

Arrêt référé

Audience publique du 9 mai deux mille sept

Numéros 31616 et 31968 du rôle.

Composition:

Joseph RAUS, président de chambre;
Julien LUCAS, premier conseiller;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

D) E n t r e :

la société anonyme WIESEN-PIRONT CONSTRUCTION, établie et ayant son siège social à L-8140 Bridel, 88, rue de Luxembourg, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Geoffrey GALLE, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 2 août 2006,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. A.), employé privé, et son épouse,
2. B.), employée privée,
les deux demeurant à L-(...), (...),

intimés aux fins du susdit exploit GALLE du 2 août 2006,

comparant par Maître François PRUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

II)

C.), employée privée, demeurant à L-(...), (...),

demanderesse en vertu d'une requête en intervention volontaire du 12 décembre 2006,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Aux termes d'un « Protocole d'accord » du 23 janvier 2004, WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. s'engage envers **A.)** et **B.)** à construire sur un terrain à bâtir d'une superficie de 6,26 ares sis à **LIEU1.)**, (...), « ... l'immeuble de l'avant-projet joint au protocole d'accord et décrit dans le devis de base du 24/10/03 pour le prix total de 276.520,2.- Euro HTVA ».

Faisant valoir que le terrain en question accuse une forte pente, que la maison jumelée acquise doit, après les travaux de nivellement du sol prévus au document précité du 24 octobre 2003, avoir la configuration reproduite aux croquis leur remis au moment de la conclusion du protocole d'accord, qu'après avoir ultérieurement fait procéder eux-mêmes au mesurage de la pente par le bureau d'ingénieurs-conseils STINTEC S.A., il s'avère que la pente réelle du terrain est beaucoup plus importante que celle dont WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. tient compte dans ses plans de la maison et, notamment, au plan que l'architecte (...) réalise le 10 mars 2004 pour elle, que la construction telle que définie au contrat conclu le 23 janvier 2004 avec WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A., et telle que résultant des plans y signés est, dès lors, irréalisable, pour le moins nécessite-t-elle des travaux de terrassement et de soutènement tels que la maison sera « littéralement enterrée dans une proportion inadmissible pour les acquéreurs et la rendant impropre à l'usage d'habitation », que WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. ne réagit pas à la lettre recommandée lui adressée le 3 octobre 2005, **B.)** et **A.)** l'assignent par exploit d'huissier du 10 mai 2006 à comparaître devant le juge des référés

afin de voir, sur la base des articles 350, sinon 932, voire 933 du Nouveau code de procédure civile instituer une expertise devant déterminer si la pente réelle du terrain permet la construction de l'immeuble conformément au protocole d'accord et aux plans signés en même temps que celui-ci, sans que la maison d'habitation ne se retrouve pour partie enterrée.

Par exploit d'huissier du 2 août 2006, WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. interjette régulièrement appel contre l'ordonnance de référé rendue le 13 juillet 2006 chargeant sur la base de l'article 350 du Nouveau code de procédure civile l'expert Georges WIES de :

- « 1. mesurer la pente réelle du terrain ;

- « 2. déterminer si la construction était réalisable conformément ... :

« (au) protocole d'accord du 23 janvier 2004, à la description de l'immeuble et des plans communiqués et signés en même temps que le protocole d'accord, au plan du 10 mars 2004 réalisé pour compte de ... WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A., sans que l'immeuble ne soit après construction enterré ».

Lors de l'audience fixée pour les plaidoiries en instance d'appel, C.) intervient régulièrement à l'instance.

À l'appui de cette intervention, elle expose avoir conclu le 12 décembre 2003 avec WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. un protocole d'accord portant sur la construction de la maison jumelée à celle de B.) et de A.), que le terrain sur lequel est à réaliser l'immeuble C.) présente les mêmes problèmes que celui des appelants en ce sens que la construction telle qu'envisagée par le protocole d'accord, par le devis de base du 11 décembre 2003 et par les plans de WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A est irréalisable, sauf exécution de travaux de terrassement « colossaux » qui n'empêcheront pas pour autant l'immeuble d'être enterré dans des proportions tellement importantes qu'il ne répondra plus à l'usage d'habitation auquel il est destiné.

C.) demande dès lors la confirmation de l'ordonnance entreprise, sauf à voir englober son propre terrain dans la mesure d'instruction y instituée.

L'appelante conclut à l'irrecevabilité de la demande en tant que basée sur l'article 350 du Nouveau code de procédure civile qui exigerait l'existence d'un risque de dépérissement des preuves, condition non remplie, en l'espèce, étant constant en cause que les terrains n'ont, depuis la signature des protocoles d'accord respectifs en décembre 2003 et janvier 2004, fait l'objet d'aucune modification.

L'article 350 du Nouveau code de procédure civile prévoit que « 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 ... », notamment par voie de référé.

L'article 350 précité vise ainsi deux hypothèses différentes d'application, celle de la conservation de la preuve de faits à laquelle le risque de dépérissement 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.

Finalement, le référé probatoire de l'article 350 du nouveau code de procédure civile est aussi un référé préventif, en ce sens qu'il tend à éviter les risques de procès futurs, visant à prévenir tout procès au fond.

Il découle des considérations qui précèdent que le référé de l'article 350 du nouveau code de procédure civile 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.

Le litige au sens de l'article 350 du Nouveau code de procédure civile consiste en l'espèce en la divergence des parties quant à la nature réelle de la pente des terrains sur lesquels sont à construire les immeubles vendus par WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A., celle-ci prétendant à une pente naturelle de seulement 20%, alors que selon les acquéreurs elle est de 30%, le plan de l'appelante du 10 mars 2004 prenant, selon eux, en considération non la pente réelle, mais une pente fictive moyenne.

Le différend entre parties dont se prévalent les acquéreurs à l'appui de leur demande basée sur l'article 350 précité consiste en ce que selon eux, la pente réelle ne permet pas la réalisation des immeubles tels que définis aux protocoles d'accord, respectivement devis de base des 24 octobre et 11 décembre 2003, alors que selon WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A., la configuration naturelle des lieux ne s'oppose pas à la construction des immeubles ainsi acquis.

Aucun procès au fond n'est pendant concernant les faits dont il échet, selon les parties intervenante et intimées, d'établir ou de conserver la preuve.

Les faits sur lesquels l'expertise sollicitée par les acquéreurs doit porter, sont de nature à fournir les éléments matériels constitutifs d'un éventuel

litige futur entre parties, la responsabilité, notamment, contractuelle de WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A., n'étant pas à exclure à priori.

Le résultat de la mesure d'instruction sollicitée est de nature à fournir les éléments matériels pour permettre aux parties de décider du caractère réalisable ou non des immeubles acquis, et de sortir de la situation litigieuse actuelle, respectivement pour permettre aux acquéreurs de décider de l'introduction d'une éventuelle action au fond visant à la nullité des contrats conclus en 2003 et 2004, notamment, pour erreur sur la qualité substantielle de la chose, ou visant à la résolution de ces conventions, voire à l'obtention de dommages et intérêts.

La condition de la légitimité du motif de **C.)**, de **B.)** et de **A.)** de voir établir contradictoirement la pente réelle des terrains et, par là, si les caractéristiques réelles de la pente litigieuse permettent ou non la construction des maisons d'habitation telles que convenues au moment de la signature des contrats avec WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A., et sans que les immeubles ne s'en trouvent pour partie enfouis sous terre, est par conséquent donnée, la mesure sollicitée étant par ailleurs légalement admissible.

Il découle de ces éléments que pour ce qui concerne le litige tel que caractérisé par les acquéreurs, la mission d'expertise instituée par le premier juge, étendue en instance d'appel à l'intervenante volontaire **C.)**, est utile et pertinente.

Subsidiairement, l'appelante demande de voir compléter la mission instituée par le premier juge.

Or, le point proposé sous 1. (cf dispositif de l'acte d'appel) par l'appelante fait partie de la mission libellée par l'ordonnance entreprise.

Le point 2. visant à voir vérifier si l'avant-projet réalisé en exécution des relations juridiques entre parties était réalisable sur le terrain, correspond également à la mission instituée, sauf que celle-ci ne porte, à juste titre, pas sur l'appréciation par le technicien de questions d'ordre juridique.

WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. demande finalement encore que l'expert soit chargé de « 3. vérifier si les adaptations requises pour passer de l'avant-projet au projet définitif étaient, compte tenu de la pente apparente du terrain, dans le cadre du normal et du réalisable » et de « 4. certifier que le projet définitif du 10/03/2004 ne fait que compléter l'avant-projet avec indication de la pente réelle du terrain ».

D'une part, cependant, on ne voit pas en quoi les points en question seraient utiles et pertinents dans le cadre du litige dont se prévalent les acquéreurs, et qui consiste en ce que les caractéristiques de la pente réelle, à déterminer par expertise, ne permettent pas la réalisation des immeubles acquis.

D'autre part, la condition du motif légitime posée par l'article 350 du Nouveau code de procédure civile consiste en ce qu'il n'est à priori pas exclu que des faits ou éléments dont on veut établir ou conserver la preuve, puisse dépendre la solution d'un éventuel procès au fond entre parties.

Or l'appelante, qui ne justifie pas d'un différend autre que celui dont se prévalent les acquéreurs, reste en défaut de caractériser le motif légitime au sens de l'article 350 du nouveau code de procédure civile, qui justifierait de soumettre les points 3 et 4. à l'expert, ne précisant pas non plus le procès au fond futur auquel les éléments libellés sous 3. et 4. seraient susceptibles de servir de fondement.

WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. n'indique pas en quoi les points 3. et 4. litigieux concernent des faits qu'il importe d'établir ou de conserver avant tout éventuel procès futur au fond, non autrement caractérisé par l'appelante.

La demande de WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. est partant irrecevable sur la base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile.

WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. ne justifiant d'aucune urgence, sa demande est également à dire irrecevable sur la base de l'article 932 du Nouveau code de procédure civile, voire sur celle de l'article 933 du même code, où la notion d'urgence est sous-jacente.

L'appel est par conséquent à rejeter comme étant non fondé.

L'appelante étant en sa qualité de partie succombante 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.

Par ces motifs,

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

joint les instances inscrites sous les numéros du rôle 31616 et 31968,

reçoit l'appel,

dit l'intervention volontaire de C.) recevable et fondée,

dit l'appel non fondé,

partant,

confirme l'ordonnance de référé du 13 juillet 2006, sauf à modifier, en raison de l'intervention volontaire de C.), comme suit la mission y confiée à l'expert :

1. mesurer la pente réelle du terrain de A.) et de B.) (parcelles n° (...) et partie n° (...)), ainsi que la pente réelle du terrain de C.) (parcelles n° (...) et partie n° (...)) ;

2. déterminer si les constructions C.), d'une part, A.) et B.), d'autre part, étaient réalisables conformément aux :

a) protocole d'accord C.) du 12 décembre 2003, respectivement protocole d'accord A.) et B.) du 23 janvier 2004 ;

b) descriptions respectives des immeubles et plans communiqués et signés en même temps que les protocoles d'accord respectifs ;

c) plans du 10 mars 2004 réalisé pour compte de WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A.

sans que les immeubles ne soient, après construction, enterrés.

condamne WIESEN-PIRONT CONSTRUCTIONS S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel,

rejette la demande présentée en instance d'appel sur la base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

renvoie l'affaire devant le premier juge.