

Audience publique du dix juin deux mille vingt

Numéro CAL-2020-00196 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

A.), fonctionnaire, demeurant à L-(...), 27, (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de Diekirch en date du 5 février 2020 et d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 6 février 2020,

comparant Maître Pierre BRASSEUR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société à responsabilité limitée SOC.1.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant,

2. la société à responsabilité limitée SOC.1.) PROMOTION, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant,

intimées aux fins du susdit exploit MULLER du 5 février 2020,

comparant par Maître Dominique BORNERT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

3. l'Administration Communale de LIEU.1.), établie à la Maison Communale à L-(...) LIEU.1.), (...), représentée par son collège des Bourgmestre et Echevins,

intimée aux fins du susdit exploit GEIGER du 6 février 2020,

comparant par Maître Maxime FLORIMOND, en remplacement de Maître Steve HELMINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

4. B.), demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit MULLER du 5 février 2020,

comparant par Maître Aurélia COHRS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

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

intimée aux fins du susdit exploit GEIGER du 6 février 2020,

comparant par Maître Christel DUVAL, en remplacement de Maître David YURTMAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier de justice des 21 et 25 juin 2019, **A.)** a assigné la société à responsabilité limitée **SOC.1.)**, la société à responsabilité limitée **SOC.1.) PROMOTION** et l'Administration communale de **LIEU.1.)** devant le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, pour voir nommer un expert avec la mission de :

1. « *contrôler si les travaux de transformation exécutés à ce jour sur le chantier sis à L-(...), 25, (...) sont conformes aux autorisations de construire n° **NO.1.)** du 14 avril 2016 et n° **NO.2.)** du 5 janvier 2017 délivrées par le bourgmestre de la commune de **LIEU.1.)**,*

2. *contrôler si les travaux exécutés empiètent sur le terrain de Madame A.) sis à L-(...), 27, (...),*
3. *déterminer les travaux nécessaires afin de rendre la construction conformes aux plans autorisés ».*

À l'appui de sa demande, A.) a exposé que la société **SOC.1.)** s'est vu octroyer en date du 14 avril 2016 une autorisation de construire n° **NO.1.)** pour la transformation d'un bâtiment existant sis à L-(...), 25, (...) en immeuble à 6 unités d'habitation dénommé résidence « **RES.1.)** ». Suite au dépôt de plans modifiés, une deuxième autorisation de construire n° **NO.2.)** lui aurait été accordée en date du 5 janvier 2017. L'immeuble concerné serait directement sous-jacent à sa maison et longerait 80% du jardin de cette dernière.

A.) a soutenu que suite à un rehaussement illégal de la façade de l'immeuble litigieux, sa propriété perdrait en luminosité tant dans le jardin que dans les chambres situées à l'arrière de sa maison.

À défaut de réaction satisfaisante de la part de l'Administration communale de **LIEU.1.)**, elle a exposé avoir mandaté l'expert-architecte Micheli avec la mission de contrôler les travaux de construction par rapport aux plans autorisés. Ce dernier serait arrivé à la conclusion que, d'une part, les hauteurs des murs et de la pente de la toiture n'auraient pas été respectées et, d'autre part, une gouttière et le tuyau de descente des eaux pluviales empièteraient de 19 cm sur son terrain.

Ces éléments auraient été communiqués à l'Administration communale de **LIEU.1.)** qui l'aurait informée par courrier du 20 mai 2019 qu'il existait bien une non-conformité des travaux de construction par rapport aux plans autorisés. A.) a soutenu avoir par courrier du 11 juin 2019 demandé à la commune de faire arrêter les travaux et de déposer une plainte auprès de la police. Le mandataire de l'Administration communale de **LIEU.1.)** l'aurait informée le 17 juin 2019 qu'une plainte avait été déposée auprès du Parquet mais que la demande d'arrêt de chantier serait tardive, au vu de l'achèvement des dits travaux.

A.) a estimé que la lenteur et la réticence de l'Administration communale de **LIEU.1.)**, ainsi que des sociétés **SOC.1.)** et **SOC.1.)** PROMOTION l'auraient placée devant le fait accompli, étant donné que les travaux de construction du mur litigieux et de la toiture auraient entretemps été achevés.

Il n'en resterait pas moins que la construction litigieuse lui causerait un préjudice au vu de la perte d'ensoleillement et de luminosité en découlant

pour son terrain et un préjudice financier, au vu des procédures à entamer afin d'obtenir la démolition des travaux construits en violation des autorisations de construire. Ces éléments justifieraient sa demande en nomination d'un expert-architecte judiciaire.

A.) a basé sa demande principalement sur l'article 350 et subsidiairement sur les articles 932, alinéa 1^{er} et 933 du NCPC.

Les sociétés **SOC.1.)** et **SOC.1.) PROMOTION** ont contesté la version des faits présentée par **A.)**. Elles ont argumenté que les travaux de transformation tant extérieurs qu'intérieurs de la résidence « **RES.1.)** » seraient complètement achevés, que les appartements auraient été vendus suivant contrats de vente en état futur d'achèvement et que les propriétaires occuperaient les lieux. La situation serait donc à présent figée.

Elles ont contesté l'intérêt à agir de **A.)** en ce qu'un dépassement de la hauteur autorisée de l'immeuble de 14 cm ne constituerait qu'un grief théorique et non pas effectif. Elles ont renvoyé à la position de l'Administration communale de **LIEU.1.)** pour soutenir qu'un tel dépassement minime se situerait dans la tolérance admise. Tout en admettant que le dépassement de la hauteur du toit de 50 cm constituait un problème, elles ont cependant contesté l'existence de tout grief dans le chef de **A.)**.

Elles ont également argumenté que la mission d'expertise telle que sollicitée par **A.)** serait formulée de manière trop générale et que la régularité de la construction devrait être appréciée par rapport au règlement de l'Administration communale de **LIEU.1.)** qui primerait les autorisations de construire litigieuses. Au cas où le juge des référés devait faire droit à la demande en nomination d'un expert, elles ont conclu à voir reformuler la mission à confier à un expert comme suit :

1. *« Contrôler si les pentes de toiture et partant hauteurs aux corniches à la façade postérieure de l'immeuble sont conformes au regard des autorisations de construire accordées et plans en formant partie intégrante, à savoir l'autorisation de construire n° **NO.1.)** du 28 avril 2016, telle que modifiée par l'autorisation de construire n° **NO.2.)** du 6 janvier 2017, délivrées par le Bourgmestre de la commune de **LIEU.1.)** et relatives aux travaux de transformation du bâtiment existant pour la réalisation de la résidence « **RES.1.)** », sise à L-(...), 25, (...),*

2. *En cas de non-conformité, vérifier l'incidence de cette irrégularité sur le fonds voisin de Madame **A.)**, en particulier quant à l'ensoleillement ou l'existence d'éventuels autres préjudices personnels dans son chef,*

3. *Contrôler si un dépassement de la gouttière et du tuyau de descente des eaux pluviales sur le terrain de la maison n° 27 de Madame A.) peut être constaté et, le cas échéant, en mesurer l'importance,*

4. *En cas de non-conformité des travaux ci-avant visés aux points 1) et 3), déterminer les travaux nécessaires et possibles pour rendre la construction conforme ».*

Par acte d'huissier de justice des 11 et 12 juillet 2019, les sociétés **SOC.1.)** et **SOC.1.) PROMOTION** ont fait assigner **B.)** et la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** devant le même magistrat, aux fins de voir dire qu'ils sont tenus d'intervenir dans les opérations d'expertise sollicitées par **A.)**.

B.) serait intervenu sur le chantier litigieux en qualité d'architecte concepteur de la résidence suivant offre de services du 15 juillet 2015, tandis que la société **SOC.2.)** aurait été chargée, en qualité d'entrepreneur, de l'exécution des travaux de transformation du bâtiment existant et de la réalisation de la résidence en cause suivant contrat de construction du 12 avril 2017.

Les sociétés **SOC.1.)** et **SOC.1.) PROMOTION** ont estimé avoir un intérêt manifeste à la mise en intervention de **B.)** et de la société **SOC.2.)**, au vu des défauts de conception et de l'exécution en violation du permis de bâtir des travaux de construction de la résidence « **RES.1.)** » allégués par **A.)**.

B.) a sollicité principalement sa mise hors cause, étant donné qu'il aurait uniquement été chargé d'une mission de conception de l'immeuble et non d'une mission de surveillance du chantier. Subsidiairement, il s'est rapporté à prudence de justice en ce qui concerne la mission d'expertise et a proposé la nomination de l'expert Wies.

La société **SOC.2.)** a contesté tout préjudice dans le chef de **A.)**, soutenant que le léger dépassement constaté serait à considérer comme étant tolérable.

La mission d'expertise telle que sollicitée par **A.)** serait formulée de manière trop vaste. Cette société a par conséquent demandé à ce que l'expert à nommer se prononce sur les questions de savoir :

- si la hauteur de la construction est conforme,
- si les travaux exécutés empiètent sur le terrain de **A.)**,
- si l'éventuel dépassement se situe dans une marge tolérable et acceptable,
- quels sont les travaux nécessaires pour y remédier le cas échéant.

L'Administration communale de **LIEU.1.)** a fait relever que **A.)** serait d'ores et déjà en possession d'une expertise unilatérale du 14 mai 2019, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu d'ordonner une nouvelle mesure d'expertise.

Par ordonnance du 30 août 2019, le juge des référés s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, a déclaré la demande de **A.)** en institution d'une expertise irrecevable sur toutes les bases invoquées, a déclaré sans objet la demande en intervention dirigée par les sociétés à responsabilité limitée **SOC.1.)** et **SOC.1.) PROMOTION** à l'encontre de **B.)** et de la société **SOC.2.)**, a laissé les frais de l'instance principale à charge de **A.)** et les frais de l'instance en intervention à charge des sociétés **SOC.1.)** et **SOC.1.) PROMOTION**.

Par actes d'huissier de justice des 5 et 6 février 2020, **A.)** a régulièrement relevé appel de cette ordonnance qui ne lui a pas été signifiée.

L'appelante fait grief au magistrat de première instance d'avoir retenu qu'elle disposait d'ores et déjà des éléments nécessaires pour mettre en cause la responsabilité des parties assignées. Tout en admettant avoir mandaté l'expert Micheli avec la mission de se prononcer sur la conformité de la construction litigieuse par rapport aux autorisations accordées par l'Administration communale de **LIEU.1.)**, l'appelante argumente que l'expertise réalisée serait incomplète, étant donné que faute d'avoir pu accéder à la résidence voisine, l'expert Micheli n'aurait pu constater que des non-conformités par rapport aux éléments extérieurs de la résidence situés côté jardin de l'appelante et qu'en outre les mesures prises ne seraient qu'approximatives.

L'institution d'une mesure d'expertise serait d'autant plus justifiée, que les parties intimées remettraient en cause les conclusions de l'expert Micheli. Aussi bien le maître d'ouvrage, la société **SOC.1.)** que l'entrepreneur, la société **SOC.2.)**, continueraient d'affirmer suivant courriers des 22 et 29 mai 2019 que la construction litigieuse aurait été réalisée conformément aux plans autorisés. Cette affirmation serait toutefois contredite par la Commune de **LIEU.1.)** qui, dans son courrier du 20 mai 2019, aurait fait état d'un dépassement de la hauteur de la faîte de l'immeuble de 14 cm, d'un dépassement de la hauteur des corniches de 50 cm et de la modification de la pente de la toiture.

Afin de justifier son intérêt à voir instituer une expertise sur le fondement de l'article 350 du NCPC, l'appelante argumente que l'expertise unilatérale serait inopposable aux parties intimées et ne constituerait dès lors pas une preuve suffisante. Au vu des divergences d'opinion des parties, et à défaut de disposer d'un élément de preuve nécessaire à l'introduction

d'une procédure pénale visant notamment la suppression des ouvrages construits en violation de l'autorisation de construire en vertu de l'article 107 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal, **A.)** estime que toutes les conditions d'application de l'article 350 du NCPC seraient réunies. A l'audience publique du 12 mai 2020, l'appelante ajoute encore qu'un rapport d'expertise contradictoire serait indispensable et utile pour pouvoir mener des pourparlers d'arrangement entre parties.

A.) conclut par conséquent, par réformation, à voir dire recevable et fondée sa demande en institution d'une expertise, principalement sur base de l'article 350 et subsidiairement, sur base des articles 932, sinon 933 du NCPC et à voir confier à l'expert les missions suivantes :

- 1) *contrôler si les travaux de transformation exécutés à ce jour sur le chantier sis à L-(...), 25, (...), sont conformes aux autorisations de construire n°NO.1.) du 14 avril 2016 et n° NO.2.) du 5 janvier 2017 délivrées par le bourgmestre de la commune de LIEU.1.),*
- 2) *contrôler si les travaux exécutés empiètent sur le terrain de madame A.) sis à L-(...), 27 (...),*
- 3) *déterminer les travaux nécessaires afin de rendre la construction conforme aux plans autorisés.*

Les sociétés **SOC.1.)** et **SOC.1.)** PROMOTIONS font valoir qu'elles auraient toujours agi de manière professionnelle et diligente. Elles soutiennent qu'en cours d'exécution des travaux, l'Administration communale n'aurait ni fait état d'irrégularités ni fait procéder à l'arrêt des travaux. Les intimées se prévalent d'un courrier que l'Administration communale de **LIEU.1.)** avait en date du 13 mars 2019 adressé à **A.)** pour soutenir que les travaux auraient été exécutés en adéquation avec le permis de construire. L'Administration communale de **LIEU.1.)** n'aurait que par courrier du 20 mai 2019 fait état de ce que les travaux de construction ne seraient pas conformes aux plans autorisés. Elles admettent que la toiture de la nouvelle construction présente une inclinaison moindre par rapport à ce qui avait été prévue, mais font valoir que cette pente moins élevée n'aurait aucune incidence sur l'ensoleillement et la luminosité du terrain de **A.)**. Elles contestent les autres irrégularités invoquées par cette dernière de même que toute volonté d'arrangement du côté de l'appelante. Celle-ci n'aurait aucun intérêt à faire instituer une expertise contradictoire. Le seul objectif recherché par **A.)** serait de faire obstacle à la construction. Les intimées font encore plaider que la construction serait achevée, de sorte que tout risque de dépérissement des preuves serait exclu.

Les sociétés **SOC.1.)** et **SOC.1.)** PROMOTIONS concluent par conséquent, en ordre principal, à la confirmation de l'ordonnance entreprise

en ce que le juge des référés de première instance a dit irrecevable la demande en institution d'une expertise sur toutes les bases invoquées.

En ordre subsidiaire, si la Cour devait faire droit à la demande de **A.)**, les intimées demandent à voir déclarer recevable et fondée leur demande en intervention formulée en première instance contre **B.)** et la société **SOC.2.)** et par conséquent à voir dire que ces deux parties sont tenues d'intervenir dans les opérations d'expertise sollicitées par **A.)**. Elles précisent que l'architecte aurait été impliqué dans les discussions avec la Commune et dans l'exécution des travaux confiés à la société **SOC.2.)**.

B.) conclut également au rejet de l'appel et par conséquent à la confirmation de l'ordonnance de première instance. Il précise qu'il n'aurait pas été chargé du suivi du chantier mais que sa mission se serait limitée à la confection des plans. En l'espèce, les plans ne seraient pas en discussion.

La société **SOC.2.)** conclut en ordre principal à la confirmation de l'ordonnance entreprise et demande en ordre subsidiaire, au cas où la Cour devait faire droit à la demande de **A.)** à voir charger l'expert de la mission de vérifier si le rehaussement des murs extérieurs et le dépassement de la corniche ne se trouvent pas dans une tolérance acceptable.

L'Administration communale de **LIEU.1.)** se rallie aux conclusions des autres parties intimées. Elle ajoute que si la Cour devait faire droit à la demande en institution d'une expertise, il y aurait lieu de confier la mission d'expertise à un collège d'experts, sinon à un expert en bâtiment.

Dans ses conclusions en réplique, **A.)** insiste pour dire que l'expert à nommer devrait notamment se prononcer sur la hauteur du mur de la façade latérale longeant sa propriété de même que sur la hauteur de la façade postérieure de la nouvelle construction, sur l'incidence du non-respect de la hauteur du faîtage et de la corniche sur l'ensoleillement de sa propriété ainsi que sur la conformité d'une fenêtre incorporée dans la construction litigieuse par rapport au règlement de la Commune de **LIEU.1.)**.

Appréciation de la Cour

Aux termes de l'article 350 du NCPC, « *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* ». Cet article, sur lequel **A.)** entend baser sa demande en ordre principal, est un texte autonome auquel les conditions habituelles

du référé ne sont pas applicables. Il n'est ainsi soumis ni à la condition d'urgence, ni à la condition d'absence de contestation sérieuse.

La finalité du référé probatoire est de permettre l'établissement de preuve en prévision d'un éventuel conflit pour en faciliter la résolution ultérieure.

Il est de principe qu'une mesure d'instruction ne peut être obtenue sur le fondement de l'article 350 du NCPC que lorsqu'aucune juridiction du fond n'est saisie, condition qui est donnée en l'espèce, ce que le juge de première instance a retenu à bon droit.

Le demandeur doit ensuite établir l'existence de son « intérêt probatoire » (Ord. 12 août 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, somm. p. 425 ; RTD civ. 1983, p. 785, obs. J. Normand). Il y a motif légitime au sens de la loi s'il n'est à priori pas exclu que des faits ou des éléments dont l'on veut établir ou conserver la preuve, puisse dépendre la solution d'un éventuel procès au fond entre parties, voire qu'ils soient susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige. Le motif n'est légitime que si les faits à établir ou à conserver sont eux-mêmes pertinents et utiles. A ces conditions s'ajoute celle de la pertinence de la mesure demandée. Cette mesure doit avoir pour but d'établir une preuve dont la production est susceptible d'influer sur la solution d'un litige futur, ce dont le juge des référés doit s'assurer. Le demandeur doit dès lors établir clairement l'existence d'un contentieux plausible, crédible, bien qu'éventuel et futur, dont le contenu et le fondement soient cernés, approximativement au moins, et sur lequel pourra influencer le résultat de la mesure à ordonner (X. Vuitton et J. Vuitton, Les référés, 3^{ème} édition, Lexisnexis, n°483 et suiv.).

Si la partie demanderesse dispose d'ores et déjà de moyens de preuves suffisants pour conserver ou établir la preuve des faits litigieux, la mesure d'instruction demandée est dépourvue de toute utilité et doit être rejetée (Cass. com., 18 févr. 1986 : Bull. civ. IV, n° 26 ; Gaz. Pal. 1986, 1, pan. jurispr. p. 109, note S. Guinchard et T. Moussa. – CA Orléans, 4 mars 1983 : D. 1983, p. 343, note Jeantin ; RTD civ. 1983, p. 785, obs. J. Normand).

A.) avait choisi en l'espèce de faire procéder à une expertise unilatérale en dehors de toute procédure au lieu d'opter pour un référé-expertise.

La Cour approuve le juge des référés de première instance d'avoir retenu qu'une expertise unilatérale constitue un élément de preuve au sens de l'article 64 du NCPC qui, lorsqu'elle est régulièrement communiquée et soumise à la libre discussion des parties, est à prendre en considération en tant qu'élément de preuve. Il a également retenu à bon droit qu'il appartient

aux seuls juges du fond de statuer sur le mérite de ce rapport et d'ordonner le cas échéant une nouvelle expertise ou un complément d'expertise.

L'argumentation de l'appelante consistant à dire que le rapport d'expertise Micheli du 14 mai 2019 serait incomplet et que les mesures prises par l'expert ne seraient qu'approximatives n'est pas convaincante. Force est de constater que le rapport comporte 14 pages en tout, que les constats de l'expert relatifs aux rehaussements des murs extérieurs sont corroborés par des documents photographiques relatant les vues sur la face principale et la face arrière et sur les façades latérales de la construction litigieuse. L'expert précise en outre dans ledit rapport avoir procédé à des mesurages de la corniche qu'il a comparés aux mesurages renseignés sur les plans. Les résultats obtenus ont été inscrits et illustrés par des esquisses dans le rapport d'expertise. L'Administration communale de **LIEU.1.)** s'est d'ailleurs référée, dans son courrier adressé le 20 mai 2019 au mandataire de **A.)**, au rapport d'expertise Micheli pour faire état de ce que la pente de la toiture et les hauteurs aux corniches ne correspondaient pas aux plans autorisés. L'expert Micheli a également mentionné dans son rapport l'existence d'une fenêtre dans la construction litigieuse donnant sur le jardin de **A.)** qui ne se retrouverait pas sur les plans de construction de la résidence de même que d'une gouttière qui empièterait de 19 cm sur le terrain de l'appelante.

L'affirmation de **A.)** que ledit rapport serait incomplet ne résulte dès lors ni du rapport même, ni d'un autre élément avancé par l'appelante.

Elle reste par conséquent en défaut d'établir l'utilité de la mesure sollicitée, de sorte que la Cour approuve le juge des référés d'avoir retenu que l'appelante n'a pas établi son intérêt à faire établir sur le fondement de l'article 350 du NCPC des faits pour lesquels elle s'est déjà constituée une preuve.

La demande de **A.)** basée sur l'article 350 du NCPC a dès lors été déclarée irrecevable, à juste titre.

La demande en institution d'une expertise pour autant qu'elle est basée sur les articles 932 alinéa 1^{er} et 933 du NCPC a également été déclarée irrecevable à bon droit par le juge des référés, motif pris que la condition d'urgence requise par ces articles n'est pas donnée en l'espèce. **A.)** ne conteste en effet pas que les travaux de construction de la résidence litigieuse sont achevés. Or, au vu de l'achèvement des travaux et de l'existence d'un rapport d'expertise unilatéral, tout risque de dépérissement des preuves est exclu.

Finalement, c'est encore à raison que le magistrat de première instance a déclaré sans objet la demande en intervention dirigée contre **B.)** et la société **SOC.2.)**.

Au regard des considérations qui précèdent, l'appel de **A.)** n'est pas fondé et l'ordonnance de première instance est à confirmer.

PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel recevable,

le dit non fondé,

confirme l'ordonnance entreprise,

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance.