Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 059/25 – VII – CIV

Audience publique du trente avril deux mille vingt-cinq

Numéro CAL-2022-00762 du rôle.

Composition:

Michèle RAUS, président de chambre;
Nadine WALCH, premier conseiller;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme SOCIETE1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie appelante

- aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de Diekirch du 15 juillet 2022,
- aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Kelly FERREIRA SIMOES, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, du 20 juillet 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée F&F Legal S.à r.l., inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1720 Luxembourg, 6, rue Heine, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 230842, représentée par son gérant actuellement en fonctions, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

partie intimée aux fins desdits exploits MULLER du 15 juillet 2022 et FERREIRA SIMOES du 20 juillet 2022 ,

comparant par Maître Alain BINGEN, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

2) la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

partie intimée aux fins du prédit exploit MULLER du 15 juillet 2022,

comparant par Maître Gilbert REUTER, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 30 juin 2014, la société SOCIETE2.) S.à r.l. a fait assigner la société SOCIETE1.) S.A. à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière commerciale, pour voir recevoir la demande en la forme, s'entendre condamner à lui payer le montant de 30.396,67 €, à majorer des intérêts légaux à partir du jour de l'échéance respective des factures, 30 jours après leur établissement, sinon à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde et s'entendre condamner au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500,- € ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

Le juge des référés près le même tribunal a instauré, suivant ordonnance du 25 novembre 2014, une expertise et a commis pour y procéder Alain MARCHIONI avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit de constater les vices et malfaçons affectant le système de chauffage et de l'installation sanitaire de la société SOCIETE1.) S.A., d'en déterminer les causes et origines, de proposer les mesures propres à y remédier en précisant les travaux à faire ainsi que leur durée prévisible, d'en évaluer le coût de la remise en état, de calculer les moins-values le cas échéant et de dresser le décompte entre parties.

Le rapport d'expertise a été déposé en date du 17 juin 2016.

Suivant exploit d'huissier de justice du 13 juillet 2017 et après renvoi des demandes par jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 4 avril 2017, la société SOCIETE1.) S.A. a fait donner assignation à la société SOCIETE2.) S.à r.l. à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner au paiement de la somme de 1.787.693,63 €, augmentée des intérêts de retard conformément à la loi du 18 avril 2004, à partir du dépôt de la requête en autorisation de saisie-arrêt en date du 19 juillet 2016, sinon à partir de l'assignation du 13 juillet 2017, jusqu'à solde, pour voir déclarer bonne et valable la saisie-arrêt formée entre les mains des 9 établissements publics, sociétés et administration communale plus amplement spécifiés au dispositif de l'exploit et pour s'entendre condamner au paiement d'une indemnité de procédure de 20.000,- €, des frais engendrés par les honoraires d'avocat, s'élevant à 20.000,- €, augmentés de la TVA et des frais et dépens de l'instance.

Par voie de conclusions, la société SOCIETE1.) S.A. a augmenté sa demande en condamnation à la somme de 2.375.730,52 €, ce montant se composant des travaux de réfection à hauteur de 1.287.081,29 € et des pertes d'exploitation réelles de 1.088.649,23 € ainsi que de la somme de 28.774,57 € concernant le remboursement des honoraires d'avocat. Elle a, par ailleurs, sollicité la condamnation de la société SOCIETE2.) S.à r.l. au paiement du montant de 48.809,90 € à titre de factures venant s'ajouter aux frais de remise en état du rapport rendu par l'expert.

La société SOCIETE2.) S.à r.l. a demandé reconventionnellement la condamnation de la société SOCIETE1.) S.A. à lui payer à titre de dommages-intérêts pour saisie-arrêt temporaire abusive et vexatoire le montant de 15.000,- €, à majorer des intérêts légaux du jour de la demande en justice jusqu'à solde, de voir ordonner la mainlevée de la saisie-arrêt, et de la voir condamner à tous les frais et dépens de l'instance, y compris les frais d'expertise ainsi qu'à une indemnité de procédure de 7.500,- €.

Suivant exploit d'huissier de justice du 18 juin 2018, la société SOCIETE2.) S.à r.l. a fait assigner la société SOCIETE3.) S.à r.l. (ci-après la société SOCIETE3.)) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière civile, pour voir recevoir la demande en la forme, voir joindre cette instance aux instances décrites ci-avant, s'entendre condamner à la tenir quitte et indemne de toutes condamnations en principal, intérêts et frais pouvant intervenir à son égard dans le cadre de la demande principale initiée par la société SOCIETE1.) S.A. et s'entendre condamner au paiement d'une indemnité de procédure de 3.500,- € ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

La société SOCIETE3.) a sollicité la condamnation de la société SOCIETE2.) S.à r.l. à une indemnité de procédure de 3.500,- € ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Gilbert REUTER, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance. Elle sollicite encore l'exécution provisoire du jugement à intervenir sans caution et avant l'enregistrement.

Les rôles ont été joints suivant ordonnances des 14 mars et 4 juillet 2018.

Par jugement du 7 juin 2022, le Tribunal de Diekirch, siégeant en matière civile, a

- reçu les assignations en la pure forme ;

- annulé le rapport d'expertise du 17 juin 2016 établi par Alain MARCHIONI ;

- débouté la société SOCIETE1.) S.A. de sa demande en condamnation aux montants de 2.375.730,52 €, de 48.809,90 € et de 28.774,57 € ;

- condamné la société SOCIETE1.) S.A. à payer à la société SOCIETE2.) S.à r.l. la somme de 30.396,67 €, avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, soit le 30 juin 2014, jusqu'à solde ;

- dit sans objet la demande de la société SOCIETE2.) S.à r.l. dirigée contre la société SOCIETE3.) et tendant à la tenir quitte et indemne de toutes condamnations en principal, intérêts et frais pouvant intervenir à son égard dans le cadre de la demande principale initiée par la société SOCIETE1.) S.A. ;

- débouté les parties de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure ;

- mis les frais et dépens de l'instance en relation avec l'assignation du 18 juin 2018 à charge de la société SOCIETE2.) S.à r.l., avec distraction au profit de Maître Gilbert REUTER ;

- dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du jugement ;

- ordonné la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction aux fins de permettre à la société SOCIETE1.) S.A. et à la société SOCIETE2.) S.à r.l. de prendre position par rapport au constat que le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg est toujours saisi de la demande en validation de la saisie-arrêt et aux conséquences qui en découlent concernant les demandes en mainlevée de la saisie et en allocation de dommages et intérêts en relation avec la saisie-arrêt pratiquée formulées par la société SOCIETE2.) S.à r.l. ;

- réservé les demandes en mainlevée de la saisie et en allocation de dommages et intérêts en relation avec la saisie-arrêt pratiquée formulées par la société SOCIETE2.) S.à r.l. ;

- réservé les frais et dépens de l'instance en relation avec les assignations des 30 juin 2014 et 13 juillet 2017, ainsi que les demandes réciproques en allocation d'une indemnité de procédure des sociétés SOCIETE2.) S.à r.l. et SOCIETE1.) S.A. ;

- refixé l'affaire à la conférence de mise en état du mardi, 12 juillet 2022 à 9h00, salle d'audience n° I.

Pour statuer dans ce sens, les juges de première instance ont retenu que le fait de ne pas avoir été convoqué à assister à différentes descentes sur les lieux et de ne pas avoir pu réagir aux constatations/interrogations et résultats de l'expert avant que celui-ci ne dépose son rapport définitif et de devoir répondre postérieurement au dépôt dudit rapport, a mis la société SOCIETE2.) S.à r.l. dans une position dans laquelle elle n'a pas pu faire valoir sa défense en temps utile et ils ont annulé le rapport MARCHIONI pour violation du principe du contradictoire.

A défaut par la société SOCIETE1.) S.A. de rapporter la preuve de fautes dans le chef de la société SOCIETE2.) S.à r.l. dans l'exécution du contrat d'entreprise, elle a été déboutée de sa demande en indemnisation pour travaux de réfection, pertes d'exploitation et frais de remise en état ainsi que de sa demande en remboursement des honoraires d'avocat.

Le Tribunal ne disposant pas d'éléments permettant de remettre en cause la réalité des prestations reprises aux factures dont la société SOCIETE2.) S.à r.l. demande le paiement, il a condamné la société SOCIETE1.) S.A. au paiement de la somme de 30.396,67 €, avec les intérêts tels que spécifiés ci-avant.

Compte tenu de l'issue de la demande en indemnisation de la société SOCIETE1.) S.A., l'assignation en intervention de la société SOCIETE2.) S.à r.l. dirigée contre la société SOCIETE3.) pour être tenue quitte et indemne a été déclarée sans objet.

L'affaire a été renvoyée aux parties pour prendre position quant à la demande en mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée par la société SOCIETE1.) S.A..

Par exploits d'huissier des 15 et 20 juillet 2022, la société SOCIETE1.) S.A. a interjeté appel contre cette décision, qui n'a pas été signifiée aux parties, pour

- réformer le jugement de première instance en ce qu'il a annulé le rapport d'expertise de l'expert MARCHIONI du 17 juin 2016 et débouté la société SOCIETE1.) S.A. de sa demande en condamnation de la société SOCIETE2.) SARL aux montants de 2.375.730,52 €, de 48.809,90 € et de 28.774,57 €,

- réformer le jugement en première instance en ce qu'il a condamné la société SOCIETE1.) S.A. à payer à la société SOCIETE2.) S.à r.l. la somme de 30.396,67 €, avec les intérêts légaux sur la prédite somme à partir du 30 juin 2014 jusqu'à solde,

- subsidiairement et en cas de doute concernant le caractère contradictoire du rapport MARCHIONI, convoquer l'expert en audience afin qu'il confirme que « *les parties ont été invitées à toutes les visites effectuées et que j'étais en contact constant avec les parties durant mes travaux d'expertise* »,

- entériner le rapport de l'expert MARCHIONI du 17 juin 2016,

- condamner la société SOCIETE2.) S.à r.l. à payer à la société SOCIETE1.) S.A. la somme de 2.375.730,52 €, augmentée des intérêts de retard conformément à la loi du 18 avril 2004 à partir du dépôt de la requête en autorisation de saisie-arrêt en date du 19 juillet 2016, sinon à partir de la présente, jusqu'à solde,

- donner acte à la société SOCIETE1.) S.A. qu'elle augmente sa demande en paiement concernant les frais de réparation de 48.809,90.- € à la somme de 91.819,86.- €,

- condamner la société SOCIETE2.) S.à r.l. à payer à la société SOCIETE1.) S.A. la somme de 91.819,86 € augmentée des intérêts de retard conformément à la loi du 18 avril 2004 à partir de la demande reconventionnelle en première instance, sinon à partir de la présente jusqu'à solde,

- condamner la société SOCIETE2.) S.à r.l. à payer à la société SOCIETE1.) S.A. la somme de 28.774,57 €, avec les intérêts de retard conformément à la loi du 18 avril 2004 à partir des dates de paiement des honoraires d'avocat par la société SOCIETE1.) S.A., sinon à partir de l'appel jusqu'à solde,

- subsidiairement et en cas de confirmation de l'annulation du rapport de l'expert MARCHIONI du 17 juin 2016, ordonner une expertise judiciaire avec la nomination d'un expert judiciaire avec la mission telle que formulée dans le dispositif de l'acte d'appel.

- condamner la société SOCIETE2.) S.à r.l. au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000,- € pour l'instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

- dire non fondée la demande de la société SOCIETE2.) S.à r.l. en obtention d'une indemnité de procédure à hauteur de 5.000,- € pour l'instance d'appel,

- la société SOCIETE2.) S.à r.l. s'entendre condamner pour l'instance d'appel au paiement des honoraires d'avocats s'élevant à 20.000,- €, augmentés de la TVA,

- la société SOCIETE2.) S.à r.l. s'entendre condamner à tous les frais et dépens des deux instances, avec distraction à l'avocat appelant, affirmant en avoir fait l'avance.

A l'appui de son appel, la société SOCIETE1.) S.A. avance que l'expert aurait respecté le principe du contradictoire en ce qu'il aurait convoqué les parties pour toutes les visites des lieux qu'il aurait tenues. Si la société SOCIETE2.) S.à r.l. avait choisi de ne pas été présente, la faute lui en incombait.

Alain MARCHIONI aurait demandé le dossier technique aux parties et il aurait été en contact continu avec ces dernières en leur posant des questions, en sollicitant des

prises de position et en les informant de l'avancement des travaux d'expertise par un compte rendu intermédiaire. Plus de précisions n'auraient pas été demandées par la société SOCIETE2.) S.à r.l. au cours des opérations d'expertise.

Alain MARCHIONI aurait également les compétences techniques nécessaires en tant qu'expert assermenté en bâtiment pour être chargé de l'exécution de cette mesure d'instruction. La société SOCIETE2.) S.à r.l. n'aurait en tout état de cause pas formulé la moindre réserve quant à sa nomination ou interjeté appel contre l'ordonnance de référé du 25 novembre 2014.

Les juges de première instance ayant statué sur toutes les demandes formulées, les juges saisis de cette affaire en appel devraient faire de même et il n'y aurait pas lieu de la renvoyer en première instance.

Quant aux contestations soulevées par la société SOCIETE2.) S.à r.l. quant aux constatations et conclusions de l'expert, la société SOCIETE1.) S.A. les réfute par les moyens détaillés aux pages 7 à 12 de ses conclusions de synthèse du 21 novembre 2023.

La société SOCIETE2.) S.à r.l. conclut, principalement, à la confirmation du jugement entrepris par adoption des motifs, en ce que le rapport Alain MARCHIONI a été annulé pour violation du principe du contradictoire.

Elle s'oppose à une comparution personnelle de l'expert, sinon à une lecture dudit rapport, au motif que ces mesures ne permettraient pas de remédier aux omissions de l'expert constatées.

La partie intimée met en doute la qualification professionnelle de Alain MARCHIONI pour exécuter la mission lui confiée compte tenu de la nature des désordres allégués.

En cas de confirmation de l'annulation du rapport d'expertise, la société SOCIETE2.) S.à r.l. ne s'oppose pas à l'institution d'une nouvelle expertise avec la mission telle que spécifiée dans ses conclusions du 11 mars 2024.

En toutes hypothèses, la partie intimée demande le renvoi de l'affaire en prosécution de cause devant les juges de première instance, afin qu'il puisse être statué sur la demande en paiement des montants réclamés par la société SOCIETE1.) S.A., ainsi que sur la demande en intervention forcée dirigée contre la société SOCIETE3.).

Les sommes sollicitées par la société SOCIETE1.) S.A. en indemnisation sont contestées, tant en leur principe que quant à leur quantum, par la partie intimée.

En ordre subsidiaire et dans l'hypothèse où l'affaire ne serait pas renvoyée devant les magistrats de première instance, la société SOCIETE2.) S.à r.l. entend voir constater, compte tenu des moyens développés en première instance, que le rapport MARCHIONI renferme des déficiences, des défaillances, des erreurs et des fautes manifestes justifiant son annulation.

Sinon, la société SOCIETE2.) S.à r.l. conclut à ce qu'il n'y a pas lieu d'entériner ledit rapport et qu'il convient en conséquence de déclarer non fondée la demande en paiement de la société SOCIETE1.) S.A. aux montants de 2.375.730,52 €, 91.819,86 €, 28.774,57 € ainsi qu'à l'indemnité de procédure et au remboursement des frais d'avocat réclamés.

La société SOCIETE2.) S.à r.l. sollicite, par ailleurs, la confirmation du jugement entrepris, en ce que la société SOCIETE1.) S.A. a été condamnée à lui payer le solde des factures redues, à savoir la somme de 30.396,67 €, avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Elle demande par ailleurs, la condamnation de la société SOCIETE1.) S.A. au paiement de la somme de 15.000,- € à titre de dommages-intérêts pour saisie-arrêt téméraire, abusive et vexatoire, à majorer des intérêts légaux du jour de la demande en justice jusqu'à solde et de voir ordonner la mainlevée de la saisie pratiquée.

Pour l'instance d'appel, la société SOCIETE2.) S.à r.l. sollicite l'obtention d'une indemnité de procédure de 5.000,- € et la condamnation de la société SOCIETE1.) S.A. aux frais et dépens de l'instance, y compris les frais d'expertise.

Plus subsidiairement et au cas où il serait fait droit à la demande de la société SOCIETE1.) S.A., la société SOCIETE2.) S.à r.l. sollicite la condamnation de la société SOCIETE3.) de la tenir quitte et indemne de toute condamnation en principal, intérêts et frais pouvant intervenir à son égard.

Elle s'oppose à la mise hors cause de la société SOCIETE3.) et conteste la demande en obtention d'une indemnité de procédure de cette dernière.

La société SOCIETE3.) conclut à l'annulation de l'acte d'appel au motif qu'il aurait été interjeté contre un jugement inexistant du 25 juin 2021.

Elle sollicite sa mise hors cause de l'instance d'appel en ce qu'elle ne serait mentionnée nulle part dans l'acte d'appel et qu'aucune condamnation ne serait sollicitée à son égard.

Bien que la société SOCIETE2.) S.à r.l. ait fait mention d'une demande à se voir tenir quitte et indemne par la société SOCIETE3.), une telle demande ne pourrait être formulée par voie de conclusions, mais seulement par voie d'action, de sorte qu'elle devrait être déclarée irrecevable, sinon non fondée.

Sinon, la société SOCIETE3.) avance qu'elle n'aurait pas exécuté une mission de surveillance du chantier, mais seulement de coordination, de sorte qu'aucune responsabilité ne pourrait être retenue à son égard et le jugement serait à confirmer.

En ordre subsidiaire, la société SOCIETE2.) S.à r.l. n'aurait pas interjeté appel contre le jugement pour solliciter une réformation pour absence de décision des juges de première instance concernant la demande de la société SOCIETE2.) S.à r.l..

En ordre plus subsidiaire, la société SOCIETE3.) conteste la demande de la société SOCIETE2.) S.à r.l., tant en son principe, que quant à son quantum et elle se rapporte à prudence quant aux prétendues déficiences et défaillances du rapport MARCHIONI, ainsi que quant à la nécessité d'une contre-expertise ou nouvelle expertise.

A titre encore plus subsidiaire, elle sollicite l'audition de Ernest KOENER quant aux faits spécifiés dans les conclusions du 26 juin 2024, sinon elle demande la comparution des parties.

La société SOCIETE3.) demande l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir ainsi qu'une indemnité de procédure de 3.500,- € pour la première instance et de 5.000,- € pour l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

L'appel ayant été interjeté dans les délai et forme de la loi, est à déclarer recevable en la forme pour avoir été interjeté contre le jugement du Tribunal d'arrondissement de Diekirch du 7 juin 2022, daté erronément dans les exploits d'appel au 25 juin 2021.

S'agissant de la demande en annulation du rapport d'expertise, il convient de relever que le principe du contradictoire des opérations d'expertise est expressément consacré par le Nouveau Code de procédure civile et plus particulièrement par l'article 472 qui dispose que l'expert doit prendre en considération les observations et réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis, si les parties le demandent, et par l'article 366 du même code aux termes duquel lors de l'exécution d'une mesure d'instruction, les parties peuvent se faire assister par l'une des personnes habilitées par la loi.

Le principe du contradictoire suppose que le technicien commis dans le cadre d'une procédure judiciaire veille, tout comme le juge, à préserver le caractère contradictoire de ses opérations et à associer les parties aux différentes étapes de l'exécution de sa mission. Le technicien doit ainsi convoquer les parties aux opérations d'expertise, il doit leur communiquer les résultats des investigations techniques qu'il a réalisées hors leur présence, le cas échéant, et leur fournir l'ensemble de la documentation sur laquelle il se fonde pour forger son opinion. Il doit encore donner aux parties l'occasion de formuler des observations, explications ou réclamations avant le dépôt du rapport et y répondre dans le rapport.

Selon la jurisprudence européenne, comme les mesures d'instruction confiées à un technicien et, en particulier, l'expertise, sont de nature à influencer fortement la décision du juge, leur importance dans l'appréciation des faits par le juge justifie qu'elles soient soumises aux dispositions de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 18 mars 1997, n°21497/93, Mantovanelli c/ France : Rec. CEDH 1997, p. 424). S'appuyant sur le caractère déterminant de l'avis des experts sur la décision, la juridiction européenne sanctionne les procédures qui ne permettent pas aux parties d'en prendre connaissance et de le discuter. Cela ne signifie pas que l'expertise elle-même doive être contradictoirement élaborée, les exigences de l'article 6,

paragraphe 1, ne concernant au premier chef que les juges : en revanche, en cours de procédure, l'expertise doit être soumise à la discussion contradictoire (Jurisclasseur, procédure civile, mesures d'instruction, fasc. 700-80, no. 68) (Cour 18 avril 2018, n° 80/2018).

En l'espèce, il n'est pas contesté par les parties et il résulte du rapport MARCHIONI que les parties en cause ont été convoquées dans les formes à une réunion d'installation de l'expertise du 26 janvier 2015.

Il ne résulte pas des éléments fournis à la Cour, quelles constatations matérielles par rapport aux désordres allégués par la société SOCIETE1.) S.A. ont été relevées contradictoirement par l'expert et les parties.

Suivant les pièces versées, Alain MARCHIONI a procédé dans la suite à quatre visites des lieux en date des 29 avril, 8 mai, 19 mai et 17 juin 2015 pour faire des constatations d'ordre technique, comme dresser un état des lieux du système de chauffage et de l'installation sanitaire ou pour récupérer des enregistreurs de température, dont il a informé les parties à l'avance par lettres des 20 avril, 6 mai, 11 mai et 15 juin 2015.

Ces courriers ne sont pas à qualifier de convocations au sens strict du terme, mais de lettres par lesquelles l'expert renseigne les parties des démarches techniques qu'il entend entreprendre dans l'exécution de sa mission.

En effet, les parties ne sont pas convoquées à une heure précise, mais seulement une plage d'horaire est indiquée quand l'expert se rendra sur place. Il s'y ajoute que la nécessité de la présence de toutes les parties à ces visites des lieux n'est pas précisée et il est même indiqué dans la lettre du 6 mai 2015 que la présence des parties n'est pas requise.

Il ne résulte pas des pièces versées quelle partie, à part l'expert, a été présente lors de ces visites, de sorte qu'il y a lieu d'en déduire que les constatations de l'expert n'ont pas été faites contradictoirement.

S'il est de principe que l'expert n'est pas tenu de convoquer les parties pour procéder à des investigations de caractère purement matériel telles que des opérations de mesurage de bruit (Cass. fr. 2ème 13 janvier 2005, n° 04-12.623), c'est à condition d'informer les parties desdites investigations avant le dépôt de son rapport pour permettre d'en débattre contradictoirement (Jurisclasseur Expertise - Fasc. 10 : Expertise § 116).

Ainsi, il a été retenu « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'expert avait soumis aux parties, éventuellement dans son pré-rapport, les résultats des investigations techniques auxquelles il avait procédé, hors leur présence, ou les avait convoqués à une réunion, afin de leur permettre d'être éventuellement à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* (Cass. fr, 2ème 3 novembre 2005, n° 03-18.705).

Dans le même sens, il a été décidé que lorsque l'expert a exécuté certaines démarches en dehors de la présence d'une ou des parties, il doit rétablir par la suite le contradictoire en leur communiquant le résultat de ses démarches et en leur demandant leurs observations et explications et d'y répondre dans le rapport (Cour 12 juin 2003, n° 26 495, Cour 11 juin 2008, n° 31 847).

En l'espèce, il ne résulte pas des éléments de la cause que l'expert Alain MARCHIONI ait établi un relevé des constatations techniques faites lors des visites des lieux mentionnées et qu'il les ait soumises aux parties pour observation et prise de position ou que ces résultats aient été débattus contradictoirement avant le dépôt du rapport d'expertise.

Le fait que l'expert ait demandé des renseignements ponctuels à la société SOCIETE2.) S.à r.l., comme par sa lettre du 15 juin 2015, qu'il ait requis des pièces, ou qu'il ait émis un relevé des prestations déjà effectuées sans aucune précision quant aux résultats de ces investigations, ne suffit pas à remédier à cette omission, dès lors qu'il n'est pas établi à suffisance de droit que ces demandes ou ledit relevé aient porté sur toutes les constatations faites par l'expert en l'absence des parties.

Il s'ensuit que Alain MARCHIONI a failli à son obligation de respecter le principe du contradictoire.

Il ne saurait être remédié *ex post* à cette violation par l'audition de l'expert en présence des parties ou par la lecture du rapport, dès lors que le rapport a été établi sans les prises de position éventuelles des parties concernées qui auraient dû être considérées par l'expert dans ses conclusions.

C'est partant à bon droit, par adoption des motifs, que les juges de première instance ont annulé le rapport d'expertise pour violation du principe du contradictoire.

En instance d'appel, la société SOCIETE1.) S.A. conclut à l'institution d'une nouvelle mesure d'instruction.

Il est de principe que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation en ce qui concerne l'opportunité d'une mesure d'instruction (Civ. fr. 1re, 6 janv. 1998, cité supra, no 40. – Civ. fr. 2e, 26 juin 2008, no 07-13.875 , Bull. civ. II, no 156 ; D. 2008. AJ 1906 ; JCP 2008. Actu. 487, obs. Salati).

Il résulte des éléments de la cause que l'exécution des travaux par la société SOCIETE2.) S.à r.l. remonte à plus de dix ans et que la société SOCIETE1.) S.A. a entrepris entretemps des travaux de réfection, tel qu'il résulte de la demande de cette dernière en paiement de la somme de 48.809,90 €, sinon de 91.819,86 €, à titre de frais de la remise en état.

Eu égard à l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile et dans la mesure où les parties n'ont pas pris de conclusions quant à la pertinence, l'opportunité et la faisabilité matérielle de l'expertise, il y a lieu d'ordonner la réouverture des débats afin de leur en donner l'occasion.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

avant tout autre progrès en cause,

ordonne la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction et la réouverture des débats afin de permettre aux parties de prendre des conclusions quant à la pertinence, l'opportunité et la faisabilité matérielle d'une nouvelle expertise, notamment, mais pas exclusivement au regard du fait que les travaux exécutés par la société SOCIETE2.) S.à r.l. remontent à plus de dix ans et que la société SOCIETE1.) S.A. a entrepris entretemps des travaux de réfection, tel qu'il résulte de la demande de cette dernière en paiement de la somme de 48.809,90 € à titre de frais de la remise en état,

renvoie l'affaire devant le magistrat de la mise en état,

réserve le surplus et les frais.