

Arrêt référé

Audience publique du 7 décembre deux mille onze

Numéro 37392 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller, président;

Odette PAULY, conseiller;

Pierre CALMES, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme E),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 24 mai 2011,

comparant par Maître Pascal PEUVREL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société à responsabilité limitée L),

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 24 mai 2011,

comparant par Maître Alex ENGEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suivant requête datée au 13 janvier 2011 la société à responsabilité limitée L) requiert la délivrance d'une ordonnance conditionnelle de paiement contre la société anonyme E) pour le solde de 16.564,82 € du chef de marchandises vendues et livrées, travaux effectués suivant factures des 4 et 19 mars, 29 juin, 12 juillet et 26 novembre 2010.

Par écrit déposé le 4 février 2011 le gérant Colaianni de la partie débitrice apporte des précisions quant à l'ordonnance conditionnelle de paiement délivrée.

Par exploit de l'huissier de justice Partick Kurdyban du 29 mars 2011 la société anonyme E) donne assignation à la société à responsabilité limitée L) pour voir nommer un expert avec la mission de se prononcer sur les vices, malfaçons et désordres affectant la cuisine du restaurant « U) » en déterminer les causes et origines, déterminer les travaux et interventions propres à y remédier et chiffrer les moins-values éventuelles.

Suivant ordonnance du 11 mai 2011 le contredit est rejeté comme non fondé, la société anonyme E) est condamnée à payer à la société à responsabilité limitée L) la provision de 16.564,82 € et la demande en nomination d'un expert est déclarée irrecevable.

Par exploit de l'huissier de justice Patrick Kurdyban du 24 mai 2011 la société anonyme E) interjette appel contre la prédite ordonnance.

A l'audience du 9 novembre 2011, la société à responsabilité limitée L) conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Avant d'exposer son recours, la société anonyme E) soutient qu'il y a un moyen d'ordre public à toiser par la juridiction saisie, en l'occurrence le défaut de qualité dans le chef de la société anonyme E), au motif que le restaurant « U) » est exploité par la société à responsabilité limitée E) SERVICE ET LOCATION inscrite au registre du commerce et des sociétés sous le numéro B76 022 et non pas par la société appelante. Afin d'appuyer cet argument, l'appelante produit des pièces dont il résulte que la cuisine en cause figure comme acquisition d'immobilisation dans la déclaration pour l'impôt de l'année 2010 de la société à responsabilité limitée E) LOCATION ET SERVICE SARL, ainsi que des extraits d'un compte bancaire de cette dernière société établissant qu'une partie au moins du prix de la cuisine a été réglée par elle.

A la différence de la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, le moyen tiré du défaut de qualité n'est pas d'ordre public et ne peut être relevé d'office (Jurisclasseur Procédure civile Fasc. 126-3 action en justice no 26, Cass. 2^{ième} civ 1 juillet 1992 n° 90-21.659).

Mais, comme la partie appelante a elle-même invoqué ledit moyen et comme les fins de non recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause, il échet d'analyser ce moyen de défense.

« Le contrôle de la qualité passive va consister à déterminer si le contradicteur matériellement désigné dans l'assignation est un destinataire possible de la décision judiciaire à intervenir, quel qu'en soit le sens » (La qualité du défendeur par Yves-Marie Serinet RTD civ. 2003 p. 203n° 15).

La société à responsabilité limitée L) a pris l'initiative d'élever une prétention contre la société à qui elle a envoyé les factures, objet du présent litige, et avec laquelle son représentant a convenu des échéances de paiement du solde litigieux, en l'occurrence la société anonyme E).

Partant il y a lieu de dire que la société anonyme E) a qualité passive pour répondre de la demande dirigée contre elle et de rejeter ce moyen de défense.

La société anonyme E) conteste l'acceptation des factures en cause par son silence au motif que des contestations ont été émises par message électronique du 25 mars 2010 faisant état de malfaçons affectant la cuisine.

A ce titre, il y a lieu de dire que l'intimée demande paiement du solde de cinq factures, des 4 et 19 mars, 29 juin, 12 juillet et 26 novembre 2010, de sorte que les contestations ne peuvent valoir que pour les deux premières factures émises en mars 2010. En effet, les factures des 29 juin, 12 juillet et 26 novembre 2010 n'ont pas été contestées, le contredit ne soulève pas non plus la non réception d'une des factures énumérées dans la requête en délivrance de l'ordonnance conditionnelle de paiement et il n'y est fait état d'aucune protestation relative à ces dernières factures.

Dans l'ordonnance entreprise, le juge des référés n'a pas uniquement basé sa décision sur les factures acceptées, mais il l'a également appuyée sur l'accord trouvé entre parties en date du 27 juillet 2010 et signé par les représentants des parties en cause, document qui est versé en original.

Cet écrit énumère entre autres expressément les factures impayées des 4 et 19 mars, 29 juin et 12 juillet 2010 pour un solde de 27.025,47 €. Les parties y conviennent d'un paiement échelonné, dont la première et la

dernière tranche sont honorées par la société anonyme E) sans aucune réserve.

En considération de ces éléments, c'est à bon droit que le premier juge a déclaré les contestations de la partie appelante non sérieuses et a fait droit à la demande de la société à responsabilité limitée L).

Le juge de première instance a déclaré qu'en l'occurrence, la première dénonciation de problèmes date du 25 mars 2010, soit un an avant l'assignation en référé expertise, de sorte que la demande sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile est à déclarer irrecevable.

La partie intimée s'oppose à l'institution d'une expertise au motif qu'elle n'a pas d'autre but que de retarder le paiement des factures redues depuis plus d'un an, respectivement en soulevant que la partie adverse a elle-même fait procéder à du bricolage sur le système d'évacuation d'air de la cuisine.

L'article 350 précité vise deux hypothèses différentes d'application, celle de la conservation de la preuve de faits à laquelle le risque de déperissement de preuves peut ne pas être étranger, et celle de l'établissement de la preuve de faits, qui n'implique pas nécessairement que les faits qu'il s'agit d'établir risquent de changer ou de disparaître.

Le référé in futurum ne pose pas d'autres conditions que celle de l'existence d'une situation litigieuse entre parties, celle de l'absence de litige au fond y relatif, celle que des faits à établir ou à conserver dépende la solution du litige, celle encore que le motif pour établir ou conserver le fait soit légitime, et celle, finalement, que la mesure sollicitée sur la base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile soit légalement admissible.

En l'occurrence, les parties en cause sont en désaccord sur les éventuels désordres affectant la cuisine livrée, aucun procès au fond n'est pendant entre elles, la mesure d'expertise sollicitée tend à établir la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige à intervenir au fond, les parties se trouvant dans une situation telle que la responsabilité de la société à responsabilité limitée L) n'est pas a priori à exclure, de sorte qu'il y a lieu de réformer l'ordonnance entreprise sur ce volet et de faire droit à la demande de la partie appelante sur base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile.

La société appelante demande l'octroi d'une indemnité de procédure de 3.000.- €. La société intimée, à son tour, sollicite la condamnation de la société anonyme E) à une indemnité de procédure de 2.500.- €.

La société à responsabilité limitée L) et la société anonyme E) n'ayant pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des débours inhérents à l'instance d'appel non compris dans les frais et dépens de celle-ci, les demandes en obtention d'une indemnité de procédure sont à déclarer non fondées.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le déclare fondé en ce que l'ordonnance de première instance a déclaré la demande sur base de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure civile irrecevable,

réformant :

au principal, renvoie les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision,

fait droit à la demande en institution d'une expertise de la société anonyme E) sur base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile,

partant nomme expert **Monsieur X)**, avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé de :

-relever les éventuels vices, malfaçons et désordres affectant la cuisine du restaurant « U) »,

-déterminer les causes et origines des éventuels vices, malfaçons et désordres relevés,

_ déterminer les travaux et interventions propres à remédier aux éventuels vices, malfaçons et désordres relevés et en chiffrer le coût,

-chiffrer les moins-values éventuelles »,

ordonne à la société anonyme E) de consigner jusqu'au 21 décembre 2011 la somme de 750.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations ou à un établissement de crédit à convenir avec l'autre partie au litige ;

charge Madame le conseiller Odette Pauly du contrôle de cette mesure d'instruction ;

dit que l'expert devra déposer son rapport avant le 8 février 2012 ;

confirme pour le surplus,

déboute les parties de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à chacune des parties en cause.