

Arrêt référé

Audience publique du 8 mai deux mille treize

Numéro 38034 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;

Odette PAULY, premier conseiller;

Pierre CALMES, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme M),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 2 novembre 2011,

comparant par Maître Laurence PAYOT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme A),

intimée aux fins du susdit exploit GALLE du 2 novembre 2011,

comparant par Maître Jean-Paul KILL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance de paiement du 19 septembre 2011, le juge des référés de Diekirch a, sur base de l'article 919 du NCPC, ordonné à la société M) SA de payer à la société A) SA la somme de 52.688,43 € avec les intérêts légaux à compter du jour de la notification de l'ordonnance conditionnelle de paiement jusqu'à solde.

Aucun contredit n'ayant été formé contre l'ordonnance de paiement du 19 septembre 2011, le juge des référés l'a déclarée exécutoire par ordonnance de référé du 12 octobre 2011.

Par exploit d'huissier du 2 novembre 2011, la SA M) a interjeté appel tant contre l'ordonnance conditionnelle de paiement du 19 septembre 2011 que contre le titre exécutoire du 12 octobre 2011, et demande, par réformation, à se voir décharger de toute condamnation. A titre préliminaire l'appelante soulève que le 23 septembre 2011 elle a reçu un courrier contenant la seule requête en matière d'ordonnance de paiement mais non pas l'ordonnance elle-même. L'appelante n'en tire cependant aucune conséquence en droit. Quant au fond l'appelante fait valoir que le titre exécutoire n'est pas motivé, mais elle n'en tire aucun moyen en droit.

L'appelante ne conteste pas qu'en tant qu'opérateur de gestion de carte de carburant GECCAR elle était liée à la SA K), la ASBL A) et la SA A) par un contrat de collaboration aux termes duquel A) s'engageait à promouvoir auprès de ses membres une carte de fidélité « Liberty Card K-A) » permettant aux membres de collecter à chaque prise d'essence des points donnant droit à une ristourne en cas d'achat dans les magasins A) et K). En contrepartie A) devait recevoir une commission de 0,02 % HTVA par litre d'essence prélevé par l'intermédiaire de M), 40 % de cette commission devant être reversée aux membres affiliés sous la forme exclusive de points. Les parties étaient liées par un deuxième contrat du même type pour le mazout de chauffage. La partie appelante affirme que l'intimée n'a jamais fait la promotion de cette carte de fidélité et qu'elle n'a jamais rétrocédé à ses membres une partie de la commission. Etant donné que l'intimée serait restée en défaut d'exécuter ses obligations contractuelles, les factures émises ne seraient pas dues.

La partie intimée affirme avoir envoyé à l'appelante un certain nombre de factures à compter de l'année 2010, dont la dernière est datée au 12 septembre 2011, qui n'auraient fait l'objet ni de paiements ni de contestations. L'intimée soutient que dès lors sa demande est justifiée sur base de la théorie de la facture acceptée et elle demande la confirmation de l'ordonnance entreprise.

L'appel, pour autant qu'il est dirigé contre l'ordonnance de paiement du 19 septembre 2011, est à déclarer irrecevable, l'ordonnance de paiement ne pouvant faire l'objet que d'un contredit au regard de l'article 924 du NCPC.

L'appel est cependant recevable pour le surplus.

Il résulte des explications fournies en cause que le contrat entre parties a été exécuté à la satisfaction des parties pendant un certain temps.

La partie appelante verse une lettre de contestation datée du 30 août 2011 en réponse à une lettre recommandée du 29 août 2011 qui n'a pas été versée en cause. La partie appelante y reconnaît avoir retenu les montants qu'elle doit à l'intimée, mais elle soutient que cette rétention est justifiée par le fait que l'intimée n'a pas procédé à la promotion qu'elle s'était engagée à faire pour la carte de fidélité et que dès lors elle aurait subi une perte correspondant au manque à gagner résultant du fait qu'elle n'a pas vendu 1.170.000 litres de carburants. Il résulte par ailleurs des échanges de courriels versés par l'intimée que les parties étaient en pourparlers pour régler leur différends. Etant donné qu'il ne résulte pas d'un décompte précis et détaillé sur quelles factures l'intimée se base pour affirmer qu'elles n'auraient pas fait l'objet de contestations en temps utile et au vu de la lettre de contestation du 30 août 2011 et des courriels versés par l'intimée, il faut admettre qu'il n'est pas exclu que des contestations du moins concernant la publicité et la promotion effectuées par A) ont été émises en temps utile.

L'appelante affirme actuellement qu'elle était en droit de retenir les commissions qu'elle s'était engagée à régler en raison du fait que l'intimée n'a pas fait la promotion de la carte de fidélité telle que prévue au contrat et qu'elle n'a pas continué une partie des commissions à ses adhérents.

Contrairement à ce que soulève l'appelante la périodicité des publicités que l'intimée aurait du faire n'est pas prévue au contrat. Il résulte en revanche des pièces versées par l'intimée et plus particulièrement des factures par elle réglées à titre de frais d'impression de publicités pour des dépliants « A)-K » qu'elle a procédé à la promotion de la carte de fidélité litigieuse en tout cas jusqu'au courant de l'année 2009. Aucune information n'a été donnée par les parties quant au nombre de cartes de fidélité distribuées à la suite des campagnes de publicité de l'intimée. L'appelante ne conteste cependant pas que de nombreuses cartes ont été émises et elle reconnaît qu'elle retient des montants qu'elle redoit à l'intimée. Il faut supposer que les détenteurs de ces cartes de fidélité s'en sont servis, même si la promotion de ces cartes n'a pas été permanente, mais qu'éventuellement le nombre de cartes émises n'a pas été en constante augmentation. Les quantités de carburant achetées par l'intermédiaire de ces

cartes doit donner lieu au paiement de commissions au profit de l'intimée. La simple contestation de l'appelante quant à l'absence de promotion de la part de l'intimée n'est partant pas suffisamment précise et pertinente et doit dès lors être considérée comme n'étant pas suffisamment sérieuse.

La contestation quant au fait que l'intimée aurait omis de continuer une part des commissions à ses membres, même à supposer que l'appelante ait un intérêt à soulever ce moyen, est restée à l'état de pure allégation, de sorte que cette contestation n'est pas sérieuse.

Il résulte de ce qui précède que l'appel est à déclarer non fondé.

L'appelante demande l'allocation d'une indemnité de procédure en instance d'appel et la condamnation de l'intimée aux frais et dépens avec distraction à son profit.

Eu égard à l'issue du litige la demande en paiement d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée.

La procédure de distraction n'est pas applicable en matière de référé, le ministère d'avoué n'y étant pas obligatoire.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare l'appel irrecevable pour autant qu'il est dirigé contre l'ordonnance de paiement du 19 septembre 2011 ;

le déclare recevable pour le surplus ;

le dit cependant non fondé ;

partant,

confirme l'ordonnance entreprise ;

dit recevable mais non fondée la demande de la SA M) basée sur l'article 240 du NCPC ;

condamne la SA M) aux frais et dépens de l'instance.

