

RGDA2011-1-053

Revue générale du droit des assurances, 01 janvier 2011 n° 2011-01, P. 268 - Tous droits réservés

## Procédure

## Procédure

## Arbitrage

Clause compromissoire. Transmission. Chaîne de contrats translatifs de propriété. Chaîne homogène ou hétérogène. Transmission automatique (oui).

## Clause attributive de compétence

Opposabilité à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur. Règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000. Interprétation. Saisine de la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne.

Le litige concernant l'opposabilité, à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur, d'une clause attributive de compétence, qui présente des questions d'interprétation du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, nécessite pour la Cour de cassation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

## Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 17 novembre 2010 Pourvoi n° 09-12442

*Publié au Bulletin*

## Refcomp, Emerson Network Power c/ Axa Corporate Solutions, Climaveneta

La Cour,

Attendu que la SNC Doumer, qui avait souscrit une police d'assurances auprès de la Société Axa Corporate solutions assurance (Axa Corporate), a fait exécuter des travaux de rénovation d'un ensemble immobilier ; que la Société italienne Refcomp SPA a fabriqué les compresseurs assemblés par la Société italienne Climaveneta SPA dans les groupes de climatisation fournis par la Société Liebert, aux droits et obligations de laquelle se trouve la Société Emerson Network Power (Emerson), assurée auprès de la Société Axa France IARD ; que des désordres étant survenus, la Société Axa Corporate, subrogée dans les droits de la SNC Doumer, a demandé réparation, après expertise, aux fabricant et fournisseur ; que, devant le juge de la mise en état la Société Climaveneta a invoqué une clause compromissoire figurant dans le contrat la liant à la Société Emerson tandis que la Société Refcomp se prévalait d'une clause attributive de compétence à une juridiction italienne contenue dans ses conditions générales de vente ;

*Sur le moyen unique du pourvoi incident :*

Attendu que la Société Emerson fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 19 décembre 2008) d'avoir réformé l'ordonnance du juge de la mise en état en ce qu'elle avait dit le tribunal de grande instance de Paris compétent pour connaître de la demande formée contre la Société Climaveneta et renvoyé les parties à mieux se pourvoir alors, selon le moyen, que dans une chaîne de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international ne se transmet avec l'action contractuelle que sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause ; qu'en décidant en l'espèce que la clause compromissoire était

transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, sans rechercher si, comme l'avait retenu la décision infirmée, la Société Doumer (subrogée par la Société Axa) avait pu légitimement l'ignorer, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1492 du Code civil ;

Mais considérant que la cour d'appel a exactement décidé que dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne ; que le moyen n'est pas fondé ;

*Sur le moyen unique du pourvoi principal pris en ses deux branches :*

Attendu que la Société Refcomp fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté un fabricant de son exception d'incompétence des juridictions françaises au profit des juridictions italiennes, invoquée contre l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur, en application d'une clause attributive de compétence convenue avec un fabricant intermédiaire alors, selon le moyen :

1<sup>o</sup>/ qu'une clause attributive de compétence, valable dans les rapports des parties au contrat initial et désignant un tribunal d'un État contractant, prime les compétences spéciales des articles 5 et 6 du règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000 et est opposable au tiers au contrat initial la contenant dès lors que, en vertu du droit national applicable, ce dernier succède à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations ; qu'en déclarant non opposable à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur la clause attributive de juridiction convenue entre le fabricant et le vendeur intermédiaire au prétexte que les règles communautaires de compétence spéciale en matière contractuelle ne s'appliquaient pas aux litiges opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant qui n'était pas le vendeur, de tels litiges se rattachant à la matière délictuelle ou quasi délictuelle, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 23 du règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000 et, par fausse application, les articles 5-1 et 5-3 du même règlement ;

2<sup>o</sup>/ qu'une clause attributive de compétence, valable dans les rapports des parties au contrat originaire, est opposable au tiers à ce contrat ou à l'assureur subrogé dès lors que, en vertu du droit national applicable, le tiers a succédé au vendeur originaire dans ses droits et actions ; qu'en déclarant non opposable à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur la clause attributive de compétence convenue entre les parties au contrat originaire pour la raison qu'il ne l'avait pas acceptée, la cour d'appel a violé l'article 23 du règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000, ensemble les articles 1165 et 1250 du Code civil ;

Attendu que le litige présente des questions d'interprétation du règlement 44/2001 du 20 [22] décembre 2000, qui nécessitent, pour la Cour de cassation, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi incident ;

Renvoie à la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de répondre aux questions suivantes :

1<sup>o</sup>/ une clause attributive de juridiction, qui a été convenue, dans une chaîne communautaire de contrats, entre un fabricant d'une chose et un acheteur en application de l'article 23 du règlement 44/2001 du 20 [22] décembre 2000, produit-elle ses effets à l'égard du sous-acquéreur et, dans l'affirmative, sous quelles conditions ?

2<sup>o</sup>/ la clause attributive de juridiction produit-elle ses effets à l'égard du sous-acquéreur et de ses assureurs subrogés quand bien même l'article 5 § 1 du règlement 44/2001 du 20 [22] décembre 2000 ne s'appliquerait pas à l'action du sous-acquéreur contre le fabricant ainsi qu'en a jugé la Cour dans son arrêt *Handte* du 17 juin 1992 ?

Sursoit à statuer jusqu'à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne...

## Note

Les opérations de fabrication et de vente de certains produits peuvent s'avérer complexes, surtout lorsqu'elles s'inscrivent dans un contexte international. D'où l'idée, en principe judicieuse, d'insérer dans les contrats des clauses destinées à faciliter le règlement des litiges potentiels. Ainsi, une clause compromissoire ou une clause attributive de juridiction peuvent avoir cette vertu de régler un aspect essentiel du litige, la compétence *ratione materiae* et/ou *ratione loci*, ce qui permet de ne pas alourdir les débats par des questions procédurales s'ajoutant au problème de fond. Malheureusement, l'application de ces clauses peut elle-même générer des difficultés.

En l'espèce, dans le cadre de travaux de rénovation d'un ensemble immobilier, des compresseurs ont été fabriqués par une société italienne (Refcomp), puis assemblés dans des groupes de climatisation par une autre société italienne (Climaveneta), lesquels groupes de climatisations ont été fournis par une société française (Liebert, aux droits de laquelle vient la Société Emerson, assurée par Axa France IARD) au maître de l'ouvrage (la Société Doumer, assurée par Axa Corporate Solutions).

On comprend implicitement qu'Axa Corporate est l'assureur dommages ouvrage de la Société Doumer et qu'il a dû indemniser cette dernière suite à des désordres puisqu'il exerce, en qualité d'assureur subrogé, un recours contre les fabricants et fournisseurs. Recours qu'il porte devant le Tribunal de grande instance de Paris. Il se voit alors opposer d'une part une clause compromissoire et d'autre part une clause attributive de juridiction, dont il conteste l'application. La raison peut en être résumée simplement : lesdites clauses sont stipulées dans des contrats auxquels ni l'assureur subrogé, ni son assuré n'ont été partie. Sont donc posées la question de la transmission d'une clause compromissoire et celle de l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction. À la première, la Cour de cassation réitère une réponse de principe qu'elle a déjà donnée (1<sup>o</sup>). Quant à la seconde, la Haute juridiction française y voit une double question d'interprétation qu'elle renvoie à la Cour de justice de l'Union européenne (2<sup>o</sup>).

## I. TRANSMISSION D'UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE DANS UNE CHAÎNE DE CONTRATS

Il convient d'ores et déjà de préciser qu'il s'agit d'une chaîne de contrats translatifs de propriété. Vers le haut de la chaîne (au deuxième maillon), une clause compromissoire a été stipulée entre la Société Climaveneta et la Société Emerson (venant aux droits de Liebert) et la Société Climaveneta s'en est prévaluée. Premier saisi de l'exception d'incompétence, le Juge de la mise en état du Tribunal de grande instance de Paris l'a rejetée et a dit le tribunal compétent. Il est censuré par la cour d'appel qui fait application de la clause compromissoire et renvoie les parties à mieux se pourvoir. La Société Emerson forme pourvoi en cassation, reprochant à la cour d'appel d'avoir décidé que la clause compromissoire était transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, sans rechercher si le sous-acquéreur qui n'avait pas contracté cette clause avait pu légitimement l'ignorer.

On peut d'abord relever la sollicitude intéressée de la demanderesse au pourvoi, qui prétend se préoccuper du sort du sous-acquéreur pour mieux échapper à l'application d'une clause qu'elle a conclue avec son vendeur. Cela étant, son intérêt à soulever l'argument n'en était pas moins réel.

Ensuite, le pourvoi avait peu de chances de prospérer. En effet, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation ne fait que confirmer une solution énoncée quelques années auparavant dans un arrêt de principe dont l'attendu est repris à une virgule près : « *dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action[,] lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, n<sup>o</sup> 04-20842, Bull. n<sup>o</sup> 129, D. 2007, p. 2077, note S. Bollée, D. 2008, p. 180, obs. Th. Clay, Rev. arbitrage 2007, p. 785, note J. El Ahdab). C'est donc sans surprise qu'est rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt d'appel qui avait appliqué une règle clairement énoncée par la Cour de cassation.

C'est également sans surprise que nous constatons le transfert de la clause compromissoire (et son opposabilité) non seulement à l'acquéreur final de la chaîne de contrats translatifs de propriété, mais également à l'assureur subrogé dans ses droits. Il s'agit là d'un effet classique de la subrogation. Dans ce contexte, l'affirmation selon laquelle la clause compromissoire est transmise « *en tant qu'accessoire du droit d'action[,] lui-même accessoire du droit substantiel transmis* » est intéressante à plusieurs égards.

Il apparaît en premier lieu que l'assureur est bien subrogé dans *les* droits de son assuré indemnisé, et non dans le seul droit à indemnisation : est transmis non seulement le droit substantiel mais également le droit d'action qui en est l'accessoire.

En second lieu, l'arrêt commenté de la Première Chambre civile peut être rapproché d'un arrêt rendu en janvier de la même année par la Chambre commerciale, impliquant également la notion de subrogation ainsi que le droit substantiel et le droit d'action (Com., 26 janv. 2010, n<sup>o</sup> 08-13898, Bull. n<sup>o</sup> 17, RCA avril 2010, comm. 96, note M. Asselain, RGDA 2010-2, p. 453, note F. Turgné). Dans les deux cas, nous retrouvons l'affirmation de la conception processuelle du droit d'action, selon laquelle ce droit est distinct du droit substantiel défendu au moyen de l'action. Dans l'arrêt commenté de la Première Chambre civile, il est énoncé que le droit d'action est l'accessoire du droit substantiel transmis : les deux droits sont donc distincts. Dans l'arrêt de la Chambre commerciale, l'assureur a indemnisé son assuré alors que l'action en indemnisation de ce dernier était éteinte par acquisition de la prescription biennale. Le tiers contre lequel l'assureur exerce un recours tente de s'en prévaloir pour contester la subrogation de l'assureur. La cour d'appel a admis que la prescription étant acquise, l'assureur n'était pas obligé de payer l'indemnité prévue par le contrat d'assurance et n'était donc pas subrogé dans les droits de l'assuré. L'arrêt est censuré car « *l'assureur qui a payé l'indemnité contractuellement due à son assuré est légalement subrogé dans les droits de ce dernier, peu*

*important que ce paiement intervienne alors que l'action de l'assuré était prescrite* » (Com., 26 janv. 2010, préc.). En d'autres termes, la prescription biennale n'atteint que le droit d'action et laisse subsister le droit substantiel à l'indemnité d'assurance. Ce dernier survit et fonde dès lors bien la subrogation de l'assureur qui règle l'indemnité en exécution de son obligation. Dans les deux décisions, la solution est commandée par le fait que le droit d'action est distinct du droit substantiel qu'il a pour but de faire valoir.

## II. TRANSMISSION ET OPPOSABILITÉ DE LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPÉTENCE

En l'espèce, la clause d'élection de for au profit des juridictions italiennes a été stipulée dans le premier contrat de la chaîne, entre les Sociétés Refcomp et Climaveneta. Comme pour la clause compromissoire, la question de l'opposabilité de cette clause à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur pose le problème de sa transmission. À ce problème s'en ajoute un autre, celui de la compatibilité de la compétence ainsi désignée avec la compétence déterminée en application du règlement (CE) n° 44-2001 du 22 décembre 2000 et de la jurisprudence y afférant. Dans cette affaire, les dispositions dudit règlement susceptibles de recevoir application sont les suivantes :

– L'article 23 régit la validité de la clause par laquelle les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, peuvent attribuer compétence à une juridiction ou aux juridictions d'un État membre.

– L'article 5 expose une règle de compétence spéciale par laquelle « une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ; [...]

3) en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ; »

– L'article 6 permet de joindre l'accessoire au principal en autorisant notamment à attraire un défendeur :

1) devant le tribunal du domicile de l'un des défendeurs, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ;

2) s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originale, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé [...].

La première difficulté identifiée devant les juges du fond a été l'éventuelle prévalence de la clause attributive de juridiction, stipulée conformément à l'article 23, sur les compétences spéciales prévues par les articles 5 et 6. À cette difficulté s'en ajoute une autre : ici, le litige concerne non seulement les parties signataires à la clause attributive de juridiction, mais également des tiers à la convention stipulant cette clause (le sous-acquéreur et l'assureur subrogé dans ses droits). Cette qualité de tiers a une incidence sur l'application des dispositions précitées du règlement.

Nous sommes donc en présence d'un double problème juridique, d'une complexité certaine résultant de la pluralité des règles applicables et de leurs possibles combinaisons. En témoigne la variété des approches que l'on peut relever successivement chez les juges du fond (a), le demandeur au pourvoi (b) et la Cour de cassation (c).

a) *Les juges du fond* ont commencé par traiter le problème de conflit de normes. Le premier juge (juge de la mise en état) a fait prévaloir l'article 6 sur l'article 23. Il est sur ce point désavoué par la cour d'appel, pour laquelle « *étaient inapplicables les dispositions de l'article 6 du règlement CE qui étaient primées par celles de l'article 23 du même règlement* » (en ce sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2006, n° 05-16706, Bull. n° 314). La Cour étudie ensuite l'application de l'article 5 du règlement : elle énonce que « *l'article 5-1 du règlement CE prévoyant une compétence spéciale en matière contractuelle, ne s'appliquait pas aux litiges opposants le sous-acquéreur d'une chose au fabricant qui n'était pas le vendeur en raison des défauts de la chose vendue, l'article 5-3 du règlement aux termes duquel, en matière délictuelle et quasi délictuelle, le tribunal compétent était celui du lieu où le fait dommageable s'était produit s'appliquant et l'article 23 n'ayant alors plus vocation à intervenir puisque l'action n'avait pas un fondement contractuel* ». Ainsi la cour d'appel part de la nature non contractuelle des rapports entre celui qui se prévaut de la clause attributive de juridiction (le fabricant) et celui qui en réfute l'application (l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur), pour écarter l'article 23 et conclure à l'application de l'article 5-3 du règlement. Mettant donc en œuvre le critère du lieu du fait dommageable (en l'espèce survenu en France), la Cour a confirmé l'ordonnance du juge de la mise en état en ce

qu'elle avait rejeté comme non fondée l'exception de procédure soulevée par la Société Refcomp.

La Cour ne s'arrête toutefois pas là et rappelle la jurisprudence aux termes de laquelle « *la clause attributive de compétence n'était opposable qu'à la partie qui en avait eu connaissance et l'avait acceptée au moment de la formation du contrat* », avant de relever qu'en l'espèce l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur pouvait raisonnablement ignorer son existence. Cet argument écartant l'application de la clause attributive de juridiction renforce le rejet de l'exception de procédure, qui était déjà motivé par l'application de l'article 5-3. Dès lors, n'est-il pas quelque peu surabondant ? En outre, on reconnaît dans cette formulation la jurisprudence faisant application de l'article 48 du Code de procédure civile (Com., 28 févr. 1983, n° 78-10813, Bull. n° 89 ; Com., 10 janv. 1989, n° 86-15847, Bull. n° 20). Or, le droit commun français des clauses attributives de juridiction, qui n'a qu'un domaine résiduel, n'a pas vocation à s'appliquer à une situation régie par le règlement du 22 décembre 2000 (cf. V. Heuzé : *Droit international privé : les conflits de juridictions*, in *Traité de droit des assurances*, tome III, *Le contrat d'assurance*, dir. J. Bigot, LGDJ, 2002, n° 2175, n° 2185 et n° 2188). Il est d'ailleurs surprenant de voir associées les dispositions de l'article 48 du Code de procédure civile et de l'article 23 du règlement du 22 décembre 2000 (en ce sens N. Fricero, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2010, Procédures, avril 2010, comm. 117).

b) *Le fabricant demandeur au pourvoi* reprend une démarche similaire à celle des juges du fond, pour critiquer toutefois les solutions adoptées à chaque étape et bien sûr aboutir à une solution autre. Dans la première branche du moyen, le fabricant soutient qu'« *une clause attributive de compétence, valable dans les rapports des parties au contrat initial et désignant un tribunal d'un État contractant, prime les compétences spéciales des articles 5 et 6 du règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000* ». Il se place dès lors sur le seul terrain de l'application de la clause valablement stipulée en application de l'article 23 du règlement. À cet égard, il soutient dans les deux branches du moyen qu'une telle clause « *est opposable au tiers au contrat initial la contenant dès lors que, en vertu du droit national applicable, ce dernier succède à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations* ». On reconnaît ici un argument tiré de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 19 juin 1984, Tilly Russ, n° 71/83, § 26, Rev. crit. DIP 1985, p. 396, note H. Gaudemet-Tallon, JDI 1985, p. 159, obs. J.-M. Bischoff ; V. Heuzé : *op. cit.*, n° 2187).

Cet argument est décliné dans les deux branches du moyen unique du pourvoi, pour alléguer successivement :

– dans la première branche, une violation des dispositions du règlement : article 23 par refus d'application et articles 5-1 et 5-3 par fausse application ;

– dans la seconde branche, une violation de l'article 23 du règlement, ensemble les articles 1165 et 1250 du Code civil (ces derniers concernant respectivement l'effet relatif des contrats et la subrogation)

c) *Démarche de la Cour de cassation*. À la démarche suivie par les juges du fond et par le demandeur au pourvoi, on peut préférer celle envisagée par la Cour de cassation. Cette dernière pose bien le débat en termes d'opposabilité de la clause attributive de juridiction au sous-acquéreur, en considération des règles découlant du règlement n° 44/2001. Toutefois, elle estime que la solution nécessite une réponse de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à deux questions d'interprétation dudit règlement. Ces deux questions préjudicielles reflètent le raisonnement suivi par la Haute juridiction française.

La Cour de cassation commence par se demander si la clause attributive de juridiction « *qui a été convenue, dans une chaîne communautaire de contrats, entre un fabricant d'une chose et un acheteur en application de l'article 23 du règlement 44/2001 du [22]décembre 2000, produit ses effets à l'égard du sous-acquéreur et, dans l'affirmative, sous quelles conditions ?* ». C'est clairement la question de l'opposabilité de la clause à un tiers au contrat, posée en considération des seules conditions de l'article 23, à l'exclusion des autres règles de compétence. La jurisprudence de la CJCE paraît aller dans le sens d'une réponse positive et indique les conditions de l'opposabilité de la clause au tiers (cf. CJCE, 19 juin 1984, Tilly Russ, n° 71/83, préc.). Toutefois, l'arrêt *Tilly Russ* concernait une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance, reconnue valide entre le chargeur et le transporteur, et que la Cour a dite opposable au tiers porteur qui a succédé au chargeur en acquérant le connaissance. En outre, cette décision a été rendue au visa de l'article 17 de la Convention de Bruxelles et non de l'article 23 du règlement. La question posée par la Cour de cassation à la CJUE est donc de savoir si la jurisprudence *Tilly Russ* est transposable dans une affaire comme la présente, mettant en jeu une chaîne communautaire de contrats, la clause attributive de juridiction valable au regard de l'article 23 du règlement pouvant alors être rendue opposable au sous-acquéreur qui succède aux droits et obligations du signataire de la clause. La Cour de cassation aurait pu procéder elle-même à l'extension de la jurisprudence *Tilly Russ* à l'affaire dont elle était saisie, mais elle a préféré laisser cette responsabilité à la CJUE.

Dans un second temps, la Cour de cassation envisage l'éventuelle prise en compte des règles de l'article 5 du règlement. Elle le fait de manière sibylline et ambiguë : « *la clause attributive de juridiction produit-elle ses effets à l'égard du sous-acquéreur et de*

ses assureurs subrogés quand bien même l'article 5 § 1 du règlement 44/2001 du [22] décembre 2000 ne s'appliquerait pas à l'action du sous-acquéreur contre le fabricant ainsi qu'en a jugé la Cour dans son arrêt *Handte* du 17 juin 1992 ? » L'utilisation de la tournure négative « quand bien même l'article 5 § 1 ne s'appliquerait pas... » est quelque peu maladroite. On comprend que la Cour de cassation, par sa référence à la jurisprudence *Handte* de la CJCE, approuve les juges du fond en ce qu'ils considèrent que la relation entre le fabricant et le sous-acquéreur relève de la matière extra contractuelle (CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co GmbH contre Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, n° C-26/91, § 21). Mais de ceci, la cour d'appel avait déduit deux conséquences : d'une part, l'article 5 § 1 s'effaçait au profit de l'article 5 § 3 (critère du lieu du fait dommageable), et d'autre part l'article 23 n'avait alors plus vocation à intervenir puisque l'action n'avait pas un fondement contractuel (cf. les motifs cités dans le pourvoi). La Cour de cassation ne prend pas position sur ces deux possibles conséquences et surtout, ne pose pas clairement à la CJUE les deux questions correspondantes.

La première conséquence ne paraît pas être contestable : l'article 5 § 1 s'efface bien au profit de l'article 5 § 3. Toutefois, il est douteux d'affirmer que l'article 23 serait écarté en l'absence de rapport contractuel entre le fabricant et le sous-acquéreur. Par définition, l'article 23 régit la validité de la clause entre « les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre ». Cette validité n'est donc pas remise en cause par l'absence de lien contractuel entre l'une des parties et un tiers. Et par définition également, l'opposabilité de la clause au sous-acquéreur a été admise par la jurisprudence de la CJCE alors même que l'on se trouve hors du rapport contractuel entre les parties ayant convenu la clause (cf. l'arrêt *Tilly Russ*). C'est bien pour cela que s'est posée la question de l'opposabilité de la clause au tiers. Lorsque cette opposabilité est admise, elle ne repose pas sur l'article 23 mais sur une *assimilation* de la personne à laquelle la clause est déclarée opposable : « car la clause n'est obligatoire que pour les parties. À celles-ci, toutefois, il convient d'assimiler les personnes à qui elles ont cédé ou transmis leurs droits » (V. Heuzé, *op. cit.*, n° 2187).

Le conflit de règles ne se pose donc pas vraiment en une opposition entre l'article 5 § 3 et l'article 23 du règlement, mais plutôt de la manière suivante :

– d'une part, le sous-acquéreur n'est pas dans un rapport contractuel avec le fabricant (d'où l'applicabilité de l'article 5 § 3) ;

– d'autre part, pour lui dire opposable la clause attributive de juridiction, la jurisprudence de la CJCE assimile le tiers (ici le sous-acquéreur) au cocontractant.

Il y aurait donc un lien contractuel fictif (issu d'une fiction juridique) entre le sous-acquéreur (ou son assureur subrogé) et le fabricant. Nous comprenons que de manière détournée, la Cour de cassation demande à la CJUE si l'article 5 § 3 du règlement est de nature à faire obstacle à l'opposabilité, au sous-acquéreur et à ses assureurs subrogés, de la clause attributive de juridiction valablement stipulée en application de l'article 23 et en principe rendue opposable au sous-acquéreur lorsque celui-ci est assimilé à la partie qui a consenti à la clause. Ce qui revient peu ou prou à la première question abordée par la cour d'appel, qui a fait prévaloir l'article 5 § 3. Toutefois, la formulation de la question préjudicielle de la Cour de cassation n'est pas aussi claire.

La Cour de cassation disposait d'éléments allant dans le sens d'une prévalence de la compétence découlant de la clause attributive de juridiction conforme à l'article 23 sur la compétence spéciale désignée par l'article 5. En effet, l'article 23 qualifie d'« exclusive » la compétence de la clause d'élection de for et la Cour de cassation a déjà jugé qu'une clause attributive de juridiction valable au regard de l'article 23 prime la compétence spéciale prévue à l'article 6 § 1 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2006, n° 05-16706, Bull. n° 314). Toutefois, cela a été jugé à l'égard d'une partie ayant directement consenti à la clause attributive de juridiction. En l'espèce la question, qui pouvait effectivement faire l'objet d'une question préjudicielle, est celle de l'application du régime de la clause attributive de juridiction non seulement à celui qui l'a valablement stipulée, mais également à son ayant droit. À cet égard, l'assimilation du tiers à la partie signataire nous paraît devoir emporter toutes les conséquences qui s'y attachent, ce qui inclut la prévalence de la compétence exclusive découlant de la clause, en application de l'article 23, sur les compétences spéciales issues des articles 5 et 6. S'agissant en particulier de l'article 5, on peut se demander jusqu'où vont les conséquences de l'assimilation du tiers au signataire de la clause. Le lien contractuel fictif ne conduit-il pas à considérer l'application de l'article 5 § 1 plutôt que l'article 5 § 3, contrairement à ce qu'a affirmé la cour d'appel ? En tout état de cause, les compétences spéciales découlant de l'article 5 ne sont-elles pas écartées dans leur ensemble ? L'affaire suscite décidément beaucoup de questions. Nous attendons donc avec un grand intérêt non seulement la réponse de la CJUE, mais également le traitement qui lui sera réservé par la Cour de cassation.

**R. Schulz**