

Texte pseudonymisé

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 98/21 – VII

**Audience publique du trente juin deux mille vingt-et-un**

Numéro CAL-2021-00201 du rôle.

Composition:

Elisabeth WEYRICH, premier conseiller, président,  
Yola SCHMIT, conseiller;  
Nadine WALCH, conseiller;  
André WEBER, greffier.

E n t r e :

**la société SOCIETE1.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son gérant,

appelante aux fins d'un exploit de l'huissier de justice Michèle WANTZ de Luxembourg du 8 février 2021,

comparant par Maître Georges WIRTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**Maître Stéphanie STAROWICZ, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2340 Luxembourg, 34B, rue Philippe II, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société SOCIETE2.) S.A.**, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 6 janvier 2021, ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.),

intimée aux fins du susdit exploit WANTZ du 8 février 2021,  
comparant par elle-même,

---

### **LA COUR D'APPEL :**

Par acte d'huissier de justice du 1<sup>er</sup> octobre 2020, la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) a assigné la société anonyme SOCIETE2.) devant le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière des référés, pour voir ordonner une expertise, principalement sur base de l'article 350, subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> et plus subsidiairement encore sur base de l'article 933 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC.

A l'appui de sa demande, la société SOCIETE1.) a exposé qu'elle aurait conclu le 21 mars 2019, des contrats de commande et de sous-traitance avec la société SOCIETE2.) ayant pour objet la réalisation de travaux de serrurerie et de garde-corps pour la résidence RESIDENCE1.) à construire à ADRESSE3.). Se prévalant de l'apparition en septembre 2019 d'infiltrations d'eau au niveau de la façade avant et arrière de l'immeuble suite aux interventions de la société SOCIETE2.) et soutenant avoir constaté au mois de février 2020 des infiltrations d'eau provenant des couvertines des garde-corps non étanches au niveau des premier, troisième et cinquième étage à l'avant de la résidence ainsi que des bulles à la façade isolante à l'arrière du bâtiment et qu'il se serait avéré que ces infiltrations d'eau provenaient de l'eau résiduelle des pinces à verre non traitées qui avaient été mises en place par la société SOCIETE2.), la société SOCIETE1.) a estimé que l'institution d'une expertise judiciaire serait légitime et urgente afin de voir déterminer les causes et origines des vices et malfaçons des travaux de fourniture et de pose des éléments de serrurerie et de garde-corps extérieurs effectués par la société SOCIETE2.), les moyens pour y remédier ainsi que de voir chiffrer le coût des travaux de remise en état, afin de lui permettre par la suite d'agir au fond.

La société SOCIETE2.) a réfuté toute responsabilité dans l'apparition des désordres et a contesté la recevabilité de la demande sur les trois bases légales invoquées, précisant que la partie demanderesse disposerait d'un rapport de l'expert Frank Erpelding du 29 juin 2020, du rapport complémentaire de ce dernier du 29 juillet 2020 ainsi que du rapport d'expertise unilatérale de l'expert Christophe Pezzi du 13 juillet 2020 constatant les vices et désordres et préconisant les mesures tendant à y remédier.

Par ordonnance du 11 décembre 2020, le juge des référés a déclaré la demande irrecevable sur toutes les bases invoquées, et a condamné la société SOCIETE1.) à supporter les frais et dépens de l'instance.

La société SOCIETE2.) a été déclarée en état de faillite par jugement du 6 janvier 2020 et Maître Stéphanie Starowicz a été nommée curateur de cette faillite.

Par acte d'appel du 8 février 2020, la société SOCIETE1.) a régulièrement relevé appel de cette ordonnance qui ne lui a pas été signifiée.

Elle fait grief au magistrat de première instance d'avoir considéré que l'objectif de sa demande en institution d'une expertise serait d'infirmes les conclusions de l'expert Erpelding. Elle soutient que les travaux de garde-corps confiés à la société SOCIETE2.) n'auraient pas été réalisés conformément aux règles de l'art. La société SOCIETE2.) serait intervenue sur le chantier en septembre 2019 pour livrer les vitrages et au courant des mois d'octobre et novembre 2019 pour installer les garde-corps en verre et les profilés d'habillage faits en atelier sur les pinces « MARQUE1.) ». Entre février et mars 2020, il se serait avéré, lors de visites du chantier, en présence de représentants des deux sociétés, que les infiltrations d'eau auraient trouvé leur cause dans les couvertines des garde-corps non étanches au niveau des premier, troisième et cinquième étage à l'arrière de la résidence, et celles au niveau du cinquième étage à l'avant de la résidence.

Pour justifier le recours au référé-préventif, l'appelante argumente qu'elle ne disposerait pas des éléments de preuve suffisants pour lui permettre d'entamer une action en responsabilité contre l'intimée, étant donné que l'intégralité de son préjudice n'aurait ni été établie, ni été chiffrée. En effet, bien que l'expert Erpelding se soit en l'espèce prononcé sur les causes et origines des désordres affectant les garde-corps du cinquième étage de la résidence, il ne se serait pas prononcé sur les causes et origines des infiltrations d'eau affectant les garde-corps des premier et troisième étages tant à l'avant qu'à l'arrière de l'immeuble. Ces éléments seraient cependant indispensables afin de pouvoir agir au fond contre la société SOCIETE2.) et mettre le cas échéant en cause sa responsabilité. L'expertise unilatérale réalisée par l'expert Pezzi serait subjective et partielle, étant donné qu'elle aurait été réalisée à la demande de l'assureur de la société intimée. En outre, les deux experts se contrediraient sur la question de la cause des désordres et les trois rapports d'expertise seraient en tout état de cause incomplets. Au regard de ces éléments, l'appelante estime avoir établi son motif légitime à voir instituer une expertise afin qu'un expert impartial se prononce sur les causes et origines de tous les désordres affectant l'immeuble qui seraient en train de s'aggraver. A admettre que la Cour ne fasse pas droit à sa demande pour autant qu'elle est basée, principalement, sur l'article 350 du NCPC, l'appelante insiste sur l'urgence à voir instituer une expertise, étant donné

que les façades de la résidence seraient en train de se dégrader en raison des infiltrations d'eau dues à une mauvaise exécution des travaux par la société SOCIETE2.). Sa demande serait partant, subsidiairement, par réformation, à déclarer recevable pour autant qu'elle est basée sur les article 932 alinéa 1<sup>er</sup>, sinon 933 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC.

L'appelante conclut par conséquent par réformation à voir nommer un expert, avec la mission de concilier les parties, si faire de se peut, sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé de:

1. *dresser l'inventaire des documents contractuels entre parties en relation avec les désordres en cause,*
2. *dresser l'inventaire des travaux de fourniture et de pose des éléments de serrurerie et de garde-corps extérieurs au niveau des étages 1, 3 et 5 à l'arrière de la résidence « RESIDENCE1.) » sise à L-ADRESSE3.) et ceux de l'étage 5 à l'avant de la résidence,*
3. *dresser clairement la mission de SOCIETE2.) en relation avec la pose des garde-corps,*
4. *décrire les travaux exécutés par SOCIETE2.),*
5. *fournir toutes les indications techniques et de fait devant permettre d'évaluer la conformité et l'exécution suivant les règles de l'art des travaux de fourniture et de pose des éléments de serrurerie et de garde-corps extérieurs de SOCIETE2.),*
6. *constater la non-conformité des travaux des travaux de fourniture et de pose des éléments de serrurerie et de garde-corps extérieurs de SOCIETE2.), voire les vices et malfaçons affectant lesdits travaux,*
7. *déterminer les causes et origines des vices et malfaçons des travaux de fourniture et de pose des éléments de serrurerie et de garde-corps extérieurs effectués par SOCIETE2.),*
8. *constater et dresser l'état des désordres sur la résidence « RESIDENCE1.) suite aux prestations défectueuses,*
9. *évaluer les coûts à prévoir pour les travaux de remise en état, respectivement de redressement des vices et malfaçons affectant la serrureie, les garde-corps extérieurs, les façades isolantes et les façades revêues de pierres naturelles de la réidence « RESIDENCE1.) ».*
10. *établir les décomptes entre parties .*

Elle réclame, par réformation, une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et de 1.000 € pour l'instance d'appel.

Le curateur de la faillite de la société SOCIETE2.) sollicite la confirmation de l'ordonnance entreprise par adoption de la motivation du magistrat de première instance.

## Appréciation de la Cour

La Cour tient tout d'abord à préciser que le principe d'ordre public de la suspension des poursuites individuelles après le prononcé de la faillite inscrit à l'article 452 du Code de commerce ne concerne pas une action en désignation d'une expertise, étant qu'une telle action ne tend pas à la condamnation de la société en faillite au paiement d'une somme d'argent et ne contrevient partant pas au principe de l'arrêt des poursuites individuelles ( voir en ce sens Cass.com., 2 décembre 2014, n°13-24.405 ; RTD.com 2015, p.151).

Aux termes de l'article 350 du NCPC, sur lequel l'action de la société SOCIETE1.) est basée en ordre principal, « *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* ». L'article 350 du NCPC 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.

Il est d'abord 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.

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 juge est souverain pour apprécier le motif légitime qui constitue la seule condition positive du recours à une mesure d'instruction in futurum.

A la nécessité du motif légitime s'ajoute celle du caractère opérant, de la pertinence de la mesure sollicitée (Jacques et Xavier Vuitton, Les référés, 3<sup>ème</sup> édition, Lexisnexis, n° 496 et suiv).

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.

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). En

d'autres termes, le demandeur doit 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).

Force est de constater qu'en l'espèce, l'appelante dispose d'ores et déjà de trois rapports d'expertise des 29 juin, 13 et 29 juillet 2020. Les opérations d'expertise réalisées par l'expert Erpelding ont été effectuées en présence des parties litigantes et de l'assureur de la société SOCIETE2.). Il résulte des rapports d'expertise contradictoire Erpelding des 29 juin et 29 juillet 2020 que les désordres affectant le complexe pour les garde-corps de la résidence résident dans ce que de « *l'eau de pluie pénètre dans le profilé « MARQUE1.) et sort aux endroits des trous de drainage et aux jonctions entre profilés, pour se déverser dans le complexe de la façade isolante* ». L'expert a relevé des dommages au niveau de la façade et chiffré les coûts des travaux de remise en état à 60.023 euros HTVA. Le fait que l'expert Erpelding n'ait, le cas échéant pas inspecté les garde-corps des premier et troisième étages de l'immeuble n'est pas pertinent, étant donné qu'il résulte à suffisance des rapports d'expertise versés que les désordres relevés par l'expert concernent l'ensemble des garde-corps en verre sur tous les balcons et terrasses de l'immeuble ajustés moyennant des profilés de support type « MARQUE1.) 2.0 ».

Le rapport de l'expert Christophe Pezzi du 13 juillet 2020 confirme les constatations faites par l'expert Erpelding en ce qui concerne les infiltrations d'eau dans la façade isolante, en précisant cependant que ces infiltrations « *ont pu se produire avant même que la société SOCIETE2.) réintervienne sur le chantier en octobre et novembre 2020* ».

La Cour approuve le juge des référés de première instance d'avoir retenu que tant les rapports d'expertise Erpelding que le rapport d'expertise unilatérale de l'expert Pezzi constituent des éléments de preuve pour pouvoir introduire une action au fond et servir de base à une expertise à ordonner le cas échéant par une juridiction du fond.

Il s'ajoute, tel que relevé à bon droit par le magistrat de première instance, que le véritable but poursuivi par la société SOCIETE1.) n'est pas d'établir une preuve dont la production est susceptible d'influer sur la solution d'un litige futur, mais de voir, par l'institution d'une nouvelle expertise, réfuter notamment les conclusions de l'expert Pezzi et confirmer et compléter l'expertise réalisée par l'expert Erpelding.

Or tel n'est pas la finalité d'un référé-préventif. Il appartient en effet au seul juge du fond de se prononcer sur les critiques émises par l'appelante à l'égard des conclusions de l'expertise et d'apprécier s'il y a éventuellement lieu de désigner un nouvel expert ou de compléter les rapports existants.

A défaut d'avoir justifié d'un motif légitime, c'est partant à juste titre que le juge de première instance a dit irrecevable la demande de l'appelante tendant à voir désigner un nouvel expert sur base de l'article 350 du NCPC.

Concernant les deux autres bases légales, le juge des référés a relevé à raison que l'institution d'une expertise est toujours soumise à la condition de l'urgence, que la demande soit basée sur l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> ou 933 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC. La matière de l'expertise sollicitée en référé sur le fondement de l'urgence se confond avec le caractère imminent de la disparition des traces matérielles qu'il s'agit de constater, le caractère proche de l'évanouissement d'un état de fait dont il y a lieu de conserver ou d'établir la preuve, l'imminence de la perte d'une preuve tangible résultant de la nature intrinsèque de la chose ou du fait à prouver.

Le juge des référés doit s'assurer de l'existence d'un cas d'urgence au moment où il statue et non pas au moment de sa saisine par le demandeur, tant en première instance qu'en appel ([Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 oct. 1999, n° 97-13.975 : JurisData n° 1999-003775](#)).

L'urgence consiste dans « la nécessité qui ne souffre aucun retard » (E. Garsonnet et C. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. 8, n° 186).

Le fait que l'état de chose allégué existe depuis plusieurs mois n'est pas exclusif de l'urgence dès lors qu'il résulte des circonstances qu'elle ne fait que s'accroître avec le temps (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 oct. 1964 : Bull. civ. II, n° 659).

Dès lors, cependant, qu'en l'espèce, l'appelante dispose d'ores et déjà de trois rapports d'expertise et qu'elle reste en défaut de justifier en quoi les désordres tels que relevés par les experts Erpelding et Pezzi se seraient aggravés de manière à établir l'urgence à voir instituer une quatrième expertise, c'est encore à juste titre que le juge de première instance a déclaré irrecevable la demande de l'appelante pour autant qu'elle a été basée sur les articles 932 alinéa 1<sup>er</sup> et 933 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC.

Le juge de première instance a omis de se prononcer sur la demande en obtention d'une indemnité de procédure, de sorte qu'il revient à la Cour de réparer cette omission.

Cette demande est à rejeter au vu de l'issue du litige. Au vu du sort réservé à son appel, l'appelante ne peut se voir accorder une indemnité de procédure pour cette instance.

L'appel de la société SOCIETE1.) est dès lors à rejeter et l'ordonnance entreprise est à confirmer.

**PAR CES MOTIFS :**

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

**confirme** l'ordonnance entreprise, sauf à préciser que la demande de la société SOCIETE1.) s.à r.l. en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée,

dit non fondée la demande de la société SOCIETE1.) s.à r.l. en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société SOCIETE1.) s.à r.l. aux frais et dépens de l'instance d'appel.