

Arrêt N° 50/21 IV-COM

Audience publique du vingt avril deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2019-00837du rôle

Composition :

Marie-Laure MEYER, président de chambre ;
Carole BESCH, conseiller ;
Nathalie HILGERT, conseiller ;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société à responsabilité limitée de droit autrichien A, établie et ayant son siège social à, représentée par ses organes statutaires, inscrite au Registre de Commerce autrichien sous le numéro,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Nadine Tapella d'Esch-sur-Alzette du 10 juillet 2019,

comparant par la société à responsabilité limitée Molitor Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211810, représentée par Maître Michel Molitor, avocat à la Cour,

e t

la société anonyme B, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

intimée aux fins du prédit acte Tapella,

comparant par la société en commandite simple Bonn Steichen & Partners, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peterelchen, Immeuble C2, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée Bonn Steichen & Partners, elle-même représentée par Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour,

En présence de :

la société de droit lituanien C, établie et ayant son siège social à, immatriculée au registre lituanien des personnes morales sous le numéro, représentée par ses représentants légaux,

partie intervenante suivant requête en intervention volontaire du 25 octobre 2019,

comparant par la société à responsabilité limitée E2M, établie et ayant son siège social à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 210821, représentée par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL

Faits

Sur base du contrat de «*Transportation Agreement*» signé en date du 19 février 2014 (ci-après « le contrat-cadre ») entre la société anonyme B SA (ci-après « B ») et la société de droit autrichien A GMBH (ci-après « A »), B a, en date du 13 octobre 2016, confié à A le transport de produits alimentaires à destination de la Grande-Bretagne.

A a sous-traité ledit transport à la société de droit lituanien C UAB (ci-après « C »).

La cargaison a été prise en charge dans une usine de B à ... en Allemagne à destination de la société D ayant son siège social à, en passant par Calais en France.

Au poste de contrôle britannique et avant l'embarquement du camion à bord du ferry à destination de Douvres, la police britannique a découvert la présence de quatorze migrants illégaux à bord du camion.

Après ce contrôle, la police britannique a scellé le camion et le chauffeur a repris le chemin vers le destinataire final, la société D à Nottinghamshire.

Arrivée à destination, le déchargement de la marchandise transportée a été refusée par le destinataire et elle a été retournée à

....

Par courrier recommandé du 17 octobre 2016, intitulé « *liability letter* », A a été mise en demeure de rembourser la valeur de la cargaison s'élevant à 60.673,30 GBP équivalant à la perte totale de la marchandise du fait de l'entrée illégale de migrants dans le camion contaminant la cargaison et la rendant impropre à la consommation humaine en ce que la qualité et leur intégrité hygiénique n'étaient plus assurées.

La première instance

Par acte d'huissier de justice du 13 novembre 2017, B a assigné A à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale aux fins de la voir condamner, sous le bénéfice de l'exécution provisoire sans caution, au paiement du montant de 59.262,84 GBP à titre de dommages et intérêts et d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

A l'appui de sa demande qu'elle basait principalement sur les articles 17, 23, 25 et 29 de la Convention de Genève relative au contrat de transport international de marchandise par route du 19 mai 1956 telle que modifiée (ci-après « CMR »), sinon sur le contrat-cadre, sinon sur les articles 1782, 1783, 1784, 1785 et 1786 du Code civil et l'article 103 du Code de commerce, B réclama le remboursement de la valeur de la cargaison qui a été détruite dans son intégralité lors du transport effectué par la défenderesse.

A a soulevé, *in limine litis*, l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître du litige.

Elle a encore plaidé l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir dans le chef de B, au motif que celle-ci aurait assuré la marchandise transportée et qu'elle aurait d'ores et déjà été indemnisée par son assureur.

Au fond, A a contesté la demande et a sollicité l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Le jugement du 31 octobre 2018

Par jugement du 31 octobre 2018, le tribunal a rejeté le moyen d'incompétence territoriale.

En présence de la clause attributive de juridiction prévue à l'article 29.2 du contrat-cadre qui stipule que « *The Court of the Grand Duchy of Luxembourg shall have exclusive jurisdiction on all disputes arising out of this Agreement* », arguée de nullité pour mettre en échec les règles impératives de compétence territoriale fixées à l'article 31(1) de la CMR, le tribunal a d'abord retenu que la CMR était applicable au transport litigieux et a analysé ensuite son articulation avec la clause d'élection de for exclusif.

Après avoir cité les articles 31 (1) et 41 de la CMR et analysé la jurisprudence belge et autrichienne invoquée par les parties, le tribunal s'est rallié à la solution retenue par la Cour suprême autrichienne dans son arrêt du 27 novembre 2008, à savoir celle de la nullité partielle de la clause attributive de juridiction limitée à la seule exclusivité stipulée ce qui constituerait la meilleure conciliation possible entre, d'une part, le respect dû à la loi des parties qui n'a qu'un caractère facultatif et, d'autre part, le respect dû à l'article 31 (1) de la CMR consacrant la liberté de choix du demandeur entre plusieurs fors de compétence optionnels.

Il en a déduit que la clause attributive de juridiction renfermée à l'article 29.2 du contrat-cadre n'est pas entachée de nullité dans son entièreté au regard de la CMR mais reste valable sans la stipulation d'exclusivité dans la formulation suivante : « *The Court of the Grand Duchy of Luxembourg shall have jurisdiction on all disputes arising out of this Agreement* ». Dès lors, le tribunal a retenu que les parties ont valablement attribué compétence aux juridictions luxembourgeoises pour connaître des litiges pouvant résulter de leur relation contractuelle.

Le jugement du 20 mars 2019

Le tribunal a déclaré la demande recevable et fondée et a condamné A à payer à B la somme de 59.262,84 GBP et une indemnité de procédure de 2.000 euros. A a été déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et elle a été condamnée aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a rejeté le moyen tiré du défaut de qualité à agir pour défaut de preuve de l'allégation suivant laquelle B aurait été indemnisée par son assureur.

Face au moyen de nullité des clauses 15.1 et 16.1 du contrat-cadre pour mettre à charge du transporteur des conditions de responsabilité et d'indemnisation plus strictes que celles prévues aux articles 17 à 29 de la CMR, le tribunal a d'abord constaté qu'A restait en défaut d'expliquer concrètement en quoi ces stipulations contractuelles mettraient à sa charge des conditions plus sévères que celles prévues par la CMR et il a ensuite relevé que le régime de responsabilité instauré par la CMR constitue un minimum d'ordre public pour les ayants droit du transport international de marchandises mais que certaines clauses tendant à aggraver la responsabilité du transporteur routier ou à augmenter le plafond de réparation sont valables, avec la précision que le plafond de réparation stipulé à l'article 23 de la CMR s'applique de plein droit. Le moyen de nullité a partant été rejeté.

En relation avec la demande d'indemnisation, le tribunal a exposé le régime de la présomption de responsabilité pesant sur le

transporteur en application des règles de la CMR. Il a conclu qu'en présence du refus de la marchandise à destination et au regard de la « *liability letter* » du 17 octobre 2016 du consignateur valant dénonciation écrite des avaries non apparentes (contamination) dans le délai de sept jours à partir de la livraison, il y avait lieu de retenir que le demandeur en réparation avait fait la preuve d'une avarie dans les formes prévues par l'article 30 (1) de la CMR, de sorte que la présomption de livraison conforme ne joue pas et qu'A est présumée responsable, conformément à l'article 17 (1) de la CMR, de l'avarie qui s'est produite entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison.

Selon le tribunal, le transporteur, débiteur d'une obligation de résultat, est présumé responsable de la perte totale ou partielle, ou de l'avarie, qui se produit entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison du dommage, sauf à s'exonérer par l'une des causes prévues aux paragraphes (2) et (4) de l'article 17 de la CMR, à condition toutefois de ne pas avoir commis une faute équivalente au dol.

Le tribunal a retenu que B, qui avait conclu à l'application de l'article 29 de la CMR et se prévalait de la faute lourde du transporteur consistant à stationner le camion de nuit sur une aire de stationnement non gardée près de Dunkerque pour en déduire qu'A ne saurait se prévaloir de dispositions de la CMR excluant ou limitant sa responsabilité, n'avait pas rapporté la preuve de ses affirmations de sorte que le dol ou de faute équipollente au dol n'était pas établi dans le chef d'A et que celle-ci peut valablement se prévaloir des dispositions de la CMR l'exonérant de sa responsabilité ou limitant cette dernière.

A se prévalait de l'exonération totale de la présomption de responsabilité pesant sur elle sur le fondement de l'article 17 (2) de la CMR, sinon de l'exonération partielle sur le fondement de l'article 17 (5) de la CMR.

Le tribunal a précisé que lorsque le transporteur invoque une cause normale d'exonération telle que visée à l'article 17 (2), il doit faire la preuve complète et certaine que l'avarie résulte bien de la cause invoquée, en faisant la lumière sur les origines du dommage, de simples conjectures ne suffisant pas.

Quant à l'existence de circonstances que le transporteur ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, le tribunal a retenu qu'en présence de deux hypothèses présentées par A, les circonstances exactes entourant la survenance de la cause du dommage ne sont pas clairement établies et cette dernière ne saurait s'exonérer de la responsabilité pesant sur elle.

En relation avec le moyen tiré de l'existence de fautes de l'ayant droit qui doivent avoir été la cause unique et exclusive du dommage, le tribunal a retenu que les décisions respectives du destinataire de refuser de prendre livraison de la cargaison sans examen détaillé de la cargaison et celle de B de procéder à une destruction de l'entièreté de la cargaison, sans opérer un tri entre les marchandises directement affectées par l'intrusion de migrants dans le camion, ne constituent pas des causes uniques et exclusives du dommage, dans la mesure où le préjudice est né par suite de l'intrusion illégale des migrants dans le camion.

Les demandes d'exonération totale, sinon partielle d'A ont dès lors été rejetées.

Pour quantifier l'envergure du préjudice subi par B, le tribunal s'est référé au rapport Cunningham & Lindsey qui a déterminé le préjudice sur la valeur de marché de la cargaison, à savoir la facture B intragroupe du 13 octobre 2016, au motif que le principe de précaution en matière alimentaire exige le retrait de la marchandise du marché au regard de l'article 3 du règlement n° 852/2004. Il a également retenu que B avait, à suffisance, établi la destruction de l'entièreté de la cargaison, de sorte qu'il y avait lieu de l'indemniser pour l'avarie totale de la cargaison.

La demande de B a été déclarée fondée à hauteur de la somme de 59.262,84 GBP équivalente à la valeur de la marchandise, soit 4.212 unités de B Rochers à raison de 14,07 GBP par unité ($4.212 \times 14,07 = 59.262,84$ GBP), y non compris le coût des 26 palettes.

L'appel

Les prétention et moyens d'A et de C

Par acte d'huissier de justice du 10 juillet 2019, A a relevé appel des jugements des 31 octobre 2018 et 20 mars 2019, qui lui avaient été signifiés le 17 mai 2019, et sollicite par réformation qu'il soit déclaré que les juridictions luxembourgeoises sont territorialement incompétentes pour connaître du litige et que les parties soient renvoyées devant les juridictions territorialement compétentes en vertu de l'article 31 de la CMR. Subsidiairement, elle demande à la Cour de déclarer l'action de B prescrite et de la décharger de la condamnation intervenue.

Plus subsidiairement, elle sollicite à être déchargée de toute condamnation en raison d'un cas de force majeure ayant conduit à la perte partielle de la marchandise, sinon encore plus subsidiairement elle demande à être déchargée d'une partie de la condamnation alors que B endosse une part de responsabilité importante dans la destruction des marchandises et de son préjudice. En tout état de

cause, elle requiert à être déchargée de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure.

Dans le dernier état de ses conclusions, l'appelante a légèrement précisé ses demandes.

Par requête en intervention volontaire déposée à la Cour le 15 octobre 2019, C demande qu'il lui soit donné acte qu'elle intervient volontairement au présent litige sous réserve de tous moyens de fait et de droit à faire valoir, qu'elle soit admise à intervenir au litige afin d'y veiller à la défense de ses intérêts et à la conservation de ses droits. Elle demande acte qu'elle se rallie intégralement à la motivation d'A et à ses demandes et elle sollicite qu'A soit déchargée de toute condamnation.

A et C concluent que le tribunal s'est à tort déclaré territorialement compétent et elles font valoir que l'article 29.2 du contrat-cadre devrait être déclaré nul en application de l'article 41 de la CMR pour violation de l'article 31 de cette convention.

A et C font valoir que les juridictions compétentes au sens de la CMR seraient 1) les juridictions autrichiennes en raison du siège social de A, 2) les juridictions allemandes en raison du lieu de la prise en charge et 3) les juridictions du Royaume-Uni en raison du lieu prévu pour la livraison de la marchandise transportée.

Elles donnent à considérer que si la CMR permet aux parties contractantes de prévoir une clause attribuant compétence aux juridictions d'un ou plusieurs pays contractants, cette disposition ne pourrait qu'ajouter un choix ouvert à la partie demanderesse et non exclure les autres choix figurant aux points a) et b) de l'article 31 de la CMR. En d'autres termes, les juridictions désignées par l'article 31 de la CMR ne pourraient être écartées par une stipulation contractuelle désignant un for exclusif. Elles ajoutent que les dispositions de la CMR sont impératives et d'ordre public et doivent être appliquées strictement.

A l'appui de leur moyen, elles invoquent deux arrêts de la Cour de cassation belge ainsi qu'une décision du Oberlandesgericht Oldenburg et une décision du Oberlandesgericht de Vienne.

Elles reprochent au tribunal de n'avoir retenu qu'une nullité partielle de la clause attributive de juridiction, limitée à la seule exclusivité stipulée. Une telle solution violerait la norme impérative de droit international consacrée par l'article 41 de la CMR.

Elles invoquent également la prescription de l'action introduite par B sur base de l'article 32 de la CMR en faisant valoir que le délai de prescription d'un an a commencé à courir le 16 octobre 2016 pour s'achever le 16 octobre 2017, le cas échéant augmenté de 12 jours de

suspension suite à la réclamation écrite réceptionnée par A le 4 novembre 2016 et rejetée le 16 novembre 2016. La prescription serait dès lors en tout état de cause définitivement acquise le 29 octobre 2017. Or, l'acte introductif d'instance n'aurait été signifié à A que le 15 novembre 2017.

C donne encore à considérer que la réclamation telle que prévue par l'article 30 de la CMR doit émaner du destinataire, soit en l'espèce de la société D. Or, elle aurait été rédigée par B.

A titre subsidiaire, A et C prennent position quant au fond en avançant que le transporteur devrait bénéficier de la présomption de livraison conforme prévue par l'article 30 de la CMR, le seul refus de décharger les marchandises ne signifiant pas qu'il y ait livraison non-conforme et la charge de la preuve de l'émission de réserves au jour de la livraison incombant au destinataire.

Pour autant que la livraison serait néanmoins considérée non conforme, A reproche au tribunal de ne pas avoir écarté les clauses 15.1, 15.2 et 16.1 du contrat-cadre en ce qu'elles imposent au transporteur des conditions de responsabilité plus sévères que la CMR. Elle se prévaut également de la force majeure comme cause d'exonération en précisant que la CMR n'impose pas que l'événement invoqué soit imprévisible. C conclut dans le même sens.

Plus subsidiairement, A invoque encore la faute de B qui a pris la décision de détruire toutes les marchandises, sans examen microbiologique, pour s'exonérer du moins partiellement.

C donne finalement à considérer que B n'a pas minimisé son préjudice mais l'a aggravé en détruisant toute la marchandise sans que cela n'ait été nécessaire.

Les prétentions et moyens de B

B demande à la Cour de lui donner acte qu'elle se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel et de la requête en intervention volontaire en la forme. Au fond, elle sollicite que l'appel soit déclaré non fondé et la requête en intervention volontaire rejetée et que les jugements soient confirmés avec la précision que la condamnation portant sur la somme de 59.262,84 GBP soit convertie en euros au jour du jugement de première instance. Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel et la condamnation de l'appelante aux frais et dépens.

B conclut que c'est à bon droit que le tribunal a retenu que les juridictions luxembourgeoises sont territorialement compétentes pour connaître du présent litige motif pris que le choix contractuel d'un for n'exclut pas que le demandeur puisse porter le litige devant une des

autres juridictions visées par la CMR. Selon l'intimée, le choix concernant la juridiction compétente prévu par le contrat-cadre a un caractère supplétif et facultatif et n'entraîne pas la nullité de la clause contractuelle pour être contraire à la CMR. Les parties peuvent donc porter leur litige devant les tribunaux prévus par la CMR en plus des tribunaux qui peuvent être convenus conventionnellement par les parties. Le tribunal n'aurait partant à juste titre que supprimé la stipulation d'exclusivité contenue à l'article 29.2 du contrat-cadre tout en confirmant la validité de la clause de manière non-exclusive.

B qui qualifie le dommage comme une perte totale, tel que cela résulte de la lettre de réclamation du 17 octobre 2016, fait valoir que le délai de prescription a commencé à courir le 11 décembre 2016 pour s'achever le 11 décembre 2017. L'action introduite le 13 novembre 2017 ne serait partant pas prescrite. Pour autant que la perte ne soit pas considérée comme totale mais comme avarie, B donne à considérer que le délai de prescription serait resté suspendu jusqu'au jour de l'introduction de la demande.

Au fond, l'intimée réfute l'applicabilité de la présomption de livraison conforme au motif que le dommage doit être qualifié de non apparent et que c'est à bon droit que la marchandise a été refusée, refus d'ailleurs apposé sur la lettre de voiture. Même à admettre que le dommage soit apparent, la CMR n'imposerait aucun formalisme pour la formulation de réserves. En tout état de cause la perte devrait être qualifiée de totale pour laquelle la CMR ne requiert aucune formalité de réclamation.

La présomption de responsabilité du transporteur serait pleinement applicable. B expose encore que les dispositions contractuelles n'aggraverait pas la responsabilité du transporteur, de telle manière qu'elles seraient valables. A ne pourrait s'exonérer de sa responsabilité en invoquant un cas de force majeure.

B n'aurait pas non plus commis de faute étant donné qu'elle n'aurait pas pu prendre le risque de mettre sur le marché des produits ne respectant potentiellement plus des normes d'hygiène et de sécurité alimentaires.

La perte totale de la marchandise ne serait pas due à la décision de B de détruire l'ensemble de la cargaison mais bien de l'entrée non autorisée de quatorze migrants dans la remorque du camion appartenant à A qui aurait dû savoir que la zone de transit entre la France et l'Angleterre est particulièrement exposée au risque de la migration clandestine et qui aurait de ce fait dû prendre toutes les mesures pour prévenir l'incident.

En plus, la destruction de la marchandise aurait été moins onéreuse que solliciter des analyses sur tous les produits de la cargaison. Ce

serait partant à bon droit que le tribunal a condamné A au paiement de la valeur total de la marchandise.

Appréciation

L'intimée se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel et de la requête en intervention volontaire en la forme. Si le fait, pour une partie de se rapporter à prudence de justice équivaut à une contestation, il n'en reste pas moins qu'une contestation non autrement étayée est à écarter, étant donné qu'il n'appartient pas au juge de suppléer la carence des parties et de rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions. L'appel est recevable pour avoir été introduit selon les forme et délai prévus par la loi. Il en est de même de l'intervention volontaire.

Il est constant en cause pour ne pas être contesté par les parties que leurs relations sont régies par le contrat-cadre et la CMR.

Il est pareillement admis que la CMR est un texte d'ordre public qui exclut l'application du droit national sauf sur les points où elle s'y réfère ou sur ceux qu'elle ne règle pas et que le juge doit l'appliquer d'office et les parties ne peuvent y déroger hors les cas qu'elle prévoit (Cour de cassation française, 30 juin 2009, n° de pourvoi 08-15026).

En effet, la CMR édicte des dispositions de droit matériel international qui se substituent à celles de la loi nationale qui aurait été déclarée applicable par le système de conflit de lois du juge saisi. Elle exclut donc la législation interne des États participants, sauf évidemment lorsqu'elle renvoie expressément à une loi nationale comme pour fixer les causes de suspension et d'interruption de la prescription, ou lorsqu'elle ne règle pas certains points particuliers. Elle constitue un bloc qui se suffit normalement à lui-même. L'article 41 proclame la nullité absolue de toute clause qui y dérogerait directement ou indirectement. La CMR a un caractère impératif aussi bien pour les États contractants que pour les parties au contrat de transport (Jurisclasseur Transport, Fasc. 775, Transport routier international, Contrat de transport de voyageurs et de marchandises, n°55; S. Grignon-Dumoulin, « Forum shopping – Article 31 de la CMR », Rev. dr. unif. 2006, p. 609).

L'article 31 (1) de la CMR dispose que :

« Pour tous litiges auxquels donnent lieu les transports soumis à la présente Convention, le demandeur peut saisir, en dehors des juridictions des pays contractants désignées d'un commun accord par les parties, les juridictions du pays sur le territoire duquel :

a) Le défendeur a sa résidence habituelle, son siège principal ou sa succursale ou l'agence par l'intermédiaire de laquelle le contrat de transport a été conclu, ou

b) Le lieu de la prise en charge de la marchandise ou celui prévu pour la livraison est situé,

et ne peut saisir que ces juridictions. »

L'article 41 de la CMR est de la teneur suivante :

« (1) Sous réserve des dispositions de l'article 40, est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de la présente Convention. La nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat.

(2) En particulier, seraient nulles toute clause par laquelle le transporteur se ferait céder le bénéfice de l'assurance de la marchandise ou toute autre clause analogue, ainsi que toute clause déplaçant le fardeau de la preuve. »

Il résulte de l'article 31 de la CMR que les parties contractantes sont libres de convenir d'une clause attributive de juridiction et que dans une telle hypothèse, ce for librement désigné se rajoute, sans s'y superposer, aux juridictions pareillement compétentes prévues par la CMR. Une clause attributive de juridiction convenue par les parties ne peut avoir qu'un rôle supplétif, le demandeur restant toujours libre de porter le litige devant une des juridictions désignées en application de l'article 31 précité.

Si la stipulation d'une clause d'élection de for supplémentaire à ceux désignés par la CMR est expressément autorisée par cette convention, la question de la validité d'une clause contractuelle attribuant compétence exclusive à une juridiction reste posée.

La décision invoquée par B par laquelle le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a retenu que les juridictions luxembourgeoises, à savoir celles du siège social de la défenderesse, sont compétentes, nonobstant l'existence d'une clause attributive de juridiction exclusive attribuant compétence à un tribunal français, laquelle n'a pas de caractère contraignant dans le cadre d'un litige relevant de CMR (cf. TAL 15^{ème}, 15 mars 2017, rôle n° 179787) n'est que d'une pertinence relative étant donné que la juridiction luxembourgeoise était compétente en application de l'article 31 de la CMR. Il reste que le tribunal n'a pas fait application de la clause d'élection de for exclusive.

Selon la doctrine, une clause attributive de juridiction qui écarte les autres juridictions désignées à l'article 31 de la CMR serait nulle en vertu de l'article 41 de la CMR. La clause d'élection de for n'est donc pas exclusive de compétence (S. Grignon-Dumoulin, « Forum shopping – Article 31 de la CMR », Rev. dr. unif. 2006, p. 610 et 611).

La Cour de cassation belge a, face à une clause attributive de juridiction exclusive telle que celle en cause en l'espèce, rejeté un recours en cassation contre un arrêt qui avait considéré, sur la base d'une interprétation souveraine de la clause, que la clause attributive de compétence exclusive figurant dans le contrat écarte les juridictions désignées comme compétentes à l'article 31.1, littera a et b, ce qui implique automatiquement, sur la base de l'article 41.1, la nullité de la clause attributive de compétence (Cour de cassation belge, 21 janvier 2010, n° C.08.0246.N) .

En l'espèce, l'article 29.2 du contrat-cadre, en ce qu'il attribue compétence exclusive à une juridiction et qu'il exclut tout choix, est contraire à l'article 31 de la CMR.

La seule question qui reste posée est celle de savoir si, en raison de cette violation d'une disposition d'ordre public, respectivement impérative, la disposition contractuelle doit être annulée intégralement ou s'il suffit de lui amputer la partie illicite, à savoir le caractère exclusif, tout en laissant subsister la partie régulière. En d'autres termes, le juge peut-il « amputer partiellement » une clause contraire à une disposition impérative ou contraire à l'ordre public et ainsi procéder à une « réduction validante ». Peut-il sauver une clause en limitant sa portée pour la maintenir du seuil de raisonabilité accepté par l'ordre juridique.

Les juges de première instance ont suivi la décision de la Cour suprême autrichienne qui, après avoir mis l'accent sur le caractère controversé de la question, a limité la nullité au caractère d'exclusivité de la clause attributive de juridiction tout en laissant subsister pour le reste le choix de la juridiction compétente.

Il est de principe que le juge ne saurait refaire le contrat pour quelque motif que ce soit. Ce pouvoir est de la seule compétence des parties conformément à ce qui est prévu par l'article 1134 du Code civil (Dalloz, Répertoire de droit civil, art.2, Bonne foi dynamique, de l'interprétation à la modification du contrat, n°78).

De plus, si la jurisprudence et la doctrine se sont souvent prononcées sur la question de savoir si, en cas de nullité d'une clause contractuelle, tout le contrat doit être annulé ou si la nullité reste limitée à la disposition litigieuse, la question de l'amputation d'une disposition contractuelle, qui forme en principe un tout indivisible, de sa seule partie illicite se pose plus rarement.

Lorsqu'une clause ou une partie d'une convention est nulle, le juge ne peut combler la lacune laissée dans l'acte par l'annulation partielle en substituant une clause valable à celle annulée, même si cette clause est de nature à produire des effets semblables à ceux escomptés initialement par les parties. Seul le législateur peut

procéder à semblable substitution (Jurisclasseur, Civil, Art. 1188 à 1192 - Fasc. 20 : CONTRAT. – Interprétation du contrat. – La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation, n°33).

En effet, parfois le législateur intervient pour conférer au juge un pouvoir modérateur pour éviter qu'une disposition contractuelle doive être annulée. Tel a été le cas en matière de clause pénale, l'article 1152 du Code civil conférant au juge le pouvoir de modérer ou augmenter la peine convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Il a été la volonté du législateur de soustraire la clause pénale du régime des clauses abusives notamment.

En matière de clauses abusives, la Cour de Justice de l'Union européenne a retenu que la directive 93/13 ne saurait être comprise comme permettant au juge national, dans le cas où il constate l'existence d'une clause abusive de réviser le contenu de ladite clause au lieu d'en écarter simplement l'application à l'égard du consommateur (CJUE, 14 juin 2012, C-618/10, n°71). Elle a motivé cette solution par le fait qu'une faculté de révision contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives, dans la mesure où ceux-ci demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels (idem, n° 69).

Même si en matière de clauses abusives, il s'agit de protéger les intérêts d'un consommateur face à un professionnel, ce qui n'est certes pas le cas en l'espèce, il reste qu'une annulation partielle de la clause litigieuse risque d'encourager la partie profitant du maintien de la clause amputée à « pratiquer l'illicite » (Daloz, Répertoire de droit civil, A. Nullité totale et nullité partielle, n°164). En d'autres termes, une telle solution n'encourage pas que la clause soit volontairement rectifiée par son rédacteur qui reste assuré qu'en cas de contestation de la régularité de la clause, seule la partie irrégulière est supprimée.

La Cour conclut de ce qui précède que, hormis le cas où le législateur autorise expressément le juge à remodeler ou adapter les clauses contractuelles qui, aux termes de l'article 1134 du Code civil, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, il ne lui appartient ni de refaire le contrat, ni de dépecer une clause contractuelle pour en extraire ce qui est valable.

En l'espèce, l'article 29.2 du contrat-cadre constitue un tout, il attribue compétence exclusive aux juridictions luxembourgeoises et le respect du contrat-cadre aurait empêché A de saisir une des juridictions prévues par l'article 31 de la CMR.

En cela, l'article 29.2 du contrat-cadre n'est pas conforme à l'article 31 de la CMR et doit être déclaré nul dans son intégralité en application de l'article 41 de cette convention.

Il en découle que les juridictions luxembourgeoises sont sans compétence territoriale pour connaître du présent litige et qu'il convient de réformer le jugement du 31 octobre 2018 à cet égard.

A demande encore à la Cour de renvoyer les parties devant les juridictions compétentes en vertu de l'article 31 de la CMR. Or, outre le fait que l'article 31 ne prévoit pas un tel renvoi, un renvoi ne se conçoit pas au vu du choix du for offert par l'article 31 au demandeur.

Au vu de l'issue réservée à son appel, la demande d'A tendant à être déchargée de la condamnation à payer à B une indemnité de procédure est à accueillir.

Il convient dès lors par réformation du jugement du 20 mars 2019 à déclarer la demande de B en allocation d'une indemnité de procédure non fondée.

Comme elle succombe également en appel, sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer non fondée.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

reçoit l'appel,

reçoit l'intervention volontaire,

dit l'appel fondé,

par **réformation** des jugements du 31 octobre 2018 et 20 mars 2019,

se déclare territorialement incompétent pour connaître de la demande,

dit non fondée la demande de la société anonyme B en allocation d'une indemnité de procédure,

laisse les frais et dépens de l'instance à charge de la société anonyme B,

dit non fondée la demande de la société B en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme B aux frais et dépens de l'instance d'appel.