Arrêt commercial

Audience publique du six avril deux mille onze.

Numéro 35730 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

la société de droit allemand AAA GmbH, *établie et ayant son siège social à D-….. UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO d'Esch-sur-Alzette du 27 janvier 2010,*

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme BBB S.A. actuellement en faillite, *établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son curateur Maître Olivier WAGNER, avocat I, demeurant à Luxembourg,*

2) Maître Olivier WAGNER, *avocat I, demeurant à Luxembourg, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société BBB S.A.,*

intimés *aux fins du susdit exploit CALVO,*

sub 1) et 2) comparant par Maître Olivier WAGNER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suivant « mémorandum » du 31 août 2007, la société BBB S.A. a été autorisée par la société de droit allemand AAA GmbH, ci-après la société AAA GmbH, à produire des clés USB, « *pen drives* », revêtues du logo AAA. En contrepartie, la société BBB S.A. devait verser à la société de droit allemand AAA GmbH une redevance plus amplement spécifiée au point 4 du « mémorandum », se lisant comme suit :

4) Royalty fee to AAA

a. BBB will pay 0,5 USD per units to AAA
b. BBB will grant a minimum 150.000 units a month (1.800.000 units a year)
c. BBB will grant a minimum of 75.000 USD a month (900.000 USD a year).

Le 18 août 2008, la société AAA GmbH a assigné la société BBB S.A. devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'y entendre condamner, sur base du principe de la facture acceptée, au paiement du montant de 525.000 USD du chef d'une facture numéro 96005777 du 30 mai 2008, reprenant les redevances prétendument redues par la société BBB S.A. par application de l'article 4, précité.

En première instance, la société AAA GmbH a augmenté sa demande en paiement au montant de 1.875.000 € représentant les redevances prétendument redues par la société BBB S.A. pour la période allant de septembre 2007 à septembre 2009.

La société BBB S.A. a résisté à la demande en paiement en faisant plaider, en ordre principal, que le « mémorandum » du 31 août 2007 s'analyserait en une lettre d'intention fixant les modalités d'une collaboration future entre parties ; que pareille collaboration n'aurait jamais reçu un commencement d'exécution, les parties en cause ayant renoncé au projet d'un commun accord ; qu'il n'y aurait, par ailleurs, pas lieu à application du principe de la facture acceptée, des protestations circonstanciées ayant en temps utile été émises à l'encontre de la facture litigieuse. En ordre subsidiaire, la société BBB S.A. a conclu à la résolution du contrat pour inexécution. Elle a, en outre, formulé une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de la société AAA GmbH au paiement du montant de 1.095.145,66 € à titre de solde suivant décompte dressé par la société BBB S.A..

Par jugement du 12 novembre 2009, le tribunal a déclaré la demande principale recevable, l'a déclarée partiellement fondée, a condamné la société BBB S.A. à payer à la société AAA GmbH le montant de 3.500 USD avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure jusqu'à solde, a rejeté la demande principale pour le surplus, a dit la demande reconventionnelle recevable, l'a dit fondée, a condamné la société AAA GmbH à payer à la société BBB S.A. le montant de 1.095.145,66 € avec les intérêts légaux à partir du 2 février 2009 jusqu'à solde, a ordonné la

compensation entre les deux créances et a fait masse des frais et dépens les imposant pour moitié à chacune des parties.

De ce jugement, la société AAA GmbH a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 27 janvier 2010.

La société AAA GmbH conclut :

- à voir réformer le jugement entrepris en ce sens qu'il y a lieu de dire que la créance de l'appelante est à admettre au passif de la faillite BBB S.A. pour le montant total de 2.025.000 USD – montant auquel la demande est augmentée en instance d'appel – à majorer des intérêts de retard (7%) à partir du 31 mai 2008 sinon à partir de la demande en justice, sinon avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 5 juin 2008, jusqu'à solde ;

- à voir déclarer la demande reconventionnelle irrecevable sinon non fondée ;

- subsidiairement, si la Cour devait déclarer la demande reconventionnelle recevable et fondée, à voir ordonner la compensation judiciaire entre les créances respectives ;

- à voir condamner la société BBB S.A. au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le curateur de la faillite BBB S.A. conclut à la confirmation du jugement entrepris et offre en preuve un certain nombre de faits plus amplement repris dans ses conclusions écrites déposées au greffe de la Cour le 14 avril 2010.

DISCUSSION

I) Quant à la demande principale

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a – en substance – :

- dit que le « mémorandum » du 31 août 2007 *décrit les termes d'une collaboration entre parties et énumère certains de leurs droits et obligations parmi lesquels figure le droit à rémunération de AAA équivalente à 0,5 USD par unité ainsi que l'engagement de BBB de produire et de vendre (et par voie de conséquence de payer la redevance) mensuellement (pour) une certaine quantité de clés* ;

- dit que *ce document est à qualifier de contrat préparatoire étant donné qu'il fixe les conditions d'une collaboration future envisagée entre deux sociétés dont l'une exprime sa volonté de produire et de vendre des clés USB avec le logo de l'autre et l'autre s'assure le droit de regard sur les conditions de la production et mise en vente ainsi qu'une rémunération par unité produite et/ou vendue* ;

- souligné que *le droit à rémunération ne se déduit pas de ce simple accord, mais est subordonné à la réalisation du projet en sorte qu'il ne peut naître qu'à partir du jour où toutes les conditions envisagées par les parties au moment de la signature du contrat sont réunies, c'est-à-dire au plus tôt à partir du jour où les clés sont produites ou vendues* ;

- retenu que *les premières clés USB (7.000 pièces) ont été livrées et mises en vente en janvier 2008 en sorte que la société AAA a droit à rémunération sur ces clés, cette rémunération étant équivalente à la somme de (7.000 x 0,5) = 3.500 USD* ;

- dit que *le projet a* ensuite *été mis*, pour diverses raisons, *en suspens jusqu'à un autre fournisseur puisse être trouvé et approuvé par la société AAA* ;

- conclut que *la clause selon laquelle la rémunération de la société AAA ne pouvait être inférieure à 75.000 USD* ne saurait avoir *vocation à servir de base à une telle demande* (à lire : en paiement de redevances) *en l'absence de l'existence d'un produit à vendre.*

La société AAA GmbH reproche aux juges de première instance de n'avoir pas dit que les parties en cause étaient liées par un contrat définitif.

Elle conteste qu'il ait été question de *mettre le projet à l'arrêt*. Elle se réfère à cet égard à l'attestation testimoniale établie le 16 décembre 2008 par CCC.

Dans le dispositif de ses conclusions du 18 juin 2010, la société AAA GmbH offre en outre de prouver par l'audition du témoin CCC les faits suivants :

1) *Le document signé en date du 31 août 2007, intitulé Memorandum with BBB International Distribution System, constitue un contrat définitif. A aucun moment les parties présentes lors de la signature du contrat (Messieurs DDD, CCC et de EEE) n'ont subordonné le contrat à des conditions autres que celles y inscrites et n'ont pas non plus convenu qu'il serait d'abord procédé par BBB à un test*.

2) *La société AAA GmbH n'a jamais marqué son accord avec une résiliation du contrat signé en date du 31 août 2007, sinon une suspension de ses effets. BBB n'a d'ailleurs jamais sollicité AAA GmbH en vue d'une telle résiliation/suspension du contrat.*

La société AAA GmbH soutient que l'exécution du contrat serait, par ailleurs, à suffisance documentée par la facture du 24 janvier 2008 établie par la société FFF auprès de laquelle la société BBB S.A. s'est fournie en clés USB (7.000 pièces).

Elle ajoute que la société BBB S.A. ne l'aurait jamais informée de la quantité exacte des sticks USB produits, de sorte qu'elle aurait été contrainte, à défaut de précision quant à cette quantité, de facturer mensuellement le minimum tel que prévu à l'article 4 du « mémorandum » du 31 août 2007.

Elle souligne que le contrat litigieux n'aurait jamais été résilié.

Affirmant que la société BBB S.A. *a continué à produire et vendre des clés USB, revêtues de la marque AAA, après janvier 2008, et ce sans en informer AAA*, la société AAA GmbH conclut actuellement à voir augmenter sa demande – en sus de l'augmentation formulée en première instance – du montant de 150.000 USD à titre de redevances des mois d'octobre et novembre 2009 pour porter ainsi sa demande au montant total de 2.025.000 USD.

Dans ce contexte, la société AAA GmbH offre de prouver par voie testimoniale qu' « *en date du 4 décembre 2008, Monsieur GGG s'est présenté au shop exploité par BBB sis à XXX, pour acheter une clé USB. La vendeuse lui a proposé des clés AAA 1, 2, ou 3 Gigabits et il a acheté une clé USB 1 Gigabits. Monsieur GGG a pu constater que BBB avait encore des dizaines de clés USB en stock* ».

Enfin, dans un dernier ordre d'idées, la société AAA GmbH conteste que la société BBB S.A. ait valablement protesté contre la facture litigieuse du 30 mai 2008.

C'est cependant à bon droit que le tribunal a rejeté le moyen tiré de l'article 109 du Code de commerce, motif pris de ce que la société BBB S.A. a utilement protesté contre la facture litigieuse numéro 96005777 du 30 mai 2008 en relevant, dans sa lettre recommandée du 2 juin 2008, que:

« (… …) 1) *Dieses Memorandum ist leider nur eine Absichtserklärung und kein rechtsgültiger.* 2) *Diese Absichtserklärung vorsieht dass AAA selbst einen Grossteil der USB-Sticks von BBB kauft, jedoch wurde nie eine Bestellung seitens AAA getätigt.* 3) *Wie oben gesagt, bleibt diese Absichtserklärung, welches in diesem Memorandum ausgedrückt ist vom 31 August 2007 bis heute, nie in die Tat umgesetzt. Somit ist keine der beiden Parteien irgendeine Verpflichtung eingegangen* (… …) ».

La Cour se rallie à ce raisonnement.

A l'appui de son argumentation consistant à dire que le « mémorandum » du 31 août 2007 ne constituerait qu'une simple déclaration d'intention, la société BBB S.A. verse au dossier une attestation testimoniale établie le 3 juillet 2008 par HHH.

La société BBB S.A. formule – dans un ordre d'idées subsidiaires – une offre de preuve de la teneur suivante :

« *En août 2007, lors d'une réunion entre Messieurs EEE et HHH de BBB, ainsi que Messieurs CCC et DDD de AAA, a été signé un mémorandum concernant la vente par BBB de sticks USB avec le logo AAA.*

Ce mémorandum ne constituait qu'une déclaration d'intention alors que les parties ont convenu que le contrat final ne serait signé qu'une fois la réaction du marché quant à la distribution de ces sticks USB aura été testée.

Il a ainsi été convenu de lancer une première commande auprès de FFF afin de vérifier la faisabilité du projet. C'est seulement par après, et une fois que ce premier test aura été positif, que le contrat final serait signé.

Etant donné que la qualité de ces sticks USB était très faible, la réaction des clients a été très négative.

Ceci étant, il a été décidé par les deux parties, lors d'une réunion entre CCC, DDD (tous les deux de AAA) et EEE et HHH (tous les deux de BBB), de mettre à l'arrêt le projet, faute de fabricant fiable de sticks USB, de sorte que la déclaration d'intention n'a jamais été mise en œuvre de part et d'autre ».

Il est de principe qu'une lettre d'intention ne constitue pas à proprement parler un document contractuel, étant donné que dans pareille lettre les parties se limitent à établir un simple projet documentant l'état de leurs négociations respectivement les grandes lignes du futur contrat à conclure.

C'est de la rédaction de cette lettre et de l'analyse du contexte dans lequel la lettre a été émise que dépendra sa qualification juridique.

(cf : Jurisclasseur, période précontractuelle, fasc. 20, numéros 40 à 42 ; Gazette du Palais 1987 ; doctrine ; la jurisprudence en matière de lettres d'intention, étude analytique, pages 667 et suivantes).

En l'occurrence, que les parties litigantes aient trouvé un accord sur les grandes lignes de leur collaboration, ne saurait être mis en doute.

Il est vrai que l'écrit du 31 août 2007 détermine l'objet de la collaboration entre parties, à savoir que la société BBB S.A. est autorisée par la société AAA GmbH à produire ou à faire produire des sticks USB avec le logo AAA moyennant paiement d'une redevance par la société BBB S.A.. Il n'en reste pas moins que bon nombre de détails – non sans importance – laissent d'être déterminés avec la dernière clarté.

Ainsi, les parties signataires du mémorandum du 31 août 2007, si elles précisent que la société BBB S.A. « *will grant a minimum 150.000 units a month* », elles ne se sont cependant pas prononcées sur la date de début d'exécution de leur collaboration.

Ceci est d'autant plus vrai dans la mesure où la collaboration, pour sa mise en œuvre, nécessitait un certain temps de préparation.

Comme en témoignent les pièces du dossier, et plus particulièrement le message électronique du 12 septembre 2007, on n'était à cette date pas encore définitivement fixé sur « *all the lead times that the production will take* ».

La société AAA GmbH ne saurait en tout cas – à défaut d'une date précise de début d'exécution de la collaboration entre parties – prétendre au paiement de redevances prenant comme point de départ le 1er septembre 2007.

C'est en vain que la société AAA GmbH entend déduire de l'échange des e-mails en date du 17 octobre 2007 que l'accord du 31 août 2007 aurait été *amplifié dans son objet, car étendu à la production de clés USB de type 8 et 16 GB,* partant *d'une capacité de mémoire supérieure* à celle initialement prévue, étant précisé que les parties litigantes n'étaient à la date du 17 octobre 2007 nullement fixées ni sur le

matériel (*plastique ou aluminium*) devant être utilisé pour les sticks USB de type 8 et 16 GB ni sur l'apparence qu'ils devaient avoir.

C'est également vainement que la société AAA GmbH allègue qu'aucune conséquence juridique ne saurait être tirée du fait que la clause 3 du « mémorandum » du 31 août 2007 a été rédigée de manière incomplète en ce sens qu'elle retient que « *3) Service and Warranty a) The supplier will grant* ***xxxxx*** *failure rate* »*,* alors que pareille clause ne concernerait en rien la relation contractuelle entre la société AAA GmbH et la société BBB S.A. qui, elle, ne revêtirait pas la qualité de « *supplier* ».

La Cour est d'avis – et à cet égard elle rejoint les conclusions de la société BBB S.A. – que l'actuelle partie intimée n'aurait certainement pas consenti à faire produire les sticks par tel « *supplier* » sans être définitivement fixée sur la garantie de qualité des produits à fabriquer. Par ailleurs, la clause 3) a., ci-avant reproduite, est à lire avec la clause 1) e., disant que « *the supplier will send monthly report to AAA about the production* », ensemble l'information contenue dans le message électronique du 12 septembre 2007, disant que la société AAA GmbH « *will send on monthly base the invoice to BBB for the royalty* ».

Tous ces éléments permettent de conclure que le « mémorandum » du 31 août 2007 est à interpréter comme constituant une simple lettre d'intention aux termes de laquelle les parties se sont limitées à fixer les grandes lignes de leur collaboration future.

Que le « mémorandum » du 31 août 2007 ne constitue pas un contrat définitif se trouve encore corroboré par l'attestation testimoniale établie le 2 juillet 2008 par HHH en conformité des articles 400 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, aux termes de laquelle les parties en cause avaient décidé en été 2007 « (… …) *making an initial order of pendrives to test the market reaction of the product*. (… …). BBB *placed the 1st order* (… …) *with FFF of 7.000 pieces in January* (.. …). *After the initial order of pendrives were received by BBB and sold to our distribution channel in Europe, we received very poor feedback from our customers* (… …). *Having reviewed the situation with CCC, DDD, EEE and myself, it was decided by both parties on hold until BBB could find a better supplier to manufacture the AAA1 products. As of today, no new manufacture has been found or approved by AAA Taiwan. Therefore no formal contract was ever signed by either party* ».

Ce témoignage n'est aucunement énervé par l'attestation testimoniale de CCC, établie le 16 décembre 2008.

Abstraction faite de ce que des doutes peuvent être émis à propos de l'authenticité de la signature apposée sur ladite attestation – la signature y apposée ne ressemble guère à celle figurant à la fois sur la pièce d'identité de CCC et sur le « mémorandum » du 31 août 2007 –, il y a lieu de relever que concrètement il ne s'agit pas de savoir si les parties en cause avaient pris « *any verbal agreement to terminate the said contract* », mais de savoir si la collaboration a été – après un premier test et pour diverses raisons – mise « *on hold* », c'est-à-dire, « *en attente* ». L'attestation testimoniale de CCC est partant à rejeter pour défaut de pertinence. Il

en de même, ce par adoption des mêmes motifs, de l'offre de preuve que la société AAA GmbH a formulée dans un ordre d'idées subsidiaires.

Par ailleurs, l'affirmation de la société AAA GmbH, consistant à dire qu'une commande substantielle de sticks USB serait intervenue en septembre 2007 n'est documentée par aucune pièce versée au dossier et reste dès lors à l'état d'une simple allégation.

Même à supposer établi que la société BBB S.A. ait encore vendu au mois de décembre 2008 un stick USB au client GGG, ce fait ne saurait – à lui seul – prouver que les sticks fabriqués et commercialisés avec le logo AAA proviennent d'une commande autre que celle afférente aux 7.000 pièces dont question dans la facture FFF de janvier 2008.

Il suit de l'ensemble de ces développements que la société BBB S.A. est à condamner au seul paiement du montant de (7.000 x 0,5) = 3.500 USD en raison des sticks USB livrés par la société FFF au titre d'un « *initial order of pendrives to test the market reaction of the product* ».

Le jugement dont appel est partant à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande principale fondée et justifiée pour le montant de 3.500 USD.

La société BBB S.A. ayant entre-temps été déclarée en état de faillite, il y a lieu de fixer la créance de la société AAA GmbH au passif de la société BBB S.A. pour le montant de 3.500 USD avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite.

II) <u>Quant à la demande reconventionnelle</u>

Le tribunal a déclaré la demande reconventionnelle fondée pour le montant de 1.095.145,66 € aux motifs suivants :

Le demande est fondée sur base des pièces versées, mais encore sur base du constat que la société AAA ne conteste pas vraiment le décompte puisqu'elle le reprend sans le critiquer en des termes clairs et précis, mais en y ajoutant d'autres factures, notes de crédit et annulation de notes de crédit (dont celle du 31 décembre 2007, annulée le 9 mars 2009), pour arriver à la conclusion qu'il subsiste un solde en sa faveur.

Pareille réponse équivaut à une absence de contestation pour ce qui concerne le décompte versé à l'appui de la demande reconventionnelle et s'analyse pour le surplus en une demande reconventionnelle sur demande reconventionnelle qui, compte tenu du principe selon lequel « reconvention sur reconvention ne vaut », doit être rejetée.

La société AAA GmbH soulève l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle, faute par celle-ci de se rattacher par un lien suffisant à la demande principale.

Selon la société AAA GmbH, les demandes principale et reconventionnelle sont totalement autonomes l'une par rapport à l'autre, la demande reconventionnelle ne procédant pas de la même situation factuelle et contractuelle que la demande principale.

Cette argumentation tombe à faux.

Il est de principe que les demandes reconventionnelles en première instance sont recevables dans l'une des trois hypothèses : 1) lorsqu'elles servent de défense à l'action principale 2) lorsqu'elles tendent à la compensation judiciaire 3) lorsqu'elles sont unies par un lien de connexité à la demande principale.

En l'occurrence, la demande reconventionnelle de la société BBB S.A. constitue à la fois une défense à la demande principale de la société AAA GmbH et tend à la compensation judiciaire de deux créances, étant précisé qu'il n'est pas nécessaire que les deux dettes en présence soient connexes ; elles peuvent procéder de causes différentes.

(cf : Encyclopédie Dalloz ; procédure civile et commerciale ; demande reconventionnelle, numéros 9 à 20)

La société BBB S.A. conclut à voir déclarer sa demande reconventionnelle fondée par adoption des motifs des premiers juges.

Elle verse à l'appui de sa demande reconventionnelle un *tableau récapitulatif de factures et notes de crédit*, dressé unilatéralement, que la société AAA GmbH conteste, *tant dans son principe que dans son montant*, dans les termes suivants : « (… …) *Il appartient à BBB de démontrer qu'elle disposait d'une créance certaine, liquide et exigible. Or, une telle preuve laisse d'être rapportée. La preuve de l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible ne saurait résulter d'un décompte unilatéral créé de toute pièce pour les besoins de la procédure par BBB. Contrairement aux affirmations adverses, c'est BBB qui redoit encore à la partie AAA pour opérations d'achat/vente la somme de 196.484,21 € sans préjudice des redevances dues et non comptabilisées pour l'usage de la marque AAA sur les clés USB.* (… …) ».

Face à ces contestations, et en l'absence de renseignements plus explicites de la part de la société BBB S.A., celle-ci s'étant limitée à *renvoyer à la motivation des premiers juges* sans prendre position, de manière circonstanciée, quant aux contestations de la société AAA GmbH, il y a lieu de déclarer la demande reconventionnelle non fondée.

Les juges de première instance sont partant à réformer sur ce point.

III) <u>Quant à l'indemnité de procédure réclamée par la société AAA GmbH</u>

La demande de la société AAA GmbH en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter, alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à sa charge les sommes par elle exposées et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare l'appel recevable ;

le dit partiellement fondé ;

réformant :

dit la demande reconventionnelle de la société anonyme BBB S.A. non fondée ;

partant décharge la société de droit allemand AAA GmbH de la condamnation prononcée à son encontre en première instance en rapport avec la demande reconventionnelle de la société anonyme BBB S.A. ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus, sauf qu'il y a lieu de fixer la créance de la société de droit allemand AAA GmbH au passif de la faillite BBB S.A. pour le montant de 3.500 USD avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite ;

dit non fondée la demande de la société de droit allemand AAA GmbH en obtention d'une indemnité de procédure ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à la société de droit allemand AAA GmbH et pour moitié à la masse des créanciers de la faillite BBB S.A., avec distraction au profit de Maître Marc KLEYR qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.