différemment, cela n'aura aucun impact sur le terrain du droit international privé.

Cela signifie, par exemple, que si la loi allemande est applicable en qualité de loi régissant une obligation délictuelle, c'est tout le droit interne allemand qui s'applique. Si en droit interne allemand, la relation est qualifiée de contractuelle, cette qualification en sous-ordre n'affecte pas le raisonnement de droit international privé. Le juge pourra appliquer les règles du droit allemand des contrats, bien que la loi allemande soit applicable en qualité de loi du lieu du délit.

De manière similaire, dans le cadre des notions autonomes du droit de l'Union, il peut arriver que le droit français soit applicable sur le fondement d'une qualification délictuelle de l'action, en vertu du droit européen, mais dès lors que tout le droit interne français est ainsi désigné, le juge pourrait être amené à appliquer le droit français des contrats, si en droit interne français l'action est qualifiée de contractuelle.

V. Heuzé a illustré ce raisonnement à propos de l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant :

« il semble que la qualification contractuelle de l'action directe du maître de l'ouvrage devrait se traduire par une attribution de compétence exclusive à la loi du sous-contrat. De deux choses l'une, en conséquence : soit, selon celle-ci, l'action du maître de l'ouvrage doit recevoir une qualification délictuelle ; soit elle est considérée comme de nature contractuelle. Dans le premier cas, la difficulté produite par la divergence des conceptions de la *lex fori* et de la *lex causae* sera résolue de la même façon que si l'on se trouvait en présence d'une qualification en sous-ordre : puisqu'il est à juste titre admis que le renvoi de qualification est exclu en matière contractuelle, au sens de la *lex fori* (V. Civ. 1re, 18 oct. 1989, Rev. crit. DIP 1990. 712, note J. Foyer, JDI 1990. 415, note P. Kahn. – Paris, 3 mars 1994, Rev. crit. DIP 1994. 532, note B. Ancel, JDI 1995. 607, note G. Légier, JCP 1995. II. 22367, note H. Muir-Watt. – Civ. 1re, 11 mars 1997, no 94-19.322, JDI 1997. 789, note M. Santa-Croce, Rev. crit. DIP 1997. 702, note B. Ancel), la loi du sous-contrat sera seule appliquée, mais dans ses dispositions relatives à la responsabilité délictuelle. Dans le second cas, où la loi du sous-contrat qualifie également l'action de contractuelle, il n'est pas douteux qu'elle devra être respectée, dans toutes ses conditions, et qu'en conséquence le bien-fondé de l'action devra être apprécié selon ses règles relatives à la responsabilité contractuelle. »

Notre Cour (1re Civ., 18 octobre 1989, pourvoi n° 86-17.282, Bulletin 1989 I N° 322) a ainsi jugé :

« Mais attendu, en premier lieu, que **l'arrêt attaqué a déclaré la loi allemande compétente en vertu de l'article 3, alinéa 2, de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes** à caractère international d'objets mobiliers corporels, désignant, à défaut du choix par les parties, la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur ; que cette **disposition excluant le renvoi**, la cour d'appel, après avoir examiné le **contenu du droit interne allemand** et constaté qu'il prévoit pour l'acquéreur victime d'un dommage **une option entre les actions en responsabilité contractuelle et délictuelle** et autorise en outre, dans certains cas, une action pour " violation positive du contrat ", n'avait pas à se référer à la règle française de conflits de lois pour déterminer celle applicable à la responsabilité délictuelle ; » [c'est nous qui soulignons]

B. Audit et L. d'Avout expliquent que le principe de la qualification *lege fori* (mais cela vaut également pour une qualification autonome en droit international privé de l'Union) n'a lieu de s'appliquer que lorsque la qualification commande la loi applicable, non lorsqu'elle intervient dans l'application de la loi étrangère une fois désignée⁸.

4.1.2. En l'espèce

Selon la cour d'appel :

« Se prévalant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (notamment l'arrêt Jakob Handte & Co. GmbH de la Cour de justice du 17 juin 1992, qui a dit pour droit que l'article 5, point 1, de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à un litige opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant, qui n'est pas le vendeur, en raison des défauts de la chose ou de l'impropriété de celle-ci à l'usage auquel elle est destinée) selon laquelle l'action du sous-acquéreur contre le vendeur initial relève de la matière délictuelle, la société CSNSP soutient qu'en l'occurrence, la détermination de la loi applicable à son action contre la société Avancis doit être réglée par référence au règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) ; après avoir relevé que les modules litigieux ont été commercialisés en France, elle en déduit que la loi française est applicable en vertu de l'article 5.1 a) dudit règlement selon lequel la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage causé par un produit est la loi du pays dans lequel le produit a été acheté, si le produit a été commercialisé dans ce pays.

Ayant ainsi appliqué au règlement du conflit de loi la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la compétence juridictionnelle, qualifiant l'action directe du sous-acquéreur d'action de nature délictuelle, elle prétend curieusement pouvoir exercer à l'encontre de la société Avancis, sur le fondement de la loi française, une action contractuelle reposant, à titre principal, sur l'obligation légale de délivrance conforme pesant sur le vendeur et, subsidiairement, sur la « garantie produits », garantie contractuelle insérée dans le contrat liant la société Avancis à la société

⁸ Audit, d'Avout, Droit international privé, LGDJ, 2022, n° 286.

GenSun, et ce au visa des articles 1134, 1603, 1604, 1610, 1147 et 1184 (anciens) du code civil.

Cependant, lorsque le sous-acquéreur prétend exercer une action directe contre le vendeur originaire, le régime juridique de cette action, qu'il s'agisse de sa recevabilité ou de son bien-fondé, est nécessairement déterminé par référence à la loi applicable au contrat initial conclu entre le vendeur originaire et le vendeur intermédiaire, le principe étant que dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, le sous-acquéreur ne fait qu'exercer l'action dont dispose le vendeur intermédiaire à l'encontre de son propre cocontractant.

Or, en l'espèce, l'article 11.1 des conditions générales de vente de la société Avancis énonce que le contrat sera exclusivement régi par la loi allemande à l'exclusion de ses règles de conflit de lois et à l'exclusion de la Convention des Nations unies sur les traités pour la vente internationale de marchandises (sic), étant d'ailleurs rappelé qu'en vertu de l'article 3 du règlement (CEE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), le contrat est régi par la loi choisie par les parties ; il est communiqué à cet égard une consultation (Legal opinion) du cabinet d'avocats Taylor Wessing, dont il résulte qu'en droit allemand, dans une chaîne de contrats, l'acheteur final ne peut revendiquer aucun droit contractuel à l'encontre du vendeur initial et que les droits contractuels, tels que la résiliation, ne peuvent être exercés que dans le cadre des relations contractuelles respectives, mais qu'il existe des exceptions à cette règle générale, comme la possibilité de transférer un contrat par un accord exprès des parties initiales à cet accord et de la nouvelle partie potentielle ou de transférer des droits uniques en vertu d'un contrat sans que le tiers ne soit tenu de signer ou de reprendre le contrat (sic).

La société CSNSP n'est donc pas recevable à agir directement à l'encontre de la société Avancis du moins en vue d'obtenir, sur le fondement de l'article 433 du code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch ' BGB), la résolution du contrat initial en raison des défauts matériels ou des défauts juridiques affectant les modules litigieux vendus à la société GenSun. »

4.1.2.1. Première branche du moyen (*violation de l'article 1^{er} du règlement Rome II*)

La première branche du moyen du pourvoi principal, tirée d'une violation de l'article 1^{er} du règlement Rome II, fait grief à l'arrêt de déclarer son action directe contre la société Avancis irrecevable en vertu du droit allemand, sauf au titre de la garantie produits, et de la débouter de ses demandes fondées sur cette dernière, aux motifs que l'action du sous-acquéreur est régie par la loi applicable au contrat originaire, déterminée par application du règlement Rome I, alors que, selon le pourvoi, l'action directe relève, en droit international privé européen, de la matière délictuelle et donc du règlement Rome II.

Le mémoire ampliatif critique, au regard des notions autonomes du droit international privé européen, l'erreur de qualification commise par la cour d'appel, laquelle aurait fait prévaloir la qualification adoptée par le droit civil interne français. Il soutient que la qualification délictuelle, retenue par la Cour de justice sur le terrain du conflit de juridictions, doit être transposée au conflit de lois en vertu du principe de cohérence des qualifications.

Le mémoire ampliatif ajoute que son raisonnement n'a rien de « curieux », contrairement à ce qu'avait estimé la cour d'appel. Invoquer une qualification délictuelle sur le terrain du droit international privé et une action contractuelle sur le terrain du droit civil interne ne serait que la conséquence du principe d'autonomie des qualifications.

La société GenSun s'associe aux critiques du pourvoi principal de la société CSNSP 431.

Quant à la société Avancis, elle soutient, dans son mémoire en défense, que la première branche du moyen est inopérante et, en tout état de cause, mal fondée.

Tout d'abord, à supposer que l'action doive être qualifiée de délictuelle, la première branche serait inopérante puisque le règlement Rome II ne conduirait pas à l'application de la loi française revendiquée par la société CSNSP 431. En se fondant sur l'article 4, a), de la convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, le mémoire en défense estime que la loi portugaise serait applicable en l'espèce, et non le droit français. Il ajoute que l'article 4 du règlement Rome II conduirait à la même solution, dès lors qu'il désigne la loi du lieu du dommage, qui se situe en l'espèce au Portugal.

Ensuite, la première branche serait mal fondée, puisque l'action, qui tend à la résolution du contrat de vente conclu entre la société Avancis et la société GenSun pour violation de l'obligation de délivrance, serait nécessairement contractuelle. Le mémoire en défense se fonde, à cet effet, sur une distinction qu'il conviendrait d'opérer entre, d'une part, l'action directe *en responsabilité*, qui serait seule concernée par la qualification délictuelle de la jurisprudence *Jakob Handte* de la Cour de justice et, d'autre part, l'action directe *en résolution* du contrat, qui relèverait d'une qualification contractuelle. Par ailleurs, le mémoire en défense soutient, par référence à la doctrine (B. Haftel), que la qualification autonome consacrée par la Cour de justice en matière de conflit de juridictions ne doit pas nécessairement être transposée au conflit de lois.

Toujours selon le mémoire en défense, l'objet de la qualification, en l'espèce, est la recevabilité de l'action directe, dès lors que le projet de la société CSNSP 431 est d'invoquer les règles régissant le contrat conclu par la société Avancis. La société CSNSP 431 se fonde sur les règles substantielles relatives à l'obligation de délivrance du droit français, lequel serait applicable en tant que loi du lieu du délit, ce qui réaliserait, selon le mémoire en défense, un « détournement » de l'opération de qualification. Revenir, au stade de l'application des dispositions substantielles, à une qualification contractuelle, alors que la loi française a été désignée sur le fondement d'une qualification délictuelle, « pervertit » le mécanisme de la règle de conflit, selon la société Avancis.

4.1.2.2. Seconde branche du moyen (*violation des articles 3 et 4 du règlement Rome I*)

La seconde branche du moyen du pourvoi principal, tirée d'une violation des articles 3 et 4 du règlement Rome I, se place dans l'hypothèse où l'action du sous-acquéreur devrait néanmoins être qualifiée de contractuelle en droit international privé. Elle

considère alors que la recevabilité et le bien-fondé de l'action seraient régis par la loi applicable au contrat conclu par le demandeur à l'action, c'est-à-dire le sous-acquéreur.

Soulignant qu'il n'existe pas de jurisprudence sur la question, le mémoire ampliatif se fonde sur une partie de la doctrine pour souligner que l'existence de l'action directe constitue un avantage pour le demandeur, qui n'est pas en soi préjudiciable pour le défendeur, dès lors qu'elle ne modifie ni l'assiette, ni les conditions de l'obligation à laquelle le défendeur était originellement tenu. La seule différence pour le défendeur résiderait dans la substitution de créancier. C'est pourquoi seules les prévisions du demandeur seraient à prendre en considération.

La loi régissant le contrat conclu par le défendeur s'appliquerait uniquement à la détermination des contours de l'obligation. A cet égard, le mémoire ampliatif fait un parallèle avec la solution consacrée en matière d'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur du responsable.

La société GenSun s'associe aux critiques du pourvoi principal de la société CSNSP 431.

Quant à la société Avancis, elle soutient dans son mémoire en défense que la seconde branche du moyen est mal fondée, et ceci pour une double raison. En premier lieu, la résolution du contrat ne peut, selon elle, être prononcée qu'en application des règles qui régissent ce contrat. Elle se fonde, à cet effet, sur l'article 12 du règlement Rome I qui dispose que la loi applicable au contrat régit les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations. Le contrat conclu par la société Avancis étant régi par le droit allemand, lequel n'autorise pas un tiers à exercer les droits prévus par le contrat, la cour d'appel aurait, à juste titre, déclaré l'action en résolution du sous-acquéreur irrecevable.

En second lieu, le mémoire en défense cite une autre partie de la doctrine qui soutient, quant à elle, l'application de la loi régissant le contrat conclu par le fabricant. Seule la loi du contrat dont l'inexécution est invoquée serait apte à déterminer les personnes habilitées à exercer l'action en résolution ou en indemnisation.

Cette solution aurait également les faveurs de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le mémoire se réfère notamment aux arrêts 1^{re} Civ, 10 octobre 1995, Paglierani, n° 93-17.359, et 3^e Civ, 16 janvier 2013, n° 11-13.509, RCDIP 2013.620, obs. D. Bureau (arrêts cités *supra*, point 4.1.1.2.1.2.).

C'est au regard de ces éléments qu'il appartiendra à la Cour de décider s'il convient de déroger au principe de cohérence pour adopter, en matière de conflit de lois, une qualification de l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant qui diffère de celle retenue pour le conflit de juridictions par la Cour de justice et, dans l'affirmative, de déterminer la loi de quel contrat doit régir cette action.

4.2. Sur le pourvoi incident

4.2.1. Premier moyen (*irrecevabilité des conclusions déposées la veille de l'ordonnance de clôture*)

Le premier moyen du pourvoi incident fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les conclusions, que la société GenSun a déposées le 6 février 2023, et, par suite, de se prononcer sur la compétence juridictionnelle, la recevabilité et le fond des diverses demandes des parties.

Selon la cour d'appel :

« Le fait pour la société GenSun de déposer, le 6 février 223, soit la veille du prononcé de l'ordonnance de clôture de nouvelles conclusions comportant des développements supplémentaires d'ailleurs non clairement identifiés, mettant ainsi la société Avancis dans l'impossibilité d'en prendre connaissance et, éventuellement, d'y répondre avant la clôture de l'instruction, caractérise une violation du principe du contradictoire et du droit au procès équitable, énoncés aux articles 16 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; il y a donc lieu de déclarer irrecevables ces conclusions déposées le 6 février 2023. »

4.2.1.1. Première branche du moyen (*principe de la contradiction*)

La première branche du moyen, tirée d'un manque de base légale au regard de l'article 15 du code de procédure civile, reproche à la cour d'appel de s'être bornée à retenir que les conclusions, déposées la veille de l'ordonnance de clôture, comportaient des développements supplémentaires non clairement identifiés, ayant mis la société Avancis dans l'impossibilité d'en prendre connaissance et d'y répondre, sans constater concrètement en quoi ces conclusions auraient appelé une réponse, ni en quoi celle-ci n'aurait pas disposé du temps utile pour y répondre.

Selon le mémoire de la société GenSun, en l'espèce, la motivation de la cour d'appel est purement abstraite, en ce qu'elle ne permet pas de savoir en quoi consistent les développements supplémentaires et d'apprécier s'il aurait été utile d'y répondre. C'est pourquoi la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 15 du code de procédure civile.

Le mémoire en défense à pourvoi incident de la société Avancis soutient que le grief manque en fait, puisque la cour d'appel s'est fondée sur l'existence de développements supplémentaires et a considéré que ces derniers mettaient la société Avancis dans l'impossibilité d'en prendre connaissance et éventuellement d'y répondre. La cour d'appel en aurait souverainement déduit que les conclusions n'ont pas été déposées en temps utile. Sous couvert d'un grief qui manque en fait, le moyen ne tendrait qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond de l'absence de communication en temps utile des conclusions.

Il est proposé de répondre à la première branche du premier moyen du pourvoi incident, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation, par une décision de rejet non spécialement motivée.

L'article 15 du code de procédure civile dispose :

« Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. »

Selon l'article 16 du code de procédure civile :

« Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. [...] »

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation (Ch. mixte., 3 février 2006, pourvoi n° 04-30.592, Bull. 2006, ch. mixte, n° 2) :

« Attendu que la société Exacod fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 9 juin 2004) d'avoir écarté des débats les pièces communiquées par elle sous les numéros 30 et 31, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en écartant des débats, en raison de sa communication tardive à la société L'Inventoriste, trois jours avant l'ordonnance de clôture, la disquette contenant le répertoire du logiciel saisi lors de la saisie-contrefaçon opérée à l'initiative de la société L'Inventoriste, disquette dont la production constituait le fondement de l'action en contrefaçon exercée par la société L'Inventoriste dont les droits de la défense n'avaient pu être méconnus, la cour d'appel a violé les articles 15, 16 et 783 du nouveau code de procédure civile ;

2°/ qu'en écartant des débats l'autre pièce communiquée par la société Exacod trois jours avant l'ordonnance de clôture sans caractériser les circonstances particulières qui auraient empêché le respect du principe de la contradiction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des mêmes textes ;

Mais attendu qu'il résulte des constatations souveraines de l'arrêt que les pièces n'avaient pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 du nouveau code de procédure civile ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

Pour une confirmation récente, v. par exemple, 2e Civ., 6 octobre 2022, pourvoi n° 19-14.008 :

« 8. Pour déclarer recevables les conclusions déposées par la société EMA le 26 octobre 2018, quatre jours avant l'ordonnance de clôture, l'arrêt constate qu'elles ne comportent aucun élément nouveau, hormis un court paragraphe au sujet d'une avarie qu'aurait subie le bateau en 2017, et ajoute que la société NS est d'autant moins fondée à invoquer une atteinte au principe de la contradiction qu'elle ne conteste pas avoir été

destinataire, le 15 octobre 2018, d'une sommation de la société EMA portant sur cette question.

9. En l'état de ces constatations et énonciations, c'est, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la cour d'appel a, implicitement mais nécessairement, retenu que ces conclusions avaient été déposées en temps utile. »

Il résulte de cette jurisprudence que les juges du fond apprécient souverainement si la date du dépôt des conclusions est de nature à porter atteinte au principe du contradictoire, c'est-à-dire si les conclusions ont été déposées en temps utile. Toutefois, il leur incombe, à cet égard, une obligation de motivation.

En l'espèce, après avoir constaté que les nouvelles conclusions, déposées la veille du prononcé de l'ordonnance de clôture, comportaient des développements supplémentaires et que la société Avancis a été mise dans l'impossibilité d'en prendre connaissance et éventuellement d'y répondre avant la clôture de l'instruction, l'arrêt relève que ce fait caractérise une violation du principe du contradictoire et du droit au procès équitable, énoncés aux articles 16 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En l'état de ces constatations et énonciations, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a implicitement mais nécessairement retenu que ces conclusions n'avaient pas été déposées en temps utile.

Sous le couvert d'un **grief non fondé** de manque de base légale au regard de l'article 15 du code de procédure civile, la première branche ne tend qu'à remettre en discussion, devant la Cour de cassation, l'appréciation souveraine des juges du fond.

4.2.1.2. Seconde branche du moyen (*dénaturation*)

La seconde branche du moyen, tirée d'une méconnaissance du principe faisant l'obligation au juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis, reproche à la cour d'appel d'avoir dénaturé les conclusions déposées la veille de l'ordonnance de clôture, en affirmant que les développements supplémentaires de ces conclusions n'étaient pas clairement identifiées, alors que ces développements supplémentaires étaient signalés par un trait vertical en marge.

Selon le mémoire de la société GenSun, dès lors que la cour d'appel n'a pas statué au vu des exactes conclusions, la cassation à intervenir sur ce fondement disciplinaire doit être totale et porter sur l'intégralité des dispositions de l'arrêt.

Le mémoire en défense à pourvoi incident de la société Avancis soutient que le grief, qui critique un motif surabondant, est inopérant. L'arrêt serait justifié, même sans cette précision selon laquelle les développements supplémentaires n'étaient pas clairement identifiés.

En tout état de cause, la société Avancis considère que le moyen est mal fondé. Les traits verticaux qui figurent effectivement dans le document ne correspondent pas toujours à des développements nouveaux. De nombreux passages ainsi signalés seraient, en réalité, identiques à ceux des conclusions précédentes, tandis que le document comporte également un nouveau paragraphe, qui développe sur quatre pages une argumentation inédite, et qui se trouve ainsi « noyé dans la masse ». Les développements supplémentaires n'étant effectivement pas clairement identifiés dans les conclusions, la cour d'appel ne les a donc pas dénaturées.

Il est proposé de répondre à la seconde branche du premier moyen du pourvoi incident, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation, par une décision de rejet non spécialement motivée.

La dénaturation n'existe que si le juge a donné à un écrit un sens qu'il n'avait manifestement pas. En revanche, lorsque l'écrit est équivoque, le juge a le pouvoir de l'interpréter et cette interprétation, rendue nécessaire par l'ambiguïté ou l'imprécision de l'acte, est souveraine et exclusive de toute dénaturation.

En l'espèce, dès lors que les traits verticaux présents dans les nouvelles conclusions ne signalaient pas seulement des passages nouveaux, mais également certains développements qui figuraient déjà dans la version précédente des conclusions, l'acte était ambigu, en ce qui concerne l'identification des développements supplémentaires.

Son interprétation ainsi rendue nécessaire est souveraine et exclusive de toute dénaturation. Le **grief n'est donc pas fondé.**

4.2.2. Second moyen (rapports entre les règles de compétences dérivées et les clauses attributives de juridiction)

Le second moyen du pourvoi incident, tiré d'un manque de base légale au regard de l'article 8 du règlement Bruxelles I bis, fait grief à la cour d'appel d'avoir déclaré le juge français incompétent pour statuer sur la demande de la société GenSun contre la société Avancis.

En substance, il reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, comme il lui était demandé, si les demandes n'étaient pas indivisibles et ainsi de nature à fonder la compétence du juge français pour l'entier litige au titre des règles de compétences dérivées, nonobstant la clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat entre les sociétés Avancis et GenSun.

En droit, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit, dès 1976, à propos de la convention de Bruxelles de 1968, que les conditions d'application de l'article 17 de la convention (devenu l'article 25 du règlement Bruxelles I bis) « doivent être interprétées à la lumière de l'effet de la prorogation de compétence, qui est d'exclure tant la compétence déterminée par le principe général consacré par l'article 2 que les

compétences spéciales des articles 5 et 6 de la convention” (l'article 6 est devenu l'article 8 du règlement Bruxelles I bis) : [CJCE, 14 décembre 1976, Segoura, aff. 25/76](#), point 6; et, du même jour, Estasis Saloti di Colzani, aff. 24/76, point 7.

La priorité donnée à la compétence exclusive résultant de la stipulation d'une clause d'élection de for a été confirmée par la Cour de justice dans un arrêt du 19 juin 1984, (CJCE, Tilly Russ. e. a, aff. 71/83, point 14).

Pour un exemple plus récent, v. CJUE, 21 mai 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13 :

« 59 S'agissant des clauses visées par la troisième question et relevant bien du champ d'application dudit règlement, il convient de rappeler que, dans le cadre de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 (JO 1972, L 299, p. 32), la Cour a précisé que, en concluant un accord d'élection de for conformément à l'article 17 de cette convention, les parties ont la faculté de déroger non seulement à la compétence générale prévue à l'article 2 de celle-ci, mais aussi aux compétences spéciales prévues aux articles 5 et 6 de la même convention (voir arrêt Estasis Saloti di Colzani, 24/76, EU:C:1976:177, point 7).

60 Or, l'interprétation fournie par la Cour en ce qui concerne les dispositions de ladite convention valant également pour celles du règlement no 44/2001, lorsque les dispositions de ces instruments peuvent être qualifiées d'équivalentes, il convient de relever que tel est le cas en ce qui concerne l'article 17, premier alinéa, de la même convention et l'article 23, paragraphe 1, de ce règlement, qui sont rédigés en des termes quasi identiques (arrêt Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, points 19 et 20).

61 Il y a donc lieu de considérer que la juridiction saisie peut en principe se voir lier par une clause attributive de juridiction dérogeant aux compétences prévues aux articles 5 et 6 du règlement no 44/2001 que les parties ont conclue conformément à l'article 23, paragraphe 1, de celui-ci. »

De même, la Cour de cassation juge de manière constante depuis un arrêt 1re Civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-16.706, Bull. 2006, I, n° 314, après quelques hésitations antérieures⁹, qu'une clause attributive de juridiction prime les compétences dérivées de l'article 8 du règlement Bruxelles I bis.

Une clause attributive de juridiction valable au regard de l'article 23 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, et qui désigne le tribunal d'un Etat contractant, prime la compétence spéciale du tribunal de l'un des codéfendeurs prévue à l'article 6 § 1 de ce règlement.

En conséquence, viole ces textes la cour d'appel qui, pour déclarer compétente la juridiction française en ce qui concerne la demande formée contre une société belge, retient que le litige concerne également un tiers codéfendeur, bailleur de fonds et propriétaire de l'ouvrage, intervenu volontairement à l'expertise judiciaire portant sur les

⁹ Sur lesquelles, v. H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, Compétence et exécution des jugements en Europe, LGDJ, n° 293.

malfaçons et les retards allégués par le locataire et partie au litige sur le fond qui est indivisible.

Par conséquent, même en cas d'indivisibilité du litige, la clause attributive de juridiction tient les compétences dérivées en échec.

Pour une confirmation récente, à propos du for des codéfendeurs de l'article 8, paragraphe 1^{er}, v. 1^{re} Civ., 14 mars 2018, pourvoi n° 16-28.302, Bull. 2018, I, n° 53

Une clause attribuant compétence aux juridictions d'un Etat membre prime la compétence spéciale prévue à l'article 8, § 1, du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I bis, dès lors qu'elle est valable au regard de l'article 25 du même règlement.

En l'espèce, selon la cour d'appel :

« Le devis du 5 mars 2013 portant sur la vente par la société Avancis à la société GenSun des 18 380 modules de type « Powermax Smart » destinés à équiper la centrale de [Localité 4] au Portugal se réfère expressément aux conditions générales de vente annexées au devis, dont l'article 11.2 dispose que « tous les litiges découlant du contrat seront exclusivement soumis aux tribunaux civils ordinaires de Leipzig, en Allemagne » ; la société GenSun n'est pas fondée à contester l'application de cette clause attributive de juridiction, qu'elle a acceptée en signant le devis, au motif qu'il s'agit d'une clause standard, n'ayant pas fait l'objet de négociation et ne prenant pas en considération le fait que les modules vendus allaient être nécessairement cédés à sa cliente, la société CSNSP.

Il est constant que les demandes que forme la société GenSun à l'encontre de la société Avancis tendant à sa condamnation à lui payer la somme de 1 257 192 euros correspondant au prix d'achat des modules litigieux et au paiement de la somme de 82 101,42 euros qu'elle a versée à la société CSNSP au titre de la garantie de rendement prévue à l'article 12.2 du contrat EPC, sont connexes, conformément à l'article 8.1 du règlement (UE) du 12 décembre 2012, aux prétentions émises par la société CSNSP dans le cadre de l'action en résolution des contrats de vente successifs que celle-ci a engagé ; la société GenSun sollicite également que la société Avancis soit condamnée à la relever et garantir des condamnations susceptibles d'être mises à sa charge, formant ainsi une demande en garantie au sens de l'article 8.2 du règlement.

Pour autant, la compétence de la juridiction du domicile de l'un des défendeurs établis sur le territoire d'Etats membres distincts ne confère pas nécessairement à cette juridiction la connaissance de la demande incidente ou de la demande en garantie qu'un défendeur peut être amené à formuler contre un autre défendeur à l'instance quand bien même ces demandes seraient liées aux demandes principales ; tel est le cas en présence d'une convention attributive de juridiction conforme aux dispositions de l'article 25 du règlement (UE) du 12 décembre 2012, comme l'a justement retenu le premier juge pour considérer qu'en l'espèce, en vertu de la clause prévue à l'article 11.2 des conditions générales de vente de la société Avancis, il n'était pas compétent pour connaître des demandes formées à l'encontre de celle-ci par la société GenSun ; il convient d'ajouter que les dispositions de l'article 333 du code de procédure civile selon lesquelles le tiers mis en cause ne peut déclinier la compétence territoriale de la

juridiction saisie même en invoquant une clause attributive de compétence, ne sont pas applicables dans les relations entre membres de l'Union européenne soumis au règlement (UE) du 12 décembre 2012. »

Dans son mémoire, la société GenSun émet des doutes quant à la pertinence de la mise en œuvre systématique du principe de primauté de la clause attributive de juridiction, notamment dans l'hypothèse d'une indivisibilité objective des demandes. Elle soutient qu'en l'absence d'un arrêt de la Cour de justice, par lequel celle-ci aurait clairement dit que, même en l'état de demandes indivisibles et d'une pluralité de défendeurs, la clause attributive de juridiction liant certains d'entre eux seulement primerait nécessairement, rien n'impose à la Cour de cassation de consacrer une telle solution. A ce jour, le rejet du critère de l'indivisibilité, pour arbitrer entre les articles 8 et 25 du règlement Bruxelles I bis, ne s'imposerait donc pas à la Cour de cassation.

Dans l'hypothèse où la Cour de cassation éprouverait un doute quant à la solution à donner au litige, la société GenSun considère qu'il lui reviendrait de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, dont elle suggère, en tant que de besoin, la formulation suivante :

« Les articles 8 et 25 du règlement Bruxelles I bis doivent-ils être interprétés comme permettant à une juridiction d'un État membre, compétente sur le fondement de l'article 8 du règlement Bruxelles I bis, d'admettre sa compétence pour connaître de l'ensemble des demandes formées devant elles lorsque lesdites demandes sont indivisibles, nonobstant l'existence d'une clause attributive de juridictions liant certaines des parties seulement et attribuant compétence à une autre juridiction d'un État membre ? »

Le mémoire en défense à pourvoi incident de la société Avancis soutient que le moyen n'est pas en fondé, compte tenu de la jurisprudence tant de la Cour de justice que de la Cour de cassation, qui donnent la priorité à la clause attributive de juridiction, même lorsque le litige est sur le fond indivisible ou porte sur des contrats interdépendants.

Selon la société Avancis, la solution ne suscite pas d'incertitude qu'il conviendrait de lever en soumettant à la Cour de justice une question préjudicielle.

Elle estime que la cour d'appel a statué en stricte application de ces principes jurisprudentiels.

C'est au regard de ces éléments qu'il appartiendra à la Cour d'apprécier la pertinence du second moyen du pourvoi incident.