

- Arrêt commercial -

Audience publique du vingt-trois janvier deux mille quatorze

Numéro 37789 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Agnès ZAGO, conseiller,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Josiane STEMPER, greffier.

Entre

la société à responsabilité limitée **SOC.1.) s.à r.l.**, anciennement dénommée **SOC.1.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B ..., représentée par son (ou ses) gérant(s) actuellement en fonction(s),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 12 juillet 2011,

comparant par Maître Robert LOOS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée de droit néerlandais **SOC.2.) B.V.**, établie et ayant son siège social à NL-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Rijnland sous le numéro ..., représentée par son (ou ses) gérant(s) actuellement en fonction(s),

intimée aux fins du susdit exploit FUNK,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par exploit d'huissier du 30 septembre 2010 la société de droit néerlandais **SOC.2.)** B.V, ci-après **SOC.2.)**, a fait donner assignation à la société **SOC.1.)** s.à r.l., ci-après **SOC.1.)**, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 29.766,43 EUR (au titre d'une facture du 9 février 2010 d'un montant de 25.078,68 EUR et 4.687,75 EUR du chef de frais d'immobilisation), ce montant avec les intérêts de retard au taux prévu par l'article 5 (1) de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, à compter du 9 février 2010, sinon à compter du 23 février 2010, dernier délai prévu pour le paiement, sinon à compter d'une mise en demeure du 6 mai 2010, sinon à partir de l'assignation en justice. Elle a encore demandé la condamnation d'**SOC.1.)** au paiement du montant de 1.500 EUR sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

En cours de procédure, **SOC.1.)** a formulé une demande reconventionnelle d'un montant de 46.569,56 EUR se décomposant comme suit: 1.828,76 EUR au titre du manque à gagner subi par le fait qu'elle n'a pas pu vendre les tapis au prix unitaire de 5,85 EUR et 44.740 80 EUR au titre du préjudice commercial subi suite à la non-livraison de deux conteneurs, contenant d'après ses dires 7.648 tapis, devenus actuellement invendables et payés au fournisseur.

Par jugement du 5 mai 2011, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré la demande de **SOC.2.)** partiellement fondée et a débouté **SOC.1.)** de sa demande reconventionnelle.

SOC.1.) a été condamnée à payer à **SOC.2.)** la somme de 18.809,01 EUR avec les intérêts légaux prévus à l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 à partir de la demande en justice jusqu'à solde et le montant de 1.000 EUR sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Par exploit d'huissier du 12 juillet 2011 **SOC.1.)** a régulièrement relevé appel du jugement du 5 mai 2011, signifié le 6 juin 2011.

Elle critique le jugement de première instance en ce qu'il a admis que la société **SOC.2.)** pouvait valablement facturer au titre du transport d'un container le prix de 1.750 dollars alors que la dernière offre non révisée portait sur 1.625 dollars. Elle critique encore le jugement en ce qu'il n'a pas fait droit à sa demande reconventionnelle en paiement d'un montant de 46.569,56 EUR. Elle sollicite la condamnation de **SOC.2.)** au paiement de cette somme et la compensation entre ce montant et le montant alloué par la juridiction de première instance à la société **SOC.2.)** de l'ordre de 18.809,01 EUR et dès lors la condamnation de la société **SOC.2.)** au « différentiel » de 25.931,79 EUR avec les intérêts.

En ordre subsidiaire, elle demande la livraison des deux containers de marchandises (...) et (...) à son siège social endéans les trente jours de la

signification de l'arrêt à intervenir sous peine d'une astreinte non comminatoire de 2.500 EUR par jour de retard, l'astreinte étant à limiter à 47.000 EUR et à compenser le cas échéant à due concurrence avec la condamnation prononcée en première instance au profit de **SOC.2.)**. Elle sollicite la nomination d'un expert pour prendre inspection de la marchandise au moment de la livraison et la condamnation de l'intimée à lui payer les dommages et intérêts en relation avec une moins-value à déterminer. Elle demande à voir dire que les créances définitives réciproques seront à liquider dans cette hypothèse uniquement et à l'occasion de l'arrêt qui statuera après le dépôt du rapport d'expertise. Elle demande à être déchargée de la condamnation sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et réclame sur cette base la somme de 6.000 EUR, soit 3.000 EUR pour la première instance et 3.000 EUR pour l'instance d'appel.

L'appelante expose que le 23 décembre 2009 elle a sollicité une offre de prix de **SOC.2.)** pour la livraison de huit conteneurs contenant des matras en caoutchouc au départ de Chine. Elle aurait informé **SOC.2.)** que les conteneurs seraient disponibles dès le 3 janvier 2010 et que la livraison devait se faire soit au Luxembourg, soit directement auprès du client allemand **CL.1.)** dans la semaine quatre de 2010.

Après avoir obtenu les conditions de prix par email du 23 décembre 2009, reconfirmées le 24 décembre 2009 par courriel, le marché fut conclu.

Or, **SOC.2.)** n'aurait respecté ni le prix convenu, ni la date de livraison et aurait fourni comme explication dans un courriel du 31 janvier 2010 que le navire était «overbooked» et qu'elle devait choisir un autre navire pour le chargement.

SOC.2.) aurait ensuite livré le 11 février 2010 avec un retard de deux semaines. Cette livraison tardive lui aurait causé un manque à gagner de 1.828,76 EUR.

Cette demande aurait à tort été rejetée par les juges de première instance.

Les juges de première instance auraient encore à tort rejeté le deuxième volet de sa demande reconventionnelle en allocation du montant de 44.780,80 EUR à titre de préjudice commercial pour absence de preuve, le nombre de tapis contenus dans les containers et payés au fournisseur chinois résulterait à suffisance des documents produits en cause dont «l'arrival notice» et la facture **FR.1.)** du 30 décembre 2009. Elle estime encore que la convention CMR invoquée par **SOC.2.)** pour se soustraire à sa responsabilité n'est pas applicable au contrat en cause, étant donné qu'elle s'applique exclusivement au transport de marchandises par route.

Par conclusions notifiées le 2 novembre 2011 **SOC.2.)** formule appel incident. Elle critique les juges de première instance en ce qu'ils ne lui ont alloué que le montant de 18.809,01 EUR à titre de frais de transport et qu'ils ont rejeté la demande relative aux frais de stockage.

Elle demande en conséquence la condamnation d'**SOC.1.)** au paiement du montant de 25.078,68 EUR et du montant de 4.687,75 EUR à titre de frais de stockage des deux containers retenus à juste titre.

Elle demande de débouter **SOC.1.)** de ses demandes en allocation d'une indemnité de procédure et la confirmation du jugement de première instance en ce qu'il lui a été alloué un montant de 1.000 EUR sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile. Pour l'instance d'appel elle réclame de ce chef un montant de 2.500 EUR.

Quant aux prix pratiqués

La société **SOC.1.)** critique dans le cadre de son appel principal le jugement de première instance en ce qu'il a admis que la société **SOC.2.)** pouvait valablement facturer au titre du transport d'un conteneur le prix de 1.750 dollars alors que la dernière offre non révisée portait sur la somme de 1.625 EUR. Elle estime que le seul fait que des prix puissent fluctuer fortement ne signifie pas qu'un cocontractant puisse sans l'accord de son partenaire, facturer à son gré des prix qu'il n'a pas préalablement offerts et qui n'ont pas fait l'objet d'un accord entre parties. Elle aurait donné son accord pour un prix de 1.625 dollars par conteneur et à aucun moment on ne lui aurait indiqué une augmentation de prix pour un transport hors délai avec un autre navire. Elle conteste par ailleurs que la réception de la livraison puisse valoir acceptation de la facture, cette facture aurait été contestée par lettre du 3 mars 2010 et oralement avant cette date. Elle soutient en outre dans ses conclusions du 27 juin 2012 que le «Bill of Lading» de même que «l'arrival-notice» et les conditions générales entre **SOC.2.)** et son transporteur ainsi que la pratique du «overbooking» par le transporteur ne la concernent pas. **SOC.2.)** n'aurait simplement pas exécuté son obligation.

SOC.2.) soutient avoir informé **SOC.1.)** le 24 décembre 2009 que le prix par container a augmenté de 100 USD entre le mois de décembre 2009 et le mois de janvier 2010. Comme la livraison ne s'est cependant faite qu'au mois de février et ce avec l'accord de la société **SOC.1.)**, elle devrait payer le prix par container en vigueur au mois de février.

Elle soutient qu'en matière de transport maritime les prix varient entre autres rapidement en fonction des hausses des carburants et des variations de cours de devises et qu'il n'est pas déterminé longtemps à l'avance, mais seulement déterminable. Le réajustement des prix de transport serait corrigé par l'application d'un currency adjustment factor. En l'occurrence, les prix convenus n'ont été valables que pour le mois de janvier 2010, de sorte qu'en acceptant une livraison au mois de février, **SOC.1.)** aurait accepté à subir des variations de prix. **SOC.2.)** serait par ailleurs transitaire, n'aurait pas été le transporteur et ne fixerait pas les prix. Elle aurait informé dès fin décembre la société **SOC.1.)** du fait que les prix changent chaque mois.

C'est à bon droit et par une motivation que la Cour d'appel fait sienne que les juges de première instance ont retenu qu'**SOC.1.)** a émis des contestations précises et circonstanciées à l'encontre de la facture litigieuse du 9 février

2010 par un courrier du 3 mars 2010 et que dès lors le principe dit de la facture acceptée invoqué par **SOC.2.)** ne pouvait s'appliquer. Dans son courrier du 3 mars 2010, **SOC.1.)** a en effet contesté les prix au motif que les prix facturés pour le transport ne correspondent pas aux prix offerts par **SOC.2.)** aux termes de son offre du 24 décembre 2009 et que les frais de transport routiers facturés sont injustifiés dans la mesure où les six containers ont été transportés par trois camions et non par huit camions. Elle a encore soutenu qu'elle n'a reçu que six containers sur les huit facturés proposant de régler les deux conteneurs restants dès leur réception tout en précisant qu'elle ne payera pas de frais de stockage alors que la facture prévoit un «payment within 14 days».

SOC.2.) ne conteste pas que la livraison n'a pas pu se faire comme prévu au mois de janvier faute d'espace sur le bateau prévu, qu'elle a dû chercher un autre navire et qu'elle l'a trouvé pour un départ au 6 janvier 2010 avec une arrivée début février.

Elle soutient pour justifier le prix réclamé que le transport maritime est une activité au sein de laquelle les prix sont particulièrement volatiles car soumis à de nombreuses variations tarifaires maritimes. Le prix ne serait donc pas déterminé longtemps à l'avance, mais seulement déterminable.

Il se dégage de la facture produite en cause du 9 février 2010 que **SOC.2.)** a facturé des frais de transport par container de 1.750 USD. Suivant offre de prix du 24 décembre 2009, le prix par conteneur était offert pour 1.625 USD avec la précision comme l'ont relevé à juste titre les juges de première instance que «about january, the rate will be USD 1.625/20 DV». Il résulte encore des pièces produites en cause qu'aux termes d'une offre émise le 23 décembre 2009, le prix d'un conteneur a été offert à 1525/2 DV. **SOC.1.)** ne saurait partant valablement faire valoir qu'elle n'aurait pas été au courant des fluctuations de tarifs en matière maritime étant donné qu'en un laps de temps d'une journée le prix de transport par container a déjà changé.

SOC.1.) produit par ailleurs elle-même les emails contenant les offres de **SOC.2.)** des 23 et 24 décembre 2009.

Au regard des pièces produites en cause **SOC.2.)** s'est engagée à respecter le tarif tel qu'il résulte de l'offre du 24 décembre 2009 pour une livraison au mois de janvier et non pas au-delà de cette date. Elle pouvait partant valablement ajuster son prix par rapport à l'offre pour le mois de février.

SOC.1.) fait valoir que le prix de 1.750 USD n'aurait pas fait l'objet d'un accord bilatéral entre parties et qu'elle n'aurait jamais accepté ce prix. Or, **SOC.1.)** a accepté une livraison au 1^{er} février 2010, tout en ayant été prévenue du fait que les prix variaient d'un mois à l'autre, et que le prix par container pour une livraison au 1^{er} février 2010 ne serait pas le même et pourrait augmenter en fonction des fluctuations du marché. Elle a été informée des variations de prix pratiqués par les transporteurs vers la hausse ou vers la baisse.

Comme **SOC.1.)** ne soutient pas que le prix de 1.750 USD ne correspond pas au tarif en vigueur au mois de février 2010, c'est à bon droit que les juges de première instance ont dit non fondée la contestation d'**SOC.1.)** concernant les frais de transport par conteneur de 1.750 USD facturés par **SOC.2.)**.

Quant au paiement du prix de livraison des deux containers retenus par SOC.2.)

Les parties étaient liées par un contrat par lequel **SOC.2.)** s'est engagée à organiser le transport de huit conteneurs de tapis depuis la Chine vers Trèves en passant par Rotterdam. Sur les huit containers à livrer, deux ont été retenus par **SOC.2.)** à Rotterdam et seulement six ont été livrés par **SOC.2.)** à Trèves. Elle explique la non-livraison des deux containers par le fait que la facture du 9 février 2010 n'a pas été payée avant la livraison des huit conteneurs, prévue pour le 11 février 2010. Faute d'avoir reçu un quelconque paiement d'**SOC.1.)**, elle aurait été en droit de retenir deux conteneurs.

SOC.2.) estime dans le cadre de son appel incident que c'est à tort que les juges de première instance ont décidé qu'elle a abusivement retenu deux containers restants et qu'ils n'ont pas condamné **SOC.1.)** au paiement intégral des frais de transport de ceux-ci et au remboursement des frais de stockage.

Elle soutient qu'il était en effet convenu entre parties, malgré la mention type sur la facture, que le prix serait payable avant la livraison. Cet accord et partant la réalisation du paiement avant la livraison seraient établis tant par le comportement d'**SOC.1.)** qui aurait établi un ordre de virement daté du 9 février 2010, soit le jour même de l'émission de la facture et la veille de la livraison que par la correspondance entre parties. Elle invoque en ordre subsidiaire l'exception d'inexécution par anticipation pour justifier la non-livraison de deux containers.

SOC.1.) expose qu'elle aurait rétracté l'ordre de virement, auquel fait référence la société **SOC.2.)**, au motif qu'elle aurait appris que **SOC.2.)** refusait de livrer les huit containers. Elle se serait par ailleurs rendue compte d'erreurs dans la facture, de sorte qu'elle aurait été en droit de refuser tout paiement tant que **SOC.2.)** n'aurait pas respecté sa propre obligation, à savoir livrer tous les containers et facturer le prix convenu.

Elle n'aurait en outre jamais confirmé un accord quant à un autre paiement que celui prévu au contrat. Le paiement aurait été conditionné par l'exécution réciproque des obligations.

Le délai de livraison aurait été dépassé et le paiement aurait été échu au plus tôt 15 jours après l'émission de la facture du 9 février 2010.

Il se dégage des conditions de paiement figurant sur la facture du 9 février 2010 qu'elle est payable endéans les 14 jours, soit jusqu'au 23 février 2010.

L'affirmation de **SOC.2.)** consistant à dire que la formule «Payment within 14 days» serait une formule générale pré-écrite et qu'il avait été en l'occurrence convenu entre parties que le paiement devait se faire avant la livraison, n'est au regard des éléments du dossier pas établie.

En effet, ni la correspondance entre parties, ni le fait qu' **SOC.1.)** a effectué un ordre de virement en date du 9 février 2010, soit le jour de l'émission de la facture, ne sont de nature à prouver que malgré la mention figurant sur la facture, il était dans l'intention des parties de voir effectuer le paiement avant la livraison.

SOC.2.) invoque encore l'exception d'inexécution par anticipation en soutenant qu'elle pouvait exercer une rétention des deux containers vu les positions changeantes d'**SOC.1.)** et de nature à la faire douter quant à la survenance d'un paiement.

Le pouvoir d'opposer à son débiteur l'exception d'inexécution existe lorsque que le contractant peut raisonnablement croire en l'inexécution future de son partenaire contractuel (Jurisclasseur Banque-Crédit-Bourse, Verbo Garanties intrinsèques, Fascicule 780, Exception d'inexécution, n° 6).

En l'occurrence, **SOC.2.)** ne rapporte cependant aucun élément de nature à établir qu'elle pouvait douter de la solvabilité ou de l'inexécution future d'**SOC.1.)**.

C'est partant à bon droit que les juges de première instance ont retenu que **SOC.2.)** n'était pas en droit de retenir deux conteneurs sous prétexte de ne pas avoir été payée et qu'elle a partant commis une faute en ne livrant que six containers au lieu de huit. La demande de **SOC.2.)** a à bon droit été déclarée fondée à concurrence de 6/8 de 25.078,68 EUR, soit pour la somme de 18.809,01 EUR, et non fondée pour le surplus.

Etant donné que **SOC.2.)** a retenu fautivement deux containers, c'est encore à bon droit que les juges de première instance l'ont déboutée de sa demande en allocation du montant de 4.687,75 EUR à titre de frais de stockage.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé.

Quant au manque à gagner et quant au préjudice commercial

SOC.1.) réclame au titre du manque à gagner le montant de 1.828,76 EUR et la somme de 44.740,80 EUR à titre de préjudice commercial.

SOC.2.) affirme qu'elle devait organiser le transport maritime des huit containers d'**SOC.1.)** de la Chine vers Rotterdam ainsi que le transport routier des huit containers de Rotterdam à Trèves. Elle conteste tout accord quant à une livraison obligatoire pour fin janvier et soutient qu'en aucun cas elle n'aurait été débitrice d'une obligation de résultat. Son rôle aurait été de

trouver un cargo à **SOC.1.)** le plus vite possible. Elle soutient encore que les parties ont été liées par un contrat de transport, constaté par une lettre de voiture, soumis à la convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) et l'article 23 paragraphe 4 de cette convention exclurait l'indemnisation d'un éventuel manque à gagner et d'un préjudice commercial.

En ordre subsidiaire, **SOC.2.)** fait valoir qu'aucun délai n'avait été prévu pour la livraison, de sorte qu'elle ne saurait être tenue responsable. La marchandise serait par ailleurs stockée à l'abri conformément aux photos produites en cause.

Le transport aurait en outre été constaté par des lettres de voiture qui auraient précisé que le transport était soumis, nonobstant toute clause contraire, à la Convention CMR.

SOC.1.) estime que la convention CMR n'est pas applicable au contrat conclu entre elle et **SOC.2.)** dès lors que cette convention s'applique tout d'abord exclusivement au contrat de transport de marchandises par route. Les seuls contrats de transport éventuellement soumis à la Convention CMR seraient ceux conclus entre l'expéditionnaire affrété par **SOC.2.)** et les transporteurs. Les lettres de voiture entre l'expéditionnaire et le transporteur invoquées par **SOC.2.)** ne la concerneraient pas.

Il convient d'abord de relever qu'en l'occurrence des conteneurs ont été également transportés par mer dans le cadre du contrat conclu entre **SOC.1.)** et **SOC.2.)** et que le retard dans la livraison dont fait état **SOC.1.)** ne provient pas du transporteur routier, mais est dû à la pratique du overbooking du transporteur maritime choisi par **SOC.2.)**. **SOC.1.)** ne met par ailleurs pas en cause la responsabilité d'un transporteur routier.

L'article 1 de la convention CMR stipule que «la présente convention s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route à titre onéreux au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins est un pays contractant. Pour l'application de la présente Convention, il faut entendre par «véhicules» les automobiles, les véhicules articulés, les remorques et les semi-remorques. L'article 2 prévoit que si le véhicule contenant les marchandises est transporté par mer,.... sans rupture de charge sauf, éventuellement, pour l'ensemble du transport.... ».

SOC.2.) se présente comme étant *«the relevant link between the carriers, (air)ports, customs, warehouses and inland transportation facilities to ensure your cargo will be at the right place at the right time»*.

SOC.1.) et **SOC.2.)** admettent qu'elles étaient liées par un contrat aux termes duquel **SOC.2.)** s'est engagée à organiser le transport maritime de huit containers de la Chine vers Rotterdam ainsi que le transport routier de Rotterdam vers Trèves. La correspondance entre parties établit par ailleurs à

suffisance que **SOC.2.)** a organisé et coordonné les différents modes de transport des containers vers l'Europe et qu'elle s'est occupée de la réservation d'un emplacement sur un navire cargo. Via email du 28 janvier 2010 **SOC.1.)** a été informée par **SOC.2.)** que le cargo sur lequel elle avait réservé un emplacement était surbooké et que la date d'arrivée au port de Rotterdam serait le 7 février 2010.

Le retard dans l'exécution du contrat par **SOC.2.)** s'est dès lors réalisé au cours d'un transport non routier.

Les dispositions de la CMR ne sauraient partant s'appliquer à l'espèce.

Le contrat de transport se définit comme celui par lequel un prestataire s'engage, moyennant paiement d'un prix, à déplacer des personnes ou des biens. Il est admis en cause que **SOC.2.)** a organisé le transport de marchandises pour le compte d'**SOC.1.)** depuis la Chine vers l'Europe. Le contrat entre parties ne saurait partant s'analyser comme un contrat de transport, mais comme un contrat de commission de transport dans le cadre duquel le commissionnaire de transport, le prestataire, **SOC.2.)**, s'est engagé à organiser le déplacement de marchandises en son nom propre et pour le compte de son donneur d'ordre, le commettant, la société **SOC.1.)**.

Ce contrat de commission de transport se caractérise par la liberté donnée au commissionnaire d'organiser le transport par les voies et les moyens de son choix.

Si le commissionnaire est amené à conclure des conventions nécessaires à l'organisation du transport, il agit en son propre nom et ne représente pas le commettant. Il est partie aux contrats qu'il conclut. Il a une obligation de résultat et est tenu de plein droit dès lors que les marchandises ne parviennent pas à destination conformément à ce qui est convenu.

SOC.2.) prétend qu'aucun accord n'aurait été initialement passé entre **SOC.1.)** et **SOC.2.)** pour que les marchandises soient livrées à une date précise. Le «Bill of Lading» ne préciserait en outre pas une date de livraison et le «Overbooking» serait une pratique courante.

SOC.1.) se serait limitée à émettre le souhait de recevoir les marchandises fin janvier. **SOC.2.)** aurait cependant de suite fait comprendre à **SOC.1.)** que la prestation demandée était irréalisable. **SOC.1.)** ne se serait par ailleurs jamais plainte du retard de la livraison, d'ailleurs fréquent au moment des fêtes de fin d'année.

Elle aurait au contraire marqué son accord pour une livraison avec un retard de quelques jours et ne l'aurait jamais prévenue du fait que la marchandise serait invendable si la livraison arrivait après la date convenue initialement.

SOC.1.) fait valoir qu'elle a subi, suivant un tableau récapitulatif, un manque à gagner de 1.828,76 EUR en relation avec le non-respect du délai de livraison par **SOC.2.)** au courant de la semaine 4 de janvier 2010. Une bonne

partie du prix aurait déjà été réglée à son fournisseur avant la livraison et le refus par **CL.1.)** de prendre livraison de la marchandise l'aurait obligée de l'écouler auprès d'autres clients à moindre prix. Elle n'aurait pas demandé de livrer au mois de février 2010, mais ce serait **SOC.2.)** qui aurait imposé la livraison pour cette date.

La faute du débiteur d'une obligation de résultat est établie par le seul fait de l'inexécution de l'obligation et du résultat promis.

Il résulte des éléments de la cause que **SOC.2.)** s'est engagée à livrer les containers au courant de la semaine 4 de janvier 2010. Un email de confirmation a été adressé le 29 décembre 2010 à **SOC.1.)** précisant que «we have booked your cargo on below sailing and expect cargo to arrive on 1/02/2010».

Le 28 janvier 2010, elle a informé **SOC.1.)** que le cargo, qui devait transporter la marchandise, était surbooké et qu'en conséquence l'arrivée des containers était reportée au 7 février 2010.

Comme l'ont retenu à juste titre les juges de première instance **SOC.1.)** ne s'est cependant jamais plainte de ce retard de livraison et elle n'a pas informé **SOC.2.)** qu'un délai de livraison avait été convenu avec le client final **CL.1.)** et que passé ce délai, **CL.1.)** n'acceptait plus la livraison. Elle a au contraire accepté, suivant email du 9 février 2010, une livraison dans la matinée du 11 février 2010, soit à un moment où son client final **CL.1.)** lui avait déjà fait savoir qu'il n'acceptait pas une livraison tardive de la marchandise.

La demande reconventionnelle, quant au préjudice subi de ce chef, a partant à juste titre été rejetée par les juges de première instance.

SOC.1.) estime que les juges de première instance ont à tort rejeté sa demande reconventionnelle en allocation d'un montant de 44.740,80 EUR à titre de préjudice commercial au motif qu'elle n'aurait ni prouvé que les deux containers retenus par **SOC.2.)** auraient contenu 7.648 tapis de voiture, ni qu'elle aurait réglé son fournisseur chinois. Elle soutient qu'actuellement, après un entreposage de plus de trois années au port, elle ne connaîtrait pas l'état de la marchandise et que ce ne serait qu'au moment de la livraison que l'état pourrait être analysé et son préjudice exact déterminé. Elle demande dès lors en ordre subsidiaire de réserver son préjudice commercial en attendant la livraison des deux conteneurs et permettant l'inspection de la marchandise par un expert.

La société **SOC.2.)** demande la confirmation du jugement de première instance en ce qu'il n'a pas alloué de dommages et intérêts pour préjudice commercial en relation avec un défaut de livraison de deux conteneurs.

Elle estime qu'elle aurait été en droit de retenir les deux conteneurs faute de paiement de la part d'**SOC.1.)**. **SOC.1.)** ne prouverait par ailleurs pas qu'elle aurait payé la facture de son fournisseur chinois. Elle conteste en outre, au

vu des lettres de voiture, que les deux conteneurs non livrés contiennent 7.648 tapis. Elle prétend qu'**SOC.1.)** resterait toujours en défaut de prouver la matérialité et l'effectivité de son préjudice par la contenance en tapis des deux containers et de leur état, ou par la preuve du paiement de la facture du fournisseur chinois.

Il est établi en cause que **SOC.2.)** a commis une faute en retenant abusivement les deux containers. Elle doit partant indemniser **SOC.1.)** du préjudice lui accru de ce chef.

Pour établir la réalité de son préjudice **SOC.1.)** verse la facture de son fournisseur chinois, le « Bill of Lading », « l'arrival notice » et la confirmation de commande de son repreneur allemand **CL.1.)**.

Elle estime qu'au vu de ces pièces, il serait à suffisance établi que les deux conteneurs retenus contiennent au total 1.912 cartons, soit $1.912 \times 4 = 7.648$ tapis et que faute d'avoir reçu la livraison, elle n'aurait pas pu vendre ces tapis au prix de revente convenu de 5,85 EUR par tapis. Elle aurait dès lors subi un préjudice de $7.648 \times 5,85 = 44.740,80$ EUR.

La facture du 30 décembre 2009 du fournisseur chinois de tapis, produite par **SOC.1.)**, renseigne une livraison totale de 29.800 tapis pour un prix de 114.134 USD. Cette facture a été réglée par **SOC.1.)**, suivant documents bancaires de la banque **BQUE.1.)** en date des 23 décembre 2009 et 24 février 2010.

Il résulte encore des pièces produites en cause que les deux conteneurs, retenus par **SOC.2.)** au port, portent les numéros (...) et (...).

Les lettres de voiture invoquées par **SOC.2.)**, pour mettre en doute le poids des conteneurs, relevé dans « l'arrival notice », concernent le transport routier des six autres conteneurs et non pas le transport en mer, de sorte qu'on ne saurait s'y reporter pour déterminer le poids des deux conteneurs retenus et transportés en mer de la Chine vers Rotterdam.

L'arrival notice du 10 février 2010 fait état de huit conteneurs et d'une livraison totale de 7.450 cartons. Elle indique pour chacun des deux conteneurs retenus un poids de 16.252 kg.

Cette livraison correspond à la facture du fournisseur chinois.

L'arrival notice relate encore un poids total de 126.650 kg pour une livraison de 7.450 cartons, soit un poids de 17 kg par carton.

Comme les deux conteneurs retenus avaient un poids total de $2 \times 16.252 = 32.504$ kg, ils contenaient $32.504 / 17 = 1.912$ cartons. Etant donné que la vente totale portait en outre sur 29.800 tapis, transportés dans 7.450 cartons, chacun des cartons contenait 4 tapis.

Il est par conséquent établi que les conteneurs numéros (...) et (...) retenus par **SOC.2.)** contenaient $1.912 \times 4 = 7.648$ tapis.

SOC.1.) fait valoir que le défaut de livraison des 7.648 tapis lui a causé un préjudice commercial de 44.740,80 EUR, étant donné qu'elle n'a pas pu vendre les tapis à son client **CL.1.)** au prix convenu de 5,85 EUR.

Il résulte des pièces produites en cause que le 25 novembre 2009 **CL.1.)** a envoyé une confirmation de commande à **SOC.1.)**. Le prix convenu était de 5,85 EUR par tapis et le délai de livraison a été fixé aux 25 et 26 janvier 2010.

Au vu de ce qui précède les tapis contenus dans les deux conteneurs n'ont pas été livrés à **CL.1.)** par **SOC.1.)**, de sorte que le préjudice accru à cette dernière se chiffre à la somme de $7.648 \times 5,85 = 44.740,8$ EUR.

La demande reconventionnelle est partant à déclarer fondée pour la somme de 44.740,8 EUR.

Les intérêts légaux prévus à l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004, d'ailleurs non contestés par **SOC.2.)**, et réclamés par **SOC.1.)** sont à allouer à partir de la demande en justice, le 5 avril 2011.

SOC.2.) ne s'oppose pas à la demande de **SOC.1.)** tendant à voir ordonner la compensation du montant lui alloué dans le cadre de sa demande reconventionnelle avec le montant alloué à **SOC.2.)** par les juges de première instance.

SOC.1.) demande à être déchargée de la condamnation intervenue à son égard sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile. Elle réclame sur cette base, suivant le dernier état de ses conclusions, pour la première instance la somme de 3.000 EUR et pour l'instance d'appel la somme de 3.000 EUR. **SOC.2.)** réclame sur cette base la somme de 2.500 EUR pour l'instance d'appel.

Au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de décharger **SOC.1.)** de la condamnation intervenue à son égard sur cette base en première instance. Il serait cependant inéquitable de laisser entièrement à sa charge les frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer pour assurer la défense de ses intérêts légitimes tant devant la juridiction de première instance que devant la Cour d'appel. La somme de 1.500 EUR lui est allouée pour chacune des deux instances sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

SOC.2.) est, au regard du résultat du litige en instance d'appel, à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Il convient de faire masse des frais et dépens des deux instances et de les imposer pour deux tiers à **SOC.2.)** et pour un tiers à **SOC.1.)**.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel principal et l'appel incident,

dit l'appel incident non fondé,

en déboute,

dit l'appel principal partiellement fondé,

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré la demande de la société de droit néerlandais partiellement fondée et en ce qu'il a condamné la société **SOC.1.)** s.à r.l. à payer à la société de droit néerlandais **SOC.2.)** le montant de 18.809,01 EUR avec les intérêts légaux prévus à l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 à partir de la demande en justice jusqu'à solde et le montant de 1.000 EUR sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et en ce qu'il a débouté la société **SOC.1.)** s.à r.l. de sa demande reconventionnelle en paiement du montant de 1.828,76 EUR au titre du manque à gagner,

réformant,

déclare la demande reconventionnelle de la société **SOC.1.)** s.à r.l. à titre de dommages et intérêts pour préjudice commercial fondée et justifiée pour la somme de 44.740,80 EUR avec les intérêts légaux prévus à l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 à partir de la demande en justice, 5 avril 2011, jusqu'à solde,

ordonne la compensation des créances respectives,

condamne la société de droit néerlandais **SOC.2.)** à payer à la société **SOC.1.)** s.à r.l. à titre d'indemnité de procédure la somme de 1.500 EUR pour la première instance et la somme de 1.500 EUR pour l'instance d'appel,

déboute la société de droit néerlandais **SOC.2.)** de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour deux tiers à la société de droit néerlandais **SOC.2.)** et pour un tiers à la société **SOC.1.)** s.à r.l. avec distraction au profit de Maître Cathy ARENDT déclarant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPER.