

COUR DE CASSATION (Ch. Com.)
14 octobre 2004
Navire Hornwind

**TRANSPORT - PRESCRIPTION ANNALE - QUALITE POUR AGIR (NON) -
REGULARISATION AVANT L'EXPIRATION DU DELAI DE PRESCRIPTION
(NON) - IRRECEVABILITE**

**COMPETENCE INTERNATIONALE DIRECTE - CONVENTION DE BRUXELLES -
CLAUSE ATTRIBUTIVE DE JURIDICTION - CONTRAT DU COMMERCE
INTERNATIONAL**

ARRET

« La COUR,

Statuant tant sur le pourvoi incident relevé par la société Horn Linie et le capitaine du navire Hornwind que sur le pourvoi principal formé par la société Primistère et les assureurs :

Attendu, selon l'arrêt déferé, que la société Besnier a vendu des produits de crèmerie à la société Ecomax Guadeloupe (société Ecomax) et que selon connaissance mentionnant la société Sntclhp c/Primistère Reynoird en qualité de chargeur, la société Ecomax en qualité de personne à prévenir et la Sntc Guadeloupe en qualité de destinataire, la société de droit allemand Horn Linie (société Horn) a embarqué au Havre sur la navire Hornwind un conteneur disant contenir des produits de crèmerie à destination de Pointe-à-Pitre ; que le navire est arrivé à Pointe-à-Pitre le 18 décembre 1998 où le réceptionnaire a émis des réserves ; que le 17 décembre 1999, la société Primistère Reynoird (société Primistère) a assigné le capitaine du navire Hornwind ainsi que la société Horn en indemnisation du préjudice et qu'exposant avoir indemnisé leur assuré, les sociétés Groupama Navigation ainsi que sept autres compagnies d'assurances sont volontairement intervenues à l'instance le 13 décembre 2000 ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu que la société Primistère et ses assureurs reprochent à l'arrêt d'avoir déclaré irrecevables l'action introduite par la société Primistère et l'intervention des assureurs alors, selon le moyen, que dans le cas où la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir est régularisée, l'irrecevabilité doit être écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ; qu'en décidant que l'action introduite le 17 décembre 1999 par la société Primistère, et par voie de conséquence l'intervention des assureurs, étaient irrecevables au motif que la société Primistère n'établissait pas avoir eu la qualité pour agir au jour de l'introduction de la demande et que la cause donnant lieu à cette fin de non-recevoir n'avait pas été régularisée avant l'expiration du délai de prescription annal, après avoir constaté qu'avaient été produits aux débats au mois de décembre 2000, soit avant même que le premier juge ne rende sa décision, les documents établissant que la société Primistère et les assureurs avaient été

subrogés dans les droits du destinataire au connaissance, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales que ses constatations de fait imposaient, a violé l'article 126 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'action engagée dans le délai de prescription par une personne n'ayant pas qualité pour agir ne pouvant être régularisée postérieurement à l'expiration du délai de prescription et ce même si cette personne acquiert qualité pour agir après la forclusion, la cour d'appel, qui a relevé, par une décision motivée, que la société Primistère n'avait pas eu qualité pour agir au jour de l'introduction de sa demande et que la cause donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité n'avait pas été régularisée avant l'expiration du délai de prescription annal, a ainsi justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi éventuel :

REJETTE le pourvoi principal ;

Condamne les demanderesses aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de la société Primistère et de ses assureurs, les condamne à payer à la société Horn Linie ainsi qu'au capitaine du navire Le Hornwind la somme globale de 1 800 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du douze octobre deux mille quatre. »

Observations - 1.- Le court délai de prescription de l'action contre le transporteur maritime induit parfois une certaine précipitation dans le déclenchement de l'action en justice, précipitation qui conduit les demandeurs à assigner sans vérifier qu'ils ont le droit d'agir. Les chargeurs, quand ils rapportent la preuve de leur préjudice, établissent-ils leur intérêt pour agir ou bien leur qualité pour agir ? De toute façon, ils espèrent une régularisation en cours d'instance ; encore faut-il qu'elle intervienne à temps... Cette régularisation, résultant de l'acquisition de la qualité pour agir, doit-elle intervenir avant l'expiration du délai de prescription ou bien peut-elle intervenir après l'expiration de ce délai quand le juge n'a pas encore statué ? Dans un arrêt rendu le 12 octobre 2004, la Chambre commerciale de la Cour de cassation apporte une réponse à ces questions particulièrement aiguës en droit des transports et au delà, dans toutes les matières qui connaissent des courtes prescriptions.

2.- En l'espèce, des denrées alimentaires périssables avaient été transportées du port du Havre à Point à Pitre, en Guadeloupe, à bord d'un navire battant pavillon panaméen et armé par une société allemande. Or peu après la remise de la cargaison le 18 décembre 1998, le réceptionnaire émit des réserves car la marchandise était avariée, faute d'avoir été transportée à la bonne température. Finalement, le 17 décembre 1999, à la limite du délai de prescription, c'est le chargeur qui décida d'assigner le capitaine et le transporteur en indemnisation du préjudice lié à la perte de la marchandise. Les assureurs sur faculté intervinrent à l'instance. Dans une décision du 3 août 2001, le Tribunal de commerce du Havre condamna le transporteur. Dans un arrêt du 9 janvier 2003, la Cour d'appel de Rouen¹ confirma la compétence internationale des juridictions françaises. Toutefois, elle déclara irrecevable

¹ C. App. Rouen, 9 janvier 2003, Navire Hornwind, *DMF*, 2003, p. 832, note Y. Tassel ; P. Bonassies et Ph. Delebecque, « Le droit positif français en 2003 », *DMF*, 2004, § n° 95, p. 84

l'action introduite par le chargeur, et par voie de conséquence l'intervention des assureurs. Aussi, les plaideurs avaient-ils tous des raisons de critiquer l'arrêt de la Cour de Rouen. Le chargeur forma le pourvoi principal contre l'arrêt parce qu'il avait déclaré son action irrecevable. Il se prévalut d'une subrogation conventionnelle intervenue avant que le juge de première instance n'ait rendu sa décision. Ainsi, il se prétendit subrogé dans les droits du destinataire et soutint avoir acquis la qualité pour agir qui lui faisait initialement défaut. En sens inverse, le transporteur forma pour sa part un pourvoi incident car il ne pouvait se satisfaire de la simple irrecevabilité de la demande de son adversaire. Plus radicalement, il voulait faire prononcer l'incompétence internationale des juridictions françaises. La question de la compétence se situe en effet en amont de la recevabilité. Et ainsi, le transporteur entendait se prémunir contre l'éventualité d'une décision favorable à la recevabilité de la demande de son adversaire. Le transporteur avait relevé devant les juges du fond que le connaissance stipulait une clause attributive de juridiction donnant une compétence exclusive aux tribunaux de Hambourg, en Allemagne. Il reprocha donc aux juges du fond d'avoir violé l'article 17 c) de la Convention de Bruxelles en le déclarant inapplicable au motif que le contrat transport en cause ne constituait pas « un contrat du commerce international ». Le pourvoi incident se plaçait donc sur le terrain des conditions d'application de l'article 17 c).

3. - Relevant que « *l'action engagée dans le délai de prescription par une personne n'ayant pas qualité pour agir ne [peut] être régularisée postérieurement à l'expiration du délai de prescription et ce même si cette personne acquiert qualité pour agir après la forclusion* », la Cour de cassation rejette le pourvoi principal élevé par le transporteur. En effet, celui-ci n'avait pas fait la preuve de la réalité de sa subrogation dans les droits du destinataire avant la forclusion. Une fois le pourvoi principal rejeté, il était inutile d'examiner le pourvoi incident. Nous ne connaissons donc pas la position de la Cour de la cour de cassation sur l'interprétation qu'il faut donner à la notion de « *convention attributive de juridiction conclue dans le commerce international* » (art. 17 paragraphe 1 c)). La question étant toutefois digne d'intérêt, nous nous y attarderons. Après avoir examiné la régularisation de l'action irrecevable (I), nous tenterons d'identifier les conventions attributives de juridiction conclues dans le commerce international (II).

I. La régularisation de l'action irrecevable

4. - L'étude du procédé de régularisation (A) choisi par le demandeur pour écarter la fin de non recevoir précédera l'analyse du moment de la régularisation (B).

A. Le procédé de régularisation

5.- Pour pouvoir exercer l'action en justice, le demandeur doit disposer à la fois de la qualité pour agir et de l'intérêt pour agir. Si l'on adopte une vision stricte des conditions d'existence de l'action en justice, la qualité pour agir ne se confond pas avec l'intérêt pour agir. « *L'intérêt pour agir se définit comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur* » alors que « *La qualité peut être définie comme le titre juridique conférant le droit d'agir, c'est-à-dire le droit solliciter du juge qu'il examine le bien fondé d'une prétention* »². Toutefois, les auteurs s'accordent à constater que « *Intérêt et qualité sont deux notions voisines que les décisions jurisprudentielles ne distinguent pas toujours*

² L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} éd, Paris, Litec, 2004, § n° 457 et § n° 468

avec la netteté désirable »³. Or en matière de transport maritime, lorsqu'un connaissance a été émis, la jurisprudence décida longtemps que seul le détenteur légitime du connaissance pouvait agir. En pratique, lorsqu'il s'agissait d'un connaissance à personne dénommée, l'action du destinataire était seule recevable, à l'exclusion de celle du chargeur quoique ce dernier fût partie au contrat de transport. Tel est l'enseignement bien connu de la jurisprudence *Mercandia*⁴. Puis, la Cour de cassation ouvrit l'action au destinataire réel qui établissait être seul à avoir subi un préjudice⁵. Enfin, la jurisprudence récente se contente aujourd'hui de la preuve du préjudice subi par le demandeur pour déclarer son action recevable, abandonnant la condition d'exclusivité⁶. Il reste à déterminer si cette appréciation de plus en plus souple de la recevabilité de l'action de la victime contre le transporteur concerne l'intérêt pour agir ou la qualité pour agir.

6. - Tout porte à croire qu'il s'agit de l'intérêt pour agir. D'abord, exiger du demandeur qu'il rapporte la preuve de son préjudice revient à exiger qu'il établisse son intérêt. Ensuite s'il a établi son intérêt, nous avouons ne pas distinguer le texte de droit maritime⁷ qui le priverait de la qualité pour agir. L'action de la victime du transport maritime est une « action banale »⁸, non-réservée par la loi et qui a pour objet la défense de l'intérêt personnel du demandeur. Dans ces conditions, il y a de quoi être surpris que la Cour de cassation, à la suite de la Cour d'appel de Rouen, analyse la situation sous l'angle de la qualité pour agir⁹. Cela revient à ériger de façon prétorienne l'action contre le transporteur maritime en action attitrée là où la doctrine enseigne que « l'exigence d'une qualité pour agir distincte de l'intérêt pour agir ne peut normalement résulter que de la loi »¹⁰.

7. - À défaut d'avoir pu établir sa qualité de destinataire réel, le chargeur devait donc obtenir la transmission des droits d'action du destinataire. Ainsi, la subrogation conventionnelle par le créancier aurait pour effet de transmettre au chargeur la qualité pour agir et lui permettrait de procéder à la régularisation de sa demande. En l'espèce, le procédé de régularisation semblait donc bien choisi. Encore faut-il souligner que la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* est soumise à certaines conditions. L'article 1250 1° exige en particulier d'établir la concomitance du paiement et de la subrogation. On enseigne ainsi que « la subrogation anticipée et la subrogation a posteriori sont donc en principe interdites »¹¹. La jurisprudence¹², il est vrai, faisait preuve d'une certaine souplesse dans

³ J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, § n° 99 s. ; G. Couchez, *Procédure civile*, 13^{ème} éd., Paris, Armand Colin, § n° 156

⁴ Ass. Plén., 22 décembre 1989, *Navire Mercandia*, n° 88-10.979, *DMF* 1990 p. 29 et s., 151 et s., note P. Bonassies, « Cette action n'est ouverte au chargeur que lorsque celui-ci est seul à avoir supporté le préjudice résultant du transport ».

⁵ Cass. Com., 27 avril 1993, *Navire Moulares*, n° 91-16249, *DMF*, 1993, p. 382, note Y. Tassel

⁶ Cass. Com., 19 décembre 2000, *Navire Norberg*, n° 98-12.726, *Bull.*, n° 208, p. 180 ; rapport de Monteynard, *DMF*, 2001, spéc. p. 226-227 et note P. Bonassies, p. 229. s.

⁷ P. Bonassies, note précitée sous *Navire Norberg*, p. 230, « Rien dans la Convention de 1924 ni dans la loi du 18 juin 1966 ne réserve le droit d'action à telle ou telle personne qu'il qualifierait ; et notamment au seul chargeur mentionné dans le connaissance ».

⁸ G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 1996, p. 334 et s.

⁹ Voyez les observations précitées de Y. Tassel, P. Bonassies et Ph. Delebecque

¹⁰ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, précité, § n° 471, ces auteurs se montrent très critiques, « Il est toutefois arrivé à la jurisprudence, sous couvert de la notion d'intérêt, de créer des actions attitrées sans texte. Ces solutions sont inadmissibles ».

¹¹ Jacques Flour et alii, *Droit civil, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation*, 2^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 2001, § n° 370.

© mode de citation : Cass. com., 14 octobre 2004, *Navire Hornwind*, *Le droit maritime français*, mars, 2005, p. 247-258, note Olivier CACHARD

l'appréciation de cette condition. Mais les décisions récentes sont plus sévères, ce qui conduit les observateurs à formuler des recommandations de prudence adressées aux parties à la subrogation. « *Ainsi, afin d'éviter la nullité de la subrogation, le subrogé devra semble-t-il établir spécialement la concomitance et ne pourra plus invoquer de simples manifestations de volonté* »¹³. C'est déjà dire, en droit civil, l'importance de la preuve de la date de l'acte de subrogation. Or en l'espèce, le chargeur qui se prétendait subrogé n'avait produit que des éléments de preuve très imprécis. D'abord, l'acte par lequel le destinataire cédait ses droits au *notify* n'était pas daté. Ensuite, l'acte par lequel le *notify* cédait ses droits au chargeur (acte précisant qu'il valait « *en tant que de besoin subrogation dans les droits et recours* ») ne comportait pas davantage de date. On en était donc réduit à des conjectures. Il paraissait probable que cette série de cessions avait été déclenchée par le paiement de l'indemnité d'assurances que l'on pouvait dater au 25 juillet 2000. Cette imprécision, déjà regrettable en droit civil, devait s'avérer encore plus nuisible en droit de la procédure civile.

B. Le moment de régularisation

8.- Du point de vue de la recevabilité de l'action, la date de l'acte de subrogation était décisive puisqu'elle permettait de dire quand le demandeur avait acquis la qualité pour agir. La date de la subrogation décidait donc de la régularisation ou de l'absence de régularisation de la demande en temps utiles. Invoquant l'article 126 al. 1 N.C.P.C.¹⁴, le pourvoi soutenait que malgré l'absence de mention de la date, la subrogation était intervenue avant que le juge n'ait statué, « *formule qui vise moins le jugement que la clôture des débats* »¹⁵. Et en effet, les documents établissant la subrogation¹⁶ avaient été produits pendant les débats en décembre 2000, avant que le juge n'ait statué en 2001. À s'en tenir à cette seule condition générale, la subrogation paraissait pouvoir produire un effet de régularisation. Mais, c'était oublier que la régularisation est également soumise à des conditions spéciales. En particulier, s'agissant des fins de non-recevoir¹⁷, la régularisation doit intervenir avant toute forclusion. Il faut donc que la régularisation intervienne avant l'écoulement des délais de procédure. La jurisprudence décide que cela vaut non seulement pour les délais de forclusion proprement dits, mais encore pour les délais de prescription¹⁸. En l'espèce, il aurait donc fallu que la subrogation intervienne dans le délai d'un an¹⁹ à compter du jour où les marchandises ont été remises ou offertes au destinataire, c'est-à-dire le 19 décembre 1999 au plus tard. Or rien dans les actes de subrogation ne permettait d'établir une date antérieure à l'acquisition de la prescription extinctive. Et d'ailleurs, ces documents avaient été produits après l'acquisition de la

¹² Cass. com., 29 janvier 1991, *RTD Civ.* 1991, obs. J. Mestre, p. 531, qui tient pour satisfaite « *la condition de concomitance de la subrogation au paiement lorsque le subrogeant a manifesté expressément, fût ce dans un document antérieur, sa volonté de subroger son cocontractant dans ses créances à l'instant même du paiement* »

¹³ I. Arnaud Grossi, « La vie du lien contractuel » in B. Fages (dir.), *Lamy droit du contrat*, fasc n° 415, § n° 17

¹⁴ « (...) *l'irrecevabilité sera écartée si la cause a disparu au moment où le juge statue.* »

¹⁵ I. Pétel-Teyssié, V° « Défenses, Exceptions, fins de non recevoir », *Encyclopédie Dalloz de Procédure civile*, 1994, § n° 105

¹⁶ Sans doute imparfaitement en droit civil ...

¹⁷ I. Pétel-Teyssié, *ibid.*, qui souligne « *Plus large est le champ d'application de la condition selon laquelle la régularisation doit être faite non seulement avant que le juge ne statue mais avant toute forclusion, c'est-à-dire avant l'expiration d'un délai pour agir, résulterait-il d'ailleurs d'un délai de prescription* »

¹⁸ Cass. Com. 24 sept 2003, *Procédures*, 2003, n° 251, note R. Perrot, « *en aucun cas la régularisation n'est possible après l'expiration du délai de prescription, et ce même si la personne ayant qualité pour agir acquiert cette qualité après la forclusion* », à propos d'une assignation d'abord introduite en qualité d'administrateur judiciaire et introduite ensuite en qualité de commissaire à l'exécution du plan.

¹⁹ Art. 32 de la loi du 18 juin 1966, art. 58 du décret du 31 décembre 1966 et art. 3 § 6 des Règles de La Haye

© mode de citation : Cass. com., 14 octobre 2004, *Navire Hornwind, Le droit maritime français*, mars, 2005, p. 247-258, note Olivier CACHARD

prescription. La prétendue subrogation, à la supposer établie, ne pouvait en aucun cas purger la demande initiale de son irrégularité. Le rejet du pourvoi était donc prévisible s'agissant du caractère tardif de la prétendue régularisation.

II. L'identification des conventions « *conclues dans le commerce international* »

9.- Si l'arrêt rapporté avait répondu au moyen incident relatif à l'identification des conventions « *conclues dans le commerce international* » au sens de l'article 17 c) de la Convention de Bruxelles, il aurait contribué à éclairer cette question délicate. Usant de son pouvoir de sélection des moyens invoqués à l'appui du pourvoi²⁰, la Cour de cassation a choisi de ne pas exercer son contrôle sur ce point. Il ne faut pas y voir le signe d'un désintérêt. D'une part, le moyen était un moyen incident. D'autre part, il invitait la Cour à se prononcer sur une notion de la Convention de Bruxelles qui doit recevoir une interprétation autonome. Sans doute appartiendra-t-il à la Cour de justice des Communautés européennes de se prononcer à l'occasion d'une question préjudicielle. C'est pourquoi dans l'attente d'une question préjudicielle et répondant à l'invitation des circonstances de l'espèce et du moyen, nous aborderons malgré tout cette question épineuse. Après avoir mis en évidence l'intérêt de l'identification de ces conventions conclues dans le commerce international (A.), nous nous pencherons sur les critères de cette identification (B.) en matière de transport maritime.

A. Intérêts de l'identification

10. - Le caractère international de la situation litigieuse est digne d'intérêt lorsque l'on examine le champ d'application des règles communautaires relatives aux clauses attributives de juridiction. Lors de l'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles (art. 17 (C)) ou 23 du Règlement 44/2001 (art. 23 (R)), la question de la dimension internationale de la situation litigieuse se pose en théorie à deux reprises.

11. - D'abord, il faut se demander si l'article 17 (C), considéré dans sa totalité, est applicable à la clause de juridiction invoquée par l'un des litigants. Autrement dit, l'article 17 s'applique-t-il aux clauses de juridictions stipulées dans un contexte strictement interne, dans un contrat « monocalisé »²¹ ou bien s'applique-t-il seulement aux situations internationales ? La question se pose car ni la Convention ni le Règlement ne prennent explicitement²² parti sur ce point. En France, une doctrine majoritaire soutient que l'article 17 régit seulement les clauses attributives de juridiction stipulées dans un contexte international tandis que le droit commun de l'Etat en cause régit la clause attributive de juridiction purement domestique. S'il en allait autrement, la stipulation d'une clause de juridiction serait un moyen d'internationaliser artificiellement le contrat pour le soustraire aux règles impératives de l'ordre juridique auquel il se rattache. Ainsi, un auteur conclut que « *sous réserve d'une interprétation différente de la Cour de justice de Luxembourg en un sens différent, il semble donc préférable de décider que les art. 17 (C) et 23 (R) n'interviennent que si la situation est internationale et qu'une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger ne suffit pas à elle seule à conférer cette internationalité* »²³.

²⁰ L. Boré, J de Salve de Bruneton, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.*, 2005, p. 180 s., § n° 13

²¹ J.-M. Jacquet, *Le contrat international*, Paris, Dalloz, 1992, p. 8

²² Voy. B. Audit, *Droit international privé*, 3^{ème} éd. Paris, Economica, 2001, § n° 547 : « ... on a pu inférer qu'il n'était même pas nécessaire que le litige eût un caractère international. Toutefois, le préambule de la Convention vise la détermination de la compétence « dans l'ordre international » et l'on peut hésiter à admettre que ce caractère résulte de la seule prorogation de compétence en faveur d'un for étranger. »

²³ H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2002, § n° 147
© mode de citation : Cass. com., 14 octobre 2004, *Navire Hornwind*, *Le droit maritime français*, mars, 2005, p. 247-258, note Olivier CACHARD

12. - Ensuite, à supposer l'article 17 applicable, il faut examiner les conditions de validité de la clause attributive de juridiction, conformément à ses dispositions. La Cour de justice des Communautés européennes²⁴ a eu l'occasion de rappeler que les conditions relatives à la validité des clauses énoncées par l'article 17 sont exclusives de toute autre condition de forme, serait-elle imposée par une disposition nationale d'ordre public. Or parmi les quatre formes possibles²⁵ prévues à l'article 17, « *la convention passée dans le commerce international sous une forme qui soit conforme à un usage* » est certainement la moins contraignante pour les transporteurs maritimes. L'article 17 paragraphe 1 c) reçoit alors les foudres de certains qui dénoncent l'immixtion de « *la logique libérale du droit des affaires internationales* » dans le droit maritime²⁶. La jurisprudence française qui « *superpose aux conditions européennes relatives à la compétence judiciaire d'autres exigences garantissant l'acceptation spéciale de la clause par l'intéressé* »²⁷ devrait donc régresser, même si cela déplaît. Car la Cour de justice est on ne peut plus claire : « *l'article 17, troisième cas de figure, doit être interprété en ce sens que le consentement des parties contractantes à la clause attributive de juridiction est présumé exister lorsque leur comportement correspond à un usage du commerce international dans lequel elles opèrent et dont elles ont ou sont censées avoir connaissance* »²⁸. Certes la présomption peut être renversée, mais il n'est certainement plus question d'imposer de façon systématique des conditions de forme supplémentaires dans les rapports entre le chargeur et le transporteur. On comprend bien alors l'enjeu décisif de déterminer si « *la convention a été passée dans le commerce international sous une forme qui soit conforme à un usage* ». Car la clause produira effet vis-à-vis du chargeur et même du destinataire, dans la mesure où ce dernier a succédé aux droits et obligations du chargeur selon le droit national²⁹.

B. Critères de l'identification

13.- Il revenait aux juges de préciser ce qu'il faut entendre par « *convention passée dans le commerce international* » et par « *forme qui soit conforme à un usage* ». Or sur ces deux points, la jurisprudence est assez laconique. Pour ce qui est de la notion d'usage, la Cour de justice a fourni aux juges nationaux une méthode d'analyse, mais sans leur donner de critères concrets d'appréciation³⁰. Pour ce qui est maintenant des « *conventions passées dans le commerce international* » au sens de l'article 17 paragraphe 1 c), aucune recommandation, même méthodologique, n'a été formulée à notre connaissance. Aussi, le pourvoi incident soulevait-il une question que l'on peut tenir pour inédite.

²⁴ CJCE, 16 mars 1999, affaire C-159/97, *Trasporti Castelleti Spedizioni Internazionali SpA*, concl. M. P. Léger, note Hélène Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 599 ; Ph. Delebecque, « Regards sur la jurisprudence communautaire » *DMF*, 2000, p. 11 ; A. Huet, *JDI*, 2000, p. 528. Voy spéc. les considérants n° 35 (« *Il s'ensuit que la validité d'une clause attributive de juridiction ne peut être subordonnée au respect d'une condition particulière de forme que si cette condition se rattache aux exigences de l'article 17* ») et n° 37 (« *Dans l'arrêt Elefanten Schuh précité, point 26, La Cour a précisé que les Etats contractants n'ont pas la liberté de prescrire d'autres exigences de forme que celles prévues par la Convention* »).

²⁵ O. Cachard, *Verbo* « Assurances maritimes et fluviales », *Encyclopédie Dalloz de droit international*, 2004, § n° 61 et 67 s.

²⁶ A. Kpoahoun Amoussou, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, PUAM, 2002, § n° 630, et notre compte rendu de cette thèse, [en ligne], <www.lexmaritima.net>

²⁷ *Ibid* § n° 605

²⁸ CJCE, 16 mars 1999, affaire C-159/97, *Trasporti Castelleti Spedizioni Internazionali SpA*, précité, considérant n° 21

²⁹ CJCE, 9 novembre 2000, affaire C-387/98, *Coreck Maritime GmbH*, concl. M. S. Alber, *JDI*, 2001, p. 701, note J.-M. Bischoff

³⁰ H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, précité, § n° 147

© mode de citation : Cass. com., 14 octobre 2004, *Navire Hornwind*, *Le droit maritime français*, mars, 2005, p. 247-258, note Olivier CACHARD

14. - Pour leur part, les juges du fond avaient estimé que les conditions de l'article 17 paragraphe 1 c) n'étaient pas remplies au motif que « *le transport litigieux, destiné à acheminer les marchandises du Havre en Guadeloupe, ne constitue pas un contrat de transport international* ». Pour le tribunal de commerce du Havre, « *est international le transport destiné à franchir une frontière entre deux États, peu important la nationalité des parties* ». De façon classique en droit des transports maritimes³¹, les juges du fond avaient donc relevé le critère de la localisation des ports de chargement et de déchargement dans des Etats différents, ainsi que celui du franchissement de frontières. Ils avaient adopté une analyse territoriale de l'internationalité combinant ces deux critères. Et ces critères prévalent³² en droit positif, que l'on fasse référence à l'article 10 des *Règles de la Haye-Visby* ou à l'article 16 de la loi du 18 juin 1966. Dans ces deux cas, l'internationalité du transport est utile pour déterminer le champ d'application de la Convention internationale ou du droit interne. La mise en œuvre de l'analyse territoriale par les juges du fond appelle deux précisions. D'une part, c'est le transport qui doit être qualifié d'international et non le contrat lui-même. D'autre part, il y avait en l'espèce un franchissement des frontières françaises. Certes la cargaison partait d'un port français métropolitain à destination d'un port français d'Outre-Mer, mais comme le relève le pourvoi, le navire était amené à naviguer dans les eaux internationales et donc à franchir les frontières françaises³³. La décision des juges du fond révèle que l'analyse dite territoriale de l'internationalité du transport est fondamentalement ambiguë, car elle s'appuie sur deux critères différents, à savoir la localisation des ports et le tracé du voyage maritime. Il faut toute la pédagogie d'un auteur espagnol pour souligner qu'un transport est international pourvu qu'il entraîne un franchissement de frontières, que le port de destination soit situé dans un Etat différent de celui du port de départ ou bien que les deux ports soient situés dans le même Etat mais qu'il soit nécessaire de traverser un territoire étranger pour y parvenir³⁴.

15. - Mais cette discussion fine sur l'internationalité du transport au sens des textes de droit maritime ne devait pas intervenir à ce stade du raisonnement. Il s'agissait en effet de savoir si, au sens des articles 17 paragraphe 1 c) la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* et 23 du *Règlement 44/2001*, la convention litigieuse avait été passée dans le commerce international. Or l'autonomie des concepts du droit communautaire de la compétence internationale prive de toute autorité particulière le critère maritimiste de l'internationalité du transport comme le critère conflictualiste de l'internationalité du contrat. Alors qu'est ce qu'« *une convention passée dans le commerce international* » ?

16.- Deux opinions diamétralement opposées peuvent être soutenues. La première opinion consisterait à adopter de façon exclusive le critère économique de « *la mise en cause*

³¹ Par ex., Cass. com., 15 juin 1959, Canada, *DMF*, 1959, p. 656

³² R. Rodière, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, T. II, Paris, Dalloz, 1968, § n° 733 bis, p. 362, « *un transport est international quand il s'exécute par delà les frontières du lieu de chargement* ».

³³ Sans toutefois franchir les frontières d'un autre Etat.

³⁴ J. Gomez Calero, *El transporte internacional de mercancías*, Madrid, Civitas, 1984, p. 21 : «Es lo cierto, sin embargo, que la noción del transporte internacional no tiene por qué ser necesariamente referida a los acuerdos entre Estados. La «internacionalidad» no depende de que los países por los que discorra hayan suscrito un mismo convenio ; *depende de que su itinerario incluya un «cruce de frontera* ». (...) En resumen : el transporte de mercancías puede ser calificado de «internacional» siempre que su recorrido entrañe un *franqueamiento de frontera*, tanto si el punto de destino está situado en un país diferente de aquel en que radica el punto de partida, como si ambos puntos se encuentran ubicados en la misma nación pero se atraviesa territorio extranjero para ir de uno a otro. »

© mode de citation : Cass. com., 14 octobre 2004, *Navire Hornwind, Le droit maritime français*, mars, 2005, p. 247-258, note Olivier CACHARD

des intérêts du commerce international »³⁵. Peu importerait que la cargaison ne sorte pas des frontières³⁶. Peu importerait que le contrat lui-même soit qualifié de contrat interne par application des critères juridiques. Il suffirait d'établir que le transport litigieux se rattache à une opération du commerce international, dont il constitue un maillon initial ou terminal. Cela ne serait pas très difficile à établir puisque le transport maritime, y compris le cabotage national, constitue l'un des instruments habituels du commerce international. Et l'analogie avec le droit de l'arbitrage international est séduisante. L'article 1492 *nouv. C. pr. civ.* retient en effet le critère de la mise en cause des intérêts du commerce international³⁷ pour définir le champ d'application des règles relatives à l'arbitrage international. Toutefois, en matière de conflits de juridictions, « *la convention passée dans le commerce international* » ne saurait être entendue trop largement, au point d'internationaliser artificiellement une situation interne. Rappelons en effet, que dans un premier temps³⁸, il a fallu vérifier que l'article 17 en général était applicable à une situation marquée par une internationalité véritable, avant d'en arriver à vérifier les conditions de l'article 17 paragraphe 1 c).

17.- La seconde opinion consisterait à adopter une conception plus stricte et plus construite de l'article 17 que nous proposons d'illustrer par un double tamis. Le premier tamis, implicite mais nécessaire, filtre les situations internationales qui relèvent toutes de l'article 17 en général tandis que les situations internes relèvent du droit commun de la compétence internationale de chaque État membre. Un deuxième tamis, explicitement mentionné à l'article 17 paragraphe 1 c), filtre « *les conventions conclues dans le commerce international* ». Un contrat international, mais qui ne serait pas conclu dans le commerce international, ne bénéficierait donc pas du régime souple de l'article 17 paragraphe 1 c). Ainsi, des auteurs, « *pour ne pas trop sacrifier aux exigences de sécurité* » estiment que « *la notion de commerce international ne devrait comprendre que des secteurs où les échanges internationaux sont plus ou moins institutionnalisés et régis par des conditions types telles que mentionnées par le rapport Shlosser* »³⁹.

18.- Conclusions - Nous pensons que le critère juridique et le critère économique doivent être utilisés successivement, chacun à un stade différent du raisonnement. Le critère juridique devrait intervenir en premier lieu pour soustraire à l'empire des articles 17 (C) et 23 (R) les situations purement domestiques ou « monocalisées ». C'est à ce stade préliminaire que les juges du fond auraient dû développer leur analyse du caractère interne ou international de l'opération de transport. En l'espèce, il était sans doute possible de décider, comme ils l'ont fait, que le transport *stricto sensu* était interne. Mais ils devaient également relever que le transporteur était établi en Allemagne et que le navire battait pavillon panaméen. Pour cette raison, il était légitime de plaider l'internationalité de la situation⁴⁰ aux fins de l'application

³⁵ Pour une présentation de la distinction entre contrat interne et contrat international, B. Audit, *Droit international privé*, précité, § n° 794, note n° 1 ; J.-M. Jacquet, *Verbo* « Contrats », in *Encyclopédie Dalloz de droit international*, 1998, § n° 86 s.

³⁶ Paris, 11 avril 1972, *JDI*, 1974, p. 620 à propos d'un contrat entre un importateur et l'utilisateur d'un produit importé

³⁷ Sur l'interprétation jurisprudentielle de la mise en cause des intérêts du commerce international au sens de l'article 1492 *nouv. C. Pr. civ.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, Litec, § n°119

³⁸ *Supra* § n° 11

³⁹ Ch. Kohler, « Rigueur et souplesse en droit international privé : les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction « dans le commerce international » par l'art. 17 de la Convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction », *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, fasc. 2, p. 625

⁴⁰ En ce sens, P. Bonassies, Ph. Delebecque, « Le droit positif français en 2003 », *DMF*, 2004, § n° 98, p. 86

© mode de citation : Cass. com., 14 octobre 2004, *Navire Hornwind*, *Le droit maritime français*, mars, 2005, p. 247-258, note Olivier CACHARD

générale de l'article 17 (C). Mais dans d'autres circonstances, relatives par exemple⁴¹ à une ligne régulière Nord France/Antilles desservie par des navires battant pavillon français appartenant à un armement français, on conclurait sans doute à la dimension strictement interne de la situation. En second lieu, une fois la dimension internationale avérée, on pourrait admettre sans trop de difficulté que la convention est conclue « *dans le commerce international* » car le secteur du transport maritime fait assurément partie des domaines où les échanges sont institutionnalisés et régis par des conventions types. En décider autrement reviendrait sans doute à adopter « *une vue un peu étroite de la notion de commerce maritime international* »⁴². Or une telle vue serait aussi artificielle qu'inutile, puisque de toute façon le contrôle de l'internationalité de la situation s'opère en amont. Le système du double tamis permet d'utiliser chaque critère conformément à sa finalité, en les appréciant chacun avec une certaine souplesse. L'efficacité du contrôle découle de la superposition des tamis ...

Olivier CACHARD
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Nancy II

⁴¹ Pour une illustration de la situation de fait visée, G. Cornier, « Marfret. Du Cabotage au grand large », *Navires & Marine Marchande*, Avril 2002, p. 27 s.

⁴² Y. Tassel, note précitée, *DMF*, 2003, p. 838

© mode de citation : Cass. com., 14 octobre 2004, *Navire Hornwind*, *Le droit maritime français*, mars, 2005, p. 247-258, note Olivier CACHARD