



**Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 17 décembre 2020, 18-24.103 18-24.915, Publié au bulletin**

**Cour de cassation - Chambre civile 2**

N° de pourvoi : 18-24.103, 18-24.915  
ECLI:FR:CCASS:2020:C201428  
Publié au bulletin  
Solution : Cassation partielle

**Audience publique du jeudi 17 décembre 2020**

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, du 26 septembre 2018

Président  
M. Pireyre (président)

Avocat(s)  
Me Bouthors, SARL Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Célice, Texidor, Périer, SCP L. Poulet-Odent, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy

**Texte intégral**

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

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

CIV. 2

LM

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 17 décembre 2020

Cassation partielle

M. PIREYRE, président

Arrêt n° 1428 F-P+I

Pourvois n°  
W 18-24.103  
D 18-24.915 Jonction

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 17 DÉCEMBRE 2020

I. 1°/ La société HDI Gerling Industrie Versicherung AG - HDI Global SE, société de droit allemand, dont le siège est HDI - Platz 1, 30659 Hanovre (Allemagne),

2°/ la société Küttner GmbH & Co KG, société de droit allemand, dont le siège est Alfredstrasse 28, 45130 Essen (Allemagne),

ont formé le pourvoi n° W **18-24.103** contre un arrêt rendu le 26 septembre 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 4, chambre 5), dans le litige les opposant :

1°/ à la société Fonderie mécanique générale castelbriantaise (FMGC), société anonyme, dont le siège est lieu-dit Hochepie, 44100 Soudan,

2°/ à la société [...], société de droit allemand, dont le siège est Gothaer Allee 1, 50969 Cologne (Allemagne),

3°/ à M. K... H..., domicilié [...] Sarrebruck (Allemagne), pris en qualité d'administrateur judiciaire de la société de droit allemand Rea Rhein Emscher Armaturen GmbH,

4°/ à la société Allianz Iard, société anonyme, dont le siège est 1 cours Michelet, CS 30051, 92076 Paris La Défense cedex, anciennement dénommée AGF Iart,

5°/ à la société Küttner manutention et automatisation, société à responsabilité limitée unipersonnelle, dont le siège est 5 rue des Jardins, 67140 Barr, anciennement dénommée Sarl Küttner,

6°/ à la société Aig Europe SA, société anonyme de droit étranger, dont le siège est 10 B rue des Mérovingiens, 8070 Bertrange (Luxembourg), ayant un établissement en France, tour CB21, 16 place de l'Iris, 92400 Courbevoie, venant aux droits de la société Aig Europe Limited, elle-même venant aux droits de la société Chartis Europe,

défendeurs à la cassation.

II. La Société Küttner manutention et automatisation, société à responsabilité limitée unipersonnelle,

a formé le pourvoi n° D 18-24.915 contre le même arrêt, dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Fonderie mécanique générale castelbriantaise (FMGC), société anonyme,

2°/ à la société [...],

3°/ à M. K... H..., pris en qualité d'administrateur judiciaire de la société de droit allemand Rea Rhein Emscher Armaturen GmbH,

4°/ à la société Allianz Iard, société anonyme, anciennement dénommée AGF Iart,

5°/ la société Küttner GmbH & Co KG,

6°/ à la société HDI Gerling Industrie Versicherung AG - HDI Global SE,

7°/ à la société Aig Europe SA, société anonyme de droit étranger, venant aux droits de la société Aig Europe Limited, elle-même venant aux droits de la société Chartis Europe,

défendeurs à la cassation.

La société [...] et la société Allianz Iard ont formé, chacune, un pourvoi incident éventuel contre le même arrêt dans les recours n° W **18-24.103** et D 18-24.915.

M. K... H..., agissant en qualité d'administrateur judiciaire de la société Rea Rhein Emscher Armaturen GmbH, a formé un pourvoi provoqué dans le recours n° W **18-24.103**.

La société Aig Europe SA, venant aux droits de la société Aig Europe Limited, elle-même venant aux droits de la société Chartis, a formé un pourvoi incident dans le recours n° D 18-24.915.

Les sociétés HDI Global SE et Küttner GmbH & Co KG, demanderesse au pourvoi principal n° W **18-24.103**, invoquent, à l'appui de leur recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

La société Küttner manutention et automatisation, demanderesse au pourvoi principal n° D 18-24.915, invoque, à l'appui de son recours, cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La société [...], demanderesse aux pourvois incidents éventuels n° W **18-24.103** et D 18-24.915, invoque, à l'appui de ses recours, un moyen unique de cassation commun annexé au présent arrêt.

La société Allianz Iard, demanderesse aux pourvois incidents éventuels n° W **18-24.103** et D 18-24.915, invoque, à l'appui de ses recours, deux moyens de cassation communs annexés au présent arrêt.

M. H..., es qualités, demandeur au pourvoi provoqué n° W **18-24.103**, invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

La société Aig Europe SA, demanderesse au pourvoi incident n° D 18-24.915, invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de Mme Bouvier, conseiller, les observations de la SCP L. Poulet-Odent, avocat des sociétés HDI Global SE et Küttner GmbH & Co KG, de la SARL Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat de la société Küttner manutention et automatisation, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de la société Allianz Iard, de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de la société Fonderie mécanique générale castelbriantaise, de Me Bouthors, avocat de M. H..., en qualité d'administrateur judiciaire de la société Rea Rhein Emscher Armaturen GmbH, de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Aig Europe SA, venant aux droits de la société Aig Europe Limited, elle-même venant aux droits de la société Chartis Europe, de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de la société [...], et l'avis de M. Grignon Dumoulin, avocat général, après débats en l'audience publique du 12 novembre 2020 où étaient présents M. Pireyre, président, Mme Bouvier, conseiller rapporteur, Mme Gelbard-Le Dauphin, conseiller doyen, et M. Carrasco, greffier de chambre,

la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° W **18-24.103** et D 18-24.915 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 septembre 2018), par un contrat des 6 février 2004 et 27 mars 2004, la société Fonderie mécanique générale castelbriantaise (la société FMGC), qui exploite une fonderie, a confié à la société Küttner, devenue la société Küttner manutention et automatisation (la société Küttner), la livraison, le montage et la mise en route d'un cubilot « à vent chaud », pour remplacer deux cubilots « à vent froid ».

3. Une fusion préliminaire a eu lieu le 26 août 2004, la mise en production, ou « mise en service industrielle », le 30 août 2004 et la réception le 30 septembre 2004.

4. La société Küttner, assurée auprès de la société AGF (devenue la société Allianz Iard), a commandé à sa société mère, la société de droit allemand Küttner GmbH & Co KG (la société KKG), assurée auprès de la société HDI Gerling Industrie Versicherung AG, devenue la société HDI Global SE (la société HDI), différents équipements dont douze tuyères, six d'entre elles étant appelées à équiper le cubilot, les six autres constituant une réserve de pièces détachées.

5. La société KKG s'est elle-même fournie pour ces tuyères auprès de la société de droit allemand Rea Rhein Emscher Armaturen GmbH (la société Rea), suivant des bons de commande des 25 mars et 3 mai 2004.

6. La société Rea a souscrit une police d'assurance responsabilité civile auprès de la société [...] (la société [...]), régie par le droit allemand.

7. La mise en service de l'installation a eu lieu le 30 août 2004 mais, à 21 heures le même jour, des explosions brutales se produisant à l'intérieur du cubilot ont nécessité un arrêt d'urgence.

8. L'installation a été remise en service avec les tuyères Rea de remplacement disponibles, de même fabrication, mais une explosion identique à celle du 30 août 2004 est survenue à l'intérieur du cubilot le 6 septembre 2004.

9. Le 13 septembre 2004, l'installation a finalement été remise en service, après de notables modifications ainsi que le remplacement des tuyères par un autre type de tuyères, d'un modèle antérieur provenant d'un autre fournisseur.

10. Cette installation a été réceptionnée le 23 novembre 2004.

11. La société FMGC a assigné la société Küttner et l'assureur de la responsabilité civile de celle-ci, la société Allianz Iard, afin qu'elles soient condamnées solidairement à l'indemniser de son préjudice, évalué aux sommes de 4 040 306 euros au titre de son préjudice certain et actuel et de 10 800 000 euros au titre de son préjudice certain et futur.

12. La société FMGC a assigné en intervention forcée au titre de ses pertes d'exploitation, son propre assureur, la société Aig Europe Limited (la société Aig), venant aux droits de la société Chartis.

13. La société [...] est intervenue volontairement à l'instance en qualité d'assureur de la société Rea puis a été assignée par la société Allianz Iard, agissant en qualité d'assureur de la société Küttner.

14. La société Rea ayant fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité régie par le droit allemand, la société Allianz Iard a assigné M. H... en sa qualité d'administrateur judiciaire de cette société.

Examen des moyens

Sur le moyen, pris en ses première, deuxième et quatrième branches, du pourvoi incident de la société Aig, ci-après annexé (n° D 18-24.915)

15. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui sont irrecevables.

Sur le premier moyen du pourvoi principal de la société Küttner et le premier moyen du pourvoi incident éventuel relevé par la société Allianz Iard (n° D 18-24.915), réunis

La chambre commerciale de la Cour de cassation a délibéré sur ces moyens, après débats à l'audience publique du 30 juin 2020 où étaient présents Mme Mouillard, présidente de chambre, M. Rémy, conseiller doyen, et Mme Fontaine, conseillère rapporteure.

Enoncé du moyen

16. Par son premier moyen, la société Küttner fait grief à l'arrêt de la condamner, in solidum avec la société Aig (dans la limite de la police et sous déduction d'une provision de 450 000 euros) ainsi qu'avec les sociétés KKG et HDI, à payer à la société FMGC la somme de 2 128 880 euros HT arrêtée au 18 octobre 2011, outre intérêts au taux légal à compter de l'assignation introductive d'instance et en conséquence de condamner la société Allianz lard aux entiers dépens et à payer une somme de 100 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 1°/ que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le préjudice de la société FMGC évalué à la somme de 2 128 888 euros HT correspondait aux conséquences du blocage de la production de son usine de fonderie, par suite de l'indisponibilité du cubilot commandé à la société Küttner, entre le 30 août 2004, date contractuellement prévue pour la mise en production du cubilot, et le 13 septembre 2004, date à laquelle cette mise en production était intervenue sans incident, après les tentatives manquées du 30 août et du 6 septembre 2004 ; qu'en refusant d'appliquer à la réparation de ce préjudice, né du non-respect de l'échéance contractuelle fixée au 30 août 2004, la clause contractuelle plafonnant à 5 % du montant du marché la responsabilité de la société Küttner au titre des conséquences du retard qui serait apporté à la mise en production du cubilot, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article 1134, devenu 1103, du code civil ;

2°/ que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le préjudice de la société FMGC évalué à la somme de 2 128 888 euros HT était directement lié au fait que les explosions subies par le cubilot le 30 août et le 6 septembre 2004 avaient retardé sa mise en production au 13 septembre 2004, ce qui avait entraîné pour la société FMGC une perte de production de quatorze jours par rapport au délai de mise en production contractuellement fixé au 30 août 2004 ; qu'en affirmant toutefois, pour en déduire l'inapplicabilité de la clause limitant la responsabilité de la société Küttner au titre des conséquences du retard, que la société FMGC, « du fait des deux explosions », avait « subi une perte de sa production indépendamment du retard de livraison », la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article 1134, devenu 1103, du code civil. »

17. Par son premier moyen, la société Allianz lard fait grief à l'arrêt de condamner la société Küttner, in solidum avec la société Aig (dans la limite de la police et sous déduction d'une provision de 450 000 euros) ainsi qu'avec les sociétés KKG et HDI, à payer à la société FMGC la somme de 2 128 880 euros HT arrêtée au 18 octobre 2011, outre intérêts au taux légal à compter de l'assignation introductive d'instance, et en conséquence de la condamner aux entiers dépens et à payer une somme de 100 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, alors « que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ; que le bon de commande du 6 février 2004 entre la société FMGC et la société Küttner stipulait qu'en cas de retard sur la mise en service de l'installation de fusion, conditionnant le redémarrage de l'usine, pour des raisons imputables au fournisseur, les pénalités ne pourraient pas dépasser le montant maximum de 5 % du montant du marché et seraient libératoires pour les dommages subis par la société FMGC quant aux conséquences du retard ; qu'en refusant d'appliquer cette clause à la réparation du préjudice de la société FMGC résultant de la perte de production consécutive au retard de livraison, la cour d'appel a violé l'article 1134, devenu 1103, du code civil. »

Réponse de la Cour

18. L'arrêt constate qu'aux termes de la clause litigieuse, figurant dans le bon de commande rédigé par la société FMGC, « les pénalités de retard sur la date de mise en production (le 30 août 2004) avec une franchise de 2 jours, pour des raisons imputables au fournisseur s'élèvent à 0,5 % du montant global HT de la commande par jour entier de retard jusqu'à un montant maximum de 5 % du montant du marché. Le paiement de ces pénalités est libératoire pour les dommages subis par FMGC quant aux seules conséquences du retard ».

19. Dès lors, la cour d'appel, qui a relevé que la mise en service de l'installation avait eu lieu le 30 août 2004, conformément aux prévisions du contrat, a pu écarter l'application de cette clause, laquelle ne fixait que le montant de pénalités libératoires en cas de retard de mise en production à compter de cette date, sans avoir pour effet de limiter l'indemnisation du préjudice global subi par la société FMGC du fait des deux explosions postérieures.

20. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le premier moyen du pourvoi incident éventuel de la société [...] (n° D 18-24.915) et le moyen de son pourvoi incident éventuel (n° W 18-24.103), rédigés en termes identiques, réunis

21. La société [...] fait grief à l'arrêt d'écarter l'exclusion de garantie qu'elle opposait à son assurée, la société Rea, alors :

« 1°/ que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'après avoir observé que la clause d'exclusion de garantie s'appliquait aux dommages occasionnés par des produits dont l'emploi ou l'effet n'avait pas été suffisamment testé en vue de l'usage concret auxquels ils étaient destinés et ce, selon l'état des sciences et de la technique, l'arrêt attaqué a estimé que, avant livraison à l'entrepreneur principal, l'assuré avait insuffisamment testé les tuyères litigieuses et que leur conception n'avait même fait l'objet d'aucune étude et d'aucune vérification avant leur mise en service chez le maître de l'ouvrage ; qu'en rejetant néanmoins l'exclusion de garantie opposée par l'assureur, omettant de tirer les conséquences légales de ses propres énonciations, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que les termes du litige sont déterminés par les prétentions respectives des parties ; qu'en présumant l'inapplicabilité de la clause d'exclusion de garantie pour la raison que l'entrepreneur principal – tiers au contrat d'assurance – avait été dans l'impossibilité de tester les tuyères litigieuses, tandis que le différend portait sur la question de savoir si l'assuré avait lui-même pu effectuer les tests requis, la cour d'appel a modifié les données du débat en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en inférant l'inapplicabilité de la clause d'exclusion de garantie de l'absence de lien causal entre le sinistre et le non-respect de la stipulation, quand sa mise en oeuvre était uniquement subordonnée à la survenance d'un dommage résultant de l'emploi ou de l'effet d'un produit insuffisamment testé, la cour d'appel a méconnu la loi des parties en violation de l'article 1134 du code civil. »

Réponse de la Cour

22. L'arrêt relève que la société [...] oppose un refus de garantie à son assurée en invoquant la clause d'exclusion de garantie dite « clause de mise à l'épreuve » (Erprobungsklausel), prévue par la clause B 6.10 de la police d'assurances : « Exclusions - 6 Ne sont pas assurées, en sus des exclusions désignées à la section A 15 : (

) - 6.10 Les demandes fondées sur des dommages aux biens et sur des dommages pécuniaires occasionnés par des produits dont l'emploi ou l'effet n'avait pas été suffisamment testé en vue de l'usage concret auxquels ils étaient destinés et ce, selon l'état des sciences et de la technique ».

23. La décision retient, par motifs propres et adoptés, que l'expert judiciaire a conclu qu'aucun des moyens couramment employés dans l'industrie ne permettait de détecter le vice interne qui affectait les tuyères avant leur mise en service et que ce vice de construction présentait même un caractère pernicieux en ce sens qu'il ne pouvait être révélé ni par une anomalie de débit de circulation de sortie des tuyères ni par les alarmes de température qui équipaient le circuit.

24. La décision en déduit que, compte tenu de cette impossibilité, qui ne relève pas du fait de la société Rea, de réaliser des vérifications plus amples que celles effectuées, la clause d'exclusion de garantie ne saurait lui être opposée.

25. En l'état de ses constatations et énonciations, la cour d'appel a pu, par ces seuls motifs, retenir que les conditions d'application de la clause litigieuse n'étaient pas réunies.

26. Le moyen, inopérant en sa deuxième branche, en ce qu'elle vise une erreur matérielle, est non fondé pour le surplus.

Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche, du pourvoi principal de la société HDI et de la société KKG et sur le moyen du pourvoi provoqué de M. H..., en qualité d'administrateur judiciaire de la société Rea (n° W 18-24.103) et le second moyen, pris en sa première branche, du pourvoi incident éventuel de la société Allianz Iard (n° W 18-24.103 et D 18-24.915), réunis

Énoncé du moyen

27. Par leur moyen, pris en sa première branche, la société HDI et son assurée, la société KKG, font grief à l'arrêt d'infirmier le jugement en ce qu'il retient l'obligation pour la société [...] de garantir son assurée, la société de droit allemand Rea, en procédure d'insolvabilité, des condamnations inscrites à son passif et de dire en conséquence que la société [...] n'avait pas à relever et garantir Rea desdites sommes, alors « que l'exclusion de garantie stipulée dans un contrat d'assurance décharge l'assureur dans la seule limite du risque qui fait l'objet de l'exclusion ; qu'au titre de la police d'assurance souscrite par la société Rea auprès de la société [...], celle-ci s'était engagée « à garantir Rea pour tous les dommages matériels et immatériels consécutifs, causés par les produits fabriqués par cette dernière » ; qu'il résultait de l'article 4 section B que « sont assurées les demandes de dommages-intérêts ayant un fondement légal, y compris celles résultant de l'absence de qualités promises [ ] dans la mesure où il s'agit de : 4.1 Dommages aux personnes et aux biens et les préjudices consécutifs en résultant » et de la clause A 15.6 que les demandes « résultant d'une activité de conception [ ] pour des dommages aux biens qui ont fait l'objet de cette activité » ne sont pas assurées ; qu'en écartant toute demande contre l'assureur, quand elle avait elle-même constaté que le dommage résultait non seulement de l'activité de conception de la société Rea mais également de son activité de fabrication, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ces constatations en violation du principe de la force obligatoire du contrat ensemble les principes dont s'inspire l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. »

28. Par son moyen, M. H..., en sa qualité d'administrateur judiciaire de la société Rea, d'infirmier le jugement en ce qu'il retient que l'obligation pour la société [...] de garantir son assurée, la société de droit allemand Rea, en procédure d'insolvabilité, des condamnations inscrites à son passif et de dire en conséquence que l'assureur [...] n'avait pas à relever et garantir Rea desdites sommes, alors « qu'en l'état d'une exclusion de garantie contractuellement limitée aux seuls dommages issus d'une activité de conception, la cour d'appel, qui a retenu la responsabilité de la société Rea dans la fabrication des tuyères litigieuses, activité entrant cependant dans le champ de la garantie souscrite, sans autrement caractériser l'existence d'une activité de conception qui entrerait dans le champ de l'exclusion, a méconnu la force obligatoire du contrat ensemble l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. »

29. Par son moyen, pris en sa première branche, la société Allianz Iard fait grief à l'arrêt d'infirmier le jugement, en ce qu'il retient l'obligation pour la société [...] de garantir son assurée, la société Rea, et en ce qu'il la condamne à participer à l'indemnisation du préjudice subi par la société FMGC et de débouter la société Allianz Iard de sa demande en garantie dirigée contre la société [...], assureur de la société Rea, alors « que l'exclusion de garantie stipulée dans un contrat d'assurance décharge l'assureur dans la seule limite du risque qui fait l'objet de l'exclusion ; qu'en faisant application de la clause d'exclusion de garantie stipulée dans le contrat d'assurance souscrit par la société Rea auprès de la société [...] pour les demandes résultant d'une activité de conception, après avoir pourtant relevé que le sinistre trouvait sa cause, outre dans les défauts de conception, dans les vices de fabrication des tuyères qu'elle avait fournies, la cour d'appel a violé l'article 1134, devenu 1103, du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1134, devenu 1103, du code civil :

30. Il résulte de ce texte que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

31. Pour écarter toute demande en garantie contre la société [...], l'assureur de la société Rea, l'arrêt énonce qu'il ressort du rapport d'expertise judiciaire que si la société KKG a établi un « plan guide » des tuyères litigieuses, la société Rea a établi ses propres plans d'exécution et plans de détails des tuyères qu'elle a fabriquées.

32. La décision ajoute que, selon l'expert judiciaire, le sinistre provient de la fusion d'un ou de plusieurs nez de tuyères peu après le démarrage de l'installation et que cette fusion est imputable à une insuffisance du débit d'eau de refroidissement dans la partie en cuivre de certaines des tuyères qui résulte tant de vices internes de construction que d'une erreur de conception imputable à la société Rea dont les plans de réalisation ont fait état d'une « géométrie fonctionnelle », que certaines libertés prises par le fabricant des tuyères, la société Rea, vis-à-vis des instructions communiquées par le concepteur du cubilot et des tuyères ont pu sensiblement accentuer l'effet des vices internes de construction des tuyères.

33. L'arrêt en déduit que dès lors que l'erreur commise par la société Rea dans la conception de ses tuyères a contribué à la survenance du sinistre, la clause d'exclusion prévue par l'article 15- 6 de la police conduit au rejet de la demande de garantie formée à l'encontre de la société [...].

34. En statuant ainsi, alors que la clause litigieuse, claire et précise, n'excluait pas de la garantie les préjudices résultant d'une activité de fabrication, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche, du pourvoi principal de la société Küttner et le second moyen, pris en sa première branche, du pourvoi incident éventuel de la société [...] (pourvoi n° D 18-24.915), réunis

## Enoncé du moyen

35. Par son moyen pris en sa première branche, la société Küttner fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande en garantie dirigée contre la société Allianz lard, son assureur, alors « que la décharge de l'assureur sur le fondement de l'article L. 121-12, alinéa 2, du code des assurances suppose, non seulement que la subrogation ne puisse plus s'opérer en faveur de l'assureur, mais encore que cette privation du bénéfice de la subrogation soit la conséquence d'un fait fautif de l'assuré ; que la cour d'appel a elle-même constaté que le contrat de fourniture conclu par la société Küttner avec la société de droit allemand KKG était soumis au droit allemand ; qu'en se bornant à relever, pour faire droit à l'exception de subrogation soulevée par Allianz lard, assureur de la société Küttner, que ce contrat de fourniture contenait une clause limitative de responsabilité au profit de la société KKG, sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il s'agissait d'une clause d'usage conforme aux pratiques allemandes, dont la stipulation était insusceptible d'être imputée à faute à la société Küttner, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susmentionné. »

36. Par son moyen, pris en sa première branche, la société [...] fait grief à l'arrêt de débouter l'entrepreneur principal, la société Küttner, de son appel en garantie dirigé à l'encontre de son assureur, la société Allianz lard, alors « que la décharge fondée sur l'article L. 121-12, alinéa 2, du code des assurances suppose, non seulement que la subrogation ne puisse plus s'opérer en faveur de l'assureur, mais encore que cette privation soit la conséquence d'un fait fautif de l'assuré ; que l'arrêt attaqué a lui-même constaté que le contrat de fourniture conclu par l'assurée avec la société de droit allemand KKG était soumis au droit allemand ; qu'en se bornant à relever, pour faire droit à l'exception de subrogation soulevée par l'assureur de l'entrepreneur principal, que ce contrat de fourniture contenait une clause limitative de responsabilité au profit de la société KKG, sans rechercher s'il s'agissait d'une clause d'usage conforme aux pratiques allemandes, dont la stipulation n'était pas susceptible d'être imputée à la faute de l'assurée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé. »

## Réponse de la Cour

Vu l'article L. 121-12, alinéa 2, du code des assurances :

37. Aux termes de ce texte, l'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur.

38. Pour accueillir l'exception de subrogation invoquée par la société Allianz lard, assureur de responsabilité de la société Küttner, l'arrêt retient que l'assureur est privé, du fait de la clause litigieuse devant s'interpréter comme limitative de responsabilité, stipulée par l'assurée au profit du fournisseur, la société mère KKG, de tout recours subrogatoire dans les droits de son assurée, Küttner, tant à l'égard de KKG que de son assureur, HDI.

39. En se déterminant ainsi, sans caractériser l'existence d'une faute à la charge de la société Küttner ayant privé son assureur du bénéfice de la subrogation pouvant s'opérer en sa faveur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Sur le moyen, pris en sa troisième branche, du pourvoi incident de la société Aig (n° D 18-24.915)

## Enoncé du moyen

40. La société Aig fait grief à l'arrêt de la condamner, in solidum et sous la garantie des autres intervenants ainsi que de l'assureur de la société KKG, la société HDI, à régler la somme de 2 128 880 euros hors taxes arrêtée au 18 octobre 2011, augmentée des intérêts au taux légal à compter de l'assignation, alors « que la cassation à intervenir sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi « incident » entraînera la cassation, par voie de conséquence et par simple application de l'article 624 du code de procédure civile, du chef de l'arrêt ayant débouté la société Aig de ses demandes en paiement dirigées contre les sociétés Allianz lard et [...]. »

## Réponse de la Cour

41. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation des dispositions de l'arrêt écartant la garantie des sociétés Allianz lard et [...] entraînera la cassation, par voie de conséquence, du chef de l'arrêt présentant un lien de dépendance nécessaire en ce qu'il déboute la société Aig de ses demandes en paiement dirigées contre ces deux sociétés.

Et sur les quatrième et cinquième moyens, pris en leur deuxième et troisième branches, du pourvoi principal de la société Küttner (n° D 18-24.915), réunis

## Enoncé des moyens

42. La société Küttner fait grief à l'arrêt de la condamner, in solidum avec les sociétés Aig, KKG et HDI aux entiers dépens et à payer à la société FMGC la somme de 100 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 1°/ que la partie perdante est, en principe, condamnée aux dépens ; que la cassation qui sera prononcée sur le deuxième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société [...], assureur de Rea, aura pour conséquence de retirer à la société [...] la qualité de partie gagnante ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 696 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a dispensé la société [...] de la charge des dépens ;

2°/ que la partie perdante est, en principe, condamnée aux dépens ; que la cassation qui sera prononcée sur le troisième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société Allianz lard, assureur de la société Küttner, aura pour conséquence de retirer à Allianz lard la qualité de partie gagnante ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le troisième moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 696 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a dispensé la société Allianz lard de la charge des dépens ;

3°/ que toute partie perdante peut faire l'objet d'une condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la cassation qui sera prononcée sur le deuxième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société [...], assureur de Rea, aura pour conséquence de retirer à la société [...] la qualité de partie gagnante ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 700 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a dispensé la société [...] de la charge de la condamnation prononcée en faveur de la société FMGC au titre des frais irrépétibles ;

4°/ que toute partie perdante peut faire l'objet d'une condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la cassation qui sera

prononcée sur le troisième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société Allianz Iard, assureur de la société Küttner, aura pour conséquence de retirer à Allianz Iard la qualité de partie gagnante ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le troisième moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 700 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a dispensé la société Allianz Iard de la charge de la condamnation prononcée en faveur de la société FMGC au titre des frais irrépétibles. »

Réponse de la cour

43. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation des dispositions de l'arrêt écartant la garantie des sociétés [...] et Allianz Iard entraîne la cassation des chefs de dispositif présentant un lien de dépendance nécessaire en ce qu'ils condamnent la société Küttner, in solidum avec les sociétés Aig, KKG et HDI, au paiement des entiers dépens ainsi qu'au paiement à la société FMGC de la somme de 100 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et en ce qu'ils dispensent les sociétés [...] et Allianz Iard de la charge des dépens et de la charge de la condamnation prononcée en faveur de la société FMGC au titre des frais irrépétibles.

Portée et conséquences de la cassation

44. La cassation des dispositions rejetant les demandes en garantie formées contre la société Allianz Iard, assureur de la société Küttner, et contre la société [...], assureur de la société Rea, n'entraîne pas la cassation de la condamnation in solidum de la société Aig, assureur de FMGC, des sociétés Küttner, KKG et HDI à indemniser la société FMGC, devenue irrévocable.

45. Les cassations prononcées par le présent arrêt entraînent par voie de conséquence la cassation de l'ensemble des chefs de décision relatifs, en cause d'appel, aux dépens et frais irrépétibles.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs des pourvois n° W 18-24.103 et D 18-24.915, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il infirme le jugement du 2 juin 2014 qui a retenu l'obligation pour la société [...] de garantir son assurée, la société de droit allemand Rea Rhein Emscher Armaturen GmbH, et pour la compagnie Allianz Iard de garantir son assurée la SARL Küttner, devenue Küttner manutention et automatisation et les a en conséquence condamnées à participer à l'indemnisation du préjudice subi par la société Fonderie et mécanique générale castelbriantaise (FMGC), et en ce qu'il déboute les parties de leurs demandes dirigées contre la société [...] et la société Allianz Iard, déboute la société Aig Europe Limited, en sa qualité d'assureur de la société FMGC, de ses demandes en paiement et condamne in solidum la société Aig Europe limited, la société Küttner devenue Küttner manutention et automatisation, la société Küttner GmbH & Co KG et la société HDI Gerling Industrie Versicherung AG au paiement des entiers dépens ainsi qu'au paiement de la somme de 100 000 euros à la société FMGC sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 26 septembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Allianz Iard et [...] aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes formées par les sociétés Allianz Iard et [...] et les condamne, chacune, à payer à la société Küttner manutention et automatisation, la société HDI Gerling Industrie Versicherung AG, la société Küttner GmbH & Co KG, la société Aig Europe Limited et à M. H..., en qualité d'administrateur judiciaire de la société Rea Rhein Emscher Armaturen GmbH, la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences 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, deuxième chambre civile, prononcé par le président en son audience publique du dix-sept décembre deux mille vingt et signé par lui et Mme Gelbard-Le Dauphin, conseiller doyen, en remplacement du conseiller rapporteur empêché, conformément aux dispositions des articles 452 et 456 du code de procédure civile.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal n° W 18-24.103 par la SCP L. Poulet-Odent, avocat aux Conseils, pour les sociétés HDI Global SE et Küttner GmbH & Co KG

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement en ce qu'il avait retenu l'obligation pour la société [...] de garantir son assurée la société de droit allemand REA ;

AUX MOTIFS QUE « sur la garantie de la société [...] prise en sa qualité d'assureur de REA : le contrat d'assurance de responsabilité civile souscrit par REA auprès de la société [...] est régi par le droit allemand ; qu'il est constant qu'en droit allemand, les polices d'assurance responsabilité civile reposent sur des conditions-type élaborées par la Confédération du secteur allemand de l'assurance, à savoir : - d'une part, les conditions générales (« Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung – AHB ») ; - d'autre part, les conditions particulières spécifiques à chaque police, couvrant les risques patrimoniaux liés aux produits défectueux (« Besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Produkt - Haftpflichtversicherung von Industrie – und Handelsbetrieben – PHB ») » ; qu'il n'est pas non plus contesté que le contrat d'assurance souscrit par REA auprès de F... est conforme à ces conditions-type et que ses clauses sont valables ; que la société [...] oppose un refus de garantie ; qu'elle invoque en particulier plusieurs clauses d'exclusion de garantie et se prévaut d'un certificat de coutume du Prof Witz complété par un document intitulé « expertise » du Prof Notthoff tandis que KKG produit en réplique un certificat de coutume du prof Römer [

] ; que la police souscrite auprès de la société [...] comporte une exclusion de garantie des dommages résultant d'une activité de conception ; que la clause A 15.6 de la police d'assurance de REA prévoit : « 15. Exclusions – Ne sont pas assurées les demandes : (

) 15.6 résultant d'une activité de conception, de conseil, de maîtrise d'oeuvre, d'analyse ou d'expertise pour des dommages aux biens qui ont fait l'objet de cette activité (p. ex. les biens qui ont été fabriqués suivant la conception) » ; que l'assurée a déclaré à la société [...] au moment de la souscription de l'assurance qu'elle ne réalisait que du travail à façon et qu'elle n'assurait aucun travail de conception ; qu'il ressort cependant du rapport d'expertise que si KKG a établi un « plan guide » des tuyères litigieuses, référencé dans sa commande n° 9999-5-130/140x800, REA a établi ses propres plans d'exécution et plans de détails des tuyères qu'elle a fabriquées même si elle s'est bornée à communiquer à l'expert le seul plan n° 2-2071-00 ; que KKG lui reproche d'ailleurs d'avoir conçu et construit les tuyères en fonction de son propre savoir-faire et de ses propres plans d'exécution et plans de détails ; qu'après examen des plans communiqués, l'expert a indiqué que le plan REA est moins détaillé que le plan KKG ce qui ne permet pas de comparer précisément la définition interne des parties aciers (cf. p.

87) ; qu'il a cependant noté des variantes de construction entre les deux plans et des différences de construction au niveau des joints soudés en particulier entre les tuyères telles que construites et leur définition telle que prévue à la commande ; qu'après analyse des variantes entre les tuyères de KKG et de REA, il a relevé que, comme précédemment indiqué, les tuyères litigieuses définies par REA présentent une sensibilité plus grande que les autres vis-à-vis du risque de mise en ébullition de l'eau (risque de « caléfaction » (cf. p. 93) et que les conditions d'écoulement de l'eau à l'intérieur de ces tuyères sont très différentes de celles rencontrées dans les autres modèles de tuyères présentés en cours d'expertise (cf. p. 94) ; qu'il n'a cependant pas pu obtenir communication des notes de calcul susceptibles de justifier le dimensionnement des tuyères le dispositif de refroidissement ; que selon l'expert, le sinistre provient de la fusion d'un ou de plusieurs nez de tuyères peu après le démarrage de l'installation ; que cette fusion est imputable à une insuffisance du débit d'eau de refroidissement dans la partie en cuivre de certaines des tuyères qui résulte tant de vices internes de construction que d'une erreur de conception imputable à REA dont les plans de réalisation ont fait état d'une « géométrie fonctionnelle » (cf. p. 231 du rapport) ; que certaines libertés prises par le fabricant des tuyères, la société REA, vis-à-vis des instructions communiquées par le concepteur du cubilot et des tuyères ont pu sensiblement accentuer l'effet des vices internes de construction des tuyères ; que dès lors que l'erreur commise par REA dans la conception de ses tuyères a contribué à la survenance du sinistre, la clause d'exclusion prévue par l'article 15-6 de la police conduit au rejet de la demande de garantie formée à l'encontre de la société [...] ; qu'en conséquence, les demandes formées à l'encontre de la société [...] prise en sa qualité d'assureur de REA sont rejetées, le jugement étant infirmé en ce qu'il a condamné la compagnie [...] à garantir ce sinistre sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens invoqués par celle-ci au soutien de son refus de garantie » ;

1°) ALORS QUE l'exclusion de garantie stipulée dans un contrat d'assurance décharge l'assureur dans la seule limite du risque qui fait l'objet de l'exclusion ; qu'au titre de la police d'assurance souscrite par la société REA auprès de la société [...], celle-ci s'était engagée « à garantir REA pour tous les dommages matériels et immatériels consécutifs, causés par les produits fabriqués par cette dernière » ; qu'il résultait de l'article 4 section B que « sont assurées les demandes de dommages-intérêts ayant un fondement légal, y compris celles résultant de l'absence de qualités promises [ ] dans la mesure où il s'agit de : 4.1 Dommages aux personnes et aux biens et les préjudices consécutifs en résultant » et de la clause A 15.6 que les demandes « résultant d'une activité de conception [ ] pour des dommages aux biens qui ont fait l'objet de cette activité » ne sont pas assurées ; qu'en écartant toute demande contre l'assureur, quand elle avait elle-même constaté que le dommage résultait non seulement de l'activité de conception de la société REA mais également de son activité de fabrication, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ces constatations en violation du principe de la force obligatoire du contrat ensemble les principes dont s'inspire l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°) ALORS QUE les sociétés KKG et HDI GLOBAL SE faisaient valoir dans leurs conclusions que la société REA n'avait pas conclu avec la société KKG un contrat de louage de services ou un contrat d'entreprise qui aurait eu une activité de conception, mais un contrat de vente de biens dont les risques ne relevaient pas de la clause A 15.6 qui exclut les dommages résultant d'une activité de conception ; que la cour a pourtant jugé que la clause d'exclusion devait conduire au rejet de la demande de garantie formée à l'encontre de la société [...], dès lors que l'erreur commise par la société REA dans la conception de ses tuyères a contribué à la survenance du sinistre ; qu'à défaut de répondre au moyen selon lequel le fait que la conclusion d'un contrat de vente ne comportant aucune activité de conception devait conduire à ne pas appliquer l'exclusion de garantie prévue en présence d'une telle activité, la cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE la cour d'appel a elle-même relevé que la garantie était recherchée pour le préjudice résultant d'un arrêt total de production de fonte en septembre 2004 et que l'exclusion de garantie prévue par la clause A 15.6 de la police d'assurance ne s'appliquait que pour les dommages aux biens ayant fait l'objet d'une activité de conception ; qu'en faisant toutefois application de la clause A 15.6 pour exclure la garantie de l'assureur, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations et a violé le principe de la force obligatoire du contrat ensemble les principes dont s'inspire l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

4°) ALORS QUE les sociétés KKG et HDI GLOBAL SE faisaient valoir dans leurs conclusions que la garantie de l'assureur était recherchée pour les seuls dommages causés à la société FMGC relatifs à ses pertes d'exploitation et non pour des dommages aux biens ayant fait l'objet d'une activité de conception, de sorte que la clause d'exclusion A 15.6 de la police d'assurance (des dommages aux biens ayant fait l'objet d'une activité de conception) n'avait pas vocation à s'appliquer ; qu'en excluant la garantie de l'assureur par application de ladite clause sans répondre à ce moyen, la cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile. Moyens produits au pourvoi principal n° D 18-24.915 par la SARL Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat aux Conseils, pour la société Küttner manutention et automatisation

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

(sur la responsabilité de la société Küttner à l'égard de la société FMGC)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, partiellement confirmatif de ce chef, d'avoir condamné la société Küttner, in solidum avec la société AIG (dans la limite de la police et sous déduction d'une provision de 450 000 euros) ainsi qu'avec les sociétés KKG et HDI, à payer à la société FMGC la somme de 2 128 880 euros HT arrêtée au 18 octobre 2011, outre intérêts au taux légal à compter de l'assignation introductive d'instance ;

Aux motifs propres que, sur la limitation de responsabilité invoquée par la société Küttner, il était prévu une mise en production le 30 août 2004 sous peine de pénalités de retard en cas de dépassement, s'élevant « à 0,5 % du montant global HT de la commande par jour entier de retard jusqu'à un montant maximum de 5 % du montant du marché », et « avec une franchise de 2 jours » ; qu'il était expressément stipulé que le paiement de ces pénalités était « libératoire pour les dommages subis par FMGC quant aux seules conséquences du retard de mise en production » ; que cependant, cette clause limitative de responsabilité visant exclusivement les dommages subis du fait du retard n'est pas applicable à l'indemnisation du préjudice global subi par FMGC qui, du fait des deux explosions, a subi une perte de sa production indépendamment du retard de livraison ; que le jugement est confirmé en ce qu'il a écarté l'application de cette clause (arrêt attaqué, p. 21, § 5 et 6) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que Küttner SARL a conclu avec FMGC un contrat de fourniture le 6 février 2004 portant sur l'installation complète de fusion selon l'offre du 13 janvier 2004 pour un montant global de 5 336 800 € hors taxes ; que ce document prévoyait des pénalités libératoires pour les dommages subis par FMGC quant aux seules conséquences du retard ; que la mise en production devait intervenir le 30 août 2004 ; qu'il n'est pas contestable que ces pénalités libératoires, plafonnées à 5 % du montant du marché, ne visaient que le cas de retard de sorte que le moyen tendant à appliquer cette limitation aux conséquences de l'explosion intervenue sera écarté (jugement entrepris, p. 22, § 5) ;

1) Alors que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le préjudice de la société FMGC évalué à la somme de 2 128 888 euros HT correspondait aux conséquences du blocage de la production de son usine de fonderie, par suite de l'indisponibilité du cubilot commandé à la société Küttner, entre le 30 août 2004, date contractuellement prévue pour la mise en production du cubilot, et le 13 septembre 2004, date à laquelle cette mise en production était intervenue sans incident, après les tentatives manquées du 30 août et du 6 septembre 2004 ; qu'en refusant d'appliquer à la réparation de ce préjudice, né du non-respect de l'échéance contractuelle fixée au 30 août 2004, la clause contractuelle plafonnant à 5 % du montant du marché la responsabilité de la société Küttner au titre des conséquences du retard qui serait apporté à la mise en production

du cubilot, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article 1134, devenu 1103, du code civil ;

2) Alors que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le préjudice de la société FMGC évalué à la somme de 2 128 888 euros HT était directement lié au fait que les explosions subies par le cubilot le 30 août et le 6 septembre 2004 avaient retardé sa mise en production au 13 septembre 2004, ce qui avait entraîné pour la société FMGC une perte de production de quatorze jours par rapport au délai de mise en production contractuellement fixé au 30 août 2004 ; qu'en affirmant toutefois, pour en déduire l'inapplicabilité de la clause limitant la responsabilité de la société Küttner au titre des conséquences du retard, que la société FMGC, « du fait des deux explosions », avait « subi une perte de sa production indépendamment du retard de livraison », la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article 1134, devenu 1103, du code civil.

## DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

(sur la garantie de la société [...], assureur de la société REA)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'avoir débouté la société Küttner de sa demande en garantie dirigée contre la société [...], assureur de la société REA ;

Aux motifs que, sur la garantie de la société [...] prise en sa qualité d'assureur de REA, la police souscrite auprès de la société [...] comporte une exclusion de garantie des dommages résultant d'une activité de conception ; que la clause A 15.6 de la police d'assurance de REA prévoit : / « 15. Exclusions / Ne sont pas assurées les demandes : / (

) / 15.6 Résultant d'une activité de conception, de conseil, de maîtrise d'oeuvre, d'analyse ou d'expertise pour des dommages aux biens qui ont fait l'objet de cette activité (p. ex. les biens qui ont été fabriqués suivant la conception) » ; que l'assurée a déclaré à la société [...] au moment de la souscription de l'assurance qu'elle ne réalisait que du travail à façon et qu'elle n'assurait aucun travail de conception ; qu'il ressort cependant du rapport d'expertise que si KKG a établi un « plan guide » des tuyères litigieuses, référencé dans sa commande n° 9999-5-130/140x800, REA a établi ses propres plans d'exécution et plans de détails des tuyères qu'elle a fabriquées même si elle s'est bornée à communiquer à l'expert le seul plan n° 2-2071-00 ; que KKG lui reproche d'ailleurs d'avoir conçu et construit les tuyères en fonction de son propre savoir-faire et de ses propres plans d'exécution et plans de détails ; qu'après examen des plans communiqués, l'expert a indiqué que le plan REA est moins détaillé que le plan KKG ce qui ne permet pas de comparer précisément la définition interne des parties aciers (cf P 87) ; qu'il a cependant noté des variantes de construction entre les deux plans et des différences de construction au niveau des joints soudés en particulier entre les tuyères telles que construites et leur définition telle que prévue à la commande ; qu'après analyse des variantes entre les tuyères de KKG et de REA, il a relevé que, comme précédemment indiqué, les tuyères litigieuses définies par REA présentent une sensibilité plus grande que les autres vis-à-vis du risque de mise en ébullition de l'eau (risque de « caléfaction ») (cf P 93) et que les conditions d'écoulement de l'eau à l'intérieur de ces tuyères sont très différentes de celles rencontrées dans les autres modèles de tuyères présentés en cours d'expertise (cf P 94) ; qu'il n'a cependant pas pu obtenir communication des notes de calcul susceptibles de justifier le dimensionnement des tuyères le dispositif de refroidissement ; que selon l'expert, le sinistre provient de la fusion d'un ou de plusieurs nez de tuyères peu après le démarrage de l'installation ; que cette fusion est imputable à une insuffisance du débit d'eau de refroidissement dans la partie en cuivre de certaines des tuyères qui résulte tant de vices internes de construction que d'une erreur de conception imputable à REA dont les plans de réalisation ont fait état d'une « géométrie fonctionnelle » (cf P 231 du rapport) ; que certaines libertés prises par le fabricant des tuyères, la société REA, vis-à-vis des instructions communiquées par le concepteur du cubilot et des tuyères ont pu sensiblement accentuer l'effet des vices internes de construction des tuyères ; que dès lors que l'erreur commise par REA dans la conception de ses tuyères a contribué à la survenance du sinistre, la clause d'exclusion prévue par l'article 15-6 de la police conduit au rejet de la demande de garantie formée à l'encontre de la société [...] ; qu'en conséquence, les demandes formées à l'encontre de la société [...] prise en sa qualité d'assureur de REA sont rejetées, le jugement étant infirmé en ce qu'il a condamné la compagnie [...] à garantir ce sinistre sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens invoqués par celle-ci au soutien de son refus de garantie » (arrêt attaqué, p. 25, § 3 à p. 26, § 1).

1) Alors que le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que la société REA, assurée auprès de la société [...], était à l'origine du sinistre non seulement par les défauts de conception mais aussi par les vices de fabrication des tuyères qu'elle avait fournies ; que la société [...] ne pouvait donc pas se prévaloir valablement de la présence, dans le contrat d'assurance souscrit par la société REA, d'une clause qui excluait sa garantie pour les demandes résultant d'une activité de conception mais non pour celles résultant d'une activité de fabrication ; qu'une telle clause ne concernait pas les sinistres mettant en cause une activité de fabrication, comme c'était le cas en l'espèce ; qu'en jugeant cette clause d'exclusion de garantie applicable, la cour d'appel l'a dénaturée, en violation du principe susmentionné ;

2) Alors que le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le préjudice de la société FMGC évalué à la somme de 2 128 888 euros HT était constitué, non des dommages aux tuyères fournies par la société REA, mais des conséquences de l'arrêt de production qu'avait entraîné la défectuosité des tuyères en retardant la mise en production du cubilot commandé à la société Küttner ; que la responsabilité encourue par la société REA comme étant à l'origine de ce préjudice ne portait donc pas sur des dommages causés aux tuyères qu'elle avait fabriquées selon ses propres plans ; qu'à ce titre encore, le sinistre ne relevait pas de la clause excluant la garantie de la société [...] pour les demandes résultant d'une activité de conception, dès lors que l'exclusion ne visait que les seuls dommages aux biens ayant fait l'objet de l'activité concernée ; qu'il en découle, de plus fort, qu'en jugeant cette clause d'exclusion de garantie applicable, la cour d'appel l'a dénaturée, en violation du principe susmentionné.

## TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

(sur la garantie de la société Allianz, assureur de la société Küttner)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'avoir débouté la société Küttner de sa demande en garantie dirigée contre la société Allianz, son assureur ;

Aux motifs que, sur la garantie de la compagnie Allianz en sa qualité d'assureur de la SARL Küttner, que le 10 décembre 1999, la SARL Küttner a souscrit auprès de la compagnie AGF aux droits de laquelle vient à présent la compagnie Allianz lard une police d'assurance Responsabilité civile générale - Responsabilité civile professionnelle numéro 65 107 442 (aujourd'hui 37 125 366), prenant effet le 1er janvier 2000 et renouvelée annuellement ; que selon les dispositions générales de cette police, l'assureur garantit les conséquences de sa responsabilité civile pour : / - toute réclamation présentée à l'assuré ou à l'assureur / - tout dommage déclaré par l'assuré à l'assureur, / pendant la période de validité du contrat, c'est-à-dire entre la date de prise d'effet et la date de cessation d'effet du contrat ; que pour les dommages survenus avant/après livraison de produits/réception des travaux, la garantie de l'assureur est acquise pour : / - tous dommages corporels, matériels et immatériels, / - à hauteur de 3 048 980 euros par année d'assurance, tous dommages confondus, / - sous déduction d'une franchise de 15 244 euros par sinistre ; que la SARL Küttner recherche la garantie de la compagnie Allianz qui lui oppose un refus de garantie au motif que la responsabilité éventuelle de son assurée repose sur des vices de construction des tuyères qui lui ont été livrées par sa maison-mère allemande, la société Küttner GmbH & Co.KG et que la subrogation de Allianz (AGF) dans les droits de son assurée, du fait de la clause exclusive de responsabilité expressément demandée par Küttner France, dans sa commande, au profit de sa maison mère Küttner GmbH & Co KG, est susceptible de ne pas s'opérer ; que la compagnie

Allianz se prévaut : / - de l'article L. 121-12 alinéa 2 du code des assurances qui dispose que « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur. / L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur », / - de l'article L. 112-6 du même code qui ajoute que « L'assureur peut opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice les exceptions opposables au souscripteur originaire » / - de l'article 5.3 de la police d'assurance souscrite par la SARL Küttner France selon lequel « Si la subrogation ne peut plus, de votre fait, s'opérer en notre faveur, notre garantie cesse d'être engagée dans la mesure même où aurait pu s'exercer la subrogation », / - et des consultations du Professeur O... des 2 septembre 2005 et 27 juin 2012 ; qu'il ressort des bons de commande de la société Küttner à sa maison mère Küttner GMBH des 22 mars et 22 avril 2004 que ce contrat de vente est régi par le droit allemand ; que la SARL Küttner y a stipulé une clause exclusive de toute responsabilité « pour les dommages ou préjudices indirects de toute nature, notamment les pertes de production et le manque à gagner » au profit de son fournisseur, sa société mère KKG (désignée sous l'appellation KKG) interdisant par là même à son assureur, la compagnie Allianz, subrogée dans les droits de son assurée dès paiement du montant de l'indemnité mise à sa charge, d'agir à l'encontre de celle-ci ; que certes, cette clause doit s'interpréter comme une clause limitative de responsabilité puisque KKG reste responsable des éventuels dommages corporels ou matériels directs qui pourraient résulter de sa fourniture ; que cependant, le préjudice dont FMGC sollicite réparation correspond en l'espèce à des pertes de production et à un manque à gagner précisément visées par la clause litigieuse, dont la SARL Küttner ne conteste pas le caractère indirect ; que l'article L. 121-12 du code des assurances dispose que « L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur » ; que tel est le cas en l'espèce dès lors que la compagnie Allianz est privée de tout recours subrogatoire tant à l'encontre de KKG et de son assureur aujourd'hui dénommé HDI Global SE ; qu'en conséquence, les demandes formées à l'encontre de la compagnie Allianz en sa qualité d'assureur de la SARL Küttner sont rejetées, le jugement étant infirmé en ce qu'il a condamné la compagnie Allianz à garantir ce sinistre » (arrêt examiné, p. 26, § 2 à p. 27, § 5) ;

1) Alors que la décharge de l'assureur sur le fondement de l'article L. 121-12, alinéa 2, du code des assurances suppose, non seulement que la subrogation ne puisse plus s'opérer en faveur de l'assureur, mais encore que cette privation du bénéfice de la subrogation soit la conséquence d'un fait fautif de l'assuré ; que la cour d'appel a elle-même constaté que le contrat de fourniture conclu par la société Küttner avec la société de droit allemand KKG était soumis au droit allemand ; qu'en se bornant à relever, pour faire droit à l'exception de subrogation soulevée par Allianz, assureur de la société Küttner, que ce contrat de fourniture contenait une clause limitative de responsabilité au profit de la société KKG, sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il s'agissait d'une clause d'usage conforme aux pratiques allemandes, dont la stipulation était insusceptible d'être imputée à faute à la société Küttner, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susmentionné ;

2) Alors que la décharge de l'assureur sur le fondement de l'article L. 121-12, alinéa 2, du code des assurances suppose que la subrogation ne puisse plus s'opérer en faveur de l'assureur ; que dans les assurances de responsabilité, la subrogation de l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance s'opère, non seulement dans les droits de l'assuré, mais aussi dans ceux de la victime indemnisée ; que la société KKG a été condamnée à réparer le préjudice subi par FMGC sur le fondement de la responsabilité délictuelle, et la société HDI a fait l'objet de la même condamnation en tant qu'assureur de la société KKG ; que la clause limitative de responsabilité stipulée au profit de la société KKG dans le contrat liant cette dernière à la société Küttner, si elle privait la société Allianz du bénéfice de la subrogation dans les droits de la société Küttner, son assurée, à l'égard des sociétés KKG et HDI, ne faisait aucunement obstacle, en revanche, à la subrogation d'Allianz dans les droits de FMGC, le tiers victime, à l'égard des mêmes sociétés KKG et HDI ; qu'en accueillant malgré tout l'exception de subrogation soulevée par la société Allianz, par la considération que cette dernière était « privée de tout recours subrogatoire tant à l'encontre de KKG et de son assureur aujourd'hui dénommé HDI Global SE », la cour d'appel a violé les articles L. 121-12 et L. 124-3 du code des assurances, ensemble l'article 1251 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

3) Alors que la décharge de l'assureur sur le fondement de l'article L. 121-12, alinéa 2, du code des assurances suppose que la subrogation ne puisse plus s'opérer en faveur de l'assureur ; que la cassation qui sera prononcée sur le deuxième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société [...], assureur de REA, ouvrira à Allianz un nouveau recours contre la société [...], par subrogation dans les droits tant de la société Küttner, son assurée, que de FMGC, le tiers victime ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen s'étendra, conformément à l'article 624 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a fait droit à l'exception de subrogation soulevée par Allianz.

#### QUATRIÈME MOYEN DE CASSATION

(sur les dépens)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Küttner aux entiers dépens, in solidum avec les sociétés AIG, KKG et HDI ;

1) Alors que lorsqu'une partie ne succombe que partiellement, il appartient au juge de fixer la répartition des dépens ; que la cassation qui sera prononcée sur le premier moyen, en ce que la cour d'appel a refusé de limiter la responsabilité de la société Küttner envers FMGC à 5 % du montant HT du marché passé entre ces deux parties, aura pour conséquence de modifier la proportion dans laquelle la société Küttner a succombé vis-à-vis de FMGC ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le premier moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 696 du code de procédure civile, à la condamnation prononcée contre la société Küttner au titre des dépens ;

2) Alors que la partie perdante est, en principe, condamnée aux dépens ; que la cassation qui sera prononcée sur le deuxième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société [...], assureur de REA, aura pour conséquence de retirer à la société [...] la qualité de partie gagnante ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 696 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a dispensé la société [...] de la charge des dépens ;

3) Alors que la partie perdante est, en principe, condamnée aux dépens ; que la cassation qui sera prononcée sur le troisième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société Allianz, assureur de la société Küttner, aura pour conséquence de retirer à Allianz la qualité de partie gagnante ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le troisième moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 696 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a dispensé la société Allianz de la charge des dépens.

#### CINQUIÈME MOYEN DE CASSATION

(sur les frais irrépétibles)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Küttner, in solidum avec les sociétés AIG, KKG et HDI, à payer à la société FMGC la somme de 100 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Au motif qu'il paraît conforme à l'équité de condamner in solidum la compagnie AIG Europe Limited, en sa qualité d'assureur de la société FMGC, ainsi que la société Küttner manutention et automatisation anciennement dénommée SARL Küttner, la société de droit allemand Küttner GmbH & Co.KG et son assureur la

société de droit allemand HDI Gerling Industrie Versicherung AG, devenue HDI Global SE, à payer à la société FMGC, contrainte d'agir en justice pour faire valoir ses droits, la somme globale de 100 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile au titre de ses frais irrépétibles de première instance, y compris l'incident soulevé par la société [...], et d'appel (arrêt attaqué, p. 29, pénult. §) ;

1) Alors que le juge tient compte de l'équité pour l'application de l'article 700 du code de procédure civile ; que la cassation qui sera prononcée sur le premier moyen, en ce que la cour d'appel a refusé de limiter la responsabilité de la société Küttner envers FMGC à 5 % du montant HT du marché passé entre ces deux parties, aura pour conséquence de modifier la proportion dans laquelle la société Küttner a succombé vis-à-vis de FMGC ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le premier moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 700 du code de procédure civile, à la condamnation prononcée contre la société Küttner au titre des frais irrépétibles ;

2) Alors que toute partie perdante peut faire l'objet d'une condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la cassation qui sera prononcée sur le deuxième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société [...], assureur de REA, aura pour conséquence de retirer à la société [...] la qualité de partie gagnante ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 700 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a dispensé la société [...] de la charge de la condamnation prononcée en faveur de la société FMGC au titre des frais irrépétibles ;

3) Alors que toute partie perdante peut faire l'objet d'une condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que la cassation qui sera prononcée sur le troisième moyen, en ce que la cour d'appel a écarté la garantie de la société Allianz, assureur de la société Küttner, aura pour conséquence de retirer à Allianz la qualité de partie gagnante ; qu'il suit de là que la cassation à intervenir sur le troisième moyen s'étendra, conformément aux articles 625, 639 et 700 du code de procédure civile, au chef par lequel la cour d'appel a dispensé la société Allianz de la charge de la condamnation prononcée en faveur de la société FMGC au titre des frais irrépétibles. Moyen commun aux pourvois incidents éventuels n° W 18-24.103 et D 18-24.915 produit par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour la société [...]

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir écarté l'exclusion de garantie opposée par un assureur (la société [...], l'exposante) à son assuré (la société REA) ;

AUX MOTIFS QUE la police contenait tout d'abord une exclusion de garantie pour les dommages occasionnés par des produits non testés prévue par la clause B 6.10 de la police d'assurances rédigée comme suit : « Exclusions. 6 Ne sont pas assurées, en sus des exclusions désignées à la section A 15 : ( ) 6.10 Les demandes fondées sur des dommages aux biens et sur des dommages pécuniaires occasionnés par des produits dont l'emploi ou l'effet n'avait pas été suffisamment testé en vue de l'usage concret auxquels ils étaient destinés et ce, selon l'état des sciences et de la technique » ; que la société [...] faisait valoir que la jurisprudence allemande validait cette disposition dite "Clause de mise à l'épreuve" (« Erprobungsklausel »), ce qui n'était pas contestée par le Prof. Römer ; qu'en vertu de cette clause, il incombait en effet à REA, pour atteindre un niveau maximum de prévention des risques et des dangers, de tester ses tuyères dans les conditions concrètement envisagées avant de les livrer pour prétendre au bénéfice de la garantie ; qu'il ressortait du rapport d'expertise que les tuyères litigieuses n'avaient pas été suffisamment testées par REA, avant leur livraison à Küttner KG ; que M. J... avait ainsi constaté dans son rapport d'expertise des évolutions significatives apportées sur la géométrie interne des tuyères ; qu'il avait noté (v. p. 94) "Je suis contraint de considérer en conséquence que la conception des tuyères litigieuses n'avait fait l'objet d'aucune étude et d'aucune vérification avant la mise en service fin août 2004 sur le cubilot à vent chaud implanté dans l'atelier de FMGC" ; que l'expert avait néanmoins conclu qu'aucun des moyens couramment employés dans l'industrie ne permettait à Küttner de détecter le vice interne qui affectait les tuyères avant leur mise en service, et qui ne pouvait être révélé ni par une anomalie de débit de circulation de sortie des tuyères ni par les alarmes de températures qui équipaient le circuit (v. pp. 98 et 231 du rapport) ; que compte tenu, ainsi, de cette impossibilité, qui ne relevait pas de son fait, de réaliser des vérifications plus amples que celles effectuées, la clause d'exclusion de garantie ne pouvait être opposée à REA dont le paiement des primes correspondant au risque assuré, tel qu'estimé par son assureur, n'était pas contesté ; qu'en l'absence de tout lien de causalité entre le sinistre et le non-respect de cette clause d'exclusion concernant le défaut de tests suffisants, celle-ci n'était pas applicable ;

ALORS QUE, d'une part, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'après avoir observé que la clause d'exclusion de garantie s'appliquait aux dommages occasionnés par des produits dont l'emploi ou l'effet n'avait pas été suffisamment testé en vue de l'usage concret auxquels ils étaient destinés et ce, selon l'état des sciences et de la technique, l'arrêt attaqué a estimé que, avant livraison à l'entrepreneur principal, l'assuré avait insuffisamment testé les tuyères litigieuses et que leur conception n'avait même fait l'objet d'aucune étude et d'aucune vérification avant leur mise en service chez le maître de l'ouvrage ; qu'en rejetant néanmoins l'exclusion de garantie opposée par l'assureur, omettant de tirer les conséquences légales de ses propres énonciations, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

ALORS QUE, d'autre part, les termes du litige sont déterminés par les prétentions respectives des parties ; qu'en présumant l'inapplicabilité de la clause d'exclusion de garantie pour la raison que l'entrepreneur principal – tiers au contrat d'assurance – avait été dans l'impossibilité de tester les tuyères litigieuses, tandis que le différend portait sur la question de savoir si l'assuré avait lui-même pu effectuer les tests requis, la cour d'appel a modifié les données du débat en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

ALORS QUE, enfin, en inférant l'inapplicabilité de la clause d'exclusion de garantie de l'absence de lien causal entre le sinistre et le non-respect de la stipulation, quand sa mise en oeuvre était uniquement subordonnée à la survenance d'un dommage résultant de l'emploi ou de l'effet d'un produit insuffisamment testé, la cour d'appel a méconnu la loi des parties en violation de l'article 1134 du code civil. Moyens communs aux pourvois incidents éventuels n° W 18-24.103 et D 18-24.915 produits par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour la société Allianz Iard

#### POURVOI INCIDENT ÉVENTUEL

dans l'hypothèse où une cassation interviendrait sur le troisième moyen de Küttner concernant la garantie d'Allianz

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Küttner, in solidum avec la société AIG (dans la limite de la police et sous déduction d'une provision de 450 000 euros) ainsi qu'avec les sociétés KKG et HDI, à payer à la société FMGC la somme de 2 128 880 euros HT arrêtée au 18 octobre 2011, outre intérêts au taux légal à compter de l'assignation introductive d'instance, et de l'AVOIR en conséquence condamnée aux entiers dépens et à payer une somme de 100 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE sur la limitation de responsabilité invoquée par la société Küttner, il était prévu une mise en production le 30 août 2004 sous peine de pénalités de retard en cas de dépassement, s'élevant « à 0,5 % du montant global HT de la commande par jour entier de retard jusqu'à un montant maximum de 5 % du montant du marché », et « avec une franchise de 2 jours » ; qu'il était expressément stipulé que le paiement de ces pénalités était « libératoire pour les dommages subis par FMGC quant aux seules conséquences du retard de mise en production » ; que cependant, cette clause limitative de responsabilité visant exclusivement les dommages subis du fait du retard n'est pas applicable à l'indemnisation du préjudice global subi par FMGC qui, du fait des deux explosions, a subi une perte de sa production indépendamment du retard de livraison ; que le jugement est confirmé en ce qu'il a écarté l'application

de cette clause (arrêt attaqué, p. 21, al. 5 et 6) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTÉS QUE Küttner SARL a conclu avec FMGC un contrat de fourniture le 6 février 2004 portant sur l'installation complète de fusion selon l'offre du 13 janvier 2004 pour un montant global de 5 336 800 € hors taxes ; que ce document prévoyait des pénalités libératoires pour les dommages subis par FMGC quant aux seules conséquences du retard ; que la mise en production devait intervenir le 30 août 2004 ; qu'il n'est pas contestable que ces pénalités libératoires, plafonnées à 5 % du montant du marché, ne visaient que le cas de retard de sorte que le moyen tendant à appliquer cette limitation aux conséquences de l'explosion intervenue sera écarté (jugement, p. 22, al. 5) ;

ALORS QUE les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ; que le bon de commande du 6 février 2004 entre la société FMGC et la société Küttner stipulait qu'en cas de retard sur la mise en service de l'installation de fusion, conditionnant le redémarrage de l'usine, pour des raisons imputables au fournisseur, les pénalités ne pourraient pas dépasser le montant maximum de 5 % du montant du marché et seraient libératoires pour les dommages subis par la société FMGC quant aux conséquences du retard ; qu'en refusant d'appliquer cette clause à la réparation du préjudice de la société FMGC résultant de la perte de production consécutive au retard de livraison, la cour d'appel a violé l'article 1134, devenu 1103, du code civil.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement en ce qu'il avait retenu l'obligation pour la société [...] de garantir son assurée, la société REA, et en ce qu'il l'avait condamnée à participer à l'indemnisation du préjudice subi par la société FMGC et d'AVOIR débouté la société Allianz de sa demande en garantie dirigée contre la société [...], assureur de la société REA ;

AUX MOTIFS PROPRES sur la garantie de la société [...] prise en sa qualité d'assureur de REA, la police souscrite auprès de la société [...] comporte une exclusion de garantie des dommages résultant d'une activité de conception ; que la clause A 15.6 de la police d'assurance de REA prévoit : / « 15. Exclusions / Ne sont pas assurées les demandes : / (

) / 15.6 Résultant d'une activité de conception, de conseil, de maîtrise d'oeuvre, d'analyse ou d'expertise pour des dommages aux biens qui ont fait l'objet de cette activité (p. ex. les biens qui ont été fabriqués suivant la conception) » ; que l'assurée a déclaré à la société [...] au moment de la souscription de l'assurance qu'elle ne réalisait que du travail à façon et qu'elle n'assurait aucun travail de conception ; qu'il ressort cependant du rapport d'expertise que si KKG a établi un « plan guide » des tuyères litigieuses, référencé dans sa commande n° 9999-5-130/140x800, REA a établi ses propres plans d'exécution et plans de détails des tuyères qu'elle a fabriquées même si elle s'est bornée à communiquer à l'expert le seul plan n° 2-2071-00 ; que KKG lui reproche d'ailleurs d'avoir conçu et construit les tuyères en fonction de son propre savoir-faire et de ses propres plans d'exécution et plans de détails ; qu'après examen des plans communiqués, l'expert a indiqué que le plan REA est moins détaillé que le plan KKG ce qui ne permet pas de comparer précisément la définition interne des parties aciers (cf P87) ; qu'il a cependant noté des variantes de construction entre les deux plans et des différences de construction au niveau des joints soudés en particulier entre les tuyères telles que construites et leur définition telle que prévue à la commande ; qu'après analyse des variantes entre les tuyères de KKG et de REA, il a relevé que, comme précédemment indiqué, les tuyères litigieuses définies par REA présentent une sensibilité plus grande que les autres vis-à-vis du risque de mise en ébullition de l'eau (risque de « caléfaction »)

(cf P 93) et que les conditions d'écoulement de l'eau à l'intérieur de ces tuyères sont très différentes de celles rencontrées dans les autres modèles de tuyères présentés en cours d'expertise (cf P 94) ; qu'il n'a cependant pas pu obtenir communication des notes de calcul susceptibles de justifier le dimensionnement des tuyères le dispositif de refroidissement ; que selon l'expert, le sinistre provient de la fusion d'un ou de plusieurs nez de tuyères peu après le démarrage de l'installation ; que cette fusion est imputable à une insuffisance du débit d'eau de refroidissement dans la partie en cuivre de certaines des tuyères qui résulte tant de vices internes de construction que d'une erreur de conception imputable à REA dont les plans de réalisation ont fait état d'une « géométrie fonctionnelle » (cf P 231 du rapport) ; que certaines libertés prises par le fabricant des tuyères, la société REA, vis-à-vis des instructions communiquées par le concepteur du cubilot et des tuyères ont pu sensiblement accentuer l'effet des vices internes de construction des tuyères ; que dès lors que l'erreur commise par REA dans la conception de ses tuyères a contribué à la survenance du sinistre, la clause d'exclusion prévue par l'article 15-6 de la police conduit au rejet de la demande de garantie formée à l'encontre de la société [...] ; qu'en conséquence, les demandes formées à l'encontre de la société [...] prise en sa qualité d'assureur de REA sont rejetées, le jugement étant infirmé en ce qu'il a condamné la compagnie [...] à garantir ce sinistre sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens invoqués par celle-ci au soutien de son refus de garantie » (arrêt attaqué, p. 25, § 3 à p. 26, § 1).

1° ALORS QUE l'exclusion de garantie stipulée dans un contrat d'assurance décharge l'assureur dans la seule limite du risque qui fait l'objet de l'exclusion ; qu'en faisant application de la clause d'exclusion de garantie stipulée dans le contrat d'assurance souscrit par la société REA auprès de la société [...] pour les demandes résultant d'une activité de conception, après avoir pourtant relevé que le sinistre trouvait sa cause, outre dans les défaut de conception, dans les vices de fabrication des tuyères qu'elle avait fournies, la cour d'appel a violé l'article 1134, devenu 1103, du code civil.

2° ALORS QUE l'exclusion de garantie stipulée dans un contrat d'assurance décharge l'assureur dans la seule limite du risque qui fait l'objet de l'exclusion ; qu'en faisant application de la clause d'exclusion de garantie stipulée dans le contrat d'assurance souscrit par la société REA auprès de la société [...] pour les demandes visant les dommages aux biens ayant fait l'objet d'une activité de conception, après avoir pourtant relevé que le préjudice indemnisé était constitué, non pas des dommages causés aux tuyères défectueuses, mais des conséquences de l'arrêt de production que leur défectuosité avait causées, la cour d'appel a violé l'article 1134, devenu 1103, du code civil. Moyen produit au pourvoi provoqué n° W 18-24.103 par Me Bouthors, avocat aux Conseils, pour M. H..., en qualité d'administrateur judiciaire de la société Rea Rhein Emscher Armaturen GmbH

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement en ce qu'il avait retenu l'obligation pour la société [...] de garantir son assurée la société de droit allemand Rea, en procédure d'insolvabilité, des condamnations inscrites à son passif et d'avoir dit en conséquence que l'assureur [...] n'avait pas à relever et garantir Rea desdites sommes ;

aux motifs que « sur la garantie de la société [...] prise en sa qualité d'assureur de REA : le contrat d'assurance de responsabilité civile souscrit par REA auprès de la société [...] est régi par le droit allemand ; qu'il est constant qu'en droit allemand, les polices d'assurance responsabilité civile reposent sur des conditions-type élaborées par la Confédération du secteur allemand de l'assurance, à savoir : - d'une part, les conditions générales (« Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung - AHB ») ; - d'autre part, les conditions particulières spécifiques à chaque police, couvrant les risques patrimoniaux liés aux produits défectueux (« Besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Produkt- Haftpflichtversicherung von Industrie- und Handelsbetrieben - PHB ») ; qu'il n'est pas non plus contesté que le contrat d'assurance souscrit par REA auprès de F... est conforme à ces conditions-type et que ses clauses sont valables ; que la société [...] oppose un refus de garantie ; qu'elle invoque en particulier plusieurs clauses d'exclusion de garantie et se prévaut d'un certificat de coutume du Prof Witz complété par un document intitulé « expertise » du Prof Notthoff tandis que KKG produit en réplique un certificat de coutume du prof Q... [...] ; que la police souscrite auprès de la société [...] comporte une exclusion de garantie des dommages résultant d'une activité de conception ; que la clause A 15.6 de la police d'assurance de REA prévoit : « 15. Exclusions - Ne sont pas assurées les demandes : (...) 15.6 résultant d'une activité de conception, de conseil, de maîtrise d'oeuvre, d'analyse ou d'expertise pour des dommages aux biens qui ont fait l'objet de cette activité (p. ex. les biens qui ont été fabriqués suivant la conception) » ; que l'assurée a déclaré à la société [...] au moment de la souscription de l'assurance qu'elle ne réalisait que du travail à façon et qu'elle n'assurait aucun travail de conception ; qu'il ressort cependant du rapport d'expertise que si KKG a établi un « plan guide » des tuyères

litigieuses, référencé dans sa commande n° 9999- 5-130/140x800, REA a établi ses propres plans d'exécution et plans de détails des tuyères qu'elle a fabriquées même si elle s'est bornée à communiquer à l'expert le seul plan n° 2-2071-00 ; que KKG lui reproche d'ailleurs d'avoir conçu et construit les tuyères en fonction de son propre savoir-faire et de ses propres plans d'exécution et plans de détails ; qu'après examen des plans communiqués, l'expert a indiqué que le plan REA est moins détaillé que le plan KKG ce qui ne permet pas de comparer précisément la définition interne des parties aciers (cf. p. 87) ; qu'il a cependant noté des variantes de construction entre les deux plans et des différences de construction au niveau des joints soudés en particulier entre les tuyères telles que construites et leur définition telle que prévue à la commande ; qu'après analyse des variantes entre les tuyères de KKG et de REA, il a relevé que, comme précédemment indiqué, les tuyères litigieuses définies par REA présentent une sensibilité plus grande que les autres vis-à-vis du risque de mise en ébullition de l'eau (risque de « caléfaction » (cf. p. 93) et que les conditions d'écoulement de l'eau à l'intérieur de ces tuyères sont très différentes de celles rencontrées dans les autres modèles de tuyères présentés en cours d'expertise (cf. p. 94) ; qu'il n'a cependant pas pu obtenir communication des notes de calcul susceptibles de justifier le dimensionnement des tuyères le dispositif de refroidissement ; que selon l'expert, le sinistre provient de la fusion d'un ou de plusieurs nez de tuyères peu après le démarrage de l'installation ; que cette fusion est imputable à une insuffisance du débit d'eau de refroidissement dans la partie en cuivre de certaines des tuyères qui résulte tant de vices internes de construction que d'une erreur de conception imputable à REA dont les plans de réalisation ont fait état d'une « géométrie fonctionnelle » (cf. p. 231 du rapport) ; que certaines libertés prises par le fabricant des tuyères, la société REA, vis-à-vis des instructions communiquées par le concepteur du cubilot et des tuyères ont pu sensiblement accentuer l'effet des vices internes de construction des tuyères ; que dès lors que l'erreur commise par REA dans la conception de ses tuyères a contribué à la survenance du sinistre, la clause d'exclusion prévue par l'article 15-6 de la police conduit au rejet de la demande de garantie formée à l'encontre de la société [...] ; qu'en conséquence, les demandes formées à l'encontre de la société [...] prise en sa qualité d'assureur de REA sont rejetées, le jugement étant infirmé en ce qu'il a condamné la compagnie [...] à garantir ce sinistre sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens invoqués par celle-ci au soutien de son refus de garantie » ;

alors qu'en l'état d'une exclusion de garantie contractuellement limitée aux seuls dommages issus d'une activité de conception, la cour, qui a retenu la responsabilité de la société Rea dans la fabrication des tuyères litigieuses, activité entrant cependant dans le champ de la garantie souscrite, sans autrement caractériser l'existence d'une activité de conception qui entrerait dans le champ de l'exclusion, a méconnu la force obligatoire du contrat ensemble l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi incident n° D 18-24.915 par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Aig Europe SA, venant aux droits de la société Aig Europe Limited, elle-même aux droits de la société Chartis Europe

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir condamné la société Aig Europe, in solidum et sous la garantie des autres intervenants, ainsi que de l'assureur de la société KKG, HDI Gerling, à régler la somme de 2 128 880 € hors taxes arrêtée au 18 octobre 2011, augmentée des intérêts au taux légal à compter de l'assignation ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la garantie de la compagnie AIG Europe Limites, en sa qualité d'assureur de FMGC. Considérant que FMGC a souscrit auprès de la compagnie AIG Europe Limites, avec prise d'effet au 1er avril 2013, un contrat d'assurances "dommages et pertes d'exploitation" régi par le droit français et dont l'objet est de garantir les dommages aux biens et les pertes d'exploitation ; Qu'elle demande la garantie de la compagnie AIG au titre de la garantie prévue en cas d'incendie ou d'explosion et non au titre de la garantie "Bris de machines" en vertu de laquelle la compagnie AIG lui oppose un refus de garantie ; Considérant que l'explosion est définie aux termes des conditions générales et particulières de la police comme "une action subite et violente de la pression ou de la dépression de gaz ou de vapeur" ce qui s'est précisément produit en l'espèce par deux fois comme l'expert l'a lui-même indiqué dans son rapport d'expertise (cf P 47) ; que ces deux explosions à l'origine du sinistre sont en outre survenues dans les lieux désignés aux conditions particulières ; que par conséquent, seule la garantie "incendie/explosions" est applicable à défaut de toute exclusion de garantie valable ; qu'elle n'est pas subordonnée au prononcé de la réception et son plafond par sinistre est fixé à 30.000.000 € ; Considérant par ailleurs qu'il n'est pas contesté que la période d'indemnisation du préjudice subi par son assurée est limitée à 12 mois ; Considérant qu'aux termes d'un protocole d'accord de décembre 2004 produit aux débats, trois assureurs, à savoir les compagnies AIG Europe, TOKIO MARINE et GROUPAMA PARIS VAL DE LOIRE ont accepté de faire une avance sur recours au bénéfice de la FMGC d'un montant de 900.000 € selon le chiffre indiqué dans le document produit aux débats ou de 810.000 € selon le chiffre mentionné dans les conclusions de AIG ; que la société FMGC s'y est engagée à procéder au remboursement de la somme versée dès la conclusion de l'accord en cours ou de l'éventuelle procédure judiciaire avec la compagnie AGF (aujourd'hui Allianz), assureur de la société Küttner ; qu'à défaut de réalisation de cet accord, les parties décidaient de mettre en oeuvre sans délai une procédure judiciaire tendant à la désignation d'un expert judiciaire afin de déterminer les responsabilités du sinistre ; Qu'il n'est pas discuté qu'en exécution de ce protocole, AIG a versé la somme de 450.000 € à la société FMGC ; Considérant que AIG demande à la Cour d'infirmé le jugement qui a rejeté sa demande de remboursement formulée au nom des autres assureurs ; qu'elle se borne à produire au soutien de sa demande un fax qu'elle a envoyé à la société TOKIO MARINE EUROPE INSURANCE LIMITES et à la société GROUPAMA Paris VAL DE LOIRE le 27 décembre 2004 pour leur demander, en exécution du protocole dont elle leur envoyait copie, de verser à la société FMGC la somme de 225.000 € pour TOKIO MARINE et de 135.000 € pour GROUPAMA ; Considérant cependant que TOKIO MARINE et GROUPAMA n'étant pas parties à la présente procédure, AIG ne justifie pas de sa qualité à agir judiciairement pour obtenir le remboursement de sommes payées par ces tiers au procès ; Que le jugement est donc confirmé en ce qu'il a limité à 450.000 € le paiement dont la société AIG est en droit de se prévaloir dans le cadre de ce litige de sorte que seule cette somme sera déduite du montant des condamnations prononcées à l'encontre de la compagnie AIG ; que le surplus des demandes formées par AIG à l'encontre de son assurée FMGC est rejeté comme mal fondé » ;

1°) ALORS QUE la responsabilité in solidum prononcée à l'encontre de divers intervenants suppose une ou des fautes communes qui leur soient imputables et qui ont concouru à la survenance de l'entier dommage ; qu'en condamnant la société Aig Europe in solidum avec les sociétés Küttner et KKG (cette dernière sous la garantie de son assureur HDI) à payer la somme de 2 128 880 € à la société FMGC, quand l'exposante, qui n'était que l'assureur pertes d'exploitation de cette dernière, n'avait évidemment pris aucune part et n'avait aucune responsabilité dans les dommages causés par les machines commandées par la société FMGC, de sorte qu'elle ne pouvait être condamnée in solidum avec les responsables du dommage, la cour d'appel a violé l'article 1200 du code civil ;

2°) ALORS QUE la garantie bris de machines est applicable, quand même ce bris aurait entraîné une explosion de la machine ; qu'en écartant l'exclusion de garantie soulevée par la société Aig Europe, concernant la destruction des tuyères commandées par la société FMGC, au prétexte que ces tuyères avaient explosé, de sorte que seule la garantie explosion, à l'exception de la garantie bris de machines (comportant l'exclusion invoquée par l'exposante), pouvait recevoir application, la cour d'appel a méconnu la loi du contrat d'assurance, en violation des articles 1134 ancien du code civil et L. 113-1 du code des assurances ;

3°) ALORS QUE la cassation à intervenir sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi incident entraînera la cassation, par voie de conséquence et par simple application de l'article 624 du code de procédure civile, du chef de l'arrêt ayant débouté la société Aig Europe de ses demandes en paiement dirigées contre les sociétés Allianz et [...] ;

4°) ALORS QUE le simple fait qu'il faille faire le compte entre les parties ensuite de l'infirmité partielle d'un jugement ne suffit pas à justifier qu'une partie soit déboutée de ses demandes en paiement formées à l'encontre d'autres parties ; qu'en ayant débouté la société Aig Europe de ses demandes en paiement formées contre les sociétés Allianz et [...], au motif inopérant qu'ensuite de l'infirmité partielle du jugement de première instance, des comptes devraient être faits entre les parties, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1251 du code civil. ECLI:FR:CCASS:2020:C201428