Arrêt commercial

Audience publique du vingt-quatre mars deux mille dix.

Numéro 33900 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme AAA, *établie et ayant son siège social à SSS, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …… , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 29 juillet 2008,*

comparant par Maître Virginie HENRY, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société de droit italien BBB, *établie et ayant son siège social à TTT, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre des Entreprises du Tribunal de Pise sous le numéro …… ,*

intimée *aux fins du susdit exploit THILL,*

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 11 octobre 2006 la société de droit italien BBB (ci-après: la société BBB) a fait comparaître la société anonyme AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'entendre condamner à lui payer des dommages et intérêts évalués à la somme de 270.657.- euros. La demanderesse a basé sa demande sur les articles 1603, 1147 et 1149 du code civil, subsidiairement sur les articles 1641 et suivants du code civil, plus subsidiairement sur les dispositions de la loi du 21 avril 1989 relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux, sinon sur la Convention de Vienne du 11 avril 1980 et en ordre de dernière subsidiarité sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

La société BBB a exposé à l'appui de sa demande qu'au courant de l'année 2004 elle a conclu avec la société AAA un contrat portant sur l'achat et la livraison d'acide borique non raffiné, destiné à être transformé en acide borique extra pur, que pour différentes livraisons effectuées par la société AAA l'acide borique était contaminé par du baryum qui lui a fait perdre toutes ses qualités, causant à la requérante un important préjudice.

Par jugement rendu le 7 mai 2008 le tribunal a dit la demande fondée en principe et a ordonné une expertise afin de faire déterminer le préjudice subi par la société BBB du fait de la contamination de l'acide borique.

Par exploit d'huissier du 29 juillet 2008 la société AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement.

Les faits à la base du litige, tels qu'ils ont été retenus par les premiers juges sont les suivants:

L'acide borique que la société AAA s'était, suivant contrat du 10 mai 2004, engagée à livrer à la société BBB était extraite d'une mine en UUU et acheminé par bateau au port de VVV pour y être déposé provisoirement dans un entrepôt appartenant à la société CCC. Cette société procédait à la vidange des sacs et à leur chargement sur un camion-citerne pour y être conduits au siège de la société BBB. La société AAA avait conclu avec la société CCC un contrat cadre réglant les modalités du dépôt et du chargement de la marchandise à VVV, mais n'était pas en charge du transport entre VVV et le siège de la société BBB, lequel incombait à cette dernière.

La société BBB s'étant plainte au mois de juin 2004 d'une contamination de plusieurs livraisons d'acide borique par du baryum, des échantillons ont été prélevés et les analyses effectuées sur ces échantillons ont conclu à une forte contamination par du baryum.

Un rapport rédigé le 22 février 2005 par Monsieur DDD pour le compte de la compagnie d'assurance de la société AAA analyse les causes éventuelles de la contamination et conclut *"sans réserve que l'origine de la contamination résulte bien des opérations de manutention réalisées par la société CCC sur son site de VVV".*

Les premiers juges ont rejeté la contestation par la société AAA qu'il s'agisse en l'espèce d'un défaut de conformité en relevant que l'inaptitude de la chose à l'utilisation contractuellement prévue constitue un manquement à l'obligation de délivrance conforme, que la société AAA était parfaitement consciente qu'il lui incombait de livrer de l'acide borique pur, donc exempt de toute contamination, que par sa qualité de professionnelle ainsi que par les relations d'affaires continues qu'elle entretenait avec la requérante, elle ne pouvait ignorer cette exigence de pureté, qu'il résulte d'autre part du contrat cadre conclu entre AAA et CCC, que des conditions spéciales de sécurité et d'hygiène avaient été imposées à cette dernière afin d'éviter toute contamination, ce qui démontre que la société AAA avait parfaitement conscience de cette condition essentielle.

Ils ont donc retenu la responsabilité de la société AAA pour avoir contrevenu à son obligation de délivrance.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir considéré que la contamination de l'acide borique par du baryum constitue un défaut de conformité et non un vice caché.

Elle fait valoir qu'il résulte des termes du contrat signé entre parties qu'elle devait livrer à la société BBB de l'acide borique de provenance des mines de UUU par kg ou par sacs de 1.000 kg, qu'il ne résulte cependant d'aucun élément du contrat ou des pièces versées en cause que l'acide borique ne devait en aucun cas être affecté de produits tels que le baryum. Selon la société AAA, la présence de baryum n'empêche pas toute utilisation de l'acide borique qui peut continuer à être utilisé comme antiseptique ou insecticide, la société BBB n'a cependant jamais rendu attentive l'appelante de ce qu'une contamination par du baryum empêchait l'utilisation du produit dans les centrales nucléaires auxquelles était destiné l'acide borique livré.

La société AAA reproche d'autre part aux premiers juges d'avoir retenu une prétendue connaissance de sa part d'exigences de pureté de l'acide borique livré à la société BBB du contrat cadre conclu entre elle et la société CCC. En effet, selon l'appelante, ce contrat englobe toutes les relations entre CCC et AAA et n'est pas particulier à la société BBB, de sorte que les contraintes y imposées à la société CCC ne sauraient permettre la déduction opérée par les premiers juges.

La société AAA conclut partant à voir retenir que la contamination de l'acide borique par du baryum ne constitue pas un défaut de conformité, mais un vice caché que la société BBB est forclose à invoquer pour ne

pas avoir respecté le délai d'action d'un an à partir de la dénonciation du vice, imposé par l'article 1648 du code civil.

La société BBB conclut à la confirmation du jugement entrepris. Elle soutient qu'elle a commandé auprès de l'appelante de l'acide borique brute afin de le transformer en acide borique extra pur, que la société AAA a livré de l'acide borique contaminé par du baryum et n'a dès lors pas respecté son obligation de livrer une chose conforme en terme d'identité, de qualité, respectivement de quantité inhérente au produit.

La société intimée conteste les affirmations de l'appelante concernant la possibilité d'une utilisation de l'acide borique contaminé par du baryum. Elle soutient que la pureté du produit est une de ses caractéristiques essentielles dans toutes les utilisations commerciales et non seulement dans son utilisation dans les centrales nucléaires.

Au cas où la contamination de l'acide borique livré serait retenue comme un vice caché, la société BBB conclut au rejet du moyen de forclusion. Elle soutient que les pourparlers entre parties ont duré jusqu'au mois de juin 2006, de sorte que l'assignation du 11 octobre 2006 est intervenue endéans le délai légal.

Le vice est une défectuosité, c'est-à-dire une anomalie, une altération qui rend la chose inapte à son usage, tandis que le défaut de conformité consiste en une différence entre la chose livrée et celle prévue au contrat (…).

Dans un arrêt du 5 mai 1993 (D. 1993, 506) la Cour de cassation française définit le vice caché comme un défaut rendant la chose impropre à sa destination normale. Dans son étude sur l'Autonomie de l'action en garantie des vices cachés (JCP 1997, Doctrine 4009, n° 15) EEE cite cet arrêt et en déduit une solution pour distinguer vice et défaut de conformité. Selon cet auteur, la garantie des vices cachés concernerait l'hypothèse où une chose n'est plus conforme à sa destination *naturelle*, alors que la non-conformité de la chose se vérifierait uniquement par comparaison à sa destination *contractuelle.*

En admettant donc avec la société AAA que la présence de baryum n'empêche pas toute utilisation de l'acide borique, seulement celle dans les centrales nucléaires, le défaut de conformité serait retenu si le contrat avait précisé les exigences de pureté en vue de l'utilisation spécifique à laquelle était destiné le produit. En admettant avec la société BBB que la présence de baryum dans l'acide borique empêche toute utilisation du produit, celui-ci ne serait plus conforme à sa destination naturelle ou normale, donc affecté d'un vice.

Le contrat conclu entre parties le 10 mai 2004 porte sur la livraison de "Boric Acid (LS)" provenant de mines de UUU. Les parties n'ont pas précisé la signification des lettres "LS" et la Cour admet que cette signification est sans incidence sur une détermination des

caractéristiques de l'acide borique faisant l'objet du contrat, sinon elles l'auraient fait. Le contrat porte donc sur la livraison d'acide borique sans spécification des caractéristiques qu'il devait présenter, ni de l'utilisation à laquelle la société BBB le destinait.

Dans ces circonstances les considérations qui ont amené les premiers juges à imprimer à la contamination de l'acide borique par du baryum un défaut de conformité du produit livré ne sont pas de nature à permettre une telle déduction.

En effet, en l'absence d'indication de caractéristiques que devait présenter l'acide borique acheté par la société BBB, ni la qualité de professionnelle de la société AAA, ni les longues relations d'affaires entre parties ne devaient amener cette société à connaître ces caractéristiques et partant à les faire rentrer dans les prévisions contractuelles, condition pourtant essentielle pour déduire de leur absence dans le produit livré un défaut de conformité.

En ce qui concerne les contraintes imposées à la société CCC, et abstraction même faite de l'observation de la société AAA qu'elles d'appliquent à tous les produits entreposés auprès de CCC et non seulement aux livraisons destinées à la société BBB, ces contraintes s'expliquent tout aussi bien, sinon davantage par un souci d'éviter que les livraisons entreposées auprès de cette société subissent des détériorations du fait des manutentions y opérées que par un souci de livrer un produit conforme à celui convenu.

La contamination de l'acide borique par du baryum n'est donc pas à analyser en un défaut de conformité, mais constitue un vice caché relevant des articles 1641 et suivants du code civil, les parties ayant soumis leurs relations contractuelles à la législation luxembourgeoise.

L'appelante oppose à la demande de la société BBB la forclusion édictée par l'article 1648 du code civil. Elle admet que le vice a été dénoncé dans les délais, mais elle soutient que l'action a été introduite en dehors du délai d'un an à partir de la dénonciation. Elle déclare contester les pourparlers invoqués par la société BBB, faisant plaider qu'elle a toujours fait savoir à la société BBB qu'elle ne se considérait pas comme responsable d'une quelconque contamination et que son sous-traitant CCC a également refusé toute discussion. En ordre subsidiaire, et en admettant que l'existence de pourparlers serait retenue, elle soutient qu'elles ont définitivement échoué au mois d'août 2005, de sorte que l'action introduite le 11 octobre 2006 reste tardive.

D'après l'article 1648 du code civil l'acheteur est déchu de son action à l'expiration d'un an à partir de la dénonciation du vice. Ce délai de déchéance est interrompu par tous pourparlers entre vendeur et acheteur. Un nouveau délai d'un an prend cours au moment où le vendeur aura notifié à l'acheteur, par lettre recommandé, qu'il rompt les pourparlers.

L'existence de pourparlers entre parties dès la constatation de la contamination ne saurait être contestée. Ces pourparlers résultent en effet des nombreux courriers échangés entre DDD, expert en sinistres mandaté par FFF, assureur de la société AAA, et les responsables de la société BBB ainsi que le représentant de l'assurance de la société CCC.

L'affirmation de la société AAA qu'elle aurait toujours fait savoir à la société BBB qu'elle n'acceptait pas sa réclamation est contredite par les pièces versées par elle, notamment un courriel adressé le 7 mars 2005 par GGG de la société AAA à HHH de la société BBB, dans lequel il est dit:

" In relation with the Barium contamination cause at CCC, I would like you to note following points:

- *AAA (the one that has contractual relationship with BBB) has not officially accepted the BBB claim yet.*
- *According to our claim procedure, the claim will be accepted if our insurance company assesses and accepts it.*

… "

Il est vrai que les courriers échangés entre parties s'étalent sur la période entre juillet 2004 et août 2005. La société AAA n'a toutefois pas établi dans les formes prévues par la loi que les pourparlers auraient été rompus à cette date.

Bien au contraire, elle affirme dans ses conclusions du 2 février 2009 que l'expert mandaté par FFF a précisé à la compagnie en date du 20 mars 2006 *"j'ai adressé à la partie préjudiciée de même qu'à ses conseils un avis de fin de non recevoir quant à l'éventuelle recherche d'une solution transactionnelle".* Parmi les pièces versées par elle figure la copie d'un courrier électronique adressé le 8 février 2006 par DDD à III, directeur de la société BBB, dans lequel il est dit: *"… Regrettably, I have to inform you that we were not able to convince CCC and its Insurers to contemplate a possible out of Court settlement and this without prejudice to liability. As a result we think that you should take what you believe to be the right action to protect your interests …"*.

Les pourparlers ont donc en tout cas perduré jusqu'au 8 février 2006 et l'action introduite le 11 octobre 2006 est dès lors recevable au regard des dispositions de l'article 1648 du code civil.

L'appelante reproche d'autre part aux premiers juges d'avoir considéré qu'elle était responsable de la contamination de l'acide borique par du baryum. Elle fait valoir que l'absence de baryum dans les sacs originaux provenant de UUU permet d'exclure que l'acide borique a été contaminé soit lors de l'extraction dans les mines en UUU, soit lors du transport, que la contamination ne pouvait dès lors se

produire que dans les entrepôts de CCC à VVV ou lors du transport entre VVV et WWW, transport assuré par la société BBB.

D'après les conclusions du rapport DDD, l'origine de la contamination réside dans les opérations de manutention réalisées par la société CCC. L'hypothèse d'une contamination lors du transport entre VVV et WWW, envisagée par l'appelante et qui permettrait le cas échéant d'exclure sa responsabilité, se trouve éliminée par le rapport.

Ainsi que l'ont constaté les premiers juges, si la contamination prend son origine dans les agissements fautifs de la société CCC, il n'en demeure pas moins que la société AAA a vendu et livré le produit contaminé à la société BBB. Elle est donc, conformément à l'article 1641 du code civil, tenue à l'encontre de la société BBB de la garantie des défauts affectant le produit vendu.

Par conclusions notifiées le 3 juin 2009 la société AAA se prévaut de l'article 9 de ses conditions générales aux termes duquel: *"All and any claims for damages against AAA, whatever their origin and particularly for non-conformity of the merchandises and for damages or damageable follow-ups are hereby excluded."*

Elle fait valoir qu'en vertu de cette clause limitative de responsabilité sont exclus tous les dommages liés à une défectuosité du produit livré, que seul peut être réclamé le remboursement du prix de la marchandise, que la société BBB, qui ne réclame pas le remboursement du prix de la marchandise défectueuse, mais uniquement les prétendues conséquences liées à la défectuosité, doit donc être déboutée de sa demande.

Le moyen d'irrecevabilité invoqué par la société BBB et basé sur la prohibition des demandes nouvelles en appel est à rejeter. En opposant à la demande adverse une clause limitative de responsabilité, l'appelante ne forme pas une demande, mais invoque un moyen et les moyens nouveaux sont permis en appel.

La société BBB se prévaut d'autre part de l'article 1135-1, alinéa 2 du code civil, en vigueur à l'époque du contrat conclu entre parties, aux termes duquel *"Sauf acceptation spéciale par écrit, sont toujours inopposables les clauses qui prévoient en faveur de celui qui a établi les conditions générales des limitations de responsabilité … ".*

La société AAA conclut au rejet de ce moyen. Elle soutient que l'article 1135-1, alinéa 2 du code civil a été abrogé à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 2004, publiée au Mémorial du 16 juillet 2004, de sorte qu'actuellement la société BBB ne saurait invoquer les dispositions dudit article.

D'après l'article 2 du code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif. Conformément à ce principe, la loi du 5

juillet 2004 ne peut s'appliquer à un rapport juridique né avant son entrée en vigueur.

L'acide borique contaminé a été vendu par AAA à BBB en vertu d'un contrat conclu entre parties le 10 mai 2004, donc sous l'empire de l'ancien article 1135-1, alinéa 2 du code civil.

La disposition de l'article 9 de ses conditions générales, invoquée par la société AAA, n'a, d'après les pièces versées par elle, pas été spécialement acceptée par écrit. Elle est dès lors inopposable à la société BBB.

Le jugement est donc à confirmer en ce qu'il a dit la demande de la société BBB fondée en son principe.

La société BBB interjette appel incident contre le jugement du 27 mai 2008, lui reprochant d'avoir ordonné une expertise pour faire déterminer son préjudice accru au lieu de lui allouer d'ores et déjà le montant réclamé qui, selon elle, résulte à suffisance de droit des pièces versées par elle.

Les premiers juges ont motivé leur décision par la nécessité de déterminer la quantité exacte d'acide borique contaminée et de chiffrer les pertes financières effectivement subies tant pour les frais engagés que le manque à gagner.

La quantité exacte d'acide borique contaminée et le montant des frais engagées, tels que renseignés par le décompte versé par la société BBB, sont contestés par la société AAA et la mesure d'instruction ordonnée par le jugement entrepris est à confirmer.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

La société AAA, qui succombe en instance d'appel et est à condamner aux frais cette instance, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à rejeter.

La demande de la société BBB est à dire fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens exposés par elle en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 2.500.- euros, justifiée au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

les dit non fondés et confirme le jugement entrepris;

condamne la société anonyme AAA à payer à la société de droit italien BBB une indemnité de procédure de 2.500.- euros;

déboute la société anonyme AAA de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Arsène Kronshagen, sur ses affirmations de droit.