Texte de la **décision**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Joint les pourvois n° Y 12-15.939 et n° V 12-14.418 formés par la société Femar, qui attaquent le même arrêt ;

Sur l'irrecevabilité du pourvoi n° V 12-14.418, relevée d'office, après avertissement délivré aux parties :

Vu l'article 613 du code de procédure civile ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que le délai de pourvoi en cassation ne court à l'égard des décisions rendues par défaut, même pour les parties qui ont comparu devant les juges du fond, qu'à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable ;

Attendu que la société Femar s'est pourvue en cassation le 20 février 2012 contre un arrêt rendu par défaut et susceptible d'opposition ; qu'il n'est pas justifié de l'expiration du délai d'opposition à la date de ce pourvoi ;

D'où il suit que le pourvoi est irrecevable ;

Sur le pourvoi n° Y 12-15.939 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 28 décembre 1999, un véhicule contenant des marchandises appartenant à la société Thomson microelectronics (la société STM), qui en avait confié le transport à la société Femar, a été dérobé sur une aire d'autoroute en Italie ; que la société MMA Iard Assurances Mutuelles (MMA) et le GIE Generali transports, aux droits duquel se trouve la société Generali Iard (la société Generali), après avoir indemnisé la société STM, ont assigné la société Femar et ses sous-traitantes, les sociétés Microélectronics, CR Transport et CR Express Trasporti E Logistica Cooperativa, en paiement d'une certaine somme ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Femar fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté ses moyens d'irrecevabilité, dit que les sociétés Generali et MMA étaient recevables en leur demande à son encontre et de l'avoir condamnée solidairement avec les sociétés CR Transport SRL et CR Express Trasporti E Logistica Cooperativa à payer aux assureurs la somme de 3 176 702 USD ou son équivalent en euros avec intérêts au taux de la convention CMR et capitalisation à compter du 21 juillet 2006 alors, selon le moyen :

1°/ que sont frappées d'une nullité absolue les opérations d'assurance directe pratiquées par un groupement d'intérêt économique ; qu'en l'espèce le groupement d'intérêt économique Generali transports a souscrit à 60 % du risque la police d'assurance n° 02095780 ; qu'en jugeant que la société Femar ne pouvait invoquer la nullité de cette police d'assurance, la cour d'appel a violé l'article L. 310-2 du code des assurances ;

2°/ que la subrogation légale de l'assureur dans les droits et actions de l'assuré est subordonnée à l'existence d'une convention d'assurance valable ; qu'en l'espèce, la convention d'assurance conclue entre l'assuré et le groupement d'intérêt économique Generali transports était nulle ; qu'en retenant néanmoins que la société Generali, venant aux droits de ce dernier, était subrogée dans les droits et actions de la société STM, la cour d'appel a violé l'article L. 121-12 du code des assurances ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que le contrat d'assurance a été conclu par un groupement d'intérêt économique ne figurant pas parmi les entreprises autorisées, en application de l'article L. 310-2 du code des assurances, à pratiquer l'assurance directe en France, puisque le III de ce texte dispose que la nullité encourue ne peut être opposée à l'assuré

de bonne foi, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la STM avait reçu l'intégralité de l'indemnité qui lui était due par la société Generali et délivré à cette dernière quittance subrogative le 27 décembre 2000 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que la société Generali s'était acquittée de l'obligation dont elle était personnellement redevable envers la STM, assurée de bonne foi, la cour d'appel en a exactement déduit que, subrogée dans les droits de cette dernière, elle ne pouvait se voir opposer la nullité du contrat ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 1150 du code civil, et les articles 23 et 29 de la Convention de Genève du 19 mai 1956, relative au contrat de transport international de marchandises par route, dite CMR ;

Attendu que constitue une faute lourde la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée ;

Attendu que, pour condamner solidairement la société Femar avec les sociétés CR Transport SRL, CR Express Trasporti E Logistica Cooperativa à payer aux sociétés Generali et MMA la somme de 3 176 702 USD ou son équivalent en euros, représentant l'intégralité du préjudice, l'arrêt relève que le transporteur comme le chauffeur, avaient connaissance de la valeur des marchandises transportées, que ce dernier, qui s'est arrêté à 23 heures 30 sur une aire d'autoroute non gardée pour y rencontrer un ami, une heure et demie seulement après le chargement, a donné après le vol une version erronée des faits ; qu'il relève aussi que la société Femar n'a pu établir que le camion était équipé d'un antivol ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'existence d'une faute lourde, quand le transporteur faisait valoir qu'il n'avait reçu aucune instruction particulière relative à la sécurité de la marchandise, et que le chauffeur s'était arrêté quinze minutes sur une aire d'autoroute comportant un restaurant ouvert toute la nuit, un poste de police autoroutière, ainsi qu'un système de vidéo surveillance, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

DECLARE IRRECEVABLE le pourvoi n° V 12-14.418 ;

Et sur le pourvoi n° Y 12-15.939 :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a confirmé le jugement qui a condamné solidairement la société Femar avec les sociétés CR transport SRL et CR Express Trasporti E Logistica Cooperativa à payer aux sociétés Generali et MMA la somme de 3 176 702 USD ou son équivalent en euros à titre principal, l'arrêt rendu le 9 septembre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon, autrement composée ;

Condamne les sociétés Generali Iard et MMA Iard aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit qu'à la diligence du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du premier avril deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi n° Y 12-15.939 par la SCP Hémery et Thomas-Raquin, avocat aux Conseils pour la société Femar SPA

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté tous les moyens d'irrecevabilité, dit que les sociétés GENERALI et MMA étaient recevables dans leur demande à l'encontre de la société FEMAR et condamné solidairement la société FEMAR avec les sociétés CR TRANSPORT SRL, CR EXPRESS E LOGISTICA COOPERATIVE RL à payer aux sociétés GENERALI et MMA la somme de 3 176 702 USD ou son équivalent en euros à titre principal, majorée des intérêts au taux de la convention CMR avec capitalisation par année entière à compter du 21 juillet 2006 ;

AUX MOTIFS QUE «la société FEMAR, qui conteste l'existence d'une subrogation légale des assureurs, soutient d'abord que la police N° 02095780 est nulle en ce qu'elle a été souscrite à hauteur de 50 % par un GIE qui devait se limiter à gérer les souscriptions de ses membres mais n'était pas habilité à pratiquer des opérations d'assurances et n'avait pas la qualité d'assureur, que l'appelante ajoute que le fait que l'indemnité a été réglée non pas par le GIE qui a été dissout le 31 octobre 1999, mais par la compagnie GENERALI, n'a pas permis de régulariser la situation ; que si le GIE ne figure pas parmi les entreprises autorisées à pratiquer l'assurance directe en FRANCE, mentionnées par l'article L. 310-2 du Code des Assurances, ce texte dispose dans son paragraphe III :"Sont nuls les contrats souscris en infraction au présent article. Toutefois, cette nullité n'est pas opposable, lorsqu'ils sont de bonne foi, aux assurés, aux souscripteurs et aux bénéficiaires" ; que la société MICROELECTRONICS n'a jamais invoqué une telle nullité ; qu'ainsi, à supposer même que la nullité, faute d'objet ou de capacité juridique, du contrat d'assurance conclu par la société SGS THOMSON MICROELECTRONICS SA (désormais STM), aurait perduré après l'absorption du GIE le 31 octobre 1999 par la compagnie d'assurance GENERALI, et ait encore pu être encourue le 28 décembre 1999, il ne s'agirait que d'une nullité relative que la société FEMAR, tiers au contrat, ne peut invoquer ; que le 28 décembre 1999 la compagnie GENERALI, et non le GIE, était exposée au risque d'indemnisation ; que le moyen tiré de la nullité du contrat d'assurance sera donc rejeté » (cf. arrêt, p. 11, 5 derniers §§) ;

ALORS, D'UNE PART, QUE sont frappées d'une nullité absolue les opérations d'assurance directe pratiquées par un Groupement d'Intérêt Economique ; qu'en l'espèce le Groupement d'Intérêt Economique GENERALI TRANSPORTS a souscrit à 60 % du risque la police d'assurance
n° 02095780 ; qu'en jugeant que la société FEMAR ne pouvait invoquer la nullité de cette police d'assurance, la Cour d'appel a violé l'article L. 310-2 du code des assurances ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE la subrogation légale de l'assureur dans les droits et actions de l'assuré est subordonnée à l'existence d'une convention d'assurance valable ; qu'en l'espèce, la convention d'assurance conclue entre l'assuré et le Groupement d'Intérêt Economique GENERALI TRANSPORTS était nulle ; qu'en retenant néanmoins que la société GENERALI, venant aux droits de ce dernier, était subrogée dans les droits et actions de la société STMICROELECTONICS, la cour d'appel a violé l'article L. 121-12 du Code des assurances.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné solidairement la société FEMAR avec les sociétés CR TRANSPORT SRL, CR EXPRESS E LOGISTICA COOPERATIVE RL à payer aux sociétés GENERALI et MMA la somme de 3 176 702 USD ou son équivalent en euros à titre principal, majorée des intérêts au taux de la convention CMR avec capitalisation par année entière à compter du 21 juillet 2006 ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE «sur les circonstances du sinistre survenu le 28 décembre 1999, que malgré les interrogations émises par l'expert X... qui a poursuivi différentes pistes à l'issue de 11 réunions d'expertises et de plusieurs déplacements en Italie et émis de nombreux questionnements, dont celui portant sur la réalité même de l'expédition des marchandises, il sera observé que suivant 2 lettres de voiture CMR établies le 28 décembre 1999 la société STM SRL a remis à la société FEMAR aux fins de transport routier de marchandises :
- 90 colis d'un poids de 736 kgs, d'abord expédiés depuis CATANE par voie aérienne jusqu'à l'aéroport de MALPENSA en LOMBARDIE,

- 67 colis d'un poids de 447,5 kgs exécutés depuis AGRATE en LOMBARDIE ;
que la société FEMAR expose que les colis ont à son initiative été pris en charge en LOMBARDIE dans un fourgon conduit par un préposé de la société CR TRANSPORT, Luigi Y... ; que les colis ne sont jamais parvenus à leur destination à savoir l'entrepôt central situé à SAINT GENIS POUILLY, distant de la LOMBARDIE d'environ 400 kilomètres ;
que la société FEMAR expose que le fourgon de la société CR TRANSPORT a été volé avec les 2 lots de marchandises à son bord sur l'aire d'autoroute de VILLARBOIT alors que le chauffeur y avait stationné la fourgonnette seulement quelques minutes, que selon les disposition de l'article 29 de la Convention CMR il incombe aux assureurs demandeurs, qui prétendent à la réparation intégrale du préjudice occasionné à leur assuré dans le cadre d'un transport régi par les dispositions de cette convention, d'établir que le dommage provient du dol ou d'une faute qui est imputable au transporteur et qui d'après la loi de la juridiction saisie est considérée comme équivalente au dol ; qu'il en est de même si le dol ou la faute est le fait des préposés du transporteur ou de toutes autres personnes aux services desquelles il recourt pour l'exécution du transport lorsque ces préposés ou ces autres personnes agissent dans l'exercice de leurs fonctions ; que comme le reconnaît elle-même l'appelante en page 70 de ses écritures, il ne saurait être fait référence dans l'instance à la nouvelle définition de la faute équivalente au dol posée par le nouvel article L. 133-8 du Code de Commerce issu de la loi 2009-1503 du 8 décembre 2009, ce texte d'ordre public n'étant pas rétroactif ; que contrairement à ce que soutient la société FEMAR, qui prétend à une interprétation autonome dans le cadre des conventions internationales de la notion de faute équivalente au dol lorsque la loi de la juridiction saisie connaît la notion de dol, il y a seulement lieu de se référer en l'espèce à la notion de faute lourde qui au moment de l'introduction de l'instance était considérée comme équivalente au dol, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à l'accomplissement de la mission qui lui était contractuellement confiée ; qu'il résulte de la lecture des pièces en langue française versée aux débats que :
- la société FEMAR qui avait en charge l'établissement des formalités douanières pour les marchandises expédiées hors CE au départ de CATANE avait une parfaite connaissance de la valeur de la marchandise transportée ; ainsi le 28 décembre 1999 7 bordeaux TXE ont été établis par le déclarant en douanes de FEMAR pour une valeur déclarée de 889 453,36 USD ; est donc inopérant le moyen opposé par FEMAR, qui n'a formulé aucune réserve et a accepté d'effectuer le transport, de l'absence de précautions ou d'observations spécifiques à l'initiative de STM (présence d'un second chauffeur et d'un GPS permettant la localisation par satellite de la fourgonnette, connaissance de la soustraitance à CR TRANSPORT) ;
- la société FEMAR a conclu avec la compagnie ALLIANZ SUBALPINA SPA une police d'assurance lui permettant de garantir les transports de marchandises dans les limites du territoire italien, de l'état du VATICAN et de la République de SAINT MARIN et qui excluait expressément les transports soumis à la CMR ; la société FEMAR n'a pas souscrit d'autres garanties notamment auprès du groupe ZURICH - le chauffeur Y..., le préposé de la société CR TRANSPORT, était lui-même parfaitement informé de la valeur des marchandises qu'il transportait depuis la LOMBARDIE car dans sa déclaration de vol du 29 décembre 1999 (pièce 2.2 GENERALI et MMA) il a lui-même mentionné "une valeur totale de quatre milliards de lires"
- ce chauffeur qui devait seulement réaliser entre CAMBIAGO et SAINT GENIS POUILLY un trajet d'environ 400 kilomètres représentant 5 heures 30 à 6 heures de conduite, a déclaré à l'expert X... qu'il est parti de CAMBIAGIO à 20 heures, est arrivé à 21 heures 30 à l'aéroport de MALPENSA où il a récupéré des colis et qu'il en est reparti vers 22 heures ;
- ce chauffeur s'est pourtant de nouveau arrêté vers 23 heures 30 sur l'aire italienne de VILLARBOIT, qui est une aire non gardée, même si elle comporte un restaurant ouvert toute la nuit et s'il y figure un poste de police autoroutière, ce qui n'est pas de nature à constituer une protection suffisante alors que le risque de vol en Italie est connu de tous les transporteurs routiers - le chauffeur a déclaré avoir agi ainsi, car il avait l'habitude d'y rencontrer un de ces amis, un certain MAURO qui connaissait la nature de la marchandise transportée - selon l'enregistrement de vidéo surveillance qui a été examiné par la police, le vol est survenu en temps maximal de 13 minutes et 36 secondes alors que le chauffeur ne se trouvait pas aux toilettes mais est resté dans le snack-bar entre 23 heures 34 et 23 heures 48 d'où il aurait pu facilement surveiller le fourgon ce qu'il s'est abstenu de faire - selon le pompiste de la station autoroutière, le chauffeur est reparti très rapidement après le vol avec un tiers qui est venu le rejoindre - lorsque le chauffeur s'est présenté la première fois le 28 décembre 1999 dans les locaux du poste de police autoroutière pour signaler le vol du fourgon contenant les composants électroniques mais aussi les documents administratifs du véhicule, il a communiqué l'immatriculation d'un véhicule AZ 906 KN à l'agent de service qui a dont fait diffuser un avis de recherche sur cette indication erronée ;
- pourtant le chauffeur a pu facilement entrer en contact téléphonique avec la société CR TRANSPORT qui pouvait le renseigner si nécessaire sur l'immatriculation du véhicule - dans la déclaration de vol qu'il a faite le 29 décembre 1999 le

lendemain à 9 heures 40 le chauffeur Y... a mentionné un vol survenu vers 23 heures 35 ¿ 23 heures 55 et communiqué l'immatriculation de la fourgonnette MERCEDES A2 906 BD - le 29 décembre 1999 la société FEMAR a informé la société STM SRL du vol survenu la veille (pièce GENERALI N° 34.2) en lui donnant une version des faits erronée, exposant que * le conducteur du véhicule, "pris d'un malaise soudain" s'était arrêté sur une aire de repos dans les environs de TURIN * après avoir inséré le système d'alarme le chauffeur "s'était rendu aux toilettes"
* lorsqu'il en était sorti quelques minutes plus tard son véhicule avait disparu * le chauffeur s'était immédiatement adressé aux forces de l'ordre pour déposer une plainte - il n'est pas avéré que le fourgon AZ 906 BD était équipé d'un antivol MED alors que ce véhicule qui a été retrouvé le 20 janvier 2000 dans une zone urbaine et remis à la société CTR n'a pas alors été présenté ;
l'expert Z... de la compagnie ALLIANZ SUBALPINA a ainsi déploré lors de la réunion d'expertise contradictoire du 25 mars 2002 n'avoir pu examiner l'état du système antivol qui avait été démonté et envoyé chez le fabricant ; le compte rendu à CR TRANSPORT du 20 décembre 1999 de la société ARLATI (Annexe D 259 de l'expertise X...) mentionnant (en italien) le contrôle du fourgon MERCEDES AZ 906 BD et le bon fonctionnement de l'antivol MED N° 1017000272 n'est pas suffisamment probant ; en effet la société CR TRANSPORT n'a pas été en mesure de communiquer à l'expert (qui le lui a réclamé le 11 octobre 2002 dans un courrier répertorié sous l'annexe D 08), la facture de pose ni la carte de garantie de l'antivol MED qui équipait le véhicule AZ 906 BD au moment du vol qui a été perpétré en seulement 13 minutes, l'expert a ainsi noté en page 252 de son rapport que seuls quatre antivols avaient été montés sur les cinq MERCEDES SPRINTER utilisés par la société CR TRANSPORT ;
- toutes les mesures requises n'ont pas été prises par la société FEMAR la société CR TRANSPORT et le chauffeur Y... pour éviter la réalisation du sinistre ;
qu'en conséquence les premiers juges ont à juste titre considéré que les conditions de la faute lourde étaient en l'espèce réunies ; que d'ailleurs et surabondamment les éléments sus relatés caractérisent des fautes délibérées impliquant la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable voire une faute dolosive ; que selon les deux lettres de voitures l'une au départ de CATANE, l'autre au départ de AGRATE BRIANZA, objet de l'instance qui mentionnent comme transporteur désigné dans la case 16 "FEMAR SPA/CRT" et dans la case 23 "FEMAR SPA", la société FEMAR est intervenue le 28 décembre 1999 dans le cadre des deux opérations de transport CMR litigieuses comme transporteur et CR TRANSPORT comme soustransporteur ; que la société FEMAR doit répondre de la faute équivalente au dol commise par la société CR TRANSPORT ce qui l'empêche de se prévaloir d'une limitation de responsabilité » (cf. arrêt, pp. 14 à 16) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE «la facturation est annoncée comme étant annexée aux lettres de voiture ; que dans ces conditions, la valeur des marchandises est connue et l'importance de son montant devait conduire le commissionnaire à prendre quelques précautions, voire refuser la prestation s'il estimait ne pas pouvoir assumer un tel transport ; qu'en s'arrêtant sur une aire non gardée, le chauffeur a pris des risques certains, la notion de risque s'analysant, in concreto, en particulier en Italie où des règles spécifiques ont été imposées par les assureurs en ce qui concerne le stationnement ainsi que les systèmes de sécurité à mettre en oeuvre ; que ses déclarations sur ce point apparaissent confuses ; qu'habitué à stationner sur cette aire, le chauffeur a cherche le poste police situé juste derrière l'Autogrill (sa déclaration du 15 janvier 2001 en présence de toutes les parties), indiqué à la police italienne un numéro d'immatriculation erroné et qu'à la demande de son employeur, il a caché la version réelle des faits ; qu'un tel comportement est constitutif de faute lourde et qu'il appartient au commissionnaire ou à son mandant de s'assurer des conditions du transport ; qu'en l'espèce, le chauffeur n'était pas déclaré par son employeur ; que dans ces conditions, ils se doivent d'assumer toutes les conséquences de leur incurie» (cf. jugement, p. 7) ;

ALORS QUE la faute lourde se définit comme une négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à l'accomplissement de sa mission ; que la faute lourde de nature à tenir en échec le plafond d'indemnisation ne saurait à tout le moins résulter d'une simple négligence mais d'un comportement d'une particulière gravité ; qu'ainsi que le faisait valoir la société FEMAR, en l'absence d'instructions particulières de la société STM quant aux mesures de sécurité à prendre, aucune faute lourde ne pouvait être reprochée à la société CRT, sous-traitant de la société FEMAR, puisque son chauffeur avait garé son camion pour une durée très courte, n'excédant par 15 minutes, en prenant le soin de choisir une station service, non réputée dangereuse, fréquentée, éclairée et sur laquelle était installé un poste de police qui était ouvert à l'heure du sinistre, et à un emplacement à proximité et visible du restaurant dans

lequel s'est arrêté le chauffeur ; qu'en s'abstenant de caractériser la négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à l'accomplissement de sa mission mais en se bornant à retenir, pour dire que le transporteur aurait commis une faute lourde, que toutes les mesures requises pour éviter la réalisation du sinistre n'auraient pas été prises, tout en constatant que l'aire d'autoroute choisie par le chauffeur comportait un restaurant ouvert toute la nuit et un poste de police autoroutière, et était surveillée par un système de vidéosurveillance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 23.3 et 29 de la Convention de Genève relative au contrat de transport international de marchandise par route du 19 mai 1956 et 1150 du code civil.