

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les mesures d'instruction

Mougenot, Dominique

Published in:
Droit judiciaire tome 2

Publication date:
2015

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2015, Les mesures d'instruction. dans G de Leval (ed.), *Droit judiciaire tome 2: manuel de procédure civile*. Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier , Bruxelles, pp. 459-568.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE I

NOTIONS GÉNÉRALES

SECTION I

Notion de preuve – Finalité des règles de preuve – Lien avec le droit processuel

5.1 Définition de la preuve. Prouver, au sens courant du mot, c'est faire apparaître quelque chose comme vrai et certain. C'est établir la réalité d'un fait ou d'une assertion⁽¹⁹¹⁸⁾. Dans le domaine du droit, prouver, c'est établir le fondement d'une prétention⁽¹⁹¹⁹⁾, c'est faire la démonstration de ce sur quoi l'on se fonde pour faire valoir un droit⁽¹⁹²⁰⁾.

Cependant, le mot preuve a trois acceptions différentes dans le langage judiciaire⁽¹⁹²¹⁾.

- le fait de présenter au juge des éléments de conviction ; c'est ainsi que l'on parle de la « charge de la preuve » ;
- le procédé utilisé pour convaincre le juge de la vérité d'une allégation ; c'est en ce sens que l'on distingue la preuve littérale, la preuve testimoniale, la preuve par présomptions, etc. ;
- l'effet que l'emploi de ce procédé a eu sur le juge ; s'il est entièrement convaincu, on dira que « la preuve est faite » ; s'il l'est partiellement, on dira qu'elle est plus ou moins complète.

5.2 Finalité de la preuve – Recherche de la vérité. Quelle est la finalité des règles de preuve ? Spontanément, on tendrait à répondre : établir la vérité. Cela transparaît d'ailleurs des articles 941 et 947 du Code judiciaire,

(1918) H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, n° 705 ; J.-L. MOURALIS, *v° Preuve*, 2^e éd., *Rép. dr. civ. Dalloz*, 2002, n° 1 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, *op. cit.*, n° 1623 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 3.

(1919) H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, n° 705.

(1920) Autre excellente définition : « prouver, c'est établir une adéquation entre l'allégation du demandeur et la réalité qui s'est déroulée dans un passé plus ou moins lointain » (D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance – Contribution à l'étude de la preuve technologique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 500).

(1921) J.-L. MOURALIS, *v° Preuve*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 1 ; PLANIOL et RIPERT, t. VII, par GABOLDE, n° 1407 ; AUBRY et RAU, t. XII, par ESMEIN, § 749, p. 51.

qui autorisent le juge, en matière d'audition de témoins, à prendre des mesures « utiles à la manifestation de la vérité ». La fonction première de la preuve est donc de constituer un outil de manifestation de la vérité⁽¹⁹²²⁾. La vérité n'est pas seulement l'apanage du jugement, c'est aussi l'enjeu fondamental du procès⁽¹⁹²³⁾. Le juge se tourne d'instinct, dans un souci d'équité, vers ce qui lui paraît la vérité⁽¹⁹²⁴⁾.

Mais il ne s'agit pas d'une vérité scientifique, dont l'établissement suppose le temps de l'expérimentation, et qui est toujours provisoire, dans l'attente d'une nouvelle étude qui en démontrera l'inexactitude⁽¹⁹²⁵⁾. Le juge, qui dispose de peu de temps, doit souvent se satisfaire de probabilités. « À la rigueur, toute certitude morale n'est qu'une probabilité »⁽¹⁹²⁶⁾. En outre, la vérité judiciaire est une vérité obligatoire, du fait de la force obligatoire du jugement, et pérenne, du fait de l'autorité de chose jugée⁽¹⁹²⁷⁾. La vérité judiciaire est donc une vérité relative, empreinte de subjectivité, mais irréfutable dès lors qu'elle est coulée dans une décision de justice. « Dire la vérité, pour le juge, ce n'est pas énoncer une proposition vraie, c'est identifier, dans les thèses en présence, à l'issue d'un débat contradictoire, où tour à tour, chaque partie conteste la présentation des faits de l'autre, celle qui paraît la plus convaincante »⁽¹⁹²⁸⁾. Donc en définitive, la fonction ultime de la preuve, c'est de convaincre le juge. « Prouver, c'est faire approuver »⁽¹⁹²⁹⁾.

(1922) L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRAMI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 253, p. 842.

(1923) V. LASSERRE-KIESOW, « La vérité en droit civil », *Dall.*, 2010, p. 909.

(1924) R. SAVATIER, *La science et le droit de la preuve*, cité par F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2006, n° 562.

(1925) D. PESTRE, « Des preuves dans les pratiques scientifiques et dans les pratiques juridiques. Prologomènes à une conversation », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 33 et s. « Scientifiquement, on pense le vrai comme rectification historique d'une longue erreur » (G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, 1971, p. 177).

(1926) J.-D. BREDIN, « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, n° 23, 1996, p. 27. Voy. aussi A. UZELAC, « The need to provide reasons in court judgments : some developments in East and West », *Aurea praxis, aurea theoria*, Paris, LexisNexis, 2011, pp. 1556 : « In the continental law, there is largely a uniform and identical standard of proof for proving the merits of the case both in civil and criminal proceedings - the standard that is referred to as the standard of "certainty" or the "beyond reasonable doubt" standard (as opposed to the common law standard of "balance of probabilities"). Although there may be a consensus about the statement that this standard requires a "very high level of probability" for successful proving of contested facts, there is virtually no agreement about what this high level of probability means in objective, empirical terms. The very term "certainty", although apparently objective, ultimately relates to the individual perception of the acting judges, what is more accurately expressed in the term of "beyond reasonable doubt" because doubt is in any case a psychological category ».

(1927) J. MOURY, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, pp. 665 et s., n° 2.

(1928) L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRAMI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 843.

(1929) H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire - Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 2.

Pour certains cependant, la recherche de la vérité n'est qu'une vue idéale, un discours doctrinaire de l'institution judiciaire à la recherche d'une légitimité. Dans la mesure où le juge n'a pas le pouvoir d'imposer ses décisions par la force, il doit faire en sorte que celles-ci soient jugées acceptables, principalement par ceux que ces décisions désavantagent⁽¹⁹³⁰⁾. Ainsi, lorsque la vérité n'est plus un objectif à portée, les règles de la preuve interviennent pour imposer leur légitimité. Elles libèrent le juge de la prétention d'atteindre la vérité en même temps qu'elles lui donnent les moyens de neutraliser les contestations que sa décision pourrait engendrer⁽¹⁹³¹⁾. Dire que la recherche de la vérité n'est qu'un simulacre, une manière de rendre la décision judiciaire socialement acceptable est, pour le moins, une vision désenchantée du travail du juge. « Même si la thèse révèle une vision très pessimiste du droit, elle a l'immense mérite de démystifier, de faire tomber le tabou de la recherche de la vérité, quête d'un Graal absolu, qui inspirerait nos autorités judiciaires, alors que la réalité est plus décevante, voire sordide : faire accepter une décision, un arbitraire, en l'habillant d'une technique utilisée pour favoriser la légitimité des décisions de justice »⁽¹⁹³²⁾.

Cependant, affirmer que les juges ne recherchent pas la vérité serait cynique et, en outre, généralement inexact. La recherche de la sécurité et de l'efficacité du droit dans le procès civil ne se fait pas au détriment de la vérité⁽¹⁹³³⁾. « Il serait téméraire de nier toute corrélation entre la chose jugée et la vérité ; et plus inexact encore d'en déduire que le juge peut délibérément tourner le dos à une recherche obstinée et persévérante de ce qu'il estime être le vrai. Le juge, il faut le dire clairement, ne peut pas rendre un jugement qu'il saurait être contraire à la vérité. Ce qu'il faut dénoncer, ce n'est pas cette aspiration à la vérité qui est dans la nature même des fonctions judiciaires : c'est l'hypertrophie du langage qui, en matière judiciaire, consiste à présenter la vérité comme un absolu »⁽¹⁹³⁴⁾. En revanche, il est correct de dire que la vérité reste inatteignable dans beaucoup de cas. Cela résulte, d'une part, des limites imposées par le système de preuve légale mis en place par le droit civil et, d'autre part, du fait que le système judiciaire civil issu de l'organisation napoléonienne n'est pas prêt à s'investir de manière massive dans la recherche des

(1930) X. LAGARDE, « Vérité et légitimité », *Droits*, n° 23, 1996, p. 34.

(1931) *Ibid.*, p. 36. Voy. aussi X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994, nos 6 et s.

(1932) S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*, 28^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2006, n° 1158.

(1933) E. TRUILHÉ-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 19.

(1934) R. PERROT, « La vérité judiciaire en matière civile », in *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1013 et s., n° 3. Voy. aussi B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2013, nos 55 et s.

preuves, comme le fait le système judiciaire américain ⁽¹⁹³⁵⁾. Dans ce contexte, les règles de la preuve permettent au juge civil, à défaut de pouvoir offrir la vérité aux parties, de les renvoyer à leur propre responsabilité. Comment les parties pourront-elles contester la décision lorsque celle-ci se fonde sur ce qu'elles ont implicitement admis (les faits non contestés), ce qu'elles ont expressément accepté (l'aveu ou les preuves écrites préconstituées) ou délibérément négligé (les règles de la charge de la preuve sanctionnent les lacunes des parties sur le plan de l'administration de la preuve – voy. *infra*, chap. 2) ⁽¹⁹³⁶⁾ ? Et dans ce contexte, « si la chose jugée ne doit pas être prise pour “la vérité”, ce n'est pas pour inaugurer quelque cynisme blasé, c'est qu'elle a bien mieux à faire que de mimer ou d'approximer le vrai : elle doit produire le juste, dire le droit, dans l'état actuel des choses » ⁽¹⁹³⁷⁾.

5.3 Nature civile et procédurale des règles de preuve. Les règles relatives à la preuve en droit privé se trouvent, pour l'essentiel dans le Code civil. On peut y ajouter des règles propres à certaines branches du droit qui sont éparpillées dans d'autres législations : droit commercial, droit social, droit des assurances...

La personne qu'il convient de convaincre, en définitive, c'est le juge ⁽¹⁹³⁸⁾. Et même si aucune procédure n'a été introduite, la preuve sera toujours appréciée en fonction de l'effet qu'elle pourrait faire sur le tribunal en cas de procès. La preuve présente donc aussi un aspect procédural. C'est la raison pour laquelle les règles régissant la manière dont les preuves peuvent être produites en justice figurent dans le Code judiciaire. On parle à cet égard de règles de réception des preuves ou d'administration de la preuve.

Mais le Code judiciaire n'est pas qu'un catalogue de procédures de réception des preuves. Ainsi, la règle générale relative à la charge de la preuve figurant à l'article 1315 du Code civil est reprise, en des termes différents, à l'article 870 du Code judiciaire. Par ailleurs, le Code judi-

(1935) C'est particulièrement flagrant en ce qui concerne les preuves orales. Il est peu vraisemblable qu'un juge civil accepte de consacrer plusieurs semaines à des auditions des parties et des témoins, même dans une affaire importante. Mais c'est également vrai en ce qui concerne la preuve documentaire, quand on compare nos procédures de production de documents avec la « discovery » du droit de la *common law*. Voy. J.A. JOLOWICZ, « Discovery of documents in the common law and the forced production of documents in civil law systems », in *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 535 et s., spec. pp. 538 et 547. Toutefois, ces mécanismes apparaissent dans notre droit par le biais de l'arbitrage. Voy. P. HOLLANDER, « L'importance des preuves orales dans la procédure arbitrale », *J.T.*, 2011, p. 41.

(1936) X. LAGARDE, « D'une vérité à l'autre – Brèves réflexions sur les différences de culture de la preuve », *Gaz. Pal.*, 2010, Doctr., 12.130, p. 2023.

(1937) B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La découverte, 2002, p. 257.

(1938) B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, op. cit., n^{os} 8 et s.

ciaire établit également des principes en cette matière, en institutionnalisant la collaboration des parties ou en édictant le pouvoir pour le juge d'ordonner d'office des procédures de réception des preuves.

Cette distinction entre droit substantiel et droit procédural de la preuve n'est pas purement académique. Elle emporte des conséquences importantes en droit international privé. Les questions de fond relèvent de la loi applicable au fond du litige, alors que les questions d'administration de la preuve relèvent de la *lex fori* ⁽¹⁹³⁹⁾. En droit transitoire, les questions de fond du droit de la preuve relèvent de la loi en vigueur au moment de la création de la situation litigieuse, tandis que les questions d'administration de la preuve constituent des lois de procédure, qui relèvent de la loi nouvelle, immédiatement applicable à l'instance ⁽¹⁹⁴⁰⁾.

SECTION 2

Le droit à la preuve

5.4 Définition et fondement du droit à la preuve. Le droit à la preuve est le droit de pouvoir rapporter la preuve des faits ou des actes qui sous-tendent le droit invoqué. Reconnaître un droit d'agir en justice à un justiciable puis l'empêcher de rapporter la preuve des éléments constitutifs de ce droit revient à priver cette personne de la possibilité de l'exercer. Le droit à la preuve est reconnu, de manière un peu évasive, par la doctrine classique ⁽¹⁹⁴¹⁾. Mais il revient à G. Goubeaux d'en avoir tracé les contours avec précision ⁽¹⁹⁴²⁾.

Le droit à la preuve peut être défini comme le droit de toute partie au procès de, d'une part, produire les preuves dont elle dispose et, d'autre part, solliciter que les preuves dont elle ne dispose pas soient rassemblées,

(1939) Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 11.15 ; A. HUET, *Les conflits de loi en matière de preuve*, Paris, Dalloz, 1965.

(1940) G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 115 et s. ; P. VANLERSBERGHE, « Art. 3 Ger. W. », in *Gerechtigd recht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f. mob., 1993, n° 26.

(1941) PLANIOL et RIPERT, t. VII, n°s 1411 et s. ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. IX, vol. 2, n°s 1167 et s. ; MARTY et RAYNAUD, n°s 217 et s.

(1942) G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit* (études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS), Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277 et s. L'existence d'un droit à la preuve est critiquée par Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, n° 23, 1996, p. 49, qui se fonde sur les pouvoirs discrétionnaires du juge d'ordonner des mesures d'instruction pour rejeter l'idée d'un droit subjectif à la preuve dans le chef des parties. Ce pouvoir discrétionnaire connaît cependant des limites, en ce sens que le juge ne peut, sans motif légitime, rejeter l'offre de preuve d'une partie.

par l'exécution des mesures d'instruction adéquates⁽¹⁹⁴³⁾. Comme le droit d'agir en justice, le droit à la preuve s'exerce contre le juge : c'est lui qui est tenu d'y répondre⁽¹⁹⁴⁴⁾.

On peut lui trouver plusieurs fondements, qui sont en réalité plusieurs facettes d'un même principe. Tout d'abord, le droit à la preuve peut être considéré comme un accessoire de l'action en justice⁽¹⁹⁴⁵⁾. Comme dit ci-dessus, le droit d'obtenir du juge qu'il statue sur sa prétention serait considérablement handicapé s'il n'était assorti du droit d'exiger du juge qu'il prenne en considération toutes les preuves qui doivent aider à la manifestation du droit subjectif allégué. On peut aussi admettre qu'il s'agit d'un avatar du principe du procès équitable. La cause n'est pas entendue équitablement lorsqu'une partie est privée de son droit à la preuve⁽¹⁹⁴⁶⁾. Ce point a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme dans plusieurs arrêts⁽¹⁹⁴⁷⁾.

La jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet est assez contrastée. Elle a affirmé qu'il n'existait pas, en droit belge, de principe général de droit à la preuve⁽¹⁹⁴⁸⁾. Toutefois, elle en reconnaît malgré tout l'existence de manière indirecte, notamment dans deux arrêts du 15 juin 2012. Dans un premier arrêt, la Cour décide que le juge ne peut refuser toute expertise ou mesure d'instruction alternative en présence d'éléments rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de la demande, *sous peine de méconnaître le droit du demandeur d'apporter la preuve des faits qu'il allègue*⁽¹⁹⁴⁹⁾. Dans un second arrêt, la Cour relève que le fait de rejeter une expertise manifestement inutile ne méconnaît pas le *droit de la demanderesse d'apporter la preuve dont elle a la charge*, ne viole pas les dispositions légales et ne méconnaît pas les principes généraux du droit, visés au moyen⁽¹⁹⁵⁰⁾. On peut en déduire que, si le droit à la preuve

(1943) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., n° 100, p. 410 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, 2010, n° 329.

(1944) A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, op. cit., nos 224 et 285.

(1945) G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », op. cit., p. 280.

(1946) A. KOHL, « Arbitrage et production de documents – Du droit à la preuve dans la procédure arbitrale de droit interne », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 318, n° 9 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 7 et s., n° 14. A. Bergeaud (*Le droit à la preuve*, op. cit., nos 252 et s.) fonde ce droit sur les principes de loyauté et d'effectivité de la justice, qui s'apparentent au droit au procès équitable.

(1947) Cour eur. D.H., 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, § 40 ; Cour eur. D.H., 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, §§ 43 et s.

(1948) Cass., 26 mai 2005, *J.T.*, 2005, p. 679 ; *Pas.*, 2005, p. 1115 ; *Res jur. imm.*, 2006, p. 26 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 609 (somm.) ; *R.G.D.C.*, 2007, p. 52.

(1949) Cass., 15 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 342 ; *Pas.*, 2012, p. 1370.

(1950) Cass., 15 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1372. À défaut de reproduction du moyen dans l'arrêt, il n'est pas possible de déterminer quel était le principe général de droit invoqué par le demandeur en cassation.

ne constitue pas un principe général de droit, qui pourrait être visé à l'appui d'un pourvoi en cassation, il n'en reste pas moins que ce principe est méconnu lorsque le juge refuse d'ordonner une mesure d'instruction sans motif valable.

SECTION 3

L'utilisation des preuves illégales ou déloyales en justice

5.5 La jurisprudence « Antigone » et son évolution. Classiquement, la jurisprudence écartait purement et simplement les moyens de preuve obtenus soit en violation de la loi soit par des moyens déloyaux ⁽¹⁹⁵¹⁾. En outre, tous les éléments de preuve qui se fondent sur l'instrument de preuve illicite et en découlent devaient également être écartés par voie de conséquence ⁽¹⁹⁵²⁾. C'est la doctrine du « fruit de l'arbre empoisonné » (*fruit of the poisonous tree*). De même que l'arbre empoisonné ne peut donner que des fruits toxiques, la preuve illégale ne peut engendrer que des modes de preuve illégaux. Ainsi, l'aveu obtenu d'un travailleur, confronté au résultat d'une fouille irrégulière de ses effets personnels, ne peut-il être retenu ⁽¹⁹⁵³⁾.

Toutefois, la jurisprudence récente a remis en question la règle de l'écartement systématique des preuves illégales.

En matière pénale, la Cour de cassation a en effet décidé, de manière constante depuis plusieurs années, que les preuves recueillies de manière irrégulière ne pouvaient être écartées que si elles violaient une règle prescrite à peine de nullité ou si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou encore lorsque l'usage de la preuve est contraire au

(1951) Cass., 18 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1009 ; *J.T.*, 1985, p. 421 ; Civ. Bruxelles, 6 avril 1976, *Pas.*, 1976, III, p. 51 ; Bruxelles, 9 mars 1982, *Pas.*, 1982, II, p. 81 ; Civ. Liège, 21 décembre 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 71 ; Comm. Bruxelles, 7 mai 1991, *J.T.*, 1991, p. 568, décision dont la motivation a été nuancée en degré d'appel (Bruxelles, 15 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 657, note critique Fr. RIGAUX et *J.L.M.B.*, 1994, p. 1247, note R. MOUGENOT) ; Bruxelles, 4 février 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 833 (somm.) ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 476, B ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, *op. cit.*, n° 220 et 226 ; B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken – Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s., spéc. n° 56 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 56.

(1952) Voy. pour un rappel récent : Cass., 30 mars 2010, R.G. n° P.09.1789.N, *T. Strafr.*, 2010, p. 276, note BEIRNAERT.

(1953) Trib. trav. Nivelles, 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181 ; voy. aussi : C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p. 143 ; Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 389 ; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177 ; *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note S. GILSON et K. ROSIER.

droit à un procès équitable⁽¹⁹⁵⁴⁾. En dehors de ces trois cas, les preuves illégales doivent être reçues. Ce courant jurisprudentiel est fréquemment désigné sous le nom de jurisprudence « Antigone » ou « Antigoon », du nom de l'affaire dans laquelle le premier arrêt a été rendu. Cette jurisprudence n'a pas été considérée comme contraire au droit au procès équitable par la Cour constitutionnelle⁽¹⁹⁵⁵⁾. Elle est actuellement coulée dans la loi : les preuves irrégulières sont considérées comme nulles, aux termes de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, lorsque le respect des conditions de forme concernées est prescrit à peine de nullité, l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou si l'usage de la preuve est contraire au droit au procès équitable⁽¹⁹⁵⁶⁾.

Dans un premier temps, cette jurisprudence n'a pas été suivie par les juridictions de fond en matière civile et commerciale⁽¹⁹⁵⁷⁾. Celles-ci ont persisté à écarter les preuves recueillies de manière illégale ou déloyale. Certaines juridictions ont pris la peine d'indiquer que cette juris-

(1954) Cass., 14 octobre 2003, *NjW*, 2003, p. 1367 ; *Pas.*, 2003, p. 1607, concl. DE SWAEF ; R.A.B.G., 2004, p. 333, note SCHUERMANS ; R.C.J.B., 2004, p. 405, note KUTY ; *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 617, concl. DE SWAEF ; R.W., 2003-2004, p. 814, concl. DE SWAEF ; *T. Strafr.*, 2004, p. 129, note TRAEST ; Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1795, concl. M.P. ; R.A.B.G., 2005, p. 504, avis DUINSLAEGER ; R.C.J.B., 2007, p. 36, note VAN MEERBEECK et MAHIEU ; R.W., 2005-2006, p. 387, note POPELIER ; *T. Strafr.*, 2005, p. 285, note VERSTRAETEN et DE DECKER ; Cass., 16 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 587 ; *Pas.*, 2004, p. 1802, concl. M.P. ; R.A.B.G., 2005, p. 511, avis DUINSLAEGER, note SCHUERMANS ; R.C.J.B., 2007, pp. 36 et 40, note VAN MEERBEECK et MAHIEU ; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 665 (somm.), note DE VALKENEER ; Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 500 ; R.A.B.G., 2004, p. 1061, note SCHUERMANS ; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 661 (somm.), note DE VALKENEER ; Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211 ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note BEERNAERT ; *Journ. proc.*, 2005, p. 23, concl. VANDERMEERSCH, note TOUSSAINT ; *Pas.*, 2005, p. 505, concl. VANDERMEERSCH ; R.A.B.G., 2005, p. 1161, concl. M.P., note BERNEMAN ; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 668, concl. VANDERMEERSCH, note DE VALKENEER ; *Chron. D.S.*, 2006, p. 10, note ; Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109 ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 585, note ; *Pas.*, 2005, p. 1904 ; *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 211 ; *T. Strafr.*, 2006, p. 25, note VERBRUGGEN ; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2437 ; *Chron. D.S.*, 2008, p. 379 (somm.), note ; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2226 ; R.W., 2008-2009, p. 110 note DE SMET ; *T. Strafr.*, 2008, p. 274 ; Cass., 23 mars 2010, R.G. n° P.10.0474.N.

(1955) C. const., 22 décembre 2010, n° 158/2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298 ; R.W., 2010-2011, p. 895.

(1956) Disposition introduite par la loi du 24 octobre 2013. Sur la genèse de ce texte, voy. : N. COLLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, « Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale », in *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 9 et s.

(1957) C. trav. Bruxelles, 10 février 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p. 141 ; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p. 143 ; Anvers, 27 juin 2005, R.W., 2005-2006, p. 1507 ; Pol. Bruges, 15 septembre 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 334 ; Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117 ; Gand, 11 février 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117 ; Gand, 6 septembre 2006, *D.A.O.R.*, 2007, p. 326 ; C. trav. Liège (sect. Namur), 11 janvier 2007, R.G. n° 8038/06, *Juridat* ; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177 ; *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER ; C. trav. Mons, 18 février 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER ; R.G.C.F., 2008, p. 463. Voy. aussi, en matière disciplinaire : Conseil appel Ordre des médecins, 22 décembre 2003, *NjW*, 2004, p. 493, note BREWAEYS.

prudence nouvelle n'était pas transposable et ne concernait que la matière pénale⁽¹⁹⁵⁸⁾.

Toutefois, un arrêt de cassation du 10 mars 2008⁽¹⁹⁵⁹⁾, rendu en matière de chômage, est venu modifier la donne. Dans cet arrêt, la Cour a repris, au mot près, l'enseignement des arrêts pénaux. La plupart des commentateurs estiment toutefois que l'enseignement de la Cour dans cette décision est général et qu'il vaut comme décision de principe pour toute la matière civile⁽¹⁹⁶⁰⁾. Cependant, dans un arrêt du 10 novembre 2008, la Cour a confirmé une décision qui appliquait la règle classique, selon laquelle une preuve irrégulière (en l'occurrence une correspondance arrivée irrégulièrement en possession de son utilisateur) devait être écartée⁽¹⁹⁶¹⁾. La majorité des auteurs estime qu'il ne faut pas y voir un retour en arrière de la Cour. L'absence de cohérence entre ces deux décisions interpelle toutefois⁽¹⁹⁶²⁾.

Les atermoiements de la Cour de cassation sur ce point n'ont pas empêché les juges du fond, en matière civile, d'appliquer l'arrêt du 10 mars 2008 et d'utiliser ce que l'on a maintenant coutume d'appeler le « test Antigone », pour vérifier si les preuves illégales ou déloyales doivent être écartées⁽¹⁹⁶³⁾.

(1958) C. trav. Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 392 ; Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 389.

(1959) Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER ; *NjW*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK ; *Ors.*, 2008, p. 27 ; *Pas.*, 2008, p. 652 ; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KÉFER.

(1960) F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 9 ; F. KÉFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité* judiciaire, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 191 et s., n° 24 ; R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585 ; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32 ; I. VERHELST et N. THOELEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors*, 2008, pp. 197 et s., spéc. p. 205 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 7 et s., n° 10.

(1961) Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 347 ; *J.T.T.*, 2009, p. 18.

(1962) F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *op. cit.*, n° 10 ; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken in recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtigd recht*, coll. Themis, n° 59, Bruges, La Chartre, 2010, pp. 35 et s., n° 36 ; K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers », *NjW*, 2010, pp. 180 et s., n° 10 ; D. MOUGENOT, « Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A.O.R.*, 2011, pp. 240 et s., n° 12 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », *op. cit.*, n° 10, note 36 (où figure une coquille : il faut lire 10 septembre 2008 au lieu de 10 mars 2008).

(1963) N'ont toutefois pas fait usage du « test Antigone » : C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 236, note D. MOUGENOT ; Trib. trav. Liège, 9 septembre 2008, *R.G.* n° 371.015, *Juridat* ; C. trav. Bruxelles, 5 novembre 2009, *R.G.* n° 2009/AB/52381, *Juridat*, cette dernière décision considérant, à tort, que l'arrêt de cassation du 10 mars 2008 a été prononcé en matière pénale.

5.6 Critères d'écartement des preuves irrégulières. Si on applique les critères généraux mentionnés dans l'arrêt du 10 mars 2008, les juges devront vérifier si les preuves litigieuses :

- ne violent pas une forme prescrite à peine de nullité ; les cas de nullité sanctionnant des irrégularités relatives à la réception de preuves en matière civile étant extrêmement rares, l'écartement de preuves pour ce motif sera peu fréquent ⁽¹⁹⁶⁴⁾ ;
- ne voient pas leur fiabilité affectée par l'irrégularité ; les commentateurs font toutefois observer que les preuves non fiables ne peuvent en tout état de cause pas être retenues par le juge, qu'elles soient recueillies de manière légale ou non ⁽¹⁹⁶⁵⁾ ;
- ne portent pas atteinte au droit au procès équitable ; sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le fait d'utiliser des preuves portant atteinte à un autre droit fondamental protégé par la Convention, tel que le droit à la vie privée, n'a pas automatiquement pour conséquence que le procès n'a pas été équitable ⁽¹⁹⁶⁶⁾ ; la question de savoir si des preuves recueillies de manière déloyale portent atteinte au principe du procès équitable est controversée ; certains auteurs considèrent que le manque de loyauté peut donner lieu à une atteinte au procès équitable ⁽¹⁹⁶⁷⁾ alors que d'autres s'y opposent, considérant que la loyauté procédurale et le procès équitable constituent des principes distincts ⁽¹⁹⁶⁸⁾.

Pour aider le juge dans sa démarche, la Cour ajoute, à l'arrêt du 10 mars 2008 précité, plusieurs critères secondaires d'appréciation :

- le caractère purement formel de l'irrégularité ;

(1964) D. MOUGENOT, « Antigone face aux juges civils », *op. cit.*, n° 16.

(1965) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *op. cit.*, n° 18 ; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1103 ; F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social – Quelques propos sur la légalité des preuves », *op. cit.*, n° 14 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions spéciales*, CUP, vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s., n° 36 ; Ph. TRAEST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, p. 137.

(1966) Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c/ Royaume-Uni*, §§ 34-35 ; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G et J.H. c/ Royaume-Uni*, §§ 76-77 ; Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Allan c/ Royaume-Uni*, §§ 42-43 ; Cour eur. D.H., 1^{er} mars 2007, *Heglas c/ République tchèque*, §§ 85-86 ; Cour eur. D.H. (G.C), 10 mars 2009, *Bykov c/ Russie*, §§ 89-90 ; Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c/ Belgique*, §§ 41-42, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1928 ; R.A.B.G., 2010, p. 5, note SCHUERMANS ; *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 312, note COLETTE-BASECQZ ; *T. Strafr.*, 2009, p. 289.

(1967) F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social – Quelques propos sur la légalité des preuves », *op. cit.*, n° 16 ; D. MOUGENOT, « Antigone face aux juges civils », *op. cit.*, n° 19.

(1968) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *op. cit.*, n° 21.

- sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée ;
- la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement ;
- la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité ;
- le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction ;
- le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.

Il ne faut évidemment pas s'arrêter à la terminologie purement pénale (recherche et constatation des infractions...), surprenante dans un arrêt rendu en matière civile. Il convient, par exemple, de substituer les termes « faute » ou « manquement » au terme « infraction ». Ces critères proposés en ordre subsidiaire sont finalement plus pertinents, dans cette matière, que les trois critères principaux évoqués ci-dessus. Ainsi, le caractère intentionnel ou non de l'irrégularité, le fait que le droit que l'on cherche à protéger (droit à la vie privée ou autre) est totalement annihilé ou simplement amoindri, ou encore la comparaison entre la gravité de l'irrégularité et celle du manquement que l'on cherche à prouver, sont des éléments importants de l'appréciation du juge. On aimerait savoir si ces critères peuvent être appliqués de manière autonome ou si, comme la rédaction de l'arrêt le donne à penser, ils ne peuvent servir que de critères complémentaires dans la détermination des trois critères principaux⁽¹⁹⁶⁹⁾. On ne peut qu'espérer que la Cour clarifie rapidement sa position sur ce point.

Dans la plupart des cas, les preuves irrégulières ont passé victorieusement le test et ont été retenues par les cours et tribunaux⁽¹⁹⁷⁰⁾. Toutefois, ont été écartées, malgré l'application du test Antigone, des preuves recueillies lors d'un vol⁽¹⁹⁷¹⁾ ou d'investigations d'un détective privé se faisant passer pour un client⁽¹⁹⁷²⁾.

Désormais, sous réserve d'une confirmation de la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge sera donc invité à procéder à une balance entre les droits des parties : le droit à la preuve de celui qui veut établir

(1969) Voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, pp. 165 et s., n° 20.

(1970) Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 175054/06, *Juridat* ; C. trav. Anvers, 2 septembre 2008, inédit, cité par K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers », *op. cit.*, nos 18 et 19 ; C. trav. Mons, 14 septembre 2009, R.R.D., 2008, p. 535 ; C. trav. Liège, 20 septembre 2010, J.L.M.B., 2010, p. 1899 ; C. trav. Gand, 28 juin 2010, J.T.T., 2011, p. 366.

(1971) C. trav. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833, *Juridat*.

(1972) Mons, 2 mars 2010, J.T., 2010, p. 296, note D. MOUGENOT.

son droit, quitte à se fonder sur des moyens de preuve illicites, et le droit à la vie privée ou tout autre droit fondamental invoqué par la partie contre qui on veut prouver⁽¹⁹⁷³⁾. Le juge devra aussi apprécier la gravité des manquements commis par les deux parties. Qu'est-ce qui est le plus grave ? Une atteinte à la vie privée commise dans l'administration de la preuve ou une violation de la loi ou une faute contractuelle ou extra-contractuelle que l'on veut établir par des moyens de preuve discutables ? Ce dernier raisonnement n'est toutefois applicable que dans les litiges fondés sur la responsabilité du défendeur. Ce n'est que dans cette hypothèse que le juge pourra comparer deux fautes : celle qui est imputée au défendeur et celle qui a été commise par le demandeur dans l'administration de la preuve.

SECTION 4

L'utilisation de preuves unilatérales en justice

5.7 Utilisation de preuves unilatérales en droit belge et français. L'adage « nul ne peut se constituer de preuve à lui-même », dont l'origine historique est incertaine, paraît relever des évidences fondamentales du droit de la preuve⁽¹⁹⁷⁴⁾.

Il exprime deux choses :

- d'une part, nul ne peut se faire justice à lui-même et ne peut donc se fabriquer seul une preuve décisive ;
- d'autre part, un acte n'a de force probante que s'il est reconnu par celui contre qui il est utilisé ; en d'autres termes, un document unilatéral ne permet pas d'attester la volonté de celui auquel il est opposé⁽¹⁹⁷⁵⁾.

La Cour de cassation de France l'a poussé fort loin, en déclarant irrecevables toutes les preuves constituées unilatéralement par la partie qui les invoque⁽¹⁹⁷⁶⁾. Elle est toutefois revenue sur cette jurisprudence et

(1973) B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht, op. cit.*, n° 1041 et s. Selon J. Van Doninck (*Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – Willen we de waarheid ?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, n° 62), le droit à la preuve ne va pas jusqu'à légitimer la production de preuves recueillies illégalement. Cet auteur prône donc un strict respect de la loi dans la réception des preuves en matière civile.

(1974) D. VEAUX, *Jurisclasseur civil*, art. 1315 et 1316, Paris, LexisNexis, fasc. 10, p. 18, n° 59 ; H. CROZE, « Informatique, preuve et sécurité », *Dall.-Sir.*, 1987, chron., p. 165, n° 3 ; D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance – Contribution à l'étude de la preuve technologique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 521 et note 89.

(1975) J.-L. MOURALIS, v° Preuve, 2^e éd., *op. cit.*, n° 945.

(1976) Cass. fr., 23 juin 1998, *Bull. civ.*, I, n° 220 ; voy. note J. MESTRE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 401 ; Cass. fr., 11 mai 1999, *Dall.*, 1999, inf. rap., 152.

la réserve désormais à la preuve des actes juridiques. Elle ne l'applique plus à la preuve des faits⁽¹⁹⁷⁷⁾.

Il était sans doute excessif d'en faire une condition de recevabilité de toute forme de preuve. En tout cas, en ce qui concerne les faits, pour lesquels la preuve est libre, il est plus logique de ne pas rejeter par principe une preuve unilatérale mais d'éprouver sa fiabilité et sa vraisemblance. « L'important est uniquement de convaincre le juge à partir de tous les éléments de preuve fournis, étant alors entendu que la force de conviction des modes de preuve favorables à la partie qui les a produits est naturellement moindre que celle des éléments qui lui sont défavorables »⁽¹⁹⁷⁸⁾. Cet adage ne relève donc pas de la recevabilité des preuves mais de leur valeur probante. Il n'a dès lors pas de portée décisive et n'est que l'expression de la méfiance spontanée du droit français (et belge) quant à la sincérité de la partie intéressée à l'issue du litige⁽¹⁹⁷⁹⁾. La Cour de cassation belge n'a d'ailleurs jamais été aussi loin que son homologe française. Elle reconnaît expressément qu'un rapport d'expertise unilatéral, dressé par le conseil technique de la partie qui l'invoque, ne peut être rejeté par principe mais peut contenir des présomptions soumises à l'appréciation du juge⁽¹⁹⁸⁰⁾.

En revanche, en ce qui concerne la preuve des actes juridiques, il y a lieu de se montrer plus exigeant et de refuser qu'une partie puisse se constituer un titre, sans le concours de l'autre partie⁽¹⁹⁸¹⁾. Cette idée se concrétise à l'article 1322 du Code civil, qui n'accorde foi à l'acte sous seing privé que lorsque celui-ci est reconnu par celui auquel on l'oppose. Or cette marque de l'acceptation du contradicteur est logiquement inexistante lorsque les éléments de preuve sont établis par la seule partie qui s'en prévaut⁽¹⁹⁸²⁾. Sur ce plan, l'adage n'apporte rien de bien neuf et ne fait que paraphraser la loi.

(1977) Cass. fr., 13 février 2007, *Bull. civ.*, I, n° 60 ; Cass. fr., 3 mars 2010, *Bull. civ.*, III, n° 52 ; Cass. fr. (1^{re} civ.), 27 novembre 2013, n° 12-21.155 ; Cass. fr. (2^e civ.), 6 mars 2014, n° 13-14.295.

(1978) J. MESTRE, « À propos de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 136.

(1979) X. LAGARDE, « D'une vérité à l'autre », *Gaz. Pal.*, 2010, Doctr., pp. 2020 et s. Cette méfiance n'existe pas dans le droit anglo-américain. Cela tient au fait que, dans ce système, le juge doit retenir la preuve la plus probable, ce qui est un standard nettement moins exigeant que la certitude exigée du juge continental. Dès lors, le juge pourra accueillir plus facilement des preuves unilatérales, dès lors qu'elles revêtent un degré suffisant de probabilité.

(1980) Cass., 14 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 71 ; R.W., 1985-1986, col. 1027 ; Cass., 11 décembre 1997, *R.D.J.P.*, 1998, p. 228 ; *Pas.*, 1997, I, p. 1422 ; *Bull. Ass.*, 1997, p. 1422.

(1981) Il est révélateur de constater que, sous la plume de Pothier, l'adage s'énonce : « on ne peut pas se faire de titre à soi-même » ; R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1818, n° 751.

(1982) C. MOULY-GUILLEMAUD, « La sentence "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même" ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, pp. 253 et s., n° 8.

CHAPITRE 2



LA CHARGE DE LA PREUVE ET L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

SECTION I

Définition de la charge de la preuve et de l'administration de la preuve

5.8

Définition de la charge de la preuve. À lire les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, la détermination de la charge de la preuve est l'indication de la partie qui doit apporter des éléments de preuve au juge⁽¹⁹⁸³⁾. Dans la doctrine récente, la question de la charge de la preuve se confond toutefois avec celle du risque de la preuve⁽¹⁹⁸⁴⁾. C'est la détermination de la partie qui supportera les conséquences négatives des incertitudes subsistant au terme de la procédure d'administration de la preuve. Celui qui devait prouver et qui a échoué perd son procès. La question du risque de la preuve ne se pose donc que si les éléments du dossier ne permettent pas au juge de trancher avec une certitude suffisante. C'est, en

(1983) Un auteur a récemment raffiné cette définition de la manière suivante : « *De last die op een partij rust om aan de hand van concrete bewijselementen bepaalde feiten die aanleiding geven tot zijn recht aannemelijk te maken voor de rechter* » (W. VANDENBUSSCHE, « De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure », in *La preuve dans le procès civil*, Actes du colloque du Centre Interuniversitaire de Droit Judiciaire du 20 mars 2014, Bruges, La Chartre, 2015, pp. 31 et s., n° 5).

(1984) A. DE BOECK et H. GEENS, « De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008 : geruisloze overgang van oud naar nieuw ? », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 88 ; H. GEENS, « De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht », in *Bewijsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 173, n° 20 ; O. MICHIELS, « L'article 1315 du Code Civil : contours et alentours », *Act. dr.*, 1998, p. 371 ; H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, « Bewijslast en bewijsrisico », in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, 2002, f. mob., n° 5104, p. VI.2-3 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Chartre, 2004, pp. 131-132 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 93, n° 27 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, livr. 2, Bruges, La Chartre, 2009, n° 216, p. 162 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, op. cit., pp. 2265-2266, n° 1652 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., p. 43.

quelque sorte, la contrepartie de l'interdiction du déni de justice, qui oblige le juge à décider même lorsque les éléments de preuve du dossier sont insuffisants pour se forger une conviction. Il convient alors de mettre en place des mécanismes qui guideront le juge dans sa décision. Cette conception de la charge de la preuve a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 septembre 1999⁽¹⁹⁸⁵⁾, qui énonce que : « en vertu de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame la réparation d'un dommage doit apporter la preuve de ce dommage ; que l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve ». Dans un arrêt du 20 mars 2006⁽¹⁹⁸⁶⁾, elle répète que : « l'incertitude ou le doute qui subsistent une fois la preuve administrée ne peuvent bénéficier à la partie qui a la charge de la preuve ».

Les règles relatives à la charge de la preuve sont éparpillées dans toutes les dispositions du droit substantiel. La règle de base se trouve néanmoins à l'article 1315 du Code civil, qui impose au créancier de rapporter la preuve de l'existence de l'obligation. Une fois cette preuve établie, il appartient au débiteur de prouver sa libération. L'article 870 du Code judiciaire élargit ce principe au-delà du droit des obligations. Toute partie a la charge de prouver les faits qu'elle allègue.

5.9 Collaboration à l'administration de la preuve. Si l'article 870 du Code judiciaire impose à toute partie qui avance un fait d'en rapporter la preuve, l'article 871 énonce un autre principe : celui de la collaboration des parties à l'administration de la preuve. Aucune des parties ne peut se retrancher derrière le fait qu'elle ne supporte pas la charge de la preuve pour refuser de produire les éléments de preuve dont elle dispose et qui sont utiles pour la solution du litige. Ce devoir de collaboration est d'autant plus intense que la partie concernée détient la majorité voire la totalité des éléments de preuve pertinents. Dans ce cas, l'autre partie est dans l'impossibilité de prouver les faits qu'elle invoque puisque les preuves utiles sont dans les mains de son adversaire. Elle se trouve dans une situation que la doctrine appelle le « besoin de preuve » (*bewijsnood*)⁽¹⁹⁸⁷⁾. La collaboration des parties à l'administration de la preuve est alors le moyen de rétablir l'équilibre entre elles sur le plan probatoire. L'idée qu'il

(1985) Cass., 17 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1119 ; *Dr. circ.*, 2000, p. 14.

(1986) Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 629 ; *Chron. D.S.*, 2007, p. 332.

(1987) M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1962, p. 196, n° 105 ; J. LAENENS, « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », in *L'expertise judiciaire – Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, La Charte, 2003, p. 49, n° 33 ; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *op. cit.*, p. 39, n° 7.

existe un devoir de collaboration à l'administration de la preuve est admise par la majorité de la doctrine ⁽¹⁹⁸⁸⁾.

Une minorité d'auteurs critique cette affirmation. Ils relèvent qu'il n'existe, dans la loi, aucun devoir explicite pour les parties de collaborer entre elles à l'administration de la preuve. Tout au plus, doivent-elles collaborer avec le juge à l'exécution des mesures d'instruction ordonnées par celui-ci. Mais il n'y a, selon ces auteurs, aucune obligation pour les parties de fournir les éléments de preuve qu'elles détiennent, si elles ne supportent pas la charge de la preuve et si le juge n'a pris aucune initiative particulière ⁽¹⁹⁸⁹⁾.

La Cour de cassation a affirmé l'existence d'un devoir de collaboration entre parties dans plusieurs arrêts. Dans un arrêt du 10 décembre 2004 ⁽¹⁹⁹⁰⁾, elle a indiqué que la partie qui ne supporte pas la charge de la preuve peut néanmoins être tenue de *contribuer à la preuve* dans les limites légalement déterminées. La Cour n'est pas plus précise quant aux limites de ce devoir de contribution à la preuve. Dans un arrêt du 18 janvier 2007 ⁽¹⁹⁹¹⁾, elle rejette le pourvoi contre une décision qui condamnait le défendeur pour n'avoir pas rapporté la preuve de ce qu'il

(1988) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 348 ; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », op. cit., p. 39, n° 7 ; A. DE BOECK et H. GEENS, « De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008 : geruisloze overgang van oud naar nieuw ? », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 85 ; R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1959, pp. 148 et s. ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., op. cit., p. 187 ; G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstructions », in *La preuve*, Actes du colloque de l'U.C.L. des 12-13 mars 1987, p. 21 ; G. DOMEZ, « La participation des parties dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1976, p. 158 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., op. cit., pp. 353-354 ; H. GEENS, « De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht », in *Bewijsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 169, n° 13 ; A. KOHL, « L'obligation de bonne foi en matière d'allégation et de réception des preuves dans le procès civil », in *La bonne foi*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1990, p. 422 ; J. LAENENS, « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », op. cit., p. 49, n° 33 ; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, 2^e éd., op. cit., p. 535 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », op. cit., pp. 131-132 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., op. cit., p. 93, n° 27 ; S. RUTTEN, « Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces : enkele aandachtspunten », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 30 ; S. STIJNS, « Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding – Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering », *R.W.*, 1989-1990, p. 1016 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, livr. 2, op. cit., p. 156 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, op. cit., pp. 2262-2263 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., p. 46 ; K. WAGNER, « Actualia burgerlijk bewijsrecht », *R.D.J.P.*, 2009, pp. 161-163, n° 29 et s.

(1989) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia rechtswetenschappen, 2000, p. 214, n° 177 ; B. SAMYN, « De bewijslast – Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak », *R.D.J.P.*, 2010, p. 55 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story publishers, 2012, n° 125, p. 134.

(1990) Cass., 10 décembre 2004, *Ann. jur. créd.*, 2005, p. 19, note DE PATOUL ; *NjW*, 2005, p. 951 ; *Pas.*, 2004, p. 1962 ; *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note BUYLE ; *J.J.P.*, 2007, p. 392, note STEENNOT.

(1991) Cass., 18 janvier 2007, *Res jur. imm.*, 2007, p. 27.

avait rempli son obligation de sécurisation d'un chantier fluvial. Au moyen qui soulève un renversement indu de la charge de la preuve par le juge, la Cour répond que l'arrêt attaqué ne dispense pas le demandeur de démontrer que le défendeur a contrevenu à ses obligations et n'impose pas davantage au défendeur de prouver qu'il a rempli ses obligations. Il détermine seulement la mesure dans laquelle cette partie, *tenue à un devoir de collaboration à l'administration de la preuve*, devait s'expliquer sur ce qu'elle avait fait pour prévenir la survenance du dommage. La Cour opère une distinction nette entre charge de la preuve et administration de la preuve : elle indique que le défaut de collaboration à l'administration de la preuve n'a pas d'incidence sur la charge de la preuve. Dans ces différents cas d'espèce, le juge n'avait pas ordonné de mesures d'instruction. On peut donc en déduire que le devoir de collaboration à la preuve ou à l'administration de la preuve, dont parle la Cour de cassation, existe à l'égard des autres parties et pas uniquement à l'égard du juge. Enfin, dans un arrêt du 14 novembre 2013⁽¹⁹⁹²⁾, la Cour relève que des époux peuvent être amenés à s'expliquer sur la gestion du patrimoine commun, non seulement en raison de ce que celui-ci doit être administré dans l'intérêt de la famille mais aussi en vertu du *principe général en vertu duquel les parties doivent collaborer loyalement à l'administration de la preuve*. Dans cette décision, la Cour paraît donc attribuer à l'obligation de collaboration à l'administration de la preuve la valeur d'un principe général de droit.

SECTION 2

Rôles respectifs du juge et des parties dans la réception des preuves

5.10 **Pouvoir d'initiative du juge.** Dès l'entrée en vigueur du Code judiciaire, le juge s'est vu reconnaître un rôle actif dans l'administration de la preuve. En effet, il était admis que le juge pouvait ordonner toutes les mesures d'instruction d'office. Il n'était donc pas tenu par les offres de preuve formulées par les parties. En outre, le juge exécute lui-même la procédure de réception des preuves (vue des lieux, interrogatoire des témoins ou des parties) ou la contrôle étroitement (expertise). On s'éloigne

(1992) R.G. n° C.13.0015.N. Voy. à ce sujet : L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre les parties et le juge en ce qui concerne la preuve », in *La preuve dans le procès civil*, Actes du colloque du Centre Interuniversitaire de Droit Judiciaire du 20 mars 2014, Bruges, La Charte, 2015, pp. 1 et s., n° 9.

donc fort du modèle accusatoire, dans lequel l'administration de la preuve repose (presque) intégralement sur les parties⁽¹⁹⁹³⁾.

5.11 Accords procéduraux. Les règles du Code civil relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public⁽¹⁹⁹⁴⁾. Il y a donc place pour une intervention importante de la volonté des parties. En matière procédurale, cette autonomie des parties prendra la forme des accords procéduraux.

La question s'est posée de savoir si ces accords procéduraux pouvaient museler l'activisme du juge, dans la matière particulière des mesures d'instruction. Certains auteurs défendaient l'idée que l'administration de la preuve présente des particularités qui justifient que l'accord procédural dans ce domaine ne lie pas le juge de la même manière qu'un accord sur le fond du litige⁽¹⁹⁹⁵⁾. Cette thèse pourrait trouver un appui dans un arrêt du 20 septembre 2001⁽¹⁹⁹⁶⁾, qui paraît faire un sort différent entre l'accord pour organiser une expertise et un accord sur le fond du litige. Toutefois, dans un arrêt du 1^{er} mars 1999⁽¹⁹⁹⁷⁾, la Cour de cassation a sanctionné le juge du fond qui avait refusé de donner suite à l'accord des parties pour modifier la mission de l'expert. À suivre cet arrêt, l'accord procédural l'emporte donc sur le pouvoir du juge, même en matière de mesures d'instruction. En matière de production de documents, la Cour a également reconnu la priorité du principe dispositif. Elle a effet considéré que le juge ne pouvait faire application de l'article 877 lorsque les parties ont, de commun accord, écarté tout recours à cette procédure⁽¹⁹⁹⁸⁾.

(1993) Dans le modèle américain, l'irruption du juge sur le terrain de la preuve apparaît totalement incongrue : « the trial judge is a blind and blundering intruder, acting in spasms as sudden flashes of seeming light may lead or mislead him at odd times » (M. FRANKEL, « The search for truth : an umpireal view », *University of Pennsylvania Law Review*, 1975, vol. 123, pp. 1031 et s., spéc. p. 1042).

(1994) Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29 ; Cass., 30 septembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 520 ; Cass., 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1256 ; Cass., 11 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 697 ; R.W., 2002-2003, p. 1219 ; Cass., 12 octobre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1785 ; *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 266 ; *NjW*, 2008, p. 120, note JOCQUE ; R.C.J.B., 2008, p. 527, note KIRKPATRICK ; R.D.C., 2008, p. 767 ; *Circ., resp., ass.*, 2008, p. 93 ; Cass., 22 février 2010, R.G. n° S.08.0153.F ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 68, n° 10 ; H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, n°s 735 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n°s 3 à 49 ; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, p. 35 ; O. CAPRASSE et A. BENOIT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », in *Droit de la preuve*, CUP, vol. XIX, Liège, éd. Formation permanente CUP, 1997, p. 115, n° 2 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, *op. cit.*, p. 2224, n° 1628 ; A. VAN OEEVELEN, « Bewijsclausules », in *Nuttige tips voor goede contracten*, Malines, Kluwer, 2004, p. 119, n° 3 ; L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre les parties et le juge en ce qui concerne la preuve », *op. cit.*, n° 43. En France, voy. J.-L. MOURALIS, v° Preuve, 2^e éd., *op. cit.*, n°s 947 et s.

(1995) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, *op. cit.*, p. 424, n° 116.

(1996) *Pas.*, 2001, p. 1430 ; R.W., 2003-2004, p. 1173.

(1997) Cass., 1^{er} mars 1999, R.D.J.P., 1999, p. 329.

(1998) Cass., 2 juin 2005, *F.J.F.*, 2006, p. 577 ; *J.T.*, 2006, p. 149, concl. M.P. et note ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 452, concl. A. HENKES et obs. ; *Pas.*, 2005, p. 1167, concl. A. HENKES.

On peut donc en déduire, de manière générale, que le juge peut ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui apparaissent utiles et apprécie souverainement l'opportunité d'une mesure d'instruction, en cas de désaccord des parties. En revanche, lorsque les parties sont unanimes, le juge est tenu par l'accord procédural. Nous verrons plus loin que des questions subsistent néanmoins en matière d'expertise (voy. *infra*, n° 5.46).

CHAPITRE 3



LA RÉCEPTION DES PREUVES

SECTION I

Les mesures d’instruction – Caractère limitatif ou non des procédures prévues au Code judiciaire

5.12 **Définition des mesures d’instruction.** Les mesures d’instruction sont des modes d’administration judiciaire de la preuve. Il s’agit de « procédés qui ont pour objet d’établir la réalité ou les caractères de faits nécessaires au succès d’une prétention lorsque, d’une part, ces faits, allégués par l’une des parties, sont contestés par l’autre et que, d’autre part, la partie qui les allègue ne dispose pas de pièces qui suffisent à les prouver » (1999). Elles prennent normalement place en cours de procès mais peuvent également être demandées, à titre préventif, avant l’introduction d’une procédure au fond, pour éviter la déperdition de preuves. Il n’y a cependant pas de procédure systématique de réception des preuves avant l’introduction du procès, comme c’est le cas en droit procédural anglo-américain.

5.13 **Mesures d’instruction dans le Code judiciaire.** Le Code judiciaire énumère, aux articles 877 et suivants, six procédures de réception des preuves proprement dites, c’est-à-dire qui permettent effectivement d’apporter des faits nouveaux au dossier.

Il s’agit de la production de documents (art. 877 et s.), l’audition de témoins, appelée aussi « enquête » (2000) (art. 933 et s.), l’expertise (art. 962 et s.), l’interrogatoire des parties, plus couramment dénommé « comparution personnelle des parties » (art. 992 et s.), la descente sur les lieux, plus couramment appelée « vue des lieux » (art. 1007 et s.), et le constat d’adultère par huissier de justice (art. 1016*bis*). L’expertise occupe une place à part dès lors qu’elle fait plus qu’alimenter les éléments de faits soumis au juge : elle lui procure un avis technique sur les faits constatés par l’expert.

(1999) L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2006, n° 575.

(2000) Le terme est fort ancien, puisqu’on le retrouve déjà dans l’ordonnance de Louis XIV de 1667.

À côté de ces mécanismes, le Code judiciaire réglemente également la vérification d'écritures et le faux civil. Ces procédures ne permettent pas à proprement parler de rapporter des éléments de preuve supplémentaires mais servent à conforter ou écarter la force probante des preuves littérales produites au dossier. Enfin, la manière dont la preuve civile du serment peut être utilisée fait également l'objet de deux articles du Code judiciaire.

5.14 **Caractère exhaustif ou non de la liste des mesures d'instruction.** Cette liste de procédures de réception de preuve est-elle exhaustive ou pourrait être complétée par des modes de preuve *sui generis* ? En fait, la question posée est double : le juge peut-il créer de toutes pièces des mesures d'instruction non prévues par le Code judiciaire et peut-il déroger aux modalités des mesures d'instruction existantes ?

Le Code de procédure civile français impose le recours aux « mesures d'instruction légalement admissibles » (art. 143). On ne trouve pas une telle limitation en droit belge, ce qui justifie que l'on se pose la question. Celle-ci est peu étudiée et on n'en trouve guère de reflet dans la jurisprudence.

La cour du travail de Liège a prononcé un arrêt assez remarqué, dans lequel elle affirme la liberté du juge d'organiser de nouvelles formes de mesures d'instruction, pour autant qu'il respecte le principe du contradictoire ⁽²⁰⁰¹⁾. Cette décision cite assez largement l'opinion de G. de Leval : « Le principe [selon lequel la preuve n'est légalement faite que lorsqu'elle a été administrée suivant les formes prescrites par les textes] peut être, à son tour, nuancé, en tenant compte de la souplesse des règles procédurales de preuve rarement prescrites à peine de nullité, de l'accroissement du pouvoir du juge dans le déroulement du procès civil et du principe d'économie des frais de procédure. Pour autant qu'un contrôle de l'autorité judiciaire demeure toujours possible et que la contradiction s'exerce dès l'exécution de la mesure d'instruction et non seulement au stade de l'examen du résultat de la mesure, nous admettons un certain assouplissement des règles en matière de preuve. (...) Le juge, au niveau de l'administration de la preuve, n'est donc pas enserré dans un carcan rigide ; il a le pouvoir de moduler les mesures d'instruction ou d'organiser des mesures d'instruction inédites pour autant qu'en tout état de cause, le principe du contradictoire soit respecté » ⁽²⁰⁰²⁾.

La rareté des décisions à ce sujet provient sans doute de ce que les mesures d'instruction existantes permettent de rencontrer la plupart des hypothèses dans lesquelles des éléments de preuve doivent être rassemblés. S'il

(2001) C. trav. Liège, 27 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1066, obs. G. DE LEVAL.

(2002) G. DE LEVAL, « Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction non prévues par la loi ? », *Ann. dr. Liège*, 1990, pp. 417 et s. Voy. aussi G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, p. 35.

s'agit de prendre connaissance de documents, la production de documents peut être utilisée. S'il s'agit de preuves orales, le juge peut recourir à l'audition de témoins ou la comparution des parties. S'il s'agit de réaliser un constat, le tribunal peut se rendre sur les lieux, commettre un huissier ou désigner un expert. La procédure de réception des témoignages écrits, introduite en 2012, a comblé une lacune dans le droit des mesures d'instruction, lorsque le juge souhaite obtenir la version d'un tiers concernant le déroulement des faits, sans devoir recourir à la procédure d'enquête. Par ailleurs, l'article 872 permet au juge de demander au parquet de recueillir des renseignements dans certaines matières familiales. Certains cas de figure ne sont toutefois pas véritablement réglés ⁽²⁰⁰³⁾.

Par ailleurs, comment le juge qui, volontairement, mettrait en place une procédure non-conforme aux règles du Code judiciaire pourrait-il être sanctionné ? Les dispositions relatives à la preuve qui donnent lieu à nullité se comptent quasiment sur les doigts d'une main. Le juge commet-il alors une violation des règles d'organisation judiciaire ? Cela supposerait que l'on admette que les règles relatives à l'administration de la preuve font partie du cœur même des règles procédurales, que l'on ne pourrait méconnaître sans mettre en cause l'équilibre fondamental du droit processuel. Nous ne pensons pas que ce soit le cas, ne fut-ce que parce que les règles d'organisation judiciaire sont d'ordre public ⁽²⁰⁰⁴⁾, ce que ne sont pas les règles relatives à l'administration de la preuve ⁽²⁰⁰⁵⁾. Par ailleurs, les preuves ainsi récoltées ne pourraient pas non plus être rejetées, au motif qu'elles résultent d'une procédure illégale. L'évolution de la jurisprudence sur ce point (*cf. supra*, n° 5.6) ne permettrait plus d'écarter, pour cause d'illégalité, le résultat d'une mesure d'instruction originale que dans les cas admis par la jurisprudence Antigone : violation d'une forme prescrite à peine de nullité, absence de fiabilité de la preuve ou non-respect du droit au procès équitable.

On peut déduire de ces considérations que rien ne s'oppose effectivement à une adaptation des procédures d'instruction du litige civil, pour au-

(2003) B. Allemeersch (*Taakverdeling in het burgerlijk proces*, *op. cit.*, n° 93, p. 405) cite à titre d'exemple l'exhumation d'un corps aux fins d'autopsie, qui excède les limites d'une expertise classique. On pourrait aussi citer l'audition des conseils techniques des parties, qui ne relève ni de la comparution personnelle ni d'une enquête à proprement parler (l'expert n'est pas une partie et ne la représente pas, il n'est pas – ou pas uniquement – entendu sur des faits qu'il pourrait attester mais aussi sur une opinion technique). Par ailleurs, leur lien étroit avec une partie empêche qu'ils soient désignés comme experts judiciaires.

(2004) P. VAN ORSHOVEN, « Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjizers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht », *R.D.J.P.*, 2002, pp. 3 et s., n° 28 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 140 ; Cass., 10 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 796 ; Cass., 10 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 339 ; Cass., 9 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1242.

(2005) Si les règles relatives à l'administration de la preuve étaient d'ordre public, les accords procéduraux ne seraient pas valables. Voy. *supra*, n° 5.11. Quand bien même les règles d'administration de la preuve seraient d'ordre public, cette circonstance ne permettrait pas d'annuler un acte de procédure lorsque cette sanction n'est pas expressément prévue par la loi (Cass., 29 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 463, note RIGAUX).

tant que les éléments fondamentaux du droit au procès équitable soient respectés : principe du contradictoire, égalité des armes, respect du délai raisonnable...⁽²⁰⁰⁶⁾ On pourrait même considérer que l'introduction d'un *numerus clausus* dans les procédures d'administration de la preuve serait contraire au droit à la preuve⁽²⁰⁰⁷⁾. Cet assouplissement n'est cependant pas extensible à l'infini. Ainsi, le pouvoir du juge, reconnu par l'article 872, de requérir le ministère public de recueillir des renseignements, en matière d'exercice de la puissance paternelle et de garde d'enfants, de résidence des époux, de pension alimentaire et d'adoption, est limité par l'indépendance du ministère public à l'égard du siège. On ne pourrait donc interpréter cette disposition de manière extensive⁽²⁰⁰⁸⁾.

(2006) Dans le même sens : B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, *op. cit.*, n°s 91 et s., pp. 403 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 633 ; L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre les parties et le juge en ce qui concerne la preuve », *op. cit.*, n° 16. *Contra* : F. DUMON, « De tegenwoordige opdracht van de rechter », *R.W.*, 1951-1952, col. 1119.

(2007) G. WALTER, « Le droit à la preuve au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la Constitution fédérale suisse », in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, CEDAM, 1994, p. 690.

(2008) G. DE LEVAL, « Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction non prévues par la loi ? », *op. cit.*, p. 419. On peut aussi citer, parmi les cas de limitation des pouvoirs du juge, l'interdiction pour le tribunal de dispenser les parties de la consignation de la provision demandée par l'expert.

SECTION 2

La production de documents

§ 1. Définition et conditions d'application de la production de documents

5.15 **Principe.** L'article 877 du Code judiciaire, offre une belle illustration du principe de la collaboration des parties à l'administration de la preuve. En effet, il autorise le juge à ordonner la production de documents pertinents pour la solution du litige. Cette mesure est totalement déconnectée de la charge de la preuve. La partie qui se voit adresser cette injonction peut donc fort bien ne pas supporter le fardeau de la preuve. Il suffit qu'elle soit détentrice de pièces utiles pour la solution du litige. Une partie peut être ainsi contrainte de produire des pièces qui lui sont défavorables. L'ancien adage « *nemo tenetur edere contra se* » (personne n'est tenu de prêter serment (témoigner) contre lui-même) ne fait donc plus partie de notre droit procédural. Par ailleurs, le principe selon lequel une partie ne peut s'incriminer elle-même n'est pas applicable en matière civile ⁽²⁰⁰⁹⁾.

(2009) C.J.C.E., 10 novembre 1993, aff. C-60/90, *Rec.*, 1993, p. I-05683.

Cependant, cette disposition dépasse le cadre strict de la collaboration des parties à l'administration de la preuve, puisque l'injonction de production peut également être adressée à des tiers. À leur égard, la production de documents repose sur le même fondement que l'audition de témoins, qui permet aussi de contraindre des tiers à participer à l'administration de la preuve.

Comme pour toute mesure d'instruction, le juge peut ordonner d'office la production de documents. Toutefois, même dans cette matière, l'activisme du juge peut être neutralisé par l'accord des parties. La Cour de cassation a considéré que le juge ne pouvait faire application de l'article 877 lorsque les parties ont, de commun accord, écarté tout recours à cette procédure⁽²⁰¹⁰⁾. À défaut d'accord des parties, le juge apprécie souverainement l'opportunité d'une production de documents⁽²⁰¹¹⁾. Le respect du droit au procès équitable, plus particulièrement du respect des droits de la défense, ne peut contraindre le juge à ordonner une mesure qui lui apparaît inutile⁽²⁰¹²⁾.

Cette procédure peut constituer un incident dans le cadre d'une instance mais elle peut aussi être demandée à titre principal⁽²⁰¹³⁾.

5.16 Conditions d'application. Il convient toutefois d'éviter que ce mécanisme soit utilisé de manière abusive, pour se décharger sur son adversaire de son devoir de constituer un dossier bien étayé. L'utilisation de cette procédure est donc encadrée par un certain nombre de conditions :

- a) il faut que le document contienne la preuve d'un *fait pertinent*. Le fait pertinent est défini comme celui dont la preuve est utile, celui qui est en rapport avec le fait litigieux. Il n'est pas exigé qu'il soit concluant⁽²⁰¹⁴⁾ ;

(2010) Cass., 2 juin 2005, *F.J.F.*, 2006, p. 577 ; *J.T.*, 2006, p. 149, concl. M.P., note ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 452, concl. HENKES, obs. ; *Pas.*, 2005, p. 1167, concl. HENKES.

(2011) Cass., 24 juin 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 151, note VANDENBUSSCHE et SAMOY ; Cass., 28 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1504 ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 250, note GOVAERTS ; *T. Fam.*, 2012, p. 226, note SENAËVE.

(2012) Cass., 13 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 592 ; *Pas.*, 2009, p. 2630 ; Cass., 18 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 133 ; Cass., 17 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1078 ; *R.W.*, 2006-2007, p. 921 (somm.) ; Cass., 24 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1722 ; L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre les parties et le juge en ce qui concerne la preuve », *op. cit.*, n° 17.

(2013) Voy. cependant : Civ. Anvers, 15 juin 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 878, note LABEEUW. Cette décision, sans remettre en cause le droit d'une partie d'agir à titre principal en production de documents, relève néanmoins qu'un ordre de préférence doit être respecté dans l'application de cette mesure : il convient de s'adresser tout d'abord à la partie à la cause intéressée, avant de diriger la procédure contre un tiers.

(2014) S. STIJNS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *Jura Falc.*, 1984-1985, p. 208 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *Ann. Dr. Louvain*, 1981, p. 91 ; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de discovery ? », *J.T.*, 1997, pp. 225 et s., n° 15.

- b) la production forcée doit concerner un *document*, au sens large, c'est-à-dire un écrit mais aussi des photographies, des enregistrements, des données informatiques, un mot de passe...⁽²⁰¹⁵⁾ ;
- c) ce document peut être détenu par une partie ou par un tiers. Peu importe que le possesseur puisse invoquer un titre juridique. La preuve de cette détention doit résulter de *présomptions graves, précises et concordantes*⁽²⁰¹⁶⁾. Il n'est pas question de solliciter la production de « tous documents utiles... » ou de documents dont l'existence apparaît douteuse. Cette procédure ne permet pas d'explorer le dossier de la partie adverse sans but précis⁽²⁰¹⁷⁾. La production de documents n'est donc pas un substitut de la procédure américaine de « *discovery* »⁽²⁰¹⁸⁾. Ce principe devrait également interdire la désignation d'un séquestre, chargé de percevoir et détenir la totalité de la correspondance d'une partie⁽²⁰¹⁹⁾ ;
- d) enfin, le document à produire doit exister. Il ne peut s'agir d'un document à créer. La procédure ne peut donc être utilisée pour contraindre une partie à effectuer une prestation⁽²⁰²⁰⁾.

5.17 Inapplicabilité en matière pénale et à l'égard du ministère public. La Cour de cassation a également rappelé l'inapplicabilité de la procédure

(2015) S. STIJNS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *op. cit.*, p. 209 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *op. cit.*, p. 92 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 641. Sur le sens du mot « document », voy. D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 83-3. Pour le cas du mot de passe, voy. C. trav. Gand, 23 juin 2010, T.G.R.-T.W.V.R., 2011, p. 110.

(2016) Cass., 17 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1078 ; R.W., 2006-2007, p. 921 (somm.) ; Cass., 13 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 592 ; *Pas.*, 2009, p. 2630.

(2017) A. BRUYNEEL, « Le secret bancaire en Belgique après l'arrêt du 25 octobre 1978 », *J.T.*, 1979, pp. 371 et s., n° 16 ; F. DELWICHE, « De sekwestratie van bewijsmateriaal – Een gerechtelijke hinderlaag ? », R.W., 1977-1978, col. 2025, n° 10 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, nos 642-643 ; S. STIJNS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *op. cit.*, p. 209. Voy., pour des cas typiques d'application de cette interdiction : Comm. Bruxelles (prés.), 12 janvier 2011, *I.R.D.I.*, 2011, p. 26 ; Civ. Bruxelles, 3 février 2011, *T.R.V.*, 2011, p. 199.

(2018) Voy. D. MOUGENOT, « L'administration de la preuve et les mesures d'instruction », in H. BOULARBAH et Fr. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, CUP, vol. 145, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 303 et s., n° 12.

(2019) F. DELWICHE, « De sekwestratie van bewijsmateriaal – Een gerechtelijke hinderlaag ? », *op. cit.* ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le séquestre judiciaire en droit commercial », *R.D.C.*, 1999, p. 243, n° 17 ; G.-L. BALLON, « Overlegging van stukken in een proces », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 725 ; N. LABEEUW, « De procedure van overlegging van stukken », *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 879 et s.

(2020) Mons, 1^{er} octobre 2002, *J.T.*, 2002, p. 815. Dans cette affaire, la cour d'appel de Mons a décidé que la procédure de production de documents ne peut servir à faire exécuter, sans contrepartie, une prestation d'un service, à savoir une recherche dans une base de données et l'établissement d'une liste de résultats. Cependant la cour d'appel d'Anvers oblige un notaire à déposer son avis motivé concernant les dires et difficultés avancés par les parties (Anvers, 9 mars 2011, *Limb. Rechtsl.*, 2011, p. 364, note SMEETS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 881, somm.). Cette décision est discutable, dans la mesure où elle tend à créer un document qui n'existe pas encore. Voy. D. MOUGENOT, « La procédure de production de documents au secours d'une expertise en panne », *R.D.J.P.*, 2006, pp. 78 et s.

de production de documents en matière pénale⁽²⁰²¹⁾. Elle est également inapplicable à l'égard du ministère public, même siégeant en matière civile⁽²⁰²²⁾. Dans certains cas, l'article 872 du Code judiciaire autorise le juge à demander au ministère public de recueillir des informations, ce qui n'est pas la même chose : d'une part, la demande n'a aucun caractère contraignant ; d'autre part, il s'agit de recueillir des informations et non de communiquer un dossier déjà établi.

En revanche, la production de documents est applicable en matière de procédure disciplinaire, en particulier devant l'Ordre des médecins⁽²⁰²³⁾.

§ 2. Exceptions

5.18 **Secret professionnel.** En principe, le destinataire de l'injonction ne peut refuser d'obtempérer qu'en invoquant un motif légitime. Ce sont essentiellement les documents couverts par le secret professionnel qui échapperont à cette mesure. Les règles applicables en cette matière sont les mêmes qu'en matière d'enquête : là où une personne peut refuser de témoigner, elle peut également refuser de produire un document. Il convient donc de faire notamment la différence entre le simple devoir de discrétion, qui ne permet pas de se soustraire à une injonction de production de pièces, et le véritable secret professionnel⁽²⁰²⁴⁾. L'analyse de cette matière dépasse le cadre de ce précis⁽²⁰²⁵⁾.

(2021) Cass., 18 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 133 ; Cass., 22 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 726 ; *J.L.M.B.*, 1994, p. 7 ; *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 682.

(2022) Cass., 21 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 1096. Cette solution est approuvée par la doctrine : A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLEN, A. KOHL et C. PIRARD, « La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel », *Ann. dr. Liège*, 1970, p. 206 ; S. STIJNS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *Jura Falc.*, 1984-1985, pp. 199 et s., spéc. p. 211 ; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, t. IV, Bruylant, Bruxelles, 1980, n° 12 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *op. cit.*, p. 93 ; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de discovery ? », *op. cit.*, n° 19. *Adde* Bruxelles (jeun.), 29 avril 1994, *Pas.*, 1994, II, p. 87. Voy. cependant l'opinion plus nuancée d'A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 357, n° 483.

(2023) Bruxelles, 7 avril 1998, *Pas.*, 1997, II, p. 65.

(2024) P. LAMBERT, « Le devoir de réserve et les notions voisines : le secret professionnel et l'obligation de discrétion », in *Le devoir de réserve : l'expression censurée*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 9 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 647.

(2025) Sur la question du secret professionnel en matière de production de documents, voy. not. : P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 61 et s. ; D. KIGANAHE, « La protection pénale du secret professionnel », in *Le secret professionnel*, Bruges, La Chartre, 2002, pp. 51 et s. ; D. MOUGENOT, « Le charme discret des "petites" mesures d'instruction », *R.D.J.P.*, 2007, pp. 239 et s. ; D. MOUGENOT (coord.), *L'instance*, vol. II.A, *op. cit.*, commentaire des articles 877 et s. ; D. MOUGENOT, « Le point de la jurisprudence relative aux mesures d'instruction », in *Le point sur les procédures* (2^e partie), CUP, vol. 43, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 205 et s., spéc. pp. 214 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1991 à 2001) », *R.C.J.B.*, 2002, pp. 653 et s., spéc. pp. 716 et s.

§ 3. Procédure

5.19 **Procédure.** Lorsque l'injonction est dirigée contre une partie, le jugement doit simplement préciser la ou les pièces à produire et déterminer si elles doivent être déposées au dossier en original ou en copie. S'il s'agit d'une copie, le jugement doit indiquer l'autorité qui doit en certifier l'exactitude et prévoir, le cas échéant, la consignation des frais de certification (art. 879).

L'article 878 précise que, si le document est détenu par un tiers, le juge doit l'inviter préalablement à déposer ce document en original ou en copie au dossier de la procédure, selon les modalités indiquées au jugement. Cette invitation ne prend pas nécessairement la forme d'un jugement⁽²⁰²⁶⁾. Le tiers peut alors faire valoir ses observations par écrit ou en chambre du conseil. Les parties peuvent en prendre connaissance et y répondre. C'est à ce stade que doit s'instaurer le débat relatif au secret professionnel ou à tout autre motif légitime de refus de production. Ce n'est qu'après que le tiers ait pu réagir que le tribunal prend position et rend un jugement ordonnant ou non cette production de pièces. Dès lors que l'article 878 ne vise que les tiers, il s'en déduit que les parties ne peuvent en principe formuler d'observations lorsque le juge leur ordonne de produire des pièces. C'est assez logique dès lors que les parties ont eu toute latitude pour conclure sur ce point alors que le tiers est étranger à la procédure et n'a pu y intervenir antérieurement⁽²⁰²⁷⁾.

Ces formalités ne sont pas prescrites à peine de nullité⁽²⁰²⁸⁾.

5.20 **Recours.** La décision qui ordonne la production de documents n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel. Toutefois, il est possible d'interjeter appel contre des dispositions autres que celles qui ordonnent la production de documents. Le dispositif du jugement ne constitue pas à ce sujet un tout indissociable : lorsque la même décision comporte un dispositif susceptible d'appel et un dispositif qui ne l'est pas, le recours est (n'est) recevable (qu') en tant qu'il est dirigé contre la partie susceptible d'appel du jugement⁽²⁰²⁹⁾. Cela vaut donc lorsque le juge ordonne deux mesures

(2026) P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, 2^e partie, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1980, n° 24.

(2027) Ch. VAN REEPINGHEN, « Rapport sur la réforme du Code judiciaire », *Pasin.*, 1967, p. 332. Cette situation ne crée pas de discrimination injustifiée entre le tiers et les parties : C. trav. Liège, 20 octobre 2004, *R.R.D.*, 2005, p. 30.

(2028) Cass., 29 octobre 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 162.

(2029) J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1991-2001) », *R.C.J.B.*, 2002, p. 730, n° 652 ; G. DE LEVAL, « La saisie immobilière », *op. cit.*, p. 403, n° 642 ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 74, n° 121. *Contra* mais à tort : Mons, 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 711.

d'instruction, dont l'une est susceptible d'appel et l'autre pas (une expertise et une production de documents par exemple ; voy. aussi pour ce qui est de la comparution personnelle et de la vue des lieux, *infra*, n^{os} 5.92 et 5.97). L'appel est également possible à l'égard des dispositions qui condamnent au paiement d'une astreinte ⁽²⁰³⁰⁾. Bien que la doctrine estime cette jurisprudence discutable ⁽²⁰³¹⁾, au regard du caractère accessoire de l'astreinte, elle est actuellement bien ancrée ⁽²⁰³²⁾.

Le jugement ordonnant la production de documents ne doit pas être confondu avec une décision ordonnant la réouverture des débats pour permettre à l'une des parties de produire des pièces complémentaires. Une telle décision n'ordonne pas une mesure d'instruction à proprement parler ⁽²⁰³³⁾.

§ 4. Sanctions en cas de non-respect de l'ordre de production de documents

5.21 **Présomptions – Dommages-intérêts – Astreinte.** Le Code judiciaire n'a pas admis que l'on considère comme avéré le fait allégué par une partie, à défaut pour l'autre partie de collaborer à la preuve ⁽²⁰³⁴⁾. Cette solution est exclue dans le rapport du Commissaire royal Van Keppinghen « parce qu'elle eût été de nature à entraver la libre appréciation des faits par le juge ; elle n'eût pu, au surplus, être appliquée à un tiers » ⁽²⁰³⁵⁾. Rien n'empêche par contre que le juge forme sa conviction sur un ensemble de présomptions, parmi lesquelles figure le refus d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve. La jurisprudence française est plus radicale : ainsi la Cour de cassation de France a censuré une cour d'appel

(2030) Cass., 12 novembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 728 ; Liège, 8 janvier 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1002 ; Mons, 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 711. Voy. aussi *infra* la comparution personnelle.

(2031) G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstructions », *op. cit.*, n° 17 ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « L'astreinte », *Ann. dr. Liège*, 1982, p. 80, note 217 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, l. IV/6, Bruxelles, Larcier, 2007, n^{os} 105 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1991-2001) », *op. cit.*, p. 732, n° 654.

(2032) G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 74, n° 121.

(2033) Cass., 23 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1197.

(2034) Mons, 21 juin 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.793.

(2035) « Rapport sur la réforme du Code judiciaire », *Pasin.*, 1967, p. 443. Voy. aussi : G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstruction », *op. cit.*, p. 22, n° 9 ; D. DESSARD, note sous Comm. Liège (réf.), 3 février 1978, *J.C.B.*, 1980, p. 391 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 33 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *op. cit.*, p. 103 ; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de discovery ? », *op. cit.*, n° 34. En France, J. Devezé milite cependant pour la solution contraire : le refus non justifié de collaborer à l'administration de la preuve devrait être sanctionné par l'attribution du risque de la preuve (*Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, Service de Reproduction des Thèses, 1980, n° 459). Voy. cependant ce qui sera dit plus loin concernant le refus de provisionner l'expert – *infra*, n° 5.82.

pour ne pas avoir tiré de conclusions d'un refus de production de pièces émanant d'une partie qui ne supportait pas la charge de la preuve⁽²⁰³⁶⁾.

En revanche, le Code judiciaire prévoit en son article 882 la condamnation du tiers récalcitrant à des dommages-intérêts à la demande de la partie intéressée et à son profit, sur simple constatation que la pièce requise n'est pas produite selon la décision du juge. La responsabilité aquilienne du tiers peut, de la sorte, être engagée et il s'expose à une demande de dommages-intérêts. Il n'y a toutefois aucun caractère automatique à la condamnation. Le juge doit vérifier que le destinataire de l'injonction ne s'est pas comporté de manière normalement prudente et diligente⁽²⁰³⁷⁾. C'est au demandeur de tels dommages-intérêts de démontrer que la partie condamnée à produire des documents est de mauvaise foi et qu'elle n'est pas en mesure d'invoquer un motif légitime pour appuyer son refus⁽²⁰³⁸⁾.

La doctrine relève le caractère malaisé de l'utilisation de cette sanction : comment apprécier le montant des dommages-intérêts alors que, par définition, l'impact du document non produit sur la solution du litige n'est pas connu ?⁽²⁰³⁹⁾

Le juge peut assortir l'injonction de production de documents d'une astreinte, après avoir entendu le tiers en ses observations⁽²⁰⁴⁰⁾. L'as-

(2036) Cass. fr., 30 mars 2005, *Procédures*, 2005, comm. p. 123, obs. R. PERROT.

(2037) Cass., 13 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 592 ; *Pas.*, 2009, p. 2630. Le simple fait d'affirmer que l'on a détruit ses archives est, en soi, une excuse insuffisante et mérite vérification : Civ. Bruges, 23 avril 2010, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 255.

(2038) Bruxelles, 24 mai 2012, *ICIP*, 2012, p. 373 ; Anvers, 22 février 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 66. Le juge peut désigner un expert pour vérifier la prétendue impossibilité résultant de la destruction des pièces : Civ. Bruges, 23 avril 2010, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 255.

(2039) S. STIJNS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *Jura Falc.*, 1984-1985, pp. 199 et s., spéc. p. 218 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *op. cit.*, p. 103 ; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de discovery ? », *op. cit.*, n° 32 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 655.

(2040) Civ. Liège, 14 février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 975. Voy. aussi, dans le même sens : Civ. Liège (réf.), 2 juillet 1980, *Jur. Liège*, 1980, p. 241, note DE LEVAL ; Civ. Huy, 30 décembre 1981, *Jur. Liège*, 1982, p. 137, note DE LEVAL ; Comm. Liège, 3 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1274. Pour ce qui est de la doctrine, voy. : G. CLOSSET-MARCHAL, « Droit judiciaire privé : les mesures d'instruction – Examen de jurisprudence (2000 à 2010) », *R.C.J.B.*, 2011, pp. 89 et s., spéc. n° 47, p. 132 ; A. KOHL, « Astreinte et production de documents dans le cadre de la fixation du montant d'une pension alimentaire », *J.L.M.B.*, 1991, p. 975 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 654 ; S. STIJNS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *op. cit.*, p. 219 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *op. cit.*, p. 104. Voy. cependant, en sens contraire : Comm. Gand, 8 mai 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 218, qui se fonde sur le fait que l'article 882 du Code judiciaire prévoit déjà la possibilité de condamner à des dommages-intérêts la partie qui néglige de produire la pièce et que la dissimulation frauduleuse de la même pièce constitue le délit stipulé à l'article 495 du Code pénal. Cette décision est discutable : l'astreinte et la condamnation à des dommages-intérêts ne poursuivent pas la même finalité. L'astreinte est un moyen de pression pour inciter une partie à produire un document à bref délai alors que les dommages-intérêts tendent à la réparation d'un préjudice subi. En outre, les aléas de la demande en condamnation à des dommages-intérêts ont été exposés ci-dessus. L'astreinte ne présente pas les mêmes inconvénients. La partie qui sollicite une astreinte n'est pas tenue d'établir et de chiffrer son préjudice, ce qui reste une démarche fort délicate dans ce domaine.

treinte doit toutefois être demandée par la partie qui sollicite la production de documents, dès lors que le juge ne peut la prononcer de sa propre initiative ⁽²⁰⁴¹⁾. Cette possibilité n'est donc pas ouverte lorsque la production de documents est ordonnée d'office par le tribunal.

Enfin, l'article 780*bis* du Code judiciaire, introduit par la loi du 26 avril 2007, permet au juge de condamner toute partie qui se rend coupable d'attitude abusive ou dilatoire à une amende civile. Rien n'empêche d'appliquer cette nouvelle sanction à la partie qui refuse, sans motif légitime, d'obtempérer à un ordre de production de documents.

(2041) J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *op. cit.*, n^{os} 26 et s.

SECTION 3

La vérification d'écritures et le faux civil

§ I. La vérification d'écritures

5.22 **Principe.** Ces deux incidents concernent la validité des actes invoqués à titre de moyens de preuve. La vérification d'écritures est propre à l'acte sous seing privé, alors que le faux civil concerne autant les actes authentiques que sous seing privé.

Pour bien comprendre le mécanisme de la vérification d'écritures, il faut brièvement évoquer la force probante des actes sous seing privé. Tout comme l'acte authentique, l'acte sous seing privé fait pleine foi entre les parties, pour autant qu'un préalable – inexistant pour l'acte authentique – soit respecté : celui de sa reconnaissance (art. 1322 C. civ.). Comme l'indique l'article 1323 du Code civil, celui auquel on oppose un acte sous seing privé doit avouer ou désavouer formellement son écriture ou sa signature. Tant que l'auteur présumé de l'acte – ou ses héritiers s'il est décédé – refuse de reconnaître l'acte et d'en assumer la paternité, celui-ci est privé de toute force probante⁽²⁰⁴²⁾ et vaudra tout au plus comme présomption (il ne peut même pas servir de commencement de preuve par écrit dès lors que celui-ci suppose que l'origine du document soit certaine). La partie qui s'obstine à invoquer cet acte en justice doit alors, conformément à l'article 1324 du Code civil, provoquer la vérification d'écritures⁽²⁰⁴³⁾. On constate donc que l'auteur présumé d'un acte sous seing privé peut adopter une attitude tout à fait passive : il lui suffit de

(2042) C. trav. Gand, 30 mars 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 375 ; C. trav. Liège, 26 avril 2005, R.G. n° 7134-02, *Juridat* ; Mons, 18 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 364.

(2043) Mons, 3 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 482 (somm.) ; Mons, 18 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 364.

désavouer sa signature pour ôter toute force probante à l'acte, sans devoir prouver qu'il y a eu falsification. C'est la partie qui souhaite utiliser l'acte en justice qui doit prendre l'initiative de la vérification d'écritures. Si, à l'issue de la vérification d'écritures, l'authenticité⁽²⁰⁴⁴⁾ de la signature est établie, l'acte recouvre la force probante d'acte sous seing privé, dont il avait été temporairement privé, du fait des dénégations du signataire⁽²⁰⁴⁵⁾.

Le Code judiciaire précise que la demande de vérification d'écritures peut être principale ou incidente (art. 883).

5.23 **Acte d'avocat.** La loi du 29 avril 2013 relative à l'acte sous seing privé contresigné par les avocats des parties a une incidence déterminante dans cette matière. En effet, son article 2 dispose que l'acte sous seing privé contresigné par les avocats fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties à l'acte tant à leur égard qu'à l'égard de leurs héritiers ou ayants-cause. L'acte contresigné par l'avocat a donc le même statut que l'acte sous seing privé reconnu par son auteur. Une procédure de vérification d'écritures devient dès lors sans objet. En revanche, la procédure de faux civil reste utilisable⁽²⁰⁴⁶⁾.

Pour bénéficier de ce statut, l'acte doit être contresigné par les avocats de toutes les parties, chaque partie ayant un intérêt distinct devant être assistée par un avocat différent. En outre, les avocats doivent attester avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'ils conseillent sur les conséquences juridiques de cet acte. Celui-ci est établi au moins en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et d'avocats signataires. Chaque original contient la mention du nombre des originaux qui ont été faits.

La loi ne mentionne aucune sanction, au cas où ces exigences de forme ne seraient pas respectées, et le sort à réserver à l'acte, dans ce cas, reste incertain⁽²⁰⁴⁷⁾. Nous ne pensons pas qu'une sanction unique soit envisageable pour n'importe quel type de manquement. Par exemple, l'absence de mention de ce que l'avocat a correctement éclairé son client ne devrait pas nécessairement porter atteinte à la force probante du document mais pourrait ouvrir la porte à un vice du consentement ou une action en responsabilité contre l'avocat. En revanche, on pourrait considérer qu'en l'absence d'originaux en nombre suffisant, l'acte perd sa force probante privilégiée, par analogie avec le régime de l'article 1325 du Code civil.

(2044) Au sens courant du terme – comme l'on dit d'un tableau qu'il est authentique.

(2045) D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, n^{os} 156 et s.

(2046) Y. KEVERS, « L'acte d'avocat », *J.T.*, 2014, pp. 357 et s., n^{os} 19 et s.

(2047) J. FONTEYN, « L'acte sous seing privé contresigné par les avocats des parties », *Rev. not. b.*, 2013, pp. 584 et s., n^o 5.

§ 2. Le faux civil

5.24 **Principe.** L'inscription de faux civil vise à faire reconnaître la fausseté d'un acte, qu'il soit authentique ou sous seing privé. L'acte authentique bénéficie d'une force probante « immédiate », c'est-à-dire qu'elle n'est subordonnée à aucune reconnaissance préalable. De ce fait, la vérification d'écritures est sans objet pour ce type d'acte. On voit par ailleurs que l'objectif de ces deux procédures est inverse : la vérification d'écritures tend à faire établir la sincérité d'un acte et le faux civil tend au contraire à en établir la fausseté⁽²⁰⁴⁸⁾. Il en résulte que, lorsque la procédure est demandée par la partie qui invoque l'acte en justice, elle doit tendre à la vérification d'écritures. Il a été dit plus haut que l'auteur de l'acte pouvait se cantonner dans une attitude passive. Rien ne l'empêche cependant de prendre les devants et de faire établir que l'acte est un faux. C'est alors l'inscription de faux qu'il doit solliciter. Ces différences sont relativement formelles parce que la procédure est très similaire dans les deux cas⁽²⁰⁴⁹⁾. Ajoutons que ces deux procédures ne s'excluent pas : l'inscription de faux reste possible même après l'accomplissement d'une procédure de vérification d'écritures (art. 896 C. jud.)⁽²⁰⁵⁰⁾.

La procédure de faux civil ne doit pas être confondue avec la procédure pénale. La procédure civile ne vise pas à sanctionner une infraction. Elle tend simplement à priver un acte de sa force probante. Cela suppose donc que l'acte en question soit revêtu d'une force probante réelle et s'impose au juge. Il est dès lors inutile de mettre en mouvement la procédure de faux civil à l'égard d'un document qui vaudrait à titre de simple présomption. Dès lors que le juge n'est pas tenu par des présomptions, il peut les écarter sans devoir détruire leur force probante.

Pour que le faux soit établi, il faut prouver positivement la fausseté des mentions attaquées. Il ne suffit pas d'en nier l'exactitude⁽²⁰⁵¹⁾.

(2048) Ch. VAN REEPINGHEN, « Rapport sur la réforme judiciaire », *Pasin.*, 1967, p. 445 ; D. et R. MOUGENOT *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 159 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 663 ; Gand, 7 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 178. Dans le même sens : Civ. Louvain, 24 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1195, qui relève que la partie contre laquelle le document est invoqué n'a aucun intérêt à introduire une demande de vérification d'écriture : il lui suffit de dénier la force probante de l'acte.

(2049) Il existe cependant des différences : la procédure de faux civil est communicable, alors que la vérification d'écritures ne l'est pas.

(2050) Gand, 10 janvier 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 368.

(2051) Liège, 19 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 178.

SECTION 4

L'enquête

§ I. Notions générales

5.25 **Principe et recevabilité en droit civil.** L'enquête est une procédure judiciaire tendant à l'audition de témoins. Son statut se situe au confluent entre les règles du droit civil et du droit judiciaire.

Sa recevabilité est donc tout d'abord conditionnée par les règles du droit civil relatives à la preuve des actes juridiques. Rappelons que, selon l'article 1341 du Code civil, la preuve par témoins d'actes juridiques d'une valeur supérieure à 375 EUR ne peut être rapportée. De même la preuve par témoins contre ou outre un acte juridique n'est pas non plus autorisée.

Cette règle connaît toutefois un certain nombre d'exceptions⁽²⁰⁵²⁾ :

- elle ne s'applique pas en matière commerciale, où la preuve est libre ;
- elle ne s'applique qu'aux actes juridiques ; la preuve des faits, matériels ou juridiques, peut donc être rapportée par toutes voies de droit ;
- elle ne s'applique pas aux actes de faible valeur (moins de 375 EUR) ;
- elle ne s'applique pas en cas d'impossibilité matérielle ou juridique de constituer un écrit (art. 1348 C. civ.) ou en présence d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.).

5.26 **Conditions de recevabilité en droit judiciaire.** Le Code judiciaire ajoute des conditions supplémentaires, précisées à l'article 915 : l'enquête doit permettre de rapporter la preuve de faits *précis* et *pertinents*.

Par faits *précis*, il faut entendre des faits matérialisés avec précision dans le temps et dans l'espace, relatifs à des éléments concrets que les témoins sont en mesure de confirmer ou d'infirmer parce qu'ils les ont appréhendés d'une façon quelconque, et qui sont susceptibles d'être contestés de la même manière⁽²⁰⁵³⁾.

(2052) Sur les exceptions à l'article 1341, voy. : D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, n^{os} 52 et s., pp. 120 et s. ; D. MOUGENOT, « La preuve – Évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Chartre, 2004, pp. 150 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n^{os} 351 et s., pp. 166 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, pp. 216 et s., n^{os} 213 et s.

(2053) Liège, 21 avril 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 497 ; *J.T.*, 1998, p. 797 ; Liège, 18 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 620 ; Mons, 12 juin 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 136.

Par faits *pertinents*, il faut entendre des faits de nature à constituer une preuve de la demande formulée ou susceptible de donner un éclairage particulier à d'autres faits cotés et admis à preuve⁽²⁰⁵⁴⁾. L'enquête ne peut être ordonnée que si elle est utile⁽²⁰⁵⁵⁾. Cette précision vaut d'ailleurs pour toutes les mesures d'instruction et sera répétée pour l'expertise. L'enquête est inutile lorsque le fait à prouver est déjà contredit par d'autres éléments du dossier⁽²⁰⁵⁶⁾.

L'enquête est nulle lorsqu'elle viole les droits de la défense du témoin (art. 961, 3°)⁽²⁰⁵⁷⁾.

Le juge apprécie souverainement l'opportunité de l'enquête. Il ne peut toutefois se borner à rejeter la demande d'enquête en relevant que les faits allégués ne sont pas prouvés⁽²⁰⁵⁸⁾ ou que la partie qui sollicite l'enquête ne fournit pas un commencement de preuve⁽²⁰⁵⁹⁾. Il s'agirait d'une violation du droit à la preuve de la partie qui sollicite les enquêtes (*cf. supra*, n° 5.4).

Il est à noter que le témoignage indirect n'est pas interdit en droit belge⁽²⁰⁶⁰⁾. Le juge fera évidemment preuve de prudence quant à l'appréciation de ce type de témoignage⁽²⁰⁶¹⁾.

5.27 Interdiction d'entendre les parties comme témoins. Une partie ne peut être entendue comme témoin, donc sous serment, dans une procédure qui la concerne. La mesure d'instruction adéquate dans ce cas est la comparution personnelle des parties.

Cette situation peut, dans certains cas, engendrer une rupture de l'égalité des armes, selon la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque seule une des deux parties peut faire entendre un témoin⁽²⁰⁶²⁾. À

(2054) A. KOHL, « Les mesures d'instruction », in *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, CUP, vol. 70, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 212.

(2055) Cass., 28 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1191 ; Cass., 17 septembre 1999, *Dr. circ.*, 2000, p. 13 ; Cass., 18 juin 1999, *R.D.J.P.*, 1999, p. 332 ; Cass., 4 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 321 ; Cass., 13 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1396 ; Cass., 16 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 808 ; Cass., 4 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 474 ; Cass., 17 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 190.

(2056) Cass., 18 janvier 2001, *Pas.*, 2001, p. 120 ; Cass., 18 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1075 ; Civ. Bruxelles, 13 décembre 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 533.

(2057) Anvers, 31 mars 1998, *T.F.R.*, 1999, p. 63, note SPAGNOLI.

(2058) Cass., 11 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1159, concl. LECLERCQ ; R.W., 2010-2011, p. 1177 (somm.) ; Cass., 4 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 130 ; Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1167 ; Cass., 18 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 663.

(2059) Cass., 5 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1053 ; Cass., 16 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 808 ; Cass., 30 juin 2005, *Res jur. imm.*, 2006, p. 341.

(2060) Cass., 25 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 768 ; Liège, 27 octobre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 516 ; R.R.D., 1999, p. 38 ; Liège, 23 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 51 ; Civ. Bruxelles, 29 août 1997, *R.G.D.C.*, 2000, p. 112 ; Civ. Turnhout, 5 décembre 1991, *R.W.*, 1992-1993, p. 97. Voy. aussi Rapport VAN REEPINGHEN, p. 225.

(2061) Liège, 27 octobre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 516 ; *Div. Act.*, 2000, p. 115 ; R.R.D., 1999, p. 38 ; Civ. Bruxelles, 28 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 381.

(2062) Cour eur. D.H., 27 octobre 1993, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*.

l'époque de cette procédure, le Code de Procédure néerlandais prévoyait, tout comme en Belgique, l'interdiction de témoigner dans sa propre cause. Cela a eu pour effet que l'une des parties a pu faire entendre un témoin alors que l'autre en a été privée, parce que le témoin qu'elle voulait faire citer était l'un de ses organes, donc la partie elle-même. Rappelons que, en droit belge, l'article 1001 du Code judiciaire permet de confronter un témoin avec une des parties, soit que celle-ci se soit présentée spontanément, soit que le juge ait ordonné sa comparution. Il y aura toutefois une asymétrie dans ce cas, puisque le témoin sera entendu sous serment, alors que la partie sera interrogée sans serment. Cela n'aura cependant guère d'incidence sur la valeur de ces preuves puisque le juge peut apprécier librement aussi bien la valeur probante des propos du témoin que celle des déclarations d'une des parties. Pour autant que, concrètement, toutes les personnes impliquées aient pu s'exprimer devant le tribunal, la rupture d'égalité des armes stigmatisée par la Cour des droits de l'homme ne devrait pas se produire. Le fait que les parties qui mentent devant le juge ne peuvent être pénalement poursuivies pour faux témoignage, contrairement aux témoins, doit être minimisé. En effet, la fausse déclaration déposée par un particulier, consignée par écrit par le juge et son greffier et signée par la suite par le particulier, peut constituer un faux en écritures authentiques au sens de l'article 196 du Code pénal⁽²⁰⁶³⁾. Même les parties s'exposent donc à des sanctions pénales en cas de fausses déclarations lors d'une comparution.

§ 2. Audition de mineurs

5.28 Interdiction générale d'audition des mineurs. Selon l'article 931 du Code judiciaire, les mineurs de moins de quinze ans ne peuvent être entendus sous serment. Leur audition peut cependant être recueillie à titre de simple renseignement.

Par ailleurs, les descendants ne peuvent être entendus dans des causes où leurs ascendants ont des intérêts opposés (art. 931, al. 2). En effet, il convient d'éviter que des enfants soient contraints de prendre parti dans des litiges qui opposent leurs parents⁽²⁰⁶⁴⁾. Cette interdiction ne s'étend pas aux informations répressives⁽²⁰⁶⁵⁾. Elle ne fait pas obstacle à

(2063) Cass., 17 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2667 ; N.C., 2010, p.126 ; R.A.B.G., 2010, p. 416, note WAETERINCKX et DE SCHEPPER.

(2064) Cass., 11 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 199.

(2065) Cass., 27 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 115 ; Cass., 11 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 1999 ; R.W., 1979-1980, col. 1625 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 55, note N. GALLUS ; Cass., 4 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 8 ; Bruxelles, 27 septembre 1978, *Pas.*, 1978, II, p. 118. En revanche, les procès-verbaux reprenant les déclarations des enfants ne peuvent être produits dans une procédure civile : Mons, 3 décembre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 764 ; Civ. Arlon, 10 janvier 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 613.

ce que le témoignage d'un enfant soit reçu à propos de faits dont il a été personnellement victime ⁽²⁰⁶⁶⁾. Cette disposition ne s'applique pas non plus à des enfants non communs. L'enfant d'une seule des parties peut dès lors être entendu ⁽²⁰⁶⁷⁾. Rien ne s'oppose également à ce qu'un enfant majeur soit entendu, dans le cadre d'un litige qui oppose ses parents ⁽²⁰⁶⁸⁾. En revanche, l'interdiction s'étend aux témoignages indirects ⁽²⁰⁶⁹⁾ et même aux attestations écrites ⁽²⁰⁷⁰⁾.

5.29 Le droit particulier d'audition du mineur dans les affaires le concernant – Convention de New York. L'audition de l'enfant capable de discernement est un droit prévu à l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant de New York du 20 novembre 1989.

La question de l'application directe de cette Convention en droit interne n'a jamais été tranchée clairement. Par un arrêt du 29 mai 2008 ⁽²⁰⁷¹⁾, le Conseil du Contentieux des Etrangers a expressément reconnu l'application directe de l'article 12 de la Convention, en se fondant sur la jurisprudence « le Ski » de la Cour de cassation. La Cour de cassation elle-même est moins claire. Dans un arrêt du 11 mars 1994 ⁽²⁰⁷²⁾, elle a constaté que l'arrêt attaqué n'a pas violé les dispositions de la Convention, ce qui constitue, implicitement, une reconnaissance de leur effet direct en droit interne. Toutefois, dans un arrêt du 10 novembre 1999 ⁽²⁰⁷³⁾, elle a dénié tout effet direct à l'article 12 pour le juge pénal saisi de poursuites du chef d'infraction à l'article 369bis du Code pénal. Il s'agit cependant d'une affirmation assez lapidaire, dénuée de toute motivation, de telle sorte qu'il est difficile d'en fixer les limites. Dans plusieurs arrêts, elle a refusé de reconnaître un droit tiré de l'article 12, soit aux parents qui souhaitent faire entendre leurs enfants dans des instances pénales auxquelles les enfants ne sont pas parties ⁽²⁰⁷⁴⁾, soit aux enfants qui veulent faire intervention volontaire dans une procédure pénale concernant leurs parents ⁽²⁰⁷⁵⁾. Ces décisions sont logiques, dans la mesure où ces demandes excèdent le droit d'audition prévu à l'article 12 de la

(2066) Liège, 27 octobre 1998, *R.R.D.*, 1999, p. 38 (somm.) ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 516 ; *E.J.*, 2000, p. 29, note F. APS ; *Div. Act.*, 2000, p. 115.

(2067) Civ. Louvain, 23 octobre 1995, *E.J.*, 1997, p. 125, note K. HERBOTS.

(2068) Civ. Bruxelles, (réf.), 21 juin 2001, *J.T.*, 2002, p. 245.

(2069) Liège, 27 octobre 1998, *R.R.D.*, 1999, p. 38 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 516 ; *E.J.*, 2000, p. 29, note F. APS.

(2070) Civ. Bruges, 8 mai 1995, *T.W.V.R.*, 1995, p. 25 ; Civ. Turnhout, 5 décembre 1991, *R.G.D.C.*, 1992, p. 80.

(2071) Arrêt n° 12.070.

(2072) *Pas.*, 1994, I, p. 247. Dans un arrêt du 4 novembre 1993 (*Pas.*, 1993, I, p. 921), la Cour paraît également reconnaître l'effet direct de l'article 21 de la Convention.

(2073) *Arr. Cass.*, 1999, p. 1419.

(2074) *Cass.*, 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1604.

(2075) *Cass.*, 15 septembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2287, concl. VANDERMEERSCH.

Convention, qui est limité aux procédures « qui intéressent » les enfants. Elles ne signifient pas pour autant, à notre sens, que tout effet direct de l'article 12 est exclu.

5.30 Procédure d'audition des mineurs dans le Code judiciaire. Le droit à l'audition des mineurs prévu à la Convention de New York a été transposé en droit interne aussi bien dans la loi sur la protection de la jeunesse que dans le Code judiciaire (art. 931). Ces dispositions ont toutefois été abrogées par la loi du 30 juillet 2013, créant le tribunal de la famille et de la jeunesse⁽²⁰⁷⁶⁾. Cette loi a fusionné les deux procédures distinctes qui existaient antérieurement. Désormais, l'audition du mineur est régie par une seule disposition : l'article 1004/1 du Code judiciaire. Les parlementaires ont constaté, de manière judicieuse, que l'audition du mineur n'est pas une véritable audition de témoins et qu'il n'était donc plus adéquat de placer la réglementation de ce mécanisme parmi les dispositions relatives à l'enquête.

Le texte prévoit que, dans les litiges familiaux civils relatifs à l'autorité parentale, au droit d'hébergement ou au droit aux relations personnelles, tout enfant mineur de plus de douze ans sera automatiquement informé de la possibilité d'être entendu par le juge ainsi que de la possibilité de refuser d'être entendu s'il ne le souhaite pas. Cette disposition devrait répondre aux critiques qui dénonçaient le caractère automatique de l'audition, dans la loi sur la protection de la jeunesse. La possibilité de refus doit également maintenir l'idée qu'il s'agit avant tout d'un droit du mineur et non d'une prérogative du juge.

Le juge fait parvenir au mineur un courrier dont le modèle sera établi par arrêté royal, aux adresses de chacun de ses deux parents afin de s'assurer qu'il a bien été touché par cette information. Un formulaire sera joint, de manière à permettre au mineur de répondre facilement au juge quant à sa volonté ou non d'être entendu.

Le mineur de moins de douze ans, pour sa part, sera entendu à sa demande, à la demande des parties, du ministère public ou d'office par le juge. Le juge pourra refuser la demande si elle émane des parties. En revanche, il ne pourra pas la refuser si elle émane du mineur lui-même ou du ministère public (art. 1004/1, § 2), sauf si le mineur a déjà été entendu au cours de la procédure ou dans une instance précédente et si aucun élément nouveau ne justifie un entretien (art. 1004/1, § 4). Le refus doit être motivé. Il n'est plus fait référence à l'absence de discernement, comme dans le régime précédent. De manière générale, le juge pourra indiquer,

(2076) Art. 157 L. 30 juillet 2013 (M.B., 27 septembre 2013, 2^e éd.), en vigueur le 1^{er} septembre 2014 (art. 274). Les articles 1004/1 et 1004/2 sont modifiés par les articles 70 et 71 de la loi du 8 mai 2014 (M.B., 14 mai 2014, 2^e éd.).

dans le rapport de l'entretien, qu'il estime que le mineur n'a pas le discernement nécessaire (art. 1004/1, § 5). On peut donc en déduire indirectement que l'absence de discernement n'est pas nécessairement un motif de refus. Aucun recours contre le refus n'est prévu.

Le juge choisit le lieu le plus adéquat pour l'audition. En principe, le mineur est entendu seul, donc hors la présence de son avocat (art. 1004/1, § 5). Le texte dit : hors la présence de quiconque », ce qui suggère qu'un greffier ne serait pas non plus présent. D. Pire fait toutefois observer à juste titre que, à défaut de dérogation à l'article 168 du Code judiciaire, cette conclusion ne s'impose pas et que rien ne justifie que le juge ne soit pas assisté d'un greffier lors de l'audition ⁽²⁰⁷⁷⁾.

Un compte-rendu de l'entretien est rédigé par le magistrat, qui informe le mineur que ce rapport sera communiqué aux parents. Pour assurer la sécurité du mineur, le magistrat décide ce qu'il y consigne. Ce rapport ne doit pas être lu par le juge. Il peut se borner à informer le mineur de son contenu et vérifier qu'il correspond à sa déclaration. Il est ensuite déposé au greffe, où il pourra être consulté par les parties. Celles-ci ont également le droit d'en prendre une copie. Les travaux parlementaires justifient cette solution par le fait que l'interdiction antérieure de prendre copie était restée lettre morte, puisque les parties recopiaient intégralement le compte-rendu de l'entretien au greffe. Par ailleurs, cette possibilité d'obtenir une copie confère la possibilité aux parties de faire valoir leurs observations par l'intermédiaire de conclusions et donc de respecter le principe du contradictoire ⁽²⁰⁷⁸⁾. Le contradictoire est toutefois considérablement atténué par le fait que le juge n'est pas tenu de reprendre l'intégralité des propos de l'enfant ⁽²⁰⁷⁹⁾.

Le juge ne devra prendre en considération les éléments de l'audition du mineur qu'en fonction de son âge et de son degré de maturité.

En aucun cas, le mineur ne peut être considéré comme partie à la cause (art. 1004/1, § 6). Pour devenir partie à la cause, il doit faire intervention dans le cadre de la procédure, pour autant qu'il ait la capacité requise. Les décisions qui admettent ce droit à l'intervention volontaire s'appuient sur l'effet direct de l'article 12 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 (voy. *supra*, n° 5.29) ⁽²⁰⁸⁰⁾. Cette jurisprudence

(2077) D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 170 et s., n° 105.

(2078) *Doc. parl.*, Sén., n° 5-1189/7, p. 19.

(2079) D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, n° 106.

(2080) Mons, 31 mars 1998, *J.D.J.*, 1998, p. 43 ; Liège, 28 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1085 ; Liège, 30 juin 2000, *J.D.J.*, 2001, p. 42, note DRUANT ; Civ. Gand (prés.), 28 janvier 2002, *T.J.K.*, 2002, p. 128, note DE KEZEL ; Liège, 12 février 2002, *J.T.*, 2002, p. 407 ; Civ. Louvain (prés.), 16 septembre 2010, *NjW*, 2011, p. 236, note K.H.

n'est toutefois pas unanime⁽²⁰⁸¹⁾. Les décisions qui rejettent le droit pour un enfant d'intervenir volontairement interprètent parfois la requête en intervention volontaire comme une demande d'audition⁽²⁰⁸²⁾.

5.31 **Caractère spécifique de l'audition des mineurs.** L'audition des mineurs ordonnée en application de ces dispositions est une forme tout à fait particulière de mesure d'instruction⁽²⁰⁸³⁾. Il ne s'agit pas d'une comparution personnelle, puisque l'enfant n'est pas partie à la procédure. Ce n'est pas non plus une audition de témoin, puisque l'enfant ne vient pas témoigner sur des faits auxquels il a assisté mais expose son opinion et ses sentiments sur certains aspects du litige qui oppose ses parents.

Les dispositions légales antérieures à 2013 ont été vivement critiquées par J.-L. Renchon⁽²⁰⁸⁴⁾, qui relève les déviations qui entourent la transposition en droit belge de l'article 12 de la Convention. Alors que l'article 12 se borne à instaurer un droit de l'enfant à être entendu, les dispositions législatives internes mettaient plutôt en place un droit du juge d'entendre l'enfant. En outre, le fait que le juge soit autorisé à ne pas reprendre l'ensemble des déclarations de l'enfant dans un procès-verbal crée une entorse grave au principe du contradictoire. L'auteur ajoute, de manière convaincante, que ces dispositions sont psychologiquement nuisibles, en obligeant l'enfant à prendre parti dans le conflit qui oppose ses parents et en lui conférant une place inadaptée de confident du juge, voire de participant à la décision judiciaire.

Beaucoup de ces critiques tombent si le juge, plutôt que d'entendre personnellement le mineur, désigne un expert pour procéder à cette audition. Pour limiter les frais, il pourrait recourir à une forme simplifiée d'expertise (voy. *infra*, n° 5.48).

(2081) Bruxelles, 9 février 1999, *E.J.*, 1999, p. 53, note DE KEZEL ; Anvers, 24 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1100, note VERSCHelden ; *T.J.K.*, 2007, p. 35, note PAS ; *R.W.*, 2005-2006, p. 1310 ; Liège, 11 mai 2004, *J.T.*, 2004, p. 745 ; *R.R.D.*, 2004, p. 270 ; Liège, 29 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 406 ; Liège, 26 mars 2007, *R.R.D.*, 2006, p. 466 ; *J.L.M.B.*, 2007, p. 39.

(2082) Bruxelles, 9 février 1999, *E.J.*, 1999, p. 53, note DE KEZEL ; *J.T.*, 2000, p. 43 ; Anvers, 24 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1100, note VERSCHelden ; *T.J.K.*, 2007, p. 35, note PAS ; *R.W.*, 2005-2006, p. 1310.

(2083) G. CLOSSET-MARCHAL, « Droit judiciaire privé : les mesures d'instruction – Examen de jurisprudence (2000 à 2010) », *op. cit.*, pp. 89 et s., spéc. n° 61, p. 141 ; Th. MOREAU, « Questions particulières », in *Séparation de fait – Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, f. mob., p. 272.

(2084) J.-L. RENCHON, « Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice », *Rev. dr. U.L.B.*, n° 13, 1996, pp. 109 et s. Dans le même sens : V. D'HUART et P. HENRY, « Audition des mineurs et droits de la défense », *J.D.J.*, 1997, n° 165, pp. 195 et s.

§ 3. Procédure d'enquête

5.32 Le jugement autorisant ou ordonnant l'enquête. L'enquête ne peut se tenir que si elle a été autorisée (art. 915) ou ordonnée d'office par le juge (art. 916). Le fait que le juge puisse ordonner d'office des enquêtes l'autorise par ailleurs à modifier ou préciser les faits articulés par les parties⁽²⁰⁸⁵⁾. Qui peut le plus, peut le moins.

L'article 917 indique que le jugement doit préciser les faits admis à preuve ainsi que les lieux date et heure de l'audience. Cette dernière précision fait souvent défaut. Certaines juridictions préfèrent ne fixer la date de l'enquête que lorsque les parties en formulent la demande. La partie qui souhaite faire tenir l'enquête doit alors adresser au greffe une requête en fixation d'enquête⁽²⁰⁸⁶⁾.

Les témoins ne sont en principe pas mentionnés dans le jugement, sauf lorsque l'expertise est ordonnée d'office⁽²⁰⁸⁷⁾. Il appartient donc aux parties de fournir une liste de témoins au greffe, avec les adresses, qui permettra leur convocation (art. 922).

Le jugement qui a autorisé ou ordonné l'enquête n'est pas susceptible d'opposition (art. 919). L'article 806 du Code judiciaire, qui répute non avenu un jugement par défaut non signifié dans l'année, est inapplicable à un tel jugement⁽²⁰⁸⁸⁾.

Le jugement ordonnant l'enquête est notifié aux parties conformément à l'article 919. Cette notification ne donne pas cours au délai d'appel contre ce jugement⁽²⁰⁸⁹⁾. Le délai d'appel ne commence à courir que lors de la signification du jugement.

5.33 Le juge qui tient l'enquête. L'enquête est en principe tenue par le juge qui l'a ordonnée ou autorisée mais celui-ci peut déléguer cette tâche (art. 918). Le juge chargé de l'enquête est alors appelé « juge commissaire ». En degré d'appel, le juge peut désigner un juge du premier degré pour tenir les enquêtes (art. 1072)⁽²⁰⁹⁰⁾.

(2085) Mons, 24 mars 1987, *Pas.*, 1987, II, p. 132.

(2086) J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1991-2001) », *op. cit.*, p. 741, n° 664 ; A. KOHL, « Les mesures d'instruction », *op. cit.*, p. 213, qui critique la cour du travail d'Anvers, qui avait admis un appel fondé sur le fait que le tribunal n'avait pas fixé de date pour les enquêtes (C. trav. Anvers, 20 septembre 1995, *Limb. Rechtsl.*, 1995, p. 239).

(2087) Comm. Bruges, 24 mai 1973, *R.W.*, 1973-1974, col. 501.

(2088) Cass., 6 avril 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 275.

(2089) Cass., 17 mars 1997, *Div. Act.*, 1999, p. 50, note A.-Ch. VAN GYSEL ; *J.L.M.B.*, 1997, p. 710, note G. DE LEVAL ; *J.T.T.*, 1997, p. 278 ; *R.D.J.P.*, 1997, p. 102 ; *R.W.*, 1997-1998, p. 850 ; *Chron. D.S.*, 1998, p. 186. Cet arrêt de cassation met fin à une longue controverse. Voy. aussi Mons, 27 janvier 1998, *J.T.*, 1998, p. 455.

(2090) Liège, 23 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 51 (somm.).

Lorsque le témoin ne peut se déplacer, le juge peut se transporter pour recevoir la déposition ou délivrer une commission rogatoire (art. 924). L'audition de témoins demeurant à l'étranger est désormais régie par le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne. Nous renvoyons à ce sujet à la section consacrée à la réception des preuves transfrontalières ⁽²⁰⁹¹⁾.

5.34 **La comparution des témoins.** La partie qui fait procéder à l'audition des témoins doit adresser la liste de ceux-ci au greffier, au moins quinze jours avant l'audience où l'enquête sera tenue. Ce délai de quinze jours n'est pas prescrit à peine de nullité. Il en résulte que les enquêtes peuvent être tenues aussi longtemps que le juge n'a pas vidé sa saisine ⁽²⁰⁹²⁾. Toutefois, en cas de retard de la partie qui a sollicité l'enquête, son adversaire peut recourir à l'article 875. En vertu de cette disposition, la partie la plus diligente peut ramener la cause pour y faire statuer comme de droit lorsqu'une mesure d'instruction n'a pas été exécutée dans les délais fixés ⁽²⁰⁹³⁾. En principe, le juge qui a ordonné l'enquête est lié par sa décision, tant que l'enquête n'a pas été tenue mais ce principe trouve exception en cas de négligence persistante de la partie autorisée à tenir l'enquête ⁽²⁰⁹⁴⁾.

Les témoins sont convoqués par le greffier au moins huit jours avant leur audition. Ce délai n'est toutefois pas prescrit à peine de nullité et son irrespect est sans incidence sur la crédibilité des témoins et ne porte pas atteinte aux droits de la défense ⁽²⁰⁹⁵⁾. Le témoin reçoit également une copie certifiée conforme du dispositif du jugement, indiquant les faits sur lesquels il sera entendu et – en principe du moins – les lieux, date et heure de l'audition. La date peut être reportée si le témoin justifie qu'il est dans l'incapacité de se déplacer (art. 924).

Si le témoin ne comparait pas à la date fixée, il peut être cité par huissier de justice (art. 925). Le témoin cité qui ne comparait toujours pas peut être condamné à une amende (art. 926). Il s'agit d'amendes ci-

(2091) Voy. *infra*, n° 5.114.

(2092) C. trav. Liège, 17 novembre 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 37 ; Civ. Gand, 27 décembre 1994, *T.G.R.*, 1995, p. 179 ; *contra* : Trib. trav. Nivelles, 10 janvier 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1335, note ENGLEBERT ; Trib. trav. Tournai, 12 avril 1985, *J.J.P.*, 1986, p. 59.

(2093) C. trav. Liège, 7 janvier 2004, *Chron. D.S.*, 2004, p. 572.

(2094) G. DE LEVAL, « La procédure en divorce pour cause déterminée », in *Le divorce en Belgique – Controverses et perspectives*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 133 ; Cass., 12 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 82. Voy. aussi, par analogie, l'arrêt prononcé en matière d'expertise : Cass., 18 décembre 2013, R.G. n° P.13.0104.F. Dans cet arrêt, la Cour considère que, lorsqu'une première expertise n'a pu être menée à terme, le tribunal n'est pas obligé d'en ordonner une nouvelle, par l'effet de l'autorité qui s'attache à sa première décision.

(2095) Mons, 8 décembre 1998, *Div. Act.*, 2000, p. 120, note E. DE WILDE D'ESTMAEL.

viles, donc non majorées de décimes additionnels et non susceptibles d'être remplacées par une peine d'emprisonnement subsidiaire⁽²⁰⁹⁶⁾. Les amendes qui sanctionnent le non-respect de l'obligation de prêter serment visent à garantir la sincérité des déclarations et ne s'analysent pas comme une mesure de nature à contraindre un témoin à contribuer à sa propre incrimination⁽²⁰⁹⁷⁾. Le témoin condamné qui comparaît ultérieurement peut être déchargé en tout ou en partie de la condamnation, s'il justifie le motif légitime qui l'a empêché de se présenter.

5.35 Refus de témoigner. En règle, le témoin convoqué est obligé de faire une déclaration. Il ne pourrait s'y soustraire qu'en invoquant un motif légitime. Le témoin qui ne donne pas suite à une convocation ou qui comparaît mais refuse de prêter serment ou de déposer s'expose à une amende (art. 926 et 928). N'est pas un motif légitime le fait que l'employeur du témoin serait en relations d'affaires avec une des parties⁽²⁰⁹⁸⁾. C'est le juge qui apprécie la valeur qui peut être donnée au témoignage, du fait des liens éventuels du témoin avec l'une des parties. Le témoin ne peut se substituer au juge et estimer lui-même que son témoignage est inadéquat.

Le principal motif légitime admis pour se soustraire à une audition comme témoin est le secret professionnel. Il a été admis que les règles applicables en cette matière sont identiques pour l'enquête et la production de documents : celui qui peut refuser de produire un document peut aussi refuser de déposer en justice. La personne dépositaire d'un secret professionnel apprécie en âme et conscience si elle peut ou doit apporter le témoignage requis ou si au contraire, elle doit refuser de témoigner⁽²⁰⁹⁹⁾. Un simple devoir de discrétion ne suffit pas à se soustraire à son obligation de témoigner⁽²¹⁰⁰⁾.

(2096) Cass., 26 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 882.

(2097) Cour eur. D.H., 20 octobre 1997, req. n° 82/1996/671/893, *Serves c/ France*, J.T.D.E., 1998, p. 17.

(2098) C. trav. Liège (sect. Namur), 5 avril 2011, *Rev. not. b.*, 2012, p. 716 ; *Chron. D.S.*, 2012, p. 467.

(2099) Civ. Bruxelles, 29 août 1997, *R.G.D.C.*, 2000, p. 112. Voy. aussi : D. KIGANAHE, « La protection pénale du secret professionnel », in *Le secret professionnel*, Bruges, La Charte, 2002, pp. 51 et s. ; P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 61 et s.

(2100) P. LAMBERT, « Le devoir de réserve et les notions voisines : le secret professionnel et l'obligation de discrétion », in *Le devoir de réserve : l'expression censurée*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 9 ; P. LAMBERT, *Secret professionnel*, *op. cit.*, pp. 322 et s. Sont ainsi soumis au devoir de discrétion mais non au secret professionnel : le banquier (Cass., 25 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 237), l'agent de change (Cass., 26 septembre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 89), le courtier d'assurance (Mons, 21 juin 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.793), l'architecte et le géomètre-expert (quoique les dispositions déontologiques et réglementaires qui régissent ces deux professions utilisent une terminologie qui fait furieusement penser au secret professionnel – voy. P. LAMBERT, *Secret professionnel*, *op. cit.*, n°s 445 et s.).

Doit également être considéré comme un motif légitime le fait que le témoin ne pourrait déposer sans s'accuser lui-même d'une infraction ⁽²¹⁰¹⁾.

5.36 Audition du témoin. L'audition des témoins se fait en chambre du conseil. L'article 933 précise qu'ils sont entendus séparément. La présence des parties n'est pas requise.

Avant d'être entendu, le témoin doit décliner son identité, son adresse, sa profession et ses lieu et date de naissance. Il prête ensuite le serment mentionné à l'article 934. Le témoin ne peut être entendu à titre de simple renseignement ⁽²¹⁰²⁾. Le refus de prêter serment est sanctionné par une amende, tout comme le défaut de comparaître (*cf. supra*, n° 5.34). En outre, l'audition du témoin sans serment est nulle, conformément à l'article 961. Il s'agit d'ailleurs d'un cas de nullité absolue, mentionné à l'article 862. Toutefois la nullité est couverte si elle n'a pas été proposée ou soulevée avant le prononcé d'un jugement contradictoire, autre qu'une mesure d'ordre intérieur (art. 864). En revanche, l'absence de mention de la prestation du serment n'entraîne pas la nullité de l'audition, pour autant qu'il résulte du dossier que le serment a effectivement été prêté ⁽²¹⁰³⁾. Il s'agit d'une application de l'article 867 du Code judiciaire.

Le mensonge sous serment est passible de sanctions pénales (art. 220 C. pén.).

L'interrogatoire du témoin est réalisé par le juge, sans que les parties puissent interpellier le témoin directement (art. 936). Le droit belge ne connaît donc pas le mécanisme anglo-américain de la « *cross examination* », dans lequel chacune des parties peut interroger les témoins produits par son adversaire. Le juge commence par interroger le témoin sur son degré de parenté et d'alliance avec les parties et lui pose toutes les questions utiles pour établir son degré d'indépendance par rapport aux parties. L'article 937 propose à ce sujet une série de questions, sans que la liste soit exhaustive. Il se peut que le témoin ait antérieurement déjà effectué des dépositions écrites, notamment en application de l'article 961/1 (voy. *infra*, n° 5.43). Celles-ci ne font pas d'obstacle à l'audition du témoin (art. 961/3 C. jud.) ⁽²¹⁰⁴⁾.

Le juge pose au témoin toutes les questions qu'il juge utiles, soit d'office soit sur proposition des parties (art. 938). Le rôle du juge ne se

(2101) Civ. Anvers, 12 avril 1984, R.W., 1986-1987, col. 808.

(2102) Bruxelles, 12 décembre 1991, J.T., 1992, p. 204.

(2103) A. KOHL, « Les mesures d'instruction », *op. cit.*, p. 219.

(2104) D. MOUGENOT, « La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil », J.T., 2012, pp. 633 et s., n° 14.

borne pas à enregistrer les déclarations des témoins : il doit s'efforcer de découvrir la vérité. Il a donc un rôle actif en vue de faire apparaître les lacunes, contradictions, hésitations ou le manque de sérieux des déclarations des témoins⁽²¹⁰⁵⁾. Le témoin doit déposer sans projet écrit (art. 935). Cela ne signifie pas qu'il ne peut consulter aucun document : en effet, le même article précise que le juge peut, après avoir entendu les observations des parties, autoriser le témoin à consulter les pièces utiles à sa déposition. En revanche, il ne peut préparer sa déposition par écrit. Les documents produits par le témoin peuvent être déposés au dossier de la procédure, en original ou en copie.

La déposition du témoin est consignée par écrit. Il est d'usage que le juge dicte au greffier les déclarations à consigner. L'article 952 autorise l'enregistrement littéral de l'enquête, pour autant que la demande en soit formulée par écrit au moins huit jours avant l'ouverture de l'enquête. Toutefois, à défaut d'arrêté royal d'exécution, exigé par l'alinéa 3 de l'article 952, cette procédure est inapplicable en pratique. Cette lacune est regrettable. D'une part, le développement des techniques modernes permettrait un enregistrement aisé des déclarations du témoin. D'autre part, la procédure de dictée au greffier des déclarations à acter est lourde et risque de faire perdre des éléments utiles de cette déclaration.

À l'issue de l'interrogatoire, la déclaration est relue au témoin, qui peut la modifier. Ensuite la déclaration est signée par le témoin, le juge et le greffier.

Il n'est en principe pas possible d'entendre d'autres témoins que ceux dont l'identité est reprise dans la liste déposée au greffe. (art. 940). L'article 941 prévoit toutefois que le juge peut autoriser l'audition d'autres témoins, si une partie le demande lors de l'enquête et que cette audition apparaît utile. Le juge prononce alors une ordonnance qui est notifiée aux parties par pli judiciaire. Par ailleurs, le juge peut toujours confronter ou réentendre des témoins. En revanche, le juge chargé des enquêtes n'a pas le pouvoir d'autoriser une enquête principale sur des faits nouvellement cotés ou différents des faits déjà admis à preuve⁽²¹⁰⁶⁾. Seul le juge chargé du fond de l'affaire a ce pouvoir.

Si une seule audience ne suffit pas à l'audition des témoins, l'enquête peut être mise en continuation (art. 943). La date est communiquée aux témoins présents. Les absents sont convoqués conformément à l'article 923.

L'article 944 dispose que les ordonnances prises par le juge en cours d'enquête ne sont pas susceptibles d'opposition. Elles sont suscep-

(2105) Civ. Bruxelles, 28 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 381.

(2106) Bruxelles, 9 mars 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 107.

tibles d'appel, avant le jugement définitif, si elles prononcent des condamnations ⁽²¹⁰⁷⁾.

5.37 La clôture de l'enquête. L'article 945 dispose que le juge prononce la clôture de l'enquête lorsque les opérations sont achevées, soit que les témoins aient été entendus, soit que les formalités légales aient été effectuées. La clôture de l'enquête est un acte juridictionnel et non une situation de fait qui découlerait des circonstances ⁽²¹⁰⁸⁾. Elle dessaisit le juge chargé de l'enquête (le juge commissaire) de ses pouvoirs, notamment de statuer sur tous les incidents qui peuvent se produire en cours d'enquête ⁽²¹⁰⁹⁾. La simple expiration du délai prévu pour la tenue des enquêtes contraires ne suffit donc pas à dessaisir le juge commissaire ⁽²¹¹⁰⁾.

En principe, le juge entend les plaidoiries immédiatement après la clôture. Dans la pratique, cette procédure est impossible à réaliser lorsque le juge commissaire n'est pas celui qui doit connaître du fond de l'affaire. En outre, les parties souhaitent souvent déposer de nouvelles conclusions, tenant compte des déclarations des témoins.

La clôture de l'enquête n'empêche pas le juge d'appel d'entendre de nouveaux témoins s'il l'estime opportun.

Une fois l'enquête clôturée, la réouverture ne peut être ordonnée que dans les circonstances décrites à l'article 947 : il faut que l'enquête soit nulle, en tout ou en partie. Le juge peut alors ordonner la réouverture de l'enquête, si cela apparaît utile à la manifestation de la vérité, pour autant que la clôture des débats ne soit pas encore intervenue. C'est le juge qui doit connaître du fond de l'affaire qui est compétent pour ordonner la réouverture ⁽²¹¹¹⁾.

§ 4. Le procès-verbal de l'enquête

5.38 Établissement du procès-verbal. Un procès-verbal de l'enquête est dressé, conformément aux articles 948 et 949. Il contient notamment la déposition des témoins et les ordonnances du juge commissaire. Si ces ordonnances ne sont pas actées directement dans le procès-verbal, elles y sont annexées. Il en va de même des pièces éventuellement déposées par le témoin. Le procès-verbal est signé par le juge et le greffier et par les parties qui le veulent ou le peuvent. Les parties ne signent donc pas la déposition du témoin mais elles signent le procès-verbal de l'enquête.

(2107) Mons, 21 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 422, note G. DE LEVAL.

(2108) Bruxelles, 9 mars 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 107.

(2109) Cass., 6 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 139.

(2110) *Ibid.*

(2111) Civ. Ypres, 6 janvier 1993, *R.G.D.C.*, 1993, p. 176.

Une copie certifiée conforme du procès-verbal est notifiée par pli judiciaire aux parties. Les avocats reçoivent une copie non signée par simple lettre.

5.39 **La force probante des dépositions.** La déposition valable peut être admise comme preuve par témoins entre les mêmes parties dans toutes les procédures qui les opposent (art. 959). Cela évite de recommencer des enquêtes lorsque les mêmes faits sont contestés dans diverses procédures entre les mêmes parties⁽²¹¹²⁾. Les déclarations de témoins sont transposables, même si elles sont recueillies dans des procédures qui ne relèvent pas du droit judiciaire privé (procédure pénales, administratives...). Il suffit qu'elles aient été recueillies en respectant les formes requises devant la juridiction en question et qu'elles ne soient pas entachées de nullité (art. 960).

Le juge ne peut violer la foi due aux témoignages, c'est-à-dire adopter une interprétation de ces déclarations qui serait inconciliable avec leurs termes mêmes⁽²¹¹³⁾. Cela étant, il dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain quant à la valeur probante des témoignages⁽²¹¹⁴⁾. Ceux-ci n'ont pas de force probante légale⁽²¹¹⁵⁾. Le juge peut fonder sa conviction sur un seul témoignage⁽²¹¹⁶⁾. Il n'y a pas d'indivisibilité dans cette matière : le juge peut ne retenir qu'une partie d'un témoignage⁽²¹¹⁷⁾.

§ 5. L'enquête contraire

5.40 **Demande d'enquête contraire – Délai.** La preuve contraire des faits attestés par les témoins est de droit, même si l'enquête a été ordonnée d'office par le juge (art. 921). L'enquête contraire permet au défendeur de réfuter les allégations de son adversaire en faisant entendre des témoins dont les déclarations sont susceptibles d'affaiblir ou de nuancer la valeur probante des dépositions recueillies lors de l'enquête directe⁽²¹¹⁸⁾. Elle doit être distinguée d'une deuxième enquête principale, qui tend à faire

(2112) P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen*, coll. A.P.R., Bruxelles, Story-Scientia, 2000, n° 140, p. 61.

(2113) Cass., 8 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 269 ; Cass., 4 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 499 ; Cass., 31 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 499.

(2114) Cass., 1^{er} février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 643.

(2115) D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 225 ; J.-L. MOURALIS, v° Preuve, 2^e éd., *op. cit.*, n°s 657 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijsrecht*, *op. cit.*, n° 452 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n°s 946 et 947 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, *op. cit.*, n° 1791, p. 2416.

(2116) Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391.

(2117) Cass., 1^{er} février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 643.

(2118) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 487, p. 365.

la preuve d'autres faits. Celle-ci est souvent appelée « enquête respective » ou « contre-enquête spéciale ».

La requête tendant à la tenue d'une enquête contraire doit être déposée dans les trente jours suivant l'envoi du procès-verbal d'enquête directe. Ce délai n'est pas prescrit à peine de déchéance. Il s'agit d'un délai d'ordre. Le juge peut donc, par application de l'article 51 du Code judiciaire, l'abréger ou le proroger, avant son échéance. Selon la Cour de cassation, suivie par certains juges du fond, si le délai de trente jours est dépassé et n'a pas été prorogé, l'enquête contraire ne peut plus être accueillie ⁽²¹¹⁹⁾. Exprimé de manière aussi lapidaire, ce principe donne à penser que la Cour de cassation a créé une forme de déchéance sans texte. En fait, il est tout à fait possible de justifier le refus d'organiser l'enquête contraire par la constatation que la partie qui a tardé à la demander commet un abus de droit ⁽²¹²⁰⁾. Le juge sera d'autant plus attentif à sanctionner les abus de droit que l'inertie d'une partie manifeste sa déloyauté ou porte atteinte au principe de célérité de la procédure.

Toutefois, cette sanction ne sera pas appliquée en cas de force majeure ⁽²¹²¹⁾. L'envoi du procès-verbal d'enquête directe à une adresse erronée ne constitue pas un cas de force majeure lorsqu'une partie n'a pas notifié son changement d'adresse ⁽²¹²²⁾. Si l'enquête contraire a été tenue, malgré le caractère tardif de la demande, elle n'est pas frappée de nullité ⁽²¹²³⁾. Enfin, si les parties ont dispensé le greffier de notifier le procès-verbal d'enquête directe, le délai de trente jours ne court pas pour autant à compter de la signature de ce procès-verbal. Le juge qui refuserait d'accueillir une enquête contraire dans ces circonstances, en invoquant le caractère tardif de la demande, viole l'article 921 du Code judiciaire ⁽²¹²⁴⁾. Dès lors, le demandeur qui souhaite diligenter la procédure doit refuser

(2119) Cass., 8 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 674 ; *J.T.*, 1979, p. 320, note A. FETTWIS ; R.W., 1979-1980, col. 310 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 374 ; Liège, 22 janvier 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 842 ; Bruxelles, 12 février 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1222 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 487 ; Liège, 23 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 51 ; Civ. Tournai, 22 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1333. *Contra* : Trib. trav. Charleroi, 25 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 569 ; C. trav. Anvers, 20 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2006, p. 14.

(2120) Mons, 21 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 422, obs. G. DE LEVAL ; Civ. Liège, 10 septembre 2013, *J.T.*, 2013, p. 799. Voy. aussi : G. CLOSSET-MARCHAL, « Les délais d'ordre en droit judiciaire privé », *J.T.*, 2007, pp. 865 et s. ; X. TATON, « Les irrégularités, nullités et abus de procédure », in J. ENGLEBERT (coord. et dir.), *Le procès civil accéléré ?*, op. cit., pp. 230 et 231 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, op. cit., n° 491 ; G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, « La sanction des irrégularités procédurales », in G. DE LEVAL et Fr. GEORGES (dir.), *Le droit judiciaire en mutation – En hommage à Alphonse Kohl*, CUP, vol. 95, Liège, Anthémis, 2007, pp. 147 et 148, n°s 27 et 28 ; la même étude est reproduite dans G. DE LEVAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, éd. Jeune barreau, 2007, pp. 53 et 54.

(2121) Civ. Arlon, 10 avril 1992, *J.T.*, 1993, p. 132.

(2122) Bruxelles, 17 février 1987, R.W., 1986-1987, col. 2661.

(2123) Cass., 5 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1080 ; *J.T.*, 1988, p. 734 ; R.W., 1989-1990, p. 220 ; Civ. Louvain, 17 novembre 1992, *Pas.*, 1992, III, p. 118.

(2124) Cass., 31 janvier 1985, *J.T.*, 1985, p. 304 ; R.W., 1985-1986, col. 1291.

la dispense de notification du procès-verbal, s'il veut pouvoir invoquer la déchéance en cas de non-respect du délai de trente jours par son adversaire ⁽²¹²⁵⁾.

La requête et l'ordonnance fixant la date de l'enquête contraire sont notifiées par pli judiciaire aux parties (art. 921, al. 4). Il s'agit d'une formalité d'ordre public, à laquelle il n'est pas permis de déroger, même si les parties en ont dispensé le greffe. La déposition d'un témoin recueillie dans le cadre d'une enquête contraire tenue sans notification préalable est donc nulle ⁽²¹²⁶⁾. On pourrait toutefois imaginer de couvrir cette nullité, en application de l'article 867 du Code judiciaire, si les parties et les témoins ont tous comparu à la date fixée, malgré l'absence de notification.

Rien n'empêche qu'une partie qui n'a pas demandé une enquête contraire en temps utile devant le premier juge sollicite l'audition de nouveaux témoins sur les mêmes faits devant le juge d'appel ⁽²¹²⁷⁾. Celui-ci appréciera souverainement si cette enquête est opportune.

§ 6. Les frais de l'enquête

5.41 **Consignation d'une provision.** La partie qui demande l'audition d'un témoin doit consigner entre les mains du greffier un montant suffisant pour couvrir la taxe et les frais de déplacement des témoins (art. 953). Toutefois, les témoins peuvent renoncer à réclamer le remboursement de leurs frais de déplacement.

Le Code judiciaire dispose que la partie qui reste en défaut de verser la provision est présumée renoncer à l'enquête. Dans la pratique, l'enquête est souvent reportée si la provision n'est pas consignée pour la date prévue.

L'assistance judiciaire peut être accordée pour couvrir les frais de l'enquête.

Le montant de la taxe des témoins est déterminé par un arrêté royal du 27 juillet 1972.

§ 7. La validité de l'enquête

5.42 **Nullité de l'enquête.** La nullité de l'enquête n'entraîne pas la nullité des dépositions, si elles ne sont pas atteintes d'un vice qui leur est propre (art. 956). La nullité de la procédure n'entraîne pas la nullité de l'enquête tenue contra-

(2125) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 487, p. 367, note 2.

(2126) Cass., 25 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 103.

(2127) C. trav. Liège, 1^{er} juin 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 404 ; *R.R.D.*, 1995, p. 374.

dictoirement (art. 957). La nullité des dépositions n'entraîne pas la nullité de l'enquête (art. 957). Le juge peut, en cours d'enquête, remédier à toute nullité de forme ou de fond dont serait entachée un acte de la procédure d'enquête. Il peut notamment recommencer toute audition irrégulière (art. 958).

On voit donc que le législateur a créé un certain nombre de sécurités, en vue de limiter les effets des irrégularités. L'article 867 du Code judiciaire est en outre applicable à cette matière : chaque fois que le but poursuivi par la loi a été atteint, la nullité ne sera pas prononcée. Rappelons en outre que les problèmes de signature peuvent être régularisés par application de l'article 863 et que les nullités qui ne sont pas soulevées en temps utile sont couvertes par l'effet de l'article 864.

§ 8. Les témoignages écrits

5.43 **Principe et régime juridique.** La loi du 16 juillet 2012 a introduit dans notre droit le principe des témoignages écrits ⁽²¹²⁸⁾. Jusqu'à l'adoption de cette loi, les témoignages constituaient l'archétype de la preuve orale. Les déclarations écrites – même sous serment ⁽²¹²⁹⁾ – ne constituaient pas des témoignages mais des présomptions ⁽²¹³⁰⁾. Le texte nouveau, introduit dans les articles 961/1 à 961/3 du Code judiciaire, est la transposition littérale des articles 200 à 203 du Code de procédure civile français. Le but de cette réforme est de limiter autant que possible le recours à la procédure d'enquête classique. En France, où les témoignages écrits sont connus depuis plusieurs décennies, l'utilisation des enquêtes est devenue marginale.

Le principe est énoncé à l'article 961/1 du nouveau Code judiciaire : « Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir de tiers des déclarations, sous forme d'attestation, de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance ».

(2128) Pour plus de détails sur ce mécanisme, voy. : D. MOUGENOT, « La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil », *J.T.*, 2012, pp. 633 et s. ; A. HOC, « Les attestations écrites dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2013, pp. 277 et s. ; W. VANDENBUSSCHE et W. SYS, « Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012 – *Verba volant, scripta manent* ? », *T. Fam.*, 2013/2, pp. 30 et s. ; D. PIRE, « La procédure de production d'attestations dans le Code judiciaire », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 45 et s. ; B. SAMYN, « Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel », *Juristenkrant*, 26 septembre 2012, p. 7 ; A. HOC et D. MOUGENOT, « Les attestations écrites », in *La preuve dans le procès civil*, Actes du colloque du Centre Interuniversitaire de Droit Judiciaire du 20 mars 2014, Bruges, La Charte, 2015, pp. 99 et s.

(2129) De telles déclarations sont connues en droit anglo-américain sous le nom de « *affidavit* ».

(2130) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, op. cit., n° 1790, p. 2415. Au contraire de la France, où, même sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, la Cour de cassation admettait déjà des formes écrites de témoignages (Cass. fr. (civ.), 2 mai 1950, *Sir.*, 1951, 1, p. 79 ; Cass. fr. (3^e civ.), 11 janvier 1978, *Bull. civ.*, III, n° 30 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 925, note PERROT).

Les règles de réception de ces attestations figurent à l'article 961/2 du nouveau Code judiciaire. Elles sont produites par les parties ou à la demande du juge. Le juge communique aux parties celles qui lui sont directement adressées, de façon à ce qu'elles puissent faire l'objet d'un débat contradictoire.

L'attestation mentionne les noms, prénoms, date et lieu de naissance, domicile et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

L'attestation indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature.

La loi ne prévoit aucune sanction en cas de violation des règles édictées au nouvel article 961/2. À défaut de mention expresse du texte, il n'y a aucune raison de considérer comme nulles les attestations qui ne répondent au prescrit légal⁽²¹³¹⁾. En revanche, le juge pourrait écarter une attestation qui ne répond pas aux conditions de forme édictées par la loi⁽²¹³²⁾. Il l'écartera, non pas parce qu'elle est irrégulière, mais parce que les irrégularités dont elle est entachée ne permettent plus d'y ajouter foi⁽²¹³³⁾. Il devrait évidemment motiver sa décision, en indiquant en quoi l'attestation n'est pas régulière et l'impact de cette irrégularité sur la preuve du fait contesté⁽²¹³⁴⁾. Cette sanction n'est toutefois pas obligatoire⁽²¹³⁵⁾. Le juge du fond est souverain pour apprécier si une attestation non conforme aux règles légales, présente ou non des garanties suffisantes pour emporter sa conviction⁽²¹³⁶⁾. Il devrait être également possible de régulariser le vice de forme, même après

(2131) Jurisprudence constante en France : Cass. fr. (2^e civ.), 14 mars 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, jurispr., p. 419, note VIATTE ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, p. 665, note PERROT ; Cass., fr. (2^e civ.), 21 novembre 1979, *Dall.*, 1980, inf. rap., p. 466, note JULIEN ; Cass. fr. (3^e civ.), 12 décembre 1979, *ibid.* ; Cass. fr. (2^e civ.), 23 avril 1980, *Bull. civ.*, II, n° 81 ; Cass. fr. (2^e civ.), 20 novembre 1988, *J.C.P.*, 1989, IV, p. 41 ; *Gaz. Pal.*, 1989, panor., p. 27 ; Cass. fr. (com.), 7 novembre 1989, *J.C.P.*, 1990, IV, p. 3 ; Cass. fr. (1^{re} civ.), 25 novembre 1997, *Dall.*, 1998, inf. rap., p. 14 ; *Bull. civ.*, I, n° 327.

(2132) En France : Cass. fr. (2^e civ.), 20 mars 2003, *J.C.P.*, 2003, II, n° 10131, note RUSQUEC.

(2133) R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 901, n° 5.

(2134) Cass. fr. (soc.), 24 avril 1980, *Dall.*, 1981 p. 92, note LÉGIER ; Cass. fr., 10 février 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 81.

(2135) Cass. fr. (1^{re} civ.), 29 avril 1981, *Bull. civ.*, I, n° 143 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 900, note PERROT ; Cass. fr., 6 mai 1981, *Bull. civ.*, I, n° 153 ; Cass. fr. (2^e civ.), 21 avril 1982, *Bull. civ.*, II, n° 59 ; Cass. fr. (2^e civ.), 23 janvier 1985, *Gaz. Pal.*, 1985, panor., p. 93, note GUINCHARD ; Cass. fr. (soc.), 12 juin 1986, *J.C.P.*, 1986, IV, p. 245 ; Cass. fr., 8 octobre 1987, *J.C.P.*, 1987, IV, p. 382 ; Cass. fr. (2^e civ.), 9 janvier 1991, *Gaz. Pal.*, panor., p. 468, note CROZE et MOREL.

(2136) Les travaux préparatoires confirment que l'intention du législateur était de transposer cette jurisprudence en droit belge : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 53 0075/003, p. 4.

qu'il ait été soulevé par la partie adverse⁽²¹³⁷⁾. Cette solution souple est tout à fait conforme au principe d'économie de procédure.

La rédaction d'une attestation n'exclut pas que son auteur puisse être ultérieurement entendu dans la cadre d'une procédure d'enquête classique (art. 961/3). En effet, le témoignage écrit garantit moins que la procédure classique la sincérité et la spontanéité des témoins⁽²¹³⁸⁾. En cas de contradiction entre attestation et témoignage, il n'existe pas de motif juridique pour faire primer l'un sur l'autre : ils ont la même (absence de) force probante et leur valeur probante (leur caractère convaincant) est apprécié souverainement par le juge.

(2137) Cass. fr. (2^e civ.), 21 novembre 1979, *Dall.*, 1980, inf. rap., p. 466, note JULIEN.

(2138) L. CADIEP et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2006, n° 602.

SECTION 5

L'expertise

§ 1. Généralités

5.44 **Définition – Utilité de l'expertise.** L'expertise judiciaire est une mesure d'instruction par laquelle le juge demande à un tiers spécialisé dans un domaine technique déterminé un avis sur les éléments de fait du litige. Selon la Cour de cassation, « l'expert judiciaire est une personne qualifiée en raison de ses connaissances qui, sans être son mandataire, est désignée par le juge pour lui donner en toute indépendance et impartialité un avis d'ordre technique en vue de l'exercice de la mission dont ce juge est saisi » ⁽²¹³⁹⁾. Le juge ne peut en aucun cas déléguer son pouvoir de décision. Il ne peut donc charger l'expert de se prononcer sur des points de droit ⁽²¹⁴⁰⁾. En revanche, l'expertise est inévitable dès que le litige porte sur des éléments techniques trop complexes pour être appréciés par le juge. Le recours à l'expertise est très fréquent, vu la « technophilie » de la société moderne et la tentation est parfois grande pour le tribunal de se décharger sur l'expert de l'appréciation de questions délicates.

(2139) Cass., 15 février 2006, *NjW*, 2006, p. 559, note BREMS ; *Pas.*, 2006, p. 370 ; *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 682, concl. VANDERMEERSCH ; *R.W.*, 2006-2007, p. 1039, concl. VANDERMEERSCH, note GOOSSENS et TRAEST ; *T. Strafr.*, 2006, p. 331, note.

(2140) Cass., 19 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 499 ; Cass., 27 février 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p. 735 ; Cass., 10 novembre 2006, *R.A.B.G.*, 2007, p. 689 ; Cass., 14 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1021. Le simple usage de la terminologie de la loi dans la formulation de la mission ne suffit, en règle, pas pour conclure à la délégation de la juridiction (Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2463 ; *R.D.J.P.*, 2011, p. 27). Toutefois, l'expertise réalisée en violation de cette interdiction de délégation n'est pas nulle pour autant. Le juge apprécie alors si le rapport constitue une preuve obtenue de manière illicite (Cass., 29 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 463, note RIGAUX).

L'apport de l'expert au litige est double :

- d'une part, par ses investigations, il va compléter les faits du dossier ;
- d'autre part, en sa qualité de technicien, il va donner un avis, qui pourra éclairer le juge sur l'appréciation qu'il convient de faire de ces éléments de fait.

5.45 **Aspects négatifs de l'expertise.** L'expertise a un impact négatif sur le déroulement de la procédure ⁽²¹⁴¹⁾. Elle en accroît la charge financière pour le justiciable. Elle ralentit le procès, parfois de plusieurs années. Enfin, elle aboutit fréquemment, dans les faits, à une véritable délégation du pouvoir de juger. En effet, le juge ne dispose pas des compétences nécessaires pour apprécier le bien-fondé de l'avis de l'expert, de telle sorte que, lorsque la conclusion du rapport d'expertise est déterminante pour l'issue du litige, le jugement n'est en réalité que la transposition en termes juridiques de l'avis du technicien.

De ce fait, le déroulement des expertises constitue une cause non négligeable de plaintes des justiciables auprès du Conseil Supérieur de la Justice. La loi du 15 mai 2007 a modifié de manière assez substantielle les règles du Code judiciaire relatives à l'expertise, de façon à accroître le pouvoir de contrôle du juge et en accélérer le cours. Cette loi a elle-même fait l'objet d'une « loi réparatrice » du 30 décembre 2009 ⁽²¹⁴²⁾, qui a apporté quelques précisions et corrigés certains problèmes pratiques. Le siège de la matière se situe aux articles 962 et suivants du Code judiciaire.

§ 2. Alternatives à l'expertise judiciaire

5.46 **Caractère facultatif de l'expertise.** L'expertise est toujours une mesure facultative et ne constitue en règle jamais une obligation pour le juge ⁽²¹⁴³⁾. Il peut y recourir d'office s'il l'estime nécessaire.

L'utilité d'une expertise doit être appréciée en tenant compte du pouvoir qu'a le juge d'ordonner une mesure d'instruction plus rapide et moins coûteuse. Le principe de la subsidiarité de l'expertise, admis par la doctrine avant 2007, est désormais coulé dans la loi, depuis la loi du 15 mai 2007 : l'article 875*bis* dispose en effet que « le juge limite le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige,

(2141) Ces critiques se retrouvaient déjà dans les travaux préparatoires du Code judiciaire. Voy. Rapport VAN REEPINGHEN, pp. 352-353.

(2142) Loi portant des dispositions diverses en matière de justice (II), *M.B.*, 15 janvier 2010.

(2143) Cass., 29 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 782. Voy. aussi Civ. Nivelles, 6 novembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 130. Il existe de rares hypothèses dans lesquelles le recours à l'expertise est imposé par la loi : art. 1199 C. jud. en matière de vente de fonds de commerce, art. 4 L. 26 juillet 1962 en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique... Voy. J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », in *L'expertise*, Bruxelles, Éd. Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, pp. 105 et s., n° 4.

en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse ». Si le législateur s'exprime de manière générale et mentionne toutes les mesures d'instruction, il n'est pas douteux que c'est l'expertise qui est essentiellement visée. C'est la mesure d'instruction la plus lourde, en temps et en argent. Dès lors, le demandeur doit justifier sa demande d'expertise. Il ne doit pas s'appuyer sur des droits évidents, sans quoi l'expertise n'aurait aucun intérêt⁽²¹⁴⁴⁾, mais il doit à tout le moins produire un commencement de preuve⁽²¹⁴⁵⁾. Par ailleurs, le juge devra motiver son choix de recourir à l'expertise et ne pourra plus, comme par le passé, désigner un expert par une simple clause de style⁽²¹⁴⁶⁾.

Les parties pourraient-elles néanmoins contraindre le juge à organiser une expertise qu'il estime inutile ? La question est délicate car l'expertise se situe aux confins de deux principes tout aussi importants de la procédure moderne : le principe dispositif, en vertu duquel les parties fixent les limites du litige et déterminent donc librement les questions qu'elles soumettent au juge, et le respect du délai raisonnable, qui investit le juge de la responsabilité d'éviter toute mesure ralentissant indument la procédure. Il est clair que, en dehors de toute hypothèse d'accord des parties, le juge apprécie souverainement l'opportunité de l'expertise⁽²¹⁴⁷⁾. Il a l'obligation de rejeter une expertise inutile, pour éviter toute prolongation anormale de la procédure⁽²¹⁴⁸⁾. En revanche, en cas d'accord des parties sur le principe d'une expertise, la réponse est controversée⁽²¹⁴⁹⁾. Nous

(2144) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La désignation de l'expert par la juridiction des référés – Réflexions sur l'urgence et le provisoire », *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.763.

(2145) Civ. Mons, 29 mai 1991, *Bull. Ass.*, 1994, p. 128 ; Civ. Bruges, 17 septembre 1996, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 132 ; Gand, 20 mai 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 288 ; Gand, 17 mai 2002, *R.D.C.*, 2003, p. 528 ; Anvers, 24 mai 2004, *Bull. Ass.*, 2005, p. 559. G. de Leval estime qu'il est excessif d'affirmer sans nuances que la désignation d'un expert suppose qu'il y ait un commencement de preuve de faits avancés par le demandeur (« L'expertise après les lois de 2007 et de 2009 », *Chroniques de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Bruges, La Chartre, 2011, p. 233).

(2146) R. DE BRIEY et B. PETIT, « La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister », *J.T.*, 2008, p. 240, n° 20 ; H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 12, n° 8.

(2147) Cass., 12 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 568 ; Cass., 29 mars 1974, *J.C.B.*, 1975, p. 233.

(2148) Cour eur. D.H., 13 avril 2006, *Sandov c/ Croatie*, § 30.

(2149) Pour la liberté absolue du juge, même en cas d'accord des parties : H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire », *op. cit.*, p. 14, n° 11 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, *op. cit.*, p. 12, n° 9 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, *op. cit.*, p. 424, n° 116 ; R. DE BRIEY et B. PETIT, « La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister », *op. cit.*, p. 238, n° 7 ; P. LEFRANC, « Heeft de civiele rechter vat op het verloop van het deskundigenonderzoek ? », *R.D.J.P.*, 2005, p. 182. Pour la prééminence de l'accord des parties en matière de mesures d'instruction : A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 484 ; O. MIGNOLET, « Nouveautés en matière d'expertise », in *Nouveautés en droit judiciaire applicables aux droits de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 18 ; P. VANHELMONT, « Bedenkingen bij het deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht », in *Liber Amicorum Alfons Vandeurzen*, Gand, Mys & Breesch, 1995, p. 256 ; R. DE CORTE et J. LAENENS, « De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek », *T.P.R.*, 1980, p. 494, n° 115.

avons évoqué plus haut la jurisprudence qui reconnaît la prééminence des accords procéduraux sur le pouvoir du juge en matière de mesures d’instruction (*cf. supra*, n° 5.11). Toutefois, on peut se demander si cette jurisprudence est encore d’actualité après la réforme du 15 mai 2007. Le fait que le législateur ait inscrit le principe de subsidiarité de l’expertise dans la loi ne signifie-t-il pas que toute solution qui permet d’éviter l’expertise judiciaire doit *toujours* être privilégiée, même en cas d’accord des parties ? ⁽²¹⁵⁰⁾. Mais, à l’inverse, n’y a-t-il pas lieu de considérer que le juge n’est pas là pour assurer une sorte de tutelle sur les parties ? Si elles sont prêtes à assumer le recours à une procédure lente et coûteuse, le juge ne peut que s’incliner ⁽²¹⁵¹⁾. Dans le même sens, lorsque l’expert réalise que le coût de l’expertise risque de devenir disproportionné par rapport à l’enjeu du litige et interpelle les parties à ce sujet, il doit néanmoins poursuivre son travail si les parties, clairement informées du problème, estiment de commun accord que l’expertise doit aller jusqu’à son terme. Pourquoi reconnaître aux parties le pouvoir de disposer de la procédure en cours d’expertise et le leur refuser avant que l’expertise ne soit ordonnée ? ⁽²¹⁵²⁾.

5.47 Alternatives à l’expertise. Il ne suffit évidemment pas d’énoncer le principe de la subsidiarité de l’expertise judiciaire. Encore faut-il offrir des alternatives concrètes au juge.

Différentes possibilités s’offrent à lui :

- un constat d’huissier ; l’article 516, alinéa 2, précise que les huissiers peuvent être commis par le juge pour effectuer des constatations matérielles ; un huissier peut être ainsi désigné pour dresser un état des lieux mais son absence de compétence technique ne lui permettra pas d’apprécier la pertinence des éléments de fait à constater ;
- une vue des lieux par le juge, accompagné par un expert ; en effet, l’article 986 précise que le juge peut se faire assister d’un expert pour toutes les mesures d’instruction qu’il ordonne ; cette procédure est très utile pour les problèmes techniques simples, sur lesquels l’expert peut se prononcer immédiatement, sans investigations approfondies (voy. *infra*, n° 5.98) ;
- une expertise simplifiée ; l’article 986 du Code judiciaire dispose que le juge peut désigner un expert chargé de faire verbalement rapport à l’audience fixée à cet effet ; le juge peut aussi prescrire à

(2150) En ce sens : H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l’expertise judiciaire », *op. cit.*

(2151) G. CLOSSET-MARCHAL, « Les accords procéduraux et le procès civil », *R.G.D.C.*, 2012, pp. 126 et s., n° 34.

(2152) Sauf à considérer que, une fois l’expertise ordonnée, autant lui donner un effet utile, même si cela coûte cher, alors que tant que l’expertise n’est pas en cours, le juge pourrait se montrer plus ferme et refuser d’engager une procédure qui lui paraît inutilement lourde.

cet expert de produire lors de son audition des documents utiles à la solution du litige ; à nouveau, cette mesure se prête fort bien aux constats simples, qui ne demandent pas d'investigations lourdes de la part de l'expert (voy. *infra*, n° 5.48) ;

- l'audition de l'expert à l'audience, lorsque le juge n'est pas complètement informé par un rapport d'expertise déjà déposé (art. 985) ;
- toute autre mesure d'instruction, dans laquelle le juge se fait assister d'un expert, par exemple une comparution personnelle des parties (art. 986).

5.48 Expertise simplifiée. L'expertise simplifiée est une des alternatives les plus intéressantes à l'expertise classique. Elle existait déjà avant la réforme de 2007 mais uniquement dans les causes jugées en degré d'appel (art. 989 anc.). La loi du 15 mai 2007 a généralisé cette forme de mesure d'instruction à toutes les juridictions.

Le principe est donc que l'expert procède à une vacation puis fait rapport à l'audience ⁽²¹⁵³⁾. Lorsqu'un constat préalable n'est pas nécessaire, la prestation de l'expert peut se réduire à une simple audition par le tribunal (p. ex., lorsque le tribunal souhaite des éclaircissements techniques sur certains éléments du dossier). Certaines juridictions invitent l'expert à établir une note de synthèse abrégée (quelques pages), ce qui évite au greffier de retranscrire les observations de l'expert lors de son audition. Cette note ne constitue pas un rapport d'expertise et n'est donc pas soumise au formalisme du rapport d'expertise (envoi d'un avis provisoire, formule de serment...). Elle est jointe au procès-verbal d'audition de l'expert.

Mis à part l'audition de l'expert à l'audience, la loi ne prévoit pas que l'exécution de cette mesure est contradictoire. Il convient toutefois d'être particulièrement attentif à ce point, pour garantir à la fois la contradiction et l'égalité des parties. Il faut évidemment éviter des situations où l'expert se retrouverait sur les lieux en présence d'une seule des parties. Donc, même si la loi reste silencieuse à ce sujet, l'expert doit convoquer les parties lors de sa vacation sur les lieux. En outre, s'il établit une note de synthèse, il serait utile qu'il la communique aux parties avant l'audience, pour leur permettre de réagir en connaissance de cause. La mission impartie à l'expert devrait insister sur ces points, même s'ils sont de nature à alourdir légèrement le coût de la mesure.

(2153) Pour plus de détails sur cette procédure, antérieurement mentionnée à l'article 989 du Code judiciaire, voy. A.-L. FETTWEIS, « Les alternatives (judiciaires) à l'expertise judiciaire », in *L'expertise judiciaire – Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, La Chartre, 2003, p. 147, n°s 23 et s. Sur la procédure actuelle, D. MOUGENOT, « L'expertise simplifiée : un remède aux maux de l'expertise judiciaire ? », *D.A.O.R.*, 2012, pp. 294 et s.

L'article 986 dispose que le juge qui recourt à une mesure d'expertise simplifiée ou désigne un expert pour l'assister dans l'exécution d'une mesure d'instruction taxe les honoraires de l'expert au bas du procès-verbal d'audition et délivre exécutoire contre la partie ou les parties qu'il désigne et dans la proportion qu'il détermine. Dans la décision finale, ces montants seront taxés comme frais de justice. Le juge apprécie souverainement, au vu des éléments du cas d'espèce, qui doit supporter les frais de cette mesure d'instruction.

La pratique démontre l'utilité de cette mesure : elle permet souvent d'obtenir des explications techniques plus rapidement et à un coût moindre que ce que peut offrir l'expertise classique. Par son absence de formalisme, l'expertise simplifiée permet à l'expert de se concentrer sur l'aspect technique de sa mission et autorise la désignation de techniciens peu rompus à l'expertise judiciaire classique.

§ 3. Différents modes de désignation de l'expert

5.49 **Désignation sur requête unilatérale devant le juge de paix.** L'article 594, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose que le juge de paix, saisi par voie de requête, statue sur les demandes de désignation d'experts ou d'arbitres, lorsque la convention des parties ou la loi lui attribue cette désignation ou que l'objet de l'expertise entre dans sa compétence d'attribution.

À différentes reprises, la Cour de cassation a considéré qu'une mission d'expertise ordonnée sur requête unilatérale par le juge de paix n'est valable que pour autant qu'elle porte sur des constatations matérielles mais ne peut porter sur la cause et l'étendue des dommages ⁽²¹⁵⁴⁾.

La jurisprudence des juges de paix sur ce point est partagée. Si certains suivent la Cour de cassation ⁽²¹⁵⁵⁾, d'autres chargent l'expert d'une mission complète ⁽²¹⁵⁶⁾. En revanche, la position de la Cour est vivement critiquée en doctrine. D'une part, le texte de l'article 594, 1^o, du Code judiciaire, sur lequel se fonde la Cour, ne prévoit pas une telle limite. D'autre part, dès lors que l'expertise ordonnée sur requête unilatérale est elle-même contradictoire, on ne voit pas bien quels dangers

(2154) Cass., 12 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 268 ; *R.W.*, 1990-1991, p. 1169. Cet arrêt confirme un arrêt antérieur du 21 mars 1979 (*Pas.*, 1979, I, p. 846).

(2155) Dans le même sens que la Cour de cassation : J.P. Saint Nicolas-Waes I, 12 novembre 1991, *J.J.P.*, 1992, p. 87 ; J.P. Courtrai, 10 mars 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 1067 ; J.P. Gand VII, 10 mai 1994, *T.G.R.*, 1994, p. 112. Le juge de Paix de Saint Nicolas-Waes relève néanmoins que les parties sont libres d'étendre la mission.

(2156) J.P. Uccle, 20 mars 2006, *J.J.P.*, 2007, p. 117 ; Civ. Hasselt, 6 octobre 1997, *Limb. Rechtsl.*, 1998, p. 35, note ; J.P. Gand, 25 janvier 1991, *T.G.R.*, 1991, p. 25.

cette procédure pourrait présenter au regard du respect des droits de la défense ⁽²¹⁵⁷⁾.

En tout état de cause, même si on suit la jurisprudence de la Cour suprême, celle-ci ne s'applique qu'aux expertises ordonnées par le juge de paix et non aux autres expertises ordonnées sur requête unilatérale par les présidents des tribunaux ⁽²¹⁵⁸⁾. Par contre, la compétence présidentielle suppose, conformément à l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, un cas d'absolue nécessité. Cette condition n'est pas requise pour saisir le juge de paix ⁽²¹⁵⁹⁾.

La loi prévoit également d'autres hypothèses dans lesquelles le président du tribunal de première instance ou le président du tribunal de commerce peuvent désigner un expert, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une absolue nécessité ⁽²¹⁶⁰⁾.

5.50 **Désignation sur requête unilatérale par le président du tribunal.** En application de l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, la désignation d'un expert peut être demandée par requête unilatérale au président, en cas d'extrême urgence et d'absolue nécessité. Comme dit ci-dessus, la mission de l'expert désigné par le président n'est pas liée aux simples constatations matérielles. En revanche, cette procédure ne pourra être utilisée que lorsque la cause ne souffre pas le moindre retard. La jurisprudence relative à l'intervention du président statuant sur requête unilatérale ⁽²¹⁶¹⁾ est applicable aux demandes de désignation d'expert formulées dans un tel contexte.

La désignation d'un expert sur requête unilatérale est rare. Elle suppose que le constat à réaliser par l'expert soit particulièrement urgent et ne souffre pas les délais inhérents à la procédure contradictoire, même en référé.

5.51 **Désignation par le juge des référés.** Une demande d'expertise est urgente et peut en conséquence être introduite devant le juge des référés, lorsque l'absence de mesures et constatations immédiates serait de nature à causer un préjudice au demandeur, par exemple du fait de la dé-

(2157) G. CLOSSET-MARCHAL, « Droit judiciaire privé : les mesures d'instruction – Examen de jurisprudence (2000 à 2010) », *R.C.J.B.*, 2011, pp. 89 et s., n^{os} 90 et s. ; S. DUFRENE, « L'expertise », *J.T.*, 1988, pp. 181 et s., n^{os} 27 et s. ; E. GUTT et J. LINSMEAU, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1971 à 1978) », *R.C.J.B.*, 1983, pp. 144 et s. ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Bruxelles, Bruylant, 1985, n^o 81 ; P. TAELEMAN, « Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken », in *L'expertise judiciaire – Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, La Chartre, 2003, p. 82, n^o 35 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », *op. cit.*, pp. 105 et s., n^o 29 ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, *op. cit.*, n^o 43.

(2158) Anvers, 5 octobre 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 238. *Contra* : A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n^o 517, note 1.

(2159) J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », *op. cit.*, pp. 105 et s., n^o 25.

(2160) Voy., sur ce point, O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, *op. cit.*, n^o 43.

(2161) Voy. à ce sujet, H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, *op. cit.*, pp. 413 et s.

perdition des preuves ⁽²¹⁶²⁾. La désignation d'un expert en référé est devenue plus difficile depuis la modification de l'article 19 par la loi du 26 avril 2007 concernant la lutte contre l'arriéré judiciaire. En effet, la nouvelle version de l'article 19 (actuellement al. 3) permet aux parties de demander des mesures provisoires au juge du fond, notamment des mesures d'instruction, à tout stade de la procédure. Ces demandes sont traitées sous la forme des débats succincts (art. 735, § 2, al. 2). Il devient plus délicat de démontrer l'urgence devant le juge des référés, dès lors qu'une demande équivalente peut être satisfaite par le juge du fond à tout stade de la procédure ⁽²¹⁶³⁾. Pour obtenir une expertise en référé, il faut alors soit justifier une urgence particulière soit démontrer que l'encombrement des rôles des juridictions de fond ne permettrait pas d'obtenir la désignation d'un expert dans un délai raisonnable ⁽²¹⁶⁴⁾.

Les pouvoirs du magistrat de référé sont l'objet d'une controverse. Selon le courant le plus restrictif, le juge ne peut déjà annoncer le fond du droit ou donner une orientation précise au litige. Il doit dès lors limiter sa mission aux constatations que l'écoulement du temps ou les initiatives des parties ne permettraient plus ⁽²¹⁶⁵⁾. Selon l'opinion la plus large, actuellement majoritaire, rien n'empêche que le juge des référés demande à l'expert de se prononcer sur l'estimation du dommage ou la recherche des causes (c'est le prescrit même de

(2162) Comm. Bruges (réf.), 26 juillet 1990, *J.P.A.*, 1992, p. 204 ; Comm. Anvers (réf.), 21 septembre 1990, *J.P.A.*, 1992, p. 123. Cette dernière décision relève à juste titre que l'expertise ne peut être sollicitée en référé que si les critères de la compétence présidentielle sont vérifiés. Voy. à ce sujet : A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaet recht*, coll. A.P.R., Gent, Story-Scientia, 1975, n°s 196 et s. ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 6, n° 16 ; G. DE LEVAL, « Le référé en droit judiciaire privé », *Act. dr.*, 1992, p. 885 ; S. DUFRENE, « L'expertise », *op. cit.*, pp. 181 et s., n°s 9 et s. ; J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire : Référés », *J.L.M.B.*, 1992, pp. 518 et s. ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 516 ; E. KRINGS, « Het kortgeding naar Belgisch recht », *T.P.R.*, 1991, p. 1076 ; J. LAENENS, « De bevoegdheid – Overzicht van rechtspraak (1979-1992) », *T.P.R.*, 1993, p. 1538 ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, *op. cit.*, n° 40 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 75 ; P. MARCHAL, *Les référés*, Bruxelles, Larcier, 1992, n°s 86 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », *op. cit.*, pp. 105 et s., n°s 18 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1985 à 1998) », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 59 et s., n° 372 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La désignation de l'expert par la juridiction des référés – Réflexions sur l'urgence et le provisoire », *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.763.

(2163) Civ. Nivelles (réf.), 17 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 109. Voy. à ce sujet : E. BOIGELOT, « Les débats succincts et les mesures avant dire droit », in J. ENGLEBERT (coord. et dir.), *Le procès civil accéléré ?*, *op. cit.*, p. 64, n° 18 ; R. DE BRIEY et B. PETIT, « La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister », *op. cit.*, p. 238, n° 7.

(2164) Voy. aussi G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *Précis de droit judiciaire*, t. 1, *op. cit.*, n° 634, qui estiment que le juge du fond est mieux placé pour apprécier l'opportunité de l'expertise et que le recours au juge des référés devrait être réservé à des cas exceptionnels.

(2165) Liège, 19 mai 1994, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.673.

l'art. 584 du C. jud.), même si ces matières relèveront ultérieurement de l'examen du juge du fond ⁽²¹⁶⁶⁾.

Le juge des référés assure le contrôle de l'expertise qu'il a ordonnée. Il peut, à ce titre, remplacer un expert si celui-ci est empêché ou reste en défaut d'exécuter sa mission. Par contre, il ne peut remplacer un expert au motif que le rapport est techniquement mal fait ou qu'il a été accompli en violation des droits de la défense. En effet, ces motifs supposent une analyse du fond du rapport et relèvent de la compétence du juge du fond ⁽²¹⁶⁷⁾. Dans le cadre du règlement des incidents relatifs à l'expertise, il n'est pas nécessaire de prouver l'urgence pour établir la compétence du juge des référés ⁽²¹⁶⁸⁾.

5.52 Désignation par le juge du fond. Le juge du fond peut ordonner une expertise, soit après avoir statué sur les droits des parties, pour préciser une question technique (la détermination du dommage de la victime d'un accident par exemple), soit à titre de mesure avant dire droit, pour permettre précisément d'apprécier le caractère technique des revendications des parties.

La désignation d'un expert avant dire droit par le juge du fond peut avoir lieu à tout moment de la procédure (art. 19, al. 3). En outre, le juge du fond peut aussi régler la situation des parties, en fonction de l'évolution de l'expertise. Par exemple, si l'expertise a rendu la responsabilité d'une partie évidente, il est possible, en application de l'article 19, alinéa 3, de faire refixer l'affaire au fond pour demander une provision ⁽²¹⁶⁹⁾. Enfin l'article 19, alinéa 3, donne compétence au juge du fond pour trancher tous les incidents survenus en cours d'expertise.

L'expertise peut être sollicitée en cas de menace objective et actuelle d'un litige. Ce principe ne fait pas l'objet de contestation ni en doctrine ⁽²¹⁷⁰⁾, ni en jurisprudence ⁽²¹⁷¹⁾. L'expertise *ad futurum* trouve son

(2166) D. DE CALLATAÏ, « L'expertise du dommage corporel et de la responsabilité médicale », in J. VAN COMPERNOLLE et B. DUBUISSON (dir.), *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 198 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *op. cit.*, n° 18 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 410 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La désignation de l'expert par la juridiction des référés – Réflexions sur l'urgence et le provisoire », *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.763 ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, *op. cit.*, n° 41.

(2167) Civ. Bruxelles (réf.), 8 juin 1994, *R.G.* n° 49.505, inédit.

(2168) Cass., 24 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 1012 ; *R.W.*, 2010-2011, p. 24.

(2169) Voy. à ce sujet : R. DE BRIEY et B. PETIT, « La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister », *op. cit.*, p. 240, n° 14.

(2170) S. DUFRENE, « L'expertise », *op. cit.*, nos 24 et s. ; G. DE LEVAL, « Au sujet de l'expertise *ad futurum* », *Jur. Liège*, 1983, p. 199 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 74 ; R. PERROT, « Procédures d'instruction, jugement, voies de recours, voies d'exécution et mesures conservatoires », *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, p. 834 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », *op. cit.*, pp. 105 et s., nos 15 et s.

(2171) Civ. Liège (réf.), 17 janvier 1991, *Amén.-Env.*, 1991, p. 108 ; Civ. Nivelles, 17 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 109 ; Civ. Liège, 22 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1259 ; Liège, 4 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 33.

fondement dans l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, qui autorise de manière générale l'action préventive intentée en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé. Elle est également autorisée par l'article 962, qui prévoit la désignation d'un expert « en cas de menace objective et actuelle d'un litige ». Il faut cependant un contexte de fait concret et objectif créant une menace actuelle de procès et non pas simplement des craintes d'inexécution d'obligations futures ⁽²¹⁷²⁾. Elle doit permettre aussi bien des constatations matérielles que la détermination des causes.

§ 4. Jugement de désignation de l'expert

5.53 Saisine permanente. Le jugement ordonnant l'expertise ne dessaisit pas totalement le juge. Celui-ci demeure compétent pour contrôler l'expertise, trancher toutes les difficultés qui pourraient naître durant son exécution et taxer les honoraires de l'expert. C'est un mécanisme de « saisine permanente » ⁽²¹⁷³⁾. Ce pouvoir ne va toutefois pas jusqu'à permettre d'apprécier la qualité du travail de l'expert : ce point relève du juge chargé d'apprécier le fond de l'affaire (qui peut être le même que le juge qui a désigné l'expert).

Par ailleurs, le contrôle de l'expertise est réalisé par le juge du premier degré, même lorsque le jugement désignant l'expert est frappé d'appel ⁽²¹⁷⁴⁾. Il n'en va autrement que lorsque le rapport d'expertise est déposé : la saisine du juge du premier degré s'éteint à ce moment ⁽²¹⁷⁵⁾.

5.54 Autorité de chose jugée. Les jugements avant dire droit n'ont pas autorité de chose jugée quant au fond du litige : le juge qui ordonne une mesure d'instruction ne dit rien concernant les droits et obligations des parties ⁽²¹⁷⁶⁾. Le juge est toutefois lié par sa décision concernant l'admissibilité d'un mode de preuve. Il ne pourra remettre en cause cette décision que si des éléments nouveaux la rendent sans objet ou si une partie y fait

(2172) Comm. Bruxelles, 6 septembre 1991, R.D.C., 1992, p. 541.

(2173) O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, op. cit., n° 75.

(2174) Civ. Liège (réf.), 25 avril 1989 J.L.M.B., 1989, p. 1490 ; Pol. Charleroi, 14 janvier 2003, R.G.A.R., 2004, n° 13.853 ; Bruxelles, 17 novembre 2004, R.G. n° 2003/AR/2244, *Juridat* ; J. GILLARDIN, « Le déroulement de l'expertise », in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. St Louis, 1994, p. 147 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., op. cit., n° 535 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, op. cit., n° 200 ; contra : Civ. Liège (réf.), 12 septembre 1995, R.G.A.R., 1997, n° 12.742.

(2175) Civ. Liège, 10 septembre 1993, R.R.D., 1994, p. 566.

(2176) G. CLOSSET-MARCHAL, « Droit judiciaire privé : les mesures d'instruction – Examen de jurisprudence (2000 à 2010) », R.C.J.B., 2011, pp. 89 et s., n° 46 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., op. cit., n° 363.

obstacle et rend impossible l'exécution de cette mesure⁽²¹⁷⁷⁾. Dans ce cas, la partie adverse peut demander que l'affaire soit ramenée à l'audience pour que le juge statue en l'état (art. 875).

5.55 Force exécutoire. En vertu de l'article 1496 du Code judiciaire, la décision ordonnant une expertise est d'office exécutoire par provision, même si elle émane du juge du fond. Il en résulte que l'expertise peut être mise en mouvement immédiatement, même en cas de recours. Si toutefois le juge, statuant sur l'appel ou l'opposition, réforme ou rétracte la première décision, l'expertise aura été exécutée en pure perte. La partie qui aura pris en charge les frais et honoraires de l'expert ne pourra en obtenir remboursement, si elle succombe dans le cadre du recours.

5.56 Recours. L'appel et l'opposition contre la décision ordonnant l'expertise sont possibles dès le prononcé. La seule restriction, en ce qui concerne l'appel, est que la cause ne doit pas être jugée en premier et dernier ressort (art. 617). En effet, la décision désignant l'expert ne sera pas susceptible d'appel si le jugement définitif au fond ne l'est pas non plus (art. 621). En outre, en application de l'article 1055, l'appel contre une décision avant dire droit est toujours possible, en même temps que l'appel contre le jugement définitif, même si cette décision avant dire droit a été exécutée sans réserves.

§ 5. Statut de l'expert judiciaire

5.57 Statut. L'expert est un auxiliaire de justice occasionnel investi par le juge de la mission de procéder à des constatations ou de donner un avis d'ordre technique⁽²¹⁷⁸⁾. Il n'est ni le mandataire des parties, ni celui du juge qui l'a désigné⁽²¹⁷⁹⁾. Il n'exerce pas une fonction judiciaire au sens de l'article 292 du Code judiciaire⁽²¹⁸⁰⁾. Il ne se trouve pas dans une situation statutaire, car il est libre de refuser la mission qui lui est confiée. Il n'est pas un officier public, même s'il exerce une tâche d'utilité publique.

(2177) P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, op. cit., n° 90 ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, op. cit., n° 44. On peut toutefois avoir un doute à la lecture de l'arrêt de cassation du 18 décembre 2013 (R.G. n° P.13.0104.F). Dans cet arrêt, la Cour considère que, lorsqu'une première expertise n'a pu être menée à terme, le tribunal n'est pas obligé d'en ordonner une nouvelle, par l'effet de l'autorité qui s'attache à sa première décision. La portée exacte de cet arrêt est un peu imprécise. Il est difficile de dire si la Cour a considéré que le juge qui ordonne une mesure d'instruction peut toujours revenir sur sa décision, parce qu'il s'agit d'un jugement avant dire droit, ou si elle estime que, dans le cas d'espèce, le juge qui a désigné l'expert pouvait légitimement considérer que cette mesure d'instruction n'était plus utile à la solution du litige.

(2178) J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », op. cit., p. 124, n° 32.

(2179) Bruxelles, 28 avril 1993, *J.T.*, 1993, p. 650.

(2180) Cass., 21 janvier 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 525.

En effet, il ne prend pas part à l'exercice de la puissance publique⁽²¹⁸¹⁾. Il n'existe aucun lien contractuel entre les parties et l'expert judiciaire⁽²¹⁸²⁾.

En principe, toute personne peut être désignée comme expert, pour autant qu'elle dispose des compétences techniques nécessaires⁽²¹⁸³⁾. Toutefois, le Parlement a adopté en 2014 une loi créant un registre national des experts⁽²¹⁸⁴⁾.

Sauf exception ne peuvent plus être désignés comme expert que les personnes inscrites au registre national des experts judiciaires. Les personnes inscrites au registre doivent justifier d'une expérience pertinente d'au moins cinq ans dans la matière considérée au cours des huit années précédant la demande d'enregistrement. Elles doivent pouvoir présenter un diplôme obtenu dans le domaine où elles souhaitent exercer. Elles doivent en outre disposer d'une attestation de connaissances juridiques délivrée par un établissement agréé par le Roi.

Désormais les experts doivent avoir un casier judiciaire vierge (sauf roulage). Elles doivent provenir d'un Etat membre de l'Union européenne.

Les experts prêtent serment à leur entrée en fonction et non plus lors de chaque mission. Ils reçoivent une carte de légitimation lors de leur inscription au registre. Ils peuvent en être rayés en cas de manquement déontologique ou d'atteinte à la dignité de la fonction. Pour désigner une personne non inscrite au registre, le juge doit motiver sa décision, en indiquant pourquoi il n'a pas été possible de désigner une personne inscrite.

Les personnes pratiquant l'expertise avant l'entrée en vigueur de la loi ont un délai de cinq ans pour s'y conformer.

La loi entre en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2017, ou plus tôt, à la date fixée par arrêté royal.

(2181) M. BEERENS et L. CORNELIS, « De aansprakelijkheid van de deskundige in privaatrechtelijke geschillen », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, p. 141 et s., n° 5.

(2182) Ce lien peut exister dans un cas particulier. Dans le cadre d'une conciliation, l'une des parties peut proposer une réparation en nature et l'expert peut être amené à contrôler la bonne exécution de cette réparation. La position de l'expert judiciaire se modifie : il n'est plus l'auxiliaire du tribunal mais il assiste la partie préjudiciée. On peut alors admettre qu'un contrat se noue entre l'expert et cette partie (Y. HANNEQUART, « L'expertise et le procès en responsabilité », in *Mélanges Roger Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 241 et s., n° 46).

(2183) Cass., 5 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 111 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, op. cit., p. 97, n° 99 ; P. VANLERSBERGHE, « De beslissing tot aanstelling van een deskundige », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, p. 24, n° 33.

(2184) L. 10 avril 2014 modifiant diverses dispositions en vue d'établir un registre national des experts judiciaires et établissant un registre national des traducteurs, interprètes et traducteurs-interprètes jurés, *M.B.*, 19 décembre 2014.

Pour certains types d'expertise, les experts doivent présenter une qualité particulière ⁽²¹⁸⁵⁾. C'est le cas notamment des expertises comptables, qui ne peuvent être confiées qu'à des experts comptables ou des réviseurs d'entreprises ⁽²¹⁸⁶⁾. La violation de cette règle n'entraîne toutefois pas la nullité de l'expertise. Pour le surplus, il appartient au juge de vérifier si cette irrégularité porte atteinte au droit au procès équitable ⁽²¹⁸⁷⁾.

Il est traditionnellement enseigné que le juge ne peut désigner une personne morale comme expert ⁽²¹⁸⁸⁾. Un auteur s'est insurgé contre cette position, relevant qu'elle n'est plus en phase avec les règles gouvernant actuellement les professions libérales. Celles-ci s'exercent de plus en plus fréquemment en société ⁽²¹⁸⁹⁾. Cette observation est exacte. Toutefois, les causes de récusation ne peuvent s'appliquer qu'à une personne physique. En outre, la mission de l'expert est marquée par l'*intuitus personae* et la confiance du juge doit être accordée à une personne déterminée. On ne concevrait donc pas que le juge désigne une personne morale comprenant plusieurs organes, sans préciser la personne physique qui devrait effectuer la mission. En revanche, il n'est nullement interdit de désigner une personne physique exerçant son activité professionnelle par l'intermédiaire d'une personne morale. C'est alors la société qui facturera les honoraires de l'expert.

L'expert est tenu au secret professionnel ⁽²¹⁹⁰⁾. Ce secret n'est toutefois pas opposable au juge qui l'a désigné, pour les points qui rentrent dans le cadre de la mission. Sans quoi, l'expertise n'aurait évidemment aucune utilité. La question de savoir si l'expert peut refuser de divulguer

(2185) Voy. sur ce point, R. DE BRIEY, « Le titre d'expert et sa défense », rapport présenté lors du colloque organisé par la FEBEX le 1^{er} octobre 2009.

(2186) L. 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales (art. 34 et 37) ; Cass., 29 novembre 2011, *Ius & Actores*, 2012/2, p. 45 ; J.T., 2012, p. 463, note RIGAUX ; *Pas.*, 2011, p. 2628 ; T. *Strafr.*, 2012, p. 447, note LIBOTTE ; T. *Strafr.*, 2013, p. 176, note BAEYENS ; Cass., 26 juin 2001, *Pas.*, 2001, p. 1237 ; T. *Strafr.*, 2002, p. 90.

(2187) Cass., 29 novembre 2011, cité à la note précédente.

(2188) A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, op. cit., pp. 72-73, n° 166 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, op. cit., n° 99 ; P. TAELEMAN, « Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken », in *L'expertise judiciaire – Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, La Charte, 2003, p. 74, n° 19 ; P. VANLERSBERGHE, « De beslissing tot aanstelling van een deskundige », op. cit., n° 33.

(2189) M. COIPEL, « Faut-il exclure la possibilité de désigner une personne morale comme expert judiciaire ? », J.D.S.C., 2013, livre 2, pp. 13 et s.

(2190) P. LURQUIN *Traité de l'expertise en toutes matières*, op. cit., n° 268 ; dans le même sens : P. LAMBERT, *Secret professionnel*, op. cit., n° 348 ; M. BEERENS et L. CORNELIS, « De aansprakelijkheid van de deskundige in privaatrechtelijke geschillen », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, pp. 141 et s., spéc. 191 ; D. MOUGENOT, « Déontologie et discipline de l'expert », *Ius & Actores*, 2007/3, pp. 41 et s., n°s 4 et s. ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, op. cit., n°s 22-23.

certaines informations confidentielles aux parties est délicate et controversée ⁽²¹⁹¹⁾.

5.58 **Indépendance et impartialité.** L'expert est indépendant des parties et du tribunal. Il ne peut donc être lié à l'une des parties par un rapport contractuel ou un lien de subordination.

Il n'est pas partie au procès. Le simple fait qu'il participe à certaines audiences n'y change rien : il est entendu en sa qualité d'auxiliaire de justice. Son statut dans le cadre de la procédure de taxation des honoraires est toutefois incertain. Selon plusieurs auteurs, la procédure de taxation des honoraires constitue un segment distinct au sein du procès, dans lequel l'expert devient véritablement partie ⁽²¹⁹²⁾. Cela lui ouvre un droit d'appel, au cas où ses honoraires seraient réduits ou rejetés par le juge. Certaines décisions estiment toutefois que l'expert, en sa qualité d'auxiliaire de justice, ne peut en aucun cas devenir partie au procès, même dans le cadre de la taxation de son état ⁽²¹⁹³⁾. Elles lui reconnaissent cependant un droit d'appel contre les décisions de taxation qui portent atteinte à ses intérêts. Pour justifier l'existence – anormale dans cette jurisprudence – d'un droit d'appel de l'expert, on est alors obligé de reconnaître à cet appel un régime exceptionnel (il ne serait notamment pas soumis aux règles du ressort, qui limitent le droit d'appel en fonction du montant réclamé – voy. cependant *infra*, n° 5.85).

L'expert se doit d'être impartial ⁽²¹⁹⁴⁾. La partialité de l'expert est susceptible d'être sanctionnée par la procédure de récusation (voy. *infra*, § 6). Traditionnellement, la Cour de cassation a toujours considéré que la partialité de l'expert ne signifiait pas que la cause n'a pas été entendue équitablement, notamment lorsque les parties ont eu l'occasion

(2191) B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, « Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux », *R.D.C.*, 2013, pp. 1057 et s. ; O. MIGNOLET, « L'expertise et la vérité dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthesis, 2011, pp. 55 et s., n°s 59 et s.

(2192) G. CLOSSET-MARCHAL, « Les coûts de l'expertise », in *L'expertise judiciaire : des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, n° 18, p. 102 ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, op. cit., n° 146 ; D. MOUGENOT, « Expertise judiciaire – Approche juridique », in *L'expertise – Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, p. III.5-13 ; P. Taelman, « Tarieven en erelonen van de gerechts-deskundige », *Ius & Actores*, 2007/3, p. 63, n° 21 ; Anvers, 7 septembre 2011, *R.W.*, 2013-2014, p. 1426.

(2193) Bruxelles, 25 juin 2013, *T.B.O.*, 2013, p. 236 ; dans le même sens, Bruxelles, 11 juin 2013, *R.G.* n° 2012/AR/1250, inédit.

(2194) Cass., 15 février 2006, *NjW*, 2006, p. 559, note BREMS ; *Pas.*, 2006, p. 370 ; *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 682, concl. VANDERMEERSCH ; *R.W.*, 2006-2007, p. 1039, concl. VANDERMEERSCH, note GOOSSENS et TRAEST ; *T. Strafr.*, 2006, p. 331, note ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, op. cit., n°s 102 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », op. cit., pp. 126-127 ; P. VANLERSBERGHE, « De beslissing tot aanstelling van een deskundige », op. cit., n° 49, pp. 33-34 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « L'expertise et le Code judiciaire », in *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n°s 7 à 10, pp. 8-9.

de s'expliquer au sujet de l'éventuelle partialité et que le juge a statué régulièrement à cet égard. En effet, l'impartialité requise de l'expert ne peut être assimilée à l'impartialité requise du juge : le juge tranche le litige alors que l'expert n'émet qu'un avis susceptible d'être contesté⁽²¹⁹⁵⁾. De même, la simple violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne constitue pas une cause de récusation⁽²¹⁹⁶⁾. Toutefois, l'existence d'une cause de suspicion légitime (art. 828, 1^o) permet de récuser un expert qui ne ferait pas preuve d'impartialité.

5.59 Collège d'experts. Le tribunal peut désigner plusieurs experts, soit avec une mission unique, soit avec des missions spécifiques pour chaque expert. Lorsque la mission est unique, les experts forment un collège. En effet, l'article 982 du Code judiciaire prévoit que les experts dressent un seul rapport et forment un seul avis à la pluralité des voix. En cas d'avis différents, les motifs des divers avis peuvent être mentionnés⁽²¹⁹⁷⁾. Lorsqu'il est prévu que les experts forment un collège délibérant en commun, le rapport d'expertise doit être écarté lorsqu'il apparaît qu'un des experts n'a pas agi collégialement mais a mené l'expertise seul⁽²¹⁹⁸⁾. Cela n'empêche pas qu'une répartition des tâches peut être effectuée au sein du collège, surtout si les experts ont des spécialités différentes. Il est même admis qu'un des experts procède seul à certaines investigations, pour autant que celles-ci aient un caractère accessoire⁽²¹⁹⁹⁾.

§ 6. Récusation de l'expert

5.60 Principe. On nomme récusation d'un magistrat le droit accordé à un plaideur de faire écarter du siège, pour le jugement de son procès, un juge dont l'impartialité à son égard peut légalement être suspectée. Les experts peuvent être récusés par les motifs pour lesquels la récusation est permise à l'égard des juges⁽²²⁰⁰⁾. En revanche, le remplacement est la sanction uti-

(2195) Cass., 15 mars 1985, *Entr. dr.*, 1991, p. 282. Voy. aussi Civ. Liège, 18 avril 1995, *J.T.*, 1996, p. 67.

(2196) Cass., 9 janvier 2004, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1165, note P. VANLERSBERGHE ; *Res jur. imm.*, 2004, p. 285.

(2197) Ce qui différencie considérablement les experts des magistrats, qui ne peuvent toujours pas exprimer d'opinion dissidente dans leurs décisions.

(2198) Civ. Liège, 3 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1377. Cette décision est rendue en matière d'expertise amiable mais le principe est *a fortiori* transposable en matière d'expertise judiciaire, où la règle est que les experts désignés avec une mission unique forment un collège.

(2199) P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, p. 146 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », *op. cit.*, p. 135, n^o 47.

(2200) Civ. Liège (réf.), 10 février 1992, *R.G.D.C.*, 1992, p. 450 ; Civ. Verviers (réf.), 5 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 877.

lisée à l'égard de l'expert négligent. Les deux procédures ne doivent pas être confondues ⁽²²⁰¹⁾.

5.61 Causes de récusation. Les motifs de récusation sont énumérés à l'article 828 du Code judiciaire. Comme dit ci-dessus, ce sont les mêmes que pour les magistrats. Le parallélisme entre les causes de récusation des juges et celles des experts a été critiqué, dès lors qu'ils ne se trouvent pas du tout dans la même situation : le juge tranche le litige alors que l'expert n'émet qu'un avis, susceptible d'être contesté ⁽²²⁰²⁾. Cette critique perd de sa force lorsque l'on apprécie en pratique l'impact d'un rapport d'expertise sur la décision du juge : bien souvent l'expertise constitue l'élément décisif dans l'appréciation du tribunal.

La suspicion légitime est également applicable à l'égard des experts. Elle permet de soulever un manque d'impartialité de sa part, en dehors des hypothèses limitatives énoncées l'article 828.

5.62 Procédure. La procédure est réglée par les articles 969 et suivants du Code judiciaire. En principe, la récusation doit être proposée au moment de la réunion d'installation ou, à défaut, du début des travaux de l'expert, sauf si le motif est apparu ultérieurement. Le délai de huitaine, prévu à l'article 970, alinéa 2, du Code judiciaire pour la présentation d'une requête en récusation d'un expert, n'est pas prescrit à peine de déchéance ⁽²²⁰³⁾. Lorsque la cause de récusation est apparue au cours de la première réunion d'expertise, la requête en récusation introduite dans la huitaine suivante est recevable ⁽²²⁰⁴⁾.

La récusation est admise si l'expert l'accepte et garde le silence, et ce, même en l'absence d'établissement de l'une des causes légales de récusation ⁽²²⁰⁵⁾. Toutefois, le délai de huitaine imparti à l'expert pour déclarer s'il accepte ou conteste la récusation n'est pas prescrit à peine de nullité ou de déchéance. L'expert n'est donc pas déchu de son pouvoir de contester s'il ne réagit pas dans les huit jours ⁽²²⁰⁶⁾.

Si la demande en récusation est rejetée, la partie qui l'a introduite peut être condamnée à des dommages-intérêts envers l'expert qui le re-

(2201) C. DE BOE, « De la récusation et du remplacement de l'expert », *J.T.*, 2007, pp. 812 et s. ; D. MOUGENOT, « L'administration de la preuve et les mesures d'instruction », *op. cit.*, pp. 303 et s., n° 27. Il n'est donc pas possible de passer de l'une à l'autre : Bruxelles, 10 février 2009, *For. Ass.*, 2009, p. 148.

(2202) J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », *op. cit.*, n° 34.

(2203) Cass., 17 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 709 ; Bruxelles, 8 octobre 1975, *J.T.*, 1975, p. 732 ; Bruxelles, 5 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 759 ; C. trav. Mons (4^e ch.), 26 septembre 1991, R.G. n° 9372, inédit.

(2204) Civ. Bruxelles, 28 juin 1993, *J.T.*, 1994, p. 20.

(2205) Civ. Verviers (réf.), 5 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 877.

(2206) Comm. Mons (réf.), 16 septembre 2005, *R.D.J.P.*, 2005, p. 265.

quiert, mais dans ce dernier cas, il ne peut en la cause demeurer expert ⁽²²⁰⁷⁾. La demande de récusation d'expert n'est pas communicable au ministère public ⁽²²⁰⁸⁾. Si l'expert est récusé ou s'il doit se déporter parce que la récusation est rejetée et qu'il forme une demande de dommages-intérêts, le juge désigne d'office un nouvel expert (art. 971).

Les dispositions du Code judiciaire relatives à la récusation des experts sont inapplicables en matière pénale ⁽²²⁰⁹⁾, ainsi qu'à l'égard d'un conseil technique ⁽²²¹⁰⁾.

§ 7. Mise en mouvement de l'expertise

5.63 **Mise en route automatique.** L'article 972 § 1^{er}, introduit par la loi du 15 mai 2007, précise que la décision désignant l'expert est notifiée d'office par le greffe. L'expertise démarre donc automatiquement. Avant 2007, l'expertise n'était mise en mouvement qu'à la demande de la partie la plus diligente. Depuis 2009, la loi prévoit toutefois la possibilité de suspendre la notification du jugement à l'expert, si toutes les parties qui ont comparu en ont fait la demande avant que la décision de désignation de l'expert ne soit prise (art. 972, § 1^{er}). Cette règle permet de rencontrer l'hypothèse où l'expertise a été demandée à titre purement conservatoire ou lorsque les parties souhaitent négocier avant de mettre l'expertise en mouvement. Il faut toutefois que la demande soit formulée avant la désignation de l'expert. Il faut également unanimité des parties. Le législateur a toutefois fort heureusement prévu le cas où une ou plusieurs parties feraient défaut. Dans ce cas, seules les parties qui ont comparu doivent demander la suspension de la notification. Lorsque la notification est suspendue, elle est effectuée par le greffe à la demande de la partie la plus diligente, comme avant la réforme de 2007.

À la réception de la décision, l'expert dispose d'un délai de huit jours pour refuser la mission de manière motivée. Si aucune réunion d'installation n'a été prévue dans le jugement, il doit communiquer la date du début de ses travaux dans les 15 jours à compter de la notification du jugement le désignant ou, le cas échéant, de la notification de la consignation de la provision. L'expert n'est donc pas tenu d'entamer ses travaux tant que la provision n'est pas consignée. Aucune sanction n'est prévue au cas où l'expert tarderait à réagir mais il peut engager sa res-

(2207) Civ. Bruxelles, 11 janvier 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 962 ; A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, op. cit., n° 186.

(2208) Cass., 22 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 400.

(2209) Anvers, 29 juin 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 476. *Contra* : Anvers, 28 novembre 1984, *Pas.*, 1985, II, p. 47. La cour d'Anvers semble donc être revenue ultérieurement sur sa jurisprudence.

(2210) Cass., 14 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 71 ; *R.W.*, 1985-1986, col. 1027.

pensabilité si sa négligence occasionne un préjudice pour l'une des parties ⁽²²¹¹⁾.

5.64 Réunion d'installation. En 2007, le législateur a organisé un premier contact entre le juge, les parties et l'expert, pour préciser les modalités de l'expertise. Toutefois, la pratique a révélé le caractère inadéquat de cette mesure dans la majorité des cas, parce que l'expert était invité à préciser les détails de son travail avant même d'avoir pu en apprécier l'objet précis. La loi réparatrice de 2009 a donc facilité la renonciation à l'organisation de cette réunion.

L'article 972, § 2, modifié en 2009, dispose que le juge fixe une réunion d'installation s'il l'estime nécessaire ou si toutes les parties comparantes en font la demande. Il est donc possible de renoncer sans difficulté particulière à la réunion d'installation chaque fois qu'elle n'apparaît pas opportune. Cette mesure n'est en réalité plus exécutée que pour certaines expertises tout à fait particulières, dont les modalités ne sont pas faciles à définir, ou lorsque les avocats insistent pour qu'une réunion d'installation soit organisée ⁽²²¹²⁾.

Dans l'hypothèse où le juge a décidé qu'une réunion d'installation doit se tenir, l'article 972, § 2, précise que la réunion a lieu en chambre du conseil ou en tout lieu désigné par le juge en fonction de la nature du litige. Elle a lieu devant le juge qui a ordonné l'expertise ou qui est chargé du contrôle de celle-ci.

L'article 972 précise les points qui doivent être fixés dans la décision prise à l'issue de la réunion d'installation. À plusieurs égards, il s'agit d'une mission impossible, l'expert et les parties ne disposant pas d'éléments suffisants, en début d'expertise, pour en préciser les modalités. Il en va ainsi des lieux, jour et heure des travaux ultérieurs de l'expert ou de l'estimation du coût global de l'expertise. Cette difficulté est à l'origine des critiques adressées à ce mécanisme.

Si aucune réunion d'installation n'est organisée, c'est alors la décision qui désigne l'expert qui doit reprendre les points qui auraient dû être précisés lors de la réunion.

(2211) R. DE BRIEY et B. PETIT, « La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister », *op. cit.*, p. 241, n° 27. B. DE CONINCK et D. MOUGENOT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », in *Responsabilités professionnelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 33 et s., n° 5.

(2212) Pour un exemple de réunion d'installation utile : Mons, 28 juin 2011, *Ius & Actores*, 2012, p. 113, note MOUGENOT. Il s'agit de l'arrêt rendu suite à l'explosion accidentelle d'une canalisation de gaz survenue à Ghislenghien. Le nombre élevé de victimes justifiait une coordination du travail des experts et donc la tenue d'une réunion d'installation.

§ 8. Déroulement de la procédure d'expertise – Règlement des incidents

5.65 **Caractère contradictoire de l'expertise.** Contrairement à l'expertise pénale concernant l'action publique, l'expertise civile est fondamentalement contradictoire ⁽²²¹³⁾. Cette caractéristique est sous-jacente durant tout le déroulement de la procédure. Elle se marque notamment par l'obligation de l'expert de convoquer les parties à toutes les réunions, de veiller à la communication des pièces à toutes les parties, de leur adresser les rapports des réunions et de leur communiquer un avis provisoire, avant dépôt du rapport au tribunal, pour leur permettre de faire part de leurs observations.

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'on admet des entorses à la contradiction, notamment parce que l'urgence empêche l'expert de convoquer utilement toutes les parties pour un constat ⁽²²¹⁴⁾.

L'importance du caractère contradictoire de l'expert apparaît à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme ⁽²²¹⁵⁾.

Toutefois il est admis que le principe du contradictoire doit céder lorsqu'il entre en conflit avec un autre principe équivalent ou supérieur. Il en va ainsi pour le secret médical ⁽²²¹⁶⁾ et, dans une certaine mesure, pour le respect par une partie de son intimité ou le secret des affaires ⁽²²¹⁷⁾.

5.66 **Fixation des réunions – Rapports intermédiaires.** La fixation des réunions d'expertise est laissée à l'initiative de l'expert. La convocation se fait par lettre recommandée aux parties et pli simple aux avocats (art. 972, § 1^{er}), sauf dispense des parties, en toute circonstance (art. 972bis, § 2), ou du juge, en cas d'urgence (art. 973). L'expert est tenu de consentir à un report de réunion, si toutes les parties (ou leurs conseils) marquent leur accord à ce sujet. À défaut, il apprécie l'opportunité de ce report et en avertit le juge par pli simple (art. 972bis, § 2).

(2213) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, op. cit., n° 718.

(2214) Civ. Gand, 23 février 2000, T.G.R., 2000, p. 168 ; Mons, 18 janvier 1999, J.T., 1999, p. 371 ; Liège, 3 décembre 2002, J.L.M.B., 2004, p. 1498.

(2215) Cour eur. D.H., 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, J.T., 1997, p. 495 ; Cour eur. D.H., 2 juin 2005, *Cottin c/ Belgique*, J.T., 2005, p. 219 ; Cour eur. D.H., 28 mai 2014, *Martins Silva c/ Portugal*.

(2216) P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, op. cit., n° 142.

(2217) Cass., 2 novembre 2012, J.T., 2013, p. 174, note DE LOPHEM ; *Pas.*, 2012, p. 2092 ; T.B.O., 2013, p. 8, note TOREMANS et DUPON ; R.D.J.P., 2013, p. 53 ; B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, « Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux », R.D.C., 2013, pp. 1057 et s. ; O. MIGNOLET, « L'expertise et la vérité dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, op. cit., pp. 55 et s., n°s 59 et s.

La loi impose à l'expert de dresser un rapport de chaque réunion et d'en adresser copie aux parties (par pli simple sauf si elles sont défaillantes) et à leurs conseils ainsi qu'au juge.

L'article 974 impose aux experts d'adresser au juge, aux parties et aux conseils un rapport intermédiaire tous les six mois, lorsque le délai fixé pour le dépôt du rapport final est supérieur à six mois. Cet état d'avancement mentionne :

- les travaux déjà réalisés ;
- les travaux réalisés depuis le dernier rapport intermédiaire ;
- les travaux qui restent à réaliser.

5.67 **Tentative de conciliation.** L'expert est tenu de tenter de concilier les parties. Ce point fait légalement partie de sa mission, même si le jugement de désignation ne l'a pas prévu. Toutefois, l'absence de tentative de conciliation n'est pas sanctionnée de manière particulière par la loi ⁽²²¹⁸⁾.

Si la conciliation aboutit, l'accord des parties doit être constaté par écrit. Les parties peuvent faire entériner l'accord par le juge (art. 1043). L'expert adresse au juge un constat de conciliation, les pièces et notes des parties et son état de frais et honoraires (art. 977, § 2). Il fait de même à l'égard des parties et de leur conseil. L'expert doit restituer aux parties les pièces originales de leur dossier. Il est en effet inutile que l'expert ou le tribunal conserve ces documents.

Il n'est pas précisé dans la loi que la conciliation a un caractère confidentiel. Plusieurs auteurs l'ont regretté parce que la confidentialité est un élément important pour faciliter la négociation entre les parties ⁽²²¹⁹⁾. Elles se sentiront plus à l'aise si elles savent que leurs propos ne pourront pas être utilisés contre elles dans la suite de la procédure.

5.68 **Sapiteurs.** Dans l'exercice de sa mission, l'expert peut être amené à se prononcer sur certains problèmes techniques très complexes, qui excèdent sa compétence. Le droit pour un expert de recourir à des spécialistes, appelés « sapiteurs », est un principe unanimement affirmé ⁽²²²⁰⁾. Il est indirectement consacré à l'article 972, § 2, du Code judiciaire, qui indique que, lors de la

(2218) Civ. Charleroi, 25 octobre 2010, *Res jur. imm.*, 2011, p. 133.

(2219) R. DE BRIEY et B. PETIT, « Le déroulement de l'expertise », in *L'expertise judiciaire : des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 56, n° 33 ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, op. cit., p. 132, n° 109.

(2220) S. DUFRENE, « L'expertise », op. cit., pp. 181 et s., n°s 40 et s. ; J. GILLARDIN, « Le déroulement de l'expertise », in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, pp. 139 et s., spéc. pp. 155 et s. ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, op. cit., n°s 152 et 153 ; P. SOURIS, *L'expertise judiciaire en droit de la construction*, Bruges, La Chartre, 1994, pp. 99 et s. ; P. TAELEMAN, « Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken », op. cit., pp. 61 et s., spéc. p. 94, n° 56 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », op. cit., p. 136, n° 50.

réunion d'installation, devra être discutée l'opportunité de recourir à des collaborateurs de l'expert. Le sapiteur travaille sous la responsabilité de l'expert et est rémunéré par lui, avec les provisions versées par les parties. La question de savoir si le recours à des sapiteurs doit être obligatoirement autorisé par le juge n'est pas clairement tranchée par la loi. Il est en tout cas vivement conseillé aux experts de consulter les parties avant de recourir à un sapiteur. Elles peuvent avoir des observations à formuler concernant l'indépendance ou la compétence de ce technicien. En outre, cette mesure a généralement un impact sensible sur les frais d'expertise.

5.69 **Audition de témoins.** Aucune disposition légale ne s'oppose à ce que le juge, commettant un expert, invite celui-ci à recueillir auprès de tiers des renseignements utiles à l'accomplissement de sa mission dès lors qu'il ne charge point l'expert d'entendre ces tiers en qualité de témoins⁽²²²¹⁾. Leur audition n'est soumise à aucune règle particulière, dès lors que la procédure d'enquête n'est pas à proprement parler applicable. En particulier, ces témoins ne sont pas entendus sous serment. Si une difficulté se produit à cette occasion, il n'y a donc pas d'autre solution que de demander au tribunal d'organiser des enquêtes en bonne et due forme.

5.70 **Contrôle par le tribunal.** L'article 973 dispose que les experts exécutent leur mission sous le contrôle du juge. Ce texte est rédigé de manière très générale et est à l'origine d'initiatives variées prises par certaines juridictions pour contrôler le travail de l'expert : courriers adressés à l'expert, convocations régulières en chambre du conseil...

Le juge qui a ordonné l'expertise *ou le juge désigné à cet effet* suit le déroulement de celle-ci et veille au respect des délais et de son caractère contradictoire. On peut donc parfaitement désigner, au sein de la juridiction, un « juge des expertises » qui sera plus spécifiquement chargé de leur contrôle. Lorsque les chambres de la juridiction sont naturellement collégiales (tribunaux de commerce ou du travail), le « juge » chargé du contrôle est en principe la chambre toute entière. Dès lors, si le contrôle doit être assuré par un magistrat individuel dans ces juridictions, il convient de le spécifier expressément.

(2221) Cass., 4 février 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 527. Cet arrêt concerne une décision rendue avant l'entrée en vigueur du Code judiciaire mais le principe reste d'application. Elle va dans le sens d'un arrêt antérieur : Cass., 16 octobre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 135. Voy. aussi : A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, *op. cit.*, n° 329 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *op. cit.*, n° 27 ; S. DUFRENE, « L'expertise », *op. cit.*, n° 50 et s. ; J. GILLARDIN, « Le déroulement de l'expertise », *op. cit.*, p. 157 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 151 ; B. VANLERBERGHE, « Het inwinnen door de gerechtsdeskundige van inlichtingen bij derden », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, pp. 265 et s.

L'article 973, § 2, précise par ailleurs que le tribunal peut être saisi de tous les incidents qui apparaissent en cours d'expertise par lettre missive adressée par l'une des parties ou par l'expert. Le principe d'une saisine permanente du juge est donc reconnu : le tribunal n'est pas dessaisi par la désignation de l'expert et reste tenu d'assurer le contrôle de l'expertise et de vider les contestations qui se produisent à l'occasion de son exécution. Lorsque la chambre est collégiale mais qu'un juge unique a été désigné pour assurer le contrôle, il faut en déduire que ce magistrat peut siéger seul pour régler les incidents. La loi ne dit pas si ces incidents doivent être tranchés en audience publique ou à l'issue d'une réunion. Elle ne précise pas non plus si une décision doit à chaque fois être prononcée ou si une simple mention dans le procès-verbal d'audience suffit. Ces lacunes donnent lieu à des pratiques assez divergentes suivant les tribunaux.

Le juge devra veiller au respect des délais. La loi n'en dit pas plus. Il appartient aux tribunaux d'apprécier les « bonnes pratiques » les plus efficaces pour garantir le dépôt du rapport dans le délai fixé. Certains tribunaux fixent automatiquement une date d'audience pour le suivi de l'expertise. D'autres adressent des courriers à l'expert pour connaître l'état d'avancement de l'expertise. Le dépôt de rapports semestriels, s'il est respecté, permet un meilleur contrôle par le tribunal sur ce point.

Le juge doit aussi veiller au respect du caractère contradictoire. Ce n'est que l'application à l'expertise du principe général selon lequel le juge est le garant du caractère contradictoire de la procédure ⁽²²²²⁾. Il pourra ainsi inviter une partie ou l'expert à communiquer certains éléments aux autres parties, demander à l'expert de recommencer un devoir qu'il aurait accompli seul sans raison valable...

5.71 Remplacement de l'expert. Le remplacement de l'expert peut être le résultat d'une indisponibilité de l'expert (maladie...) ou d'une mauvaise exécution de la mission. Il peut s'imposer en début de mission, parce que l'expert n'a pu l'accepter, ou en cours de mission, parce que celle-ci ne peut se poursuivre dans de bonnes conditions.

Si l'expert n'a pas accepté sa mission, l'article 972, § 1^{er}, alinéa 3, met en place une procédure simplifiée de remplacement. Le juge désigne automatiquement un nouvel expert, après que les parties aient pu formuler leurs observations par écrit.

En revanche, si l'incident survient en cours de mission, le tribunal est tenu de convoquer les parties et l'expert (art. 979). Le juge est obligé de remplacer l'expert si les parties en font la demande conjointement. À

(2222) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 14, n° 9.

défaut d'accord sur ce point, il apprécie souverainement l'opportunité du remplacement et motive sa décision.

§ 9. Le rapport d'expertise – Irrégularités du rapport et sanctions

5.72 L'avis provisoire. L'expert travaille en deux temps : il adresse aux parties un premier rapport (antérieurement appelé « préliminaires »). Les parties peuvent y réagir. Ensuite, il dépose son rapport définitif, dans lequel il répond aux remarques formulées par les parties. Ce mécanisme est fondamental pour le respect du caractère contradictoire de l'expertise en matière civile. L'article 976, modifié en 2007, dispose que, à la fin de ses travaux, l'expert envoie pour lecture au juge, aux parties et à leurs conseils, ses constatations, *auxquelles il joint déjà un avis provisoire*. Cette disposition nouvelle met fin à une controverse antérieure. En effet, la doctrine et la jurisprudence étaient divisées au sujet de l'opportunité de voir l'expert déjà exprimer une opinion dans ses préliminaires ⁽²²²³⁾.

L'expert doit fixer un délai pour la réponse à son avis provisoire. Ce délai est déterminé, soit lors de la réunion d'installation (art. 972, § 2), soit, à défaut, lors de l'envoi des préliminaires (art. 976). L'article 976, alinéa 2, précise que l'expert reçoit les observations des parties et de leurs conseillers techniques avant l'expiration de ce délai. La loi ajoute qu'il ne tient aucun compte des observations qu'il reçoit tardivement. Mais, comme cette disposition, à elle seule, ne suffit pas à empêcher les parties de critiquer le rapport dans la suite de la procédure, le législateur ajoute, à la fin de l'article 976 : « ces observations peuvent être écartées d'office des débats par le juge ». Si l'expression « ces observations *peuvent* être écartées » indique qu'il ne s'agit pas d'une sanction automatique, les juges se montreront sans doute sévères dans l'acceptation d'observations tardives. Il faudrait à tout le moins que la partie concernée justifie le retard dans la formulation de ses remarques ⁽²²²⁴⁾.

5.73 Les conclusions – Avis définitif. À l'issue de ses travaux, l'expert dépose l'original de son rapport au greffe du tribunal qui l'a désigné. Selon l'article 978, § 1^{er}, le rapport final est daté et relate la présence des parties lors des travaux, leurs déclarations verbales et leurs réquisitions. Il

(2223) Pour des références complètes concernant cette controverse, voy. D. MOUGENOT, « L'expertise dans tous ses états », in *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2007, pp. 207 et s., n° 32. Cette controverse a d'ailleurs été finalement tranchée par un arrêt de cassation du 30 novembre 2007 (*Pas.*, 2007, p. 2161), qui considère que l'expert peut laisser transparaître son opinion dans les préliminaires qu'il adresse aux parties (sous l'empire des anciennes dispositions légales).

(2224) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51 2549/001, pp. 32 et 35.

contient en outre le relevé des documents et des notes remis par les parties aux experts. Mais il ne peut les reproduire que dans la mesure où cela est nécessaire à la discussion, pour éviter que le rapport ne contienne, de manière inutile, la retranscription des correspondances échangées avec les parties.

Au rapport doivent être annexés :

- les pièces pertinentes adressées par les parties ;
- les notes des parties ;
- les échanges de correspondance entre expert et parties ;
- les résultats des investigations de l'expert ou de ses collaborateurs ;
- les documents sur lesquels il se fonde pour émettre ses conclusions (documentation technique, contenu de normes techniques, recommandations d'organismes officiels de contrôle...) ;
- les photos, plans... ⁽²²²⁵⁾.

Le rapport est signé par l'expert, à peine de nullité, et comprend la formule de serment. Lors de l'entrée en vigueur de la loi du 10 avril 2014, l'expert prêterait serment une seule fois, lors de son inscription au registre. Les rapports d'expertise ne devront plus comprendre de formule de serment. Une copie du rapport est également adressée aux parties, de même que l'état de frais et honoraires détaillé de l'expert. Les pièces originales des dossiers des parties doivent leur être restituées.

Les conclusions de l'expert doivent être motivées. L'expert ne peut se borner à exprimer son opinion personnelle de manière péremptoire, même s'il peut faire état de son expérience personnelle. Il devra se fonder sur les constats réalisés et, le cas échéant, sur la documentation technique publiée. Les conclusions doivent contenir la réponse aux observations des parties, suite à la communication de l'avis provisoire. Enfin, le premier destinataire du rapport est le juge et non les parties ou leurs conseils techniques. Le rapport doit donc être rédigé de manière compréhensible pour un profane ⁽²²²⁶⁾. Le juge qui ne comprend pas le rapport d'expertise n'aura d'autre recours que de convoquer l'expert à l'audience pour obtenir les explications nécessaires. Une telle procédure peut être évitée si l'expert s'exprime dans un langage clair et cohérent.

5.74 Causes de nullité du rapport. Il y actuellement trois causes de nullité du rapport d'expertise :

- a) la violation de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire (art. 33). L'expert peut toutefois, par décision

(2225) P. Taelman, « Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken », *op. cit.*, pp. 61 et s., n° 82.

(2226) J. Gillardin, « Le déroulement de l'expertise », *op. cit.*, pp. 139 et s., spéc. p. 164.

motivée du juge, être autorisé à utiliser une autre langue que celle de la procédure ⁽²²²⁷⁾ ;

- b) l'absence de formule de serment de l'expert (art. 978, § 1). Cette cause de nullité est reprise à l'article 862 du Code judiciaire, ce qui en fait une nullité absolue. Elle doit donc être soulevée d'office par le juge et la partie qui l'invoque ne doit pas démontrer l'existence d'un grief.

On se demande bien pourquoi le législateur a mis en place une sanction aussi sévère : l'ordre public n'est pas vraiment en cause. Par ailleurs, c'est peut-être une des nullités les plus faciles à guérir : il suffit de demander à l'expert de compléter son rapport ou d'en déposer un autre exemplaire. L'article 867, qui permet de couvrir la nullité lorsque l'acte a rempli la fonction que la loi lui assigne, permet par ailleurs de régler les problèmes causés par des formules de serment incorrectes ou approximatives : il suffit que l'esprit de la formule de serment imposée par le Code judiciaire soit respecté ⁽²²²⁸⁾. Enfin, la nullité est couverte si elle n'est pas invoquée avant le prononcé d'une décision contradictoire, autre qu'une mesure d'ordre intérieur (art. 964) ;

- c) l'absence de signature du rapport par l'expert (art. 978, § 1). L'article 862 mentionne également l'absence de signature de l'acte parmi les causes de nullité absolue. Tout comme pour l'absence de serment, cette nullité sera aisément couverte. L'article 863 prévoit un mécanisme propre de validation des actes non signés. Il y est spécifié que l'omission de signature peut être réparée à l'audience ou dans le délai fixé par le juge. Enfin les articles 864 et 867, pourront également être appliqués. Il en résulte que l'absence de signature n'entraînera pas la nullité de l'acte si les finalités de la signature sont remplies. Ce sera le cas s'il apparaît certain que le document établi est bien de la main de l'expert et reflète parfaitement sa pensée.

En revanche, la violation du principe du contradictoire n'entraîne pas la nullité du rapport ⁽²²²⁹⁾ (voy. *infra*, n° 5.75).

(2227) M. BOSMANS, « De taal van het deskundigenonderzoek », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 78 ; J. RAMPELBERG, « Het taalgebruik bij gerechtelijk deskundigenonderzoek met bijzondere aandacht voor het medisch deskundigenonderzoek », *R.G.D.C.*, 2002, p. 569, n°s 71 et s.

(2228) Comm. Mons, 20 décembre 2005, *R.D.J.P.*, 2006, p. 83 ; P. TAELEMAN, « Deskundigenonderzoek en eedformule », *R.D.J.P.*, 2005, p. 153.

(2229) Cass., 8 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1023.

5.75 Inopposabilité du rapport. La violation des droits de la défense doit entraîner l'inopposabilité du rapport et non sa nullité⁽²²³⁰⁾. L'appréciation du juge sur le respect du contradictoire est souveraine⁽²²³¹⁾. Par ailleurs, la Cour de cassation considère également que le juge est tenu d'apprécier si, dans les circonstances de l'espèce, cette omission a empêché certaines parties d'exercer leur droit de la défense et, le cas échéant, de décider comment il doit y être remédié⁽²²³²⁾. Il doit donc toujours examiner la possibilité concrète de réparer la violation des droits de la défense et ne prononcer l'inopposabilité du rapport qu'en dernier recours. Il peut ainsi entendre l'expert à l'audience, ordonner un complément d'expertise, donner aux parties la possibilité de formuler des observations relativement à certaines parties du rapport...⁽²²³³⁾.

Sont visés par cette sanction les cas d'absence de convocation des parties à une réunion d'expertise, d'absence de communication des préliminaires, d'utilisation par l'expert de pièces inconnues des parties, d'absence de réponse aux observations formulées par les parties...

Le rapport déclaré inopposable n'est pas nul pour autant. Il aura la même valeur qu'un rapport unilatéral. Les constats de fait réalisés par l'expert pourront donc valoir à titre de présomption, là où la preuve par présomption est admise. Or, s'agissant de la preuve de faits, la preuve par présomptions est toujours possible, même devant les juridictions civiles. En revanche, l'avis de l'expert relativement à ces faits devra être écarté.

Par ailleurs, l'inopposabilité est relative, en ce sens qu'elle ne vaut qu'à l'égard des parties dont les droits ont été méconnus. À l'égard des autres parties, les effets du rapport sont entiers⁽²²³⁴⁾.

Dès lors que l'état d'honoraires de l'expert est taxé en fonction de la qualité de ses travaux (art. 991, § 2 – voy. *infra*, n° 5.86), la déclaration d'inopposabilité du rapport risque d'avoir un impact sensible sur l'appréciation des honoraires de l'expert. En effet, la partie qui se voit privée de la possibilité d'opposer à son adversaire un rapport d'expertise qui lui donne

(2230) Cass., 5 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 139 ; Mons, 29 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1284 ; Trib. trav. Tongres, 23 mai 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 307. Voy. aussi : G. BLOCK, « Nullité, inopposabilité et écartement des débats du rapport d'expertise », in *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 195 et s., n°s 17 et s. ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *op. cit.*, n° 30 ; S. DUFRENE, « L'expertise », *op. cit.*, n° 11.

(2231) Cass., 8 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1023. Voy. G. BLOCK, « Nullité, inopposabilité et écartement des débats du rapport d'expertise », *op. cit.*, n° 13 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *op. cit.*, n° 30.

(2232) Cass., 8 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1023 ; Mons, 18 janvier 1999, *J.T.*, 1999, p. 371.

(2233) Voy. G. BLOCK, « Nullité, inopposabilité et écartement des débats du rapport d'expertise », *op. cit.*, n° 13 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *op. cit.*, n° 30 ; S. DUFRENE, « L'expertise », *op. cit.*, n° 11 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 534 ; Civ. Charleroi, 25 octobre 2010, *Res jur. imm.*, 2011, p. 133.

(2234) G. BLOCK, « Nullité, inopposabilité et écartement des débats du rapport d'expertise », *op. cit.*, n° 36 ; P. Taelman, « Deskundigenonderzoek en eedformule », *op. cit.*, n° 114 ; en jurisprudence, voy. Liège, 9 octobre 2007, *R.G.* n° 2001/75, *Juridat*.

raison subit un préjudice procédural important. Il est donc logique que l'expert soit sanctionné financièrement, si son travail s'avère inutile.

5.76 Écartement du rapport. En cas de sortie ponctuelle du cadre de la mission, le juge ne tiendra pas compte du passage litigieux du rapport d'expertise. C'est le cas, par exemple, lorsque l'expert exprime un avis sur une question juridique ou procède à des investigations qui ne lui ont pas été demandées. En cas de sortie caractérisée, le juge devra écarter le rapport et, le cas échéant, ordonner une nouvelle mesure d'expertise⁽²²³⁵⁾. En effet, si le non-respect de la mission est généralisé, il n'est plus possible d'ajouter crédit aux conclusions de l'expert.

L'écartement peut donc être partiel et ne concerner qu'une partie du rapport. En revanche, contrairement à l'inopposabilité, cette sanction opère de manière identique à l'égard de toutes les parties⁽²²³⁶⁾.

5.77 Audition de l'expert – Complément d'expertise. Le Code judiciaire donne au juge beaucoup de liberté pour ordonner des compléments d'expertise (art. 984) ou entendre l'expert (art. 985), lorsque le rapport n'est pas satisfaisant⁽²²³⁷⁾. Le juge apprécie souverainement la nécessité ou l'opportunité d'une mesure d'instruction complémentaire et l'on ne saurait déduire une violation des droits de la défense de la seule circonstance qu'il a rejeté une telle mesure en raison de ce qu'elle n'était pas nécessaire pour asseoir sa conviction⁽²²³⁸⁾.

Lorsque l'expert ne convainc pas du tout et que le juge ne peut espérer de plus amples éclaircissements de sa part, il peut aller jusqu'à faire recommencer les opérations par un autre expert (art. 984)⁽²²³⁹⁾. Toutefois, il n'est pas indiqué d'ordonner une nouvelle expertise chaque fois qu'une partie n'est pas d'accord avec le rapport de l'expert. Une nouvelle désignation ne se justifie que si un élément nouveau est survenu ou si l'expert a commis une faute manifeste⁽²²⁴⁰⁾.

(2235) G. BLOCK, « Nullité, inopposabilité et écartement des débats du rapport d'expertise », *op. cit.*, n° 38 et s. ; T. LYSENS et L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Malines, Kluwer, 2005, n° 240 ; P. Taelman, « Deskundigenonderzoek en eedformule », *op. cit.*, n° 116.

(2236) P. Taelman, « Deskundigenonderzoek en eedformule », *op. cit.*, n° 117.

(2237) Trib. trav. Liège, 9 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1414.

(2238) Cass., 16 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 444.

(2239) Civ. Malines, 28 décembre 1993, *R.G.D.C.*, 1995, p. 156 ; C. trav. Mons, 18 octobre 1995, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.043.

(2240) Trib. trav. Louvain, 23 février 1984, *Bull. Ass.*, 1984, p. 89.

5.78 **Force probante du rapport de l'expert.** L'article 962, alinéa 2, dispose que le juge n'est pas tenu de suivre l'opinion de l'expert si sa conviction si oppose⁽²²⁴¹⁾. La Cour de cassation applique cette disposition en rappelant que le juge du fond apprécie souverainement en fait la valeur probante du rapport d'expertise, pour autant qu'il ne viole pas la foi due à ce rapport⁽²²⁴²⁾. Ainsi, ne viole pas la foi due à un rapport d'expertise le juge qui l'interprète d'une manière différente de celle des parties ou de l'une d'elles⁽²²⁴³⁾. Mais, viole la foi due à un rapport d'expertise la décision qui en donne une interprétation inconciliable avec ses termes⁽²²⁴⁴⁾.

La liberté réelle du juge soit d'entériner, soit de rejeter, totalement ou partiellement, le rapport d'expertise s'accompagne de l'obligation de motivation suffisante et correcte du jugement⁽²²⁴⁵⁾. Cette motivation est suffisante lorsque le juge répond aux griefs articulés contre le rapport en reprenant les conclusions définitives de ce rapport, qui rencontrent les objections formulées⁽²²⁴⁶⁾.

Il peut arriver que le rapport soit la source exclusive de la décision, en raison des résultats ou des non résultats qu'il produit (le juge déclare la demande fondée ou non fondée, suivant que l'expert aboutit ou n'aboutit pas à une conclusion décisive). Plus le rapport donne une apparence de certitude, plus les probabilités que le juge l'entérine sans discussion sont élevées. Le

(2241) Comm. Bruxelles, 5 mars 1982, R.G.A.R., 1985, n° 10.745 ; Bruxelles, 27 novembre 1991, *Res jur. imm.*, 1993, p. 171 ; C. trav. Mons, 13 avril 2001, R.G. n° 16.300, *Juridat* ; Anvers, 24 juin 2003, R.D.J.P., 2003, p. 370 ; P. Taelman, « Deskundigenonderzoek en eedformule », *op. cit.*, n°s 91 et s.

(2242) Cass., 5 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 879 ; Cass., 24 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 85 ; Cass., 11 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 156 ; Cass., 4 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 460 ; Cass., 2 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1012 ; Cass., 5 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 931 ; Cass., 11 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 827 ; Cass., 17 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 855 ; Cass., 22 juillet 2008, *Pas.*, 2008, p. 1791. Voy. aussi : A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, *op. cit.*, n° 476 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *op. cit.*, p. 32, n° 36 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n°s 169 et 191 ; T. LYSSENS et L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, *op. cit.*, n° 245, p. 150 ; B. MAES, « De beoordeling van het deskundigenonderzoek door de rechter », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, pp. 61 et s., n°s 14 et s. Sur la notion de foi due aux actes, voy. F. DUMON, « De la motivation des jugements et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, pp. 465 et s.

(2243) Cass., 8 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 538.

(2244) Cass., 24 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 85 ; Cass., 2 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1012 ; Cass., 13 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 40 ; Cass., 11 janvier 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 556.

(2245) Cass., 8 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 699 ; Cass., 22 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 114 ; Cass., 28 septembre 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 164 (somm.). Voy. aussi : A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, *op. cit.*, n°s 486 et s. ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *op. cit.*, n° 36 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations générales sur l'expertise », in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, pp. 9 et s., n° 15 ; S. DUFRENE, « L'expertise », *op. cit.*, n°s 32 et s. ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 548 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n°s 187 et s. ; B. MAES, « De beoordeling van het deskundigenonderzoek door de rechter », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, pp. 61 et s., n° 22.

(2246) Cass., 19 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 314 ; Cass., 31 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 835 ; Cass., 9 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 191.

maximum est atteint avec l'expertise génétique, qui peut donner une impression d'incontestabilité. Et pourtant, même dans ce cas, le juge conserve un pouvoir d'appréciation quant au fondement de la demande. Le juge est en droit de refuser l'établissement d'une filiation, nonobstant la preuve irréfutable de l'existence d'un lien génétique entre l'enfant et le demandeur, s'il est démontré que la reconnaissance légale du lien de filiation pourrait se révéler gravement préjudiciable pour l'enfant ⁽²²⁴⁷⁾.

À l'inverse, en cas de contestation, il n'est pas exceptionnel que le juge ne tienne pas compte du rapport, ne retienne pas l'intégralité des conclusions de l'expert ou construise son propre raisonnement en prélevant de manière sélective certains éléments des rapports techniques versés au dossier ⁽²²⁴⁸⁾.

Enfin l'expert n'est pas un officier ministériel. De manière étonnante, la Cour de cassation a cependant considéré que ses constatations matérielles sont assorties de la force probante authentique ⁽²²⁴⁹⁾. Cette décision est d'autant plus surprenante que les constats réalisés par un huissier de justice, qui est un véritable officier ministériel, ne valent qu'à titre de simple renseignements, même lorsqu'il est commis par le juge ⁽²²⁵⁰⁾. Dans un arrêt antérieur, la Cour avait d'ailleurs dit que les constatations techniques de l'expert n'avaient aucun caractère authentique et ne liaient pas le juge ⁽²²⁵¹⁾. Cet enseignement ne vaut en tout cas qu'entre parties. À l'égard des tiers, les constats de l'expert ne constituent que des présomptions ⁽²²⁵²⁾. En outre, l'avis technique de l'expert relatif aux faits qu'il a constaté ne lie pas le juge ⁽²²⁵³⁾.

(2247) A.-Ch. VAN GYSEL *e.a.*, *Précis de droit de la famille*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 399.
(2248) L. DUMOULIN, « Les experts judiciaires : droit, science et enjeux professionnels », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 322.

(2249) Cass., 22 octobre 2013, R.G. n° P.13.0816.F. Dans le même sens : P. Taelman, « Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken », *op. cit.*, pp. 61 et s., n° 95 ; A. Cloquet, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, *op. cit.*, n° 479 ; T. Lysens et L. Naudts, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, *op. cit.*, n° 244.

(2250) G. de Leval, *Institutions judiciaires*, Liège, éd. Faculté de Droit de l'Université de Liège, 1992, n° 318 ; G. de Leval et Fr. Georges, *Précis de droit judiciaire*, t. 1, *op. cit.*, n° 430. Sauf à considérer que cet arrêt de cassation donne du crédit à l'opinion minoritaire qui soutient que les constats faits par l'huissier sont aussi revêtus de la force probante authentique : M.-E. Storme, « De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een deurwaarder op verzoek van particulieren en aanverwante vragen », *R.W.*, 1994-1995, pp. 345 et s. ; Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 464.

(2251) Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 234 ; *R.D.C.*, 2011, p. 496 (somm.) ; *T.B.O.*, 2011, p. 163. La contradiction entre les deux arrêts disparaît si on considère que les termes « constatations techniques de l'expert », utilisées dans l'arrêt du 21 janvier 2011, visent en réalité l'avis technique de l'expert et non les constatations matérielles qu'il a opérées. La rédaction de l'arrêt ne permet toutefois pas de déterminer la portée réelle de cette décision.

(2252) Cass., 22 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 456.

(2253) Cass., 22 octobre 2013, R.G. n° P.13.0816.F.

§ 10. La rémunération de l'expert – La provision

5.79 **Principe de la consignation.** Le Code judiciaire reconnaît l'idée que les parties sont tenues de faire des avances (provisions) sur les frais et honoraires de l'expert. Ce mécanisme doit offrir à l'expert des garanties quant au paiement de son état d'honoraires final et lui permettre, le cas échéant, de couvrir certains frais d'expertise ou rémunérer les travaux accomplis, sans attendre le dépôt du rapport.

Dans le texte initial du Code judiciaire, il était déjà prévu que ces provisions devaient être consignées au greffe du tribunal qui a désigné l'expert. Dans la pratique toutefois, la consignation au greffe était peu utilisée avant 2007 et la plupart des experts demandaient le paiement direct des provisions par les parties. Le régime de la consignation de la provision est considérablement renforcé par la loi de 2007 puisque tout manquement est désormais sanctionné pénalement : la loi introduit un article 509^{quater} dans le Code pénal, qui punit d'emprisonnement et d'amende l'expert qui accepte en connaissance de cause tout paiement direct non autorisé. Cette modification a atteint son but : la consignation de la provision est actuellement généralisée.

Un recours en annulation de la loi du 15 mai 2007 a été introduit devant la Cour constitutionnelle par différents experts. Ceux-ci considéraient, d'une part, que l'obligation de consignation des provisions était excessive, compte tenu de la situation d'autres auxiliaires de justice qui ne sont pas astreints à cette formalité, et, d'autre part, que la sanction pénale fixée par le législateur était inutilement lourde et inadéquate. La Cour a rejeté ce recours par un arrêt du 24 février 2009⁽²²⁵⁴⁾. Elle a considéré que les mesures prises par le législateur ne créaient pas de discrimination injustifiée par rapport à d'autres auxiliaires de justice et que la sanction pénale était adéquate.

C'est le juge qui fixe le montant de la provision. L'expert n'est donc plus libre de déterminer lui-même la provision qu'il souhaite recevoir. Le montant de la provision doit être fixé lors de la réunion d'installation. À défaut de réunion d'installation, le juge est alors tenu de mentionner le montant de la provision, la partie qui doit la consigner et le délai à respecter dans la décision qui ordonne l'expertise (art. 972, § 2 *in fine*). La provision pourra être versée soit au greffe, soit sur un compte bancaire

(2254) Arrêt n° 31/2009, *Ius & Actores*, 2009, p. 135, note MOUGENOT ; *T.B.O.*, 2009, p. 17 ; *J.T.*, 2009, p. 798, note R. DE BRIEY et B. PETIT.

bloqué. En pratique toutefois, dans la quasi-totalité des dossiers, la provision est consignée au greffe ⁽²²⁵⁵⁾.

Le juge doit spécifier le délai dans lequel la provision doit être consignée (art. 987). Cette précision est importante car elle permet de déterminer rapidement à partir de quand une partie est en défaut de consignation. Ce délai est un délai d'ordre et peut être prorogé ⁽²²⁵⁶⁾. L'article 989 du Code judiciaire dispose que l'expert peut suspendre ou reporter l'exécution de sa mission jusqu'à ce qu'il soit informé de la consignation de la provision.

Le juge pourrait-il autoriser un paiement direct de la provision à l'expert ? Cette question a fait l'objet d'une controverse, dès l'entrée en vigueur de la loi de 2007. L'article 987 précise que le juge *peut* fixer la provision à consigner. Le terme « peut » indique que le mécanisme n'est que facultatif. Mais qu'est-ce qui est véritablement facultatif ? La constitution d'une provision ou sa consignation ? Les travaux préparatoires étaient ambigus à ce sujet ⁽²²⁵⁷⁾. Cependant, l'absence de consignation de la provision allait clairement à l'encontre de l'intention expresse du législateur. Dans le cadre du recours en annulation introduit devant elle, la Cour constitutionnelle ⁽²²⁵⁸⁾ a opté pour l'impossibilité de dispenser les parties de la consignation de la provision ⁽²²⁵⁹⁾. La question peut donc être considérée comme tranchée.

L'expert peut également solliciter la consignation d'une provision complémentaire, s'il estime que la provision déjà constituée est insuffisante. La procédure à suivre pour ces consignations et libérations successives n'est pas précisée par la loi ⁽²²⁶⁰⁾.

(2255) Sur les difficultés concrètes concernant la gestion des provisions, voy. P. FRANCOTTE et M. PETRE, « Honoraires *in concreto*... ou pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ? », in *L'expertise judiciaire : des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 119 et s. Lors d'une enquête réalisée par le C.S.J. à la fin de l'année 2007 concernant les difficultés d'application de la nouvelle loi, le greffe d'un tribunal de première instance de grande taille a répondu que, dans le cadre de la gestion comptable des provisions, il recevait plus de 100 lettres par semaine et avait dû envoyer plus de 1.300 plis judiciaires en deux mois. Il relève aussi les lacunes du système informatique.

(2256) G. CLOSSET-MARCHAL, « Les coûts de l'expertise », *op. cit.*, n° 13, p. 97.

(2257) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 51 2549/001, pp. 45 à 47. Voy. O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire, op. cit.*, p. 159, n° 141.

(2258) C. const., 24 février 2009, n° 31/2009, *Ius & Actores*, 2009, p. 135, note D. MOUGENOT ; T.B.O., 2009, p. 17 ; J.T., 2009, p. 798, note R. DE BRIEY et B. PETIT.

(2259) R. DE BRIEY et B. PETIT, « “Les experts” à ... la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2009, pp. 801-802 ; D. MOUGENOT, « Aspects financiers de l'expertise judiciaire et sanction pénale – La Cour constitutionnelle valide la réforme », *Ius & Actores*, 2009, pp. 149 et s.

(2260) Sur cette question est les suggestions pratiques pour dépasser cette incertitude, voy. D. MOUGENOT, « Expertise judiciaire – Approche juridique », in *L'expertise – Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, p. III.5-5.

5.80

Libération de la provision. L'expert n'est toutefois pas tenu de financer l'expertise jusqu'à son terme ⁽²²⁶¹⁾. Le juge peut libérer une partie de la provision pour couvrir les frais d'expertise. Ce montant libérable peut être fixé dans la décision qui désigne l'expert (ou lors de la réunion d'installation, si elle a lieu). L'article 988 prévoit également qu'une partie de la provision peut être libérée pour couvrir « une partie raisonnable des honoraires afférents aux travaux déjà exécutés ». On peut déduire de ce texte que cette libération ne pourra couvrir qu'une « partie raisonnable » des honoraires de l'expert : donc il n'est pas question de verser à l'expert la totalité de ses honoraires en cours d'expertise. En outre, cette libération doit concerner des « travaux déjà exécutés ». L'expert ne peut donc anticipativement demander le paiement de ses honoraires pour des prestations qu'il n'a pas encore accomplies. C'est assez logique, le système de consignation ayant pour objectif d'inciter l'expert à avancer dans ses travaux s'il souhaite être payé.

La loi du 30 décembre 2009 précise également un point pratique qui embarrassait beaucoup les experts : la question de la TVA sur la provision ⁽²²⁶²⁾. Le problème ne se pose pas tellement au moment de la consignation, parce que les sommes consignées n'appartiennent pas encore à l'expert. Si l'expertise tourne court, suite à une conciliation ou la faillite d'une partie, par exemple, rien ne dit qu'une partie des sommes consignées ne devrait pas être restituée à la partie qui a consigné. En outre, une circulaire ministérielle confirme que la TVA n'est pas due lors de la consignation ⁽²²⁶³⁾. En revanche, la créance de l'expert naît lors de la libération et la TVA devient exigible à ce moment ⁽²²⁶⁴⁾. Rares étaient les décisions, du moins dans un premier temps, qui précisaient clairement si la TVA était ou non comprise dans la somme libérée. Désormais, l'article 987 indique que l'expert assujéti à la TVA doit en avertir le juge et que la décision ordonnant la libération doit expressément indiquer si le montant libéré comprend ou non la TVA. Même si l'expertise a été ordonnée par l'autorité judiciaire, l'expert doit adresser sa facture à la partie qui est désignée pour consigner la provision ⁽²²⁶⁵⁾.

(2261) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51 2549/001, p. 50.

(2262) P. FRANCOIS et M. PETRE, « Honoraires *in concreto*... ou pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ? », *op. cit.*, p. 124.

(2263) Circ. 79/015 du 25 juillet 1979, n° 17.

(2264) Voy. *ibid.*, n° 16. La facture relative à la quotité de la provision qui est libérée doit être délivrée au plus tard le 5^e jour ouvrable du mois qui suit la date de la libération. À défaut de libération, la facture doit être établie lors de la taxation de l'état de frais et honoraires.

(2265) Voy. *ibid.*, n° 7. Le texte de la circulaire fait référence à la loi en vigueur à l'époque, selon laquelle l'état de frais et honoraires était à charge de la partie qui avait demandé l'expertise ou qui l'avait poursuivie. Il faut transposer cette solution, dans le régime légal actuel. C'est donc la partie désignée pour consigner la provision, qui doit également prendre en charge l'état d'honoraires final de l'expert, qui est le commettant de l'expert sur le plan fiscal.

Le fait qu'une autre partie soit ultérieurement condamnée aux dépens ne modifie pas cette règle ⁽²²⁶⁶⁾.

5.81 **Partie tenue de verser la provision.** Selon le texte légal antérieur à 2007, la provision devait être consignée par « la partie la plus diligente ». C'était généralement la partie qui avait demandé l'expertise et qui l'avait mise en mouvement, mais pas nécessairement. Cette disposition était source de blocage lorsque aucune des parties ne souhaitait assumer le rôle de « partie la plus diligente ». En outre, la question de savoir si le juge pouvait contraindre une partie à payer la provision était fort controversée ⁽²²⁶⁷⁾.

L'article 987, introduit par la loi du 15 mai 2007, précise que le juge peut fixer la provision que *chaque partie* est tenue de consigner au greffe ou auprès d'une banque. Désormais, il n'est donc plus contestable que le juge est compétent non seulement pour déterminer le montant de la provision à consigner mais aussi, et l'avancée est considérable, pour déterminer *qui* devra procéder à cette consignation. Ce choix est déterminant pour la suite de l'expertise car la partie tenue de consigner la provision est aussi celle qui supportera la charge du paiement de l'état de frais et honoraires de l'expert.

Contrairement à ce que l'expression « chaque partie » pourrait donner à penser, il ne s'agit pas de contraindre toutes les parties à participer à la consignation de la provision ⁽²²⁶⁸⁾. La loi du 30 décembre 2009 n'a pas modifié cette rédaction malencontreuse.

La loi entend simplement donner pouvoir au juge de déterminer la ou les parties tenues de procéder à la consignation. La consignation est cependant facultative : le texte de l'article 987 dit en effet « le juge peut fixer la provision ». Les travaux préparatoires indiquent que le juge pourrait estimer la consignation de la provision superflue, parce qu'il s'agit d'une petite expertise courante ⁽²²⁶⁹⁾. Dans ce cas, l'expert devra attendre l'issue de l'expertise pour obtenir paiement.

La loi ne fixe aucun critère de détermination de la partie qui devra consigner la provision. Il se peut que le juge puisse déjà, au stade de la désignation de l'expert, préciser la partie succombante : c'est le cas dans

(2266) Voy. *ibid.*, n° 18.

(2267) Pour plus de détails sur cette controverse, voy. D. MOUGENOT, « Rémunération de l'expert : première partie – L'état de la question avant la réforme », *Ius & Actores*, 2007/1, p. 104, n° 7, et P. Taelman, « Tarieven en honoraria deskundigen », *Ius & Actores*, 2007/1, p. 85, n° 8.

(2268) En effet, l'article 991, qui traite non plus de la provision mais des honoraires de l'expert, précise que le juge peut rendre l'état d'honoraires exécutoire « contre la ou les parties, ainsi qu'il est prévu pour la consignation de la provision ». L'expression « la ou les parties » indique clairement que le législateur n'entend pas faire systématiquement supporter cette charge à toutes les parties.

(2269) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51 2549/001, p. 47.

une action en responsabilité, lorsque les responsabilités sont tranchées et que l'expertise a pour seul but de préciser le dommage de la victime. Autrement, le juge devra apprécier quelle partie est susceptible de tirer bénéfice de l'expertise, compte tenu des règles relatives à la charge de la preuve.

L'article 987 précise également que l'obligation de consigner ne peut être imposée à la partie qui, conformément à l'article 1017⁽²²⁷⁰⁾, ne peut être condamnée aux dépens. Donc dans les litiges qui opposent un justiciable à un organisme de sécurité sociale visé à l'article 1017, le justiciable ne peut être tenu de consigner la provision.

Si les parties ont convenu qu'il devait consigner la provision, le juge est tenu par cet accord.

5.82 Refus ou défaut de consignation. Que se passe-t-il si la partie désignée pour consigner la provision refuse d'y procéder ? Le texte prévoit deux réponses possibles.

Tout d'abord, le premier alinéa de l'article 989 dispose que, en cas de défaut de consignation de la provision, le juge peut en délivrer exécutoire à la demande de la partie la plus diligente à hauteur du montant qu'il fixe. Il convient toutefois d'être attentif aux difficultés que ce type de décision pose au niveau de l'exécution forcée. En effet l'obligation de consigner n'est pas une obligation de payer mais une obligation de faire. Il faudrait imaginer que l'huissier, après saisie des sommes à consigner, les verse lui-même au greffe de la juridiction qui a désigné l'expert. Cette procédure apparaît lourde et peu rapide. On peut penser que c'est davantage la menace de son utilisation qui devrait inciter la partie récalcitrante à obtempérer que le recours à la saisie.

Le deuxième alinéa de l'article 989 ajoute que le juge peut aussi tirer du refus de consigner les conclusions qu'il juge appropriées. La partie qui refuserait d'obtempérer, sans motif légitime, à la décision qui la désigne pour consigner la provision s'expose notamment à des dommages-intérêts ou une amende civile pour attitude abusive et dilatoire (art. 780*bis* C. jud.). L'astreinte pourrait également être utilisée⁽²²⁷¹⁾. En effet, il ne s'agit pas ici de condamner une partie à payer une somme d'argent, auquel cas l'astreinte serait impraticable. La décision du juge crée une obligation de faire relative à la consignation d'une somme d'argent. Dans ce cas, le recours à l'astreinte est envisageable. Toutefois,

(2270) Il s'agit des organismes chargés d'appliquer les lois et règlements mentionnés aux articles 580, 1° à 17°, 581 et 582, 1° et 2°, du Code judiciaire.

(2271) Comm. Bruxelles, 26 février 2010, *Rev. not.* b., 2013, p. 504, note G. DE LEVAL ; *Ius & Actores*, 2012, p. 67 ; D. MOUGENOT, « La rémunération de l'expert – Le régime nouveau », *Ius & Actores*, 2007/3, p. 73, n° 14.

comme le juge ne peut prononcer d'astreinte d'office, il faut alors que l'une des parties en formule la demande. La question de savoir si le juge pourrait renverser la charge de la preuve à titre de sanction du refus de consigner est controversée. Pourtant, cette solution constituerait une réparation adéquate à un manque de loyauté en matière d'administration de la preuve ⁽²²⁷²⁾.

Enfin, rien n'empêche qu'une partie qui n'a pas été désignée pour consigner la provision prenne cette initiative pour débloquer la situation, si elle a intérêt à faire avancer l'expertise. Cette solution est d'ailleurs actuellement expressément prévue à l'article 987, tel que modifié par la loi du 30 décembre 2009. Cette initiative ne devrait pas rendre pour autant la partie concernée débitrice de l'état d'honoraires final de l'expert (art. 991) ⁽²²⁷³⁾.

§ II. La rémunération de l'expert – L'état de frais et honoraires final

5.83 **Établissement de l'état de frais et honoraires.** L'article 990 prévoit que l'expert dépose, en même temps que son rapport, un état d'honoraires détaillé, mentionnant, *séparément* (l'expert ne peut fusionner ces différents postes) :

- le tarif horaire ;
- les frais de déplacement ;
- les frais de séjour ;
- les frais généraux ;
- les montants payés à des tiers ;
- l'imputation des montants libérés.

À défaut d'état d'honoraires, les parties peuvent demander au juge de procéder à la taxation. Celle-ci sera évidemment beaucoup plus approximative, si l'expert ne fournit pas les éléments d'appréciation.

Comme dans le régime antérieur, la loi distingue le cas où les parties marquent leur accord sur l'état de l'expert et celui où elles le contestent.

5.84 **Taxation des honoraires en cas de silence des parties.** Pour que le tribunal puisse taxer d'office l'état de frais et honoraires de l'expert, il suffit

(2272) Mons, 10 janvier 1989, R.D.C., 1991, p. 230 ; Comm. Courtrai, 16 février 1995, R.W., 1995-1996, p. 1351 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 451, n° 146 ; M.E. STORME, « De goede trouw in het geding ? De invloed van de goede trouw in het privaatrecht », T.P.R., 1990, p. 353, n°s 86 et 113 et s. *Contra* : P. VAN OMMESELAGHE, « Les obligations – Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », R.C.J.B., 1988, p. 153.

(2273) O. MIGNOLET, « L'expertise judiciaire », op. cit., p. 155, n° 138.

que les parties n'informent pas le juge de leur désaccord sur l'état d'honoraires, dans les trente jours du dépôt de l'état détaillé au greffe. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'état d'honoraires est explicitement contesté que la cause devra être fixée à l'audience pour taxation.

Cependant, la partie qui n'a pas réagi dans les trente jours n'est pas déchue de son droit à contester. Mais, une fois le délai écoulé, la taxation peut intervenir à tout moment. Un recours est-il possible ? L'article 963 range les décisions taxant les honoraires de l'expert parmi les décisions susceptibles de recours. La décision doit-elle être considérée comme contradictoire ou par défaut, auquel cas l'opposition serait possible ? La loi ne dit rien à ce sujet et la question est délicate, dans la mesure où la procédure ne prévoit pas de comparution des parties, ce qui permettrait de déterminer de manière certaine qui comparait et qui fait défaut. Dès lors que les parties ont eu la possibilité de s'exprimer au sujet de la créance d'honoraires de l'expert, nous inclinons à penser que la procédure est contradictoire, à l'égard de toutes les parties qui ont reçu communication de l'état. Seul l'appel serait donc possible.

Le juge dispose-t-il d'un pouvoir d'appréciation lors de la taxation des honoraires de l'expert ? Dans le régime antérieur à la loi du 30 décembre 2009, on pouvait clairement répondre par la négative, parce que la loi exigeait un accord exprès des parties⁽²²⁷⁴⁾. Le juge était alors sans pouvoir pour corriger l'état, même s'il constatait des abus manifestes. Cette opinion ne peut plus être maintenue dans le régime actuel : le silence des parties ne peut être considéré comme un accord tacite que s'il n'est susceptible d'aucune autre interprétation, conformément à la jurisprudence habituelle de la Cour de cassation, en matière de renonciations⁽²²⁷⁵⁾. De ce fait, l'absence de contestation des parties dans le délai de trente jours n'empêche pas renonciation à contestation. Dès lors, le juge est investi d'un pouvoir de contrôle de l'état d'honoraires de l'expert nettement plus étendu qu'avant la modification légale⁽²²⁷⁶⁾.

5.85 Taxation en cas de contestation. Si l'une (ou plusieurs) des parties a (ont) fait part de ses (leurs) contestations motivées dans le délai de trente jours (ou après expiration de celui-ci mais avant que le juge n'ait procédé à la taxation), le juge doit convoquer les parties conformément à

(2274) G. CLOSSET-MARCHAL, « Les coûts de l'expertise », *op. cit.*, n° 16, p. 100.

(2275) Cass., 24 juin 2013, R.G. n° S.11.0116.F ; Cass., 27 avril 2012, R.G. n° F.10.0134.F ; Cass., 17 novembre 2008, R.G. n° S.08.0070.N ; Cass., 28 janvier 2008, R.G. n° S.07.0097.N ; Cass., 15 septembre 2006, R.G. n° C.05.0171.N ; Cass., 23 janvier 2006, R.G. n° S.05.0088.N ; Cass., 17 novembre 2005, R.G. n° C.04.0477.N ; Cass., 25 avril 2005, R.G. n° S.03.0101.N ; Cass., 3 septembre 2004, R.G. n° C.03.0540.F ; Cass., 21 décembre 2001, R.G. n° C.99.0528.F.

(2276) *Contra* : D. SCHEERS et P. THIRIAR, « Repareer de reparatie ! De aanpassingen door de wet van 30 december 2009 inzake het deskundigenonderzoek », *R.W.*, 2009-2010, p. 1426.

l'article 973, § 2, c'est-à-dire en respectant la procédure habituelle de règlement des incidents. Le texte fait mention d'une convocation des parties mais pas de l'expert. Toutefois l'article 973, § 2, répare cette lacune et prévoit expressément la notification de la convocation à l'expert. Il serait anormal que l'expert, qui apparaît comme demandeur dans l'instance en taxation, n'ait pas la possibilité de défendre son état d'honoraires à l'audience. Il est intéressant de noter que le texte prévoit la convocation d'office, dès que des contestations sont formulées. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre que l'expert ou l'une des parties prenne l'initiative d'une demande de taxation.

La décision du juge est susceptible de recours, aussi bien des parties que de l'expert. En effet, l'expert peut être considéré comme partie à la cause, dans le cadre du segment de procédure relatif à la taxation de son état d'honoraires⁽²²⁷⁷⁾. Il est donc en droit d'interjeter appel de la décision si le juge réduit le montant de ses honoraires⁽²²⁷⁸⁾. Il faut toutefois que le taux du ressort soit atteint⁽²²⁷⁹⁾. Dans le cas de la taxation, il serait logique de calculer ce taux sur la base du montant de l'état d'honoraires, qui est seul en jeu à ce stade, et non sur la base du montant réclamé par le demandeur au fond⁽²²⁸⁰⁾.

L'article 509^{quater} du Code pénal s'applique aussi bien aux provisions qu'aux honoraires. L'expert n'est donc pas en droit de demander le paiement de son état tant que celui-ci n'a pas été taxé par le juge. Après taxation, la provision consignée et non encore libérée pourra être débloquée au profit de l'expert. S'il subsiste un reliquat, il sera restitué à la partie qui a procédé à la consignation (art. 991^{bis}).

La procédure de taxation des honoraires de l'expert ne donne pas lieu à perception d'une indemnité de procédure⁽²²⁸¹⁾.

5.86 Critères d'évaluation. Les critères d'appréciation figurent à l'article 991, § 2. Celui-ci dispose que le juge tient compte surtout de la *rigueur* avec laquelle le travail a été exécuté, du *respect des délais* impartis et de la *qualité* du travail fourni. En outre le peut aussi tenir compte de la *qualité* des experts, de la *difficulté* et de la longueur des travaux qu'ils ont accomplis et de la *valeur* du litige.

Le critère de la qualité du rapport, qui pouvait être apprécié de manière surabondante par le juge avant la réforme de 2007, devient le critère central. Cependant, son utilisation est malaisée car le juge taxa-

(2277) O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, op. cit., p. 163, n° 146.

(2278) G. CLOSSET-MARCHAL, « Les coûts de l'expertise », op. cit., n° 18, p. 102.

(2279) *Contra* : Bruxelles, 25 juin 2013, T.B.O., 2013, p. 236 ; dans le même sens, Bruxelles, 11 juin 2013, R.G. n° 2012/AR/1250, inédit.

(2280) O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, op. cit.

(2281) Bruxelles, 9 mai 2008, J.T., 2008, p. 390.

teur n'est pas toujours celui qui devra apprécier le fond du litige et l'utilité du rapport. De plus, la taxation intervient souvent avant l'examen du bien-fondé du rapport⁽²²⁸²⁾. À ce moment, les parties elles-mêmes n'ont pas encore une perception complète de la manière dont la procédure au fond va se dérouler et de l'argumentaire qu'elle vont y développer. Donc le débat sur la qualité du travail de l'expert apparaît souvent prématuré au moment de la taxation des honoraires. En outre, la procédure de taxation doit se dérouler dans les délais fixés par l'article 973 pour la procédure de règlement des incidents. Les délais sont trop courts pour procéder à une mise en état approfondie, sauf si les parties y dérogent. Cependant, à défaut de précision dans la loi, l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision de taxation est celle qui revêt toute décision de justice, sauf si la taxation intervient dans le cadre d'une procédure en référé⁽²²⁸³⁾. La décision du magistrat taxateur, s'il apprécie la qualité du travail de l'expert, s'imposera donc aux parties dans la suite de la procédure. Il est dès lors important de ne pas bâcler le débat à ce sujet.

Deux solutions permettent de rencontrer ces difficultés, même si elles ne satisfont pas le souhait du législateur de prendre en considération la rigueur et la qualité du travail de l'expert.

Dès avant la réforme de 2007, plusieurs juridictions avaient déjà décidé de surseoir à statuer, en attendant que le juge du fond se prononce sur la qualité du rapport⁽²²⁸⁴⁾. Cette solution reste d'actualité, même si elle a l'inconvénient d'obliger l'expert à attendre l'issue de la procédure au fond pour toucher son état de frais et honoraires.

Une autre solution est de statuer sur la base des apparences existant lors de la taxation : l'état de l'expert ne devrait être réduit pour défaut de pertinence du rapport que lorsque les carences de ce rapport sont manifestes, déjà au stade de la taxation des honoraires de l'expert⁽²²⁸⁵⁾. Soit les manquements de l'expert sont évidents et le juge taxateur pourra prendre la responsabilité de limiter ou supprimer ses

(2282) P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, op. cit., n° 220 ; D. PIRE, « Les honoraires de l'expert dans le Code judiciaire », in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. St-Louis, 1994, p. 188.

(2283) B. DE CONINCK et D. MOUGENOT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », op. cit., pp. 33 et s., n° 14.

(2284) Bruxelles, 23 avril 2001, *J.T.*, 2001, p. 684 (somm.) ; Liège, 13 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 290 ; voy. aussi Liège, 13 juin 2002, *R.R.D.*, 2003, p. 60 ; *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.913.

(2285) J. EMBRECHTS, « Het ereloon van de deskundige en de kosten van het deskundigenonderzoek », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, pp. 89 et s., n° 37 ; dans le même sens : P. Taelman, « Tarieven en honoraria deskundigen », op. cit., n° 136, p. 127 ; Bruxelles (2^e ch.), 19 septembre 2003, *R.G.* n° 96/AR/1722, *Juridat*, qui considère que les honoraires de l'expert ne devraient être réduits que lorsque l'expert engage véritablement sa responsabilité et occasionne un préjudice aux parties.

honoraires⁽²²⁸⁶⁾ ou, si le cas est moins clair, réserver à statuer dans l'attente de la décision au fond. Soit les critiques à l'encontre de la qualité du rapport n'apparaissent pas fondées et le juge taxateur devra accorder à l'expert les honoraires qu'il réclame. Cependant, contrairement à une décision de référé, la décision de taxation, même fondée sur de simples apparences, aura autorité de chose jugée à l'égard des parties⁽²²⁸⁷⁾.

L'article 990 indique que l'état d'honoraires doit indiquer le tarif horaire de l'expert. Cela sous-entend que l'appréciation des honoraires par rapport à un barème est admise. Dans certains cas, le barème des experts est fixé par la loi. C'est le cas notamment en matière pénale et de sécurité sociale⁽²²⁸⁸⁾. La Cour constitutionnelle a considéré que l'existence de ces barèmes ne créait pas de discrimination injustifiée, que ce soit entre experts judiciaires⁽²²⁸⁹⁾ ou entre justiciables⁽²²⁹⁰⁾. Ces barèmes engendrent toutefois beaucoup de difficultés car la tarification forfaitaire est jugée insuffisante pour rémunérer convenablement les experts⁽²²⁹¹⁾.

5.87 **Partie tenue de supporter les honoraires.** Dans le régime antérieur à 2007, le texte légal indiquait que le jugement était exécutoire à charge de la partie qui a « requis » l'expertise ou qui l'a « poursuivie », si elle a été ordonnée d'office. La détermination de ces notions pouvait occasionner des difficultés pratiques⁽²²⁹²⁾.

(2286) Pour un exemple, voy. Bruxelles, 9 mai 2008, *J.T.*, 2008, p. 390, qui réduit *ex aequo et bono* les honoraires de l'expert parce que celui-ci s'est acquitté de sa mission de manière sommaire et parcellaire et que le rapport, qui repose sur une motivation laconique, ne répond pas aux observations des parties. Voy. aussi Bruxelles, 30 octobre 2007, *J.T.*, 2008, p. 9, qui ordonne le remboursement de la provision, après avoir remplacé l'expert, au motif que la mission n'a pas été exécutée et que les quelques devoirs accomplis se sont révélés inutiles.

(2287) Pour une analyse plus nuancée des effets de la décision de taxation sur la suite de la procédure, voy. B. DE CONINCK et D. MOUGENOT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *op. cit.*, pp. 33 et s., n° 14.

(2288) Voy. : art. 167 L. 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités ; A.R. 27 avril 2007 (*M.B.*, 25 mai 2007) portant règlement général sur les frais en matière répressive ; pour les expertises en matière sociale, les frais et honoraires des experts étaient déterminés par cinq arrêtés royaux différents ; A.R. 14 novembre 2003 fixant le tarif des honoraires et frais dus aux experts désignés par les juridictions du travail dans le cadre d'expertises médicales concernant les litiges relatifs aux allocations aux handicapés, aux prestations familiales pour travailleurs salariés et travailleurs indépendants, à l'assurance chômage et au régime d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités complètement rationalisé et réorganisé la matière, en réunissant en un seul texte le barème fixé antérieurement dans différents arrêtés royaux.

(2289) C.A., 22 décembre 1999, n° 137/1999.

(2290) C.A., 25 janvier 2007, n° 22/2007.

(2291) Voy. à ce sujet : K. GÉRARD, « Les expertises », in *L'arrière judiciaire n'est pas une fatalité*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 296 et 301.

(2292) Pour plus de détails sur cette question, voy. : D. MOUGENOT, « Rémunération de l'expert : première partie – L'état de la question avant la réforme », *op. cit.*, p. 110, n° 18, et P. Taelman, « Tarieven en honoraria deskundigen », *op. cit.*, p. 93, n° 24.

Dans le régime nouveau, la taxation de l'état de frais et honoraires de l'expert se fait « contre la ou les parties, ainsi qu'il est prévu pour la consignation de la provision » (art. 991, § 1^{er}). Cette disposition marque une modification importante du régime antérieur. Le juge ne doit plus déterminer qui a demandé l'expertise ou qui a sollicité sa mise en mouvement, ce qui pouvait s'avérer délicat en pratique. La jurisprudence relative à ces questions est donc devenue sans objet. Désormais, la taxation se fait automatiquement à charge de la (les) partie(s) tenue(s) de consigner la provision. La décision initiale du juge relativement à la provision a donc des conséquences importantes sur la suite de la procédure.

Les frais d'expertise font partie des dépens (art. 1018, al. 4, C. jud.). Nous renvoyons sur ce point à la partie du précis qui traite de cette question.

§ 12. Recours contre les décisions rendues en cours d'expertise

5.88 **Recours limités.** Nous avons vu plus haut le sort réservé au jugement ordonnant l'expertise (voy. *supra*, n° 5.56). Mais le cours de l'expertise est souvent émaillé de multiples décisions : adaptation de la mission, prolongation du délai, consignation d'une nouvelle provision, remplacement de l'expert, taxation de ses honoraires, etc. L'article 963 dispose à ce sujet que les décisions relatives au déroulement de l'expertise ne sont normalement pas susceptibles d'opposition ou d'appel. Font exception à cette règle les décisions relatives à la récusation de l'expert (art. 971), au remplacement de l'expert (art. 979), à la fixation de la provision et la désignation de la partie tenue de la consigner (art. 987, al. 1) et à la taxation de l'état de frais et honoraires de l'expert (art. 991). Le maintien des recours pour ces décisions est logique et justifié, étant donné qu'elles peuvent avoir un impact important sur la situation des parties.

Toutefois, l'appel de ces décisions n'a pas l'effet dévolutif habituel. En effet, l'article 963, § 2, précise que l'appel contre ces décisions ne saisit pas le juge d'appel du fond du litige. Cette précision est heureuse, parce qu'il aurait été peu adéquat que le juge d'appel ait à trancher l'intégralité du litige suite à l'appel contre une décision anecdotique rendue en cours d'expertise.

La loi ne dit rien des pourvois en cassation contre ces décisions. La Cour de cassation a considéré que ces décisions étaient définitives, parce qu'elles tranchent un point litigieux, de telle sorte qu'elles peuvent faire l'objet d'un pourvoi ⁽²²⁹³⁾. Cet arrêt perd de vue le fait que l'article 19, alinéa 3,

(2293) Cass., 24 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 196, note G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 323, note VAN DONINCK ; *R.W.*, 2012-2013, p. 1159 (somm.).

du Code judiciaire range les décisions qui tranchent des incidents en cours de mesures d'instruction parmi les jugements avant dire droit ⁽²²⁹⁴⁾.

(2294) G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, « L'instruction sans obstructions ? À propos de la nature de la décision prorogeant le délai pour le dépôt du rapport d'expertise », *J.T.*, 2013, pp. 198 et s.

SECTION 6

L'interrogatoire des parties

5.89 **Principe.** Il peut être utile d'entendre les parties pour recueillir directement leurs explications, sans passer par les avocats. C'est l'objet de la procédure d'interrogatoire des parties, appelée aussi comparution personnelle. L'utilité première de l'interrogatoire des parties est de provoquer des aveux judiciaires. Il facilite également l'instauration d'un dialogue entre le juge et les parties, qui permet d'éclairer des aspects jusqu'alors laissés dans l'ombre et, éventuellement, d'aboutir à une conciliation ou une médiation⁽²²⁹⁵⁾. L'opportunité d'une telle mesure est laissée à l'appréciation souveraine du juge⁽²²⁹⁶⁾. La comparution personnelle peut être ordonnée d'office. Un auteur fait observer qu'aucune disposition légale n'oblige les parties à répondre aux questions du juge mais que cette obligation découle du devoir des parties de collaborer aux mesures d'instruction ordonnées par le juge⁽²²⁹⁷⁾.

Dans notre droit, les parties ne peuvent déposer sous serment⁽²²⁹⁸⁾. Il n'est donc pas possible de les interroger dans le cadre d'une procédure d'enquête. Les articles 992 et suivants du Code judiciaire organisent donc une procédure spécifique, partiellement calquée sur celle de l'audition de témoins (les articles 1000 et 1004 renvoient à plusieurs dispositions de la procédure d'enquête). Toutefois les parties ne sont pas entendues sur des faits précis, comme c'est le cas pour les témoins.

L'absence de serment écarte toute possibilité d'application des peines relatives à l'infraction de faux témoignage⁽²²⁹⁹⁾. La Cour de cassation a tou-

(2295) G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstructions », *op. cit.*, p. 15, note 40 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 549 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 268.

(2296) Cass., 16 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 721.

(2297) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 795.

(2298) Sur une éventuelle rupture d'égalité des armes entre une partie qui peut faire entendre des témoins et une partie qui ne peut demander que la comparution personnelle, voy. *supra*, n° 5.27.

(2299) Cass., 5 avril 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 217 ; Cass., 29 juillet 1954, *Plas.*, 1954, I, p. 1016 ; Cass., 7 août 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 16 ; A. MARCHAL et J.-P. JASPAR, *Droit criminel*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 822, p. 255 ; J.-M. PIRET, « Faux témoignage et faux serment », in *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1967, n° 2763 ; V. GUERRA, « Faux témoignage et faux serment », *Postal memorialis – Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, f. mob., 2003, F27/5 et F 27/21 ; R.P.D.B., v° Faux témoignage et faux serment, Bruxelles, Bruylant, 1950, n°s 15 et 124 et s., et mise à jour par J. THILMANT, Compl. t. III, Bruxelles, Bruylant, 1969.

tefois décidé que la fausse déclaration déposée par un particulier, consignée par écrit par le juge et son greffier et signée par la suite par le particulier, peut constituer un faux en écritures authentiques au sens de l'article 196 du Code pénal⁽²³⁰⁰⁾. On ne peut donc exclure que les parties s'exposent à des sanctions pénales en cas de fausses déclarations lors d'une comparution.

5.90 Procédure. La comparution personnelle doit être ordonnée par un jugement (art. 993). Cette décision peut désigner un juge pour entendre les parties. Lorsque l'une des parties est une personne morale, la personne qui comparaitra personnellement en son nom ne doit pas nécessairement être un organe légal : ce peut être un préposé, pour autant qu'il soit nommément désigné dans la décision ordonnant cette mesure d'instruction⁽²³⁰¹⁾. Cela n'est toutefois pas valable en matière d'enquêtes⁽²³⁰²⁾.

L'audition des parties a lieu en chambre du conseil, sauf lorsqu'elle est organisée dans le cadre d'une vue des lieux (art. 993). Les avocats peuvent y assister mais ne peuvent interrompre les déclarations des parties (art. 999).

Le juge peut ordonner simultanément la comparution personnelle des parties et la tenue d'enquêtes pour confronter les témoins et les parties comparantes⁽²³⁰³⁾. En application de l'article 986 du Code judiciaire, le tribunal peut également désigner un expert pour l'assister lors d'une comparution personnelle, lorsque le caractère technique des déclarations faites par les parties le justifie.

En principe, le juge qui a entendu les parties en personne siège lorsqu'il est statué sur le résultat de la mesure d'instruction, à moins qu'il n'en soit empêché. Le juge qui ne siège pas est présumé avoir été empêché et le motif de son empêchement ne doit pas être mentionné dans la décision⁽²³⁰⁴⁾.

5.91 Utilisation de l'astreinte. La possibilité pour le juge d'assortir l'ordre de comparaitre d'une astreinte a fait l'objet d'une controverse. Dans un arrêt de 1988, la Cour de cassation avait opté pour la négative, au motif que la décision qui ordonne la comparution personnelle des parties ne peut être assortie d'aucune sanction physique ou pécuniaire, toute personne pouvant organiser sa défense comme elle l'entend. Elle ajoute que cette décision n'est pas une condamnation et ne peut donc donner lieu à une astreinte⁽²³⁰⁵⁾. Si l'arrêt reprend ainsi les deux motifs avancés par la

(2300) Cass., 17 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2667 ; N.C., 2010, p. 126 ; R.A.B.G., 2010, p. 416, note WAETERINCKX et DE SCHEPPER.

(2301) Cass., 25 octobre 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 138.

(2302) J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1991-2001) », *op. cit.*, p. 826, n° 778.

(2303) Civ. Liège, 18 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1032 ; Gand, 11 décembre 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 271.

(2304) Cass., 29 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1035 ; Cass., 21 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 926.

(2305) Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 722.

Cour d'appel de Bruxelles dans la décision attaquée ⁽²³⁰⁶⁾, il paraît cependant s'appuyer essentiellement sur le second, suivant l'avis de l'Avocat général Piret. Celui-ci considère que l'ordre de comparaître n'est pas susceptible d'exécution forcée et n'est donc pas une condamnation au sens strict. Cet arrêt a été accueilli assez fraîchement par la doctrine ⁽²³⁰⁷⁾. Les deux motifs retenus par la Cour apparaissent critiquables. D'une part, dans un arrêt du 29 novembre 1993, la Cour de justice Benelux a considéré qu'une condamnation dont l'exécution forcée directe est impossible est néanmoins susceptible d'être assortie d'une astreinte ⁽²³⁰⁸⁾. D'autre part, le principe selon lequel toute personne peut organiser sa défense à sa guise paraît incompatible avec le principe de la collaboration loyale des parties à l'administration de la preuve.

5.92 Recours. L'article 996 du Code judiciaire dispose que la décision ordonnant la comparution personnelle des parties n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel ⁽²³⁰⁹⁾. Selon la Cour de cassation, elle est toutefois susceptible d'appel lorsqu'elle est assortie d'une astreinte ⁽²³¹⁰⁾. Nous renvoyons à ce sujet à ce qui a été dit au sujet de la production de document, où la question se pose en des termes identiques (voy. *supra*, n° 5.20). Par ailleurs, l'appel est également possible lorsque le juge adopte une décision « mixte » et combine enquêtes et comparution personnelle ⁽²³¹¹⁾ (voy. cependant la jurisprudence contraire en matière de vue des lieux, *infra*, n° 5.97).

5.93 Procès-verbal d'audition. La disposition du Code judiciaire qui prescrit de consigner par écrit les déclarations faites par les parties, au cours de leur comparution personnelle, n'est ni d'ordre public, ni impérative ⁽²³¹²⁾. Par ailleurs la rédaction d'un procès-verbal relatant les déclarations des parties n'est pas requise lorsque la comparution personnelle a lieu devant la juridiction entière saisie de la cause ⁽²³¹³⁾. Le fait de ne pas établir de procès-verbal n'est certainement pas une pratique à encourager. En cas de changement de siège ou d'appel, il n'est plus possible de retrouver de trace des déclarations des parties et le bénéfice de la mesure d'instruction est perdu.

(2306) Bruxelles, 25 mars 1986, *J.T.*, 1986, p. 514.

(2307) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Principes généraux », in *Dix ans d'application de l'astreinte*, Bruxelles, Créadif, 1991, pp. 20 et s. ; D. MOUGENOT, « Durée des expertises et contrôle du juge », *J.T.*, 1996, p. 357, n° 9 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *op. cit.*, n° 42 ; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1991-2001) », *op. cit.*, p. 824, n° 776.

(2308) *J.T.*, 1994, p. 418.

(2309) Civ. Liège, 18 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1032.

(2310) Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 722.

(2311) Gand, 11 décembre 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 271. *Contra* : Anvers, 22 mai 1979, *J.C.B.*, 1980, p. 248.

(2312) Cass., 27 avril 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 802.

(2313) Cass., 10 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 935.

SECTION 7

Le serment

5.94 **Rareté de l'utilisation du serment.** Le serment est un mode de preuve prévu par les articles 1357 et suivants du Code civil. Il n'est d'ailleurs plus guère utilisé ⁽²³¹⁴⁾. Les articles 1005 et 1006 du Code judiciaire précisent la procédure à suivre pour la réception du serment.

Ces dispositions ne doivent pas être confondues avec celles qui organisent la déposition sous serment des témoins et des experts.

(2314) D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, pp. 593 et s., n° 51.

SECTION 8

La descente sur les lieux

5.95 **Principe.** Les articles 1007 et suivants du Code judiciaire autorisent le juge à se rendre sur les lieux du litige s'il estime que c'est utile pour visualiser les éléments qui font problème. Il est accompagné d'un greffier, qui dressera un procès-verbal de cette mesure d'instruction (art. 1015). Ce procès-verbal relatant la vue des lieux est un acte authentique, comme tout acte de procédure dressé par le magistrat et le greffier⁽²³¹⁵⁾. Il n'est toutefois pas interdit au juge de faire état dans son jugement d'éléments constatés par lui qui n'ont pas été expressément mentionnés dans le procès-verbal de descente sur les lieux, effectuée en présence des parties⁽²³¹⁶⁾.

Le juge ne peut procéder à une vue des lieux que dans son ressort territorial. Autrement, il est tenu de recourir au mécanisme de la commission rogatoire (art. 1009).

5.96 **Procédure.** La vue des lieux peut être combinée avec une audition de témoins (art. 1011) ou une comparution personnelle des parties (art. 1012).

La descente sur les lieux ne doit pas respecter l'exigence de publicité, lorsqu'aucun débat ne s'est tenu à cette occasion⁽²³¹⁷⁾.

Tout comme en matière de comparution personnelle, le juge qui a opéré la descente sur les lieux doit siéger pour la suite de la procédure mais, s'il ne le fait pas, son empêchement est alors présumé et ne doit pas être constaté dans le jugement⁽²³¹⁸⁾.

(2315) Civ. Namur, 17 janvier 1991, *J.T.*, 1991, p. 503.

(2316) Cass., 22 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 38.

(2317) Cass., 8 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 552.

(2318) Cass., 17 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1163 ; Cass., 29 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1035.

5.97 Recours. Tout comme pour la production de documents et la comparution personnelle, les décisions ordonnant la vue des lieux ne sont pas susceptibles de recours. Selon la Cour d'appel d'Anvers, cette interdiction s'applique également en cas de décision mixte, ordonnant simultanément la vue des lieux et l'enquête⁽²³¹⁹⁾. Cette décision ne va toutefois pas dans le sens de la jurisprudence majoritaire, qui a tendance à dissocier les dispositifs susceptibles d'appel et ceux qui ne le sont pas (voy. *supra*, n° 5.20, pour la production de documents, et *supra*, n° 5.92, pour la comparution personnelle).

5.98 Vue des lieux avec un expert. Le juge peut se faire accompagner d'un expert durant la vue des lieux (art. 986). Cette mesure d'instruction particulière peut constituer une alternative à l'expertise dans les cas les plus simples (voy. *supra*, n° 5.47). Pour le juge, cette mesure présente l'intérêt de visualiser les éléments de fait du litige et de poser sur place toutes les questions utiles à l'expert. En revanche, elle demande une disponibilité importante du magistrat et du greffier ainsi que la possibilité d'être organisée à délai assez rapproché, à peine de perdre une partie de son utilité⁽²³²⁰⁾. Si, à l'issue de la vue des lieux, le juge demande à l'expert de dresser une note écrite de synthèse, il ne s'agit pas d'un rapport d'expertise et les conditions de forme qui gouvernent celui-ci ne sont donc pas applicables⁽²³²¹⁾.

L'article 986 dispose que le juge taxe les honoraires de l'expert au bas du procès-verbal d'audition et délivre exécutoire contre la partie ou les parties qu'il désigne et dans la proportion qu'il détermine. Dans la décision finale, ces montants seront taxés comme frais de justice. Le juge apprécie souverainement, au vu des éléments du cas d'espèce, qui doit supporter les frais de cette mesure d'instruction.

(2319) Anvers, 22 mai 1979, *J.C.B.*, 1980, p. 248. Voy. en sens contraire : Gand, 11 décembre 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 271, citée dans la section relative à la comparution personnelle, *supra*, n° 5.92.

(2320) A.-L. FETTWIS, « Comment éviter que le coût d'une expertise judiciaire ne ruine le procès ? », in *Le coût de la justice*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1998, pp. 151 et s., spéc. p. 154.

(2321) Liège, 17 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 16.

SECTION 9

Le constat d'adultère

§ 1. Le constat d'adultère en général

5.99 **Principe.** La preuve de l'adultère peut être faite par constat d'huissier de justice, conformément à l'article 1016*bis* du Code judiciaire. Depuis la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, le divorce pour cause déterminée a été

supprimé. La preuve d'un comportement fautif du conjoint n'est donc plus indispensable pour obtenir le divorce : il suffit d'établir la désunion irrémédiable des époux. En soi, l'adultère ne rend pas nécessairement impossible la poursuite de la vie conjugale⁽²³²²⁾. On aurait dès lors pu considérer que le constat d'adultère était devenu sans objet. Toutefois, le juge peut refuser d'octroyer une pension alimentaire après divorce s'il constate que l'époux demandeur a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune (art. 301 C. civ.). C'est à ce niveau que se déplace la faute grave et, sur ce point, le constat d'adultère conserve son utilité⁽²³²³⁾. Par ailleurs, le constat d'adultère peut également être utile pour établir le caractère irrémédiable de la désunion⁽²³²⁴⁾.

L'adultère est un fait et peut donc être prouvé par toutes voies de droit⁽²³²⁵⁾. Il consiste en des relations sexuelles volontaires et complètes avec une autre personne que l'époux⁽²³²⁶⁾.

5.100 Relations homosexuelles. La question de savoir si le constat d'adultère pouvait également être utilisé pour établir l'existence de relations homosexuelles dans le chef du conjoint a fait l'objet d'une controverse importante. La Cour de cassation y a définitivement mis fin, en admettant que l'adultère entre personnes du même sexe peut être établi en application de l'article 1016*bis* du Code judiciaire⁽²³²⁷⁾. Cet arrêt a, dans l'ensemble, été favorablement accueilli par la doctrine⁽²³²⁸⁾.

5.101 Constat d'adultère et droits de l'homme. La Cour de cassation a été saisie de la question de la conformité de l'article 1016*bis* par rapport à l'article 8, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme. Le moyen insistait sur le fait que le droit d'un des époux d'apporter la preuve du non-respect du

(2322) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 464.

(2323) A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture », in *La réforme du divorce*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 96.

(2324) Civ. Mons, 2 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 210 ; A. DUELZ, J.-Ch. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, n° 79 ; G. HIERNAUX, « Le divorce et la séparation de corps », in *Droit des personnes et des familles – Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 85, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 247 ; A.-Ch. VAN GYSEL *e.a.*, *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 275.

(2325) Cass., 21 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 337.

(2326) Cass., 13 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 806 ; Cass., 4 mai 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 89.

(2327) Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 242 ; R.W., 1998-1999, p. 1075 ; R.G.D.C., 1999, p. 245 ; E.J., 1999, p. 25.

(2328) F. APS, « Uitbreiding van het begrip overspel tot homoseksuele relaties : een gelukkige tussenkomst van het Hof van cassatie », R.W., 1998-1999, p. 1075 ; Y.-H. LELEU, « L'adultère revisité », J.L.M.B., 1999, p. 810 ; F. LIGOT, « Les relations homosexuelles peuvent-elles être constitutives d'adultère et partant donner lieu à un constat par huissier de justice ? », *Div. Act.*, 1999, p. 10. Voy. cependant P. SENAËVE, « Over lesbisch spel : al dan niet overspel ? », E.J., 1999, p. 18, qui critique le raisonnement tenu par la Cour mais reconnaît que l'extension du concept d'adultère répond aux mentalités actuelles. Le Ministre de la justice plaidait lui-même pour une extension de la notion d'adultère : *Bull. Q. et R.*, Sén., 3 février 1998, pp. 3368-3370.

devoir de fidélité par l'autre époux n'est pas un droit essentiel ou un droit fondamental au sens de la Convention européenne des droits de l'homme mais, au contraire, que ce droit vise uniquement la protection de l'intérêt individuel de l'époux ou de l'épouse intéressée. La Cour a décidé qu'en vertu de l'article 8, l'ingérence de l'autorité publique n'est pas uniquement autorisée en vue de garantir les droits fondamentaux mais peut aussi viser la garantie de droits et libertés individuels, même s'ils ne sont pas de nature fondamentale. La conformité de l'article 1016*bis* par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme est ainsi reconnue ⁽²³²⁹⁾.

§ 2. Règles particulières de l'article 1016*bis*

5.102 **Requête.** L'époux qui souhaite faire dresser un constat doit s'adresser par requête, signée par lui ou son avocat, au tribunal de la famille. La requête doit contenir les mentions requises par l'article 1026 pour toute requête unilatérale, tous les renseignements utiles et, à peine de nullité, l'indication du ou des lieux où pourront être faites les constatations qui révèlent l'adultère. Un extrait d'acte de mariage du requérant et, éventuellement, toutes les pièces justifiant la demande sont jointes à la requête.

L'exigence d'indication du lieu du constat ne permet pas de procéder à des constatations en d'autres lieux que ceux expressément mentionnés dans l'ordonnance ⁽²³³⁰⁾. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble à appartements multiples, il convient d'indiquer non seulement le numéro de l'immeuble mais aussi celui de l'appartement ⁽²³³¹⁾. Lorsque l'huissier de justice a constaté l'adultère à l'adresse adéquate et que l'époux concerné n'a pas invoqué de dommage, le juge ne peut pas annuler le procès-verbal de constat au seul motif que l'adresse reprise dans l'ordonnance ne correspond pas avec la situation réelle ⁽²³³²⁾.

De simples soupçons de l'existence de l'adultère suffisent à motiver correctement la requête en autorisation de constat. Il n'est pas requis que le demandeur apporte des éléments de preuve supplémentaires ⁽²³³³⁾.

(2329) Cass., 29 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 53 ; *Journ. procès*, 1999, n° 375, p. 30. Dans le même sens : Bruxelles, 13 mars 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1147. Voy. aussi J. KIRKPATRICK, « La preuve de l'adultère comme cause de divorce et le droit au respect de la vie privée et du domicile », *Journ. procès*, 1999, n° 375, p. 32. Y.-H. Leleu émet cependant des doutes sur l'actualité de cette jurisprudence, après la réforme du divorce de 2007, dès lors que la violation du devoir de fidélité n'est plus, en soi, une cause de divorce (*Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 464).

(2330) Civ. Liège (prés.), 27 avril 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 389 ; Civ. Tournai, 7 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 431.

(2331) Bruxelles, 15 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 488 ; Civ. Hasselt (1^{ère} ch.), 29 octobre 1996, R.G. n° 96/1604/A.

(2332) Anvers, 24 novembre 1998, *Limb. Rechtsl.*, 1999, p. 162 ; *Contra* : Civ. Charleroi (2^e ch.), 11 juin 1996, R.G. n° 95/1631/A, qui considère comme irrégulier le constat réalisé à l'endroit adéquat mais à une adresse différente de celle indiquée dans l'ordonnance.

(2333) Civ. Liège, 9 février 1998, *Div. Act.*, 2000, p. 124.

Lorsque le demandeur en divorce souhaite obtenir l'autorisation de faire pratiquer des constats d'adultère dans plusieurs arrondissements, il peut soit s'adresser au tribunal de chacun de ces arrondissements, soit à un seul d'entre eux. Celui-ci est compétent en vertu des règles qui régissent la connexité pour désigner des huissiers qui prêteront leur ministère dans chacun de ces arrondissements ⁽²³³⁴⁾.

La question de savoir si un second constat d'adultère peut être réalisé sur la base de la même décision, lorsque le premier constat ne contient pas suffisamment d'éléments, est controversée ⁽²³³⁵⁾.

Si le constat doit être opéré un samedi, un dimanche ou un jour férié, le requérant doit solliciter une dérogation à l'article 47, 2°, du Code judiciaire ⁽²³³⁶⁾.

L'introduction d'une procédure en divorce par consentement mutuel ne fait pas obstacle à la réalisation d'un constat d'adultère parce que le devoir de fidélité se maintient tant que le divorce n'est pas prononcé ⁽²³³⁷⁾.

5.103 Signification de l'ordonnance. L'ordonnance désignant l'huissier ne doit pas obligatoirement être signifiée sur le lieu du constat : le droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile n'est pas violé par la seule circonstance que l'ordonnance n'a pas été préalablement communiquée à l'habitant ⁽²³³⁸⁾.

Cela ne signifie pas pour autant que la signification au conjoint adultérin serait inutile : en effet, elle fait courir le délai d'un mois, prévu à l'article 1034, pour former tierce opposition ⁽²³³⁹⁾. Le requérant peut avoir un intérêt légitime à ce que le délai prenne cours ⁽²³⁴⁰⁾. La question

(2334) Trib. arr. Liège, 16 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 471.

(2335) Civ. Hasselt, 31 mars 1998, *E.J.*, 1999, p. 45 donne une réponse positive. Cette position est approuvée par P. SENAËVE, « Vaststelling van overspel : eenmaal, andermaal ? », *E.J.*, 1999, p. 46, et critiquée par G. DE LEVAL « Le constat d'adultère par huissier de justice », *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 230, n° 9 ; « La procédure du divorce pour cause déterminée », in *Le divorce en Belgique – Controverses et perspectives*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 130. Cela suppose toutefois que l'huissier de justice prenne position et apprécie le caractère suffisant ou non de ses premières constatations, ce qui va à l'encontre de son devoir de neutralité absolue : R. PERROT, *Le constat d'huissier de justice*, Paris, Chambre nationale des huissiers de justice, 1985, p. 81, n° 65.

(2336) G. DE LEVAL, « Le constat d'adultère par huissier de justice », *op. cit.*, p. 230, n° 9 ; E. LEROY, « Le constat d'adultère », *Div. Act.*, 1998, p. 149.

(2337) Anvers, 20 juin 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 445.

(2338) Cass., 18 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1394 ; *R.W.*, 1992-1993, p. 1061 ; Civ. Malines, 27 décembre 1990, *Pas.*, 1991, III, p. 57, note F.B. ; *contra* : Bruxelles, 17 novembre 2005, *E.J.*, 2006, p. 30, note H. VANBOCKRIJCK ; Bruxelles, 25 juin 2002, *NjW*, 2003, p. 382, note RDC.

(2339) Civ. Charleroi, 30 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 493 ; voy. aussi Civ. Turnhout, 5 janvier 1995, *R.G.*, n° 77.012, cité par B. PUTZEYS, « L'adultère : les frais du constat à inclure dans les dépens », *Div. Act.*, 1996, p. 70.

(2340) Bruxelles, 16 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1696.

de savoir si les frais de la signification peuvent, dans ce contexte, être mis à charge de la partie succombante est controversée ⁽²³⁴¹⁾.

5.104 Désignation de l'huissier. Le procès-verbal est dressé par l'huissier désigné par le tribunal. Celui-ci n'est pas tenu de désigner l'huissier dont le nom est mentionné dans la requête. Il n'est tenu de motiver son choix que lorsque le requérant a lui-même indiqué les motifs pour lesquels il souhaitait tel huissier particulier ⁽²³⁴²⁾. Un constat établi par un huissier autre que celui qui a été désigné doit être écarté ⁽²³⁴³⁾. Toutefois l'huissier de justice désigné pour procéder à un constat d'adultère peut se faire remplacer par un confrère ou un suppléant, lorsqu'il prend congé ou est empêché d'exercer ses fonctions (art. 524) ⁽²³⁴⁴⁾. L'empêchement d'un huissier de justice ne peut toutefois être fondé sur des motifs de confort personnel ou sur le souhait de diminuer la charge de travail ⁽²³⁴⁵⁾.

L'article 524 du Code judiciaire n'impose pas, à peine de nullité, l'obligation de mentionner dans le constat que ces conditions ont été respectées. Par ailleurs, le tribunal peut d'emblée prévoir le remplacement de l'huissier désigné, même si la requête ne le demande pas. Il ne s'agit pas d'une modification de l'objet de la demande mais de l'usage normal des prérogatives du tribunal en cette matière ⁽²³⁴⁶⁾.

5.105 Rédaction du constat. Lorsque le constat doit être opéré dans un hôtel, il n'est pas admissible que l'huissier pénètre dans chaque chambre de l'hôtel. En revanche, il peut consulter le livre d'admission, en présence du réceptionniste de l'hôtel. Lorsque la chambre où les relations incriminées ont lieu a été déterminée avec certitude, l'huissier peut alors y faire un constat et se faire ouvrir la porte par le réceptionniste et, au besoin, par un serrurier ⁽²³⁴⁷⁾.

(2341) Civ. Liège, 12 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1548 ; Civ. Liège, 19 mars 1998, R.G. n° 97/1809/A ; Civ. Huy (4^e ch.), 8 août 1995, R.G., n° 23.243, considèrent que le coût de la signification doit rester à charge du requérant. Voy. cependant B. PUTZEYS, « L'adultère : les frais du constat à inclure dans les dépens », *op. cit.*, p. 70, pour qui cette position est critiquable car « comment pourrait-on reprocher au requérant de prendre toutes les précautions possibles, précautions au demeurant prévues par le législateur ? ». Adde K. BROECKX, « Vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder : enkele actuele knelpunten », *E.J.*, 1996, pp. 20 à 22. Bruxelles, 16 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1696, et Bruxelles, 17 novembre 2005, *E.J.*, 2006, p. 30 refusent de délaissier les frais au requérant.

(2342) Anvers, 10 juin 1996, *E.J.*, 1996, p. 153, note P. SENAEEVE.

(2343) Civ. Charleroi, 11 avril 1989, R.G.D.C., 1990, p. 242.

(2344) Cass., 29 avril 1993, *J.T.*, 1994, p. 478 ; *Pas.*, 1993, I, p. 418 ; R.W., 1993-1994, p. 542. Dans le même sens : Civ. Charleroi, 5 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1393 ; Civ. Turnhout, 15 novembre 1991, *Turn. Rechtsl.*, 1992, p. 11 ; Mons, 2 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 609.

(2345) Cass., 4 février 2005, *E.J.*, 2005, p. 34, note Sv. MOSSELMANS ; *Pas.*, 2005, p. 289 ; R.W., 2005-2006, p. 1174, note K. WAGNER ; R.G.D.C., 2007, p. 316 ; R.D.J.P., 2005, p. 305.

(2346) Civ. Liège (prés.), 21 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 725.

(2347) Civ. Bruxelles, 16 novembre 1993, inédit, cité dans *Div. Act.*, 1996, p. 76.

Le principe de la rédaction *a posteriori* du constat en s'aidant de notes prises lors de l'exécution de la mesure d'instruction est admis ⁽²³⁴⁸⁾.

Des démarches peuvent être effectuées par l'huissier de justice à titre de complément périphérique de la mission lui confiée sur la base de l'article 1016*bis* du Code judiciaire, pour autant qu'il s'agisse de constatations régulièrement accomplies et sans contrainte ⁽²³⁴⁹⁾.

Le constat ne doit être ni signifié ⁽²³⁵⁰⁾ ni communiqué à l'occupant ⁽²³⁵¹⁾. Il suffit qu'il soit communiqué à l'adversaire à titre de pièce, s'il est utilisé dans le cadre de la procédure en divorce.

5.106 Serrurier. L'huissier peut se faire accompagner d'un serrurier pour ouvrir les portes si l'occupant est absent au moment du constat.

Une question délicate se pose lorsqu'il s'agit d'un immeuble à appartements et que la porte donnant accès aux parties communes de l'immeuble est elle-même fermée. La jurisprudence n'est pas unanime sur ce point ⁽²³⁵²⁾. L'illégalité relative à l'intervention du serrurier rejaillit sur la validité du constat d'adultère ⁽²³⁵³⁾.

5.107 Policier. En outre, l'huissier de justice peut être accompagné d'un policier. La présence de l'officier ou de l'agent de police judiciaire se justifie en toute circonstance pour garantir la protection de l'huissier. Si l'assistance de l'officier ou de l'agent de police judiciaire est en règle passive, en ce sens qu'il ne participe pas au constat, ne fait aucun procès-verbal ni ne signe un procès-verbal, une certaine coopération peut s'avérer utile, voire indispensable pour aider l'huissier dans la localisation de l'immeuble et mettre au besoin la force publique à sa disposition, y compris pour empêcher un départ précipité ⁽²³⁵⁴⁾.

(2348) Civ. Liège, 18 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 753.

(2349) Civ. Liège, 19 mars 1998, R.G. 97/1809/A. Tel est le cas lorsque les initiatives de l'huissier sont légitimées par la déclaration spontanée de la grand-mère de la compagne et ont été menées afin de déjouer, dans les limites légales, la manœuvre consistant à être domiciliée à un endroit tout en résidant dans la maison voisine à laquelle l'huissier a pu accéder sans contrainte.

(2350) Civ. Liège, 18 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 753.

(2351) Liège (1^{ère} ch.), 25 octobre 1993, R.G., n° 29.970/92.

(2352) Le tribunal de première instance de Liège (Civ. Liège (prés.)), 8 septembre 1989, *J.T.*, 1989, p. 670 et *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 391) défend l'idée que l'ouverture des portes commune doit être prévue dans l'ordonnance ; au contraire, le tribunal de première instance de Bruxelles (Civ. Bruxelles (prés.)), 25 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 906 et *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 382, obs. G. HIERNAUX) estime que l'autorisation de pénétrer dans un immeuble et de faire appel à un serrurier pour y avoir accès implique évidemment, pour l'huissier de justice, l'autorisation de faire ouvrir toutes les portes, de quelque nature que ce soit.

(2353) Liège, 1^{er} avril 1996, R.G. n° 31.319/93. En l'espèce, le serrurier avait ouvert les portes avant l'arrivée de l'huissier.

(2354) Liège, 25 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 572 (somm.). Il a été jugé que le policier devait conserver une attitude purement passive et ne pouvait en aucun cas collaborer au constat : Civ. Huy, 25 avril 1988, *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 1476, mais cette position est trop restrictive : en ce sens, E. LEROY, « Le constat d'adultère », *op. cit.*, p. 150 ; G. HIERNAUX, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 377.

Le policier peut procéder à l'identification d'une personne qui a refusé de décliner son identité à l'huissier, pour autant que cela se réalise sur la voie publique ⁽²³⁵⁵⁾.

5.108 **Date et heure du constat.** Aucun texte ne prescrit à peine de nullité l'indication dans le procès-verbal de la date et de l'heure du constat ⁽²³⁵⁶⁾. Mais, en vertu de l'article 1016*bis* du Code judiciaire, aucun constat ne peut avoir lieu entre 21 heures et 5 heures. Il s'agit d'une règle d'ordre public. Dès lors, lorsque les constatations se prolongent au-delà de 21 heures, le constat doit être écarté ⁽²³⁵⁷⁾. De ce fait, il est préférable d'indiquer l'heure du début et de la fin des constatations pour éviter toute contestation ultérieure ⁽²³⁵⁸⁾. En revanche, rien n'interdit de procéder à un constat un samedi, un dimanche ou un jour férié, si c'est prévu dans la décision ⁽²³⁵⁹⁾. Les limites relatives à l'intervention d'un huissier les samedis, dimanches et jours fériés légaux ne concernent que les significations (art. 47 C. jud.) et les actes d'exécution (art. 1387 C. jud.) et un constat réalisé le week-end ou un jour férié ne viole pas le droit au respect de la vie privée ⁽²³⁶⁰⁾.

5.109 **Déclarations des parties.** Les déclarations des parties ou de tiers recueillies lors d'un constat d'adultère ne peuvent être admises qu'à titre d'accessoire ou de simple renseignement, pour compléter les constatations matérielles auxquelles l'huissier de justice a procédé. On ne peut donc reprocher à l'huissier de ne pas avoir interrogé le conjoint adultère ⁽²³⁶¹⁾. Mais il ne lui est pas défendu, à peine d'amputer la procédure de constat d'une partie de son efficacité, d'acter les déclarations et de relater ce qu'il a entendu ⁽²³⁶²⁾.

Lorsque l'huissier de justice n'a procédé à aucune constatation matérielle, les déclarations des tiers relatées dans le constat ne peuvent être retenues ⁽²³⁶³⁾. C'est logique : ces déclarations viennent à titre d'appoint et ne peuvent remplacer le constat lui-même.

(2355) Cass., 29 avril 1993, *J.T.*, 1994, p. 478 ; *Pas.*, 1993, I, p. 418 ; *R.W.*, 1993-1994, p. 542. En revanche, il ressort d'une circulaire de la chambre nationale des huissiers de justice du 14 août 1997 que, dans un lieu privé, ni l'huissier, ni l'agent qui l'accompagne n'ont le droit d'ordonner aux personnes présentes lors d'un constat d'adultère présumé de produire leur carte d'identité.

(2356) Civ. Liège, 19 octobre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 741 ; Liège, 25 novembre 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1387 ; Civ. Bruxelles (sais.), 3 octobre 1995, *R.G.* n° 93/6189/A : « en tant que tel, le procès-verbal ne doit pas être nécessairement daté, pour autant qu'il ressorte du contenu de l'acte que les infractions ont été constatées à une date déterminée ».

(2357) Liège, 30 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1553 ; Mons, 27 janvier 1995, *R.G.* n° 94/516, cité dans *Div. Act.*, 1996, p. 77.

(2358) E. LEROY, « Le constat d'adultère », *op. cit.*, p. 149.

(2359) Civ. Louvain, 18 juin 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 652.

(2360) Anvers, 18 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2007, p. 244 ; *R.W.*, 2006-2007, p. 1537.

(2361) Civ. Liège, 19 octobre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 741.

(2362) Civ. Arlon, 11 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1474. note C. PANIER.

(2363) Civ. Charleroi, 18 octobre 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 376, note G. HIERNAUX.

Le constat se fait par la voie d'un procès-verbal et non d'une simple lettre ultérieurement adressée à l'avocat du demandeur et qui reprend certaines déclarations du défendeur, que celui-ci conteste et qu'il n'a pas signées, qui mentionne son appréciation des faits et qui fait part d'informations dont l'origine est inconnue ⁽²³⁶⁴⁾.

5.110 La force probante du constat. Le constat n'est pas revêtu de la force probante attachée aux actes authentiques et vaut jusqu'à la preuve du contraire ⁽²³⁶⁵⁾.

5.111 Frais du constat. En ce qui concerne les frais de serrurier, il appartient au juge d'apprécier l'opportunité de l'intervention du serrurier et de décider si les frais exposés doivent être mis à charge de la partie qui succombe. La nécessité de la présence du serrurier s'apprécie la plupart du temps *a posteriori*, en fonction de la tournure du constat, ce que ne peuvent pas prévoir nécessairement la partie qui le sollicite et encore moins l'huissier. Il faut admettre que ce dernier prenne certaines précautions pour éviter un échec du constat, ce qui de toute évidence serait le cas s'il devait faire appel au serrurier après une première intervention ⁽²³⁶⁶⁾. Les frais afférents à l'assistance du serrurier ne doivent être rejetés que dans les cas précis où il apparaît des circonstances de la cause qu'aucun refus d'ouverture des portes ne pouvait survenir ⁽²³⁶⁷⁾.

Le coût du constat d'adultère est mis à charge de la partie qui succombe. Par contre, lorsque le constat est un échec, le requérant doit en supporter le coût, puisque les constatations de l'huissier de justice ne

(2364) Civ. Liège, 18 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 753 ; Civ. Verviers (1^{ère} ch.), 7 novembre 1988, R.G. n° 201/37, cité dans D. MOUGENOT (coord.), *L'instance*, vol. II.A, *op. cit.*, commentaire de l'article 1016bis. Voy. aussi E. LEROY, « Le constat d'adultère », *op. cit.*, p. 150.

(2365) G. DE LEVAL, « Le constat d'adultère par huissier de justice », *Ann. Dr. Liège*, 1988, p. 236, n° 13, et *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 321 et 326 ; G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *Précis de droit judiciaire*, t. 1, *op. cit.*, n° 430 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 317-1 et les réf. citées ; G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, n° 669/5 ; E. LEROY, « Le constat d'adultère », *op. cit.*, p. 153 ; R. RUTTIENS, « L'adultère et son constat », *J.T.*, 1987, p. 660 ; P. SENAEVE, « De vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder », *R.W.*, 1987-1988, p. 833 ; J.-P. MASSON, « Les personnes – Examen de jurisprudence (1984-1990) », *R.C.J.B.*, 1993, p. 384 ; Civ. Charleroi, 11 avril 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 242 ; Liège, 18 novembre 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 277. *Contra* : M.-E. STORME, « De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtsdeurwaarder op verzoek van particulieren en aanverwante vragen », *R.W.*, 1994-1995, pp. 345 à 352, et Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 464, qui considèrent que le constat a la force probante des actes authentiques et vaut jusqu'à inscription de faux. Voy. aussi ce qui est dit de la force probante du rapport d'expertise, *supra*, n° 5.78.

(2366) Liège, 16 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 477, qui considère que l'appel à l'intervention d'un serrurier relève de la prévoyance raisonnable.

(2367) Liège, 1^{er} février 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1077.

servent pas à apporter la preuve lui permettant de triompher dans sa demande⁽²³⁶⁸⁾.

Le détail des frais doit figurer sur le procès-verbal (art. 523 C. jud.)⁽²³⁶⁹⁾.

La question de savoir si le constat se justifie lorsque l'adultère peut être prouvé par la production d'un certificat de composition de ménage ou par l'aveu du conjoint est controversée⁽²³⁷⁰⁾.

(2368) Civ. Charleroi, 26 juin 1989, *J.T.*, 1989, p. 622 ; Liège (1^{ère} ch.), 25 octobre 1993, R.G. n° 29.970/92 ; B. PUTZEYS, « L'adultère : les frais du constat à inclure dans les dépens », *Div. Act.*, 1996, p. 66.

(2369) K. BROECKX, « Vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder : enkele actuele knelpunten », *E.J.*, 1996, p. 22, n° 17.

(2370) Estiment que le constat reste justifié : Civ. Mons, 12 février 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 661 ; Liège, 21 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 417 ; Liège (1^{ère} ch.), 29 juin 1990, R.G. n° 23.220/89, cité dans D. MOUGENOT (coord.), *L'instance*, vol. IIA, *op. cit.*, commentaire de l'article 1016bis ; Civ. Marche-en-Famenne, 28 juin 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 180 ; Civ. Charleroi, 2 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 815. Dans le même sens : B. PUTZEYS, « L'adultère : les frais du constat à inclure dans les dépens », *op. cit.*, pp. 71 et 72. Comp., au sujet d'un faire-part de naissance, Civ. Anvers, 9 février 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 550. Estiment que le constat est inutile : Civ. Liège, 26 septembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 753 ; Civ. Arlon, 6 février 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 244 ; Civ. Hasselt, 30 septembre 2003, *Limb. Rechtsl.*, 2004, p. 115 (somm.) ; Civ. Gand, 4 novembre 2003, *NjW*, 2003, p. 1413, note RDC ; Civ. Gand, 31 janvier 2006, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, p. 90.

SECTION 10

La réception des preuves en droit procédural européen

5.112 **Règlement européen sur l'obtention des preuves.** Les 15 et 16 octobre 1999, le Conseil européen de Tampere a consacré une réunion spéciale à la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne et a manifesté la volonté d'instaurer une coopération d'ordre procédural entre États membres. Cette volonté s'est traduite notamment par le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale⁽²³⁷¹⁾. Ces matières s'entendent du droit privé, par opposition au droit public. Le texte lie tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark (art. 1^{er}, § 4).

(2371) *J.O.U.E.*, L 174 du 27 juin 2001. Voy., au sujet de ce règlement : C. BRUNEAU, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne », *J.C.P.* (éd. G.), 2001, I, pp. 1767 et s. ; I. COUWENBERG, « Bewijsvergaring in de Europe Unie », in *La Preuve dans le procès civil*, Bruges, La Chartes, 2015, pp. 71 et s. ; Y. DEKETELAERE, « Le règlement 1206/2001 en matière de preuves : vers la constitution d'un espace judiciaire civil européen », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.584 ; V. GRELLA, « Commentaire des articles du règlement », in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Droit judiciaire européen et international*, Bruxelles, La Charte, 2012, pp. 307 et s. ; M. LEBOIS, « Le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention

5.113 Nouveautés du règlement. Ce règlement introduit deux nouveautés importantes dans la coopération internationale.

D'une part, les demandes d'organisation de mesures d'instruction ne doivent plus être adressées à une autorité centrale de l'État requis mais directement à la juridiction compétente pour procéder à l'acte d'instruction. Il en résulte un gain de temps dans la communication, d'autant que le règlement prévoit que celle-ci peut se réaliser par « tout moyen approprié », ce qui comprend éventuellement les techniques modernes de communication⁽²³⁷²⁾. La demande est rédigée dans un formulaire standardisé, en principe dans la langue de l'État requis ou l'une de celles-ci, si plusieurs langues officielles y ont cours. La mesure d'instruction est alors exécutée par une juridiction de l'État requis, le cas échéant en présence d'un magistrat de la juridiction requérante.

D'autre part, il est désormais possible que la juridiction requérante procède elle-même aux devoirs d'instruction dans un autre État membre, moyennant autorisation de l'autorité centrale de l'État requis. On peut donc envisager à présent qu'un magistrat, un huissier de justice ou un expert procède à des auditions de témoins ou des constats dans un autre État membre. Cette procédure peut aussi prendre la forme d'une vidéoconférence⁽²³⁷³⁾. L'exécution directe ne peut avoir lieu que sur une base volontaire et exclut toute mesure coercitive (art. 17 du règlement).

Le choix entre ces deux procédés n'est pas sans conséquence. Si la juridiction requérante fait appel à une juridiction de l'État requis pour exécuter la mesure d'instruction, celle-ci sera soumise aux règles procédurales de l'État requis. En revanche, si la juridiction requérante exécute elle-même la mesure d'instruction à l'étranger, cette mesure

des preuves en matière civile et commerciale », in G. DE LEVAL (dir.), *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruges, La Charte, 2003, pp. 271 et s. ; D. MOUGENOT, « Le Règlement européen sur l'obtention des preuves », *J.T.*, 2002, pp. 17 et s. ; M. NEUT et L. DEMEYERE, « De grensoverschrijdende bewijsverkrijging binnen de Europese Unie : brengt Verordening nr. 1206/2001 de verhoopde versoepeling teweeg ? », *R.W.*, 2004-2005, pp. 361 et s. ; L. DEMEYERE, « Toepassing Europese bewijsverordening », *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Malines, Kluwer, 2006, pp. III-7-1 et s. ; M.-L. NIBOYET et D. LEBEAU, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 19-20 février 2003, pp. 8 et s. ; A. NUYTS et J. SEPULCHRE, « Cross-border taking of evidence in the European Judicial Area », *Tijdschrift@ipr.be*, 2005/2, pp. 79 et s. ; M. PERTEGAS-SENDER et P. WAUTELET, « Recente ontwikkelingen van Internationaal Privaatrecht – Het nieuwe Europese IPR – De Verordening dat her EEX verdrag vervangt – En wat zijn de nieuwe Europese regels m.b.t. echtscheidingen, betekenningen en bewijsvoering ? », in *Recht in Beweging* (2002), Louvain, KUL, 2002, pp. 273 et s. ; K. SZYCHOWSKA, « Taking of evidence in intellectual property matters under regulations 44/2001 and 1206/2001 », *I.R.D.I.*, 2006, pp. 111 et s. ; S. UHLIG, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale et le règlement européen relatif à la coopération entre les juridictions des États de l'Union du 28 mai 2001 : une entrée en vigueur passée inaperçue... », *J.T.*, 2004, pp. 789 et s.

(2372) C. BRUNEAU, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 1767, n° 9.

(2373) J. SLADIĆ, « L'obtention de preuves en matière civile et commerciale : vers la construction d'un droit uniforme », *J.D.E.*, 2014, p. 93.

obéira aux règles procédurales de l'État de la juridiction requérante. Cette différence n'est pas innocente, en cas de divergence entre les règles applicables dans les deux États concernés. Le problème s'est posé concernant une demande d'audition de témoin en provenance des Pays-Bas : dans cet État, contrairement à la Belgique, il n'est plus interdit d'entendre des parties sous serment. Suivant que l'enquête est réalisée par une juridiction belge ou directement par un juge néerlandais en Belgique, l'audition d'une partie comme témoin posera ou ne posera pas de difficulté ⁽²³⁷⁴⁾.

5.114 Limites à l'application du règlement. Une question importante est de déterminer si ce règlement s'applique à toutes les mesures d'instruction dans tous les cas ou s'il est possible d'y déroger et, par exemple, d'ordonner une mesure d'instruction sans passer par la procédure de coopération avec les institutions de l'État requis.

En ce qui concerne la production de documents tout d'abord, il a été jugé que cette procédure n'implique pas l'exécution d'un acte d'instruction à l'étranger par une juridiction belge ou étrangère et n'est donc pas concernée par le règlement ⁽²³⁷⁵⁾.

En matière d'enquête, la Cour de justice de l'Union européenne a pu, dans un premier temps, donner l'impression que l'audition de témoins était soumise au règlement, quel que soit le contexte. Dans l'arrêt « St Paul Dairy » ⁽²³⁷⁶⁾, elle a considéré que la procédure d'audition d'un témoin dans un autre État membre que celui du tribunal saisi du litige ne constitue pas une mesure provisoire, au sens de l'article 24 de la convention de Bruxelles ou 31 du règlement (CE) n° 44/2001 sur la compétence et l'exécution des décisions (règlement de Bruxelles I). Dès lors, ces dispositions ne pourraient être utilisées comme un moyen d'échapper aux procédures et garanties imposées par le règlement sur l'obtention des preuves, en matière d'exécution de mesures d'instruction à l'étranger. Toutefois, l'arrêt « Lippens » ⁽²³⁷⁷⁾ est venu nuancer très sérieusement cette impression. Dans cet arrêt, la Cour précise l'enseignement de l'arrêt « St Paul Dairy ». Elle a simplement voulu éviter que l'on ne contournne les exigences du règlement, lorsque la demande d'audition de témoin est

(2374) B. SAMYN, « EU-Bewijsverordening en onwillige getuige : het doel en de middelen », *R.D.J.P.*, 2013, pp. 79 et s., n° 7.

(2375) Bruxelles, 14 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 74. Dans le même sens : A. NUYS, « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *Rev. crit. D.I.P.*, 2007, pp. 53 et s., n° 21.

(2376) C.J.U.E., 28 avril 2005 (*St Paul Dairy Industries NV*), aff. C-104/03, *R.D.J.P.*, 2005, p. 173 ; *J.D.E.*, 2005, p. 178 ; *Rev. crit. D.I.P.*, 2007, p. 742, note PATAUT ; *R.D.A.I.*, 2005, p. 530, note MOURRE et LAHLOU.

(2377) C.J.U.E., 6 septembre 2012 (*Lippens e.a.*), aff. C-170/11, *J.D.E.*, 2012, p. 260 (somm.) ; *Revue@dipr.be*, 2012/3, p. 16.

introduite devant une juridiction incompétente pour connaître du fond⁽²³⁷⁸⁾. Dans l'arrêt « Lippens », elle précise toutefois que le règlement ne s'applique qu'aux deux procédures qui y sont mentionnées (l'audition par une juridiction de l'État requis ou l'audition directe à l'étranger par une juridiction de l'État requérant)⁽²³⁷⁹⁾. Dans ces deux hypothèses, le règlement doit être respecté. Mais il n'empêche qu'une juridiction peut toujours citer une partie résidant dans un autre État membre à comparaître en vue de déposer un témoignage directement devant elle⁽²³⁸⁰⁾. Cette procédure ne relève pas du règlement. La Cour rappelle que le but du règlement est de simplifier et accélérer l'exécution des mesures d'instruction. Il ne fait toutefois pas obstacle à des procédures plus simples et plus rapides que celles qu'il prévoit, telles que l'audition du témoin par la juridiction, selon les règles de son droit national, surtout si le témoin est disposé à se déplacer⁽²³⁸¹⁾. Si le témoin ne comparait pas et n'est pas en mesure d'invoquer un motif légitime, la juridiction qui l'a convoqué demeure libre de tirer les conséquences éventuelles prévues par le droit de l'État membre dont elle relève, pourvu qu'elles soient appliquées « dans le respect du droit de l'Union ». Cette dernière exigence n'est pas autrement précisée par la Cour. Il faut sans doute comprendre essentiellement par-là que la juridiction ne pourra pas ordonner de mesures coercitives exécutables en dehors de son territoire⁽²³⁸²⁾.

La question se pose aussi en matière d'expertise : le règlement est-il applicable si l'expert doit accomplir certains devoirs à l'étranger ? L'expert doit-il, dans ce cas, recevoir une autorisation de l'autorité centrale de l'État requis (puisqu'il s'agit d'une exécution directe d'une mesure d'instruction, sur le territoire de l'État requis, par un auxiliaire de la juridiction requérante) ? Le problème est différent du cas soumis à la Cour dans l'affaire « Lippens », car il s'agit cette fois d'exercer une mesure d'instruction hors du territoire de l'État de la juridiction qui l'ordonne. Avant l'entrée en vigueur du règlement, une pratique s'était développée, consistant à désigner des experts pour exécuter une mission totalement ou partiellement à l'étranger⁽²³⁸³⁾. La conformité de cette pratique avec le règlement était incertaine. Dans la foulée de l'arrêt « St Paul Dairy », certains auteurs l'ont condamnée⁽²³⁸⁴⁾.

(2378) Pts 34 à 36.

(2379) Pt 26.

(2380) Pt 27.

(2381) Pts 29 à 31.

(2382) H. BOULARBAH et A. NUYTS, « Droit international privé européen », *J.D.E.*, 2013, pp. 405 et s., n° 20.

(2383) Voy. les exemples cités par A. NUYTS, « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *op. cit.*, p. 70, n° 18.

(2384) A. NUYTS, « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *op. cit.*, n° 18, p. 74.

La Cour de cassation belge, saisie du problème, a posé une question préjudicielle à la Cour européenne de justice dans l'affaire « Prorail »⁽²³⁸⁵⁾. L'arrêt a été prononcé par la Cour de justice le 21 février 2013⁽²³⁸⁶⁾. Tout d'abord, la Cour relève que, bien que l'expertise soit ordonnée par jugement, il n'y a pas lieu d'appréhender le problème sous l'angle de l'exécution d'une décision de justice. Il s'agit donc uniquement d'un problème de réception de preuves (Règl. (CE) n° 1206/2001) et non de l'exécution d'un jugement rendu par une juridiction d'un État membre (règlement de Bruxelles I, n° 44/2001). Concernant l'application du règlement sur l'obtention des preuves, la Cour, évoquant la jurisprudence de l'affaire « Lippens », rappelle que la finalité de ce règlement est de simplifier et accélérer la réception des preuves. Dès lors, si d'autres procédés permettent d'aller plus vite que la procédure décrite au règlement, ils doivent être privilégiés. Elle indique que la procédure du règlement ne sera incontournable que si l'expertise suppose un quelconque exercice de la puissance publique. Il s'ensuit qu'une expertise pourra, dans la plupart des cas, être réalisée à l'étranger de manière très informelle, tant que l'accès aux lieux ou aux documents reste libre ou autorisé par les parties. Ce n'est qu'en cas de difficulté d'accès que la procédure décrite dans le règlement devra être utilisée, parce que des mesures relevant de l'exercice de la puissance publique devront être appliquées.

La philosophie de ces deux arrêts est donc claire : le règlement européen sur l'obtention des preuves est un instrument parmi d'autres de réception des preuves à l'étranger. Mais son application n'est ni exclusive ni prioritaire, tant qu'il n'est pas question d'usage de la puissance publique⁽²³⁸⁷⁾.

(2385) Cass., 27 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1505 ; *R.D.J.P.*, 2011, p. 203, note.

(2386) C.J.U.E., 21 février 2013, *J.D.E.*, 2013, p. 167 (somm.) ; *R.D.C.*, 2013, p. 465 (somm.) et p. 474 ; *Revue@dipr.be*, 2013, p. 13.

(2387) H. BOULARBAH et A. NUYTS, « Droit international privé européen », *J.D.E.*, 2013, pp. 405 et s., n° 20 ; J. SLADIĆ, « L'obtention de preuves en matière civile et commerciale : vers la construction d'un droit uniforme », *op. cit.*, p. 95.