

**Audience publique du 15 novembre deux mille dix-sept**

Numéro 45295 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 à responsabilité limitée F),**

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 28 août 2017,

comparant par Maître Admir PUCURICA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**la société anonyme de droit belge H),**

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 28 août 2017,

comparant par Maître Samuel LEVATINO, en remplacement de Maître Alain BAYARD, avocats au barreau de Liège, B-4000 Liège, 13, rue Fabry.

## LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance rendue contradictoirement en date du 14 août 2017, un premier juge du Tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président, s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de la société F) sàrl, sur base de l'article 350, sinon 933 alinéa 1, sinon 932 alinéa 1 du NCPC, tendant à voir nommer un ou plusieurs experts chargés de la mission indiquée au dispositif de l'exploit introductif d'instance et notamment de constater les vices, malfaçons et inexécutions concernant les travaux de pose de charpente et de couverture d'un immeuble réalisés par la société H). Il a débouté la société F) sàrl de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et l'a condamnée aux frais et dépens de l'instance.

La demanderesse initial avait fait valoir que le juge luxembourgeois est territorialement compétent en application de l'article 35 du Règlement UE n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 (ci-après Règlement Bruxelles I bis), nonobstant le fait que le défendeur a son siège social à Liège en Belgique, étant donné que la mesure d'expertise, qui serait à qualifier de mesure provisoire ou conservatoire, est à exécuter au Luxembourg [l'immeuble, objet du contrat d'entreprise conclu entre les parties, étant situé à L-9645 Derenbach, au n°66 de la RN 12].

Pour décliner sa compétence, le premier juge a d'abord retenu que la partie F) a accepté les conditions générales de la société H) et qu'elle a donc également « signé », partant accepté, la clause attributive de compétence aux juridictions (belges) du domicile de la partie H). Il a ensuite écarté - sur base de l'article L.010-1 du code de consommation (définissant le consommateur comme étant une personne physique) - le moyen de la partie demanderesse consistant à faire valoir qu'elle serait à qualifier de consommateur de sorte que la clause ne lui serait pas opposable. Sur base de ces prémisses, il a décidé que la clause attributive de juridiction est valable.

Finalement, le premier juge a décidé que le champ d'application de l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis n'est pas limité - tel que l'affirmait la demanderesse - aux procédures au fond et que pour le surplus la demande de référé expertise ne serait pas une mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 35 du Règlement précité mais une demande « en vue de l'obtention d'une mesure d'instruction ».

Par exploit d'huissier du 28 août 2017, la société F) sàrl a régulièrement relevé appel de l'ordonnance du 14 août 2017.

L'appelante fait valoir que le premier juge, en décidant que la clause attributive est valable, a dépassé ses compétences motif pris qu'un tel examen relèverait de la compétence exclusive des juges du fond. Elle conteste formellement avoir accepté la clause attributive de juridiction imprimée au verso des conditions générales, expose que cette clause ne serait pas valable et souligne qu'indépendamment de l'examen de la validité de ladite clause, il y aurait lieu à application de l'article 35 du Règlement Bruxelles I bis. Le chantier se trouvant au Luxembourg il serait logique que l'expertise demandée soit ordonnée sur base de l'article 350 du NCPC par un juge luxembourgeois, lequel serait le mieux à même d'en contrôler l'exécution. A l'appui de ces moyens l'appelante verse un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier rendu en date du 2 juin 2016 (n° 15/07473).

L'appelante conclut par réformation de l'ordonnance à voir nommer l'expert Jean-Marie RIGO avec la mission telle qu'indiquée au dispositif de son acte d'appel. Elle réclame encore la condamnation de l'intimée aux frais et dépens avec distraction au profit de son avocat constitué et au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

La partie intimée H) conclut à la confirmation de l'ordonnance au motif que le tribunal d'arrondissement de Diekirch est - en raison de la clause attributive de juridiction - non seulement incompétent pour connaître de l'affaire au fond mais également pour ordonner une mesure d'expertise. Elle explique que cette clause ressort des conditions générales imprimées au verso d'un devis du 31 juillet 2016, lequel a été accepté par la partie F) par un email du 16 août 2016. L'intimée rappelle encore que le contrat d'entreprise signé par les parties en date du 24 août 2016 contient un renvoi exprès audit devis, qui lui renvoie aux conditions générales. Au vu de ces explications, l'intimée fait valoir que l'appelante a accepté expressément la clause attributive de juridiction. A titre subsidiaire, elle donne à considérer que la clause litigieuse a fait l'objet d'une acceptation tacite par l'absence de contestation de deux factures qui mentionnaient au verso les conditions générales.

En droit, l'intimée explique que les articles 25 et 26 du Règlement Bruxelles I bis sont d'application générale dans toutes les procédures et que l'article 35 qui prévoit une exception est d'application stricte. La mesure d'expertise sollicitée constitue selon la société H) une demande avant dire droit au fond.

A titre subsidiaire, la société H) soulève l'absence d'urgence pour ordonner une telle mesure, motif pris que les travaux qu'elle a exécutés ont pris fin en 2016. Depuis lors, il y aurait eu une réunion amiable et technique contradictoire en date du 9 mars 2017 ayant abouti à un accord de sorte que

les conditions d'application de l'article 350 du NCPC ne seraient pas réunies en l'espèce. A titre subsidiaire, elle conclut à voir modifier la mission d'expertise telle que proposée par la partie appelante.

### Appréciation

Contrairement aux affirmations de l'appelante, le juge des référés - qui est tenu d'examiner sa compétence territoriale lorsqu'elle est contestée comme en l'espèce - est compétent pour analyser dans un premier temps la validité de la clause attributive de juridiction et son opposabilité à la partie F) sàrl.

La clause, imprimée au verso (sub 21) du devis du 31 juillet 2016 établi par la société H), est libellée comme suit :

*« En cas de litige, seuls les tribunaux de notre domicile sont compétents ».*

La sàrl F) a accepté cette clause par sa signature du recto du devis, sous la mention *« Le cocontractant confirme par la signature avoir pris connaissance des conditions générales reprises au verso et qu'il les accepte »* (sic).

Sur base de ces pièces, il y a lieu de confirmer le premier juge en ce qu'il a admis que cette clause est valable du point de vue formel et qu'elle garde toute son efficacité alors que la sàrl F) ne peut prétendre à la qualité de consommateur étant donné qu'elle n'est pas une personne physique.

Il convient ensuite d'examiner si le référé expertise (sur base des articles invoqués par la partie F)) rentre dans le champ d'application de l'article 35<sup>1</sup> du Règlement précité (et si une expertise peut être demandée en référé aux juridictions d'un Etat membre, même si les juridictions d'un autre Etat membre sont compétentes pour connaître du fond).

L'article 35 est inscrit dans le Règlement Bruxelles I bis dans le Chapitre II ayant trait à la « compétence » sous la section 10 qui concerne les *« mesures provisoires et conservatoires »*. Ces mesures sont définies au considérant 25.

Contrairement à ce qu'affirme l'intimée (et le premier juge) la mesure sollicitée est une mesure provisoire et conservatoire au sens du considérant

---

<sup>1</sup> « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat membre peuvent être demandées aux juridictions de cet Etat, même si les juridictions d'un autre Etat membre sont compétentes pour connaître du fond ».

25 du Règlement Bruxelles I bis étant donné que l'expertise a pour but d'obtenir des informations ou à conserver des éléments de preuve.

La Cour constate que l'application de l'article 35 du Règlement Bruxelles I bis n'est pas en contradiction avec la clause attributive de juridiction convenue par les parties étant donné que l'article 35 s'applique aux mesures provisoires (comme le référé-expertise prévu par l'article 350 du NCPC) avant tout litige mais que la clause n'a pour objet que de déterminer la compétence juridictionnelle en cas de litige.

La mesure d'expertise sollicitée par la sàrl F) a bien pour objet, - avant tout procès - conformément aux dispositions de l'article 350<sup>2</sup> du NCPC, de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige alors qu'elle a pour objet principal le constat d'exécutions ou d'inexécutions non conformes aux règles de l'art, la détermination de leurs causes et origines, les éventuelles mesures de conservation et de remise en état et l'évaluation du coût des travaux nécessaires à la reprise des désordres et défauts de conformité.

Les conditions d'application de l'article 350 sont les suivantes :

- du fait dont il s'agit de conserver ou d'établir la preuve doit dépendre la solution d'un litige,
- le motif pour établir ce fait ou pour en conserver la preuve doit être légitime,
- la mesure d'instruction sollicitée doit être légalement admissible,
- elle doit être demandée avant tout procès au fond concernant le fait dont il échet d'établir ou de conserver la preuve.

L'expression « mesures d'instruction » visée par l'article 350 doit être considérée comme incluant les mesures de l'article 288 du NCPC permettant au requérant d'obtenir des preuves d'une autre partie.

Contrairement aux développements de l'intimée, le référé probatoire de l'article 350 du NCPC a un caractère autonome et n'est pas lié aux conditions d'urgence et à l'absence de contestations au fond.

Le demandeur doit, pour prospérer sur base de l'article 350 du NCPC, justifier d'un motif légitime à sa demande, qui doit tendre à la conservation ou à l'établissement de faits en vue d'un litige déterminable mais ultérieur

---

<sup>2</sup> « 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 ».

(Jacques et Xavier VUITTON, Les référés, Editions du JurisClasseur, 2003, n° 532).

A la nécessité du motif légitime s'ajoute celle du caractère opérant, de la pertinence de la mesure sollicitée.

Le demandeur est ainsi tenu de démontrer, outre la légitimité de la mesure sollicitée, qu'elle est pertinente, c'est-à-dire adaptée, utile et proportionnée au litige ultérieur qui la requiert.

L'utilité de la mesure demandée s'apprécie au regard des faits caractérisant le motif légitime. L'adéquation de la mesure aux circonstances justifiant l'action au fond, les faits allégués, et sur lesquels porte la mesure d'instruction, doivent être suffisamment plausibles pour justifier les mesures.

Les faits à établir ou à préserver, et donc les mesures sollicitées, doivent être pertinents dans le litige éventuel futur et utile à la solution de ce litige.

Un lien doit donc être caractérisé par le demandeur entre le litige futur, la mesure sollicitée et les faits qui en sont à l'origine. A défaut, la mesure doit être rejetée (cf. Jacques et Xavier VUITTON, Les référés, Editions du JurisClasseur, 2003, n° 548 à 555).

La jurisprudence luxembourgeoise a également, à maintes reprises, rappelé que les faits fondant le futur litige envisageable doivent être suffisamment plausibles et caractérisés pour justifier l'intervention du juge. Cette exigence permet d'éviter de pervertir l'institution du référé probatoire, en empêchant qu'il ne devienne qu'un simple moyen de pression ou un moyen de poursuivre des buts étrangers à sa raison d'être. Une telle exigence est indispensable à la cohérence de l'institution, à défaut de quoi les conditions de recours au référé probatoire pourraient être facilement contournées par l'allégation d'un litige faux ou sans raison d'être (Cour d'appel, 27 février 2008, Pas. 34, p. 162).

Les conditions de l'article 350 du NCPC sont réunies en l'espèce. En effet, lors de la demande en référé expertise il n'y avait pas encore de litige au fond (l'intimée a par après introduit une demande en paiement devant les juridictions de Liège), il ressort du constat d'huissier du 16 juin 2017 et des photos versées à l'audience du 24 octobre 2017 que la toiture présente des dégradations et que des infiltrations d'eau se sont produites de sorte que la demanderesse initiale a donc un intérêt légitime à faire constater, avant tout procès, par un expert judiciaire les désordres et leurs causes ou origines.

Il convient également de relever que les dispositions de l'article 350 sont d'application purement territoriale, de sorte que le juge des référés n'a le pouvoir d'ordonner les mesures visées dans cet article que par rapport à une situation de fait et de droit qui existe au Grand-Duché de Luxembourg.

La juridiction compétente pour ordonner une mesure provisoire ou conservatoire, ne peut être qu'une juridiction de l'Etat sur le territoire duquel la mesure doit être exécutée, la raison en étant que le juge du lieu où la mesure provisoire ou conservatoire doit être exécutée est, en raison de la proximité, le mieux placé pour suivre les opérations et statuer sur les incidents y afférents (cf. jurisprudences citées sub article 350 du NCPC, 1ère éd. legitech).

Il apparaît ainsi que la mesure d'expertise correspond bien aux objectifs poursuivis depuis la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 jusqu'au Règlement Bruxelles I bis alors que la concentration des moyens d'investigation relatifs aux faits sur le lieu de construction de l'ouvrage permet d'éviter aux parties un préjudice susceptible de résulter de procédures menées dans deux ou plusieurs pays, éloignés du lieu du dommage supposé, et qu'elle est de nature à établir, par un constat technique, une situation de fait permettant de sauvegarder les droits de toutes les parties.

Au vu de ce qui précède, la demande de la sàrl F) sur base de l'article 350 du NCPC est recevable. Il y a lieu d'y faire droit conformément au dispositif ci-dessous et il y a partant lieu de réformer l'ordonnance entreprise.

Contrairement aux développements de la partie appelante, les frais d'expertise sont à avancer non pas par la partie intimée mais par la société F) sàrl qui est demanderesse de la mesure d'expertise.

#### Les indemnités de procédure

L'appelante F) sàrl réclame une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel.

A défaut pour l'appelante de justifier de la condition d'iniquité requise, sa demande requiert un rejet.

L'intimée réclame une indemnité de procédure de 1.500.- euros pour chaque instance.

Ces demandes sont contestées par la sàrl F) pour être nouvelle en instance d'appel (en ce qui concerne la demande relative à la première instance) et non fondée pour l'instance d'appel.

Il ressort en effet des rétroactes que la demande concernant la première instance est nouvelle en instance d'appel de sorte qu'elle est irrecevable sur base de l'article 592 du NCPC.

Au vu du sort réservé à l'appel, la demande de l'intimée sur base de l'article 240 du NCPC pour la présente instance n'est pas fondée.

### **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 dit fondé,

par réformation

reçoit la demande de la société F) sàrl sur base de l'article 350 du NCPC,

au principal, renvoie les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision,

nomme expert X) avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, détaillé et motivé de :

*1) dresser un état des lieux reprenant les exécutions et inexécutions non conformes aux règles de l'art des travaux effectués sur la charpente et la toiture de l'immeuble par la partie défenderesse et ses préposés ;*

*2) se prononcer sur les conséquences de ces mauvaises exécutions et inexécutions et en chiffrer la valeur ;*

*3) déterminer avec exactitudes les causes et origines des différents vices et malfaçons constatés sur le chantier ;*

*4) procéder au métré des travaux réalisés par la société H) SA ;*



*5) proposer les mesures de conservation et de remise en état conformes aux règles de l'art ;*

*6) proposer les travaux permettant le redressement total des vices et malfaçons précédemment constatés ;*

*7) évaluer le coût de l'ensemble desdits travaux et fixer les moins-values subsistantes, le cas échéant ;*

*8) évaluer le préjudice subi par la sàrl F) du fait du retard pris sur le chantier du fait de la mauvaise exécution par la société H) SA de ses obligations résultant du contrat d'entreprise ;*

*dire que l'expert pourra s'entourer de toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission » ;*

ordonne à F) sàrl de régler à l'expert pour le 2 janvier 2018 au plus tard la somme de 1.500.- euros à titre de provision à valoir sur sa rémunération, et d'en justifier au greffe de la Cour d'appel, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du NCPC,

dit que si ces honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, l'expert devra en avvertir le greffe de la Cour d'appel,

dit que l'expert déposera son rapport au greffe de la Cour d'appel le 1<sup>er</sup> avril 2018 au plus tard,

déclare irrecevable la demande de la société H) SA sur base de l'article 240 du NCPC pour la première instance,

rejette les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC pour l'instance d'appel,

condamne la société H) SA aux frais et dépens des deux instances.

Madame le Président de chambre Astrid MAAS étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru à l'arrêt.