

Arrêt N° 5/18 IV-COM

Audience publique du dix janvier deux mille dix-huit

Numéro 42871 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société anonyme de droit belge A, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, ayant une succursale à Luxembourg, avec adresse à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, représentée par son représentant permanent actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Josiane Gloden d'Esch-sur-Alzette du 19 août 2015,

comparant par la société en commandite simple Dentons Luxembourg, représentée par Maître Guy Perrot, avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Bertrange,

e t

la société anonyme constituée suivant le droit de l'Etat de Floride (Etats-Unis d'Amérique) B, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite auprès du Florida Department of State, Division of Corporation sous le numéro,

intimée aux fins du prêt exploit Gloden,

comparant par Maître Jean-Paul Kill, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Suivant acte d'huissier de justice du 2 juillet 2014, la société anonyme de droit de l'Etat de Floride B., (ci-après la société B) a fait assigner la société anonyme de droit belge A N.V. (ci-après la société A) avec succursale luxembourgeoise A à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de la voir condamner à lui payer du chef du solde d'une facture du 12 juin 2012 la somme de 84.000 € avec les intérêts au taux légal à partir du 23 décembre 2013. Elle a encore réclamé une indemnité de procédure de 1.000 €.

La société A a soulevé l'exception de la cautio judicatum solvi en application de l'article 257 du NCPC et sollicité la condamnation de la société B à fournir une caution destinée à couvrir les frais et dommages et intérêts éventuels auxquels elle pourrait être condamnée.

Par jugement du 4 décembre 2014, le tribunal a rejeté l'exception de cautio judicatum solvi.

La société A a soulevé in limine litis l'irrecevabilité d'une première assignation introduite le 8 janvier 2014 par la société B contre la succursale de la société A, dépourvue de personnalité juridique. Cette assignation serait encore nulle, à défaut pour la société demanderesse d'avoir indiqué l'identité du représentant permanent de la société succursale.

La société A a encore conclu à l'irrecevabilité des assignations introduites à son encontre par la société B en date des 28 février et 2 juillet 2014 pour « succession d'actions ». L'assignation du 28 février 2014 serait également nulle en raison de l'indication d'une date de comparution erronée.

Quant au fond, la société A a reproché à la société B de ne pas avoir livré le matériel commandé endéans le délai convenu entre parties. Elle a soutenu que les relations entre parties auraient été soumises à ses propres conditions générales lesquelles auraient prévu une livraison pour le 9 novembre 2012 au plus tard, ainsi que le paiement d'une indemnité correspondant à 1% du prix total de vente pour chaque jour où un manquement contractuel persiste, limité à 20% du prix de vente total.

Elle a considéré que la société B aurait accepté sans aucune réserve son bon de commande du 3 septembre 2012, stipulant un prix inférieur à l'offre émise par la partie demanderesse le 16 juillet 2012, de sorte que les conditions générales auxquelles ce bon de commande faisait référence lui auraient été opposables.

Soutenant que la société B n'aurait livré le produit commandé que le 4 janvier 2013, soit avec un retard de presque deux mois, la société A a estimé avoir été en droit de retenir le montant de 84.400 € au titre du retard de livraison prémentionné.

La société A a encore demandé la condamnation de la société B à lui payer 10.000 € à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire, étant donné qu'elle aurait d'abord dirigé son assignation contre la succursale, dépourvue de personnalité juridique, et aurait montré une attitude de légèreté blâmable, de malice et de mauvaise foi.

Elle a requis 20.000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel au titre d'honoraires d'avocat payés, et une indemnité de procédure de 2.000 €.

Par jugement du 12 mars 2015, le tribunal, statuant en continuation du jugement du 4 décembre 2014, a dit fondée la demande de la société B et condamné la société A au paiement de la somme de 84.000 € avec les intérêts au taux légal à compter du 23 décembre 2013 jusqu'à solde, ainsi qu'à une indemnité de procédure de 1.000 €. Il a rejeté les demandes de la société A en obtention de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire, réparation du préjudice matériel subi ainsi que celle en obtention d'une indemnité de procédure et a condamné la société A aux frais et dépens de l'instance.

Suivant acte d'huissier de justice du 19 août 2015, la société A a relevé appel des deux jugements.

Par arrêt du 19 octobre 2016, la Cour d'appel a dit non fondé l'appel relevé par la société A du jugement du 4 décembre 2014.

Reste à statuer sur l'appel relevé par la société A du jugement du 12 mars 2015.

L'appel est recevable.

L'appelante conclut par réformation, principalement, à voir déclarer irrecevable l'assignation du 2 juillet 2014 et nul le jugement dont appel et de renvoyer les parties devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Elle conclut subsidiairement, par réformation, à voir dire que les conditions générales de la société A et la clause pénale inscrite à l'article 5.8 sont opposables à la société B et à voir constater que cette société a manqué à ses obligations contractuelles pour ne pas avoir respecté le délai de livraison prévu au contrat. Elle demande en conséquence à voir dire qu'elle aurait été en droit de retenir la

somme de 84.000 € et conclut à être déchargée des condamnations prononcées à son encontre.

Elle demande en outre à voir condamner la société B à lui payer 10.000 € à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire sur base de l'article 6-1 du Code civil, sinon sur base des articles 1382 et 1383 du même code.

Elle augmente à la somme de 40.000 € sa demande en obtention de dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel subi.

Elle sollicite finalement une indemnité de procédure de 10.000 € ainsi que la condamnation de la société B aux frais et dépens de l'instance.

La société B conclut à la confirmation du jugement de première instance.

Aux termes de ses écritures du 18 novembre 2015, elle sollicite encore la condamnation de la société A à lui payer la somme de 66.157 USD, à convertir en euros au titre de « pertes supplémentaires qui lui incombent en raison de l'attitude de la partie appelante ».

Elle réclame une indemnité de procédure de 5.000 €.

Discussion

I. Quant aux moyens de procédure

La société A se limite dans le dispositif de son acte d'appel à réitérer en ordre principal la nullité, sinon l'irrecevabilité de l'acte introductif d'instance du 2 juillet 2014.

L'acte d'huissier de justice du 2 juillet 2014 serait nul pour ne pas désigner le représentant permanent de la succursale au sens de l'article 41 du NCPC.

L'absence d'indication de l'organe représentant une société en justice, voire une indication erronée de l'organe représentatif, n'entraîne pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (Cour de Cassation 2 avril 2009, n° 2622 du registre ; Cour d'appel, 15 juillet 2014, n° 36517 du rôle).

Ce moyen a donc à juste titre été écarté par le tribunal.

La demande introduite par l'acte d'huissier de justice du 2 juillet 2014 serait encore irrecevable, étant donné qu'elle serait dirigée contre la même partie et aurait le même objet et la même cause que

celle formulée par la société B dans l'assignation introductive d'instance du 28 février 2014.

L'assignation du 2 juillet 2014 ne contiendrait aucun chef nouveau par rapport à celle du 28 février 2014.

Dans son jugement du 12 mars 2015, le tribunal a rejeté ce moyen après avoir constaté que l'assignation du 28 février 2014 n'a jamais été enrôlée.

La société A critique le tribunal de ne pas avoir considéré que l'instance judiciaire existe dès la signification d'un acte introductif d'instance et que l'enrôlement ne constitue qu'une mesure d'administration interne. Elle soutient qu'aussi longtemps que l'instance introduite par l'assignation du 28 février 2014 ne serait pas déclarée éteinte par l'effet d'un désistement ou d'une péremption, la demande formulée à son encontre dans l'acte d'huissier de justice du 2 juillet 2014 serait à déclarer irrecevable.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ce point.

C'est à bon droit et par une motivation que la Cour approuve que la juridiction de première instance a rejeté le moyen d'irrecevabilité comme non fondé. Il convient d'ajouter qu'il appartient à la partie la plus diligente de procéder à la mise au rôle de l'affaire. Rien n'aurait en l'occurrence empêché la société A d'enrôler l'assignation du 28 février 2014.

C'est encore à juste titre et par une motivation que la Cour adopte que la juridiction de première instance a déclaré irrecevables les demandes de la société A tendant à faire déclarer nulles, sinon irrecevables les assignations des 8 janvier et 28 février 2014.

La demande de la société B a en conséquence à bon droit été déclarée recevable.

II. Quant au fond

Le litige a trait à l'installation par la société B d'un produit informatique dénommé « *Softwarestarter SM 661000 – E* » auprès d'un client de la société A suivant commande du 9 mars 2009. Le 12 juin 2012, la société B a émis une facture d'un import de 422.000 €. Après deux paiements en mars et décembre 2013, un solde de 84.000 € est resté impayé.

A. Quant aux conditions générales de la société A

Pour accueillir la demande de la société B, le tribunal a relevé que la société A est restée en défaut de rapporter la preuve de la connaissance et de l'acceptation des conditions générales A par la société B au moment de la conclusion du contrat.

Il a retenu que ces conditions générales sont à considérer comme étant inopposables à la société B, et que la société A ne pouvait partant prétendre à l'allocation d'une indemnité prévue dans une clause pénale figurant dans ces conditions générales.

La société A reproche au tribunal de s'être contredit dans la motivation de son jugement pour avoir dans un premier temps considéré « que les conditions générales de la société A étaient applicables à la relation contractuelle en raison de l'acceptation de la contreproposition par la société B » pour finalement avoir modifié sa position en affirmant « que les conditions générales de la société A n'étaient pas opposables à la société B », à défaut pour la société A d'avoir rapporté la preuve de l'acceptation desdites conditions générales par la société B.

L'appelante fait valoir que l'acceptation de la contreproposition de la partie appelante aurait englobé l'acceptation des conditions générales d'achat de la société A auxquelles il a été fait référence dans le document du 3 septembre 2012.

L'appelante ajoute que dans la contreproposition communiquée et acceptée par la société B, cette dernière a été rendue attentive au fait qu'elle avait la possibilité d'obtenir une copie des conditions générales d'achat de la part de la société A. Comme la société B aurait négligé de solliciter la communication desdites conditions générales, elle ne pourrait se prévaloir de sa propre turpitude pour prétendre avoir ignoré l'existence de la clause pénale figurant dans lesdites conditions générales, prévoyant l'allocation d'une indemnité à l'acheteur en cas de non-respect par le fournisseur du délai de livraison y prévu.

L'appelante fait encore valoir que les conditions générales A auraient été publiées sur son site internet et auraient par conséquent été facilement accessibles. L'intimée aurait en plus confirmé le bon de commande de la société A du 3 septembre 2012 pour le montant proposé de 422.000 € sans jamais avoir émis la moindre réserve quant à l'application des conditions générales A.

L'appelante conclut en conséquence, par réformation, à voir déclarer ses propres conditions générales applicables à la relation contractuelle entre parties et demande à être déchargée de la condamnation au paiement de 84.000 €.

La société B admet avoir confirmé le 12 octobre 2012 dans un document « *order acknowledgment* », la commande telle qu'indiquée

dans le « *purchase order* » du 3 septembre 2012 pour le prix proposé de 422.000 €, sans avoir émis de réserves.

L'intimée conteste en revanche avoir eu connaissance des conditions générales A qui ne lui auraient jamais été communiquées. Faute de les avoir reçues, elle ne les aurait dès lors pas non plus acceptées.

L'intimée argumente que les parties n'auraient pas entretenu de relations d'affaires antérieures, et que les conditions générales de la société A n'auraient pas été annexées au « *purchase order* » du 3 septembre 2012. Comme elle n'en aurait pas disposé au moment de la conclusion du contrat, lesdites conditions générales ne seraient pas entrées dans le champ contractuel et seraient partant inopposables à la société B.

L'intimée ajoute que les conditions générales dans la version telle que présentée à la Cour d'appel n'auraient pas été publiées sur internet à l'époque de la conclusion du contrat.

L'appelante n'aurait par conséquent pas été en droit de retenir la somme de 84.000 € au titre de la réparation du préjudice prétendument subi du fait du retard dans la livraison du matériel par l'intimée.

Il est acquis en cause que la société A a en date du 3 septembre 2012 envoyé un document intitulé « *purchase order* » à la société B pour une commande de produits informatiques, en indiquant un prix total de 422.000 €.

Ce prix qui est nettement inférieur à celui indiqué dans l'offre de la partie demanderesse du 16 juillet 2012 a été accepté par la société B par un document intitulé « *order acknowledgment* » du 12 octobre 2012, aux termes duquel la société intimée a confirmé la commande telle qu'indiquée dans le « *purchase order* » du 3 septembre 2012 sans avoir émis de réserves (pièces n° 9, 10, 11 et 13 de l'appelante).

Le « *purchase order* » adressé à la société B le 3 septembre 2012 mentionne que « *A'S general conditions shall apply to all your offers, our orders and agreements with our company. A copy of the terms relevant for you will be sent, on request. Your terms and conditions are explicitly rejected (...)* » (pièce n° 2 de l'intimée).

Les conditions générales de la société A, dans la version versée aux débats comporte 4 pages. La clause litigieuse inscrite à l'article 5.8 des conditions générales de la société A est rédigée dans les termes suivants :

« if the supplier fails to meet any agreed deadline, then for every day or part thereof that the supplier fails to meet the deadline, supplier owes, by operation of law and without notice of default and without the intervention of the court, an immediately due and payable penalty of 1% of the total price or the maximum price involved with the agreement for every day that the default persists, to the maximum of 20 % of that price ».

(...) (pièce n° 14 de l'intimée).

C'est de cette clause que la société A se prévaut pour justifier le non-paiement du solde de la facture réclamé par la société B.

Le problème qui se pose concerne l'opposabilité de cette disposition à la société B. Pour la société A, la simple possibilité offerte à la société intimée de prendre connaissance des conditions générales A aurait été suffisante pour les rendre opposables au fournisseur, tandis que celui-ci fait plaider, pour conclure à l'inopposabilité des conditions générales de l'acheteur, que celles-ci ne lui avaient pas été remises au moment de la conclusion du contrat, qu'il n'en a pas eu connaissance et qu'il ne les a pas acceptées.

L'article 1135-1 du Code civil dispose que *« les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées. »*

Cet article consacre ainsi, à propos des conditions générales, la double exigence cumulative de la connaissance et de l'acceptation.

Aussi, en acceptant de contracter pour le prix de 422.000 € proposé par la société A, la société B n'a pas automatiquement accepté les conditions générales d'achat A auxquelles renvoie le *« purchase order »* du 3 septembre 2012.

La connaissance des conditions générales exige tout d'abord une double connaissance portant, d'une part, sur l'inclusion des conditions générales dans le contrat (Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 2012, n° 10-24.592) et, d'autre part, sur le contenu même de ces conditions.

Ces exigences ne font pas difficulté lorsque les conditions générales sont reprises dans le document contractuel signé, ou annexées au contrat et qu'une mention claire renvoie à cette annexe.

Les parties s'accordent pour dire qu'en l'occurrence, les conditions générales A n'étaient pas annexées au *« purchase*

order » du 3 septembre 2012 et n'ont jamais été remises à la société B au moment de la formation du contrat.

Lesdites conditions générales n'étaient pas non plus connues à l'occasion d'un précédent contrat, à défaut de relations d'affaires antérieures entre les parties litigantes.

La société A ne pouvait dans ces conditions se limiter à faire référence dans le « *purchase order* » à ses conditions générales et indiquer qu'elles étaient disponibles sur demande. Comme elle entendait soumettre le contrat à ses propres conditions générales, elle aurait dû prendre l'initiative et les remettre à la société B afin que celle-ci ait pu en prendre connaissance.

A défaut de communication desdites conditions générales à la société intimée, celle-ci n'a en conséquence pas non plus pu les accepter tacitement.

Il s'ajoute, face aux contestations de la société B, que la société A n'a pas non plus établi que l'exemplaire des conditions générales non daté, actuellement versé aux débats, corresponde à la version en vigueur au moment de la formation du contrat le 3 septembre 2012.

Au regard des développements qui précèdent, l'argumentation de la société appelante que la société B n'aurait pas non plus contesté l'application d'une pénalité de retard lorsque la société A s'est plainte du retard accumulé avant la livraison effective de la marchandise, est à écarter pour défaut de pertinence.

La juridiction de première instance a dès lors à juste titre retenu que les conditions générales A étaient inopposables à la société B.

C'est dès lors à bon droit et par une motivation que la Cour adopte que le tribunal a retenu que la société A n'était pas en droit de retenir la somme de 84.000 € prévue à titre d'indemnité dans l'article 5.8. de ses propres conditions générales pour prétendu non-respect par l'intimée du délai de livraison convenu.

La demande de la société B a en conséquence à bon droit été déclarée fondée pour la somme de 84.000 € à augmenter des intérêts au taux légal à compter du 23 décembre 2013, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde.

B. Quant à la demande additionnelle de la société B

La société B sollicite pour la première fois en appel, la condamnation de la société A à lui payer la somme de 66.157 USD, à convertir en euros au titre de « pertes supplémentaires qui lui incombent en raison de l'attitude de la partie appelante ».

La recevabilité de cette demande n'est pas contestée par la société A.

L'intimée expose avoir dû contracter un contrat de devises qui lui aurait coûté 8.229 USD afin de minimiser les risques de change entre USD et euros. Elle argumente avoir néanmoins subi une perte sur le change entre USD et euros et évalue son dommage à 48.319 USD. Elle ajoute avoir dû contracter un prêt pour faire face à ce manque à gagner avec un taux d'intérêt annuel de 3,2% et fait valoir que les intérêts seraient évalués à 9.609 USD.

La société A n'a pas pris position quant au bien-fondé de cette demande.

Il résulte des pièces soumises à la Cour que l'intimée a en date du 12 décembre 2012 conclu un « *foreign exchange contract* » avec la banque C. Aux termes d'un « *general ledger posting report* » portant la date du 28 février 2013, la banque lui met en compte 8.229 USD au titre de « *charges for A Luxembourg Contract* » (pièces sous n°11 de l'intimée).

L'intimée reste toutefois en défaut de fournir de plus amples précisions quant à la relation causale entre le défaut de paiement des 84.000 € par la société A et les frais bancaires dont elle réclame le remboursement.

La demande additionnelle de la société B est dès lors à rejeter.

C. Quant aux demandes accessoires

La société A conclut à la condamnation de la société B à lui payer la somme de 40.000 € à titre d'honoraires d'avocat, principalement sur la base contractuelle, sinon sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Elle fait valoir que le préjudice matériel réside dans le fait « *qu'elle a été contrainte de se déplacer à plusieurs reprises dans les différentes instances introduites successivement par la société B, alors même qu'elles étaient irrecevables pour ne pas respecter les prescriptions légales* ».

Au vu de l'issue du litige, c'est à juste titre que le tribunal a rejeté cette demande, aucune faute n'étant retenue à charge de la société B.

C'est encore à juste titre que le tribunal de première instance a rejeté la demande de la société A en obtention de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire et dit non fondée sa demande sur base de l'article 240 du NCPC.

La demande de la société B en allocation d'une indemnité de procédure a, à juste titre, été déclarée fondée pour la somme de 1.000 €, étant donné qu'elle s'est vu contrainte d'engager des frais dans le seul but de faire valoir ses droits légitimes en justice.

L'appel de la société A n'est dès lors pas fondé.

Au vu du sort réservé à son appel, la demande de la société A en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Celle de l'intimée est à déclarer fondée, étant donné qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens.

La Cour lui alloue 1.500 €.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, statuant contradictoirement, sur le rapport de magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

dit recevable la demande additionnelle de la société anonyme B.,

la dit non fondée,

dit non fondées les demandes de la société anonyme A N.V. en allocation de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire et pour préjudice matériel,

rejette la demande de la société anonyme A N.V. en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société anonyme A N.V. à payer à la société anonyme B. une indemnité de procédure de 1.500 €,

condamne la société anonyme A N.V. aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Jean-Paul Kill, avocat concluant, sur ses affirmations de droit.