Texte intégral

Autre

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

Chambre 3-1

ARRÊT AU FOND

DU 09 OCTOBRE 2024

N° 2024/

Rôle N° RG 24/00016 - N° Portalis DBVB-V-B7I-BMLLE

S.A.S. AXIMA REFRIGERATION FRANCE

C/

S.A. AIR LIQUIDE ADVANCED TECHNOLOGIES

S.A.S. CIRCOR IMO ALLWEILER

S.A.S. JEUMONT ELECTRIC

SAS EMERSON PROCESS MANAGEMENT

Copie exécutoire délivrée

le :

à :

Me Françoise BOULAN

Me Serge AYACHE

Me Caroline PAYEN

Me Charles TOLLINCHI

Me Agnès ERMENEUX

Décision déferée à la Cour :

Ordonnance du Tribunal de Commerce d'AIX-EN-PROVENCE en date du 18 Décembre 2023
enregistrée au répertoire général sous le n° 2023/09230.

APPELANTE

S.A.S. AXIMA REFRIGERATION FRANCE

prise en la personne de son représentant légal en exercice domicilié au siège sis [Adresse 3]

représentée par Me Françoise BOULAN de la SELARL LX AIX EN PROVENCE, avocat au barreau
d'AIX-EN-PROVENCE, assistée de Me Arnaud D'HERBOMEZ de l'AARPI D'HERBOMEZ
LAGRENADE & ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, plaidant

INTIMEES

S.A. AIR LIQUIDE ADVANCED TECHNOLOGIES

prise en la personne de son représentant légal en exercice, domicilié en cette qualité siège sis [Adresse 4]

représentée par Me Serge AYACHE, avocat au barreau D'AIX-EN-PROVENCE assisté de Me Frédéric LALANCE du PARTNERSHIPS ORRICK HERRINGTON & SUTCLIFFE (Europe) LLP, avocat au barreau de PARIS, plaidant

S.A.S. CIRCORIMO ALLWEILER

prise en la personne de son représentant légal en exercice,

dont le siège social est sis [Adresse 1]

représentée par Me Caroline PAYEN de la SCP DRUJON D'ASTROS & ASSOCIES, avocat au barreau D'AIX-EN-PROVENCE

S.A.S. JEUMONT ELECTRIC

poursuites et diligences de son représentant légal en exercice,

dont le siège social est sis [Adresse 2]

représentée par Me Charles TOLLINCHI de la SCP CHARLES TOLLINCHI - CORINNE PERRET-VIGNERON, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE, assisté de Me Dominique HAM de l'AARPI CHATAIN & ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, plaidant

SAS EMERSON PROCESS MANAGEMENT

prise en la personne de son représentant légal en exercice

dont le siège social est sis [Adresse 6]

représentée par Me Agnès ERMENEUX de la SCP SCP ERMENEUX - CAUCHI & ASSOCIES, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE, assistée de Me Sylvie GALLAGE-ALWIS de la SELEURL SELARLU SYLVIE GALLAGE, avocat au barreau de PARIS, plaidant

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 27 Juin 2024 en audience publique. Conformément à l'article 804 du code de procédure civile, Madame Valérie GERARD, Président de chambre a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La Cour était composée de :

Madame Valérie GERARD, Président de chambre

Madame Stéphanie COMBRIE, Conseillère

Mme Marie-Amélie VINCENT, Conseillère

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Marielle JAMET.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 09 Octobre 2024.

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 09 Octobre 2024,

Signé par Madame Valérie GERARD, Président de chambre et M. Achille TAMPREAU, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DU LITIGE

Dans le cadre d'un projet de réacteur de fusion ITER au centre de recherche de l'énergie atomique de [Localité 5], la société Air Liquid Advanced Technologies, (la société ALAT) et la société Axima Réfrigération France, (la société ARF), ont conclu le 12 décembre 2013, un contrat pour la réalisation par la société ARF d'unités de compression d'hélium composées de 3 trains C1, C2 et C3, chacun composé de 10 unités.

Pour assurer sa prestation, la société ARF a conclu, entre 2014 et 2015, des contrats de fourniture d'équipements avec diverses sociétés, parmi lesquelles Jeumont Electric, (la société Jeumont), Circor Imo Allweiller, (la société Circor), et Emerson Process Management, (la société Emerson).

La société ARF se chargeait de l'assemblage en usine des composants commandés, pour ensuite les livrer sur le site ITER.

Les premiers équipements ont été livrés à partir de fin 2017.

Le 15 novembre 2022, ALAT a notifié à ARF d'avoir à remédier à divers manquements de non-conformité sur les équipements livrés par celle-ci, qu'elle avait commandé auprès de certains de ses fournisseurs.

Les parties n'ont pu régler leur différend naissant à l'amiable et le 6 mars 2023 la société ALAT a notifié la résiliation du contrat à la société ARF, et formé des réclamations indemnitaires à hauteur de 10 601 753 euros.

La société ARF a mis en demeure les sociétés Jeumont, Circor et Emerson et elle les a assignées au fond devant le tribunal judiciaire de Strasbourg par actes délivrés le 28 juillet 2023 pour la société Circor, le 1er août 2023 pour la société Emerson et le 3 août 2023 pour la société Jeumont, afin de solliciter la condamnation desdits fournisseurs sur le fondement des vices cachés.

Parallèlement, la société ARF a saisi, par assignation en date du 22 novembre 2023, le Président du Tribunal de commerce d'Aix-en-Provence en référé aux fins que soit ordonnée une expertise contradictoire sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile.

Par ordonnance de référé en date du 18 décembre 2023, le président du tribunal de commerce d'Aix-en-Provence a :

- déclaré irrecevable la demande formée par la société ARF en présence d'un procès en cours, faisant obstacle aux dispositions de l'article 145 du code de procédure civile ;
- condamné la société ARF aux entiers dépens de l'instance.

Le président du tribunal de commerce a statué en ce sens au motif qu'à la date de sa saisine, des instances au fond sont ouvertes entre la société ARF d'une part, et les sociétés Circor, Emerson et Jeumont d'autre part ; que l'identité de parties dans ces instances est démontrée, dès lors qu'il suffit que le demandeur à la mesure d'instruction soit partie à ou aux instances au fond ; que l'objet et la cause de la demande de la mesure d'instruction porte sur « l'étendue et les causes des non-conformités alléguées » par la société ALAT à l'encontre de ARF pour les matériels objet des contrats, ce qui est également le cas de l'objet de l'instance au fond devant le Tribunal de commerce de Strasbourg ; qu'en conséquence les conditions de l'article 145 du Code de procédure civile ne sont pas remplies.

La société ARF a interjeté appel de cette ordonnance par déclaration en date du 2 janvier 2024.

Parallèlement, la société ALAT a saisi le 26 avril 2024 la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.

Dans le dernier état de ses conclusions notifiées et déposées le 25 juin 2024, auxquelles il est expressément référé en application de l'article 455 du code de procédure civile, la société ARF demande à la cour de :

- d'infirmer l'ordonnance de référé du 18 décembre 2023 en ce qu'elle a déclaré irrecevable la demande formée par ARF et condamné ARF aux entiers dépens de l'instance ;

Statuant à nouveau de :

- se déclarer compétente pour statuer sur le présent litige et débouter ALAT de son exception d'incompétence soulevée in limine litis

- déclarer ARF recevable et bien-fondée en son action ;

- débouter ALAT de sa demande d'irrecevabilité ;

En conséquence, faire droit aux demandes d'ARF et :

- désigner tel expert qu'il plaira à la juridiction de céans de nommer avec pour mission :

d'exécuter sa mission avec célérité en tenant compte des impératifs liés à l'achèvement de l'usine cryogénique du projet ITER ;

de se rendre autant de fois que nécessaire sur le site ITER à [Localité 7] après avoir dûment convoqué les parties dans un délai d'un mois à compter de sa désignation d'y opérer les constats nécessaires à l'exécution de sa mission ;

d'établir à l'issue de la première réunion d'expertise, et en concertation avec les parties, un calendrier prévisionnel des opérations d'expertise qui devra tenir compte des exigences opérationnelles et de calendrier du projet ITER ;

de se faire communiquer tous documents et pièces qu'il estimera utiles à l'accomplissement de sa mission ;

d'examiner les « non-conformités » alléguées et résumés par ALAT dans son courrier de réclamation du 24 mars 2023, ainsi que dans ses courriers de notification des 29 septembre 2023 et 17 octobre 2023 ;

de rechercher et déterminer l'existence, l'origine, l'étendue et les causes des « non-conformités » alléguées ; donner son avis sur le caractère caché, le cas échéant, des « non-conformités » qui auraient été constatées ;

de se faire justifier des conditions de stockage et de maintenance des matériels sur le site ITER entre les dates de livraisons et les dates de montage/assemblage ;

de se faire justifier des démantèlements, modifications et actions qui auraient été réalisés sur l'ensemble des équipements en lien avec les « non-conformités » alléguées et donner son avis sur les conséquences éventuelles qui y sont attachées en termes de préservation des preuves et de recherche des causes des « non-conformités » alléguées ;

d'évaluer et chiffrer le coût des travaux nécessaires à la remédiation des « non-conformités » alléguées, si nécessaire à l'aide de devis d'entreprises ;

d'évaluer et chiffrer le préjudice subi par ALAT et ARF à raison des non-conformités et manquements qui auraient été constatés, parmi la liste susvisée ;

de fournir tous éléments techniques et de fait de nature à permettre à toute juridiction compétente de déterminer les responsabilités encourues et donner son avis sur celles-ci ;

d'entendre les parties ainsi que tout sachant ;

se faire assister si nécessaire de tout sapiteur de son choix ;

dire que l'expert accomplira sa mission conformément aux dispositions des articles 273 et suivants du code de procédure civile ;

dire qu'en application de l'article 155 du Code de procédure civile, en cas de difficultés, il en sera référé par l'expert ou les parties au juge qui était chargé de l'instruction et à défaut au président de la formation collégiale si le contrôle de l'expertise n'a pas été confié à un membre de celle-ci ;

dire que l'expert désigné pourra convoquer les parties en urgence, par tous moyens appropriés, et notamment par voie de télécopie ou courriel, à tout accedit sur site à l'effet de procéder aux constatations nécessaires.

- à défaut sur l'étendue de la mission de l'expert, ordonner que l'expertise ne sera opposable qu'à ALAT, et ne portera qu'exclusivement sur les équipements fournis par ARF ou d'autres fournisseurs, à l'exclusion des équipements provenant des entreprises Circor, Emerson et Jeumont, identifiés notamment dans les réclamations d'ALAT sous les répertoires « C1 », « C1b » et « C1c » ;

- condamner ALAT à payer à ARF une somme de 20 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens ;

- débouter ALAT et, le cas échéant, toute partie intimée de toute demande formulée contre ARF.

Au soutien de ses prétentions, la société ARF fait valoir que :

- l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir reconnu au juge des référés par l'article 145 du code de procédure civile d'ordonner une mesure d'instruction, pourvu que le tribunal arbitral ne soit pas encore constitué. Le tribunal arbitral n'est définitivement constitué qu'à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission. L'acceptation par les arbitres de leur mission se

matérialise par la signature par ceux-ci de leur acte de mission. C'est la date de la saisine du juge des référés, et non celle à laquelle il statue qui doit être prise en compte pour déterminer si le tribunal arbitral est constitué ;

- la condition d'antériorité de l'article 145 du Code de procédure civile est édictée dans le seul intérêt des parties déjà liées par un procès au fond. Un tiers ne saurait se prévaloir de l'existence d'un procès, auquel il n'est pas partie, pour neutraliser une demande visant à établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un autre procès, dont l'objet est distinct et qui ne concerne pas les mêmes parties ;

- la demande de donner acte est dépourvue de toute portée juridique et s'en rapporter à la justice ne constitue pas une demande ;

- les critères utilisés pour apprécier l'objet distinct du litige sont calqués sur ceux de l'autorité de la chose jugée : triple identité de cause, de parties et d'objet.

- les parties au litige au fond ne sont pas identiques aux parties de l'instance en référé ;

- l'objet du litige est défini par les prétentions respectives des parties, il ne suffit pas que les faits propres à fonder les prétentions des parties soient identiques, encore faut-il que les prétentions le soient. Les prétentions au fond visent à condamner les fournisseurs d'ARF sur le fondement des vices cachés alors que le litige opposant ALAT et ARF concerne des inexécutions du contrat qui les lie. La demande en référé a été initiée en vue du litige opposant ARF à ALAT. ;

- la demande d'ARF est justifiée par la bonne administration de la justice dès lors qu'ARF se retrouverait, à défaut, dans une impasse procédurale.

- subsidiairement, les demandes de nomination d'un expert judiciaire sont recevables à l'exclusion des chefs de demandes concernant les équipements fournis par ces trois fournisseurs. Cette demande est fondée sur un motif légitime en ce que ALAT procède à des constats non contradictoires et seule une expertise judiciaire menée contradictoirement est de nature à assurer le respect des droits des parties ;

- ARF a été contrainte d'interjeter appel en raison du comportement procédural de mauvaise foi d'ALAT justifiant l'application de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans le dernier état de ses conclusions notifiées et déposées le 13 juin 2024 auxquelles il est expressément référé en application de l'article 455 du code de procédure civile, la société ALAT demande à la cour de :

à titre principal,

- se déclarer incompétente pour statuer sur les demandes formées par ARF contre ALAT ;
- renvoyer ARF à mieux se pourvoir ;
- condamner ARF à payer à ALAT la somme de 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

à titre subsidiaire,

- confirmer l'ordonnance attaquée en toutes ses dispositions ;

y ajoutant,

- condamner ARF à payer à ALAT la somme de 20 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

à titre infiniment subsidiaire,

- modifier ainsi qu'il suit la mission de l'expert :

d'exécuter sa mission avec célérité en tenant compte des impératifs liés à l'achèvement de l'usine cryogénique du projet ITER ;

de se rendre sur le site ITER à [Localité 7] après avoir dûment convoqué les parties et y opérer les constats nécessaires à l'exécution de sa mission dans un délai d'un mois à compter de sa désignation ;

d'établir à l'issue de la première réunion d'expertise, et en concertation avec les parties, un calendrier provisionnel des opérations d'expertise qui devra tenir compte des exigences opérationnelles et de calendrier du projet ITER ;

de se faire communiquer tous documents et pièces qu'il estimera utiles à l'accomplissement de sa mission ;

d'examiner l'ensemble des « non-conformités » et manquements imputés par ALAT à ARF dans ses courriers des 15 novembre 2022, 11 janvier 2023, 24 mars 2023, 15 avril 2023, 29 septembre 2023, et 17 octobre 2023 ;

de rechercher et déterminer l'existence, l'origine, l'étendue et les causes des « non-conformités » alléguées ;

d'évaluer et chiffrer le coût des travaux nécessaires à la remédiation des « non-conformités » alléguées, si nécessaire à l'aide de devis d'entreprises ;

d'évaluer et de chiffrer le préjudice subi par ALAT à raison des non-conformités et manquements d'ARF ;

de fournir tous éléments techniques et de fait de nature à permettre à toute juridiction compétente de déterminer les responsabilités encourues et garanties dues, et donner son avis sur celles-ci ;

d'entendre les parties ainsi que tout sachant ;

de se faire assister si nécessaire de tout sapiteur de son choix ;

d'établir dans un délai de 6 mois à compter de sa désignation, un pré-rapport qui sera soumis aux parties et leur accorder un délai de 2 mois pour y répondre par voie de dires ;

d'établir un rapport final dans un délai de 9 mois à compter de sa désignation.

- déclarer irrecevable la demande nouvelle d'ARF tendant à ordonner une expertise au contradictoire d'ALAT seule, et ne portant que sur les équipements fournis par ARF ou d'autres fournisseurs, à l'exclusion des équipements provenant des entreprises Circor, Emerson et Jeumont ;

en tout état de cause,

- condamner ARF aux entiers dépens ;

Au soutien de ses prétentions, la société ALAT fait valoir que :

- in limine litis, en présence d'une convention d'arbitrage, et en vertu du principe compétence-compétence, la constitution du tribunal arbitral prive les juridictions étatiques de leur compétence pour prononcer une mesure d'instruction. Le tribunal arbitral est constitué au jour de l'acceptation de leur mission par les arbitres. Cette acceptation ne coïncide pas nécessairement avec la signature de leur acte de mission. La juridiction étatique doit apprécier la constitution du tribunal arbitral au jour où elle statue.

- la mesure d'instruction demandée se heurte à l'existence de trois instances au fond pour lesquelles la mesure d'instruction a précisément pour objet d'intervenir au soutien des demandes formulées dans le cadre de ces procédures au fond. À cet égard ARF a admis dans ses conclusions de première instance au fond qu'elle entendait solliciter un sursis à statuer du tribunal de commerce de Strasbourg dans l'attente de la fin de la mesure d'instruction sollicitée dans le cadre de la présente instance en référé.

- il est indifférent qu'ALAT ne soit pas partie aux procédures au fond dès lors qu'ARF, demanderesse à l'expertise in futurum, était bien partie à ces procédures au fond. d'autant que les fournisseurs d'ARF, en se rapportant à la justice, émettent une contestation de principe, non motivée.

- le principe de bonne administration de la justice ne constitue pas une exception à la condition d'absence de tout procès en cours posée par l'article 145 du code de procédure civile.

- la demande d'expertise formulée par ARF doit être modifiée.

- la demande tendant à ordonner que l'expertise ne soit opposable qu'à ALAT est irrecevable comme contraire à l'obligation de concentration des demandes dans les premières conclusions d'appel ;

- compte tenu de la tentative de détournement de la procédure de l'article 145 du code de procédure civile, de l'acharnement procédural d'ARF et des accusations graves portées à l'encontre d'ALAT, il serait inéquitable de laisser à cette dernière la charge de ses frais irrépétibles.

Dans le dernier état de ses conclusions notifiées et déposées le 5 mars 2024 auxquelles il est expressément référé en application de l'article 455 du code de procédure civile, la société Circor demande à la cour de :

- donner acte à la société en ce qu'elle s'en rapporte à la justice quant à la recevabilité de la mesure d'expertise ;
- dans l'hypothèse où l'ordonnance serait infirmée et la demande d'expertise recevable, donner acte à la société Circor qu'elle formule les protestations et réserves d'usage quant à cette demande ;
- donner acte à la société qu'elle se réserve le droit d'invoquer ultérieurement tous moyens d'irrecevabilité et de défense.

Dans le dernier état de ses conclusions notifiées et déposées le 5 mars 2024 auxquelles il est expressément référé en application de l'article 455 du code de procédure civile, la société Emerson demande à la cour de :

à titre principal

- donner acte à la société Emerson de ce qu'elle s'en rapporte à la justice sur la recevabilité de la mesure d'instruction sollicitée par la société Axima Réfrigération France ;

à titre subsidiaire

- donner acte à la société Emerson de ce qu'elle formule les plus expresse protestations et réserves quant à sa mise en cause et toute allégation de responsabilité ;
- donner acte à la société Emerson de ce qu'elle se réserve le droit d'invoquer ultérieurement tous moyens d'irrecevabilité et de défense ;
- ordonner que les frais d'expertise soient mis à la charge de la société ARF ;
- réserver les dépens.

Dans le dernier état de ses conclusions notifiées et déposées le 1er mars 2024, auxquelles il est expressément référé en application de l'article 455 du code de procédure civile, la société Jeumont demande à la cour de :

- donner acte à la société Jeumont Electric qu'elle s'en rapporte à justice quant à l'irrecevabilité de la mesure d'expertise sollicitée ;

subsidiairement, en cas d'infirmité de l'ordonnance déferée :

- donner acte à la société Jeumont Electric de ses protestations et réserves d'usage quant à la demande d'expertise sans que cette position ne puisse être interprétée comme une quelconque reconnaissance de responsabilité ;

- désigner un collège d'experts comportant un expert spécialisé dans le domaine électrotechnique ;

- compléter la mission sollicitée par la société ARF par le libellé suivant :

se faire justifier des démantèlements, modifications et actions qui auraient été réalisées sur l'ensemble des équipements en lien avec les « non-conformités » alléguées et donner son avis sur les conséquences éventuelles qui y sont attachées en termes de préservation des preuves et de recherche des causes des « non-conformités » alléguées ;

diffuser une note aux parties récapitulant les diligences accomplies au terme de chaque réunion d'expertise ;

à l'issue de la première réunion d'expertise, ou dès que cela est possible, et en concertation avec les parties, définir un calendrier prévisionnel des opérations ;

l'actualiser ensuite dans les meilleurs délais selon l'avancement de ses opérations ;

déposer une note de synthèse des constatations effectuées et observations quant à celles-ci, permettant aux parties de faire valoir leurs propres observations dans un délai de six (6) semaines à compter de ladite note de synthèse ;

dire que l'expert ou le collège d'experts désigné devra déposer son rapport définitif dans un délai de six (6) mois à compter de sa saisine ;

Dire enfin que les parties communiqueront directement à l'expert ou au collège d'experts leurs pièces numérotées et sous bordereau daté ; que l'expert ou le collège d'experts pourra avoir recours, en cas de besoin, à un technicien autrement qualifié, à charge pour lui de joindre son avis au rapport d'expertise. »

- fixer le montant de la provision à valoir sur les honoraires du ou des experts désigné(s) et la mettre à la charge de la société Axima Réfrigération France en sa qualité de demanderesse à la mesure d'expertise ;

- réserver les dépens.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 27 juin 2024. Les débats ont eu lieu le même jour.

Par conclusions du 27 septembre 2024, la société ALAT a sollicité la réouverture des débats et la révocation de l'ordonnance de clôture en raison de la composition définitive du tribunal arbitral intervenue le 29 juillet 2024 lorsque le président dudit tribunal arbitral a accepté sa mission.

Les parties ont été invitées à présenter leurs observations sur cette demande le 30 septembre 2024.

Par courrier du 30 septembre 2024, la société Emerson a indiqué ne pas s'opposer à la demande.

Par courrier du 1er octobre 2024, la société Jeumont s'en est rapportée à justice sur le mérite des demandes de réouverture des débats et de révocation de l'ordonnance de clôture.

Par courrier du 2 octobre 2024, la société AXIMA demande qu'il soit fait une application stricte des dispositions de l'article 445 du code de procédure civile et que les conclusions et pièces de la société ALAT du 27 septembre 2024 soient écartées des débats. Elle ajoute que les conditions d'une réouverture des débats ne sont pas réunies, que la survenance de la composition du tribunal arbitral, évènement probable, connu de tous et débattu entre les parties ne peut justifier la réouverture des débats, n'a aucune incidence sur le litige et ne vient pas priver la cour de sa compétence.

La société Circor n'a fait aucune observation.

MOTIFS DE LA DÉCISION

1. Sur la demande de réouverture des débats :

En application de l'article 444 du code de procédure civile, le président peut ordonner la réouverture des débats. Il doit le faire chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés.

En l'espèce la demande de réouverture des débats formulée par la société ALAT ne relève pas du cas évoqué dans la seconde phrase de ce texte, aucun éclaircissement n'ayant été demandé aux parties et aucune note en délibéré n'ayant été sollicitée après la clôture des débats le 27 juin 2024.

Il appartient en revanche au pouvoir discrétionnaire du président, hormis le cas obligatoire de réouverture des débats rappelé ci-dessus, d'apprécier l'opportunité de la mesure laquelle revêt alors le caractère d'une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours.

Il est rappelé que le débat devant la cour a porté précisément sur le moment où devait être apprécié, pour faire application de l'article 1449 du code de procédure civile, la constitution du tribunal arbitral au sens de ce texte, soit au jour de la saisine du juge des référés soit au jour où la cour statue.

Il convient dès lors d'examiner ce point à titre préalable.

2. La recevabilité de la demande d'expertise au regard des dispositions de l'article 1449 du code de procédure civile :

La société ALAT soutient qu'en application de l'article 1449 du code de procédure civile, la constitution du tribunal arbitral prive la juridiction étatique de sa compétence pour prononcer une mesure d'instruction et que la condition de la constitution du tribunal arbitral doit être appréciée au jour où elle statue.

La société Axima fait valoir au contraire que l'article 1456 du code de procédure civile dispose clairement que le tribunal arbitral n'est constitué qu'au jour de l'acceptation de leur mission par le ou les arbitres et que le juge étatique garde sa compétence pour ordonner une mesure d'instruction.

En application de l'article 1449 du code de procédure civile, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal judiciaire ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage.

En application de l'article 1456 du code de procédure civile, le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.

Il n'est pas discuté qu'en l'espèce, la constitution du tribunal arbitral, au sens de ce texte n'est intervenue que le 29 juillet, date à laquelle le dernier arbitre désigné a accepté sa mission.

La condition relative à l'absence de constitution du tribunal arbitral est une condition de recevabilité de la demande présentée au juge des référés et, comme telle, elle doit être appréciée au jour de la demande, c'est-à-dire en l'espèce, au jour de l'assignation devant le président du tribunal de commerce d'Aix-en-Provence.

Seule la condition de l'urgence, qui n'est pas exigée pour prononcer une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, doit persister et être constatée au jour où le juge statue.

Il n'est pas contesté qu'à la date de saisine du juge des référés, le tribunal arbitral n'était pas constitué au sens de l'article 1456 du code de procédure civile et n'était pas encore saisi du litige.

Il en résulte que le juge des référés était bien compétent pour prononcer une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile et qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la réouverture des débats du fait de la composition du tribunal arbitral au jour où la cour statue.

Les conclusions déposées et notifiées le 27 septembre 2024, postérieurement à l'ordonnance de clôture et qui n'avaient pas été sollicitées sont par conséquent irrecevables.

3. Sur l'application de l'article 145 du code de procédure civile :

La société ARF soutient d'abord que la société ALAT n'est pas fondée à soulever la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un procès en cours entre elle-même et ses fournisseurs, s'agissant d'une fin de non-recevoir édictée dans l'intérêt d'une autre partie et qu'en l'espèce aucune procès n'existe entre elle-même et la société ALAT.

Elle rappelle que les sociétés Circor, Emerson et Jeumont n'ont pas soulevé cette irrecevabilité en s'en rapportant à justice ou en formant les protestations et réserves d'usage et que devant la cour elles ne formulent que des demandes de donner acte sans aucune portée juridique.

Elle précise encore que les litiges sont distincts, qu'il y a absence d'identité de parties, d'objet et de prétentions formulées par les parties. Elle affirme que sa demande est fondée sur une bonne administration de la justice puisqu'à défaut d'une expertise, elle se trouverait dans une impasse procédurale.

La société ALAT soutient au contraire que la règle conditionnant la recevabilité d'une demande d'instruction in futurum à l'absence de tout procès au fond, est une règle d'ordre public visant à une bonne administration de la justice de telle sorte que toute partie à la procédure est fondée à s'en prévaloir et que la Cour de cassation n'exige pas que les parties aux deux procès soient identiques mais qu'il suffit que l'intéressé qui sollicite la mesure soit partie à l'instance au fond. Elle ajoute que les fournisseurs de la société ARF ont bel et bien contesté la recevabilité de la demande en s'en rapportant à justice et que la société ARF sollicite la mesure en considération des actions au fond pendants contre ses fournisseurs. Elle conteste enfin l'impasse procédurale alléguée par la société AXIMA qui peut solliciter une mesure d'expertise dans le cadre des procédures pendantes devant le tribunal judiciaire de Strasbourg.

En application de l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir, avant tout procès au fond, la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les

mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

L'absence d'un procès au fond est une condition de recevabilité de la demande d'une mesure fondée sur l'article 145 du code de procédure civile. Contrairement à ce que soutient la société AXIMA, il ne s'agit nullement d'une règle édictée dans l'intérêt d'une partie, mais d'une règle destinée au respect des compétences de chaque juridiction que chacune des parties peut donc invoquer.

La condition de l'absence d'un procès au fond, sur le même litige, doit être vérifiée par le juge au jour de sa saisine et il n'est pas exigé que les parties aux deux procès soient identiques, il suffit que l'intéressé, qui sollicite une mesure d'instruction in futurum, soit partie à l'instance au fond.

Les instances introduites par la société ARF devant la chambre commerciale du tribunal judiciaire de Strasbourg à l'encontre de ses fournisseurs/ sous-traitants sont fondées sur les non-conformités, défauts ou malfaçons imputées à la société ARF par la société ALAT et qu'elle entend elle-même reprocher à ses fournisseurs/sous-traitants sur le fondement des vices cachés ou rédhibitoires.

Elle a produit à l'appui de ses assignations les pièces sur lesquelles la société ALAT se fonde pour établir les non-conformités ou malfaçons alléguées et, dans ses conclusions de première instance devant le président du tribunal de commerce d'Aix-en-Provence, la société ARF indiquait qu'elle entendait obtenir du tribunal judiciaire de Strasbourg un sursis à statuer dans l'attente de la mesure d'instruction qu'elle sollicitait devant le juge des référés du tribunal de commerce d'Aix-en-Provence.

Enfin, les défenderesses dans les instances engagées devant la chambre commerciale du tribunal judiciaire de Strasbourg sont également parties dans l'instance tendant à la mesure in futurum.

Le litige a donc le même objet, établir la réalité des défauts, vice, non-conformités des pièces et éléments fournis par la société ARF à la société ALAT, peu important le fondement juridique applicable aux relations entre les différentes parties et peu important que la société ALAT ne soit pas partie aux instances au fond devant la juridiction de Strasbourg.

Un procès au fond était donc en cours au moment de la saisine du juge des référés et c'est à bon droit que celui-ci a déclaré irrecevable la demande formée par la société ARF en présence d'un procès en cours, faisant obstacle aux dispositions de l'article 145 du code de procédure civile.

L'ordonnance déferée est confirmée en toutes ses dispositions.

La société ARF, qui succombe, est condamnée aux dépens et au paiement de la somme de 10 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile au profit de la société ALAT.

PAR CES MOTIFS

La cour,

Dit n'y avoir lieu à réouverture des débats,

Déclare irrecevables les conclusions de la SA Air liquide advanced technologies notifiées et déposées le 27 septembre 2024 ;

Confirme en toutes ses dispositions l'ordonnance de référé du 18 décembre 2023,

Condamne la SAS Axima réfrigération France aux dépens,

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la SAS Axima réfrigération France à payer à SA Air liquide advanced technologies la somme de 10 000 euros.

Le Greffier, La Présidente,