

Arrêt référé

Audience publique du 20 octobre deux mille dix

Numéro 36326 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 anonyme E) A.G.,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE
d'Esch/Alzette en date du 7 juillet 2010,

comparant par Maître Christian-Charles LAUER, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme LI),

intimée aux fins du susdit exploit LISE du 7 juillet 2010,

défaillante.

LA COUR D'APPEL :

Aux termes d'un contrat du 28 avril 2005, LI) S.A. charge E) A.G. d'une construction immobilière dont le prix d'un import TVAC de 650.000.- euros est à régler suivant le plan de paiement y arrêté, la dernière tranche portant sur le montant de T.V.A.C 50.000.- euros.

Par lettre recommandée du 5 novembre 2009, E) A.G. fait mettre LI) S.A. en demeure de payer le solde de 40.000.- euros restant redu sur la tranche finale de 50.000.- euros.

Cette mise en demeure, dont l'accusé de réception est signé le 16 novembre 2009 par la destinataire, porte en annexe copie d'une facture établie par E) A.G. à l'attention de LI) S.A., datée du 9 mai 2007, mettant en compte le montant de 50.000.- euros TVAC.

Sur cette facture sont apposées les mentions manuscrites suivantes : « 27.03.08 10.000,- € » et « Restbetrag = 40.000,- € ».

Par exploit d'huissier du 16 décembre 2009, E) A.G. assigne LI) S.A. à comparaître devant le juge des référés afin de la voir condamner sur la base de l'article 933 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile à lui payer à titre de provision le montant restant redu de 40.000.- euros, avec les intérêts légaux y spécifiés.

Suivant exploit d'huissier du 7 juillet 2010, E) A.G. interjette régulièrement appel contre l'ordonnance de référé du 7 juin 2010 déclarant sa demande irrecevable.

L'appelante conclut à ce que, par voie de réformation, l'intimée soit condamnée au paiement du montant réclamé de 40.000.- euros.

A l'appui de son appel, E) A.G. se prévaut du principe de la facture acceptée, déduit de ce qu'un acompte est réglé sans réserve sur la dernière tranche, LI) S.A. n'émettant, par ailleurs, pas de contestation suite à lettre de mise en demeure du 5 novembre 2009 comprenant copie de la facture non encore réglée.

L'affirmation de l'appelante selon laquelle le paiement du montant de 10.000.- euros est fait sans réserve ne résulte d'aucun élément au dossier, l'appelante ne produisant, notamment, pas la pièce matérialisant le paiement en question -virement ou versement-, mais fait uniquement état de sa propre mention manuscrite afférente portée sur la facture.

Par ailleurs, contrairement à ce que laisse entendre E) A.G., il découle de ses propres pièces que la facture du 9 mai 2007 est établie non après « les réceptions des quatre maisons ... sans réserve » (cf assignation du 16 décembre 2009), mais antérieurement à ces réceptions qui, d'après les pièces au dossier, ne sont pas non plus faites sans réserve.

A admettre même que la facture du 9 mai 2007 ait été reçue à l'époque par LI) S.A., ce qui est contesté et non établi en l'état, c'est aux seuls juges du fond qu'il appartient de trancher la question de savoir si les désordres retenus sous « 1. Unstrittige Mängel » à la « Mängelliste zur Abnahme » du 23 mai 2007 (annexée au « Bauabnahmeprotokoll » du 23 mai 2007), signée par l'acquéreur, par LI) S.A. et par E) A.G., ainsi que les réserves y formulées sous « 4. Bauleistungen und Baumaterialien », valent ou non contestation utile à l'encontre de la facture en question, suivant celle-ci dans les 15 jours de son établissement.

Par ailleurs, si le « Uebergabeprotokoll » signé le 25 juin 2007 par l'acquéreur, LI) S.A. et E) A.G. relate la remise des clés et retient que « es bestehen keine sichtbaren Mängel », il mentionne que « Die Mehrkostenrechnung in höhe von Pauschal 5500,- € (ohne Elektromehrkosten) sind sofort fällig », sans pour autant évoquer le solde cependant plus conséquent de 40.000.- euros dont question à la facture datée du 9 mai 2007.

Il s'y ajoute que l'argumentation de LI) S.A. selon laquelle, d'une part, E) A.G. est informée de l'existence de désordres affectant les travaux réalisés et selon laquelle, d'autre part, il y a des tractations subséquentes entre parties, ne saurait être qualifiée de manifestation vaine, d'autant plus que, même à admettre que la facture du 9 mai 2007 soit adressée à cette date à LI) S.A., il reste que E) A.G. attend, sans aucun rappel, la date du 27 mars 2008 avant de toucher un premier paiement portant sur 1/5^e seulement du montant réclamé, attendant, ensuite, de nouveau sans aucun rappel, près de 18 mois après ce paiement du 27 mars 2008, avant d'adresser le 5 novembre 2009 une mise en demeure à LI) S.A. en vue du paiement du solde résiduel de 40.000.- euros.

Il résulte encore des rétroactes repris à l'ordonnance de référé du 7 juin 2010 que le paiement du 27 mars 2008 intervient postérieurement à la lettre collective du 27 février 2008 par laquelle LI) S.A. et les acquéreurs D) – S) chargent l'expert F) de se prononcer quant à la question litigieuse des désordres affectant la maison 3, et que l'expert évalue dans son rapport du 30 mai 2008 les frais de remise en état des désordres constatés à la somme de 38.585,95.- euros, ce sur quoi les acquéreurs assignent par exploit d'huissier du 9 octobre 2008 LI) S.A. à comparaître devant le tribunal

d'arrondissement de Luxembourg afin de la voir condamner au paiement du montant en question.

Si E) A.G. n'est pas appelée aux opérations de l'expertise en question, il ne découle pas moins d'une lettre qu'elle adresse le 25 juillet 2008 à LI) S.A. que celle-ci lui fait tenir le rapport F), et que si l'appelante y conteste cette expertise, elle affirme cependant qu'elle fera procéder -après les congés collectifs- à une expertise contradictoire par un homme de l'art indépendant, s'engageant pour le surplus à réaliser les réfections des désordres déterminés par cet expert, «so dass keine Abzüge mehr notwendig sind ».

Les pièces au dossier ne renseignent pas d'expertise diligentée par E) A.G., ni aucun autre courrier ou rappel de sa part, avant la mise en demeure du 5 novembre 2009 -comprenant une copie de la facture du 9 mai 2007- dont LI) S.A. accuse réception le 16 novembre 2009.

Ces éléments au dossier ne permettent pas de qualifier de contestations non sérieuses au sens de l'article 933 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile l'affirmation de LI) S.A. tenant à l'existence de désordres affectant la maison 3 et l'affirmation que les frais de remise en état y relatifs s'élèvent au montant de 38.585,95.- euros, les différends y relatifs étant à toiser dans le seul cadre d'un litige au fond suite, le cas échéant, à une mesure d'instruction contradictoire également par rapport à E) A.G..

Plus précisément, le juge des référés ne saurait-il, sans par là dépasser les pouvoirs qui sont les siens en matière de référé provision, toiser la question de l'existence dans le chef de LI) S.A. d'un éventuel silence susceptible de faire jouer le principe de la facture acceptée, respectivement celle de savoir si pareil silence éventuel s'explique autrement que par une acceptation de la facture litigieuse.

Ne sauraient, à cet égard, être qualifiées comme manifestement vaines, notamment, l'affirmation de LI) S.A. tenant à l'existence de tractations entre parties concernant les désordres litigieux -pareilles tractations pouvant être de nature à expliquer que l'appelante attend du 9 mai 2007 jusqu'au 5 novembre 2009 avant de réclamer paiement intégral du montant facturé-, ainsi que celle selon laquelle le fait de ne pas prendre expressément position par rapport à la mise en demeure qu'elle reçoit le 16 novembre 2009 ne vaut pas acceptation de la créance y affirmée, étant à relever que par exploit d'huissier du 16 décembre 2009, l'intimée se trouve déjà assignée en référé provision par E) A.G..

Il découle de l'ensemble de ces développements que l'appel est à dire non fondé, sauf à décharger E) A.G. de l'indemnité de procédure à laquelle

elle est condamnée par le premier juge, les éléments au dossier ne permettant pas de retenir que la condition de l'iniquité posée par l'article 240 du nouveau code de procédure civile soit remplie.

L'appelante étant au vu de l'issue du litige à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure y relative est à dire non fondée.

Étant donné que l'intimée, qui ne comparaît pas, ne s'est pas vu délivrer l'acte d'appel à personne, il y a lieu de statuer par défaut à son égard.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le dit fondé en partie,

réformant l'ordonnance de référé du 7 juin 2010,

rejette la demande de LI) S.A. en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance,

confirme l'ordonnance du 7 juin 2010 pour le surplus,

déboute E) A.G. de sa demande présentée en instance d'appel sur la base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne l'appelante aux frais et dépens de l'instance d'appel.