

Arrêt référé

Audience publique du 2 juin deux mille dix

Numéro 35914 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société I) TELEVISION GmbH, établie et ayant son siège social à D-70182 Stuttgart,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 15 mars 2010,

comparant par Maître Arnaud SCHMITT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme G) SATELLITE SYSTEMS, établie et ayant son siège social à L-2324 Luxembourg,

intimée aux fins du susdit exploit GALLE du 15 mars 2010,

comparant par Maître Stéphane LATASTE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par une ordonnance du 11 février 2010, le juge des référés de Luxembourg a déclaré irrecevable une demande d'expertise formée par la société I) TELEVISION GmbH (ci-après « I) ») sur base, principalement de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure civile, subsidiairement de l'article 933, alinéa 1er et, plus subsidiairement encore, de l'article 932, alinéa 1er du même code, estimant que l'expertise tendait à faire pallier à la carence de la demanderesse dans l'administration de la preuve concernant les éventuelles violations contractuelles reprochées à la société G) SATELLITE SYSTEMS S.A. (ci-après « G) »).

De cette ordonnance, qui n'a pas été signifiée, I) a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 15 mars 2010.

Elle demande la réformation de l'ordonnance entreprise et conclut à la nomination d'un expert, ayant pour mission de :

- « - constater que le changement de fréquence a été imposé de façon unilatérale et dans un délai très bref à la partie requérante ;
- déterminer comment doit intervenir un tel changement de fréquence et plus précisément s'il est imputable au propriétaire du satellite ;
- déterminer les causes et origines exactes du changement de fréquence imposé à la partie requérante ;
- déterminer si un tel procédé est conforme à la pratique dans ce domaine d'activité et dans l'affirmative, de déterminer si la période de préavis impartie à la partie requérante est suffisante ;
- constater que l'ancienne fréquence attribuée à la partie requérante pour la diffusion de son programme UNIVERMAG est à présent attribuée à un concurrent direct de la partie requérante ».

A l'appui de son appel, elle soulève d'abord que l'article 351 du Nouveau Code de Procédure civile qui dispose qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ne s'applique pas en ce qui concerne les mesures à ordonner sur base de l'article 350 du même code.

Elle estime que la mesure sollicitée n'a pas pour but de rapporter la preuve des violations contractuelles reprochées à l'intimée mais de recueillir des renseignements d'ordre factuel et technique qu'elle ne pourrait se

procurer elle-même et pour lesquelles elle n'aurait pas les connaissances techniques requises.

Elle conclut que la mesure demandée renferme une partie expertise proprement dite, en ce qui concerne le processus technique de changement de fréquence, et une partie consultation, en ce qui concerne l'usage dans le domaine d'activité de la communication audio-visuelle. Elle demande la jonction de ces mesures et propose de mandater un expert pour les réaliser concomitamment.

L'intimée demande la confirmation de l'ordonnance entreprise. Elle conteste la recevabilité de la mesure demandée sur toutes les bases proposées. Aucune fréquence particulière n'aurait été prévue dans le contrat et elle ne se serait engagée qu'à la diffusion du programme. Le changement de fréquence serait habituel en la matière et toute responsabilité de sa part serait exclue. Le premier point de l'expertise proposée ne serait pas contesté et n'aurait pas d'intérêt. Les autres points ne correspondraient pas à une expertise technique mais à une évaluation générale pour laquelle la mission proposée ne serait pas adaptée.

Il n'y aurait par ailleurs pas d'urgence ni de risque de dépérissement des preuves.

Elle formule ensuite une demande reconventionnelle en obtention d'une provision de 151.280.- USD correspondant à des factures impayées, demande dont I) conteste la recevabilité et le bien-fondé.

G) demande par ailleurs une indemnité de procédure de 2.500.- EUR.

Quant à l'expertise

La disposition de l'article 351 du Nouveau Code de Procédure civile, citée par le juge des référés en première instance, ne joue pas lorsqu'une expertise est sollicitée sur base de l'article 350 du même code, lequel serait sinon vidé de sa substance (Cour d'appel de Paris du 5.11.1987 plus note de Michel Renard).

Les conditions d'application de l'article 350 du NCPC sont les suivantes : du fait dont il s'agit de conserver la preuve doit dépendre la solution d'un litige ; le motif pour établir ce fait ou pour en conserver la preuve doit être légitime et la mesure d'instruction sollicitée doit être légalement admissible. La mesure d'instruction demandée sur base de l'article 350 du NCPC doit encore intervenir avant tout procès au fond.

Il n'est pas contesté que la mesure est demandée avant tout procès au fond.

Il convient toutefois de déterminer les autres conditions d'application en ce qui concerne les différents points de la mission demandée.

Le point 1 de la mission se lit comme suit :

« constater que le changement de fréquence a été imposé de façon unilatérale et dans un délai très bref à la partie requérante ».

Ce point n'est pas contesté dans sa matérialité et ressort des pièces, notamment des courriers électroniques échangés entre parties. L'appréciation du délai n'est pas une question technique mais une question d'interprétation. Il n'existe donc pas de motif légitime pour procéder à une mission d'expertise sur ce point.

Les points 2 à 4 de la mission sont rédigés comme suit :

« - déterminer comment doit intervenir un tel changement de fréquence et plus précisément s'il est imputable au propriétaire du satellite ;
- déterminer les causes et origines exactes du changement de fréquence imposé à la partie requérante ;
- déterminer si un tel procédé est conforme à la pratique dans ce domaine d'activité et dans l'affirmative, de déterminer si la période de préavis impartie à la partie requérante est suffisante ».

Ces points sont mélangés de généralités et d'imprécisions. Ils tendent d'une part à prouver des usages ou des pratiques usuelles dans le domaine de l'exploitation de satellites. Or de telles pratiques ne s'établissent pas par les mesures techniques proposées mais par d'autres moyens (voir notamment à propos des usages bancaires : Cour 25.6.2003 n° 26123 du rôle HSBC/ RYBIN-WESSEL).

Ils aspirent d'autre part à inclure dans une mesure d'expertise des points qui devraient ressortir de pièces et documents.

Ils demandent finalement à un expert de fournir une appréciation de la longueur d'un délai.

Il ne s'agit donc pas de faits à établir conformément à l'article 350 du NCPC et il n'existe pas de motif légitime pour ordonner la mission demandée.

Le point 5 de la mission finalement se lit comme suit :

« constater que l'ancienne fréquence attribuée à la partie requérante pour la diffusion de son programme UNIVERMAG est à présent attribuée à un concurrent direct de la partie requérante ».

En ce qui concerne ce point, le fait que l'ancienne fréquence soit attribuée à une autre personne est une simple constatation qui ne requiert pas de mission technique particulière et il n'appartient pas à un expert de déterminer si cette autre personne est à qualifier de concurrent ou non.

Il y a par conséquent lieu de rejeter la mission proposée dans son intégralité.

En absence de l'utilité requise, le rejet de la mesure demandée vaut aussi pour la base de l'article 933, alinéa 1^{er}.

Elle ne saurait pareillement être ordonnée sur base de l'article 932, alinéa 1^{er}, puisqu'il ne s'agit pas d'une mesure urgente qui serait justifiée par l'existence d'un différend.

L'ordonnance de première instance est par conséquent à confirmer, bien que pour d'autres motifs.

Quant à la demande reconventionnelle

La demande de provision formée reconventionnellement pour la première fois en instance d'appel est irrecevable comme étant prohibée par l'article 592 du Nouveau Code de Procédure civile.

Quant à l'indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile

En l'absence de la condition d'iniquité requise, la demande de G) sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile est à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé et confirme l'ordonnance attaquée,

déclare irrecevable la demande reconventionnelle de la société G) SATELLITE SYSTEMS S.A.,

rejette la demande de la société G) SATELLITE SYSTEMS S.A. basée sur l'article 240 du NCPC,

condamne la société I) TELEVISION GmbH aux frais et dépens de l'instance d'appel.