

Audience publique du onze mai mil neuf cent quatre-vingt-se

215/87

Numéro: 9655 du rôle.

Composition:  
Robert BENDUHN,  
conseiller, président,  
Emile PENNING,  
conseiller,  
Friedel GUILLAUME-COLLING,  
conseiller,  
Paul RIES, greffier.

Entre: (A)

La société anonyme (S.A.)  
établie et ayant son siège  
social à B- (...) (Belgique)  
représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,  
appelante aux termes d'un exploit de l'huissier Roland Funk de Luxembourg du 20.11.1986,  
comparant par Maître Guy Konsbruck, avocat-avoué à Luxembourg.

et:

Monsieur K.) , commerçant, exerçant le commerce sous la dénomination Etablissements (E.S.A.) , établi à (...) intimé aux fins du prédit exploit Funk, comparant par Maître René Faltz, avocat-avoué à Luxembourg.

La Cour d'appel,

Attendu que par exploit Engel du 19 septembre 1986, K.) a fait donner assignation à la société anonyme (S.A.) devant le juge des référés de Luxembourg, en exposant qu'au courant du mois de février 1986 il avait commandé des films d'encillage en polyéthylène de couleur blanc opaque à la société Wig laquelle aurait procédé à l'envoi sur une période de cinq mois; que le demandeur aurait constaté des différences notables du poids réel du rouleau livré avec les dimensions indiquées sur les étiquettes, spécialement en ce qui concerne les rouleaux livrés de 8,9,10 et 12 mètres de largeur; que les rouleaux larges de 6 et de 7 mètres présenteraient des vices de fabrication en ce que les clients auraient signalé des déchirures répétées des films afférents; que dans l'assignation K.) a demandé la nomination d'un expert avec la mission de déterminer l'origine des différences de poids chaque rouleau et si les variations de poids ont leur cause dans un vice de fabrication, s'il est d'usage que les variations de poids interviennent dans toutes les livraisons et de décrire les vices de fabrication affectant les rouleaux de 6 et de 7 mètres;

Attendu que par ordonnance rendue entre parties le 30 octobre 1986, le juge des référés, après avoir dit que la qualification des vices invoqués par K.) est une question de fond à examiner par le juge du fond, a accueilli la deman

sur base de la disposition de l'article 254 du code de procédure civile et nommé expert le sieur Tony Krier, photographe demeurant à Luxembourg, avec la mission libellée par le demandeur dans l'exploit introductif d'instance;

Attendu que de cette ordonnance, non signifiée, (Soc. l.) a fait régulièrement appel par exploit Funk du 20 novembre 1986 que (Soc. l.) soulève la tardivité de l'action originaire de K.) , alors que la différence de poids invoquée constituerait un vice apparent couvert par l'acceptation tacite de la marchandise livrée, par l'acheteur; que subsidiairement la commande n'aurait pas porté sur des rouleaux à poids déterminé, mais sur une livraison d'un poids global; que la mission confiée à l'expert de rechercher un usage éventuel des variations de poids serait une question relevant du juge du fond et que la mission de rechercher la nature des vices ne saurait être confiée à l'expert, alors que les vices allégués ne seraient pas suffisamment précisés; que par réformat de l'ordonnance entreprise, il n'y aurait pas lieu à nomination d'un expert;

Attendu que l'article 254 du code de procédure civile, applicable en l'espèce, dispose que s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout <sup>la preuve de fait</sup> procès dont pourrait dépendre la solution du litige, les mesures légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé;

Attendu que ce référé, dit préventif, constitue une mesure d'instruction in futurum et exclut la compétence du juge des référés après la saisine du juge du fond (Nîmes (3e Ch.) 19.2. 1975, Gazette du Palais 1975-2.P 293; Chronique XXX, Dalloz 1980, p. 205; Les mesures d'instruction in futurum, par Michel Jeantin, no 11), alors que dans ce cas l'intérêt de l'action n'est plus éventuel, mais actuel;

Attendu que par assignation du 22 août 1986 la société (Soc. l.) avait fait assigner en paiement K.) devant le tribunal de commerce de Turnhout relativement à la même commande en faisant notamment valoir que K.) aurait formulé des objections tardives en ce qui concerne les différences de poids invoquées;

Attendu qu'il en résulte que le juge du fond était saisi du même litige, avant l'introduction de l'action en référé demandant l'institution d'une mesure d'instruction in futurum que le premier juge aurait dû déclarer dès lors la demande en référé irrecevable;

P a r c e s m o t i f s ,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière  
d'appel de référé, statuant contradictoirement;

réformant: déclare la demande de K.)  
irrecevable et le condamne aux frais et dépens des deux  
instances.