

Audience publique du 11 janvier deux mille dix-sept

Numéro 43800 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme SOC1.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE de Luxembourg en date du 18 juillet 2016,

comparant par Maître Luc JEITZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. A.), demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit LISE du 18 juillet 2016,

comparant par Maître Bernard FELTEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société à responsabilité limitée SOC2.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant,

intimée aux fins du susdit exploit LISE du 18 juillet 2016,

comparant par Maître Karine SCHMITT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 13 juin 2016, la société anonyme **SOC1.)** a fait donner assignation à **A.)** et à la société **SOC2.)** s.à r.l à comparaître devant le juge des référés pour voir nommer, sur base de l'article 933, sinon de l'article 932 alinéa 1, sinon sur base de l'article 350 du NCPC, un expert avec la mission de procéder à la réception contradictoire des prestations fournies par la société anonyme **SOC1.)** (...) et de dresser le décompte entre parties.

Lors des plaidoiries en première instance, la partie **SOC1.)** demandait au premier juge de faire droit à sa demande et de charger l'expert de la mission reprise dans sa note de plaidoiries qui contenait un « *Dispositif (par expédient)* », libellé comme suit :

La société anonyme **SOC1.)** proposait l'expert FISCH tandis que la partie intimée **A.)** se prononçait en faveur de la nomination de l'expert Jean Bernard BALL. Chacune des parties s'opposait formellement à la nomination de l'expert proposé par la partie adverse.

Par ordonnance du 11 juillet 2016, le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, décidant qu'il y avait lieu d'examiner en premier lieu la recevabilité de la demande sur base de l'article 350 du NCPC, fit droit à la demande, nomma expert Jean Bernard BALL et il dit que l'expert ne sera point chargé de procéder à la réception contradictoire des prestations fournies au motif qu'une telle mesure est exclusivement réservée au juge du fond.

Au vu du dispositif de l'ordonnance, le premier juge a également refusé de charger l'expert de la mission de dresser le décompte entre parties.

Finalement, le juge de première instance décida que l'avance des frais d'expertise incombe à la partie demanderesse dans l'intérêt de laquelle la mesure probatoire était instaurée.

Par exploit d'huissier du 18 juillet 2016, la société anonyme **SOC1.)** a relevé appel de cette décision concluant, par réformation, à voir délarer fondée sa demande.

L'appelante fait valoir que les parties étaient d'accord pour ajouter à la mission d'expertise classique, la réception contradictoire et le décompte, de sorte que le premier juge aurait nécessairement dû faire droit à leur demande d'expédient.

Elle expose que la réception judiciaire contradictoire serait essentielle pour la « résolution du litige » entre parties et elle affirme qu'une telle mesure peut être ordonnée sur base de l'article 350 du NCPC.

Si dans son acte d'appel, la société anonyme **SOC1.)** a exposé in fine que les parties « *sont d'accord sur la mission mais sont en désaccord sur le nom de l'expert* », elle a, lors de l'audience du 20 décembre 2016, déclaré être d'accord avec la nomination de l'expert BALL.

Finalement, faisant valoir que **A.)** a formulé une demande reconventionnelle en instauration d'une expertise, l'appelante conclut à ce que l'avance des frais d'expertise serait à partager entre elle et **A.)**.

L'intimé **A.)** soulève in limine litis l'irrecevabilité de l'acte d'appel au motif qu'une affaire au fond, introduite par la société anonyme **SOC1.)**, est actuellement pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg de sorte que les conditions d'application de l'article 350 du NCPC ne

seraient plus données et que le juge des référés ne serait plus compétent pour connaître de la demande.

Il donne ensuite à considérer que les opérations d'expertise ont commencé et que l'actuelle appelante y a participé sans réserves de sorte que son appel serait devenu sans objet.

A.) conteste formellement avoir été d'accord avec une réception des travaux alors que les travaux ne seraient pas terminés. Eu égard au désaccord entre parties sur le prix ainsi que sur l'achèvement des travaux, il n'y aurait pas non plus lieu de charger l'expert de dresser le décompte entre parties. L'intimé **A.)** s'oppose donc à ce que la réception et le décompte fassent partie de la mission d'expertise. Il conteste également avoir formulé une demande reconventionnelle en référé-expertise et fait valoir qu'il avait, tel que retenu par le premier juge, uniquement marqué son accord à la mesure sollicitée.

L'intimé **A.)** conclut à la confirmation de la décision a quo et fait valoir que la décision concernant la prise en charge définitive des frais d'expertise incombe au juge du fond. Il conteste devoir faire l'avance de ces frais et souligne que l'avance a d'ailleurs déjà été faite par l'actuelle appelante, de sorte que la demande de la société anonyme **SOC1.)** y relative est devenue sans objet.

A.) demande acte qu'il se réserve le droit de demander une indemnité de procédure devant le juge du fond sur base de l'article 240 du NCPC.

L'intimée s.à r.l. **SOC2.)** expose que la demande en vue d'une réception judiciaire n'est pas recevable sur base de l'article 350 du NCPC.

Appréciation

La Cour relève que l'ordonnance n'est pas entreprise en ce que le premier juge a inversé l'ordre des bases légales invoquées en première instance et en ce qu'il a exclusivement basé sa décision sur les dispositions de l'article 350 du NCPC.

L'appel est donc limité à une demande en instauration d'une expertise dans le cadre de l'article 350 du NCPC et la Cour ne peut pas analyser le bien-fondé de la demande en instauration d'une expertise sur base des articles 933 et 932 alinéa 1 du NCPC.

- quant à la recevabilité de l'appel qui est contestée

L'intimé A.) soulève l'irrecevabilité de l'acte d'appel au motif que les conditions d'application de l'article 350 du NCPC ne sont pas remplies étant donné qu'une instance au fond est actuellement pendante.

L'appelante réplique que pour apprécier la recevabilité d'une demande sur base de l'article 350 du NCPC, il y a lieu de se placer au moment où le premier juge a statué.

L'article 350 du NCPC dispose 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 légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

Il ressort des pièces versées en cause que la société anonyme **SOC1.)** a assigné le 2 novembre 2016 A.) devant le tribunal d'arrondissement pour obtenir le paiement de la somme en principal de 348.229,64 euros du chef de factures impayées.

Les termes « *avant tout procès* » visent évidemment un litige déjà pendant devant le juge du fond au moment de la saisine du juge des référés et non pas, comme l'entendent les intimés, un procès à intenter au fond ultérieurement.

Selon une jurisprudence constante, la condition d'absence d'instance au fond, condition de recevabilité de la demande, s'apprécie à la date de la saisine du juge des référés (Cass. 2e civ., 4 juill. 2007, n° 06-17.702 : JurisData n° 2007-039995. – Cass. soc., 16 juin 2010, n° 09-40.471, inédit) et non pas à celle à laquelle la Cour est saisie en instance d'appel. La solution contraire permettrait d'ailleurs trop facilement de faire échec à l'appel ; en saisissant le juge du fond avant que la Cour d'appel ne statue, on pouvait ainsi facilement éviter une mesure d'instruction urgente et ainsi compter sur le dépérissement des preuves.

En l'espèce, le premier juge a, à bon droit, - avant d'ordonner l'expertise - vérifié et constaté qu'aucun litige au fond n'était pendant entre les parties.

Au vu de ce qui précède, le moyen soulevé laisse d'être fondé.

L'intimé A.) a encore fait valoir que l'actuelle appelante a assisté, sans réserves, aux opérations d'expertise.

Il est établi que l'appel a été interjeté en date du 18 juillet 2016 et qu'une première réunion d'expertise, qualifiée par l'expert de « *préalables avant engagement des opérations d'expertise* » a eu lieu le 31 août 2016, donc postérieurement à l'acte d'appel.

Le moyen soulevé laisse partant d'être fondé.

L'appel, interjeté dans les forme et délai de la loi, est donc recevable.

- quant au fond

Comme la partie appelante accepte dorénavant la nomination de l'expert BALL, les seuls points qui restent en litige concernent l'étendue de la mission de cet expert et la prise en charge de l'avance des frais d'expertise.

La société anonyme **SOC1.)** affirme que le premier juge n'aurait pas eu d'autre possibilité que d'entériner l'accord des parties en ce qui concerne la mission à confier à l'expert de sorte que la mission confiée à l'expert BALL devait impérativement comprendre la réception contradictoire des travaux et le décompte à dresser entre parties.

L'appelante verse deux ordonnances de référé du 14 décembre 2012 et du 31 octobre 2014 qui ont, sur base de l'article 350 du NCPC, chargé un expert de procéder entre autres à une réception contradictoire des prestations fournies.

Ces ordonnances ont pour seule motivation l'accord des parties.

Il convient de rappeler que la demande basée sur l'article 350 du NCPC, qui n'est pas subordonnée aux conditions de l'urgence et de l'absence de contestations sérieuses, a un caractère autonome et ne doit répondre qu'aux exigences posées par ledit texte lesquelles sont, à part l'absence de procès au fond, l'existence d'un motif légitime d'établir, par mesure d'instruction légalement admissible, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Ledit texte institue un référé qui est autant « préventif », en ce qu'il tend à éviter tout procès au fond, que « probatoire », en ce qu'il tend à conserver des éléments de preuve soumis au risque d'un dépérissement prochain ou à établir la preuve de faits qui se sont déjà produits et qui ne sont pas soumis au risque d'un changement ou d'une disparition prochains.

En l'espèce, le motif légitime dans le chef de la demanderesse initiale n'est pas contesté et il a d'ailleurs été, à bon droit, constaté par le premier juge qui a retenu que les parties ont un intérêt légitime à voir déterminer les inexécutions, vices, malfaçons, non-conformités et autres désordres affectant les travaux effectués par la partie demanderesse **SOC1.)**.

Il faut qu'il s'agisse de faits à prouver lesquels doivent fournir les éléments matériels constitutifs du litige futur. Les faits dont il s'agit d'établir ou de conserver la preuve doivent dès lors être utiles et pertinents, c.-à-d. que le motif n'est légitime que si les faits dont on veut établir ou conserver la preuve sont susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige.

L'acquiescement des autres parties, appelantes et intimées, au principe de l'institution d'une expertise, ne dispense pas la Cour d'examiner si les conditions d'application de l'article 145 du code de procédure civile (qui est identique à l'article 350 du NCPC) sont données (cf. Paris 2 mars 1989 ; Gaz.Pal. 2 janv.1990 ; Cass.3^e civ., 24 avr. 2003: Bull.civ. III, n°85).

Le moyen de l'appelante que le premier juge aurait impérativement dû entériner l'accord des parties n'est donc pas fondé.

La juridiction saisie d'une demande sur base de l'article 350 du NCPC ne peut ordonner que des mesures d'instruction légalement admissibles.

La notion de mesure d'instruction est appréhendée de manière libérale pour faciliter l'intervention du référé in futurum. Ainsi, il est admis que le juge des référés peut ordonner « toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, qui ne se limitent pas aux constatations » (Cass. 2^e civ., 11 oct. 1995, n° 92-20.496 : Bull. civ. 1995, II, n° 235) et la procédure prévue par l'article 350 du NCPC n'est pas limitée à la conservation des preuves mais peut aussi tendre à leur établissement (Cass. 2^e civ., 6 nov. 2008 : Bull. civ. 2008, II, n° 234).

Par ailleurs, le juge des référés dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation du choix de la mesure à ordonner, mais également de l'opportunité d'ordonner une mesure (Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-13.307, inédit). En conséquence, il n'est pas obligé d'ordonner une mesure qu'il estime inutile, même s'il a constaté l'existence d'un motif légitime du demandeur (Cass. 2^e civ., 22 avr. 1992 : Bull. civ. 1992, II, n° 137. – Cass. com., 18 févr. 1986 : Bull. civ. 1986, IV, n° 26).

Si la mesure n'est pas nécessaire au demandeur pour établir ou conserver la preuve ou si elle est insusceptible d'y parvenir, le rejet s'impose (Cass. com., 18 févr. 1986 : Bull. civ. 1986, IV, n° 16. – Normand : RTD civ. 1983, p. 785).

La mission de l'expert doit donc être justement circonscrite (V. par ex., Cass. 2^e civ., 3 févr. 2011, n° 10-14.070. – Cass. 2^e civ., 6 janv. 2011, n° 09-72.841 : JurisData n° 2011-000050) et correspondre aux faits dont pourrait dépendre la solution du litige (V. Cass. 2^e civ., 10 nov. 2010, n° 09-71.674 : JurisData n° 2010-020904).

Les mesures qui peuvent être ordonnées sur ce fondement sont donc innombrables, pourvu qu'elles soient toujours légalement admissibles (Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-28.036 : JurisData n° 2011-025312).

Selon la jurisprudence constante, le juge des référés, statuant sur base de l'article 350 du NCPC, ne peut pas ordonner à l'expert de dresser le décompte entre parties. Il n'appartient en effet pas à l'expert de se prononcer sur la nature juridique des dégâts qu'il sera amené à constater et il ne lui appartient de toute évidence pas de se prononcer sur les responsabilités respectives. Dans le cadre d'un référé préventif, il n'y a donc pas lieu de charger l'expert de dresser un décompte entre parties (cf. Cour 19 déce. 2012, rôle 38675 ; Cour 1^{er} avr. 2015, rôle 41836) ; cette mesure participe au fond et dépasse ainsi les pouvoirs du juge des référés saisi sur la base de l'article 350 du NCPC.

Le juge des référés, saisi d'une demande sur base de l'article 350 du NCPC, doit éviter d'ordonner des mesures qui, même si elles sont susceptibles d'éclairer le juge ultérieurement saisi, ne puissent pas être comprises comme des mesures d'instruction stricto sensu.

C'est donc à bon droit que le juge de première instance n'a pas chargé l'expert de la mission de dresser le décompte entre parties.

La Cour constate que la demande concernant la réception contradictoire était formulée comme suit :

*« de procéder à la réception contradictoire des prestations fournies par la société anonyme **SOCL.) S.A.** sur base de son devis n°14-777 du 26.12.2014 pour un montant htva de 1.152.227,57 euros portant sur des travaux d'agencement mobilier, parquet et menuiserie intérieure, pour la construction d'un immeuble d'habitation sis à 9, rue Robert Bintener L-8125 Bridel, des suppléments commandés ainsi que des travaux de remise en état des biens livrés par **SOCL.) S.A.** suite à des dégradations par d'autres corps de métiers, et, de faire le décompte entre parties ».*

Pour accomplir cette mission, l'expert devrait procéder non seulement à des constatations de faits mais également à des appréciations en droit aux fins de savoir (i) quels travaux sont inclus dans le devis respectivement sont à qualifier de suppléments et (ii) se prononcer sur les responsabilités incombant aux parties intervenues sur le chantier.

Comme de telles appréciations ne relèvent pas de la compétence de l'expert, c'est à bon droit que le premier juge a retenu que cette mesure est exclusivement réservée au juge du fond.

La Cour tient finalement à relever que, eu égard au fait que l'appelante insiste lourdement sur l'accord entre parties en ce qui concerne l'étendue de la mission d'expertise, rien n'empêche les parties de solliciter de l'expert ultérieurement une mesure d'instruction complémentaire.

Au vu de ce qui précède, la demande de l'appelante de voir charger l'expert BALL de la mission de dresser un décompte entre parties et de procéder à la réception contradictoire des travaux est irrecevable sur base de l'article 350 du NCPC.

L'appel n'est donc pas fondé sur ce point.

En ce qui concerne la demande de l'appelante à voir partager l'avance des frais d'expertise entre elle et A.), il y a lieu de retenir que eu égard au fait que la société anonyme SOC1.) a fait l'avance de ces frais et que la décision quant à celui qui doit les supporter en définitive appartient au juge du fond, la demande de l'appelante est devenue sans objet.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de donné acte de A.) qu'il se réserve le droit de formuler devant le juge du fond une demande sur base de l'article 240 du NCPC étant donné que la Cour n'a pas besoin de donner acte à l'intimé qu'il se réserve un droit dont il dispose de toute façon.

Au vu des développements ci-dessus, l'appel de la société anonyme SOC1.) n'est pas fondé et il échet de confirmer la décision entreprise.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme ;

le déclare non fondé ;

partant, confirme la décision entreprise ;

dit non fondée la demande de donné acte de A.) ;

condamne la société anonyme SOC1.) aux frais de l'instance.