

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 5 mars 2018

Composition : M. ABRECHT, président
Mme Crittin Dayen et M. Perrot, juges
Greffière : Mme Schwab Eggs

Art. 8 CC, 55 al. 1, 183, 191 et 317 al. 1 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **Y._____ GMBH** (anciennement O._____ GmbH), à Berlin (Allemagne), défenderesse, contre le jugement rendu le 22 juin 2017 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **P._____ SA**, à [...], demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 22 juin 2016, dont les considérants écrits ont été adressés le 20 février 2017 pour notification aux parties, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a admis les conclusions prises par la demanderesse P._____ SA contre la défenderesse Y._____ GmbH selon demande du 26 juin 2012 (I), a dit que la défenderesse devait immédiat paiement à la demanderesse de la somme de 71'295 EUR, avec intérêt à 5 % l'an dès le 21 juillet 2011 (II), a statué sur les frais judiciaires et les dépens mis à la charge de la défenderesse (III à VII) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

En droit, s'agissant de l'unique question litigieuse en appel, à savoir la preuve du dommage allégué par la demanderesse, les premiers juges ont considéré que l'instruction avait permis d'établir que la demanderesse avait bel et bien réalisé le système de commande en fonction des besoins spécifiques de la défenderesse, que ce système était prêt à être livré et qu'au vu des spécifications de l'objet commandé, il n'y avait pas lieu de mettre en doute les déclarations de la demanderesse, de sorte que ses prétentions, portant sur le solde du prix de vente du système commandé, correspondaient bien à son intérêt positif.

B. Par acte d'appel du 20 mars 2017, Y._____ GmbH a conclu, avec suite de frais judiciaires et de dépens de deuxième instance, à la réforme du jugement en ce sens que les conclusions prises par P._____ SA contre Y._____ GmbH soient rejetées et que les conclusions reconventionnelles prises par cette dernière contre P._____ SA soient admises, l'instance inférieure étant invitée à statuer à nouveau sur la répartition des frais et l'allocation des dépens ; à titre subsidiaire, l'appelante a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouveau jugement.

Par réponse du 8 mai 2017, P._____ SA a conclu, avec suite de frais judiciaires et de dépens, au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement querellé.

Par réplique spontanée du 18 mai 2017, l'appelante s'est déterminée sur la réponse.

Par duplique spontanée du 24 mai 2017, l'intimée s'est déterminée sur la réplique.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement de première instance complété par les pièces du dossier :

1. P._____ SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce du canton de Vaud depuis le [...] 1978, qui a pour but l'étude, le développement, la fabrication, l'achat et la vente d'appareils électroniques. Son siège est à Lausanne. [...] en est l'administrateur au bénéfice de la signature individuelle.

O._____ GmbH, dont la raison sociale a été modifiée en cours d'instance, s'appelle désormais Y._____ GmbH. Cette société conçoit, fabrique et distribue des caméras, des produits intermédiaires numériques et des équipements d'éclairage pour les clients du monde entier. Elle s'occupe notamment de la gestion de projets. Son siège est à Berlin.

2. Dans le cadre de la construction d'un nouveau bâtiment pour la [...], le Staatliches Bauamt [...] (ci-après : Bauamt), soit le bureau de la ville de [...] en charge de la réalisation de ce projet, a commandé à O._____ GmbH la livraison et le montage des installations d'éclairage et de scène des quatre studios et auditorios de ce nouveau bâtiment (ci-après : projet [...]).

Le Bauamt a par ailleurs chargé le bureau d'ingénieurs J._____ AG, société déclarée en faillite depuis lors, de la planification des travaux. Un des associés de cette société, W._____, a été nommé responsable du projet [...]. En charge de l'élaboration de la soumission, celui-ci a défini les critères devant être réunis par les installations visées.

3. A la fin de l'année 2009, O._____ GmbH a contacté P._____ SA pour l'informer qu'elle était intéressée par son système de commande d'éclairage pour les nouveaux studios de télévision de la [...]. Le 14 décembre 2009, P._____ SA lui a répondu positivement en formulant une offre, référencée sous n° 209'024.

Le 29 mars 2010, O._____ GmbH a soumis à P._____ SA une proposition de contrat relative au projet [...]. Le 7 avril 2010, P._____ SA, lui a répondu, par courriel, que cette proposition ne correspondait pas à son offre du 14 décembre 2009 (n° 209'024). Le 14 avril 2010, P._____ SA a dès lors formulé une nouvelle offre, référencée sous n° 210'019.

Le 20 avril 2010, O._____ GmbH a transmis une seconde proposition de contrat à P._____ SA. Cette dernière a refusé cette proposition par courriels des 5 et 6 mai 2010. Elle a exposé les motifs de son refus, en insistant sur le fait que leur collaboration impliquait l'engagement d'O._____ GmbH de contacter la « Technischer Überwachungsverein » (ci-après : TÜV), une association d'inspection technique composée d'organisations travaillant à la validation/certification des produits de tous types pour protéger l'environnement et la santé humaine.

Après avoir reçu une nouvelle proposition de contrat en date du 10 mai 2010 de la part d'O._____ GmbH, P._____ SA a une nouvelle fois refusé cette proposition par courriel du 11 mai 2010.

Le 12 mai 2010, O._____ GmbH a commandé à P._____ SA un système de commande automatisée. Par courriel du 17 mai 2010,

P._____ SA a refusé cette commande ; elle y a notamment relevé que ses remarques concernant les termes et conditions prévalant pour la conclusion du contrat et discutés préalablement n'avaient pas été prises en considération et se plaignait qu'une clause d'annulation avait été ajoutée.

4. Les 7 et 8 juin 2010, les parties ont finalement conclu un contrat intitulé « Contrat de sous-traitance », comportant notamment les clauses suivantes :

« § 2 Bases du contrat

Cet accord prévoit la construction d'un système identique à celui installé dans le cadre du projet [...], avec une extension pour une commande de l'installation avec un écran tactile, ainsi qu'en tenant compte des discussions avec le planificateur du 12 mars 2010.

L'entreprise générale prendra contact avant l'installation du système avec le TÜV ou l'institut de vérification responsable pour [...], afin de vérifier la réalisation et la conformité du système avec les normes directives en vigueur.

(...)

§ 4 Paiement

1/3 à la commande.

1/3 après la livraison complète des éléments sur place.

1/3 après la réalisation complète du travail et la mise en service du système livré, l'installation doit correspondre fondamentalement aux spécifications, des adaptations du logiciel sont possibles. (...)

(...)

§ 6 Acceptation

L'acceptation doit être faite lorsque le sous-traitant a annoncé avoir terminé la construction et qu'il peut démontrer que les principaux aspects de son système fonctionnent en corrélation avec les autres composants de l'installation dans son ensemble.

(...)

§ 9 Résiliation

Une résiliation de la commande est exclue. (...) »

Le 9 juillet 2010, O._____ GmbH a versé à P._____ SA un acompte d'un montant de 35'647 EUR.

5. Par courriel du 17 mars 2011, P._____ SA a informé O._____ GmbH que les éléments de la commande étaient prêts pour la

livraison et que la configuration définitive du software aurait lieu sur place lors de la mise en service.

6. Plusieurs courriers ont ensuite été échangés, O._____ GmbH émettant notamment des doutes sur le respect des prescriptions de sécurité et des normes en vigueur, en particulier s'agissant de l'arrêt d'urgence du système de commande.

Le 11 mai 2011, une réunion a eu lieu à [...] entre le Bauamt, J._____ AG et O._____ GmbH. Dans un document du 13 mai 2011 [réd. : daté par erreur du 13 avril 2011] faisant suite à cette réunion, [...] a notamment fait état de ce qui suit :

« (...) Après la confirmation par le TÜV-Süd que le système de commande de P._____ SA pouvait être mis en service, il n'existe plus de raison de ne pas installer le système qui a été prescrit et aussi commandé. (...)

Une déclaration de conformité du fabricant accompagnée d'une attestation du TÜV seraient suffisants.

O._____ GmbH est libre d'offrir un autre système sans surcoût pour autant que ce dernier soit entièrement conforme aux spécifications. (...) »

Le 31 mai 2011, O._____ GmbH a notamment écrit à [...] ce qui suit :

« (...)

Lors de notre entretien du 11.05.2011, il a été convenu que P._____ SA se verrait donner la possibilité de transmettre jusqu'au 25.05.2011 les attestations manquantes.

A ce jour, ces attestations font toujours défaut.

Compte tenu des éléments ci-dessus, nous ne pouvons pas prendre la responsabilité de nous en tenir au système de commande de P._____ SA et nous ne nous voyons par ailleurs pas en mesure d'apporter, en tant que fabricants de l'installation, une attestation de conformité correspondant aux exigences légales. (...) »

7. Le 14 juin 2011, O._____ GmbH a adressé un courrier daté du 9 juin 2011 à P._____ SA pour lui signifier qu'elle résiliait avec effet immédiat le contrat de sous-traitance signé les 7 et 8 juin 2010, vu l'absence de justificatifs attestant de la conformité de son système de commande avec les normes en vigueur. Elle lui a par ailleurs réclamé la

restitution de l'acompte versé en date du 9 juillet 2010 en lui impartissant un délai au 17 juin 2011 pour ce faire.

Le même jour, P. _____ SA a fait parvenir à O. _____ GmbH une facture n° 211'045 de 71'295 EUR, correspondant au solde du prix de vente, déduction faite de l'acompte versé. Elle réclamait par ailleurs qu'O. _____ GmbH lui communique une adresse de livraison.

Cette facture n'a pas été réglée à ce jour.

8. Par courrier recommandé du 28 juin 2011, P. _____ SA a mis O. _____ GmbH en demeure de respecter ses obligations contractuelles en acceptant la livraison, tout en l'invitant à lui indiquer l'adresse à laquelle la marchandise devait être livrée. Elle lui a par ailleurs rappelé la teneur du paragraphe 2 du contrat les liant, tout en relevant que les spécifications techniques du système de commande étaient identiques à celles du projet « [...] » et n'avaient pas changé depuis lors.

Par courrier recommandé du 5 juillet 2011, P. _____ SA a adressé à O. _____ GmbH un premier rappel concernant la facture susmentionnée.

Par courrier du 15 juillet 2011 adressé en télécopie à P. _____ SA, O. _____ GmbH a refusé de s'acquitter du solde de la facture et a exposé les motifs de son refus. Elle lui a par ailleurs réclamé la restitution de l'acompte versé en lui impartissant un délai au 22 juillet 2011.

Le 3 août 2011, P. _____ SA a adressé en vain un second rappel à O. _____ GmbH. Par courrier du 7 septembre 2011, P. _____ SA lui a fixé un ultime délai pour s'acquitter du solde dû.

9. En date du 23 septembre 2011, le TÜV-Süd, en particulier l'expert [...], a procédé à une évaluation du système réalisé pour le projet « [...] » - le système de commande d'éclairage litigieux y a aussi été installé. Cet expert a établi un rapport dont il résulte notamment ce qui

suit : « La sécurité de fonctionnement de l'installation n'est pas menacée. Un contrôle de vérification n'est pas nécessaire. Il n'y a pas de dérogation aux règles techniques susmentionnées ».

A cet égard, le témoin N._____ a précisé que l'homologation du système proposé par P._____ SA dans le cadre du projet « [...] » était intervenue trois mois après qu'O._____ GmbH avait pris la décision de changer de fournisseur.

L'instruction n'a pas permis de déterminer si le système de commande accrédité par le TÜV-Süd est identique à celui faisant l'objet du contrat conclu entre les parties.

10. P._____ SA a ouvert action par requête de conciliation du 14 octobre 2011. Faute de conciliation, une autorisation de procéder lui a été délivrée à l'issue de l'audience du 3 avril 2012.

Par demande du 26 juin 2012, P._____ SA a conclu, sous suite de frais et dépens, à la condamnation d'Y._____ GmbH à payer à P._____ SA 71'295 EUR avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2011 et au rejet de toutes autres ou plus amples conclusions d'Y._____ GmbH. La société a conclu subsidiairement à être acheminée à prouver par toutes voies de droit les allégués articulés dans son écriture.

Par réponse du 23 novembre 2012, Y._____ GmbH a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de P._____ SA et, reconventionnellement, à la condamnation de P._____ SA au paiement à Y._____ GmbH de la somme de 35'647 EUR avec intérêts à 5% l'an dès le 10 juin 2011.

Le 19 avril 2013, P._____ SA s'est déterminée sur la réponse et la demande reconventionnelle, et a persisté dans ses conclusions.

11. Le 12 juin 2013, [...] a fusionné avec Y._____ GmbH, la raison sociale de cette dernière ayant été reprise par la nouvelle entité.

12. Le 5 août 2013, P._____ SA a déposé des déterminations.

Les témoins [...], [...], [...] et N._____ ont été entendus par voie de commission rogatoire.

L'audience de jugement s'est tenue le 7 juin 2016, en présence des parties et de leurs conseils respectifs. La conciliation a été vainement tentée. A cette occasion, [...] et [...] ont été entendus en qualité de parties. [...] a pour sa part a été entendu en qualité de témoin amené.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]), dans les causes patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

L'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]), dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, le jugement attaqué est une décision finale en matière patrimoniale rendue dans une cause soumise à la procédure ordinaire régie par la maxime des débats, chaque partie supportant le fardeau de l'allégation en plus de celui de la preuve. Formé en temps utile par une partie ayant un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 1 et les réf. citées).

3.

3.1

3.1.1 L'appelante ne conteste pas le principe de sa responsabilité et ne remet pas en cause le constat des premiers juges sur sa contravention essentielle au contrat et le droit de l'intimée à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 74 CVIM (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises ; RS 0.221.211.1). L'appelante soutient en revanche que les premiers juges auraient retenu à tort que sa cocontractante avait apporté la preuve d'un dommage. Selon l'appelante, l'intimée n'aurait pas allégué ni prouvé que le système de commande avait été réalisé d'une manière conforme au contrat, le tribunal ayant procédé à une constatation inexacte des faits en se satisfaisant d'un simple courriel de l'intimée informant l'appelante que le système de commande était prêt à être livré. Pour ce seul motif déjà, la demande devrait être rejetée et l'acompte sur le prix de vente, versé sans cause, devrait lui être restitué.

De surcroît, s'agissant de la problématique de la prétendue absence de revente possible à un tiers, l'intimée aurait certes allégué que l'installation avait été conçue de manière personnalisée et qu'il était impossible de trouver un autre acheteur ; elle aurait toutefois échoué à prouver ses allégations. Le seul interrogatoire de son administrateur

unique [...] n'aurait pas de force probante, les déclarations de cette partie n'étant pas corroborées par un autre moyen de preuve mais au contraire infirmées par les déclarations du témoin [...], selon lequel le système de commande litigieux aurait pu être utilisé pour d'autres projets. Pour l'appelante, seul un expert aurait pu se prononcer sur la question de savoir si les composants du système de commande pouvaient être réutilisés pour un autre projet et donc revendus à un tiers. Dans la mesure où le litige résiderait dans un complexe de faits dont la preuve incombait à l'intimée, il serait revenu à celle-ci de solliciter la mise en œuvre d'une expertise, plutôt que de proposer l'interrogatoire de son administrateur comme unique moyen de preuve. L'intimée devrait dès lors subir les conséquences de cette omission procédurale.

3.1.2 L'intimée se réfère à l'allégué 21 de sa demande et à la pièce 21 – soit un courriel du 17 mars 2011 – censée prouver cet allégué. Ces éléments suffiraient selon elle à établir qu'elle a bel et bien allégué et apporté la preuve que le système de commande était prêt à être livré et, partant, qu'il avait été réalisé. Elle relève également que l'appelante n'aurait à aucun moment contesté ces faits en première instance. Cette dernière se serait en effet contentée dans sa réponse de se rapporter à la pièce 21, sans autre commentaire et sans contester la teneur de l'allégué ou celle de la pièce y relative. L'intimée aurait ainsi été dispensée de la preuve des faits en question, en vertu de l'art. 150 al. 1 CPC. En outre, pour l'intimée, en soulevant ce grief pour la première fois en appel, l'appelante invoquerait un fait nouveau, qui serait de ce fait irrecevable.

S'agissant de la personnalisation du système de commande, l'intimée se prévaut de l'allégué 13 de sa demande, qui serait prouvé par les pièces 15 et 16 – à savoir son courriel du 17 mai 2010, ainsi que le contrat des 7 et 8 juin 2010. Établissant qu'elle se serait opposée à toute clause prévoyant une résiliation de la commande, ces pièces prouveraient que le système de commande réalisé par ses soins était spécifiquement conçu pour répondre aux exigences du projet et qu'il n'était donc pas réutilisable. En outre, l'allégué 125 de sa demande établirait également le caractère inutilisable de l'installation pour des tiers, dès lors qu'il aurait

été prouvé par la déposition de son administrateur unique [...]. À cet égard, l'interrogatoire des parties au sens de l'art. 191 CPC serait un mode de preuve comme un autre, susceptible d'emporter la conviction du juge. Quant aux déclarations du témoin [...], elles seraient contradictoires et peu crédibles, dès lors que cette personne aurait été engagée par la suite par une société concurrente de l'intimée, laquelle aurait finalement vendu son propre système de commande à l'appelante.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 55 al. 1 CPC, les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent. Cette disposition fonde l'application du principe de la maxime des débats en procédure civile suisse, sauf dispositions contraires – prévoyant l'application de la maxime inquisitoire – non applicables dans le cas d'espèce (art. 55 al. 2 CPC). En application de la maxime des débats, les parties portent la responsabilité (presque) exclusive de l'établissement des faits. D'un côté, la maxime des débats implique que le demandeur invoque devant le tribunal les faits sur lesquels il fonde sa prétention (« fardeau de l'allégation »), de l'autre côté que la partie adverse conteste les faits allégués par la première partie, faute de quoi ces faits lient en principe le tribunal (« fardeau de la contestation ») (TF 5A_749/2016 du 11 mai 2017 consid. 4 ; CACI 25 octobre 2016/581 consid. 3.2.2).

Savoir si et dans quelle mesure un fait est contesté est une question qui relève de la constatation des faits, respectivement de l'appréciation des preuves (TF 5A_91/2014 du 29 avril 2014 consid. 3.2). Les faits allégués peuvent être reconnus expressément ou tacitement. Concernant la charge de la contestation, chaque partie peut se borner à contester les faits allégués par l'autre, mais elle doit le faire de manière assez précise pour que cette dernière sache quels allégués sont contestés en particulier et qu'elle puisse en administrer la preuve (TF 5A_710/2009 du 22 février 2010 consid. 2.3.1 et les réf. citées). Selon une partie de la doctrine, un aveu judiciaire doit être exprimé clairement. Tant qu'il n'y pas d'aveu, le fait doit être tenu pour contesté. Une détermination « rapport

soit à la pièce » ne vaut pas aveu (CACI 21 novembre 2017/533 consid. 3.3.5).

En appel, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JdT 2011 III 43). En effet, dans le système du Code de procédure civile, tous les faits et moyens de preuve doivent en principe être apportés dans la procédure de première instance et des carences d'allégation ne peuvent être réparées devant l'autorité d'appel ; la diligence requise suppose donc que chaque partie expose en première instance l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (TF 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1 et les références citées, SJ 2013 1311).

3.2.2 Aux termes de l'art. 8 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour tout le domaine du droit civil fédéral, la loi régit non seulement la répartition du fardeau de la preuve mais aussi les conséquences de l'absence de preuve (ATF 114 II 289 consid. 2a). Un droit à la preuve et à la contre-preuve est également déduit de l'art. 8 CC (ATF 129 III 18 consid. 2.6). Cette disposition répartit le fardeau de la preuve et détermine qui doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 132 III 689 consid. 4.5, rés. in JdT 2007 I 69, SJ 2007 I 185). Il en résulte que la partie demanderesse doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que la partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit (ATF 139 III 7 consid. 2.2 et réf. citées). L'art. 8 CC accorde également à la partie ayant la charge de la preuve le droit de faire

administrer des preuves pour des allégations pertinentes (ATF 129 III 18 consid. 2.6, SJ 2003 I 208).

Le juge enfreint en particulier l'art. 8 CC s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par l'autre, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit (ATF 130 III 591 consid. 5.4 ; ATF 114 II 289 consid. 2a ; ATF 105 II 143 consid. 6a/aa). En présence de deux affirmations opposées des parties, les juridictions cantonales ne sauraient dès lors admettre celle qui leur paraît la plus plausible, sans avoir fait administrer des preuves, ne fût-ce que par des indices ou par l'interrogatoire des parties (ATF 71 II 127).

3.2.3 Le juge apprécie librement la force probante des preuves en fonction des circonstances concrètes, sans être lié par des règles légales et sans être obligé de suivre un schéma précis (ATF 133 I 33 consid. 2.1 ; TF 5A_250/2012 du 18 mai 2012 consid. 7.4.1). Il n'y a pas de hiérarchie légale entre les moyens de preuve autorisés (TF 5A_113/2015 du 3 juillet 2015 consid. 3.2). L'appréciation des preuves par le juge consiste, en tenant compte du degré de la preuve exigé, à soupeser le résultat des différents moyens de preuves administrés et à décider s'il est intimement convaincu que ce fait s'est produit, et partant, s'il peut le retenir comme prouvé (TF 5A_812/2015 du 6 septembre 2016 consid. 5.2).

L'expertise est l'un des moyens de preuve admis par le CPC (art. 168 al. 1 let. d et art. 183 ss CPC). Elle s'impose lorsque le juge n'est pas à même de résoudre, à la lumière de ses propres connaissances, la question qui lui est soumise (TF 4A_189/2017 du 5 octobre 2017 consid. 3.2.1 ; TF 4A_146/2015 du 19 août 2015 consid. 4.2). L'expert judiciaire a pour tâche d'informer le juge sur des règles d'expérience ou sur des notions relevant de son domaine d'expertise, d'élucider pour le tribunal des questions de fait dont la vérification et l'appréciation exigent des connaissances spéciales – scientifiques, techniques ou professionnelles – ou de tirer, sur la base de ces connaissances, des conclusions sur des faits existants ; il est l'auxiliaire du juge, dont il complète les connaissances par

son savoir de spécialiste (TF 5A_802/2014 du 7 novembre 2014 consid. 4.1).

L'interrogatoire d'une partie constitue également un moyen de preuve (art. 168 al. 1 let. f et 191 CPC). De manière générale, la déposition de partie n'a toutefois, en raison de la partialité de son auteur, qu'une faible force probante et doit être corroborée par un autre moyen de preuve (CACI 1^{er} décembre 2017/559 consid. 9.2.3 et les références citées).

3.3 Les premiers juges ont considéré que le créancier devait être placé, dans la mesure du possible, dans la même situation patrimoniale que celle qui serait la sienne si la vente avait été exécutée conformément au contrat. Ils ont relevé que l'intimée, à qui incombait le fardeau de la preuve du dommage, soutenait que les composants du système litigieux seraient désormais obsolètes et que l'installation aurait été conçue de manière personnalisée, de sorte qu'il lui aurait été impossible de trouver un autre acheteur. Selon les premiers juges, l'instruction a permis d'établir que l'intimée avait bel et bien réalisé le système de commande en question en fonction des besoins spécifiques de l'appelante et qu'il était prêt à être livré. Au vu des spécifications de l'objet commandé, il n'y avait pas lieu de mettre en doute les déclarations de l'intimée, de sorte que ses prétentions, portant sur le solde du prix de vente du système commandé, correspondaient bien à son intérêt positif.

3.4 En l'espèce, la cause relevant de la procédure ordinaire, il incombait à l'intimée d'alléguer spontanément, d'une part, que le système de commande litigieux avait été réalisé et, d'autre part, qu'il était impossible de le revendre en tout ou partie à des tiers. Or la demande du 26 juin 2012 et la « réponse sur demande reconventionnelle » du 19 avril 2013 ne comportent ni allégué spécifique sur le premier point ni offre de preuve concrète permettant d'établir ces deux points.

En première instance, l'intimée a allégué qu'elle avait indiqué à l'appelante que la marchandise était prête à être livrée et a offert de le

prouver par un courriel du 17 mars 2011. Au vu de la jurisprudence citée ci-dessus, le fait que l'appelante se soit référée dans ses déterminations à la pièce ne vaut pas aveu, comme le prétend l'intimée. Si la pièce produite par l'intimée établit bien que l'information a été donnée, elle ne permet cependant pas de prouver que le système de commande litigieux a effectivement été réalisé. S'agissant de la personnalisation du système de commande, l'intimée se réfère au fait qu'elle a fait insérer dans le contrat une clause excluant une résiliation de commande (courriel du 17 mai 2010 et § 9 du contrat des 7 et 8 juin 2010). Ces éléments ne sont toutefois pas topiques et n'apportent pas la preuve qu'il s'agit d'un système sur mesure. Vu la nature très technique du système de commande litigieux, comme le relève justement l'appelante, l'interrogatoire d'une partie n'était pas suffisant ; seule une expertise aurait été de nature à prouver les faits dont se prévaut l'intimée.

Les premiers juges ne pouvaient donc pas, dans un tel contexte, attribuer à l'intimée des allégations qui n'existaient pas et se contenter de relever que l'instruction avait permis d'établir que l'intimée avait bel et bien réalisé le système de commande en fonction des besoins spécifiques de l'appelante et qu'il était prêt à être livré. Ce faisant, il faut bien admettre, avec l'appelante, que les premiers juges ont ignoré les principes généraux sur le fardeau de l'allégation et le fardeau de la preuve.

Enfin, l'intimée confond les problématiques de fait et de droit, l'appelante pouvant naturellement soulever en deuxième instance le grief fondé sur une absence d'allégation et de preuve, soit un moyen de nature juridique. En revanche, les explications données par l'intimée sur les faits en question ne sauraient suppléer ses carences d'allégation en première instance et il n'y a donc pas lieu d'examiner si ces faits ont été prouvés, vu qu'ils n'ont pas à être pris en compte (art. 317 CPC).

Pour ces motifs, il convient de rejeter la demande en paiement de l'intimée et d'admettre la conclusion reconventionnelle en restitution de l'acompte versé articulée par l'appelante. Celle-ci a conclu au paiement

de 35'647 EUR avec un intérêt moratoire dès le 10 juin 2011. Dans la mesure où, par courrier du 9 juin 2011, elle a réclamé à l'intimée la restitution de l'acompte versé dans un délai au 17 juin 2011, les intérêts moratoires courent à partir du 18 juin 2011 (art. 102 al. 1 et 104 al. 1 CO).

4.

4.1 Il découle des considérants qui précèdent que l'appel doit être admis et le jugement entrepris réformé en ce sens que l'intimée doit verser à l'appelante la somme de 35'647 EUR avec intérêt à 5 % l'an dès le 18 juin 2011.

4.2 Vu l'admission de l'appel, il y a lieu de revoir la question des frais de première instance.

Si les avances de frais judiciaires demandées aux parties étaient correctes, le calcul effectué dans le jugement querellé est totalement erroné sur cette question. Les premiers juges ont en effet arrêté à tort les frais judiciaires à 7'500 fr., correspondant selon eux à 7'000 fr. d'émolument forfaitaire et à 500 fr. d'audition de témoins, plus 900 fr. pour la procédure de conciliation. Or, en sus de l'émolument de la procédure de conciliation par 900 fr., l'intimée a versé une avance de frais de 7'000 fr. pour la demande (art. 18 al. 1 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; RSV 270.11.5]) et de 200 fr. pour l'audition de deux témoins (art. 87 al. 1 TFJC) ; l'appelante a pour sa part versé une avance de frais de 7'000 fr. pour la demande reconventionnelle (art. 18 al. 1 TFJC) ainsi que 100 fr. pour l'audition d'un témoin (art. 87 al. 1 TFJC). En définitive, les frais judiciaires de première instance s'élèvent ainsi à un total de 15'200 francs. Il y a lieu de mettre la totalité de ce montant à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Les dépens de première instance peuvent être estimés à 11'340 fr. (art. 3 et 4 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]), de sorte que l'intimée versera à

l'appelante la somme de 18'440 fr. (7'000 fr. + 100 fr. + 11'340 fr.) à titre de dépens et de restitution de l'avance de frais de première instance.

4.3 Quant aux frais de deuxième instance, ils doivent également être mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci versera dès lors à l'appelante un montant total de 4'469 fr., correspondant à la restitution de l'avance des frais judiciaires de la procédure d'appel, arrêtés à 2'069 fr. (art. 62 al. 1 TFJC), ainsi qu'à la charge des dépens de deuxième instance, évaluée à 2'400 fr. (art. 7 al. 1 TDC).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

- I. L'appel est admis.
- II. Il est statué à nouveau comme il suit :
 - I. La demanderesse P. _____ SA doit immédiat paiement à la défenderesse Y. _____ GmbH de la somme de 35'647 EUR (trente-cinq mille six cent quarante-sept euros) avec intérêts à 5 % l'an dès le 18 juin 2011.
 - II. Les frais judiciaires, arrêtés à 15'200 fr. (quinze mille deux cents francs suisses), sont mis à la charge de la demanderesse P. _____ SA.
 - III. La demanderesse P. _____ SA versera à la défenderesse Y. _____ GmbH la somme de 18'440 fr. (dix-huit mille quatre cent quarante francs suisses) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais.
 - IV. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'069 fr. (deux mille soixante-neuf francs suisses), sont mis à la charge de l'intimée P. _____ SA.

IV. L'intimée P. _____ SA versera à l'appelante Y. _____ GmbH la somme de 4'469 fr. (quatre mille quatre cent soixante-neuf francs suisses) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Ralph Schlosser (pour Y. _____ GmbH),
- Me Gérard Brunner (pour P. _____ SA),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin

2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :