Arrêt commercial

Audience publique du vingt-trois janvier deux mille huit.

Numéro 31038 du rôle.

Composition :

Andrée WANTZ, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme de droit luxembourgeois REFRAMIN, INTERNATIONAL REFRACTORIES AND MINERALS S.A., *établie et ayant son siège social à L-1899 Kockelscheuer, 8, rue de la Poudrerie, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 13.605, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 17 février 2006,*

comparant par Maître Albert MORO, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme de droit autrichien RHI AG, *établie et ayant son siège social à A-1100 Vienne, Wienerbergstrasse 11, inscrite au registre de commerce de Vienne sous le numéro FN 103-1236, représentée par ses représentants légaux, ayant élu domicile en l'étude de Maître Lucy DUPONG, avocat à la Cour, demeurant à L-1247 Luxembourg, 4-6, rue de la Boucherie,*

intimée *aux fins du prédit exploit SCHAAL,*

comparant par Maître Lucy DUPONG, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit de l'huissier de justice Marc Graser du 3 février 2005, la société de droit autrichien RHI AG, ci-après RHI, a fait donner assignation à la société anonyme REFRAMIN, INTERNATIONAL REFRACTORIES AND MINERALS S.A., ci-après REFRAMIN, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner *du chef de vente et livraison de marchandises* au paiement de *la somme de 451.680,40 €* avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

La société demanderesse RHI a fait plaider le principe de la facture acceptée.

La société défenderesse REFRAMIN a, dès l'ingrès, conclu à l'irrecevabilité de la demande pour libellé obscur.

Quant au fond, REFRAMIN s'est opposée à l'application de l'article 109 du Code de commerce, tirant argument des nombreuses protestations émises à l'encontre des factures litigieuses.

REFRAMIN a formulé une demande reconventionnelle à l'encontre de RHI, portant sur le montant de 440.482,40 €.

Le 25 novembre 2005, le tribunal a pris un jugement dont le dispositif est conçu comme suit :

- *rejette le moyen du libellé obscur soulevé par la S.A. REFRAMIN ;*
- *reçoit les demandes principale et reconventionnelle en la forme ;*
- *rejette l'offre de preuve par témoins formulée par la S.A. REFRAMIN ;*
- *déclare fondée la demande principale ;*
- *partant condamne la S.A. REFRAMIN à payer à la société de droit autrichien RHI AG le montant de 451.680,40 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande jusqu'à solde ;*
- *dit qu'il n'y a pas lieu à majoration du taux d'intérêt légal ;*
- *condamne la S.A. REFRAMIN à payer à la RHI AG une indemnité de procédure de 750 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;*
- *déclare la demande reconventionnelle non fondée ;*
- *partant en déboute la S.A. REFRAMIN ;*
- *condamne la S.A. REFRAMIN à tous les frais et dépens de l'instance.*

De ce jugement, qui lui a été signifié le 13 janvier 2006, REFRAMIN a déclaré relever appel par exploit de l'huissier de justice Frank Schaal du 17 février 2006.

REFRAMIN conclut, par réformation du jugement entrepris :

1) principalement :

à voir déclarer nulle sinon irrecevable pour libellé obscur l'assignation du 3 février 2005 ;

2) subsidiairement :

à voir dire non fondée la demande de RHI et à voir être déchargée de toutes les condamnations prononcées à son encontre en première instance ;

3) en tout état de cause :

- à voir déclarer fondée la demande reconventionnelle de REFRAMIN et à voir condamner RHI au paiement du montant de (428.937,60 € + 11.544,80 €) = 440.482,40 €, ce avec les intérêts légaux à partir de la date respective des factures en souffrance, sinon à partir du 22 septembre 2005, date de la présentation de la demande reconventionnelle en première instance ;

- à voir condamner RHI à payer à REFRAMIN une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel ;

- à voir admettre REFRAMIN, en cas de contestation des faits plus amplement repris dans l'acte d'appel, à son offre de preuve par témoins respectivement par expertise ;

- à voir condamner RHI aux frais et dépens des deux instances.

RHI conclut à l'irrecevabilité de l'appel, tirant argument de l'indication erronée dans l'acte d'appel du siège social de la partie appelante REFRAMIN.

Subsidiairement, RHI conclut à la confirmation du jugement entrepris.

RHI réclame en outre une indemnité de procédure de 2000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Discussion

I) quant à la recevabilité de l'appel

Dans l'acte d'appel signifié le 17 février 2006, REFRAMIN a indiqué avoir son siège social à L-5832 FENTANGE, 33, Op der Hobuch.

RHI soutient que cette indication est erronée, étant donné que depuis le 1er février 2006 le siège social de REFRAMIN est établi à L-1140 Luxembourg, 84, route d'Arlon.

En vertu de l'article 585 du Nouveau Code de procédure civile qui renvoie à l'article 153 du même code « *Tout acte d'huissier de justice indique à peine de nullité ... ... 2) b) si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination et son siège social.*

Une fausse indication de domicile ou de siège social est une nullité de forme soumise aux exigences de l'article 264 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile.

Ce texte est de la teneur suivante :

Aucune nullité de forme des exploits ou des actes de procédure ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse.

Les termes de « porter atteinte aux intérêts » sont considérés comme étant synonymes de « causer grief ».

Il appartient à celui qui allègue le grief que lui a prétendument causé l'irrégularité, d'en établir, et l'existence, et le lien de causalité entre l'irrégularité et le grief (JURISCLASSEUR : Nullité des actes de procédure ; vices de forme, fascicule no 137, no 73).

La notion du grief visé par l'article 264 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile *ne comporte aucune restriction* (Cour de cassation no 18/03 du 20 mars 2003, numéro 1959 du registre).

Le grief susceptible de conduire à l'annulation doit être apprécié in concreto, en fonction des circonstances de l'espèce.

Ainsi, le grief peut être considéré comme étant constitué chaque fois que l'irrégularité a pour conséquence de déranger le cours normal de la procédure.

Une irrégularité dommageable peut donc être celle qui désorganise la défense de l'adversaire.

En l'occurrence, l'indication erronée du siège social de la partie appelante REFRAMIN, résultant du transfert de son siège social en cours d'instance, n'a d'aucune façon pu laisser un doute quant à l'identité de l'appelante et n'a partant pas pu induire en erreur la partie RHI sur cette identité ou déranger l'intimée dans l'organisation de sa défense.

L'appel de REFRAMIN S.A., relevé par ailleurs dans le délai de la loi, est dès lors à déclarer recevable.

II) quant au moyen tiré du libellé obscur de l'acte introductif d'instance

Pour rejeter ce moyen, le tribunal a dit :

Si le libellé de l'exploit d'assignation de RHI est succinct, il n'en reste pas moins qu'il contient l'objet de la demande qui tend au paiement de marchandises livrées. Il ne semble d'ailleurs pas que la défenderesse se soit méprise sur la portée de la demande alors qu'elle a, pour sa part, formulé une offre de preuve pour contrecarrer la demande principale ainsi qu'une demande reconventionnelle.

REFRAMIN critique les juges de première instance d'avoir ainsi statué, faisant plaider que le fait qu'elle a pu, suite à la communication des pièces, comprendre l'objet de la demande et formuler, à titre de défense, une offre de preuve et une demande reconventionnelle ne signifie pas pour autant que l'assignation introductive d'instance ne serait pas entachée de nullité en raison de son libellé obscur.

Aux termes de ses conclusions du 18 décembre 2006, REFRAMIN reproche à RHI qu'elle *s'est limitée* à indiquer dans l'acte introductif d'instance que *REFRAMIN lui doit du chef de ventes et de livraisons de marchandises la somme de 451.680,40 €* sans que RHI mentionne les numéros et dates des factures en souffrance.

Force est de constater que la société REFRAMIN reste muette quant à la question de savoir quelles ont été les réelles circonstances qui ont fait qu'elle a été – au moment de l'assignation – incapable de comprendre l'enjeu de la demande et de préparer utilement sa défense.

A défaut de telles précisions de nature à établir une éventuelle atteinte aux droits de défense de REFRAMIN, il y a lieu de confirmer les juges de première instance en ce qu'ils ont rejeté le moyen de REFRAMIN, tiré du libellé obscur de l'assignation.

III) quant au fond

A) Demande principale

Le tribunal a dit que les treize factures réclamées par RHI, émises dans la période du 2 février 2004 au 25 mai 2004, sont des factures acceptées au sens de l'article 109 du Code de commerce.

L'offre de preuve par témoins, formulée par REFRAMIN aux fins d'établir ses protestations à l'encontre de ces factures, a été rejetée par le tribunal, motifs pris de ce que :

- *cette offre de preuve qui s'étend sur sept pages reprend en grande partie l'historique des relations entre parties selon REFRAMIN et ne présente pas le caractère synthétique requis pour être qualifiée de pertinente* ;

- *les contestations que REFRAMIN soutient avoir formulées lors d'une entrevue et au cours d'entretiens téléphoniques au sujet de la marchandise facturée sont vagues et imprécises* ;

- *l'offre de preuve se réfère encore à une série de courriers de REFRAMIN qui figurent parmi les pièces versées en cause par les parties de sorte que l'audition de témoins de ces lettres devient oiseuse.*

Concernant les courriers versés en cause, le tribunal a dit :

- que le seul courrier de contestation à prendre en considération, dans le cadre de l'argumentation de REFRAMIN, est celui du 29 novembre 2004, adressé à la société de recouvrement chargée par RHI ;

- que cette lettre de contestation, contenant des griefs généraux à l'adresse de RHI, sans aucune référence précise quant aux marchandises facturées par RHI, ne saurait cependant faire échec à l'application de la théorie de la facture acceptée.

Dans son acte d'appel, REFRAMIN reprend les mêmes faits que ceux qu'elle avait offerts en preuve par témoins en première instance.

Ces faits – nécessaires à la bonne compréhension du litige – se résument, d'après REFRAMIN, comme suit :

- que la société de droit suisse SIDERMIN S.A., établie à CH 2800 DELEMONT, a conclu avec la société en nom collectif USINOR ACHATS, établie à F 92070 PARIS, un contrat pour la période du 1er juin 2002 au 31 mai 2005, portant sur *la livraison de tiroirs de poche acier sur le site de SOLLAC ATLANTIQUE DUNKERQUE, sur la logistique liée à la fourniture de ce matériel réfractaire, la réparation des*

plaques réfractaires, l'élimination des déchets réfractaires des tiroirs et la supervision et l'audit permanent relatif aux réfractaires ;

- que la société SIDERMIN était obligée de recourir aux services d'autres fournisseurs, et plus particulièrement aux services de la société REFRAMIN qui, elle, s'est approvisionnée auprès de RHI ;

- que REFRAMIN aurait porté à la connaissance de RHI que le matériel qui devait être livré à SOLLAC ATLANTIQUE DUNKERQUE devait être du *matériel SPA 146 supportant les charges entre 2,1 et 2,75 tenue coulées* ;

- que REFRAMIN aurait livré, de juin 2001 à juin 2002, des plaques réfractaires SPA 146 à USINOR pour son usine SOLLAC ATLANTIQUE DUNKERQUE en tant qu'intermédiaire par des opérations achats/ventes ;

- que par la suite, RHI n'aurait plus respecté ses engagements contractuels, le matériel réfractaire livré par RHI n'aurait pas atteint, entre juin 2002 et 2004, le nombre de tenue coulées requis ;

- que RHI aurait informé REFRAMIN en 2003 qu'elle ne serait plus à même de livrer le matériel SPA 146 et qu'elle aurait proposé de livrer le matériel ALR 8 et ALR 35 ;

- que les problèmes liés au matériel livré par RHI auraient été portés à la connaissance de RHI dès leur apparition, étant entendu qu'un délai jusqu'à six mois pouvait s'écouler entre la date de livraison du matériel et l'intégration du matériel par USINOR dans le processus de production ;

- que par lettres des 27 mars 2003, 27 mai 2003, 7 décembre 2003, 27 mai 2004, 18 juin 2004, 29 novembre 2004 et 30 décembre 2004, REFRAMIN aurait, d'une part, dénoncé le retard dans la livraison du matériel SPA 146, et d'autre part, protesté contre la mauvaise qualité de ce matériel et contre le fait que RHI envisagea de livrer du matériel de qualité ALR 35 non conforme à la qualité contractuellement convenue ;

- que ces problèmes auraient été discutés entre parties notamment lors des entrevues datées des 18 mars et 27 avril 2004 ;

- que lors de l'entrevue du 27 avril 2004, la société REFRAMIN aurait informé RHI qu'elle refuserait de payer les factures émises depuis janvier 2004, étant donné que *le matériel de qualité SPA 146 était défectueux et non conforme à la qualité promise,* que *le matériel n'atteignait pas une tenue coulées de 2,6* et que *RHI refusait de livrer dorénavant à REFRAMIN des plaques SPA 146 contrairement aux engagements pris* ;

- que ces contestations auraient été réitérées au courant des mois de mai et juin 2004.

Actuellement, l'appelante REFRAMIN fait plaider qu'il ressort des faits par elle exposés – offerts en preuve par voie testimoniale sinon par expertise – qu'elle *a durant toute la durée des relations contractuelles constamment protesté contre la mauvaise qualité du matériel réfractaire livré par RHI ainsi que contre les retards dans la livraison du matériel par RHI.*

Elle ajoute qu'elle *a constamment, et notamment lors des entrevues avec Monsieur **A.)**, protesté contre le fait que le matériel de qualité SPA 146, qui avait été contractuellement convenu, n'était pas livré et que RHI voulait à la place livrer du matériel de qualité ALR 8, matériel réfractaire qui ne pouvait cependant pas atteindre la qualité de 2,6 tenue coulées* (… …) ; qu'*en fin de compte, le matériel livré par RHI entre juin 2002 et 2004 n'a jamais pu atteindre les charges contractuelles convenues, et loin de là.*

REFRAMIN fait grief aux juges de première instance d'avoir dit que *le seul courrier à prendre en considération était le courrier de contestation du 29 novembre 2004 qui contenait uniquement des griefs généraux à l'adresse de RHI, sans aucune référence précise aux marchandises facturées.*

REFRAMIN reproche encore aux juges de première instance d'avoir dit que *l'offre de preuve par témoins, formulée par REFRAMIN serait trop longue et pas suffisamment synthétique,* alors qu'il aurait appartenu au tribunal d'écarter les éléments peu relevants et de limiter l'audition des témoins aux points jugés pertinents et concluants.

REFRAMIN critique enfin les juges de première instance pour avoir dit que les contestations libellées dans son offre de preuve seraient vagues et imprécises.

REFRAMIN verse à l'appui de son appel des attestations testimoniales qui, selon elle, seraient de nature à confirmer les contestations circonstanciées par elle émises à l'encontre des factures litigieuses et le matériel livré.

Il ressort des pièces versées au dossier que les plaques-tiroirs dont le paiement est actuellement réclamé ont été commandées par REFRAMIN à RHI, livrées par RHI à REFRAMIN, revendues par RHI à SIDERMIN qui les a livrées au destinataire final SOLLAC.

Les treize factures en rapport avec ces commandes et livraisons sont relatives à la période de février 2004 à mai 2004.

a) <u>protestations écrites</u>

Les seules protestations écrites de REFRAMIN en rapport avec les factures litigieuses datent des 27 mai, 18 juin, 29 novembre et 30 novembre 2004.

La lettre de contestation du 27 mai 2004 concerne la (treizième) facture numéro 1000611078 du 25 mai 2004 qui a trait à la commande SDK 2004-0001 du 21 avril 2004 (263711).

REFRAMIN y reproche à RHI un retard de livraison de quelques jours.

Le 4 juin 2004, RHI a déclaré *regretter ce retard de livraison,* tout en assurant à REFRAMIN que ce retard est resté sans conséquences sur le processus de production.

Dans ce même courrier, RHI a rappelé à REFRAMIN que la qualité SPA 146 TX n'est plus fabriquée.

Le 18 juin 2004, REFRAMIN a déclaré ne pas accepter que les 138 jeux SPA 146 TX à livrer sur la commande 263711 soient remplacés par des jeux de qualité ALR 8.

Les lettres de REFRAMIN, datées des 29 et 30 décembre 2004, rédigées de manière très vague, sans référence particulière à l'une des factures restées impayées, ne sauraient valoir protestation de nature à faire échec à l'article 109 du Code de commerce.

Force est donc de constater que des contestations écrites sérieuses n'ont été émises en temps utile qu'à l'encontre de la facture numéro 1000611078 du 25 mai 2004 qui a trait à la commande SDK 2004-0001 du 21 avril 2004 (263711).

b) <u>les protestations orales</u>

REFRAMIN verse au dossier quatre attestations testimoniales émanant de **B.)**, **C.)**, **D.)** et **E.)** épouse **B.)**, seules personnes pouvant – le cas échéant – témoigner de ce que des protestations orales ont été émises à l'égard des factures litigieuses.

RHI conclut à voir écarter ces attestations pour des raisons tenant à la qualité des témoins, à la licéité de l'obtention de la preuve et au caractère pertinent des attestations pour la solution du litige.

- quant à la qualité des témoins

RHI conclut à voir écarter des débats les attestations de **B.)** et de **C.)**, motifs pris de ce que **B.)** est administrateur-délégué et **C.)** administrateur de la société REFRAMIN.

RHI conclut encore à voir écarter les attestations de **B.)** et de **E.)** épouse **B.)**, motifs pris de ce que tous deux seraient les bénéficiaires économiques de REFRAMIN et se confondraient ainsi avec la partie au procès au point de perdre leur qualité de tiers pour pouvoir attester par écrit ou être entendu comme témoin.

Aux termes de l'article 405 du Nouveau Code de procédure civile, chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes frappées d'une incapacité de témoigner en justice.

Toute personne qui doit être considérée comme étant partie en cause est au vœu de l'article 399 du Nouveau Code de procédure civile, qui ne permet au juge de recevoir que de tiers des déclarations de nature à éclairer sur les faits litigieux, incapable de témoigner.

La notion de partie en cause doit être interprétée restrictivement comme ne visant, en principe, que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire, les nouvelles dispositions sur les mesures d'instruction tendant à la simplification et à la libéralisation des modes de preuve ayant élargi le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité et ayant aboli de façon significative la possibilité de reproche de témoins (Chronique de droit judiciaire : Les témoins par Thierry HOSCHEIT).

L'article 9 des statuts de REFRAMIN prévoit que « *Le Conseil d'administration dispose des pouvoirs les plus étendus pour arrêter la politique à suivre par la société et pour déterminer la conduite et l'administration des affaires sociales* (… …) ».

Aux termes de l'article 10 des mêmes statuts « *La société est engagée à l'égard des tiers par les signatures conjointes de deux administrateurs. Le Conseil d'administration peut déléguer la gestion journalière de la société à un ou plusieurs administrateurs* (… …) ».

Il résulte d'un extrait du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 5 novembre 2004, publié au Mémorial C no 112 du 7 janvier 2006, que *la gestion journalière de la société REFRAMIN est déléguée à **B.)** en remplacement de **C.)** qui maintient son mandat d'administrateur*.

L'assemblée générale extraordinaire de la société REFRAMIN du 19 janvier 2006 s'est tenue sous la présidence de **B.)** (Mémorial C no 839 du 27 avril 2006).

Conformément à l'article 53 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, le conseil d'administration de la société

anonyme représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant.

Les administrateurs **B.)** et **C.)**, membres du conseil d'administration – le premier s'occupant par ailleurs à l'heure actuelle de la gestion journalière de la société, ce en remplacement du second – représentent physiquement le conseil d'administration à l'égard des tiers et en justice.

Les juges, ne pouvant recueillir que les témoignages de tierces personnes, ne peuvent pas entendre les administrateurs d'une société sur des faits qui relèvent ou ayant relevé de leur autorité.

B.) et **C.)** doivent dès lors être écartés du cercle des personnes capables de témoigner en raison de leur identification très étroite avec la personne morale, partie au procès.

Il s'en suit qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des attestations testimoniales émanant de **B.)** et de **C.)**.

A supposer que **E.)** épouse **B.)** ait la qualité de bénéficiaire économique de la société REFRAMIN, ce fait ne saurait suffire pour écarter son témoignage, **E.)** épouse **B.)** n'étant pas directement engagée dans la présente instance judiciaire et ne représentant pas la société à l'égard des tiers. Son éventuel intérêt économique à l'issue du procès ne saurait faire de **E.)** épouse **B.)** – vu l'abolition de la possibilité de reprocher des témoins – une personne incapable de témoigner en justice.

L'attestation testimoniale de **E.)** épouse **B.)** est dès lors à déclarer recevable.

- quant à la licéité de l'obtention de la preuve

RHI conclut à voir écarter des débats l'attestation testimoniale de **D.)** dans la mesure où celle-ci fait état de conversations téléphoniques auxquelles il a participé comme tiers à l'insu de la personne – en l'occurrence, le directeur commercial de RHI – avec laquelle la conversation a été menée.

RHI invoque à l'appui de son argumentation le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale.

Les entretiens menés entre parties avaient trait à leurs relations d'affaires et avaient donc un caractère commercial. REFRAMIN était libre de communiquer le contenu de ces entretiens à autrui.

Aucune atteinte à la protection de la vie privée n'est à envisager.

De même, n'est à envisager aucun manquement à une exigence de loyauté dans l'obtention de la preuve.

L'attestation de **D.)** est partant à déclarer recevable.

- quant aux faits attestés

E.) épouse **B.)** atteste que les factures suivantes ont été contestées pour les raisons suivantes :

- facture numéro 1000610398 du 18 février 2004 (4ème facture) pour cause *de retard de livraison important* ;

- facture numéro 1000610527 du 2 mars 2004 (5ème facture) pour *fissuration des plaques et rouillage du bandage* ;

- facture numéro 1000610853 du 23 avril 2004 (8ème facture) pour *fissuration des plaques et diminution progressive de la tenue des plaques* ;

- facture numéro 1000610854 du 23 avril 2004 (9ème facture) pour *fissurations des plaques et diminution progressive de la tenue des plaques.*

D.) énumère les contestations suivantes :

- la facture numéro 1000610287 du 2 février 2004 (1ère facture) pour *schlechte Haltbarkeit, weit unter den üblichen Ergebnissen, sowie wegen starker Lagenbildung* ;

- la facture numéro 1000610288 du 2 février 2004 (2ème facture) pour *nicht vorgesehene Haltbarkeit sowie aufgrund starker Lagenbildung*;

- la facture numéro 1000610336 du 6 février 2004 (3ème facture) pour les mêmes raisons ;

- la facture numéro 1000610398 du 18 février 2004 (4ème facture) pour *erhebliche Lieferverzögerungen* ;

- la facture numéro 1000610527 du 2 mars 2004 (5ème facture) pour *Rissbildung und verrostete Bandagen* ;

- la facture numéro 1000610650 du 23 mars 2004 (6ème facture) pour *schlechte Qualität mit Rissen und Lagen* ;

- la facture numéro 1000610651 du 23 mars 2004 (7ème facture) pour les mêmes raisons.

Les protestations orales émises à l'encontre des factures 1 à 9, ci-dessus reprises, sont suffisamment précises – et par ailleurs formulées en temps utile – pour valoir renversement de la présomption d'acceptation desdites factures.

Etant donné que les factures numéro 1000610931 du 3 mai 2004, numéro 1000610967 du 6 mai 2004 et numéro 1000611040 du 18 mai 2004 (factures 10, 11 et 12) n'ont pas fait l'objet de contestations, il y a lieu d'appliquer à leur égard l'article 109 du Code de commerce.

Dans ces conditions, il y a d'ores et déjà lieu de déclarer la demande de RHI fondée pour le montant de (47.074,56 € + 19.614,40 € + 8.551,88 €) = 75.240,84 €.

REFRAMIN est à condamner à payer ce montant à RHI, ce avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

c) <u>quant au bien-fondé des protestations relatives aux factures 1 à 9 et à la facture 13</u>

REFRAMIN entend prouver la réalité du matériel vicié livré par RHI ainsi que le retard dans la livraison de ce matériel par l'audition de témoins.

Le retard allégué – même à le supposer établi – ne saurait porter à conséquence, étant donné qu'il ne ressort d'aucun élément soumis à l'appréciation de la Cour que RHI ait pris l'engagement ferme de livrer le matériel litigieux dans des délais de rigueur.

Dans ces circonstances, il y a lieu de déclarer non pertinentes les contestations, tirées d'un retard de livraison, formulées à l'encontre de la facture numéro 1000610398 du 18 février 2004 (4ème facture) et de la facture numéro 1000611078 du 25 mai 2004 (13ème facture).

Il s'en suit que REFRAMIN est également à condamner à payer à RHI le montant de ces deux factures, soit (31.383,04 € + 23.537,28 €) = 54.920,32 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Quant au matériel prétendument vicié, seule une expertise sera de nature à éclairer la Cour sur la réalité des défauts allégués et sur la question de savoir si ces défauts, à les supposer établis, se trouvent réellement en rapport avec le matériel émargé dans les factures litigieuses (1,2,3,5,6,7,8 et 9) plus amplement détaillées ci-dessus.

Il y a lieu – avant tout autre progrès en cause – de nommer un homme de l'art avec la mission plus amplement spécifiée au dispositif du présent arrêt.

B) Demande reconventionnelle

En première instance, REFRAMIN – en invoquant la responsabilité contractuelle sinon délictuelle de RHI – a conclu reconventionnellement :

- au paiement du montant de 428.937,60 €, faisant plaider que SIDERMIN, en raison des agissements de RHI, a refusé de payer les factures émises par REFRAMIN les 31 janvier 2004, 29 février 2004, 30 mars 2004, 31 mars 2004, 30 mai 2004, 30 juin 2004 et 3 mai 2005, prétendument en relation avec le matériel faisant l'objet des factures actuellement en litige, livré par RHI à REFRAMIN, puis par REFRAMIN, par l'intermédiaire de SIDERMIN, à USINOR ACHATS dans le cadre d'un contrat conclu le 23 septembre 2002 entre SIDERMIN et USINOR ACHATS.

Pour rejeter ce chef de la demande reconventionnelle, le tribunal a retenu qu'il *résulte de la majorité des factures versées par REFRAMIN à l'appui de cette demande que le matériel concerné n'a pas été fourni par RHI* ; que *seules deux factures adressées par REFRAMIN à SIDERMIN concernent du matériel livré par RHI.*

REFRAMIN critique les juges de première instance d'avoir ainsi statué, faisant valoir que *si, effectivement, le matériel a été fourni en partie par d'autres fournisseurs que RHI, il n'en reste pas moins que ce matériel livré par ces autres fournisseurs et qui a été revendu dans le cadre du même contrat conclu avec USINOR, par REFRAMIN à SIDERMIN, n'a pas été payé parce qu'en raison des incidents de production apparus suite à la mauvaise qualité du matériel réfractaire livré par RHI, ces autres produits d'autres fournisseurs ont également été rendus inutilisables*.

Il y a lieu de réserver ce chef de la demande reconventionnelle en attendant le résultat de la mesure d'instruction ordonnée dans le cadre de la demande principale.

- au paiement du montant de 11.544,80 €, résultant prétendument de la nécessité pour REFRAMIN de réaliser des heures supplémentaires en raison du tri à effectuer dans le stock du matériel réfractaire livré par RHI, ayant permis de constater que certaines plaques réfractaires étaient fissurées ou non conformes à la qualité SPA 146.

Ce chef de la demande reconventionnelle a été rejeté par les juges de première instance, motif pris de ce que ce montant *réclamé par référence à un courrier du 27 mars 2003, soit de loin antérieur aux factures litigieuses, ne saurait être mis en rapport avec les factures actuellement litigieuses, ce d'autant que d'après les propres explications de REFRAMIN, les problèmes entre parties pour l'année*

2003 ont été définitivement réglés par l'établissement d'une note de crédit établie au mois de juillet 2003 pour un montant de plus de 650.000.- EUR.

En décidant ainsi, les juges de première instance ont fait une appréciation correcte des faits et pièces leur soumis.

Il y a lieu à confirmation des juges de première instance par adoption de leurs motifs, la partie REFRAMIN n'ayant par ailleurs avancé en instance d'appel aucun élément pertinent de nature à s'écarter du raisonnement des premiers juges.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel recevable ;

donne acte à la société anonyme REFRAMIN, INTERNATIONAL REFRACTORIES AND MINERALS S.A. qu'elle a établi depuis le 18 janvier 2007 son siège social à L-1899 KOCKELSCHEUER, 8, rue de la Poudrerie ;

confirme les juges de première instance en ce qu'ils ont rejeté le moyen tiré du libellé obscur de l'acte introductif d'instance ;

<u>quant à la demande principale de RHI AG</u>

déclare la demande de la société de droit autrichien RHI AG d'ores et déjà fondée pour le montant de (75.240,84 € + 54.920,32 €) = 130.161,16 €;

condamne la société anonyme REFRAMIN, INTERNATIONAL REFRACTORIES AND MINERALS S.A. à payer à la société de droit autrichien RHI AG le montant de 130.161,16 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde ;

pour le surplus :

nomme expert,

Monsieur René BECKER
expert judiciaire

12 rue de l'Ecole
L-8352 Dahlem

avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et motivé, de :

vérifier si le matériel réfractaire livré par RHI à REFRAMIN, émargé dans

- la facture numéro 1000610287 du 2 février 2004 (1ère facture)
- la facture numéro 1000610288 du 2 février 2004 (2ème facture)
- la facture numéro 1000610336 du 6 février 2004 (3ème facture)
- la facture numéro 1000610527 du 2 mars 2004 (5ème facture)
- la facture numéro 1000610650 du 23 mars 2004 (6ème facture)
- la facture numéro 1000610651 du 23 mars 2004 (7ème facture)
- la facture numéro 1000610853 du 23 avril 2004 (8ème facture)
- la facture numéro 1000610854 du 23 avril 2004 (9ème facture)

a été vicié ;

dans l'affirmative :

1) décrire la nature des défauts constatés au matériel réfractaire livré par RHI, émargé dans les factures ci-dessus reprises ;

2) préciser quelle a été la charge tenue coulées supportée par le matériel réfractaire livré par RHI à REFRAMIN ;

3) vérifier si la livraison d'un matériel réfractaire défectueux par RHI a provoqué des incidents de production ;

4) vérifier si, en raison du matériel défectueux livré par RHI, d'autres produits livrés par d'autres fournisseurs ont été rendus inutilisables ;

5) déterminer le dommage qui est résulté de la livraison d'un matériel défectueux par RHI ;

6) faire le décompte entre parties.

ordonne à la société REFRAMIN, INTERNATIONAL REFRACTORIES AND MINERALS S.A. de consigner au plus tard le 1er mars 2008 la somme de 2.000 € à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse de Consignations ou à un établissement de crédit à convenir avec l'autre partie au litige et d'en justifier au greffe de la Cour, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du N.C.P.C. ;

dit que si les honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, l'expert devra en avertir le magistrat de la mise en état et ne

continuer les opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire ;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 1er mai 2008 au plus tard ;

renvoie l'affaire devant le magistrat de la mise en état et le charge du contrôle et de l'exécution de la mesure d'instruction ordonnée par le présent arrêt ;

quant à la demande reconventionnelle de REFRAMIN, INTERNATIONAL REFRACTORIES AND MINERALS S.A.

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré non fondé le chef de la demande reconventionnelle en obtention du montant de 11.544,80 € ;

réserve le chef de la demande reconventionnelle en obtention du montant de 428.937,60 € ;

pour le surplus

réserve les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure ainsi que les frais.