Arrêt commercial

Audience publique du vingt et un décembre deux mille onze.

Numéro 31982 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***la société à responsabilité limitée AAA s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-…. UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……, représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN de Luxembourg du 17 novembre 2006,*

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à Luxembourg ;

e t

***la société de droit allemand BBB GmbH**, établie et ayant son siège social à D-….. VVV, inscrite au Registre de Commerce de VVV sous le numéro ……., représentée par ses gérants actuellement en fonctions, M. CCC et M. DDD,*

***intimée** aux fins du prédit exploit GLODEN,*

comparant par Maître François KREMER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Les rétroactes tels qu'ils ressortent de l'arrêt rendu par la Cour d'appel le 27 janvier 2010 se présentent comme suit :

« (… …)

Suivant *Purchase Confirmation No. GC 11-E0377/00* du 10 avril 2002, la société AAA s.à r.l., ci-après AAA, a vendu à la société de droit allemand BBB GmbH, ci-après BBB, le produit *EEE,* en provenance de la production de AAA à UUU.

La quantité à livrer était la suivante : *Total production of approx. 4.500 tons net/year.*

La société BBB s'est engagée à prendre livraison de la marchandise par camion citerne à l'usine de AAA à UUU et à payer le prix de 25 € (net) par tonne.

La clause relative à la durée du contrat se lit comme suit :

Duration of contract :

15. April 2002 – 14. April 2004
This contract is fix and cannot be cancelled by one of the parties before end of contractperiod.
Contract has to be cancelled in writing by one of the parties latest 12 months before end of contract duration. In case contract is not cancelled by one of the parties, contract will continue for one more year each.

Le 6 février 2004, la société BBB a vendu à la société FFF GmbH & Co. KG la totalité du Méthanol que la société AAA devait lui livrer pendant la période d'avril 2004 à avril 2006.

(… …)

Reprochant à la société AAA de n'avoir pas honoré ses engagements, la société BBB l'a, par exploit d'huissier du 17 mai 2005, assignée devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner en réparation du dommage lui accru suite à la violation du contrat par la défenderesse :

- **principalement, au paiement du montant total de 1.938.000 € représentant *les dommages et intérêts pour défaut de livraison jusqu'à juin 2005 (1.159.000 €), augmenté du manque à gagner pour les trimestres à venir jusqu'au 14 avril 2006 pour un montant de 779.000 €, calculé en fonction des derniers prix ICIS-LOR publiés pour le méthanol pur FOB Rotterdam et une quantité totale en moyenne de 4.800 tonnes par an* ;**

- **subsidiairement, au paiement du montant de 1.159.000 € à titre de *dommages et intérêts pour défaut de livraison jusqu'à juin 2005, calculés en fonction des derniers prix ICIS-LOR publiés pour le méthanol pur FOB Rotterdam et une quantité totale en moyenne de 4.800 tonnes par an* ;**

- **plus subsidiairement, au paiement du montant de 995.000 € à titre de *dommages et intérêts pour défaut de livraison jusqu'au 14 avril 2005, calculés en fonction des derniers prix ICIS-LOR publiés pour le méthanol pur FOB Rotterdam et une quantité totale en moyenne de 4.800 tonnes par an*,**

ce avec les intérêts légaux à partir du 15 avril 2004, sinon du 21 juillet 2004, sur le montant de 1.938.000 €, sinon sur le montant de 1.159.000 €, sinon sur le montant de 995.000 €, jusqu'à solde ;

- **au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.**

En première instance, la société BBB a augmenté sa demande principale au montant de 1.982.600 € (préjudice actualisé au mois d'avril 2006).

Par jugement du 13 juillet 2006, le tribunal a reçu la demande, l'a dit fondée jusqu'à concurrence du montant de 952.377,75 €, a condamné la société AAA à payer ce montant à la société BBB avec les intérêts légaux à partir du 17 mai 2005, jour de la demande en justice, jusqu'à solde, a rejeté la demande en obtention d'une indemnité de procédure de la société AAA, a condamné la société AAA à payer à la société BBB une indemnité de procédure de 1.500 € et a condamné la société AAA aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a – en substance – :

- **<u>quant à la résiliation du contrat entre parties</u>**

- **dit que *la Convention de Vienne s'applique à la vente conclue en l'espèce, c'est-à-dire, à toutes les questions que soulève la vente entre parties depuis sa formation jusqu'à son exécution* ;**

- **dit qu'*en l'absence de disposition réglementant expressément la question de la validité de la résiliation du contrat de vente internationale en vertu d'une possibilité offerte par le contrat, la difficulté* (de la résiliation) est à résoudre *selon les principes généraux dont s'inspire la Convention, sinon selon le droit international privé qui est en l'occurrence et de l'accord des parties le droit luxembourgeois* ;**

- **dit que *ce droit ne prévoyant aucune disposition dérogatoire à l'obligation de rapporter la preuve de la réception par le destinataire du courrier qui lui est destiné, et cette réception n'étant pas prouvée, ni offerte en preuve en l'espèce, il y a lieu de retenir que le courriel du 11***

février 2003 n'a pas pu, faute d'avoir été reçu à la date indiquée par son destinataire, mettre un terme au contrat conclu entre parties à la date y indiquée **;**

- **relevé que la société BBB ne conteste pas avoir reçu copie du mail de résiliation du mois de février 2003 en date du 16 mars 2004 ;**

- **dit que** ***la résiliation par voie électronique équivaut en sa forme à une résiliation par voie manuscrite et est conforme à ce qui avait été convenu au contrat*** **;**

- **constaté que** ***cette résiliation est confirmée par un courrier du 13 avril 2004 de sorte qu'elle a pu produire effet, compte tenu des termes du contrat mentionnant un préavis de 12 mois, au 14 avril 2005*** **;**

- **constaté que la société AAA n'a plus livré de Méthanol à partir du 14 avril 2004 ;**

- **dit que la société AAA a contrevenu à ses obligations découlant du contrat entre parties pendant la période du 15 avril 2004 au 14 avril 2005.**

(… …) ».

Dans son arrêt du 27 janvier 2010, la Cour – après avoir dit que *l'article 27 de la Convention de Vienne est à lire ensemble avec l'article 26 de la même convention qui a trait aux déclarations de résolution des contrats pour contravention auxdits contrats* et que *l'article 27 de la Convention de Vienne ne trouve dès lors pas application au cas où une des parties se prévaut, pour mettre fin au contrat, des stipulations contractuelles entre parties quant à la durée du contrat* – a, avant tout autre progrès en cause, admis la société AAA à prouver par voie d'expertise :

- de vérifier que *l'e-mail de résiliation du Contrat du 11 février 2003 a été envoyé par M. GGG à partir de son ordinateur à l'adresse e-mail de M. CCC de chez BBB CCC@BBB.de* ;

- de vérifier que *l'envoi par AAA de l'e-mail du 11 février 2003 a été porté à l'attention de BBB*.

L'expert judiciaire HHH de la société III GmbH a déposé son rapport au greffe de la Cour le 8 septembre 2010 duquel il résulte que « (… …) *Der Sachverständige geht aufgrund der gefundenen Ergebnisse mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon aus, dass diese Mail tatsächlich am besagten Datum mit diesen beiden Adressaten* (à lire: BBB et Monsieur JJJ de AAA qui a reçu une copie du mail litigieux) *verschickt wurde. Bei Herrn JJJ ist die Mail angekommen. Eine Manipulation hält der SV nach Sachlage für höchst unwahrscheinlich* ». L'expert est formel pour dire que « *Unter dieser Massgabe ist zweifelsfrei belegt, dass die Mail am 11. Februar 2003 um 13.28 von Herrn GGGs Rechner verschickt wurde* (… …) ».

L'expert judiciaire a ajouté que « *Auf dem PC von Herrn CCC fand sich die besagte Email nicht. Überhaupt waren auf dem Rechner keine Emails zu finden, was mit der Aussage von Herrn CCC, dass heutzutage die Mails auf dem Terminalserversystem verarbeitet werden und keine alten Mails übernommen wurden, übereinstimmt. Es wurden auch keine Notizen oder andere Hinweise darauf gefunden, dass vor dem Untersuchungszeitpunkt diese Mail oder Auszüge davon in ursprünglicher oder abgeänderter Form (z.B. als Worddokument) gespeichert waren* ».

Après avoir illustré le cheminement d'un message électronique, l'expert a dit « *Es gibt keine verlässlichen statistischen Aussagen über die Zustellungs-bzw. die Verlustrate bei Emails.* (… …). *Mails können an unterschiedlichen Stellen verlorengehen, bedingt durch Fehlkonfigurationen, Systemausfällen oder Softwarefehler* ».

L'expert explique qu'il ne peut pas répondre à la question de savoir si le message électronique est parvenu chez la société BBB, ce *aufgrund der nicht mehr vorhandenen Beweismittel und des Fehlens weiterer Hinweise auf dem PC von Herrn CCC.*

L'expert conclut que « *Der SV kann weder beweisen noch widerlegen, dass die Mail bei Herrn CCC bei BBB angekommen ist.* (… …). *Die Mail könnte angekommen und danach gelöscht worden sein, die Mail könnte aber genau so gut gar nicht angekommen sein* ».

Selon la société AAA, l'envoi du courrier électrique a été établi par le rapport d'expertise de sorte que la résiliation du contrat litigieux doit être considérée comme étant valablement faite.

Elle fait plus particulièrement plaider – ce au regard de l'affirmation de l'expert que « *Die Wahrscheinlichkeit, dass sie* (à lire : die Mail) *angekommen ist, ist jedoch erheblich grösser als die, dass sie nicht angekommen ist. Aus eigener Erfahrung kann der SV sagen, dass die Verlustrate im Bereich weniger Promille liegt* » – que la situation normale et habituelle serait la réception du courrier électronique par la société BBB et qu'il serait incontestable que le fait de n'avoir pas reçu le courrier électrique constitue une situation anormale ; qu'il ne suffirait pas à la société BBB de nier la réception du courrier électrique litigieux, mais qu'il lui appartiendrait de prouver la non-réception.

La société AAA entend vainement transposer au présent litige une décision de la Cour de cassation française du 11 juin 1964, publiée au JT 1965, page 120, relative à un congé donné au moyen d'une lettre recommandée avec avis de réception où le preneur prétendait n'avoir reçu qu'une enveloppe recommandée vide, argument auquel la Cour de cassation française a répondu que *la remise d'une telle lettre étant établie, fait présumer jusqu'à preuve contraire que la notification était régulière*, alors qu'en l'espèce, il n'est pas établi que le courrier électrique ait été *« remis »* au destinataire.

A supposer qu'en l'occurrence il y ait eu un haut degré de probabilité que le courrier électrique litigieux soit parvenu à l'adresse de BBB, il n'en demeure pas moins qu'il existe un doute raisonnable que tel n'a pas été le cas.

Si l'expert est d'accord pour dire qu'il y a une très forte probabilité que le courrier électronique du 23 février 2002 soit parvenu à la société BBB, toujours est-il qu'il est aussi d'avis *dass daraus allerdings keine beweiskräftige Aussage abgeleitet werden kann, denn es könnte ja genau dieser Fall* (à lire : que le courrier électronique n'est pas arrivé à destination) *eingetreten sein.*

A ce propos, la Cour fait sienne la jurisprudence de la Cour de Cassation française selon laquelle l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de la preuve. Il n'est pas suffisant de retenir la vraisemblance d'un fait pour le tenir pour établi. Un jugement ne peut donc être fondé sur des preuves qui laissent subsister une incertitude. (cf : Journal des tribunaux Luxembourg no 2 du 30 avril 2009 : Probabilité et certitude dans la preuve en justice par P. KINSCH et décisions y publiées).

Enfin, l'argumentation de la société AAA, consistant à dire qu'elle n'aurait pas reçu de notification documentant que le courrier électrique n'a pas pu être délivré à son cocontractant BBB, est, au regard des considérations ci-avant développées, sans pertinence. Il aurait appartenu – et en cela la Cour rejoint les réflexions de la société BBB – à la société AAA d'exiger, au regard de l'ampleur du contrat conclu entre parties, un accusé de réception électronique « *delivered* » ou « *read* » ou d'adresser en parallèle à la société BBB une confirmation par la voie recommandée de sa lettre de résiliation.

Il s'en suit qu'il n'est pas établi que le contrat ait été *cancelled in writing by one of the parties latest 12 months before end of contract duration*, auquel cas *contract will continue for one more year each.*

La société AAA demande – au cas où la Cour dira la résiliation non valable avec effet au 14 avril 2004 – à voir dire, comme l'ont fait les juges de première instance, que les relations entre parties ont valablement pris fin à partir du 14 avril 2005.

La société BBB relève – dans ce contexte – appel incident, critiquant les juges de première instance en ce qu'ils ont dit que le courrier du 11 février 2003 a été porté *à la connaissance de la partie BBB lors d'entretiens téléphoniques et échanges de courrier du mois de mars 2004* et que *la partie BBB ne conteste d'ailleurs pas avoir reçu copie du mail de résiliation du mois de février 2003, en date du 16 mars 2004, confirmée par un courrier du 13 avril 2004, de sorte qu'elle a pu produire effet, compte tenu des termes du contrat mentionnant un préavis de 12 mois, au 14 avril 2005.*

La société BBB fait plaider qu'il n'y a pas lieu d'admettre – au regard des éléments du dossier – que la résiliation du contrat *a pu produire effet au 14 avril 2005*, alors que l'e-mail du 16 mars 2004 aurait été un e-mail interne du groupe

DUPONT et que cet e-mail n'aurait pas été envoyé à la société BBB, ni directement, ni même en copie.

Il ressort des pièces soumises à la Cour que par lettre datée du 8 avril 2004 la société BBB, en se référant *auf unsere verschiedenen Telefongespräche während der letzten Tage im Anschluss an Ihr Faxschreiben vom 29 März 2004*, disant que « *Nach meinen Informationen, wird der letzte LKW für BBB am 14.04.04 geladen !!! ……* », a *remercié* la société AAA *für die freundliche Bereitschaft, die Situation* – en rapport avec la fin des relations entre parties – *mit Ihnen am 14./15. April 2004 bei einer gemeinsamen Besprechung in Luxemburg zu erörtern.*

Le 13 avril 2004, le dénommé KKK de AAA GENEVA a répondu en les termes suivants : (… …) *At the present time, we do not see any benefit to having a face-to-face meeting at the issues at hand are pretty straightforward. We provide you the necessary notice that we would be terminating the methanol sales contract and we intend to terminate in accordance with that notice. If you want to elaborate on your point of view, we would prefer to have that position stated in writing. Therefore, we would appreciate it if you would do so by return fax*.

Le 14 avril 2004, le dénommé LLL de la société AAA INTERNATIONAL S.A. a écrit à la société BBB (… …) *to make our position absolutely clear, AAA s.à r.l. has cancelled the subject contract effective as of today, April 14, 2004, as already notified to you via email by Mr. GGG on February 11, 2003 and as reemphasized via telefax sent to you on April 13, 2004 by AAA s.à r.l..*

Il ressort des considérations ci-dessus que la société BBB savait que *AAA s.à r.l. has cancelled the subject contract effective as of today, April 14, 2004*, de sorte que le contrat conclu en 2002 a continué à courir, conformément aux termes de la clause « *duration* », jusqu'au 15 avril 2005.

La société BBB ne saurait donc prétendre à une indemnisation allant au-delà du 14 avril 2005.

Il s'en suit que l'appel incident de la société BBB est d'ores et déjà à déclarer non fondé.

Par voie de conséquence, les prétentions de la société BBB tendant, principalement, à voir condamner la société AAA au paiement du montant de 1.980.977,75 € en réparation du dommage par elle subi pour la période allant jusqu'au 15 avril 2006 avec les intérêts légaux à compter du 15 avril 2004, sinon du 21 juillet 2004, sinon du 17 mai 2005, jusqu'à solde, sont à rejeter.

- **<u>Quant à l'application des dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises en rapport avec la résiliation du contrat</u>**

La Cour rappelle que ce point a déjà été toisé dans son arrêt du 27 janvier 2010 de sorte qu'il n'y a plus besoin d'y revenir, étant précisé que la Convention de Vienne, qui fournit un droit unifié, pourra être appliquée totalement ou partiellement, laissant une large place à l'autonomie des parties. Elle se meut dans le mouvement favorable au principe d'autonomie. Elle présente un caractère supplétif, permettant aux parties d'y déroger partiellement ou même d'en modifier les effets (Journal des tribunaux 10 janvier 1998, 117ème année, N° 5868, n° 19).

- **<u>Quant aux dommages et intérêts redus par la société AAA</u>**

Dans son arrêt du 27 janvier 2010, la Cour a d'ores et déjà relevé que les juges de première instance ont retenu :

« (… …)

- **que la demande de la société BBB tendant à l'obtention de dommages et intérêts *est en principe fondée pour la période allant du 15 avril 2004 au 14 avril 2005* ;**

- **que les conditions de livraison sont identiques pour le contrat conclu entre la société BBB et la société AAA, d'une part, et la société BBB et la société FFF, d'autre part ;**

- **que le manque à gagner de la société BBB *se calcule en multipliant la différence entre les prix convenus dans les deux contrats par le tonnage de méthanol qui aurait dû être livré* ;**

- **que la société AAA *aurait pu, respectivement, dû fournir 400 tonnes de Méthanol par mois à la société BBB* ;**

- **que la société AAA *devait livrer 400 (quota mensuel) – 209,27 (tonnage livré du 1er au 14 avril 2004) = 190,73 tonnes de Méthanol en avril 2004, ainsi que 400 tonnes par mois de mai 2004 à mars 2005, et 400/2= 200 tonnes du 1er au 14 avril 2005 ;***

- **que le dommage subi par la société BBB suite au manquement par la société AAA à ses engagements contractuels se chiffre au montant total de 952.377,75 €.**

(… …) ».

La société BBB conclut – au cas où la Cour devait considérer que le contrat de vente a été résilié avec effet au 14 avril 2005 – à voir condamner la société AAA au paiement du montant de 952.377,75 €, tel que retenu par les juges de première instance, en réparation du préjudice par elle subi du 14 avril 2004 au 15 avril 2005 avec les intérêts légaux à partir du 15 avril 2004, sinon du 21 juillet 2004, sinon du 17 mai 2005, jusqu'à solde.

Elle soutient, à ce propos, que le dommage lui accru correspond à la différence entre le prix convenu dans son contrat avec AAA et celui convenu dans son contrat conclu avec FFF, multipliée par le tonnage de méthanol qui aurait dû être livré par AAA dans la période allant du 14 avril 2004 au 14 avril 2005. Elle ajoute que son dommage n'est pas à calculer par rapport à un « prix courant » un tel prix courant n'existerait pas pour le méthanol technique.

La société BBB demande encore à la Cour – au cas où celle-ci devait considérer ne pas disposer de tous les éléments nécessaires pour calculer le dommage en question – d'ordonner à la société AAA *de produire ses livres de commerce relatifs à la production de méthanol technique (EEE) depuis le 10 avril 2002, date de la conclusion du contrat, jusqu'au 15 avril 2006.*

Elle formule encore une offre de preuve par expertise, libellée comme suit :

- *déterminer les quantités de Méthanol technique produites par AAA Luxembourg depuis le 10 avril 2002, date de la conclusion du contrat, jusqu'au 15 avril 2006 ;*

- *déterminer le prix du Méthanol technique, d'une part, conformément au prix convenu entre les parties dans le contrat de vente du 10 avril 2002 (Purchase Confirmation No. GC 11 – E0377/00) et, d'autre part, conformément au prix convenu entre BBB et FFF dans le contrat du 6 février 2004, à la fin de chaque trimestre civil depuis le 10 avril 2002 (date de la conclusion du contrat BBB-AAA) jusqu'au 15 avril 2006 ;*

- *évaluer le dommage subi par BBB (le manque à gagner de BBB se calculant en multipliant la différence entre les prix convenus dans les deux contrats visés au paragraphe précédent, par le tonnage de Méthanol technique qui aurait dû être livré) et faire le décompte entre parties.*

La société AAA réitère son argumentation consistant à dire qu'il résulte de la lecture combinée des articles 74 et 77 de la Convention de Vienne que les conditions cumulatives pour obtenir réparation du dommage – à savoir, prévisibilité du dommage au moment de la conclusion du contrat et existence d'un lien de causalité entre le préjudice prévisible et la contravention au contrat – ne sont pas remplies en l'espèce.

La société AAA soutient plus particulièrement que *la condamnation au montant évalué par les premiers juges est contraire à l'article 1150 du Code civil en ce que la réparation en matière contractuelle ne comprend que le seul dommage normalement prévisible lors de la conclusion du contrat* ; que *la revente des produits livrés par la société AAA ne serait nullement entrée dans le champ contractuel* ; *que l'appelante n'avait pas connaissance de l'utilisation économique faite par la société BBB au moment de la conclusion du contrat* ; qu'aucun lien de cause à effet n'existerait entre la résiliation du contrat et le dommage prétendument accru à la société BBB qui n'aurait, par ailleurs, pas modéré son dommage, obligation à laquelle elle aurait cependant été tenue.

L'article 74 de la Convention de Vienne est de la teneur suivante :

Les dommages et intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la convention. Ces dommages et intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention du contrat.

L'article 77 de la Convention de Vienne se lit comme suit :

La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée.

Il se dégage de ces dispositions que ne pourra faire l'objet d'une indemnisation que le dommage que la partie en défaut avait prévu ou aurait dû prévoir. Ce critère de prévisibilité s'apprécie au moment de la conclusion du contrat en tenant compte des faits dont elle a ou aurait dû avoir connaissance. C'est à la partie qui a commis la contravention à prouver la prévision et la prévisibilité du dommage, autrement dit il appartient à la partie en défaut de rapporter la preuve de ce que l'impact de la faute sur la prestation de son cocontractant était imprévue et imprévisible (Journal des tribunaux 10 janvier 1998, 117ème année, N° 5868, n° 71 et n° 97).

En l'occurrence, la société AAA, qui se trouve ou se trouvait en relations d'affaires suivies avec la société BBB, ne saurait, en sa qualité de professionnel en la matière et au regard de son expérience dans les ventes de méthanol, raisonnablement prétendre qu'elle aurait ignoré, au moment de la conclusion du contrat avec la société BBB, que les produits de méthanol achetés par la société BBB, qui se définit comme étant une *Mineralölhandelsgesellschaft*, étaient nécessairement destinés à la revente en vue de la réalisation d'un bénéfice sur base d'un prix convenu entre parties.

La société AAA reste en défaut de prouver ou d'offrir en preuve que le dommage allégué par la société BBB était imprévisible pour elle.

La société AAA réitère, en outre, son argumentation d'ores et déjà exposée dans l'arrêt de la Cour du 27 janvier 2010, qui se lit comme suit :

« (… …)

La société AAA juge erronée la méthode adoptée par les juges de première instance pour calculer le dommage accru à la société BBB.

La société AAA reproche au tribunal d'avoir *multiplié les volumes contractuels du Méthanol à livrer par AAA à BBB en vertu du Contrat par*

la différence entre le prix d'achat convenu entre AAA et BBB et le prix de vente du Méthanol facturé par BBB à FFF.

Elle fait plaider que le préjudice causé en cas de résiliation résulte, conformément à l'article 75 de la Convention de Vienne, de la différence entre le prix contractuel et celui que l'acheteur ou le vendeur devait accepter dans le cadre d'une opération de substitution ; qu'au cas où il n'y a pas de contrat de remplacement – tel serait le cas en l'espèce étant donné que BBB n'aurait pas pris les diligences pour conclure un contrat auprès d'un fournisseur suppléant – l'article 76 de la Convention de Vienne autoriserait le créancier à réclamer la différence entre le prix fixé dans le Contrat et le « *prix courant* ». (… …) ».

Pour calculer le dommage subi par le créancier de l'obligation inexécutée, on dispose d'une référence objective, soit que le créancier de l'obligation ait effectué une opération de substitution, soit que les marchandises aient un prix courant.

Les articles 75 et 76 imposent respectivement de se référer à ces critères objectifs pour calculer les dommages et intérêts, sans préjudice d'autres indemnisations pouvant être dues conformément aux règles générales de l'article 74. (cf : DALLOZ : Vente par Bernard AUDIT, no 183).

Aux termes de l'article 75 de la Convention de Vienne, *lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages et intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages et intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74*.

En l'occurrence, on ne saurait reprocher à la société BBB de n'avoir pas conclu de contrat de substitution, étant rappelé qu'elle n'a – comme exposé ci-avant – eu connaissance de la résiliation du contrat conclu avec la société AAA que vers la mi-avril 2004 alors que le contrat qu'elle avait conclu avec la société FFF le 6 févier 2004 prévoyait une « *Lieferzeit* » d'avril 2004 à avril 2006. Il était ainsi quasiment impossible de rechercher dans si peu de temps un fournisseur de méthanol substituable au méthanol technique produit pas la société AAA. Ceci est d'autant plus vrai que la société AAA, nonobstant son expérience acquise en qualité de marchand de méthanol, n'a pas daigné renseigner la Cour sur d'éventuelles possibilités de s'approvisionner en méthanol technique substituable.

L'offre de preuve de la société AAA par expertise qu'il *existe un marché de Méthanol sur lequel BBB aurait pu trouver du Méthanol substituable, ou autre produit substituable au Méthanol technique livré par AAA à BBB*, est à déclarer irrecevable, alors qu'il n'appartient pas à l'expert de suppléer la carence de la société AAA dans l'administration de la preuve de son affirmation.

Le reproche de la société AAA, tiré du défaut par la société BBB d'avoir recherché un fournisseur de substitution, et partant de n'avoir pas minimisé son dommage conformément à l'article 77 de la Convention de Vienne, est partant à déclarer non fondé.

L'article 76 de la Convention de Vienne dit que *lorsque le contrat est résolu et que les marchandises ont un prix courant, la partie qui demande des dommages et intérêts peut, si elle n'a pas procédé à un acte de remplacement ou à une vente compensatoire au titre de l'article 75, obtenir la différence entre le prix fixé dans le contrat et le prix courant au moment de la résolution ainsi que tous autres dommages et intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74*. (… …).

S'il n'y a pas eu d'opération de substitution, les dommages et intérêts sont évalués par rapport au prix courant de la marchandise s'il en existe un : ils seront de la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant au moment de la résolution. Le moment de référence pour la détermination du prix courant est celui de la résolution du contrat. En ce qui concerne le lieu à prendre en considération pour la détermination du prix courant, l'article 76 alinéa 2 désigne celui où la livraison des marchandises aurait dû être effectuée et, à défaut de prix courant en ce lieu, on pourra se référer à celui pratiqué en un autre lieu qu'il apparaît raisonnable de prendre comme lieu de référence. A défaut de toute référence possible, on se reportera à la disposition générale de l'article 74. (cf : DALLOZ : Vente par Bernard AUDIT, no 185).

La société AAA – en contestant que le *prix FOB Rotterdam* soit le « *prix courant* » et en soutenant que les prix tels que repris dans le contrat conclu entre la société FFF et la société BBB ne pouvant servir de référence, le prix de vente avancé par la société BBB pour le méthanol serait le prix de vente pour le méthanol pur et non pas pour le méthanol technique qui, lui, ferait l'objet du contrat passé tant entre BBB et AAA qu'entre BBB et FFF – formule une offre de preuve par expertise aux fins de :

- *constater que le prix courant du Méthanol technique pratiqué sur le marché du Méthanol est largement en-dessous des prix de FOB Rotterdam* ;

- *déterminer le prix de vente courant de Méthanol technique en fonction des prix du marché pratiqué* ;

- *évaluer sur base de ce prix le préjudice résultant de la non-livraison de Méthanol technique à BBB pendant la période de référence à déterminer par la Cour.*

La Cour, ne disposant pas d'ores et déjà de tous les informations nécessaires pour fixer les dommages et intérêts devant revenir à la société BBB du fait de l'inexécution par la société AAA de son obligation à sa charge, estime qu'il y a lieu de recourir, avant tout autre progrès en cause, à l'avis d'un homme de l'art avec la mission plus amplement spécifiée au dispositif du présent arrêt.

Acte est donné à la société AAA qu'elle a augmenté, en cours d'instance, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure au montant de 10.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et que la société BBB réclame une indemnité de procédure de 25.000 € sur le même fondement.

En l'état actuel des choses, il échet de réserver ces demandes ainsi que les frais.

PAR CES MOTIFS :

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

en continuation de l'arrêt du 27 janvier 2010 ;

dit que le contrat conclu le 10 avril 2002 a été résilié par la société AAA s.à r.l. le 14 avril 2004 avec effet à partir du 14 avril 2005 ;

dit la demande en obtention de dommages et intérêts de la société de droit allemand BBB GmbH d'ores et déjà fondée pour la période allant du 14 avril 2004 au 14 avril 2005 ;

quant au montant :

nomme avant tout autre progrès en cause expert Monsieur MMM de la société NNN, avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport motivé :

- *déterminer le prix de vente courant de Méthanol technique en fonction des prix du marché pratiqués à l'époque de la résolution du contrat* ;

- *examiner si le prix courant du Méthanol technique pratiqué sur le marché du Méthanol est en-dessous des prix de FOB Rotterdam* ;

- *dans l'affirmative, évaluer le préjudice résultant de la non-livraison de Méthanol technique à BBB pendant la période allant du 14 avril 2004 au 14 avril 2005.*

ordonne à la société BBB GmbH de consigner au plus tard le 31 janvier 2012 la somme de 3.000 € à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert MMM 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 de l'expert devaient dépasser le montant des provisions versées, l'expert devra en avertir le magistrat de la mise en état et ne continuer les opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire ;

charge Madame la première conseillère Annette GANTREL du contrôle de cette mesure d'instruction;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 31 mars 2012 au plus tard;

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