

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/13920/2006

ACJC/44/2010

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 15 JANVIER 2010

Entre

X _____ LTD, sise _____ A _____ (Inde), appelante d'un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 19 juin 2009, comparant par Me Patrice Le Houelleur, avocat, 35, rue de la Mairie, case postale 6569, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Y _____ GMBH, sise _____ 6362 Stanstad (NW), intimée, comparant par Me Beat Mumenthaler, avocat, 6, rue Bellot, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 20.01.2010.

EN FAIT

A. a) Y _____ GMBH (ci-après : Y _____), dont le siège se trouve à Stansstad, Nidwald, est une société active dans le commerce international d'acier.

X _____ LTD, anciennement W _____ LTD, (ci-après : X _____) est une société dont le siège se trouve à A _____, dans l'Etat de _____ en Inde. Elle est notamment active dans l'importation d'acier et sa manufacture pour la revente.

b) Dès 2004, Y _____ et X _____ ont entretenu des relations d'affaires portant sur la livraison par Y _____ à X _____ de bobines d'acier à chaud. Y _____ était alors représentée par son agent indien, B _____ LIMITED (ci-après : B _____).

Les parties ont ainsi conclu une première confirmation de commande, datée du 17 août 2004 (no 41387), portant sur la livraison de 2'000 tonnes métriques d'acier. Cet accord prévoyait que la marchandise devait être produite au mois de septembre 2004, que la date limite pour l'embarquement de celle-ci était le 15 novembre 2004 et que le paiement devait intervenir par le biais d'un crédit documentaire irrévocable émis au plus tard le 24 août 2004 par l'intermédiaire de la banque C _____, sise à Genève.

Le 23 novembre 2004, Y _____ et X _____ ont convenu d'une seconde confirmation de commande (no 42134) pour 3'000 tonnes métriques d'acier. La date de production de la marchandise était le mois de décembre 2004, la date limite d'embarquement était le 15 février 2005 et celle pour l'ouverture du crédit documentaire le 30 novembre 2004.

Par une troisième confirmation de commande datée du 16 décembre 2004 (no 50002), les parties ont prévu que 8'500 tonnes métriques d'acier devaient être produites au mois de janvier 2005 et être chargées pour le transport au plus tard le 15 mars 2005. Le délai pour émettre le crédit documentaire était fixé au 23 décembre 2004.

Sur ces trois documents, sont apposées tant la signature de Y _____ que celle de X _____.

c) Par message électronique du 5 janvier 2005, un employé de B _____ a informé X _____ qu'une délégation de Y _____ serait à Dehli du 26 au 28 janvier 2005. Comme convenu, cette dernière irait, le 28 janvier, visiter l'usine de X _____ et discuter des livraisons d'acier déjà effectuées.

d) Par message électronique du 6 janvier 2005, le responsable du contrôle qualité de X _____ a fait savoir à un responsable de cette société que l'acier livré par

Y _____, bien qu'ayant de bonnes propriétés mécaniques, présentait certains défauts de surface.

e) Le 7 janvier 2005, X _____ a adressé à B _____ un courrier électronique au sujet de la qualité de l'acier déjà livré par Y _____. X _____ ne relevait aucun défaut de la marchandise à ce stade, étant précisé que l'intégralité de la marchandise n'avait pas encore atteint le stade de production final.

f) Les 27 et 28 janvier 2005, une délégation de Y _____ s'est rendue en Inde pour visiter l'usine de X _____ et discuter des conditions des commandes suivantes, notamment en termes de quantité, de qualité et de prix.

g) Les 3 et 18 février 2005, deux nouvelles confirmations de commande, no 50487 et no 50625, portant sur la livraison de 7'000 tonnes métriques d'acier, respectivement 2'000 tonnes, ont été signées par les parties. Selon ces accords, l'acier serait produit au mois de mars 2005 et chargé au plus tard le 31 mai 2005, l'ultime délai pour l'ouverture du crédit documentaire étant le 28 février 2005.

h) Entre le 5 et le 14 février 2005, Y _____ et X _____ ont négocié le prix concernant une nouvelle commande. Y _____ a fait une offre portant sur la livraison de 7'000 à 9'000 tonnes pour le prix de 690 US\$ par tonne métrique, alors que X _____ souhaitait un prix de 670 US\$ par tonne métrique. Finalement, les parties se sont mises d'accord pour que le prix soit fixé à 685 US\$ par tonne métrique.

Par courrier du 9 mars 2005, Y _____ a adressé à X _____ une confirmation de commande no 50754, par laquelle elle confirmait lui avoir vendu, pour export direct et consommation en Inde, 7'000 tonnes métriques de bobines d'acier pour le prix de 685 US\$ par tonne métrique, soit un total de 4'795'000 US\$. Le mois de production de la marchandise était avril 2005 et la date limite pour l'embarquement de celle-ci était fixée au 15 juin 2005. Un crédit documentaire irrévocable devait être émis au plus tard le 25 mars 2005 par l'intermédiaire de la banque C _____, sise à Genève. Une tolérance de plus ou moins 10%, par article et au total, sur le montant et la quantité, était admise. Cette confirmation de commande prévoyait en outre, comme les précédentes, que le délai de réclamation était de 30 jours pour les défauts visibles et 60 jours pour les défauts cachés, dès la date du connaissance. Il était précisé qu'une éventuelle réclamation sur la qualité des marchandises n'autorisait pas l'acheteur à refuser ou à retarder le paiement des factures. Cette confirmation de commande, établie sur papier à l'en-tête de Y _____, ne porte pas de signature manuscrite d'un représentant de cette société. Avant de la contresigner, X _____ a modifié le délai d'ouverture du crédit documentaire, en le reportant au 25 avril 2005.

i) La marchandise relative à la confirmation de commande no 41387 a été chargée, selon connaissance, le 28 février 2005; celle concernant les confirmations de commande no 50002, 50487 et 50625 l'a été le 26 mars 2005 pour la première livraison et le 29 mai 2005 pour les deux autres.

j) Par message électronique du 30 mars 2005, faisant référence à la visite de Y_____, X_____ a demandé à B_____ de lui signaler quelles bobines avaient été "scarffed" et lesquelles ne l'avaient pas été pour en contrôler la qualité. B_____ lui a envoyé le même jour les précisions sollicitées, pour le lot lié au contrat no 42134.

k) Par courrier du 1er avril 2005 adressé à B_____, à l'attention de D_____, X_____ a indiqué que, en dépit des améliorations proposées par Y_____ lors de sa visite, les nouvelles livraisons d'acier présentaient des défauts sur la surface de la marchandise. Elle ne savait pas quoi faire de ces barres qui ne pouvaient pas être expédiées à ses clients. Elle demandait à Y_____ d'arranger une visite de l'équipe technique pour évaluer les problèmes de qualité et résoudre cette crise. X_____ n'était pas en mesure de se prononcer sur le lot couvert par le contrat no 50754. Après la visite de l'équipe technique, elle envisageait de faire à Y_____ une proposition pour utiliser cette marchandise pour un usage alternatif.

l) Par courrier électronique du 7 avril 2005, se référant à un entretien téléphonique antérieur, B_____ a fait savoir à X_____ que Y_____ ne pouvait pas revenir sur le prix convenu. Elle remerciait X_____ de lui avoir à nouveau confirmé, par téléphone, que le crédit documentaire serait bien ouvert pour le 25 avril 2005.

m) Dans un message électronique du 26 avril 2005, faisant référence à des téléconférences au cours desquelles X_____ l'avait informée de ce que l'ouverture du crédit documentaire serait légèrement retardée, B_____ lui a demandé à quelle date ce dernier serait émis. Elle a précisé que la marchandise, qui faisait partie de la production d'avril, serait bientôt prête.

n) Le 3 mai 2005, B_____ a fait savoir à X_____ qu'elle avait pris note de ce que le crédit documentaire serait émis pour le 7 mai 2005.

o) Le lendemain, elle lui a indiqué que 7'085,80 tonnes métriques d'acier étaient prêtes et qu'elle attendait l'ouverture du crédit documentaire. Elle a, par ailleurs, relevé qu'un élément de la commande n'avait pas été produit en quantité suffisante par Y_____. Alors que X_____ avait commandé 500 tonnes métriques de ce produit, seules 446,60 tonnes métriques avaient été fabriquées, soit une variation supérieure à la tolérance de 10% indiquée dans le contrat du 9 mars 2005. B_____ a informé X_____ qu'elle pouvait tenir compte d'une quantité de 450 tonnes métriques au lieu de 500 lors de l'ouverture du crédit documentaire.

p) Par message électronique du 1er juin 2005, X _____ a fait savoir à B _____, en relation avec la confirmation de commande no 50754, qu'elle avait pris note du fait que la marchandise était prête au port. Il n'avait pas été possible à X _____ d'ouvrir le crédit documentaire le 25 avril comme promis, car le prix de l'acier avait chuté, de sorte que les clients de X _____ refusaient de payer le prix convenu de 685 US\$, étant précisé que les fournisseurs d'acier locaux offraient des prix plus bas. X _____ relevait qu'elle subissait des pertes sur ses stocks d'acier existants et demandait que le prix convenu de 685 US\$ soit revu à la baisse.

q) Par courrier de son avocat du 17 juin 2005, Y _____ a fait savoir à X _____ qu'elle n'entendait pas renégocier le prix convenu et la mettait en demeure d'ouvrir le crédit documentaire ou de payer le prix convenu avant le 27 juin 2005, pour lui permettre de livrer la marchandise. A défaut, elle entendait annuler le contrat, revendre la marchandise et agir en dommages-intérêts contre X _____.

r) Le 29 juin 2005, Y _____ a résilié le contrat, précisant qu'elle allait revendre la marchandise et qu'elle se retournerait contre X _____ en paiement du dommage subi.

s) La marchandise destinée à X _____ a été revendue à des tiers de la manière suivante :

- Le 29 août 2005, 5'046,8 tonnes métriques à la société E _____ en Inde pour le prix de 435 USUS\$ par tonne métrique, soit en tout 2'195'358 USUS\$.
- Le 28 septembre 2005, 1'063,2 tonnes métriques à la société F _____ en Inde pour le prix de 435 US\$ par tonne métrique, soit 462'492 US\$ en tout.
- Le 24 octobre 2005, 975,2 tonnes métriques à la société G _____ en Turquie pour le prix de 350 US\$ la tonne métrique, soit 341'320 US\$ au total.

t) Y _____ a dû s'acquitter auprès de H _____ de frais de stockage supplémentaires - liés à la commande no 50754 - d'un montant total de 129'104,25 US\$.

u) Par lettres du 26 octobre 2005, X _____ a informé Y _____ qu'une partie de l'acier livré à la suite des commandes no 50002, 50487 et 50625 était défectueux, joignant à ses courriers des rapports établis par la SGS en Inde.

v) Par courriers du 11 novembre 2005, Y _____ a indiqué à X _____ qu'elle contestait ses prétentions en raison du fait que les rapports de la SGS concernaient des bobines d'acier à froid alors que les contrats portaient sur des bobines d'acier à chaud. En outre, le délai de réclamation pour les défauts prévu contractuellement n'avait pas été respecté.

-
- B.** a) Par assignation déposée au Tribunal de première instance le 9 juin 2006, Y_____ a réclamé à X_____ le paiement de 1'795'830 US\$ avec intérêts à 5% dès le 25 octobre 2005 et de 129'104,25 US\$ avec intérêts à 5% dès le 31 août 2005. La première somme représente la différence entre le prix dû par X_____ selon contrat du 9 mars 2005 et celui obtenu par le biais des ventes compensatoires. Le second montant correspond aux frais de stockage supplémentaires que Y_____ a dû payer à H_____ en raison du non-paiement du prix de vente par X_____.
- b) Le 8 janvier 2007, X_____ a formé à l'encontre de Y_____ et B_____ une action en paiement de 3'390'916,710 US\$, devant la Haute cour de New Delhi, portant, selon ses propres indications, sur les commandes no 50002, 50487 et 50625.
- c) Dans le cadre de la présente procédure, X_____ a conclu au rejet de la demande.
- d) Un second échange d'écritures et des enquêtes ont été ordonnées.

I_____, employé de J_____, agent de Y_____ ayant collaboré avec B_____ dans le cadre de cette affaire, a indiqué avoir rencontré X_____, en Inde, le 27 janvier 2005, pour discuter des commandes futures. Les techniciens, ainsi que les commerciaux de Y_____, se trouvaient également sur place. X_____ avait indiqué, lors des discussions, qu'elle souhaitait que la surface des marchandises livrées par Y_____ soit améliorée. Y_____ avait répondu qu'une telle amélioration n'était pas possible dans une mesure importante et que l'acier livré était conforme aux standards usuels de qualité. X_____ avait alors déclaré qu'elle pouvait vivre avec ces défauts et qu'elle continuerait à commander de l'acier à Y_____. S'agissant du lot de marchandise dont X_____ a refusé la livraison, soit celui lié au contrat du 9 mars 2005, les trois reventes aux tiers avaient eu lieu au prix du marché, étant précisé que des rabais avaient été consentis au motif que la marchandise avait été déjà découpée selon des mesures spécifiques et présentait des qualités particulières. Y_____ avait, en effet, eu du mal à revendre la marchandise fabriquée pour X_____ car cet acier, destiné aux fabricants de voitures, était particulièrement mou et une des mesures, objet de la troisième revente, était notamment particulièrement large. Les sociétés auxquelles cet acier avait été vendu n'avaient formé aucune réclamation concernant sa qualité.

K_____, employé de B_____, a déclaré que cette dernière ne signait pas elle-même les contrats, mais s'occupait de recueillir la signature du client et de la retourner au fournisseur. Lors de la visite de Y_____ en Inde, X_____ leur avait dit qu'il y avait un problème de finition au niveau de la surface de l'acier déjà livré. K_____ avait alors répondu qu'ils ne pouvaient fournir une autre qualité

que celle déjà livrée. L'acier qu'ils détenaient n'était pas destiné à la fabrication de pièces visibles pour l'industrie automobile. A sa connaissance, X_____ n'avait pas formulé de requête particulière concernant la qualité de l'acier pour les livraisons suivantes. Elle avait dit que c'était en ordre et avait passé d'autres commandes. Le témoin était également intervenu dans le cadre de la commande du 9 mars 2005. X_____ avait d'abord dit qu'elle ouvrirait le crédit documentaire en mai 2005, puis que, compte tenu de la baisse du marché, elle sollicitait une reconsidération du prix. Le contrat n'ayant finalement pas été exécuté par X_____, l'acier avait été vendu à des tiers. Interrogé sur les deux premières reventes, le témoin a déclaré qu'elles avaient été faites au prix du marché. Aucune réduction n'avait été faite aux deux premières sociétés acheteuses, déjà clientes de B_____. Ces dernières n'avaient formé aucune réclamation concernant la qualité de l'acier.

D_____, employé de B_____, était également intervenu dans le cadre des négociations avec X_____ pour les commandes d'acier auprès de Y_____. B_____ transmettait à X_____, pour signature, les contrats rédigés par Y_____, puis elle les retournait à cette dernière. La visite de janvier 2005 était une visite de courtoisie, à but commercial. X_____ avait fait une observation sur la qualité du premier lot d'acier reçu. Y_____ avait répondu que c'était la seule qualité qu'elle pouvait fournir. S'agissant de la commande du 9 mars 2005, X_____ avait demandé une réduction du prix, en juin 2005, sans aucune mention au sujet de la qualité de l'acier qui devait être livré. Interrogé sur les deux premières reventes aux tiers, le témoin a déclaré que le prix avait été fixé sur la base des marchandises en stock et qu'aucune de ces sociétés acheteuses n'avait fait de réclamation sur la qualité de l'acier livré.

L_____, ayant travaillé pour X_____ de 2001 à 2006, a déclaré avoir été responsable du processus de transformation des bobines d'acier livrées par Y_____ en août 2004 et mars 2005. Ces bobines étaient défectueuses car elles s'effritaient et elles ne permettaient pas une finition nette de la voiture. Elles étaient destinées à la production automobile mais ne convenaient pas pour cet usage. Lors de la visite de Y_____ fin janvier 2005, X_____ avait exposé à cette dernière les défauts dont était affecté l'acier déjà livré. Y_____ avait indiqué qu'elle ferait le nécessaire pour que la qualité soit améliorée et qu'il n'y aurait plus de problèmes.

M_____ était responsable du contrôle qualité, du service client et de l'activité commerciale de X_____ de 2001 à 2006. Le premier lot livré par Y_____ était défectueux, car l'acier s'effritait. X_____ avait fait part à Y_____ de ce que l'acier livré était défectueux et six experts étaient venus en Inde, le 27 janvier 2005, pour faire des vérifications. Il avait été évoqué de préparer la surface de l'acier pour éliminer des défauts. Les experts avaient dit que le nécessaire serait

fait. X _____ avait déclaré qu'elle pouvait continuer à se fournir auprès de Y _____ si la qualité était améliorée. Le second lot présentait cependant les mêmes défauts. L'acier livré par Y _____ avait été utilisé pour satisfaire des commandes nécessitant une qualité d'acier inférieure. Le témoin était l'auteur du courrier électronique adressé par X _____ à Y _____ le 30 mars 2005. Il voulait savoir quelles bobines avaient été traitées en vue de l'élimination des défauts. L'adjectif "scarffed" signifiait "amélioré". A cette époque, X _____ avait déjà reçu le premier lot et voulait que la marchandise soit améliorée. Cette correspondance faisait suite à la visite de Y _____ de janvier 2005.

Les cinq témoins ont tous déclaré qu'ils n'avaient jamais vu la lettre de X _____ du 1er avril 2005 produite sous pièce 7 par X _____. K _____ a précisé que les éléments mentionnés dans ce courrier ne coïncidaient pas avec la chronologie des faits. En effet, il fallait environ un mois pour faire parvenir 3'000 tonnes métriques d'acier de Novorossiysk à Mumbai, une semaine pour les charger dans des camions et deux à trois jours pour atteindre l'usine de X _____. Dans la mesure où la marchandise du deuxième lot avait été chargée sur le bateau le 28 février 2005, elle était arrivée chez X _____ dans le courant de la première semaine d'avril, probablement après le 1er avril. Par ailleurs, d'une manière générale, les éventuels défauts de l'acier apparaissaient au moment du laminage. Dans le cas d'espèce, le laminage à froid avait dû avoir lieu deux à trois semaines après la livraison de la marchandise chez X _____.

D _____, destinataire du courrier, a confirmé n'avoir jamais reçu cette lettre. Elle contenait, de surcroît, une incohérence, étant donné que le deuxième lot d'acier n'était certainement pas arrivé chez X _____ avant le 1er avril 2005.

e) Les parties ont persisté dans leurs conclusions.

Y _____ a notamment indiqué que la lettre du 1er avril 2005 avait dû être établie pour les besoins de la procédure et qu'elle n'avait jamais été reçue par sa destinataire. X _____ avait refusé d'exécuter le contrat, car elle voulait renégocier le prix fixé en raison de la baisse du marché, et non au motif de prétendus défauts de l'acier.

X _____ a produit le récépissé postal d'envoi à B _____ de la lettre du 1er avril 2005 et a contesté que ladite lettre ait été établie pour les besoins de la procédure.

- C. a) Selon jugement du 18 juin 2009, reçu le lendemain par les parties, le Tribunal de première instance a condamné X _____ au paiement de 1'795'830 US\$ avec intérêts à 5% l'an dès le 25 octobre 2005 et de 129'104,25 US\$ avec intérêts à 5% l'an dès le 31 octobre 2005, ainsi qu'aux dépens comprenant une indemnité de procédure de 100'000 fr.

b) Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 20 août 2009, X _____ appelle de ce jugement, dont elle réclame l'annulation. Elle conclut au déboutement de Y _____.

Elle fait valoir que, selon un usage établi entre les parties, celles-ci entendaient n'être liées contractuellement que par l'apposition de leurs deux signatures manuscrites sur la confirmation de commande, de sorte que la vente litigieuse n'était pas valable. Comme Y _____ devait trouver une solution pour que la marchandise, objet de l'ordre de confirmation litigieux, ne présente pas de défaut, X _____ avait reporté au 25 avril 2005 la date d'ouverture du crédit documentaire initialement prévue pour le 25 mars 2005. Selon X _____, Y _____ n'avait pas signé l'ordre de confirmation du 9 mars 2005, pour ne pas prendre le risque d'être confrontée au refus de l'acheteur d'accepter la livraison, en cas de défauts de la marchandise. En tout état de cause, Y _____ aurait dû attendre l'ouverture du crédit documentaire pour produire la marchandise, ce qui lui aurait permis de limiter son dommage. Dans ses écritures, X _____ établit un tableau, selon lequel Y _____ aurait produit l'acier, dans les précédentes commandes, à des dates antérieures à l'ouverture du crédit documentaire. Y _____ avait fait preuve d'une négligence particulière dans la sauvegarde de ses propres intérêts, en produisant la marchandise nonobstant la lettre de X _____ du 1er avril 2005, les doléances de cette dernière confirmées par courriel de Y _____ du 7 avril 2005, le fait que la lettre de crédit n'ait pas été ouverte dans le délai stipulé (25 avril) et la chute brutale du cours de l'acier.

Y _____ conclut à la confirmation du jugement.

L'argumentation juridique des parties sera évoquée ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel a été interjeté dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 296 et 300 LPC).

Les dernières conclusions de première instance ayant porté sur une valeur litigieuse supérieure à 8'000 fr., le Tribunal a statué en premier ressort (art. 22 LOJ). La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC).

Le paiement de la marchandise devant être exécuté auprès de C _____ à Genève, les tribunaux genevois sont compétents pour connaître du présent litige (art. 113 LDIP).

-
2. Les parties ont défendu leurs positions respectives au regard du droit suisse. Il convient néanmoins d'examiner, eu égard au caractère international du litige, si ce droit est effectivement applicable.

2.1. Dans un litige afférent à des contrats qui présentent un élément d'extranéité, la Cour doit contrôler d'office la question du droit applicable. Cet examen se fait sur la base du droit suisse en tant que *lex fori*, en particulier de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) (ATF 130 III 417 consid. 2).

Selon l'art. 118 LDIP, les ventes mobilières sont régies par la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Aux termes de l'art. 3 al. 2 de cette convention, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur.

Selon l'art. 2 de la convention, la vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes (al. 1); cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat (al. 2).

L'élection de droit peut être postérieure à la conclusion du contrat. Les conditions pour admettre une élection de droit tacite sont les mêmes que celles décrites à l'art. 116 LDIP (HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2007, n. 9 ad art 118 LDIP; DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4ème éd. 2005, n. 4 ad art. 116 LDIP; cf. ég. TF n. p. 4A_58/2008 du 28 avril 2008 qui se réfère à la jurisprudence en rapport avec l'art. 116 LDIP pour examiner l'existence d'une élection de droit conclue au cours du procès).

S'agissant de l'art. 116 LDIP, la jurisprudence a établi qu'une élection de droit ne peut être retenue que lorsque les parties ont eu conscience que la question du droit applicable se posait, qu'elles ont voulu la régler et qu'elles ont exprimé cette volonté. Si les plaideurs n'y ont pas pensé, il ne suffit pas qu'ils invoquent le droit interne pour pouvoir en déduire une élection de droit. Toutefois, selon les circonstances, lorsque les deux parties invoquent le même droit, on peut y voir l'expression d'une élection de droit consciente, mais tacite ou, à tout le moins, un indice en faveur d'une telle élection. L'exigence de clarté requise par le législateur implique en tous les cas l'existence d'une déclaration de volonté expresse ou implicite qui permette objectivement à son destinataire de conclure, selon le principe de la confiance, à une offre d'élection de droit. La référence à un certain droit ne suffit pas, à elle seule, à admettre une telle déclaration de volonté. Il faut

des éléments supplémentaires pour établir la volonté des parties d'appliquer un autre droit, en dérogation à la règle objective de conflit. Ces éléments peuvent résulter tant du contrat que des circonstances entourant sa conclusion. Constituent notamment des indices à cet égard la langue du contrat, l'utilisation de concepts juridiques d'un certain droit et l'attitude des parties durant le procès (ATF 130 II 417 consid. 2.2.1 et arrêts cités).

2.2. En l'occurrence, l'agent du vendeur est intervenu auprès de l'acheteur en Inde, lors de la conclusion du contrat litigieux, de sorte qu'on pourrait se demander s'il y a lieu d'appliquer l'art. 3 al. 2 de la convention de La Haye du 15 juin 1955.

Le vendeur a toutefois soutenu, aux termes de sa demande devant le Tribunal, que sa résidence habituelle était en Suisse au moment de la réception de la commande et que, par conséquent, conformément à l'art. 3 al. 1 de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, le droit suisse, y compris le convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises conclue à Vienne le 11 avril 1980 (CVIM), était applicable. Dans sa réponse, l'acheteur s'est rallié à cette solution et a admis l'application du droit suisse. Par la suite, le vendeur a indiqué, dans sa réplique et ses dernières écritures, que les parties avaient convenu de l'application du droit suisse, ce que l'intimée a confirmé en continuant à appliquer celui-ci. Devant la Cour, les deux parties ont appliqué le droit suisse. Enfin, depuis le début de la procédure, elles plaident par avocats.

Il convient ainsi d'admettre que l'attitude des plaideurs en cours de procès démontre qu'ils ont eu conscience de la question du droit applicable et la volonté de voir le litige qui les oppose être réglé au regard du droit suisse. Ce dernier s'applique donc en l'espèce.

3. L'appelante soutient que, selon un usage établi entre les parties, celles-ci entendaient n'être liées contractuellement que par l'apposition de leurs deux signatures manuscrites sur la confirmation de commande, de sorte que la vente litigieuse n'était pas valable.

3.1. D'après l'art. 23 CVIM, le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la CVIM.

Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation (art. 18 al. 1 CVIM).

Selon l'art. 19 CVIM, une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre (al. 1). Cependant, une réponse qui tend à être

l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation (al. 2). Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou au règlement des différends, sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre (al. 3).

Selon l'art. 11, première phrase, CVIM, le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Les parties ont la faculté de déroger à cet article expressément ou en référence à des usages commerciaux par exemple (NEUMAYER/MING, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise, Commentaire, 1993, n. 1 ad art. 11 CVIM; MELIS, Kommentar zum Un-Kaufrecht, 1997, n. 3 ad art. 11 CVIM).

L'art. 9 CVIM prévoit, en outre, que les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. Il s'agit des habitudes qui se sont établies entre les parties dans le cadre de leurs relations commerciales, de telle façon qu'à défaut de convention contraire, le vendeur et l'acheteur sont censés s'y référer lors de la formation de contrat ou des usages que les parties ont déclaré accepter alors qu'elles ne les ont pas encore pratiqués entre elles, notamment lors de la conclusion de la première affaire (NEUMAYER/MING, op. cit., n. 2 ad art. 9 CVIM).

3.2. En l'espèce, le courrier du 9 mars 2005 que l'intimée a adressé à l'appelante constitue une offre. L'appelante a accepté cette offre, en y apposant sa signature, mais elle a modifié le délai d'ouverture du crédit documentaire, en le reportant au 25 avril 2005. Le contrat prévoyait, par ailleurs, que la marchandise devait être produite au mois d'avril 2005 et qu'elle devait être chargée sur le bateau le 15 juin 2005 au plus tard. Ces points restant inchangés, l'appelante, qui ne souhaitait que le report de la date d'ouverture du crédit documentaire, demandait ainsi à l'intimée de renoncer à la certitude d'avoir une garantie suffisante du paiement du prix avant de commencer à produire la marchandise commandée. Ce faisant, l'appelante a altéré de manière substantielle les termes de l'offre. Une acceptation de cette contre-offre par l'intimée était donc nécessaire pour parfaire le contrat.

L'appelante soutient qu'il était d'usage entre les parties que le vendeur envoie l'offre datée mais non signée par lui à l'acheteur, que l'acheteur signe et retourne le document au vendeur, lequel le signe à son tour et le renvoie à l'acheteur. L'accord était alors parfait. Selon l'appelante, cet usage avait son importance pratique, car

dans le cas où l'acheteur modifiait le contenu du contrat qui lui était soumis, il était alors nécessaire que le vendeur marque son accord à cette contre-proposition.

Il est vrai que les cinq confirmations de commande ayant précédé le contrat litigieux comportent la signature des deux parties. Toutefois, cet élément n'est pas suffisant pour admettre que les parties ont soumis la validité du contrat à une exigence de forme impliquant nécessairement la signature manuscrite. En effet, la double signature de cinq commandes antérieures au contrat litigieux ne signifie pas encore que les parties voulaient exclure tout autre moyen de manifester leur acceptation.

Or, dans son message électronique du 7 avril 2005, l'intimée remerciait l'appelante de lui avoir à nouveau confirmé par téléphone que le crédit documentaire serait bien ouvert pour le 25 avril 2005. Ce faisant, le vendeur a expressément confirmé son acceptation à l'acheteur sur le report de la date d'ouverture du crédit documentaire. La contre-offre soumise à l'intimée ayant été dûment acceptée, le contrat est donc venu à chef au plus tard le 7 avril 2005.

De plus, l'appelante a informé, par la suite, l'intimée que l'ouverture du crédit documentaire serait légèrement retardée. Le 3 mai 2005, elle a annoncé qu'il serait ouvert le 7 mai suivant. Enfin, dans son courrier électronique du 1er juin 2005, l'appelante affirmait avoir bien commandé l'acier selon les termes de l'ordre de confirmation du 9 mars 2005 et avoir promis d'ouvrir un crédit documentaire le 25 avril 2005. Tous ces éléments confirment la conclusion du contrat litigieux. Ils sont, de surcroît, postérieurs au courrier que l'appelante affirme avoir adressé à l'intimée en date du 1er avril 2005, de sorte que les questions liées à l'envoi de cette lettre, ainsi qu'à son contenu, deviennent sans pertinence. Sur ce point, on relèvera encore que l'appelante n'a remis en cause, dans sa correspondance postérieure au 1er avril 2005, ni la validité du contrat, ni la qualité de la marchandise vendue. Dans son courrier électronique du 1er juin 2005, elle ne fait d'ailleurs référence qu'à la chute du prix de l'acier pour tenter de renégocier une diminution du prix de vente.

Par conséquent, les parties sont valablement liées par la confirmation de commande n. 50754 du 9 mars 2005.

4. 4.1. Le vendeur peut impartir à l'acheteur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations (art. 63 al. 1 CVIM).

Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle, lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même

qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus (art. 25 CVIM).

Selon l'art. 64 al. 1 CVIM, le vendeur peut déclarer le contrat résolu si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat constitue une contravention essentielle au contrat, ou si l'acheteur n'exécute pas son obligation de payer le prix ou ne prend pas livraison des marchandises dans le délai supplémentaire imparti par le vendeur conformément au 1^{er} § de l'art. 63 CVIM ou s'il déclare qu'il ne le fera pas dans le délai ainsi imparti.

L'art. 74 CVIM prévoit que les dommages-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 contravention. Ces dommages-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 au contrat.

Aux termes de l'art. 75 CVIM, 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-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-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'art. 74 CVIM. A ce défaut, le dommage doit être calculé selon les principes généraux (art. 74 CVIM) ou en fonction du prix du marché (art. 76 CVIM) (VENTURI, Commentaire romand, CO I, 2003, n. 17 ad 215 CVIM).

Selon l'art. 77 CVIM, 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.

En effet, le principe de la bonne foi ne permet pas au lésé de prétendre à une indemnité pour un préjudice qu'il aurait lui-même pu éviter par un comportement approprié aux circonstances. Ce sont les circonstances du cas d'espèce qui déterminent ce que l'on peut attendre du lésé et si les mesures prises sont raisonnables et appropriées. Le principe de la bonne foi, l'éventuelle responsabilité non fautive du débiteur, ainsi que les usages et habitudes qui se sont établis entre les parties (art. 9 CVIM) entrent en considération dans cette appréciation (NEUMAYER/MING, op. cit., n. 3 ad art. 77 CVIM; cf. ég. MAGNUS, Kommentar zum Un-Kaufrecht, 1997, n. 6 ss ad art. 77 CVIM).

4.2. En l'espèce, l'appelante n'a pas ouvert le crédit documentaire dans le délai prévu par le contrat. Ce faisant, elle a privé le vendeur de tout intérêt à l'exécution du contrat et a donc commis une contravention essentielle à celui-ci.

Par courrier du 17 juin 2005, l'intimée a mis en demeure l'acheteur de payer le prix de la marchandise avant le 27 juin 2005. L'appelante ne s'étant pas exécutée, le contrat a dûment été résolu, par courrier du 29 juin 2005.

L'intimée a, par la suite, procédé à trois ventes de couverture pour un montant total de 2'999'170 US\$. Au vu des pièces produites et des témoignages recueillis durant les enquêtes, les deux premières ventes compensatoires ont eu lieu deux, respectivement trois mois après la résolution du contrat. La dernière vente compensatoire, plus difficile à réaliser en raison de spécifications exceptionnelles de cette marchandise, a été faite quatre mois plus tard. Ces trois transactions ont été effectuées au prix du marché. Elles ont donc été faites d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable, ce que l'appelante ne conteste d'ailleurs pas. Selon l'art. 75 CVIM, l'intimée a donc droit a priori à la différence entre ce montant et le prix convenu avec l'appelante, soit 1'795'830 US\$ (4'795'000 US\$ - 2'999'170 US\$).

Il résulte toutefois de la procédure qu'un élément de la commande no 50754 n'avait pas été produit en quantité suffisante par l'intimée. Le 4 mai 2005, B _____ informait, en effet, l'appelante que seules 446,60 tonnes métriques de ce produit, au lieu de 500 tonnes métriques, avaient été fabriquées et qu'elle pouvait dès lors tenir compte d'une quantité de 450 au lieu de 500, lors de l'ouverture du crédit documentaire. Dans ses écritures, l'appelante soutient que le prix de vente de la marchandise devait donc s'élever à 4'760'750 US\$ (6'950 tonnes métriques x 685 US\$) au lieu de 4'795'000 US\$ (7'000 tonnes métriques x 685 US\$). Dans la mesure où ce montant n'est pas précisément contesté par l'intimée et qu'il correspond à la solution proposée par son agent, il en sera tenu compte dans le calcul des dommages et intérêts qui lui sont dus. Ces derniers s'élèvent ainsi à 1'761'580 US\$ (4'760'750 US\$ - 2'999'170 US\$).

S'agissant des frais de stockage, l'appelante ne pouvait ignorer, au moment de la conclusion du contrat, qu'en cas de non paiement du prix de vente, le stockage des marchandises non livrées engendrerait des frais supplémentaires. Au vu des pièces produites, l'intimée a dû s'acquitter d'un coût supplémentaire de 129'104,25 US\$ auprès de H _____. Conformément aux art. 74 et 75 CVIM, elle a donc également droit au remboursement de ce montant.

4.3. L'appelante soutient qu'il était d'usage entre les parties que le vendeur ne procède à la production de la marchandise qu'après l'ouverture du crédit documentaire. Si l'intimée avait respecté cet usage, elle aurait pu limiter ses pertes.

Selon le tableau établi par l'appelante dans ses écritures, l'intimée aurait procédé à la production de la marchandise, pour les cinq précédentes commandes, avant l'ouverture du crédit documentaire. Il est alors relevé que les dates indiquées sur ce tableau pour le début de la production s'inscrivent dans le mois de production prévu par chacune des commandes. En effet, les contrats ayant précédé celui litigieux fixaient une date pour produire la marchandise postérieure à celle pour ouvrir le crédit documentaire. Les parties restaient toutefois libres de déroger à cette manière de procéder, ce qu'elles ont d'ailleurs fait, dans le contrat litigieux, en reportant d'un mois la seule date d'ouverture du crédit documentaire. Cette modification est, au demeurant, intervenue à l'initiative de l'appelante, de sorte que cette dernière est aujourd'hui malvenue de s'en prévaloir.

Sur ce point, on relèvera encore que les raisons ayant poussé l'appelante à demander un délai plus long pour ouvrir un crédit documentaire n'ont pas été établies. Il n'existe, en effet, aucun élément suffisant pour admettre que le report de cette date ait été fait, ainsi que l'allègue l'appelante, dans l'intention de laisser davantage de temps à l'intimée pour apporter une éventuelle amélioration à ses produits. Cette affirmation est d'ailleurs contredite par le fait que, malgré les défauts allégués sur la première livraison d'acier, l'appelante n'a pas hésité à procéder, en février 2005, à deux commandes portant sur une quantité importante d'acier (9'000 tonnes métriques au total), sans modifier les termes de l'offre de l'intimée. De plus, selon ses propres indications, la demande en paiement formée devant la Haute cour de New Dehli porte sur les commandes no 50002, 50487 et 50625, à l'exclusion des deux premières commandes (no 41387 et no 42134).

Le contrat litigieux prévoyait ainsi que la marchandise devait être produite en avril 2005 et qu'elle devait être chargée sur le bateau le 15 juin 2005 au plus tard. Au vu de ces délais, on ne pouvait raisonnablement exiger de l'intimée qu'elle attende l'ouverture du crédit documentaire, lequel était prévu pour le 25 avril 2005, avant de commencer à produire la marchandise. En outre, s'il est vrai que l'appelante a annoncé un léger retard pour l'ouverture du crédit documentaire, l'intimée ne pouvait en déduire qu'elle devait cesser la production pour limiter ses pertes. L'appelante a, en effet, continué à la conforter dans l'idée qu'elle exécuterait le contrat, en ne réagissant pas à son courrier qui l'informait, le 26 avril 2005, que la marchandise serait bientôt prête et en indiquant, le 3 mai 2005, que le crédit documentaire serait ouvert le 7 mai suivant. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher à l'intimée de ne pas avoir prévu que l'appelante ne respecterait finalement pas ses engagements.

Par conséquent, l'appelante sera condamnée à verser à l'intimée 1'761'580 US\$ et 129'104,25 US\$, à titre de dommages et intérêts. Le jugement querellé sera modifié dans ce sens.

4.4. Selon l'art. 78 CVIM, si une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'art. 74 CVIM.

Le début de l'obligation de payer les intérêts moratoires coïncide avec l'exigibilité de la créance, une mise en demeure n'étant pas nécessaire. Les prétentions en dommages et intérêts deviennent exigibles dès la survenance du dommage (MAGNUS, op. cit., n. 5 ss ad art. 78 CVIM; cf. ég. TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 2009, p. 254, en rapport avec le paiement du prix de vente). Le taux d'intérêt est établi par le droit applicable en vertu des règles de conflit (TERCIER/FAVRE, op. cit., p. 254; VENTURI, op. cit. n. 9 ad art. 213 CO).

En l'espèce, le Tribunal a retenu, pour les prétentions liées au prix de vente promis, des intérêts à 5% dès le 25 octobre 2005 et, pour les frais de stockages supplémentaires, des intérêts à 5% dès le 31 octobre 2005, étant précisé que cette date correspondait à celle du paiement de la facture de H_____. Ces éléments n'ont fait l'objet d'aucune contestation. Ils sont, au surplus, conformes aux dispositions de la CVIM et à l'art. 104 al. 1 CO, de sorte qu'ils peuvent être confirmés.

5. Tout jugement, même sur incident, doit condamner aux dépens la partie qui succombe (art. 176 al. 1 LPC).

A l'issue de l'appel, l'appelante succombe sur le principe et obtient très partiellement gain de cause dans le calcul des dommages-intérêts (moins de 0.02%). Par conséquent, il se justifie de faire masse des dépens des deux instances et de condamner l'appelante en tous les dépens, qui comprennent une indemnité de procédure unique à titre de participation aux honoraires d'avocat de l'intimée (art. 181 al. 3 LPC).

6. La valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF). La présente décision est susceptible d'un recours en matière civile (art. 72 al. 1 LTF).

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X_____ LTD contre le jugement JTPI/7639/2009 rendu le 18 juin 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/13920/2006-8.

Au fond :

Annule ce jugement.

Et, statuant à nouveau :

Condamne X _____ LTD à verser à Y _____ GMBH les sommes suivantes :

- 1'761'580 US\$ avec intérêts à 5% l'an dès le 25 octobre 2005
- 129'104,25 US\$ avec intérêts à 5% l'an dès le 31 octobre 2005.

Condamne X _____ LTD aux dépens de première instance et d'appel, qui comprennent une indemnité de procédure unique de 120'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de Y _____ GMBH.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Louis PEILA, président; Madame Florence KRAUSKOPF, Monsieur Pierre CURTIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

Louis PEILA

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.