

24/11/86

Audience publique du vingt-quatre novembre mil neuf cent quatre-vingt-six.

Numéro 9153 du rôle.

Composition: Messieurs  
Roger PUTZ, président,  
Robert BENDUHN, conseiller,  
Emile PENNING, conseiller,  
Claude NICOLAY, avocat général  
Paul RIES, greffier.

E n t r e :

Monsieur B.) , instituteur  
demeurant à (...)

appelant aux termes d'un  
exploit de l'huissier Marcel  
Herber d'Esch/Alzette du  
23.5.1985 et d'un exploit de  
l'huissier Guy Theis de Luxem-  
bourg du 22.5.1985,  
comparant par Maître Jean-  
Paul Rippinger, avocat-avoué à  
Luxembourg.



1) Maître H.) , notaire, demeurant <sup>e t :</sup> à (...)

intimé aux fins du prédit exploit Herber du 23.5.1985,  
comparant par Maître René Weber, avocat-avoué à Luxembourg.

2) La BANQUE.) S.A., valablement représentée par  
son conseil d'administration actuellement en fonctions,  
ayant son siège social à (...)  
intimée aux fins du prédit exploit Theis du 22.5.1985,  
défaillante.

L a C o u r ,

Attendu que par exploits d'huissier des 21 et 25 mars  
1985 B.) avait assigné respectivement le notaire  
H.) et la société anonyme Banque.)

devant le Président du tribunal d'arrondissement  
de Luxembourg, siégeant comme juge des référés en exposant  
que suivant procès-verbal d'adjudication définitive par voie  
parée dressé le 22 janvier 1985 par l'assigné H.) à la  
requête du créancier hypothécaire poursuivant, l'assignée  
Banque.) , il avait acquis dans l'état où ils se  
trouvaient au jour de l'adjudication définitive, un dépôt  
et un garage-hangar sis à (...), sans qu'à la date préindi-  
quée il eût été mis en possession des clés desdits immeubles  
et alors que cependant l'entrée en jouissance de ces immeubles  
s'était trouvée fixée à ladite date; que dans la suite divers  
objets constitués pour la majeure partie par des immeubles  
par destination auraient été enlevés à son  
insu et contre son gré desdits immeubles; que dès lors il y  
aurait lieu de nommer sur base des articles 806 et suivants  
du code de procédure civile un expert avec la mission de se  
prononcer sur l'état des immeubles acquis,

" 1) au jour de l'adjudication publique du 22 janvier 1985

2) au jour de l'assignation en référé,

- de donner une description exacte des lieux en se prononçant notamment sur les immeubles par destination y contenus  
- de se prononcer sur les mesures éventuelles à envisager afin de remettre le dépôt dans son pristin état au 22 janvier 1985,

- de se prononcer sur une moins-value éventuelle intervenue entre le 22 janvier 1985 et le jour de l'assignation en référé que devant le juge des référés l'assigné H.)  
opposa le défaut de qualité dans son chef, au motif que toute responsabilité de sa part serait, d'après l'exposé même de la demande, d'ores et déjà exclue; que le même assigné se porta demandeur sur reconvention contre le demandeur originaire B.) , auquel il réclama, à titre de provision, le montant de 850.000.- francs du chef de la première moitié du prix d'adjudication des deux immeubles susmentionnés et celui de 238.000.- francs du chef de part forfaitaire dans les frais d'adjudication, soit en tout la somme de 1.088.000 francs, cette dernière somme avec les intérêts conventionnels à 10% l'an à partir du 23 janvier 1985 jusqu'à solde;

Attendu que par son ordonnance rendue le 17 avril 1985 par défaut à l'égard de la société anonyme Banque.)

et contradictoirement à l'égard des autres parties, le juge des référés de Luxembourg a reçu tant la demande principale que la demande reconventionnelle, s'est déclaré incompétent pour connaître de ces demandes et a condamné le demandeur au principal B.) aux frais de l'instance;

Attendu qu'il résulte de la prédite ordonnance que, pour statuer comme il l'a fait, le juge des référés, après avoir énoncé " qu'avant d'examiner le mérite du moyen d'irrecevabilité" soulevé par le défendeur H.) il était " tenu d'examiner sa compétence par rapport aux articles 806 et suivants du code de procédure civile " sur lesquels était fondée la demande de B.) et après avoir admis qu'il y avait en l'espèce défaut d'urgence, a dit qu'il était incompétent pour connaître de la demande principale et a admis que, par voie de conséquence, il était également incompétent pour connaître de la demande reconventionnelle;

Attendu que contre cette ordonnance, qui lui avait été signifiée le 13 mai 1985, B.) a régulièrement interjeté appel en intimant la défenderesse originaire Banque.)  
par exploit de l'huissier de justice Guy Theis de

Luxembourg du 22 mai 1985 et le défendeur originaire

H.) par exploit de l'huissier de justice Marcel Herber d'Esch-sur-Alzette du 23 mai 1985;

Attendu que l'appelant demande à la Cour la réformation de l'ordonnance a quo pour voir dire que sa demande était recevable et fondée et pour voir, en conséquence, nommer un expert avec la mission telle que spécifiée dans l'exploit introductif de première instance;

que dans son acte d'appel, l'appelant fait valoir à l'appui de ses susdites conclusions que dans l'ordonnance a quo" les articles 806 et suivants du code de procédure civile ne semblent pas avoir été bien saisis alors que la compétence du juge des référés ne se justifie pas uniquement au vu de l'urgence, mais également au vu d'un constat susceptible d'empêcher le déperissement des preuves; que le risque de déperissement de preuves est manifeste en l'espèce: a) le sieur B.) entend faire des transformations aux immeubles impliqués; b) l'expert qui sera nommé, conformément à un usage bien établi, pourra questionner les parties et même des tierces personnes et n'aura, face à une mémoire fraîche de toutes les personnes questionnées, pas de difficultés à donner une description exacte des lieux aux différentes dates demandées";

que dans ses dernières conclusions d'appel, l'appelant a basé sa demande originaire encore sur l'article 254 du code de procédure civile;

Attendu qu'aux termes de ses conclusions notifiées en date du 16 octobre 1986, l'intimé H.) conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

" confirmer purement et simplement l'ordonnance a quo; subsidiairement:

- débouter " B.) " de sa demande;

- donner acte à " la société Banque.) " qu'elle interjette appel incident et condamner B.) à lui payer la somme de 1.088.000.- francs, avec les intérêts conventionnels à 10% l'an à partir du 23 janvier 1985, jusqu'à solde;

- le condamner à tous les frais et dépens de l'instance(...)

qu'à l'audience de la Cour, l'intimé prénommé a demandé de ce qu'il conclut à voir dire que l'invocation en appel par l'appelant de l'article 254 du code de procédure civile comme seconde base de sa demande constitue une demande nouvelle qui est irrecevable en appel;

Attendu que quant à la demande reconventionnelle formant l'objet de l'appel incident, l'appelant au principal et intimé sur reconvention B.) demande à la Cour de déclarer cette demande irrecevable, sinon non fondée;

Attendu que, bien que régulièrement assignée, l'intimée Banque.) n'a pas comparu, de sorte qu'il y a lieu de statuer par défaut à son égard;

A) Quant à la demande principale pour autant qu'elle est basée sur les articles 806 et suivants" du code de procédure civile:

Attendu qu'il résulte de l'exploit introductif de première instance que la demande de B.) est fondée sur " les articles 806 et suivants" du code de procédure civile; qu'il ne saurait faire de doute que la base juridique ainsi donnée à la demande est celle de l'article 806, alinéa 1er et de l'article 807, alinéa 1er, deuxième phrase du code précité; qu' l'appelant a du reste déclaré à l'audience de la Cour que c'était sur ces derniers textes légaux qu'il a entendu fonder sa demande dans l'exploit introductif de première instance;

Attendu que l'article 806, alinéa premier précité dispose que " dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement peut ordonner toutes mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend";

Attendu que l'article 807 du susdit code dispose dans la deuxième phrase de son premier alinéa que " pour empêcher le dépérissement des preuves, il ( le président du tribunal d'arrondissement statuant en référé) peut ordonner toute mesure d'instruction utile, y compris l'audition de témoins";

Attendu qu'il résulte des textes de loi précités que l'urgence se trouve à la base de chacun d'eux, bien qu'elle y soit exigée à des degrés divers;

qu'en effet, dans le cas de l'article 806, alinéa 1er, l'urgence est la condition première et déterminante de la saisine de la juridiction des référés;

que dans le second des textes légaux précités l'urgence n'est par contre plus qu'une condition implicite devant être remplie pour que le juge des référés puisse ordonner la mesure d'instruction sollicitée; que dans le texte de loi en question l'exigence de l'urgence est en effet impliquée par la nécessité qu'il doit y avoir d'entraver le dépérissement de preuves

qui risquerait de se produire si d'ores et déjà le juge des référés n'ordonnait pas la mesure d'instruction sollicitée et par ailleurs légalement admissible;

Attendu qu'il est de principe que le juge des référés peut et doit vérifier d'office si l'urgence est donnée dès lors qu'elle est légalement requise pour que la mesure provisoire qui est sollicitée de lui puisse être ordonnée; que le juge des référés est tenu de faire cette vérification d'office, alors que l'urgence, lorsqu'elle est requise, est une condition de saisine de la juridiction des référés;

Attendu que dès lors il y a lieu de conclure des développements qui précèdent que c'est à juste titre que le juge des référés a vérifié d'office si la condition de l'urgence était remplie en l'espèce et qu'il n'avait pas dans cette recherche à distinguer suivant les textes de loi sur lesquels était basée la demande;

qu'il s'ensuit que c'est à tort que l'appelant fait grief au premier juge d'avoir vérifié les conditions de sa saisine par rapport à la seule condition de l'urgence;

Attendu que pour faire admettre par réformation de l'ordonnance a quo qu'en l'espèce il y aurait risque de déperissement de preuves et dès lors urgence à ordonner la mesure d'expertise sollicitée, l'appelant a fait plaider que les personnes tierces que l'expert à nommer sera amené à entendre sur l'état des lieux dont il s'agit au jour des dates indiquées dans l'exploit introductif de première instance auraient encore actuellement suffisamment bonne mémoire pour donner une description exacte et utile de l'état de ces lieux aux dates en question, mais que tel risque de ne plus être le cas si leur audition par ledit expert devait être retardé

Attendu que ce soutènement de l'appelant implique que l'expert à nommer pourrait valablement procéder à l'audition des personnes qui sont susceptibles de lui fournir une description des immeubles dont il s'agit aux dates susindiquées et qu'il pourrait valablement dresser son rapport d'expertise sur la seule base des renseignements ainsi recueillis;

Or attendu que s'il est vrai que tout expert nommé par une décision judiciaire peut en vertu de l'article 299 du code de procédure civile se procurer dans l'accomplissement de sa mission tous renseignements utiles notamment en entendant de tierces personnes, il est cependant admis qu'il ne

lui est pas permis de procéder par lui-même à de véritables enquêtes et qu'il ne pourrait pas non plus se voir confier une telle mission par la décision judiciaire qui le nomme;

Attendu qu'il suit de ce qui précède que le dépérissement de preuves allégué par l'appelant ne saurait être pris en considération, alors qu'il est relatif à une mesure d'expertise constituant en réalité une enquête déguisée et qui en tant que telle ne saurait être ordonnée en justice;

Attendu que l'appelant a encore fait valoir à l'audience de la Cour qu'il entend faire apporter des transformations à des immeubles acquis lors de l'adjudication publique du 22 janvier 1985, de sorte qu'il y aurait dépérissement de preuves si la mesure d'instruction sollicitée n'était pas ordonnée;

Attendu que le dépérissement de preuves visé à l'article 807, alinéa premier, deuxième phrase est celui qui dérive de conditions objectives et indépendantes de la volonté de la partie demanderesse en référé qui s'en prévaut;

Attendu qu'il s'ensuit que, même à supposer établie la réalité du projet de transformations allégué par l'appelant, il resterait toujours en l'espèce <sup>qu'</sup>il n'y aurait pas risque de dépérissement de preuves au sens du texte de la loi précitée, puisque le dépérissement de preuves invoqué par l'appelant procède du désir subjectif de ce dernier de modifier l'état actuel des lieux dont il s'agit;

Attendu enfin que c'est à juste titre et sur la base de motifs que la Cour déclare adopter, que le juge des référés a admis que la condition de l'existence de l'urgence n'était remplie en l'espèce par rapport à aucun des chefs de l'expertise sollicitée;

Attendu que la sanction du défaut d'urgence dans les cas où celle-ci est légalement requise est constituée non pas par l'incompétence du juge des référés mais par l'irrecevabilité de la demande (J-C1., Procédure civile, tome 3, fascicule 233, no 10; Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome II, La compétence, nos 630 et 633; Revue trimestrielle de droit civil, année 1983, pages 781-782 et références y citées);

Attendu qu'il s'ensuit qu'en l'espèce le juge des référés, après avoir à juste titre constaté que la condition de l'urgence n'était pas remplie, aurait dû déclarer la demande principale irrecevable et que c'est partant à tort qu'il

s'est déclaré incompétent pour connaître de cette demande et qu'il en a conclu qu'il était également incompétent pour connaître de la demande reconventionnelle;

que l'ordonnance a quo est dès lors à réformer quant à ces deux points de son dispositif;

Attendu qu'eu égard à ce qui a été exposé ci-dessus quant à la recevabilité de la demande de B.) ,il devient oiseux d'examiner le mérite du moyen d'irrecevabilité opposé à cette demande par l'intimé H.) et tirée du défaut de qualité dans le chef de ce dernier;

B) Quant à la demande principale pour autant qu'elle a été basée en appel seulement sur l'article 254 du code de procédure civile:

Attendu qu'il y a lieu de donner acte à l'intimé H.) qu'il conclut à l'irrecevabilité de cette demande au motif qu'elle constitue une demande nouvelle en instance d'appel;

Attendu qu'il est oiseux d'examiner le mérite des susdites conclusions, alors que la demande en question est irrecevable alors même qu'elle ne constituerait pas une demande nouvelle tombant sous la règle de la prohibition des demandes nouvelles en appel;

Attendu que l'article 254 précité du susdit code dispose comme suit: " S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé";

Attendu qu'il résulte de ce texte légal que le pouvoir d'ordonner une mesure d'instruction in futurum n'appartient au juge des référés que si la conservation ou l'établissement de la preuve sollicitée est poursuivi avant tout procès;

Attendu qu'il résulte des pièces versées en cause que l'appelant et demandeur originaire a assigné au fond les intimés et défendeurs originaires devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg le jour même où il les a assignés devant le juge des référés;

Attendu qu'il s'ensuit que la Cour est sans pouvoir pour statuer sur ladite demande et ce alors même que celle-ci ne serait pas irrecevable comme constituant une demande nouvelle prohibée en appel;

C) Quant à la demande reconventionnelle:

Attendu que l'appel incident de l'intimé H.) est recevable pour avoir été relevé dans les formes de la loi;

Attendu qu'il a été exposé ci-dessus sous A que la demande principale est à déclarer irrecevable par réformation de l'ordonnance a quo et que cette ordonnance est également à réformer en ce qu'elle a admis l'incompétence du juge des référés pour connaître de la demande reconventionnelle;

Attendu qu'il est admis que l'irrecevabilité de la demande principale n'entraîne pas celle de la demande reconventionnelle dans le cas où celle-ci remplit, comme c'est le cas en l'espèce, une fonction principale et ne constitue pas une simple défense offensive à la demande principale (E.D., Droit civil, vbo demande reconventionnelle, nos 14 et 15);

qu'il s'ensuit qu'en l'espèce la demande reconventionnelle ne tombe pas du fait que la demande principale sera déclarée irrecevable par réformation de l'ordonnance a quo

Attendu que l'une des conditions de recevabilité d'une demande reconventionnelle consiste en ce que la prétention reconventionnelle du défendeur ne doit pas être sans rapport juridique avec la demande originaire;

qu'est suffisamment unie à la demande principale pour être recevable la demande reconventionnelle qui constitue soit une défense à la demande principale, soit une demande de compensation, soit une demande connexe à la demande principale

Attendu qu'étant donné qu'en l'espèce la demande reconventionnelle tend à remplir une fonction principale, il y a lieu d'examiner si elle est recevable comme étant unie à la demande principale par un lien de connexité;

Attendu que la question de la connexité de deux demandes est une question de fait qui relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond;

Attendu que les demandes principale et reconventionnelle de l'espèce ne reposent pas sur les mêmes faits ni n'ont le même objet;

que la demande principale a en effet été formée parce qu'après l'adjudication publique définitive susmentionnée divers objets auraient été enlevés des immeubles susindiqués et qu'elle a pour objet la nomination d'un expert auquel serait à confier la mission reproduite ci-dessus;

que la demande reconventionnelle a été formée parce qu'  
B.) n'a pas encore payé le prix d'adjudication des immeu-  
bles par lui acquis et qu'elle a pour objet le paiement pro-  
visionnel de partie dudit prix d'adjudication;

Attendu que la Cour estime dès lors que les deux demandes  
dont il s'agit ne sont liées par aucun lien, de sorte qu'elles  
constituent en réalité deux demandes principales qui sont  
étrangères l'une à l'autre;

Attendu qu'il suit de ce qui précède que la demande  
reconventionnelle de l'espèce est à déclarer irrecevable;

P a r c e s m o t i f s et ceux  
non contraires du premier juge ,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière  
d'appel de référé, statuant par défaut à l'égard de l'intimée  
société anonyme Banque.) , le Minis-  
tère Public entendu en ses conclusions,

reçoit les appels principal et incident;

statuant sur ces appels et réformant, dit que le juge de  
référé était compétent pour connaître de la demande princi-  
pale et de la demande reconventionnelle et se déclare elle-  
même compétente pour connaître de ces demandes;

déclare irrecevable tant la demande principale que la  
demande reconventionnelle;

fait masse des frais des deux instances, les impose pour  
deux tiers à B.) et pour un tiers à H.)  
et ordonne la distraction de ces frais au profit de Maîtres  
Jean-Paul Rippinger et René Weber, avoués concluant qui la  
demandent, affirmant les avoir avancés.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite  
audience publique par Monsieur Robert BENDUHN, conseiller,  
délégué à ces fins, en présence de Messieurs Emile PENNING,  
conseiller, Claude NICOLAY, avocat général et Paul RIES, greffier