

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Introduction générale à la procédure civile et à l'expertise

Mougenot, Dominique

Published in:

Manuel d'expertise judiciaire comptable

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2011, Introduction générale à la procédure civile et à l'expertise. dans *Manuel d'expertise judiciaire comptable*. Les manuels pratiques des FUCaM, Anthemis, Limal, pp. 9-97.

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.

Introduction générale à la procédure civile et à l'expertise

Dominique MOUGENOT

*Juge au tribunal de commerce de Mons
Maître de conférences aux F.U.N.D.P. Namur*

I^{re} PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA PROCÉDURE CIVILE ET DE LA PREUVE

Chapitre I

Principes généraux de la procédure civile

Section 1

Le droit au procès équitable

1. Le droit au procès équitable est un des principes fondateurs du droit procédural. Beaucoup d'autres principes ou règles admis en droit judiciaire en découlent. Et pourtant, il ne figure pas dans le Code judiciaire.

En revanche, il est énoncé explicitement à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, « la Convention »), convention qui a un effet direct en droit belge :

« toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Il s'impose donc au législateur car il est garanti par un traité international. Or le droit international prime le droit interne.

2. Il se traduit par de nombreuses règles de droit procédural, dont certaines figurent dans la loi et d'autres constituent des principes généraux :

- le droit d'accès à un tribunal ; le Code judiciaire prévoit des mécanismes qui permettent l'accès à la justice, même à la personne qui ne dispose pas de moyens suffisants (assistance judiciaire) ;

- les tribunaux doivent être établis par la loi; ce principe est repris à l'article 146 de la Constitution;
- le droit de disposer du temps nécessaire pour préparer son dossier; le Code judiciaire prévoit certains temps d'attente, qui doivent être respectés pour permettre au défendeur de préparer sa défense (délai de citation, délai d'appel...);
- le droit d'être représenté par un défenseur; le Code judiciaire met en place des mécanismes qui permettent au justiciable de se faire assister d'un avocat, même s'il ne dispose pas de moyens financiers suffisants (aide juridique);
- le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial; l'indépendance des juges est rappelée à l'article 151 de la Constitution; le principe de l'impartialité du juge est reconnu comme un principe général de droit par la Cour de cassation; il se traduit, entre autres, par le droit de récuser un juge qui ne serait pas impartial;
- le droit de voir son affaire traitée dans un délai raisonnable; ainsi, le Code judiciaire prévoit des mécanismes qui permettent de passer outre à certains blocages de la procédure; en outre, le législateur a adopté différentes lois en vue de résorber l'arriéré judiciaire (avec des succès divers);
- la publicité des débats;
- le droit à la contradiction; c'est le droit de pouvoir examiner et contredire tous les arguments et toutes les pièces invoqués par son adversaire; ce principe se traduit lui-même par différentes règles en droit judiciaire;
- le droit à l'égalité des armes; toutes les parties doivent être placées sur pied d'égalité et l'une d'elles ne peut être avantagée par les règles de procédure; cela vaut également pour le ministère public, lorsqu'il intervient en matière civile;
- la motivation des jugements, qui est un moyen d'éviter les décisions judiciaires iniques ou partiales; ce principe figure à l'article 149 de la Constitution. Le droit au procès équitable a fait l'objet de nombreuses décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg).

Section 2

Publicité des audiences

3. La publicité des audiences est un principe garanti à la fois par la Constitution belge (articles 148 et 149), sous la réserve de quelques cas de huis clos, et par la Convention (article 6, § 1^{er}, *in fine*).

Le but de cette mesure est évidemment d'entraver l'arbitraire en permettant aux parties et à l'opinion de suivre la marche du procès et de contrôler l'activité des cours et des tribunaux.

En application de ce principe, l'article 757 du Code judiciaire prévoit que «les plaidoyers, rapports et jugements sont publics».

4. Exceptions:

- les mesures relevant de l'instruction de l'affaire, telles que les auditions de témoins (appelées «enquête» par le Code judiciaire), les expertises, et l'interrogatoire des parties (appelé aussi couramment «comparution personnelle des parties»), sauf lorsque l'instruction est faite à l'audience; *certaines auditions d'expert par le tribunal ne sont pas publiques*;
- les causes dont la loi prescrit l'instruction *en chambre du conseil*¹, par exemple, parce qu'elles ont trait à l'intimité de la vie familiale.

Section 3

Rôle respectif du juge et des parties dans le déroulement du procès

§ 1. Principes

5. Selon le «principe dispositif», le procès civil est «la chose des parties». Ce sont elles qui fixent les limites du litige soumis au juge et qui assument la direction de la procédure.

La procédure dans laquelle l'initiative est ainsi laissée aux parties est appelée «accusatoire». Elle s'oppose aux procédures dites «inquisitoires», dans lesquelles le tribunal a l'initiative des poursuites. La procédure pénale est un exemple de procédure inquisitoire. Le principe accusatoire ne signifie pas que le déroulement du procès civil est intégralement abandonné à la volonté des parties, mais que celles-ci ont un pouvoir d'impulsion. Elles sont à l'origine du procès et elles peuvent y mettre fin. Dans une certaine mesure, elles peuvent agir sur son déroulement. Il est difficile de faire une différence nette entre principe dispositif et principe accusatoire. Tous deux expriment la même réalité.

Dans une procédure intégralement accusatoire, le juge est neutre et passif. Mais, depuis longtemps, le caractère accusatoire de la procédure connaît des exceptions. Dès l'entrée en vigueur du Code judiciaire, le rôle passif du juge s'est estompé et, de plus en plus, le déroulement de la procédure échappe aux parties. Parallèlement, le rôle actif du juge et ses responsabilités dans la bonne marche du procès s'accroissent. Il est donc important de tenter de baliser les domaines d'intervention respectifs du juge et des parties.

¹ La chambre du conseil désigne à la fois le local où le tribunal se retire pour délibérer (1), la procédure à huis clos (2) et la juridiction pénale qui statue sur la prolongation des détentions préventives et le sort à réserver au dossier en fin d'instruction (3).

§ 2. La fixation des limites du litige

a) Rôle du demandeur

6. *Le demandeur fixe les limites de la demande qu'il soumet au juge.* L'objet de la demande (ce qui est demandé) et le fondement de la demande (les faits invoqués par le demandeur) ne peuvent être modifiés par le juge sous aucun prétexte. Il ne peut donc statuer sur des choses non demandées (on dirait alors qu'il statue *ultra petita*²), et ce même si la loi qui accorde un droit à l'une des parties est d'ordre public (c'est-à-dire qu'elle touche aux intérêts essentiels de la société).

Exemple

Le demandeur, victime d'un accident, réclame une somme de 2.500 € à titre de dommages-intérêts; le juge ne peut lui en accorder 3.000, au motif qu'il estime que le demandeur a sous-estimé son dommage.

La loi déroge parfois à ce principe et autorise le juge à allouer une chose non demandée. Ces dérogations ont tendance à se multiplier.

Exemples

- L'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose que le juge condamne d'office la partie qui perd le procès à payer les frais de justice, même si la partie qui gagne ne l'a pas demandé;
- en application de l'article 1244 du Code civil, le juge peut accorder d'office des délais de grâce au débiteur, même s'il n'en sollicite pas.

La limite que le demandeur fixe ainsi par l'objet de ses prétentions est une limite *absolue*: mis à part les quelques exceptions prévues expressément par la loi, le juge ne peut *jamais* accorder au demandeur plus que ce qu'il demande.

b) Rôle du défendeur

7. *Le défendeur fixe les limites de la contestation.* Si le défendeur déclare expressément ne pas contester tout ou partie de la demande, le juge ne peut pas soulever de contestation d'office, sauf sur des points qui touchent à l'ordre public. Il est lié par les limites que les parties ont imposées au litige, tant dans ce qui est demandé que dans ce qui est contesté.

Exemple

Le demandeur réclame des dommages-intérêts à la suite d'un accident. Le défendeur se défend sur le principe de sa responsabilité, mais déclare ne pas contester le montant des dommages-intérêts qui lui est réclamé; si le juge estime que le défendeur est responsable, il doit le condamner à payer la totalité des dommages-intérêts réclamés par le demandeur, même si le montant est déraisonnable ou manifestement surévalué; cette matière ne touche pas à l'ordre public et le juge ne

² Littéralement: au-delà de ce qui est demandé.

peut pas soulever de contestation d'office lorsque les parties déclarent expressément qu'un point n'est pas contesté; tant pis pour le défendeur négligent, qui devait être plus attentif et veiller à contester tous les points discutables de la demande! Il ne lui restera plus qu'à introduire un appel contre la décision s'il souhaite remettre en cause le montant des dommages-intérêts.

Mais, sur ce point, la limite posée par l'absence de contestation du défendeur est plus floue que celle résultant de l'objet de la demande. En effet, il est admis que le juge soulève d'initiative certaines contestations³.

§ 3. La direction du procès

a) Principe

8. Dans un modèle accusatoire pur, les parties assument seules la direction du procès: elles introduisent la procédure (le juge ne se saisit pas lui-même), elles l'accélèrent ou la ralentissent à leur gré et décident éventuellement d'y mettre fin.

Exemple

Les parties peuvent décider de suspendre la procédure pour tenter une médiation.

La manifestation ultime de ce pouvoir est la faculté accordée aux parties de mettre fin au procès à tout moment. Elles peuvent conclure un accord ou se désister de leurs demandes, sous réserve de l'ordre public, sans que le juge puisse intervenir pour forcer la poursuite de la procédure.

9. Les lenteurs de la justice ont des causes multiples: parfois elles découlent de l'engorgement des juridictions, qui font preuve d'une incapacité structurelle à absorber dans un délai rapproché l'ensemble des causes qui sont fixées devant elles, parfois le retard découle de l'inertie des parties elles-mêmes. Le fait de permettre aux parties de gérer la procédure à leur convenance a donc des effets pervers: l'absence de règles contraignantes encadrant le cours du procès peut parfois entraîner un ralentissement de la procédure.

Ce constat amène à considérer que, si les parties conservent la maîtrise des éléments contentieux (le principe dispositif énoncé ci-dessus), la durée du procès ne peut être abandonnée à leur seule initiative. Cela amène à distinguer *le litige*, qui appartient aux parties, et *le procès*, qui est l'affaire du juge. Les deux paragraphes qui suivent indiquent les mesures que peut prendre le juge pour diligenter le procès.

³ Voy. paragraphe 4 ci-après.

b) Les mesures d'instruction

10. Les *mesures d'instruction* sont des procédures destinées à mieux cerner la manière dont les faits du litige se sont déroulés. Le juge peut décider d'office ces mesures, et il peut en contrôler l'exécution. C'est, historiquement, le premier domaine dans lequel l'activisme du juge s'est le plus marqué.

Exemple

Le juge peut décider d'entendre des témoins ou de désigner un expert, même si les parties ne le demandent pas ; il est actuellement admis que le juge peut prendre des initiatives pour veiller à la bonne exécution d'une expertise, par exemple convoquer les parties et l'expert s'il estime que l'expertise dure trop longtemps ; il peut même donner certaines injonctions à des personnes qui ne sont pas à la cause, par exemple leur ordonner de produire des documents utiles à la solution du litige (articles 877 et suivants).

Les cas où la loi limite le pouvoir des parties concernant l'exécution de ces mesures d'instruction sont par ailleurs plus nombreux.

Exemple

La loi ne permet plus aux parties de prolonger le délai accordé à un expert pour déposer son rapport, seul le juge peut prolonger ce délai (article 974, § 2, modifié par la loi du 15 mai 2007) ; le juge n'est plus tenu par l'accord des parties sur la personne de l'expert (article 962, modifié par la loi du 30 décembre 2009).

c) La mise en état

11. La *mise en état* est la phase préparatoire du procès durant laquelle les parties échangent leurs pièces et leurs argumentations (celles-ci sont reprises dans des écrits appelés « conclusions »). Mis à part les exceptions prévues par la loi et *sauf choix exprès des parties*, c'est le juge qui règle le déroulement de la mise en état. Les parties ont donc une maîtrise plus limitée sur cette phase du procès, mais, si elles le souhaitent et s'accordent sur ce point, elles pourront néanmoins organiser le cours du procès comme elles l'entendent.

Exemple

Si, lors de l'introduction de la procédure, les parties n'ont pas fait choix d'un autre mode de mise en état, c'est le juge qui va fixer d'emblée le calendrier pour l'échange des conclusions des parties et leur dossier de pièces (article 747, § 2, modifié par la loi du 26 avril 2007) ; en revanche, si les parties se sont accordées sur un calendrier, le juge ne peut que l'entériner sans le modifier.

§ 4. La tâche juridictionnelle du juge

12. L'émergence la plus remarquable du rôle actif du juge se situe au niveau de sa tâche juridictionnelle, c'est-à-dire la manière dont il tranche le litige. Dans

une procédure intégralement accusatoire, le juge est tenu par les arguments soulevés par les parties et ne peut rien y ajouter, même si il estime que cette argumentation est inadaptée. C'est l'idée du « juge impuissant », qui se contente d'arbitrer le litige sans pouvoir y intervenir.

Il n'existe, dans notre droit, aucune disposition légale qui définit le rôle du juge. Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation a, progressivement, élaboré les règles qui définissent « l'office du juge », c'est-à-dire ses droits et obligations. Cette jurisprudence s'est mise en place progressivement, avec des avancées et des reculs. Actuellement, il est admis que le juge soulève des arguments, de fait ou de droit, qui n'ont pas été avancés par les parties.

Tout d'abord, il a toujours été admis que, dans les matières qui touchent à l'ordre public, le juge puisse suppléer à l'argumentation des parties et soulever d'office des contestations qui préservent l'intérêt général. Mais la distinction entre normes d'ordre public et autres normes a tendance à s'estomper sur ce point, parce qu'il est admis de plus en plus couramment que le juge peut aussi soulever des contestations en lieu et place du défendeur, même si la loi à appliquer n'est pas d'ordre public. Il peut relever des éléments de fait que les parties n'ont pas invoqués ou proposer d'autres qualifications ou règles juridiques que ceux proposés par les parties.

§ 5. L'accord procédural

13. En définitive, la limite ultime des pouvoirs du juge est l'accord des parties. Que ce soit pour diriger le déroulement de la procédure ou pour déterminer les questions litigieuses, le juge est sans pouvoir lorsque les parties sont d'accord. C'est ce qu'on appelle un « accord procédural », qui tend à organiser le procès, par opposition à l'accord sur le fond du litige, qui met fin au procès.

Ainsi, concernant les mesures d'instruction, le juge perd son pouvoir d'initiative si les parties *conjointement*⁴ refusent d'exécuter une mesure d'instruction ou lui demandent d'ordonner une mesure spécifique. Concernant la mise en état, le juge n'a pas le pouvoir d'imposer des délais si les parties ont marqué leur accord sur des délais spécifiques. Concernant la décision du juge, celui-ci ne peut soulever de contestations d'office si les parties sont d'accord pour les écarter.

§ 6. Conséquences pour l'expertise

14. L'évolution des règles de procédure a conféré un pouvoir croissant au juge pour organiser des expertises et les contrôler. La réforme de la loi du 15 mai 2007 a retiré aux parties la quasi-totalité de la maîtrise de l'expertise

⁴ C'est très important : il faut que toutes les parties se mettent d'accord. S'il n'y pas d'accord, le juge retrouve son pouvoir d'initiative.

(mise en route, fixation du délai...). La loi du 30 décembre 2009 a poursuivi la démarche (choix de l'expert).

Toutefois, l'accord des parties sur un certain nombre de points peut avoir pour effet de retirer au juge son pouvoir d'initiative. Mais, sur d'autres points, le juge n'est plus tenu de suivre la position des parties, même si elles sont toutes d'accord. Spécialement dans la matière de l'expertise, il existe donc un subtil équilibre entre les prérogatives du juge et celles des parties. On peut dire que, dans ce domaine, le législateur a été très loin pour retirer aux parties leur pouvoir de direction de la procédure.

Ce processus est tellement marqué que certains auteurs vont même jusqu'à soutenir que, dans la matière des mesures d'instruction, l'accord des parties ne lie jamais le juge, comme c'est le cas dans d'autres matières. Cette affirmation ne paraît toutefois pas confirmée par la lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation.

D'où on peut déduire que :

- en principe si les parties sont d'accord pour organiser une expertise, le juge serait obligé de suivre, même s'il n'est pas convaincu. Ce point est controversé parce que la loi du 15 mai 2007 a clairement indiqué que l'expertise ne peut être ordonnée que si aucune autre mesure plus légère ne peut être ordonnée. On peut se demander si ce texte n'est pas l'expression d'un principe fondamental selon lequel on ne peut jamais imposer au juge d'ordonner une expertise si ce n'est pas vraiment nécessaire ;
- en revanche, le juge ne peut ordonner une expertise si les parties sont d'accord pour considérer que ce n'est pas nécessaire (il faut un véritable accord des parties) ;
- les parties peuvent également s'accorder pour mettre un terme à l'expertise, répartir la prise en charge des honoraires de l'expert ou encore modifier la mission ;
- mais la fixation du délai leur échappe totalement : seul le juge peut fixer le délai.

Section 4

Procédure écrite et orale

15. La procédure est, en droit belge, à la fois écrite (citation, requête, conclusions) et orale (audience et plaidoiries)⁵.

L'écrit est une garantie de rigueur, de précision. Il renforce la sécurité du débat judiciaire et assure la conservation de toutes les données du procès. Le recours à l'écrit a une incidence sur la motivation du jugement : le juge ne doit répondre de manière précise et argumentée qu'aux demandes et aux défenses formulées par écrit.

Le débat oral (plaidoiries) permet de présenter le dossier de manière plus concrète ou plus didactique au juge. Il est le lieu d'un dialogue, au cours duquel le magistrat pourra poser des questions et demander des éclaircissements aux parties.

16. *En matière d'expertise, l'écrit est incontournable.* La loi organise la rédaction de nombreux écrits : avis provisoire, remarques des parties en réponse à l'avis provisoire, rapports de réunion, rapports semestriels, conclusions du rapport... Le rapport d'expertise est, par définition, un écrit.

Cependant, l'aspect oral n'est pas absent, loin de là. Lors des réunions d'expertise, les parties ou leurs conseillers techniques peuvent faire valoir leur position oralement.

De même, le juge peut toujours décider d'entendre l'expert à l'audience s'il l'estime utile. Certaines mesures d'instruction simplifiées ne débouchent d'ailleurs pas sur la rédaction d'un rapport, mais sur l'audition de l'expert par le tribunal (article 976 du Code judiciaire).

Section 5

Principe du contradictoire – Respect des droits de la défense – Égalité des armes

17. En droit privé, les droits de la défense se confondent assez largement avec le *principe du contradictoire*. L'expression « droits de la défense » est couramment utilisée en droit judiciaire, mais il faut bien en comprendre la portée. En effet, le respect des droits de la défense, au sens strict, est un principe de droit pénal. En droit judiciaire privé, il y a évidemment lieu de veiller au respect des droits du défendeur, mais aussi, plus largement, de toutes les parties au procès, quelle que soit leur position (demandeur, défendeur, intervenant...). C'est la fonction remplie par le principe du contradictoire. Mais il existe d'autres règles que le

⁵ Le droit de la procédure pénale connaît un exemple de procédure purement orale : la procédure devant la cour d'assises. Il n'existe aucune procédure exclusivement orale en droit judiciaire civil.

principe du contradictoire qui ont aussi pour fonction de protéger les droits de la défense : la publicité des audiences, le fait que tous les actes du juge doivent être accomplis en présence d'un greffier...

Le *principe du contradictoire* (ou de la *libre contradiction*) signifie qu'une partie ne peut être correctement jugée sans avoir eu l'occasion de « contredire » toutes les prétentions de son adversaire. Elle doit donc :

- avoir été entendue ou, à tout le moins, mise en mesure d'être entendue⁶, et
- avoir connu exactement la demande de son adversaire, ses moyens⁷ et ses pièces.

Le législateur a érigé en principe fondamental le respect de ces règles : chaque partie doit recevoir ainsi communication de tous les documents invoqués et doit disposer du temps nécessaire pour y répondre.

Dans le même ordre d'idée, les parties doivent, sous la surveillance du juge, *collaborer dans l'administration de la preuve* et apporter au débat l'ensemble des éléments utiles pour que la cause soit instruite de manière complète et correcte. Le cas échéant, le juge peut contraindre une partie à déposer des pièces qu'elle ne souhaite pas produire spontanément.

18. Le juge lui-même est tenu de faire respecter (1) et respecter (2) le principe du contradictoire et les droits de la défense.

- 1) Il doit faire respecter le principe du contradictoire : il doit donc s'assurer que les explications et les documents invoqués devant lui ont bien été portés à la connaissance de toutes les parties. Il doit aussi veiller à ce que les parties disposent d'un temps suffisant pour organiser leur défense. L'équilibre à trouver entre le respect des droits de la défense et le souci de rendre la justice dans un délai raisonnable est toujours délicat.
- 2) Il doit lui-même respecter le principe du contradictoire à l'égard des parties : ses décisions ne peuvent surprendre les parties, par exemple en invoquant des éléments de fait ou une qualification sur lesquels les parties n'ont pas eu l'occasion de s'expliquer.

⁶ Il n'est pas indispensable qu'une partie compare sa position réellement pour que le procès soit équitable, mais on doit, en tout cas, prendre toutes les mesures adéquates pour lui donner l'occasion de comparaître. Libre à elle de ne pas le faire.

⁷ Les « moyens » sont les demandes et les défenses formées par une partie.

Conséquences :

- les *mesures d'instruction* décidées d'office sont exécutées contradictoirement ;

Exemple

Lorsqu'un expert est désigné, même d'office par le tribunal, il doit convoquer les parties à toutes les réunions, leur communiquer ses premières constatations (avis provisoire) et leur permettre d'y réagir ; lorsque des témoins sont entendus, c'est en présence des parties ; le respect des droits de la défense concerne aussi les tiers à la procédure : lorsque le juge enjoint à un tiers de produire un document utile à la solution du litige, ce tiers doit avoir l'occasion de faire valoir ses observations (article 878 du Code judiciaire).

- le juge doit rouvrir les débats s'il envisage de rejeter la demande pour un motif sur lequel les parties n'ont pas eu l'occasion de s'expliquer.

Exemple

Le juge estime que les parties se sont trompées sur la qualification du contrat qui les unit ; il doit ordonner la réouverture des débats, pour respecter les droits de la défense, afin de permettre aux parties de s'expliquer sur les conséquences de ce changement de qualification.

19. Conséquences pour l'expertise

L'expertise est elle-même contradictoire par principe. La loi a d'ailleurs mis en place de nombreux mécanismes en vue de :

- veiller à la participation des parties à toutes les opérations de l'expertise (convocations...) ;
- donner aux parties l'occasion de réagir aux travaux de l'expert (observations par rapport à l'avis provisoire, aux pièces transmises par la partie adverse à l'expert...) ;
- permettre de faire connaître au juge leur point de vue concernant le déroulement de l'expertise (prolongation de mission, procédure de règlement des incidents...).

Même une expertise ordonnée dans le cadre d'une procédure unilatérale (le défendeur n'est pas convoqué) doit se dérouler de manière contradictoire. L'expert ne travaille pas seul.

20. Il a été dit ci-dessus que les droits de la défense visaient en réalité les droits de l'ensemble des parties à la cause, et pas uniquement ceux du défendeur. Toutes les parties ont le droit de faire valoir leur position de manière équilibrée, sans que la procédure ne procure un avantage particulier à l'une d'elles. C'est le *principe de l'égalité des armes*. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce principe se traduit de la manière suivante : il faut que « chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions

qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire». En droit belge, ce principe se traduit de différentes manières.

L'intervention active du juge est parfois nécessaire pour veiller au respect de l'égalité entre parties, particulièrement dans les litiges qui opposent une partie habituée aux procédures à un novice en matière judiciaire.

21. En matière d'expertise, ce principe doit également être respecté : toutes les parties doivent être représentées ou assistées de la même manière, que ce soit sur le plan juridique ou technique.

Cela pose la question des *conseils techniques* des parties. Lorsque seule une partie est assistée d'un conseil technique, la partie adverse risque d'être défavorisée, parce que le conseil technique peut soumettre à l'expert des observations, parfois très importantes pour l'issue de l'expertise, qui échappent totalement à un profane. Si le fait de ne pas se faire assister relève d'un choix délibéré d'une partie, elle n'a qu'à en assumer les conséquences. En revanche, si cette situation découle d'un manque de moyens financiers d'une partie, il y a rupture de l'égalité des armes. Cette question a été soulevée dans un arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 octobre 2005⁸. Le gouvernement a réagi par une loi du 20 juillet 2006 modifiant le Code judiciaire en vue d'intégrer les frais d'assistance technique dans l'assistance judiciaire. Désormais, toute personne a droit à se faire assister dans le cadre d'une expertise, même si elle n'en a pas les moyens. Dans ce cas, les frais d'assistance technique sont pris en charge par l'État.

Section 6

La loyauté procédurale

22. Admise plus récemment que certains principes classiques, tels que le principe du contradictoire ou le principe dispositif, l'exigence de loyauté procédurale apparaît de plus en plus fréquemment dans la jurisprudence.

Chacune des parties doit se comporter loyalement tant vis-à-vis du juge que de son adversaire. Cette exigence se manifeste aussi en matière d'expertise. Une partie ne peut pas entraver le bon déroulement de l'expertise en refusant de répondre aux demandes de l'expert, en faisant obstacle à l'organisation des réunions (en interdisant l'accès aux lieux par exemple), en refusant de payer l'expert... Certaines dispositions particulières du Code judiciaire ont précisément pour but d'assurer la loyauté du déroulement de l'expertise (obligation de transmettre son dossier à l'expert, délai pour consigner la provision...). Le principe du contradictoire évite également les comportements déloyaux (pas de

⁸ C.A., 26 octobre 2005, arrêt n° 160/2005, J.T., 2006, 101, obs. D. MOUGENOT.

cachotteries avec l'expert...). De manière plus générale, une partie ne peut pas demander l'organisation d'une expertise dans le but de retarder la procédure.

Lorsqu'une procédure est abusive, la partie préjudiciée est en droit de réclamer des *dommages-intérêts*, pour compenser les frais, les pertes de temps et les tracas que cette procédure a entraînés. En outre, l'article 780bis va plus loin : il prévoit la possibilité pour le juge, non seulement d'accorder des dommages-intérêts pour «procédure téméraire et vexatoire», mais même d'imposer au demandeur une *amende civile*. Cette amende, à la différence des dommages-intérêts, n'est pas versée à une partie, mais à l'État. Lui aussi subit un préjudice du fait des abus de procédure : les juges et greffiers ont dû consacrer du temps et de l'énergie à régler une procédure qui n'aurait jamais dû être introduite. Le montant de cette amende peut osciller entre 15 et 2.500 €.

Section 7

Le principe de célérité et d'économie de procédure

23. Face aux conséquences parfois dramatiques des lenteurs du procès et de l'arriéré judiciaire, l'idée s'impose de plus en plus que la durée de la procédure doit être limitée. L'exigence du délai raisonnable, que l'on retrouve à l'article 6 de la Convention, s'applique également en matière civile. La justice doit faire preuve de *célérité*.

Nous avons vu que les parties perdaient de plus en plus la maîtrise de la procédure. C'est une des conséquences du principe de célérité, qui tend à confier au juge la responsabilité de la bonne marche du procès. Dès lors que l'on considère que le juge doit intervenir activement pour veiller à terminer le procès dans un délai raisonnable, on peut s'interroger sur la responsabilité de l'État belge, soit lorsque le juge ne remplit pas cette mission (faute personnelle du juge) ou lorsque le juge ne dispose pas des moyens suffisants pour remplir cette mission (problème structurel, mauvaise organisation du service).

Cette question se pose de manière aiguë en matière d'expertise. En effet, celle-ci est une cause importante de ralentissement des procédures et de plainte des justiciables. La réponse du législateur a été une limitation du recours à l'expertise judiciaire et une emprise plus grande du juge sur le déroulement des expertises. Mais le formalisme important imposé par la loi constitue un obstacle à une accélération sensible des expertises judiciaires.

24. Le principe de *l'économie de procédure* (ou de la procédure) est une des facettes du principe de célérité. L'idée est la suivante : il faut éviter d'obliger le justiciable à multiplier les procédures, à accumuler des frais et à perdre du temps inutilement.

L'application de ce principe conduira dès lors à utiliser au maximum la procédure déjà introduite, plutôt que de contraindre les parties à en recommencer une autre. Les sanctions qui devraient amener à considérer l'instance introduite comme irrégulière devront dès lors être appréciées avec souplesse.

Les conséquences du principe d'économie de procédure sur l'expertise sont multiples :

- les conséquences des irrégularités du rapport d'expertise doivent être appréciées de manière constructive, dans le but de sauver le rapport et de corriger ses imperfections plutôt que d'obliger les parties à recommencer une nouvelle expertise ;
- la loi permet de manière assez souple à des tiers d'intervenir dans le cadre de l'expertise, sans qu'il soit nécessaire de recommencer une expertise distincte à leur égard.

Chapitre II

Les règles préliminaires du Code judiciaire

25. Les principes généraux exposés au point précédent sous-tendent un certain nombre de dispositions du Code judiciaire, mais ne sont pas nécessairement exprimés de manière expresse dans le Code.

En revanche, les articles 1^{er} à 7 du Code judiciaire, figurant dans le chapitre « dispositions préliminaires », expriment également certains principes généraux de la procédure.

Section 1

Le droit commun de la procédure (article 2)

§ 1. Principe

26. Les règles du Code judiciaire s'appliquent à toutes les procédures, sauf si la loi ou les principes généraux du droit s'y opposent.

Le contentieux ne se limite pas aux litiges devant les juridictions civiles, commerciales ou sociales. Le droit de la procédure au sens large englobe également la procédure devant les juridictions pénales, administratives ou disciplinaires. Mais seul le Code judiciaire comprend un corps complet et organisé de règles de procédure. Lorsque les autres législations processuelles sont incomplètes ou lacunaires, on applique donc par défaut les règles du Code judiciaire.

Exemple

Les règles relatives à l'expertise en procédure civile s'appliquent donc en principe en matière pénale, puisque le Code d'instruction criminelle ne prévoit rien à ce sujet.

§ 2. Exceptions au principe de l'application générale du Code judiciaire

27. En vertu de l'article 2, il y a deux exceptions à ce principe :

- soit lorsqu'il existe des dispositions légales non abrogées qui prévoient des règles de procédure particulières ; c'est le cas en matière pénale, pour toutes les dispositions contenues dans le Code d'instruction criminelle ou les lois particulières de procédure pénale ;
- soit lorsqu'il existe un principe général du droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions du Code judiciaire.

Certains principes du droit, notamment en droit pénal, sont en contradiction avec les principes et les règles du droit judiciaire privé, et la transposition automatique des dispositions du Code judiciaire irait à l'encontre de ces principes jugés fondamentaux.

Exemple

Le Code d'instruction criminelle ne contient pas de règles particulières organisant l'expertise en matière pénale ; on applique donc les règles du Code judiciaire en matière d'expertise, mais avec des exceptions ; ainsi la Cour de cassation considère que le principe du contradictoire ne s'applique pas à l'expertise organisée dans le cadre de l'action publique⁹ ; la Cour estime que l'application du principe du contradictoire à l'expertise pénale est contraire aux règles qui gouvernent la procédure pénale, notamment à la présomption d'innocence du prévenu (il n'est pas utile que tous les détails révélés par l'expertise concernant les actes du prévenu soient portés immédiatement à la connaissance de toutes les parties) ainsi que de la recherche d'efficacité (l'expert doit pouvoir agir discrètement, sans alerter les auteurs de l'infraction) ; la Cour constitutionnelle n'admet que partiellement cette exception, et ces deux juridictions sont donc actuellement en opposition sur ce point.

Section 2

L'interdiction du déni de justice

28. Le juge ne peut refuser de statuer, sous quelque prétexte que ce soit, même en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi (article 5). Le « déni de justice » est donc interdit.

Le législateur ne peut pas prendre en considération toutes les situations de fait possibles et imaginables. Il est donc fréquent que le juge se trouve confronté à des questions auxquelles la loi ne fournit aucune solution. S'il ne peut trou-

⁹ L'action publique est l'action menée par le ministère public, par opposition à l'action civile, menée par les parties préjudiciées, appelées « parties civiles ». La Cour de cassation ne voit pas d'objection à ce que l'expertise soit contradictoire, lorsqu'elle ne concerne plus que l'action civile.

ver dans la loi la règle applicable au litige qui lui est soumis, il lui appartient de statuer selon la solution qui lui paraît la plus adéquate ou la plus équitable, mais il doit nécessairement se prononcer. On considère que cette obligation de statuer est une contrepartie au quasi-monopole (on excepte l'arbitrage) que possède l'État en matière judiciaire.

Dans quel sens pourra aller cette décision ?

Si c'est un problème de preuve des faits, le juge dispose d'un certain nombre de règles (règles relatives à la charge de la preuve), qui lui permettront de déterminer les conséquences des obscurités du dossier (voy. ci-après).

Si c'est un problème de droit, le juge peut essayer de transposer par analogie des dispositions applicables dans d'autres domaines ou en raisonnant à partir des principes généraux admis en la matière. C'est ainsi que la jurisprudence fait évoluer le droit, parfois en développant de nouveaux concepts. Il peut aussi considérer que, en l'absence de règle juridique, la demande n'est pas fondée. Rejeter la demande, c'est aussi rendre la justice. La seule chose que le juge ne peut pas faire, c'est refuser de trancher au motif qu'il ne voit pas clair. En tout cas, il n'est pas obligé de combler les lacunes de la loi.

On relèvera cependant un jugement très remarqué du tribunal du travail de Bruxelles qui, faisant suite à un « arrêt lacune » de la Cour constitutionnelle, a considéré que les frais de médecin-conseil dans une expertise médicale doivent être pris en charge par l'assistance judiciaire.

Le fait que l'affaire est de minime importance n'autorise pas le juge à refuser de juger. Il y aurait en effet déni de justice si le juge refusait de trancher un litige dont il trouverait que les intérêts sont trop peu importants. Cela étant, l'enjeu du litige a évidemment une incidence sur la manière dont la procédure sera menée : il serait absurde d'organiser de coûteuses mesures d'instruction pour établir les faits dans une cause dont l'enjeu est limité. Par ailleurs, particulièrement en matière familiale, l'impact psychologique d'un dossier peut dépasser de loin ses enjeux financiers. Toutefois, dans certaines circonstances, on peut considérer qu'une partie abuse de son droit à agir en justice en introduisant une procédure portant sur un enjeu très modeste.

Section 3

L'interdiction de statuer par voie de disposition générale

29. Les juges ne peuvent prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises (article 6).

Cette disposition a pour objet de prohiber des décisions de justice par lesquelles le juge, à l'occasion d'un cas litigieux qui lui est soumis, pose une règle générale qu'il appliquera à l'avenir.

Cette règle a pour corollaire que le juge, du moins en droit belge, n'est jamais lié par les « précédents ». Le fait pour un juge d'avoir déjà statué dans un sens déterminé à l'occasion de litiges antérieurs ne l'empêche nullement d'adopter, sur la même question, une solution différente à l'occasion d'un autre litige. De même, le juge n'est pas obligé d'adopter la jurisprudence d'une autre chambre de sa juridiction, d'une juridiction supérieure, voire même de la Cour de cassation.

Chapitre III

Les preuves

Section 1

Principes

§ 1. Charge de la preuve et administration de la preuve

30. Le Code judiciaire (article 870) indique que chacune des parties doit apporter la preuve des faits qu'elle allègue. On trouve une règle similaire à l'article 1315 du Code civil.

L'article 871 dispose que le juge peut néanmoins ordonner à toute *partie litigante*¹⁰ de produire les éléments de preuve dont elle dispose.

Ces deux articles posent les deux grands principes applicables à la réception des preuves en droit judiciaire. L'article 870 a trait à la *charge de la preuve* et l'article 871 à l'*administration de la preuve*.

Il ne faut pas confondre ces deux mécanismes. Lors de l'instruction du dossier, toutes les parties doivent produire les éléments de preuve dont elles disposent. On dit qu'elles doivent *collaborer à l'administration de la preuve*, qu'elles soient demanderesse ou défenderesse. C'est à ce niveau que l'article 871 indique que si une partie (peu importe laquelle) ne produit pas spontanément les preuves dont elle dispose, elle peut y être contrainte.

Lorsque l'instruction du dossier est terminée, le juge examine les éléments de preuve produits devant lui (par toutes les parties). Il se peut que ces éléments soient insuffisants pour lui permettre de trancher.

Exemple

Les parties ont conclu un contrat verbal et il est impossible de reconstituer les engagements qu'elles ont pris.

¹⁰ Cela veut dire : en litige.

Comme nous l'avons vu, le juge est obligé de statuer, sous peine de déni de justice, même lorsque le dossier est lacunaire. Il doit alors déterminer qui supporte les conséquences des obscurités du dossier. C'est l'examen de la *charge de la preuve*. L'article 870 indique que chacune des parties doit apporter la preuve des faits qu'elle allègue. Si le juge constate qu'il appartenait au demandeur de justifier sa demande, il décide que le demandeur supporte la charge de la preuve (la doctrine parle parfois du «risque de la preuve»). Dès lors, si les éléments de preuve sont insuffisants pour donner raison au demandeur, le juge le déboute alors de sa demande.

Exemple

Le demandeur veut obtenir le remboursement d'une somme prêtée à un ami ; cet ami prétend que la somme lui a été donnée et qu'il n'a pas à la rembourser ; le demandeur doit alors prouver qu'il s'agit d'un prêt et non d'un don ; il supporte la charge de la preuve ; si au terme de l'administration de la preuve, le juge constate que la preuve du prêt n'est pas rapportée, il devra constater que la charge de la preuve pesait sur le demandeur, que les éléments de preuve présentés devant le tribunal sont insuffisants pour établir la preuve du prêt et il devra donc débouter le demandeur.

En principe, l'administration de la preuve et la charge de la preuve n'interagissent pas entre elles : le fait, par exemple, que le défendeur collabore à l'administration de la preuve n'a pas pour effet de transférer sur sa tête la charge de la preuve, qui pèse normalement sur le demandeur.

Il est important de réaliser que l'administration de la preuve et la charge de la preuve interviennent à des stades différents du traitement de la cause : l'administration de la preuve concerne la mise en état, l'instruction de la cause. La question de la charge de la preuve ne se pose que lorsque la mise en état est terminée et que le juge délibère pour rendre son jugement

§ 2. Le rôle du juge dans l'administration de la preuve

31. Au début du XX^e siècle, la doctrine considérait que le rôle du juge dans l'administration de la preuve était purement passif : il était témoin des passes d'armes entre parties, sans pouvoir intervenir. Ce n'est plus le cas dans le régime du Code judiciaire. Le juge a désormais un rôle très actif :

- il peut contrôler la manière dont les parties participent à l'administration de la preuve, sous la contrainte si nécessaire, et
- il peut aussi ordonner des mesures d'office.

On a pu ainsi écrire que la matière des preuves était la partie du Code judiciaire où les principes de la procédure inquisitoire sont les plus présents. En

effet, le juge n'est pas tenu par les offres de preuve formulées par les parties. Il peut prendre les devants et ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent adéquates.

Section 2

Les procédures d'administration de la preuve prévues par le Code judiciaire

32. Le Code judiciaire prévoit un certain nombre de procédures qui peuvent être ordonnées par le juge pour essayer d'éclaircir les faits du litige. Ces procédures peuvent être organisées sur demande des parties ou de l'une d'elles ou d'initiative par le juge :

- audition de témoins (appelée «enquête»);
- vue des lieux;
- comparution des parties (appelée «comparution personnelle»);
- production de documents;

et...

- expertise.

La question de savoir si le juge peut inventer de nouvelles procédures reste incertaine actuellement.

Chapitre IV

L'expertise au sein du procès civil

Section 1

Qu'est-ce qu'une expertise judiciaire ?

33. Une expertise est une mesure d'instruction par laquelle un juge demande un avis technique sur les faits qui lui sont soumis.

L'expertise se range donc parmi les moyens de preuve dont dispose le juge pour déterminer les faits du dossier avec plus de précision. L'expertise permet d'étoffer les éléments de fait du litige. Par sa mission, l'expert effectue des constats qui établissent avec précision la manière dont certains faits se sont déroulés.

Exemples

Le mode de mise à feu d'un incendie, le déroulement d'un accident de circulation, la tenue régulière d'une comptabilité...

Mais, par rapport aux autres mesures d'instruction, l'expertise apporte un élément supplémentaire : elle ne livre pas des faits à l'état brut au juge. L'expert donne un avis technique sur les faits qu'il constate, ce qui permet au juge d'être éclairé sur les conséquences techniques des faits du dossier.

Section 2

Où se situe l'expertise dans le procès civil ?

34. Une procédure civile se déroule toujours de la manière suivante.

Le demandeur prend l'initiative d'introduire la procédure. L'acte introductif peut varier suivant les cas (citation par huissier de justice, dépôt d'une requête au tribunal, comparution volontaire avec la partie adverse...), mais tous ces actes ont comme caractéristiques communes :

- d'indiquer au défendeur où et quand il devra se présenter (sauf dans le cas des procédures unilatérales) ;
- de contenir l'objet de la demande et un exposé succinct de l'argumentation, de manière à permettre au défendeur d'organiser sa défense.

La procédure débute par une première audience : l'*audience d'introduction*. Parfois, elle s'arrête là : si le défendeur ne comparaît pas, le juge rendra son jugement immédiatement.

Si le défendeur comparaît et conteste la demande, commence la phase de *mise en état*. C'est une phase préparatoire au cours de laquelle les parties vont se communiquer leur argumentation respective et les pièces qu'elles comptent produire devant le tribunal (application du principe du contradictoire). À l'issue de la mise en état, les parties sont prêtes à plaider (on dit que la procédure est « en état »). Une audience est fixée par le tribunal, au cours de laquelle les parties (ou leurs avocats) plaident, c'est-à-dire exposent leur argumentation.

La décision est rarement rendue immédiatement (sauf dans des affaires simples). Généralement, le juge prend l'affaire *en délibéré*, c'est-à-dire qu'il se donne un temps de réflexion pour examiner le dossier et préparer son jugement.

À l'issue du délibéré, le juge prononce sa décision. Dans sa décision, le juge peut trancher les questions de fait ou de droit du dossier. S'il souhaite des informations supplémentaires ou s'il veut permettre aux parties de s'expliquer davantage sur certains points, il peut ordonner la réouverture des débats. Il peut aussi ordonner des *mesures d'instruction*.

L'expertise judiciaire, par définition, est toujours ordonnée par le juge. Donc, c'est à ce stade que l'expertise prend place. Toutefois, lorsque toutes les parties

s'accordent sur le principe d'une expertise, celle-ci peut être ordonnée dès l'audience d'introduction. Dans ce cas, il n'y a pas de phase de mise en état : le jugement ordonnant l'expertise est prononcé immédiatement.

Après l'expertise, la suite de la procédure dépend de la position des parties. Si les parties s'accordent sur les conclusions du rapport, il se peut que l'affaire se termine à l'amiable, l'une des parties acceptant d'exécuter spontanément ses obligations sur la base du rapport. En revanche, et c'est fréquent, si les conclusions de l'expert sont contestées ou si l'une des parties conteste les déductions que fait son adversaire à partir du rapport, une nouvelle phase de mise en état débute, qui s'achèvera par une nouvelle audience, etc.

35. À l'issue de cette procédure, les parties insatisfaites par le jugement peuvent introduire des *recours*.

Les voies de recours les plus fréquentes sont l'opposition et l'appel.

L'*opposition* n'est possible que pour les parties qui n'ont pas comparu devant le tribunal (parties « défaillantes »). On dit que le jugement a alors été rendu « par défaut ». Dans le cadre de la procédure par défaut, l'information du juge est évidemment partielle et partielle : il n'entend que l'argumentation de la partie qui a comparu. Dans le cadre de l'opposition, l'affaire est ramenée devant le juge qui a rendu la décision par défaut. Il rendra une nouvelle décision après avoir entendu toutes les parties.

L'*appel* est la voie de recours ouverte aux parties qui ont comparu. On dit alors que le jugement est « contradictoire ». L'affaire sera portée devant une juridiction d'un rang supérieur et sera réexaminée par un ou plusieurs autres juges.

Les voies de recours peuvent porter sur les décisions qui tranchent le fond du litige, mais aussi contre des décisions qui ordonnent une mesure d'instruction. Il se peut dès lors que la désignation d'un expert soit remise en cause dans le cadre de l'opposition ou de l'appel.

Les décisions ordonnant une mesure d'instruction sont assorties de « l'exécution provisoire ». Cela signifie qu'elles peuvent être exécutées immédiatement, même si un recours est introduit. Cela se fait aux risques et périls de la partie qui en demande l'exécution. Si une expertise est menée à terme dans le cadre de l'exécution provisoire, mais que, dans le cadre de l'appel, la décision désignant l'expert est réformée par le juge d'appel, toute cette procédure n'aura servi à rien. Les frais de l'expertise auront été exposés en pure perte et resteront à charge de la partie qui a fait exécuter le jugement ordonnant l'expertise.

II^e PARTIE L'EXPERTISE NON JUDICIAIRE

Chapitre I

L'expertise parmi d'autres institutions proches

Section 1

L'arbitrage

§ 1. Définition

36. Dans son sens courant, l'arbitrage désigne une manière de départager des interlocuteurs en conflit en faisant intervenir un tiers.

En droit judiciaire, l'arbitrage désigne un mécanisme spécifique. Il s'agit d'un mode de juridiction (tribunal) particulier à base conventionnelle¹¹, par lequel les parties choisissent une ou plusieurs personnes et leur demandent de juger le différend qui les oppose. L'arbitrage est une forme de justice privée : la juridiction n'est pas créée par l'État, mais par les parties elles-mêmes. Mais le processus est calqué sur le principe de la procédure judiciaire : au terme d'un débat contradictoire, l'arbitre tranche le litige par une décision, la *sentence*, qui s'impose aux parties.

L'arbitrage présente des avantages de rapidité et une discrétion que l'ordre judiciaire ne peut offrir. Il est particulièrement adapté aux litiges relevant du commerce international : la détermination de la juridiction compétente ne se pose pas¹² et les parties peuvent choisir des arbitres spécialisés dans la matière litigieuse. En revanche, l'arbitrage coûte cher : les parties doivent payer leur juge.

§ 2. Comparaison avec l'expertise

37. L'arbitrage peut porter aussi bien sur des questions de fait ou de droit. L'arbitre remplace véritablement le juge et peut connaître des mêmes questions litigieuses que lui. Alors que l'expertise, par principe, ne porte que sur les faits. Si l'expert est invité à donner aussi un avis sur une *question de droit*, il ne s'agit plus d'une expertise au sens classique du terme. Il peut s'agir d'un mécanisme hybride, apparenté à l'arbitrage. Par ailleurs, l'expertise ne débouche que sur un *avis technique* et non une décision. Toutefois, si l'arbitrage peut porter sur des problèmes juridiques, ce n'est pas obligatoire. Il se peut que le litige ne

concerne que des problèmes de pur fait. De ce fait, on peut parfaitement désigner un technicien comme arbitre. Mais, dans ce cas, sa mission est différente de celle d'un simple expert : tout comme l'expert, il va devoir investiguer dans les faits du dossier, se former une opinion sur le plan technique. Mais au lieu de formuler cette opinion comme un simple avis qui pourra permettre aux parties de régler leur différend elles-mêmes ou qui sera soumis à un juge, l'expert-arbitre tranche véritablement le litige par une sentence qui s'impose aux parties.

Lorsqu'un problème technique se pose, que l'arbitre n'est pas en mesure de régler, il peut désigner un expert. L'expertise s'insère alors dans l'arbitrage, sans se confondre avec lui.

§ 3. Procédure

38. L'arbitrage est réglementé par le Code judiciaire (articles 1676 et suivants). Il se fonde toujours sur une convention, au départ, par laquelle les parties décident de recourir à l'arbitrage, choisissent le ou les arbitres et règlent le déroulement de la procédure. Cette convention a un effet important : dès sa conclusion, plus aucun tribunal ne pourra connaître de l'affaire. Ils devront tous se déclarer incompétents, parce que le règlement du litige a été retiré aux juridictions ordinaires de l'État.

Cette procédure est un mélange entre les règles du Code judiciaire et les règles de procédure choisies par les parties. Par exemple, l'appel de la sentence devant un tribunal arbitral d'appel ne sera possible que si les parties l'ont décidé.

En principe l'arbitre statue en fonction des règles de droit, mais les parties peuvent lui demander de statuer en équité (article 1700) : l'arbitre joue alors le rôle d'un « amiable compositeur ». Le rôle de l'amiable compositeur est plus large que celui d'un juge. Il peut s'écarter de l'application stricte des règles de droit et proposer une solution qui lui paraît plus adéquate, compte tenu de la situation concrète.

Section 2

La tierce décision obligatoire

§ 1. Définition

39. Il s'agit d'une procédure par laquelle les parties confient à un tiers, qui n'est ni un juge ni un arbitre, le soin de prendre une décision qui les lie, au même titre qu'un contrat.

La tierce décision obligatoire (*bindend advies*) s'apparente à l'arbitrage par le fait qu'il s'agit d'une forme de justice privée, par laquelle une personne qui

¹¹ « Conventionnel » signifie « organisé par contrat ».

¹² Dans les litiges commerciaux transnationaux, la question de savoir dans quel pays la procédure en justice devait être introduite occupe souvent une part non négligeable des débats.

n'est pas juge rend une décision qui lie les parties. Elle s'en distingue par le fait qu'il s'agit d'un mécanisme totalement informel et non réglementé. Toutes les formes de tierce décision ont une caractéristique commune : les parties se sont engagées à ne pas remettre en cause la décision du tiers.

§ 2. Comparaison avec l'expertise et l'arbitrage

40. La tierce décision obligatoire porte sur des questions de fait, sans quoi il s'agirait d'une forme d'arbitrage. À nouveau, alors que les avis de l'expert ne lient pas les parties, la décision du tiers, dans ce mécanisme, est obligatoire. Les parties ne pourront dès lors plus introduire une procédure judiciaire pour contredire la décision du tiers : le juge devra constater que cette décision lie les parties, tout comme un contrat est obligatoire pour les parties qui s'engagent.

Une expertise dans laquelle les parties acceptent à l'avance de ne pas remettre en cause l'avis de l'expert est une forme de tierce décision obligatoire.

Exemple

Les expertises médicales amiables, dans lesquelles les parties acceptent de ne pas remettre en cause les conclusions des experts sur le plan médical ; c'est ce qu'on appelle une « expertise obligatoire ».

La tierce décision obligatoire présente une particularité : elle peut intervenir même en dehors de tout conflit. Elle peut servir à préciser un point que les parties ne peuvent pas déterminer elles-mêmes.

Exemple

Dans le cadre d'une convention de cession de parts sociales, les parties, qui sont incapables de fixer elles-mêmes la valeur des parts, peuvent accepter de s'en remettre à la décision d'un expert-comptable ; elles ne sont pas véritablement en conflit ; elles ont simplement besoin de l'aide d'un tiers pour préciser un point indéterminé de leur relation ; si elles se lient à la décision de ce tiers, il s'agit d'une forme de tierce décision obligatoire.

§ 3. Procédure

41. La procédure à suivre par le tiers doit être fixée par les parties. À défaut de précision à ce sujet, la plus grande confusion règne quant aux principes qui doivent être respectés par le tiers : doit-il motiver sa décision ? Procéder de manière contradictoire ? La jurisprudence sur ce point est encore assez lacunaire et les avis des auteurs sont divisés. Il est sans doute trop tôt pour déterminer de manière précise le régime juridique de ce mécanisme. Il apparaît cependant que le respect des droits de la défense est un principe tellement fondamental du droit

procédural qu'il devrait être respecté même dans le cadre de procédures tout à fait informelles telles que celles-ci.

Chapitre II L'expertise amiable

Section 1

Définition

42. L'expertise amiable est la procédure par laquelle les parties confient à un tiers la mission de procéder à un constat d'une situation de fait et de donner un avis technique à ce sujet. Elle se distingue de l'expertise judiciaire par le fait qu'elle n'est pas ordonnée par un juge, mais qu'elle est organisée par les parties, qui désignent elles-mêmes l'expert.

Section 2

Comparaison avec l'expertise judiciaire

§ 1. Différences

43. La différence principale est le mode de nomination des experts : alors que l'expertise judiciaire est ordonnée par le juge, le recours à l'expertise amiable est décidé par les parties et ce sont elles qui désignent les experts¹³.

Par ailleurs, l'expertise amiable n'est pas soumise aux règles du Code judiciaire, sauf si les parties en ont décidé ainsi. En principe, les parties déterminent librement la procédure qui s'impose aux experts. C'est ce qui fait la souplesse du procédé.

§ 2. Ressemblances

44. Tout comme l'expertise judiciaire, l'expertise amiable ne porte que sur des questions de fait et débouche sur un avis technique.

En principe, l'expertise amiable ordinaire a la même valeur qu'une expertise judiciaire, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un avis technique qui ne lie ni le juge ni les parties. Les parties sont libres de contester l'avis des experts devant un tribunal.

¹³ Il arrive parfois que certains contrats, tels des contrats d'assurance, prévoient que, en l'absence d'accord des parties sur la désignation d'un ou plusieurs experts, celui-ci ou ceux-ci seront désignés par un juge (souvent le président d'un tribunal). Il ne s'agit pour autant pas d'une expertise judiciaire. En effet, ce n'est pas le juge qui décide de recourir à l'expertise. Il ne fait que prêter son office pour débloquer la situation en désignant un expert à la place des parties. Mais son intervention s'arrête là et il ne connaît pas de la suite du litige.

Dans ce cas, rien n'empêche le juge de désigner un expert judiciaire, s'il ne s'estime pas convaincu par les conclusions des experts désignés par les parties. Il existe cependant une forme particulière d'expertise amiable : l'expertise irrévocable. Dans l'accord de désignation du ou des experts, les parties conviennent de ne pas remettre en cause l'avis de(s) l'expert(s). Dans ce cas, la force de cet avis est différente, car elle lie les parties et le juge ne peut non plus la remettre en cause, à peine de violer la force obligatoire de la convention conclue entre parties. Ce type d'expertise s'apparente au mécanisme dit de la « tierce décision obligatoire » (voy. plus haut).

Section 3

Modalités de l'expertise amiable

§ 1. Nombre d'experts

45. Soit les parties désignent un seul expert, soit elles choisissent chacune leur expert. Dans la seconde hypothèse, une procédure est alors prévue pour départager les experts, s'ils n'aboutissent pas à un consensus¹⁴. Il faut recourir à un troisième expert, qui peut être désigné par le tribunal, dans le cadre d'une procédure non contentieuse, ou par les deux experts déjà nommés.

§ 2. Mission de l'expert (des experts)

46. La mission des experts est définie par les parties. Donc, en cas de difficulté (soit que la mission n'est pas claire, soit qu'elle est trop restreinte pour permettre aux experts de travailler efficacement), ils doivent s'en référer aux parties¹⁵.

Si les parties ne se mettent pas d'accord sur la mission, l'expertise amiable est définitivement bloquée. En effet, aucun juge ne pourrait imposer aux parties de respecter une procédure qu'elles doivent normalement choisir volontairement. En cas de blocage, la seule manière d'en sortir est de demander une expertise judiciaire devant un tribunal.

§ 3. Procédure

47. Comme dit ci-dessus, l'expertise amiable n'est normalement pas soumise aux règles du Code judiciaire, sauf si les parties l'ont choisi.

Les règles à respecter en cas de silence de la convention font toutefois l'objet de controverses. Deux questions se posent en particulier : l'expertise amiable est-elle contradictoire et l'expert doit-il motiver son rapport ?

Il est admis que le principe général du respect des droits de la défense s'applique aussi à l'expertise amiable. En ce sens, l'expert doit veiller au respect effectif des droits de réponse de chacune des parties. Il doit les convoquer à toutes les séances et entendre leur version des faits. Les pièces qui lui sont soumises doivent être communiquées à toutes les parties. Cela ne va toutefois pas jusqu'à obliger l'expert à communiquer un rapport préliminaire auquel les parties pourraient réagir. Par ailleurs, les parties pourraient dispenser les experts de respecter le principe du contradictoire.

En ce qui concerne la motivation du rapport, un auteur a fait observer que l'une des formes les plus répandues d'expertise amiable, l'évaluation du dommage affectant un véhicule après accident, n'est pas motivée. Ce n'est sans doute pas un motif suffisant pour étendre cette règle à toutes les formes d'expertise amiable. En ce qui concerne l'expertise amiable irrévocable en particulier, les auteurs insistent sur la nécessité d'une motivation, en relevant que plus la décision de l'expert est contraignante, plus le devoir de motivation qui pèse sur lui est important. Cela étant, la sanction à appliquer en cas de défaut de motivation donne lieu à hésitation.

48. Les experts sont tenus de respecter leur mission. S'ils en sortent, les parties ne suivront sans doute pas leur avis et celui-ci n'aurait pas beaucoup de valeur devant un tribunal.

Ce n'est pas parce que l'expert est choisi par une partie qu'il doit nécessairement prendre fait et cause pour elle. L'expert amiable n'est pas le conseil technique d'une partie. Il est choisi pour sa compétence et doit donner un avis honnête et circonstancié. De ce fait, il doit refuser sa mission s'il est lié de manière trop proche à l'une des parties (il est son commissaire-réviseur par exemple). Cela étant, si plusieurs options sont réellement envisageables sur le plan technique, il n'est pas interdit à l'expert de privilégier la position favorable à celui qui l'a désigné. C'est la raison pour laquelle on désigne plusieurs experts et qu'un tiers expert totalement indépendant est prévu pour départager ceux nommés par les parties. Cela assure une meilleure neutralité du mécanisme.

Le rapport devra évidemment être sensé et cohérent. À défaut, il sera inutile pour les parties et ne sera pas entériné par le juge, si une procédure se poursuit devant un tribunal.

¹⁴ Pour autant qu'il y ait un nombre pair d'experts.

¹⁵ Contrairement à l'expertise judiciaire, où l'expert doit se référer au juge en cas de problème.

§ 4. Coût

49. Le principe de l'expertise amiable est que les experts sont payés par les parties ou l'une d'elles (une compagnie d'assurances, par exemple). D'où le problème de l'indépendance des experts, qui sont rémunérés par les parties.

La rémunération du tiers expert est régie par la convention. Souvent, il est payé par moitié par les deux parties, mais il se peut que l'une d'elles prenne la totalité en charge.

Les règles du Code judiciaire relatives à la rémunération des experts sont totalement inapplicables en cette matière (pas de provisions à consigner, de procédure de taxation des honoraires). Il n'existe aucun barème particulier : la rémunération des experts sera fixée en fonction de ce qu'ils demandent et de ce que les parties sont prêtes à payer.

III^e PARTIE

L'EXPERTISE JUDICIAIRE

Chapitre I

Sources législatives

50. La matière de l'expertise judiciaire est intégralement réglementée par le Code judiciaire (articles 962 et suivants). Il n'y a, à ce jour, aucun arrêté royal d'exécution.

Les textes du Code judiciaire datent de 1967. En matière d'expertise, ils ont été modifiés à deux reprises :

- par la loi du 15 mai 2007 ;
- par la loi du 30 décembre 2009.

Cette dernière loi est en fait une « loi réparatrice » de la loi de 2007. Elle ne modifie donc pas de manière substantielle le régime de l'expertise, mais comble des lacunes de la loi de 2007 ou modifie des solutions jugées inadéquates par les praticiens ou les auteurs.

Chapitre II

Statut de l'expert

Section 1

Statut de l'expert (généralités)

§ 1. Absence de règles organisant la fonction

51. La fonction d'expert judiciaire n'est pas légalement organisée. Le titre d'expert judiciaire n'est pas réglementé. Donc, toute personne peut en principe être désignée comme expert, pour autant qu'elle dispose des compétences techniques nécessaires. Il n'est pas requis qu'elle ait une expérience de l'expertise judiciaire – même si c'est à conseiller pour éviter les difficultés de procédure – ou qu'elle fasse partie d'une association professionnelle d'experts. En principe, rien n'empêche de désigner un mineur, un illettré, un étranger, un failli... La loi du 15 mai 2007 n'a rien changé à ce sujet.

Toutefois, la loi a créé un statut d'expert dans certains domaines. Ainsi, la fonction d'expert automobile est réglementée par la loi du 15 mai 2007. C'est également le cas de l'expertise comptable. L'expertise, tant judiciaire que privée, fait partie de la mission légale des experts-comptables¹⁶. Dans la mesure où les réviseurs d'entreprise peuvent exercer les mêmes activités que les experts-comptables¹⁷, ils bénéficient de la même disposition. De ce fait, il paraît difficile qu'un juge puisse désigner comme expert judiciaire en matière comptable une personne qui n'exercerait pas une de ces deux professions.

52. Le législateur avait prévu que des listes officielles d'experts soient établies (ancien article 991 du Code judiciaire), mais cette disposition est restée lettre morte. De telles listes pourraient faciliter le travail du juge lorsqu'il recherche un expert présentant une compétence déterminée, mais elles ne seraient cependant pas un gage absolu de qualité de l'expert.

La problématique des listes d'expert a été longuement examinée lors des travaux préparatoires de la loi du 15 mai 2007. Aucun accord n'a toutefois pu émerger au sein du groupe de travail constitué par la commission de la justice de la Chambre. Pour ne pas retarder l'adoption de la proposition, cette question a finalement été mise de côté. L'article 991 a toutefois été abrogé, de telle sorte que le Roi n'est plus habilité à organiser la création de ces listes. Il est très probable que le gouvernement remette cette problématique sur le tapis à plus ou moins bref délai.

¹⁶ Loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales, articles 34 et 37.

¹⁷ Loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales, article 37.

§ 2. Incompatibilités

53. Il existe cependant des exceptions à la liberté de choix du juge. En effet, ne peuvent être désignés comme experts :

- les personnes condamnées à certaines peines criminelles (articles 31, 4°, 33, et 123sexies du Code pénal) ;
- les agents de l'État, des Communautés et Régions du fait de l'interdiction de cumul avec toute occupation lucrative ;
- les juges consulaires membres du siège, quoiqu'ils ne soient pas magistrats professionnels, ne peuvent être désignés, car ils seraient simultanément juge et expert ; en outre, le tribunal risquerait d'être embarrassé lors de l'examen du rapport ; le risque d'entérinement des conclusions par complaisance envers l'expert n'est pas négligeable.

§ 3. Langue de l'expert

54. L'expert doit pouvoir effectuer ses travaux dans la langue de la procédure, dès lors qu'il ne peut déléguer sa tâche à un tiers et qu'il doit pouvoir être entendu à l'audience par le tribunal. Un expert qui ne pratique pas cette langue ne pourrait donc être désigné.

§ 4. L'expert est une personne physique

55. Le juge ne peut désigner une personne morale. En effet, les causes de récusation, c'est-à-dire les motifs qui permettent d'écarter un expert qui ne serait pas impartial, ne peuvent s'appliquer qu'à une personne physique. En outre, la confiance du juge doit être accordée à une personne déterminée. Ainsi, le tribunal ne peut nommer un bureau d'expertise, mais rien n'empêche que, au sein d'un tel bureau, il désigne une personne physique en qualité d'expert.

Section 2

Indépendance de l'expert

§ 1. Indépendance de l'expert par rapport au juge

56. L'expert est un auxiliaire de la justice, mais il reste indépendant. L'indépendance de l'expert à l'égard du juge se marque de différentes manières :

- l'expert peut toujours refuser sa mission, mais son refus doit être motivé ;
- il exerce une maîtrise sur les opérations matérielles de l'expertise, sous le contrôle du juge toutefois ;

- l'expert détermine lui-même le montant de ses honoraires (sa liberté peut toutefois être limitée par les indications du jugement qui le désigne) ;
- le juge n'est jamais tenu de suivre l'opinion de l'expert.

L'expert travaille sous contrôle du juge. Mais ce contrôle ne peut être tatillon. Par principe, l'expert est le premier juge de la manière dont il doit exécuter sa mission. Il doit choisir les devoirs qui lui paraissent les plus opportuns pour accomplir son travail. Le tribunal n'a pas à intervenir, sauf en cas d'incident. Dans cette hypothèse, c'est le juge qui a le dernier mot et qui tranchera les éventuels litiges relatifs à la manière dont l'expertise doit être effectuée.

§ 2. Indépendance de l'expert par rapport aux parties

57. L'expert est également indépendant à l'égard des parties.

Sur un plan juridique, il n'existe aucun lien entre les parties et l'expert. L'expert n'est pas sous contrat et n'est pas soumis à l'autorité des parties.

La seule exception à ce principe se retrouve en droit de la construction, lorsque l'une des parties effectue des travaux de réparation sous le contrôle de l'expert. Dans ce cas, l'expert devient en quelque sorte le conseiller technique de celui qui a commandé les travaux.

Les parties peuvent lui faire des suggestions, mais l'expert est seul maître, sous contrôle du juge, de la manière dont il exécute sa mission. Il peut (et c'est conseillé) recueillir l'accord des parties sur les devoirs à accomplir, mais, en cas de désaccord, c'est lui qui décidera la manière de procéder, à charge pour les parties qui n'accepteraient pas sa décision de saisir le juge de l'incident.

58. Pour rester impartial, l'expert ne peut également avoir d'intérêt personnel dans le litige ou être lié aux parties. L'article 828, 2° à 12°, énonce une série d'hypothèses dans lesquelles l'expert pourrait être embarrassé par un manque d'indépendance : intérêt personnel au litige, lien familial avec l'une des parties, intervention antérieure à un autre titre dans le litige... (voy. partie consacrée à la déontologie).

§ 3. L'expert n'est pas partie au procès

59. L'expert est un auxiliaire de justice. Il n'est ni demandeur ni défendeur. C'est ce qui explique que bon nombre d'auteurs ou de tribunaux estiment que l'expert ne peut pas interjeter appel des décisions du juge qui le concernent, même d'une décision de remplacement. L'expert remplit une fonction judiciaire, et non une activité professionnelle lucrative. Il n'a donc pas à s'y accrocher. Dès lors, il serait inconvenant qu'il s'oppose à une décision de remplacement. Le problème est que, bien souvent, la décision de remplacement de

l'expert se fonde sur des motifs susceptibles d'engager sa responsabilité. L'absence de voie de recours lui est alors préjudiciable. Cette matière reste assez controversée.

En revanche, dans le cadre d'une procédure en responsabilité dirigée contre lui, l'expert est pleinement partie au procès, mais cela sort de l'exercice normal de la fonction d'expert.

Lorsque l'expert demande la taxation de ses honoraires, un segment distinct s'ouvre à l'intérieur du procès, une sorte de parenthèse, dans laquelle l'expert devient véritablement demandeur. C'est la raison pour laquelle il est admis que l'expert interjette appel de la décision, si le juge ne taxe pas la totalité des honoraires.

Section 3

Fonction de l'expert

§ 1. Nature de la fonction de l'expert

60. L'expert est un auxiliaire de justice. Il n'est pas un mandataire, au sens courant du terme, en ce sens qu'il ne représente ni le juge ni les parties¹⁸. L'expression « mandataire de justice » quoique très courante, n'est donc pas adéquate.

§ 2. Caractère technique de sa mission

61. Le rôle de l'expert est d'éclairer le juge sur un point technique et non de dire le droit.

Le juge ne peut donc déléguer son « pouvoir de juridiction » (son pouvoir de trancher les litiges) en invitant l'expert à se prononcer sur les aspects juridiques du litige. Ce principe est rappelé régulièrement par la jurisprudence.

Exemple

Le juge ne peut pas inviter l'expert à se prononcer sur la responsabilité d'une personne parce que l'existence des éléments constitutifs de la responsabilité civile est une question juridique que seul le juge peut trancher ; en revanche, le juge peut demander à l'expert de donner un avis à ce sujet ; ce peut être particulièrement précieux lorsque l'appréciation de la faute éventuelle suppose la connaissance d'usages techniques ou professionnels que le juge ne connaît pas (le concept de comptable normalement prudent et diligent, par exemple).

¹⁸ Le contrat de mandat est un contrat en vertu duquel une personne est amenée à accomplir des actes juridiques en lieu et place d'une autre. L'élément de représentation est donc central dans le mandat.

Par ailleurs, si le juge ne peut inviter l'expert à se prononcer sur des points de droit, l'expert ne peut pas non plus sortir de son rôle de conseiller technique en donnant, de sa propre initiative, une appréciation sur un point touchant au fond du litige. La difficulté se pose parfois avec des experts expérimentés, qui ont certaines connaissances juridiques. Ils peuvent être tentés de prendre position sur des questions qui relèvent en réalité de l'intervention du juge.

§ 3. Caractère personnel de la mission

62. L'expert doit exécuter sa mission personnellement et ne peut la déléguer à un tiers. Il n'empêche qu'il peut parfaitement se faire assister par des collaborateurs, dont il doit vérifier et assumer le travail. Il peut également faire appel à un secrétaire technique.

Dans l'exercice de sa mission, l'expert peut être amené à se prononcer sur certains problèmes techniques très complexes, qui excèdent sa compétence. Ainsi, un comptable peut rencontrer des questions qui relèvent davantage des compétences d'un ingénieur, d'un expert immobilier... Le droit pour un expert de recourir à des spécialistes dans l'accomplissement de sa mission est un principe unanimement affirmé. Ces spécialistes sont appelés « sapiteurs ». Il n'y a donc pas lieu de pourvoir au remplacement de l'expert pour la raison qu'il a exercé ce droit. L'intervention d'un sapiteur peut éventuellement être autorisée dans le jugement qui désigne l'expert (article 972, § 2) ou lors de la réunion d'installation (voy. ci-après).

Le recours à un sapiteur peut parfois poser des difficultés pratiques. La consultation du sapiteur doit être la plus limitée possible, à peine d'aboutir à une délégation générale de la mission de l'expert. Il arrive que l'apport intellectuel essentiel soit le fait du sapiteur et non de l'expert. On peut alors s'interroger sur l'utilité du travail de l'expert et la valeur de son rapport. En outre, le choix du sapiteur est parfois délicat. Il importe que l'expert, lorsqu'il estime devoir recourir aux lumières d'un tiers spécialisé, s'adresse à une personne totalement étrangère aux faits de la cause et qui ne puisse en conséquence avoir, fût-ce de manière indirecte, quelque intérêt que ce soit à la solution qui sera apportée au litige.

Il est important que les documents établis par le sapiteur soient joints au rapport d'expertise. Ils peuvent être décisifs et les parties doivent pouvoir les discuter (principe du contradictoire).

§ 4. Pouvoirs d'investigation de l'expert

63. L'expert ne peut entendre des témoins sous serment, conformément à la procédure d'enquête prévue aux articles 915 et suivants du Code judiciaire.

Seul le juge peut le faire. Toutefois, l'expert peut entendre des témoins de manière informelle, à titre de renseignement. Ceux-ci ne doivent alors pas prêter serment. Ces témoins sont parfois appelés « sachants ».

Les parties doivent collaborer à la mission de l'expert (article 972). Mais celui-ci n'est pas investi de l'exercice de la puissance publique. Il ne peut donc exercer aucune contrainte, ni à l'égard des parties, ni à l'égard de tiers. En cas de difficulté, il peut demander l'assistance du juge, qui pourra, le cas échéant, adopter des mesures de contrainte à l'égard d'une partie ou d'un tiers. Le magistrat pourra décider d'entendre des témoins sous serment ou ordonner une production de documents.

Exemple

Si une partie refuse de communiquer des documents à l'expert, le juge pourra ordonner la production de documents sous astreinte, c'est-à-dire sous peine de paiement d'une somme d'argent dont le montant est suffisamment dissuasif pour inciter la partie à s'exécuter.

L'expert est également tenu de respecter les règles relatives à la protection de la vie privée et l'inviolabilité du domicile.

Si une partie refuse de produire des documents au motif qu'ils sont couverts par le secret professionnel ou le secret des affaires, l'expert doit en référer au juge.

Chapitre III

Caractère subsidiaire de l'expertise

Section 1

Principe

64. L'expertise est toujours une mesure facultative et ne constitue, en règle, jamais une obligation pour le juge (mis à part quelques hypothèses où la loi impose le recours à l'expertise).

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. La solution était déjà admise par la jurisprudence avant 2007, même si les décisions à ce sujet étaient peu nombreuses. Toutefois, le principe de la subsidiarité de l'expertise est désormais coulé dans la loi, depuis la réforme 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, 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. Le juge devra donc 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.

65. Pourquoi cette sévérité ?

L'expertise a un impact très négatif sur le déroulement de la procédure :

- vu le coût d'une expertise (souvent plusieurs milliers d'euros), la charge financière de la procédure pour le justiciable est fortement alourdie ;
- les expertises durent longtemps (souvent plus d'un an, voire plusieurs années) et allongent considérablement la durée de la procédure ;
- le plus grave est que l'expertise 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.

L'application de ce principe doit donc amener à refuser l'expertise dans différents cas de figure.

Section 2

Refus de l'expertise

§ 1. Absence de commencement de preuve apporté par le demandeur

66. La désignation d'un expert suppose qu'il y ait un début de preuve des faits avancés par le demandeur. En revanche, la demande d'expertise ne doit pas s'appuyer sur des droits évidents, à peine de lui ôter toute utilité. Son but est de préciser les éléments incertains du dossier du demandeur. Cette exigence tombe si toutes les parties sont d'accord sur la désignation d'un expert.

§ 2. Absence de pertinence des points susceptibles d'être établis par expert

67. L'expertise est inutile lorsque les éléments qu'elle est susceptible d'établir ne permettront de toute façon pas au juge de trancher. Inversement, l'expertise est également inutile si le juge dispose déjà des éléments suffisants pour statuer. Il est aussi inutile de désigner un expert lorsque la partie qui le demande ne supporte pas la charge de la preuve. Il est enfin inutile de désigner un expert lorsque des motifs juridiques empêchent en tout état de cause le juge de donner raison au demandeur : prescription de l'action du demandeur, accord antérieur

entre parties (transaction), rupture antérieure de la convention (lorsque l'expertise doit permettre de déterminer l'opportunité de rompre judiciairement un contrat)...

§ 3. Disparition des éléments de preuve due à l'écoulement du temps.

68. L'écoulement du temps peut aussi être retenu par le juge pour refuser une expertise, lorsque les éléments sur lesquels l'expert pourrait se fonder ont disparu. L'appréciation de cette question est matière de cas d'espèce. Dans certains cas, le simple fait d'avoir attendu quelques jours suffit à empêcher tout constat. Dans d'autres, l'expertise est toujours envisageable des années après les faits.

§ 4. Coût disproportionné de l'expertise.

69. Il est inopportun de désigner un expert lorsque le coût d'une telle mesure d'instruction est hors de proportion avec l'enjeu du litige. Le juge doit alors rechercher si une mesure d'instruction moins coûteuse ne permettrait pas d'apporter des éléments utiles à la solution du litige.

Section 3

Alternatives à l'expertise

§ 1. Description des alternatives possibles

70. 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 ;
- 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 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 ; cette forme d'expertise sera examinée plus en détail au paragraphe suivant ;

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

§ 2. L'expertise simplifiée

71. L'expertise simplifiée existait déjà avant la réforme de 2007, mais uniquement dans les causes jugées en degré d'appel (article 989 ancien). 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 opère un constat sur le plan technique, puis fait rapport à l'audience. Le constat se fait dans un lieu précis lorsque l'expert doit constater l'état d'une chose ou un immeuble. Autrement, l'expert peut rencontrer les parties dans le lieu qui lui paraît le plus adéquat (son bureau, par exemple). Lorsqu'un constat n'est pas nécessaire, la prestation de l'expert peut se réduire à une simple audition par le tribunal (par exemple, lorsque le tribunal souhaite des éclaircissements techniques sur certains éléments du dossier). Par rapport à la vue des lieux, le travail de l'expert est plus important : il doit examiner le dossier, se rendre sur les lieux, synthétiser ses constats, puis comparaître devant le tribunal. Les frais sont donc plus élevés (généralement, entre 500 et 900 € environ), mais restent largement inférieurs au coût d'une expertise classique.

La rapidité du procédé dépend essentiellement de l'encombrement du rôle¹⁹ du tribunal. Si celui-ci n'est pas en mesure d'entendre l'expert à bref délai, le bénéfice de la mesure est en partie perdu. La loi prévoit que l'expert peut s'aider de documents. Une manière de raccourcir le temps de l'audition est d'inviter 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...). L'article 986, tel que modifié en 2009, stipule que ces documents

¹⁹ Le rôle est la liste des affaires attribuées à un tribunal. Le fait que le rôle soit encombré signifie qu'il y a beaucoup d'affaires introduites devant ce tribunal, ce qui retardera la date à laquelle elles pourront être évoquées à l'audience.

sont déposés au greffe après l'intervention de l'expert et que les parties ou leurs conseils peuvent en prendre connaissance²⁰. Il est dommage que la loi n'envisage pas le dépôt et la communication avant l'audition de l'expert, ce qui garantirait mieux le principe du contradictoire. En effet, les parties pourraient prendre connaissance des documents à tête reposée et interpellier l'expert à ce sujet à l'audience. Le fait que la loi ne le prévoit pas n'empêche toutefois pas le juge de le suggérer dans la mission impartie à l'expert. Par ailleurs, l'article 986 indique que les parties pourront prendre connaissance des documents au greffe, ce qui indique implicitement que ces documents ne sont pas notifiés en même temps que le procès-verbal d'audition de l'expert.

72. 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 en présence d'une seule des parties. Donc, même si la loi reste silencieuse à ce sujet, il faut que l'expert convoque toutes les parties lors de son constat. En outre, s'il établit une note de synthèse, il serait utile qu'il la communique aux parties quelques jours 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.

73. Certains tribunaux demandent à l'expert de déposer une courte note au greffe, sans audition de l'expert à l'audience. Il s'agit d'une dérogation non prévue à l'article 986. Elle est évidemment de nature à accélérer et simplifier encore la procédure, puisqu'il n'y a plus lieu de réserver un temps à l'audience pour l'audition de l'expert.

Ce type de mesure est-elle régulière? Non, si on fait une lecture littérale de l'article 986. Certaines décisions considèrent toutefois que le tribunal peut inventer de nouvelles formes de mesures d'instruction, pour autant qu'elles respectent le principe du contradictoire. Cette jurisprudence reste pour l'instant assez isolée, mais elle pourrait servir de fondement à de telles pratiques. Il conviendra toutefois de limiter cette procédure à des cas simples, parce qu'elle court-circuite toutes les garanties offertes par le Code judiciaire en matière d'expertise. En particulier, à défaut d'avis provisoire, les parties n'ont pas l'occasion de réagir à l'avis de l'expert avant qu'il ne soit déposé. Cette entorse au principe général peut être justifiée pour des constats limités, peu susceptibles

²⁰ Le législateur a prévu une solution différente à l'article 985, qui envisage l'hypothèse de l'audition de l'expert après dépôt de son rapport. Dans ce cas, la loi prévoit la possibilité de transmettre ces documents aux parties et de les déposer au tribunal *avant* son audition. Il est dommage que cette solution n'ait pas été transposée à l'article 986.

de discussion sur le plan technique. En tout état de cause, le tribunal dispose toujours de la possibilité d'entendre l'expert en cas de problème.

74. 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. Cette nouveauté de la loi de 2007 a considérablement simplifié la tâche du magistrat. Antérieurement, il n'existait pas de règle particulière pour la détermination de la charge des honoraires de l'expert pour les mesures d'instruction simplifiées. La transposition des règles usuelles de l'expertise n'était pas sans causer certaines difficultés pratiques. Celles-ci sont aplanies depuis la réforme du 15 mai 2007.

Faut-il consigner une provision pour une expertise simplifiée? La question est pertinente, parce que les frais engagés par l'expert seront plus importants que pour une simple vue des lieux (deux vacations, convocation des parties, établissement d'une note...). Le risque couru par l'expert en cas de non-paiement est donc plus important. La pratique varie suivant les juridictions. Certaines prévoient le recours au mécanisme de la provision et d'autres non. À défaut d'indication dans la loi, les juges ont toute liberté pour choisir la solution qui leur paraît la plus adéquate.

Chapitre IV

La désignation de l'expert et la mise en route de l'expertise

Section 1

La désignation de l'expert

§ 1. Mode de désignation

75. En application de l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, la désignation d'un expert peut être demandée par requête unilatérale au président du tribunal de première instance, de commerce ou du travail, en cas d'extrême urgence et d'absolue nécessité. La mission de l'expert désigné par le président n'est pas liée aux simples constatations matérielles (voy. cependant la controverse évoquée au point suivant). En revanche, cette procédure ne pourra être utilisée que lorsque la cause ne souffre pas le moindre retard. L'urgence invoquée doit être exceptionnelle et d'un degré tel qu'une procédure ordinaire en référé serait inopérante.

76. Une demande d'expertise est urgente et peut en conséquence être introduite devant le juge des référés (président du tribunal), lorsque l'absence de mesures et constatations immédiates serait de nature à causer un préjudice au demandeur. L'urgence est diversement appréciée par les juges, selon les cas d'espèce. L'inertie du demandeur doit amener le rejet de sa demande. Par contre, l'écoulement du temps n'est pas nécessairement un motif de refus lorsque l'expertise apparaît le moyen le plus expédient pour faire avancer la procédure, compte tenu notamment de la tentative de conciliation reprise dans la mission de l'expert. D'autant que le retard du demandeur peut s'expliquer par la volonté de trouver une solution amiable avant d'entamer la procédure.

La désignation d'un expert en référé est devenue plus difficile depuis la modification de l'article 19, alinéa 2, par la loi du 26 avril 2007 concernant la lutte contre l'arriéré judiciaire. En effet, la nouvelle version de l'article 19 permet aux parties de demander des mesures provisoires au juge du fond, notamment des mesures d'instruction, à tout stade de la procédure. Il devient donc 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 moment dans le déroulement du procès. La pratique qui a suivi l'entrée en vigueur de la loi du 26 avril 2007 a démontré qu'un certain nombre de juges des référés appliquaient ce raisonnement de manière stricte. 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.

Les pouvoirs du magistrat de référé sont l'objet de controverse. Selon le courant le plus restrictif, il ne peut déjà annoncer le fond du droit ou donner une orientation précise au litige. Le juge des référés doit limiter sa mission aux constatations que l'écoulement du temps ou les initiatives des parties ne permettraient plus. Selon l'opinion majoritaire, qui doit être approuvée, 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 l'article 584 du Code judiciaire), matières qui relèveront ultérieurement de l'examen du juge du fond. L'expert n'a toutefois pas de prise sur ces questions : il doit exécuter sa mission – restreinte ou étendue – telle qu'elle est libellée par le juge.

77. 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 (article 19, alinéa 2). En outre, le juge du fond peut aussi régler la situation des parties, en fonction de l'évolution de l'expertise. Par exemple, si la responsabilité d'une partie apparaît évidente avant même la fin de l'expertise, il est possible, en application de l'article 19, alinéa 2, de faire refixer l'affaire au fond pour demander une avance sur la condamnation future.

§ 2. Appel de la décision désignant l'expert

78. 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 » (article 617). En effet, certaines affaires portant sur des demandes d'un montant limité (1.240 € devant les juges de paix et de police ; 1.860 € devant les tribunaux de première instance et commerce) ne sont pas susceptibles d'appel. Dès lors, la décision désignant l'expert ne sera pas susceptible d'appel si le jugement définitif au fond ne l'est pas non plus (article 621).

Lorsque la juridiction d'appel confirme un jugement ordonnant une mesure d'instruction, elle doit renvoyer la cause au premier juge (article 1068, alinéa 2). Il s'agit d'une règle d'ordre public : les parties ne peuvent pas demander au juge d'appel d'y déroger. Ce principe constitue une exception au principe selon lequel le juge d'appel est normalement saisi de l'intégralité du litige, même des questions qui n'ont pas encore été tranchées par le juge de première instance. Le renvoi de la cause aux juges d'instance est obligatoire, même si la confirmation de la mesure d'instruction est seulement partielle.

§ 3. Effets de la décision désignant l'expert

79. En vertu de l'article 1496 du Code judiciaire, la décision ordonnant une expertise est d'office « exécutoire par provision ». Cela signifie que ses effets ne sont pas suspendus par l'introduction d'un recours. Il en résulte que l'expertise peut être mise en mouvement immédiatement, même en cas d'appel ou d'opposition. 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 et la partie qui aura pris en charge les frais et honoraires de l'expert ne pourra en obtenir remboursement, si elle perd dans le cadre du recours.

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. Il n'en va autrement que lorsque le rapport d'expertise est déposé : la mission du juge du premier degré s'éteint à ce moment.

Concrètement, que doit faire l'expert lorsque le jugement qui le désigne est frappé d'appel ? Il doit demander des instructions aux parties. Suivant les cas, la partie qui a demandé l'expertise souhaitera la poursuivre ou, au contraire, préférera attendre l'issue de la procédure d'appel. En tout cas, l'expert ne peut pas poursuivre ses travaux de sa propre initiative : on pourrait le lui reprocher.

§ 4. Qui peut-on désigner ?

80. Comme indiqué ci-dessus, le juge peut pratiquement désigner n'importe qui, avec les réserves évoquées pour certaines professions (voy. ci-dessus, chapitre 2).

En l'absence de listes officielles, il existe des listes officieuses dans les tribunaux, reprenant les experts habituellement désignés par la juridiction. La composition de ces listes est peu transparente et l'information circule mal d'un tribunal à l'autre.

L'ancien article 964 indiquait que le juge était tenu d'entériner l'accord des parties concernant la personne de l'expert. Cette disposition n'existe plus dans le texte actuel, introduit en 2007. Depuis 2009, il est toutefois expressément indiqué à l'article 962 que le juge peut, mais ne doit pas, suivre le choix des parties. Il peut y déroger, mais par une décision motivée (rôle actif du juge, érosion du principe dispositif).

81. En vertu du principe d'économie de procédure et de subsidiarité de l'expertise, la règle est la désignation d'un seul expert. Le tribunal peut toutefois désigner plusieurs experts si cela s'avère nécessaire, 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 980 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. 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. 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.

La loi ne prescrit pas de nombre particulier : rien n'empêche de désigner un nombre pair d'experts ou d'en nommer plus de trois. La règle est cependant de désigner trois experts. Lorsqu'ils sont de disciplines différentes, on pourrait envisager une autre solution : un comptable et un ingénieur, par exemple.

§ 5. Contenu de la décision

82. Selon l'article 972, la décision qui ordonne l'expertise comporte au moins :

- l'indication des circonstances qui rendent nécessaires l'expertise et la désignation éventuelle de plusieurs experts ;
- l'indication de l'identité de l'expert ou des experts désignés ;
- une description précise de la mission de l'expert.

Lorsqu'aucune réunion d'installation (voy. ci-après, section 3) n'est organisée, la décision doit reprendre en plus :

- la nécessité pour l'expert de faire appel ou non à des conseillers techniques ;
- l'estimation du coût global de l'expertise²¹ ou, à tout le moins, le mode de calcul des frais et honoraires de l'expert et des éventuels conseillers techniques ;
- le montant de la provision qui doit être consignée, la ou les parties tenues d'y procéder et le délai dans lequel la consignation doit avoir lieu ;
- la partie raisonnable de la provision pouvant être libérée au profit de l'expert, la ou les parties tenues d'y procéder et le délai dans lequel la libération de la provision doit avoir lieu²² ;
- le délai pour le dépôt du rapport final.

La loi prévoit que le juge peut contacter l'expert préalablement à sa décision si c'est nécessaire pour déterminer les points qui doivent être repris dans le jugement (dernier alinéa de l'article 972). C'est le cas notamment du barème des honoraires de l'expert, de la nécessité de recourir à un sapiteur, de la fixation de la provision... Par définition, il s'agit d'un contact non contradictoire : l'affaire est en délibéré et le jugement n'a pas encore été prononcé. Cette disposition amène donc le juge à prendre des décisions sur des points sur lesquels les parties n'ont aucun pouvoir d'intervention.

Pour les décisions relatives à la provision et aux honoraires, voy. ci-après les aspects financiers de l'expertise (chapitre VI).

²¹ Ce qui est pratiquement impossible au stade de la désignation de l'expert. Ce n'est généralement que lorsque l'expertise est bien avancée que l'expert (et pas le juge) peut se faire une idée du budget global.

²² S'il est tout à fait utile de prévoir qu'une partie de la provision pourra être libérée immédiatement, le fait de prévoir les parties qui devront procéder à la libération n'a pas beaucoup de sens (voy. ci-après, chapitre VII, « Provision et honoraires »).

Section 2

La mise en route de l'expertise

83. 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 désormais automatiquement, alors qu'avant 2007, le greffe ne notifiait le jugement à l'expert qu'à la demande de la partie la plus diligente. La loi de 2007 n'avait prévu aucune exception. Cela pouvait poser un problème chaque fois qu'il existait des raisons objectives pour ne pas mettre l'expertise en mouvement immédiatement, par exemple lorsque les parties voulaient se laisser une dernière occasion de trouver une issue amiable au litige. La pratique avait essayé de trouver des expédients, mais aucun ne donnait véritablement satisfaction sur le plan juridique. Depuis 2009, il est prévu que les parties peuvent demander au juge de suspendre la notification. Le texte précise que *toutes* les parties doivent le demander (accord procédural). Dans ce cas, la notification du jugement n'aura lieu que lorsque la partie la plus diligente en aura fait la demande auprès du tribunal.

84. À la réception de la décision, l'expert dispose d'un délai de huit jours pour refuser la mission en motivant sa décision. Il doit en avertir les parties qui ont fait défaut par lettre recommandée et les autres parties ainsi que leurs avocats et le juge pour tout moyen de communication (courrier, fax ou courrier électronique). La loi de 2007 n'avait rien prévu dans l'hypothèse d'un refus de mission et les parties n'avaient d'autre ressource que de demander qu'on fixe une nouvelle audience pour faire désigner un autre expert. L'opération pouvait prendre plusieurs semaines, voire plusieurs mois. La loi de 2009 a ajouté une procédure permettant d'accélérer le remplacement de l'expert. Les parties doivent communiquer au juge leurs observations dans les huit jours suivant le refus de l'expert. Ensuite, le juge désigne directement un nouvel expert.

Si aucune réunion d'installation n'a été prévue dans le jugement (voy. ci-après, section 3), l'expert doit communiquer la date du début de ses travaux. Cette communication doit avoir lieu dans les quinze jours de la notification du jugement ou, si une provision a été prévue (ce qui est le cas dans la quasi-totalité des expertises), quinze jours après l'avertissement de la consignation de la provision. L'expert peut donc retarder le début de sa mission jusqu'à la consignation de la provision²³.

²³ Avant 2007, il était unanimement admis que l'expert devait tenir au moins une réunion et ne pouvait arrêter ses travaux, en cas de non-paiement de la provision, qu'après cette réunion.

Aucune sanction n'est prévue au cas où l'expert tarderait à réagir, mais il peut engager sa responsabilité si ce retard est dû à sa négligence et qu'il occasionne un préjudice pour l'une des parties.

Section 3

La réunion d'installation

§ 1. Mécanisme

85. On appelle traditionnellement «réunion d'installation» la première réunion d'expertise. Avant la loi du 15 mai 2007, elle n'était pas spécialement organisée par le Code judiciaire. Il était simplement précisé, à l'article 965 (ancien), que l'expert devait convoquer les parties dans les huit jours de la notification de la mission par le greffe.

Dans le régime mis en place en 2007, le démarrage de l'expertise peut s'effectuer en deux phases. Une première décision désigne l'expert et fixe sa mission. Puis, une seconde décision, prise au terme d'une réunion tenue en présence des parties et de l'expert, fixe les modalités de l'expertise (provision, délais, agenda...). Cette première réunion est appelée dans la loi «réunion d'installation».

L'article 972, § 2, dispose que la décision qui ordonne l'expertise peut fixer une *réunion d'installation*. La date de cette réunion doit être fixée en concertation avec l'expert et doit avoir lieu au moins huit jours après le jugement, parce que les parties doivent disposer de ce délai pour communiquer leur dossier à l'expert (article 972bis).

La réunion d'installation a lieu en chambre du conseil (donc au tribunal, sans que le public soit admis) ou en tout lieu désigné par le juge. Elle peut avoir lieu dans les bureaux de l'expert ou au lieu où doivent se tenir les premiers devoirs de l'expertise. Elle a lieu devant le juge qui a ordonné l'expertise ou qui est chargé du contrôle de celle-ci.

La présence de l'expert à cette réunion est requise, sauf si le juge estime qu'elle n'est pas nécessaire et qu'un contact téléphonique (ou par tout autre moyen de communication) est suffisant. En cas d'absence injustifiée de l'expert, il est immédiatement remplacé²⁴.

²⁴ Il y a une certaine contradiction à ce sujet entre l'article 972 et l'article 979 auquel il renvoie. L'article 972 précise que le juge statue immédiatement sur le remplacement, conformément à l'article 979. Or l'article 979 prévoit un système de convocation des parties et de l'expert. Si on suit la procédure de l'article 979, il est impossible de statuer immédiatement sur le remplacement et une nouvelle audience devrait être organisée. Une interprétation constructive de l'article 972 suggère donc de retenir que le remplacement doit être effectué selon les modalités indiquées à l'article 979, mais sans tenir compte des règles de convocation spécifiées à cet article.

La décision prise à l'issue de la réunion d'installation précise :

- l'adaptation éventuelle de la mission, pour autant que les parties soient d'accord ; à défaut d'accord, il faut faire revenir l'affaire devant le ou les juges qui ont désigné l'expert et non devant le juge chargé du contrôle de l'expertise ;
- les lieu, jour et heure des travaux ultérieurs de l'expert ; en réalité, cette mesure est difficilement praticable en réunion d'installation ;
- la nécessité pour l'expert de faire appel ou non à des conseillers techniques ;
- l'estimation du coût global de l'expertise, ce qui est généralement une vue de l'esprit, ou, à tout le moins, le mode de calcul des frais et honoraires de l'expert et des éventuels conseillers techniques ;
- le montant de la provision, l'indication des parties qui devront y procéder et le délai pour cette consignation ;
- la partie raisonnable de la provision pouvant être libérée au profit de l'expert, la ou les parties tenues d'y procéder et le délai de libération²⁵ ;
- le délai dans lequel les parties pourront faire valoir leurs observations à l'égard de l'avis provisoire de l'expert ; ce point peut toutefois être précisé par l'expert lors de l'envoi de son avis provisoire ; il est d'ailleurs plus opportun de fixer ce délai à ce moment, en fonction du contenu de l'avis, plutôt que de manière abstraite lors de la réunion d'installation ;
- le délai pour le dépôt du rapport final.

§ 2. Critique du système

86. Ce démarrage en deux temps est le fruit d'une suggestion du Conseil supérieur de la justice, dans l'avis qu'il a rendu au sujet des propositions de loi déposées à la Chambre pour modifier les règles de l'expertise judiciaire. Mais dans la proposition du C.S.J., la réunion d'installation devait se tenir après que l'expert se fut rendu sur les lieux. Or, dans le mécanisme mis en place par le législateur, la réunion d'installation est organisée avant même que l'expert ne débute ses travaux. Il ne connaît donc pas les exigences du cas d'espèce. On peut dès lors sérieusement s'interroger sur l'utilité de la réunion d'installation, telle que l'envisage la loi. Comment l'expert pourra-t-il, sans avoir vu les lieux,

- suggérer une adaptation de sa mission ?
- indiquer s'il aura besoin de conseillers techniques ?
- estimer le montant de ses honoraires ?
- déterminer le délai nécessaire pour l'exécution de ses travaux ?

²⁵ S'il est tout à fait utile de prévoir qu'une partie de la provision pourra être libérée immédiatement, le fait de prévoir les parties qui devront procéder à la libération n'a pas de sens (voy. ci-après, chapitre VII, « Provision et honoraires »).

Ce problème se pose moins en matière d'expertise comptable, puisque, par définition, l'expert n'a pas à examiner un bâtiment, une machine ou un objet. Il n'en reste pas moins qu'il pourra difficilement préciser les points qui doivent être fixés durant la réunion d'installation sans avoir eu un premier contact avec les parties pour déterminer l'objet de sa mission. De ce fait, les décisions qui sont prises à l'issue de la réunion d'installation sont stéréotypées et sans véritable adaptation aux nécessités concrètes de l'expertise en cours.

Ces difficultés ont eu pour résultat que, dès l'entrée en vigueur de la loi de 2007, dans la majorité des cas, les parties renonçaient à la réunion d'installation, à la demande du juge. Dans la loi de 2007, cette renonciation supposait toutefois l'accord de toutes les parties. Cette disposition posait de nombreux problèmes pratiques : que faire lorsqu'une partie fait défaut, lorsque l'expertise est ordonnée d'office par le juge... ? La jurisprudence a fait preuve de beaucoup d'inventivité pour rencontrer cette difficulté, avec des bonheurs divers.

La loi de 2009, et c'est là un de ses apports les plus importants, a rendu la réunion d'installation presque totalement facultative. En effet, elle ne doit plus être organisée que si le juge l'estime nécessaire ou si toutes les parties qui ont comparu en font la demande. La réunion d'installation n'est dès lors plus organisée que lorsque l'expertise présente des spécificités qui justifient une planification de son déroulement.

Section 4

Communication du dossier à l'expert et collaboration des parties à l'expertise

§ 1. Communication du dossier

87. Les parties ont l'obligation de communiquer leur dossier inventorié huit jours avant la réunion d'installation (si elle a lieu) ou, à tout le moins, huit jours avant le début des travaux de l'expert (article 972bis, § 1^{er}, alinéa 2). Les experts se plaignent en effet de la lenteur avec laquelle certaines parties communiquent leur dossier de pièces, ce qui retarde le démarrage de l'expertise. Sur ce point spécifique, la procédure de production de documents (articles 877 et suivants du Code judiciaire), éventuellement assortie d'une astreinte²⁶, permet de secouer les parties négligentes. La loi précise que le dossier doit rassembler les documents *pertinents*. Il arrive en effet que les avocats transmettent à l'expert

²⁶ L'astreinte est une condamnation à une somme d'argent prononcée à charge d'une partie au cas où elle s'abstiendrait de faire quelque chose ou contreviendrait à l'interdiction de faire quelque chose. Si l'intéressé n'obtempère pas, la somme d'argent déterminée à titre d'astreinte est alors due.

l'intégralité de leur dossier, alors que celui-ci contient en général des documents qui sont étrangers au problème purement technique. Cette disposition invite donc les parties à faire le tri dans leur dossier, à l'inventorier et à ne remettre à l'expert que ce qui sera utile à l'expertise.

§ 2. Collaboration des parties à l'expertise

88. L'article 972*bis* nouveau dispose que les parties sont tenues de collaborer à l'expertise. Le principe pouvait déjà être admis de manière implicite avant 2007. C'est tout d'abord une manifestation du principe de loyauté procédurale, qui est actuellement reconnu comme un principe directeur du procès civil, à tout le moins par la doctrine. Ce principe condamne toute tentative d'obstruction de la procédure et vaut également pour l'expertise. Cela relève également du principe de la collaboration des parties à l'administration de la preuve.

L'obligation de collaboration à l'expertise ne s'arrête donc pas à la communication du dossier. Elle concerne également : le paiement de la provision, la réaction aux propositions de conciliation formulées par l'expert, la transmission de remarques relatives à l'avis provisoire de l'expert et, de manière générale, toutes les phases de l'expertise durant lesquelles l'expert ou le juge attendent une prise de position ou une transmission de documents de la part des parties ou de l'une d'elles.

§ 3. Sanction

89. La sanction à ce devoir de collaboration n'est pas précisée : le juge en tire toutes les conséquences qu'il jugera appropriées (article 972*bis*, alinéa 1^{er}). C'est cohérent avec les règles générales qui gouvernent l'administration de la preuve : le juge n'est jamais tenu d'appliquer une sanction automatique en cas d'obstruction d'une des parties. Il en tire les conséquences qui s'imposent : soit il infligera une sanction propre au cas d'espèce (dommages-intérêts, astreinte, amende civile (article 780*bis*)...) soit il en déduira des conclusions pour l'appréciation du fond du litige (la partie récalcitrante pourrait ainsi perdre le procès).

Section 5

Délai de l'expertise

90. Avant la réforme de 2007, la durée de l'expertise était fixée dans le jugement désignant l'expert. Ce délai pouvait être augmenté par le juge, après demande formulée par l'expert. Si le juge refusait la prolongation du délai, la décharge de l'expert était automatique.

Dans le régime mis en place en 2007, le délai d'exécution de l'expertise doit, en principe, être fixé lors de la réunion d'installation, dans les cas où elle est organisée (article 972, § 2). À défaut, il doit être obligatoirement mentionné dans le jugement désignant l'expert (article 972, § 2). L'article 974, § 2, indique que *seul le juge* peut prolonger le délai pour le dépôt du rapport final. La pratique, fréquente, selon laquelle les parties dispensaient l'expert de respecter le délai, n'est donc plus légale. L'expert qui souhaite une prolongation du délai doit en faire la demande au tribunal, en motivant sa demande. Le juge statue par décision motivée.

En cas de dépassement du délai et à défaut de demande de prolongation formulée en temps utile, le juge ordonne d'office la convocation de l'expert (article 974, § 3). Si l'expert sollicite une prolongation de sa mission, *avant* que le délai ne soit échu, la procédure est reprise à l'article 974, § 2. La demande de prolongation doit être notifiée aux parties par le tribunal. Les parties ont huit jours pour réagir. Le cas échéant, s'il l'estime opportun, le juge peut convoquer les parties et l'expert pour leur permettre de s'expliquer oralement. Autrement, la procédure est purement écrite, sans audience. Si la demande de prolongation est formulée avant l'expiration du délai, cette comparution n'est donc pas obligatoire. Si aucune audience n'a été fixée, le juge statue par ordonnance rendue sur la base de la demande formulée par l'expert et des éventuelles observations écrites des parties.

Donc, si l'expert demande la prolongation de la mission après expiration du délai ou laisse passer le délai sans formuler de demande, le tribunal doit convoquer l'expert et les parties pour discuter de la prolongation.

Si l'expert demande la prolongation de la mission avant expiration du délai, la prolongation est décidée ou non au terme de la procédure simplifiée exposée à l'alinéa précédent.

Cette différence de traitement suivant que la demande soit formulée avant ou après l'échéance du délai d'exécution de la mission est évidemment un incitant, pour les experts, à demander la prolongation sans attendre l'échéance.

Chapitre V

Déroulement de l'expertise

Section 1

Les réunions d'expertise

91. La fixation des réunions d'expertise est laissée à l'initiative de l'expert. Dans le nouveau texte, la convocation se fait par lettre recommandée aux parties et pli simple aux avocats et au juge (article 972, § 1^{er}), sauf dispense des

parties, en toute circonstance (article 972bis, § 2), ou du juge, en cas d'urgence (article 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 (article 972bis, § 2). Conformément à la pratique antérieure de certains experts, la loi impose désormais à tous les experts 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.

Section 2

Les rapports intermédiaires semestriels

92. Avant 2007, certains tribunaux convoquaient l'expert régulièrement en chambre du conseil (donc à des audiences à huis clos) pour l'entendre sur l'état d'avancement de ses travaux. Cette mesure est lourde et pas toujours bien respectée dans la pratique : il peut arriver que l'expert soit absent lors de cette audience, ce qui complique la tâche de contrôle du juge.

Le législateur a adopté une mesure moins contraignante. 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.

Section 3

La conciliation

93. Déjà avant la réforme de 2007, la loi précisait que l'expert devait tenter de concilier les parties. Ce point de sa mission était imposé par la loi, même si le jugement désignant l'expert ne le précisait pas. La tentative obligatoire de conciliation reste maintenue dans la loi de 2007. Si la conciliation aboutit, l'accord des parties doit être constaté par écrit (article 977, § 1^{er}). Le texte de 2007 était ambigu et pouvait donner à penser que c'est l'expert qui rédige l'accord. Le texte de 2009 est plus vague et c'est une bonne chose : si elles en sont capables, il vaut mieux laisser aux parties (et à leurs avocats) la responsabilité de rédiger les termes de l'accord. L'expert qui commettrait une erreur en formalisant l'accord des parties pourrait engager sa responsabilité. Les parties peuvent aussi faire entériner l'accord par le juge (article 1043). L'expert adresse au juge un constat de conciliation, accompagné de son état de frais et

honoraires (article 977, § 2). Il fait de même à l'égard des parties et de leurs conseils (avocats). Les pièces originales des parties doivent leur être restituées (avant 2009, elles devaient être déposées au tribunal).

Le rôle de l'expert durant la conciliation peut être actif : il peut – et c'est fréquent – faire des propositions aux parties et ne doit pas attendre leurs initiatives. Par ailleurs, le fait pour l'expert de donner son avis sur les éléments techniques du dossier est de nature à faciliter l'émergence d'un accord : les parties pourront négocier sur des bases plus concrètes si elles savent dans quel sens l'expertise tournera si elle est menée à terme. Toutefois, la conciliation ne doit pas nécessairement intervenir alors que l'expert a déjà terminé ses investigations et a une idée claire des éléments techniques du dossier. Rien n'empêche de concilier les parties dès la première réunion, alors que l'expert n'a encore qu'une vue partielle de la situation. Il peut aussi tenir compte d'éléments autres que techniques dans les propositions.

Mais l'expert doit rester prudent. Il ne peut en aucun cas faire pression sur une partie pour l'amener à accepter un accord. Il doit également conserver son impartialité. Il ne pourrait donc pas donner à une partie l'impression que, si elle n'accepte pas la proposition, elle sera sanctionnée par un rapport défavorable.

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. 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.

Section 4

Assistance de tiers

94. Sur l'intervention de sapiteurs, voy. ci-dessus, n° 62.

Section 5

Audition de témoins par l'expert

95. Voy. ci-dessus, n° 63.

Section 6

Incidents

§ 1. Contrôle du juge

96. L'article 973, dans sa version antérieure à 2007, édictait le principe du contrôle du juge sur les opérations d'expertise. Le magistrat pouvait toujours

participer aux réunions d'expertise si nécessaire. Ce texte était rédigé de manière très générale et fut 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 principe reste énoncé tel quel à l'article 973, alinéa 3, dans sa version de 2007 : les experts exécutent leur mission sous le contrôle du juge. Mais des éléments nouveaux y ont été ajoutés. Tout d'abord, le premier alinéa de l'article 973 nouveau dispose que 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. Le législateur a été sensible au fait que le juge amené à contrôler l'expertise n'est pas nécessairement celui qui l'a ordonnée. Dans les grandes juridictions, le juge qui siège à l'audience d'introduction, qui peut être amené à désigner un expert avant dire droit, ne sera peut-être pas celui qui suivra l'expertise. On peut parfaitement désigner, au sein de la juridiction, un « juge des expertises » qui sera plus spécifiquement chargé de leur contrôle. En principe, ce juge est compétent pour prendre toutes les mesures nécessaires au bon déroulement de l'expertise. Cela peut aller jusqu'au remplacement de l'expert dans les cas les plus graves. Il faut distinguer, d'une part, la possibilité pour les parties et l'expert de saisir le juge des incidents, d'autre part, le contrôle permanent que le juge peut exercer d'initiative sur le déroulement des expertises.

97. L'article 973, § 2, précise que le tribunal peut être saisi par lettre missive adressée par l'une des parties ou par l'expert de tous les incidents qui apparaissent en cours d'expertise. Le principe d'une « saisine permanente » du juge est donc reconnu²⁷ : le tribunal qui a désigné l'expert reste tenu d'assurer le contrôle de l'expertise et de vider les contestations qui se produisent à l'occasion de son exécution. Cette procédure peut être déclenchée par une simple lettre missive adressée au juge. Cette lettre doit évidemment être motivée. Le défaut de motivation entraînera vraisemblablement une demande d'explications du juge. Si la motivation est insuffisante, le magistrat n'y réservera sans doute pas suite. Les parties et l'expert doivent être convoqués dans les cinq jours. L'audience doit avoir lieu dans le mois qui suit la convocation²⁸. Le juge statue dans les huit jours qui suivent l'audience. Ces décisions ne sont en principe pas susceptibles d'appel ou d'opposition, sauf les exceptions reconnues par la loi (article 963). En cas d'urgence, tous ces délais peuvent être raccourcis

²⁷ Logiquement, lorsque le juge prononce une décision, il est « dessaisi » des questions qu'il tranche, c'est-à-dire qu'il ne pourra pas se prononcer une seconde fois à leur sujet. Les mécanismes de « saisine permanente » sont une exception à ce principe : dans certains domaines, le juge peut toujours intervenir, même après jugement, pour régler les incidents relatifs à l'exécution de sa décision.

²⁸ Cette obligation est difficile à respecter dans certains tribunaux particulièrement surchargés.

par le tribunal (article 973, § 1^{er}). La procédure de règlement des incidents est donc à la fois rapide, mais lourde : certains points pourraient avantageusement se régler par un simple échange de correspondances. Le bon sens doit quand même prévaloir dans cette matière : si le problème peut se régler par un simple courrier, il est inutile de déranger l'expert et les parties. Cette procédure de règlement des incidents sert de modèle pour toutes les décisions à prendre au sujet de l'expertise : la procédure de taxation des honoraires et celle de remplacement de l'expert sont calquées sur la procédure de l'article 973.

98. Le contrôle exercé d'office par le tribunal est plus diffus. Le juge devra en particulier veiller au respect des délais. La loi n'en dit pas plus. Il appartiendra 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, devrait permettre un meilleur contrôle par le tribunal sur ce point. Il est clair que la fixation d'un délai trop court pour exécuter la mission obligera le tribunal à convoquer très vite l'expert et les parties pour proroger le délai.

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. 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... Mais ce contrôle ne pourra s'exercer qu'en cas d'incident déclaré par une des parties.

§ 2. Remplacement de l'expert

99. Le remplacement de l'expert n'est pas nécessairement une sanction. Parfois, il s'impose pour des raisons objectives qui empêchent l'expert de poursuivre sa mission (maladie, changement de profession, départ à l'étranger...). Mais l'expert peut aussi être remplacé s'il n'accomplit pas bien son travail. Ce peut être le cas s'il tarde à accomplir sa mission, sort du cadre de celle-ci, ne respecte pas le principe du contradictoire... Selon l'article 976, dans sa version antérieure à 2007, le remplacement était automatique si le juge refusait de proroger le délai accordé à l'expert. Le Code était quasiment muet sur la procédure de remplacement. Il était simplement dit, à l'article 977 ancien, que le remplacement pouvait être demandé par la partie la plus diligente, sur simple requête. En particulier, le texte n'indiquait pas si l'expert devait être convoqué à l'audience à laquelle la demande de remplacement serait examinée.

Désormais, la procédure de remplacement est régie par l'article 979, § 1^{er}. La demande de remplacement peut être adressée au juge par simple missive. La loi distingue le cas où le remplacement est demandé par toutes les parties (accord procédural) ou certaines d'entre elles seulement.

Si toutes les parties sont d'accord pour remplacer l'expert et en formulent la demande de manière motivée, le juge est tenu de remplacer l'expert. Son pouvoir d'injonction s'efface devant l'accord des parties. Dans cette hypothèse, la procédure est simplifiée : le juge statue dans les huit jours, sans convocation des parties. Si les parties se sont mises d'accord sur l'identité de l'expert qui devrait remplacer l'expert précédemment désigné, le juge peut déroger à cet accord par décision motivée.

Si une seule partie (ou plusieurs, mais pas toutes) demande le remplacement, le juge conserve son pouvoir d'appréciation. L'expert et les parties doivent alors être convoqués, conformément à l'article 973, § 2, même si aucune des parties n'en a fait la demande. La procédure est contradictoire à l'égard de l'expert (ce qui n'était pas prévu avant 2007). La convocation est adressée dans les cinq jours par le greffe (par courrier à l'égard des parties comparantes, de leur conseil et de l'expert et par pli judiciaire²⁹ à l'égard des parties défaillantes). La comparution a lieu, en « chambre du conseil »³⁰, dans le mois de la convocation. Le juge statue, par décision motivée, dans les huit jours. Cette décision est notifiée dans les mêmes formes et délais que la convocation (sauf vis-à-vis de l'expert, à qui la notification de la décision doit être faite par pli judiciaire). Si l'expert est confirmé dans sa mission, la décision lui est évidemment notifiée. S'il est remplacé, aussi bien l'expert déchargé que celui nouvellement nommé sont avisés du jugement.

100. En application de l'article 963, § 1^{er}, cette décision est susceptible d'appel par les parties. Mais l'expert peut-il lui-même interjeter appel de cette décision ? Certains auteurs estiment que la possibilité de recours est importante pour le respect des droits de la défense de l'expert, alors que d'autres relèvent que l'expert n'est pas partie à la procédure et considèrent qu'il n'a pas d'intérêt personnel à défendre sa désignation en qualité d'expert judiciaire, puisqu'il n'intervient que comme simple auxiliaire de justice. La seconde opinion paraît plus conforme aux principes et au fait que l'expert n'est effectivement pas partie à la procédure. Mais, si on veut rester cohérent, il faut alors admettre que la motivation de la décision de remplacement de l'expert ne lui est pas opposable, si, dans le cadre d'une procédure ultérieure, les parties souhaitent obtenir la réduction de la rémunération de l'expert ou sa condamnation à payer des

²⁹ Le pli judiciaire est une forme particulière d'envoi recommandé avec accusé de réception.

³⁰ Donc à huis clos.

dommages-intérêts. L'expert doit avoir le champ libre pour assurer sa défense, puisque ses intérêts sont alors directement mis en cause, sans que l'on puisse lui opposer les motifs d'une décision contre laquelle il n'a pu faire valoir de recours.

§ 3. Comparution en cours d'expertise d'une partie défaillante

101. L'expertise, même ordonnée sur requête unilatérale ou par défaut, doit être exécutée de manière contradictoire. L'expert devra donc convoquer la partie défaillante à toutes les réunions. Il peut arriver qu'une partie, qui a fait défaut durant la procédure qui a précédé la désignation de l'expert compare en cours d'expertise. Dans ce cas, l'article 980 dispose que la ou les parties défaillantes peuvent prendre part, sans autre formalité, à n'importe quel stade de l'expertise, soit en étant présentes ou en se faisant représenter, soit en communiquant des observations écrites. Il n'est donc pas nécessaire d'être physiquement présent aux réunions d'expertise : la représentation par un avocat ou un conseil technique pourrait suffire. Bien plus : le simple fait d'adresser des observations à l'expert peut être assimilé à une comparution.

Le texte ajoute que, dans ce cas, la procédure est poursuivie contradictoirement, sans que la partie initialement défaillante puisse former opposition contre les décisions et les actes antérieurs. Cette disposition a donc pour but d'éviter les manœuvres d'une partie qui pourrait faire défaut de manière intentionnelle pour retarder l'expertise ou, plus simplement, de sanctionner les parties négligentes.

§ 4. Intervention forcée durant l'expertise

102. Il se peut qu'en cours d'expertise, il apparaisse opportun de faire intervenir une personne extérieure, qui n'a pas été mise en cause en début de procédure.

Exemple

Une action en responsabilité est dirigée par la société contre certains administrateurs ; en cours de procédure, d'autres administrateurs sont mis en cause, ou encore les commissaires-réviseurs.

C'est le mécanisme de « l'intervention forcée ». La question de savoir si on pouvait demander une intervention forcée alors qu'une expertise était déjà en cours a fait l'objet de controverses importantes avant 2007. L'idée était que l'intervenant forcé était mis devant le fait accompli (il n'avait pas pu faire part de sa position lors de la désignation de l'expert) et n'avait pas participé à toutes les opérations de l'expertise. Ses droits de la défense risquaient donc d'être violés.

Depuis 2007, l'article 981 dispose que l'expertise est inopposable à la partie appelée en intervention forcée *après l'envoi de l'avis provisoire de l'expert*, sauf si cette partie renonce au moyen de l'inopposabilité. On peut à tout le moins déduire de ce texte que la simple désignation d'un expert est insuffisante pour entraîner une violation des droits de la défense de l'intervenant. Le moment pivot, à partir duquel l'intervention forcée n'est plus possible, est fixé par le législateur lors de l'envoi de l'avis provisoire. Si l'intervention a lieu alors que l'avis provisoire a déjà été communiqué, l'intervenant peut considérer que tous les constats exécutés par l'expert ne lui sont pas opposables, mais il peut renoncer à cet argument et accepter l'expertise telle quelle.

Cela signifie-t-il *a contrario* que l'expertise est *toujours* opposable à l'intervenant forcé si l'intervention se produit avant l'envoi de l'avis provisoire de l'expert? Le texte ne le dit pas formellement. En effet, s'il est exact que les droits de la défense de l'intervenant risquent d'être mis à mal si l'intervention est faite après la communication de l'avis provisoire, cela ne veut pas dire pour autant qu'une intervention qui se produit antérieurement est nécessairement sans risque pour l'intervenant. Je crois dès lors que le juge ne pourra pas faire l'économie d'un examen des circonstances concrètes de la cause, qui pourraient révéler une violation des droits de la défense de l'intervenant forcé.

Reste la question de savoir si l'intervenant peut obliger l'expert à recommencer certains de ses devoirs, ce qui paraît admis, même par les tenants de l'opinion la plus souple. L'article 981, alinéa 2, précise à cet égard que le tiers ne pourra exiger que des travaux soient recommencés que s'il justifie d'un intérêt à cet égard. Donc le tiers ne peut demander, par pur principe, la réitération des devoirs accomplis, mais il devra expliquer en quoi cette mesure est importante pour lui.

Chapitre VI Rapport

Section 1

Préliminaires – Avis provisoire de l'expert

103. L'expert travaille en deux temps : il adresse ses préliminaires aux parties, qui peuvent y réagir, puis dépose son rapport définitif. Ce mécanisme est fondamental pour le respect du caractère contradictoire de l'expertise en matière civile.

Le texte antérieur à 2007 avait toutefois donné lieu à des difficultés d'application, de deux ordres : l'expert pouvait-il donner son avis dans les préliminaires? Les parties pouvaient-elles encore réagir après le dépôt du rapport?

§ 1. L'expression de l'avis de l'expert dans les préliminaires

104. L'expert doit-il se borner à reprendre les faits qu'il a constatés ou peut-il déjà donner un avis dans les préliminaires? Cette question est à l'origine d'une controverse importante en doctrine et en jurisprudence. Le courant le plus strict considérait que les préliminaires ne pouvaient contenir qu'un énoncé des constatations de fait opérées par l'expert, à l'exclusion de toute appréciation. Les tenants de cette thèse craignaient que l'expert ne puisse se dédire s'il s'était trop engagé au stade des préliminaires. D'autres auteurs ou décisions se montraient plus larges et admettaient que l'expert puisse, dans certaines conditions, donner un avant-goût de ses conclusions au stade des préliminaires, ce qui peut d'ailleurs aider à la conciliation.

L'article 976 nouveau 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*. La controverse est donc tranchée.

§ 2. Les observations des parties

105. Dans le mécanisme exposé au point précédent, il est capital que les parties puissent réagir à l'avis provisoire. Un rapport qui serait déposé sans que les parties aient pu faire valoir leurs observations porterait atteinte au principe du contradictoire. Cela étant, il est fréquent que les parties, sans avoir réagi à l'avis provisoire, formulent des critiques de la position de l'expert dans la suite de la procédure, en produisant éventuellement un rapport de leur conseil technique. La Cour de cassation considérait, avant 2007, que la circonstance qu'une partie n'a fait part d'aucune observation à l'expert durant l'expertise n'avait pas pour effet de la priver du droit de soumettre à l'appréciation du juge ses griefs concernant le rapport d'expertise.

106. La loi du 15 mai 2007 a rencontré cette difficulté. L'expert doit fixer un délai pour la réponse à son avis provisoire. Ce délai est déterminé, soit lors de la réunion d'installation ou dans le jugement qui désigne l'expert (article 972, § 2), soit, à défaut, lors de l'envoi de l'avis provisoire (article 976). En principe ce délai est d'au moins quinze jours, mais on peut y déroger si les circonstances l'exigent. Le texte n'exige pas que l'expert prenne l'autorisation préalable du juge pour raccourcir le délai : il lui suffit de viser des circonstances particulières dans son avis provisoire.

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. *Il ne tient aucun compte des observations qu'il reçoit tardivement*. Le ton impératif de cette disposition indique que l'expert n'a pas de pouvoir d'appréciation sur ce point.

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 plus 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.

107. Parfois, la réponse aux observations des parties nécessite un complément d'expertise. L'article 976 prévoit cette hypothèse : l'expert qui souhaite procéder à de nouveaux devoirs doit en demander l'autorisation au juge suivant la procédure de règlement des incidents (article 973, § 2). C'est donc une procédure assez lourde en définitive : s'il suffit à l'expert d'écrire au juge pour la déclencher, une audience devra être fixée, avec convocation des parties et de l'expert.

Section 2

Rapport final

108. 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 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 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...

Les pièces originales communiquées par les parties leur sont restituées et ne sont pas déposées au tribunal.

Le rapport est signé par l'expert, à peine de nullité, et comprend la formule de serment : « Je jure avoir rempli ma mission en honneur et conscience, avec exactitude et probité ».

Une copie du rapport est également adressée aux parties, de même que l'état de frais et honoraires détaillé de l'expert.

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, à la suite de 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. 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.

Section 3

Appréciation du rapport par le juge

109. La Cour de cassation rappelle que le juge du fond apprécie souverainement la valeur du rapport d'expertise, pour autant qu'il ne « viole pas la foi » due à ce rapport. Cela signifie que le juge doit respecter l'intention de l'expert et ne peut pas faire dire au rapport ce qu'il ne dit pas. En d'autres termes, il ne peut faire mentir le rapport.

Par ailleurs, l'article 962, alinéa 4, dispose que le juge n'est pas tenu de suivre l'opinion de l'expert si sa conviction s'y oppose. Contrairement aux mécanismes d'expertise amiable irrévocable, où le rapport s'impose aux parties et au juge, le rapport d'expertise judiciaire peut être remis en cause par les parties ou par le juge. D'où l'importance pour l'expert de convaincre le juge de la pertinence de ses conclusions. Mais 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. Les parties et l'expert doivent savoir pourquoi le juge ne suit pas le rapport.

Section 4

Nullités et sanctions

§ 1. Nullité

110. 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* (article 33) (voy. ci-après, la langue du rapport). L'expert peut, par décision

motivée du juge, être autorisé à utiliser une autre langue que celle de la procédure. Mais il ne peut le faire de sa propre initiative.

b) *L'absence de formule de serment de l'expert* (articles 978, § 1^{er}, et 862). Cette formule doit être reprise à la fin du rapport, avant la signature.

La nullité doit être soulevée d'office par le juge. La partie qui l'invoque ne doit pas démontrer que cette lacune lui cause un préjudice.

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.

En outre, deux dispositions du Code judiciaire permettent d'empêcher l'annulation du rapport :

- l'article 864 impose aux parties ou au juge de soulever cette nullité avant tout jugement ; si un jugement contradictoire³¹ a déjà été prononcé dans le courant du procès, sans que la nullité ne soit soulevée, elle est couverte et on ne pourra plus l'invoquer ultérieurement ;
- l'article 867 permet aussi de couvrir la nullité (de l'écarter) lorsque l'acte a rempli le but que la loi lui assigne : on n'annule pas un acte irrégulier s'il a quand même rempli sa fonction ; cela permet 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, peu importe que les termes exacts ne soient pas repris (jurer devant Dieu, par exemple, alors que la formule officielle ne contient aucune invocation de la divinité).

c) *L'absence de signature du rapport par l'expert* (articles 978, § 1^{er}, et 862). Tout comme pour l'absence de serment, cette nullité sera aisément couverte. D'une part, il suffira de demander à l'expert de venir signer son rapport au greffe ou d'adresser un nouvel exemplaire de la dernière page de son rapport. D'autre part, l'article 863, introduit par la loi du 10 juillet 2006 sur la procédure par voie électronique, 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. Cette disposition n'est toutefois pas encore en vigueur et son application dépendra de l'évolution du projet d'informatisation de la procédure. Enfin, les articles 864 (couverture par le prononcé d'un jugement) et 867

³¹ Il faut donc que les parties soient présentes : si une partie fait défaut, la nullité n'est pas couverte. En outre, il faut que, dans ce jugement, le juge tranche au moins un point litigieux. S'il ne fait qu'organiser le déroulement la procédure (en fixant des délais, par exemple), la nullité pourra encore être soulevée ultérieurement.

(but de la loi rempli) pourront également être appliqués (voy. alinéa précédent). 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 (voy. ci-après paragraphe 2).

§ 2. Inopposabilité du rapport aux parties

111. La violation des droits de la défense doit entraîner l'inopposabilité du rapport et non sa nullité. Donc le rapport existe toujours, mais on ne peut en tirer aucun argument à l'encontre de la partie dont les droits ont été méconnus. L'appréciation du juge sur le respect du contradictoire est souveraine. 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. 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...

Sont visés par cette sanction les cas d'absence de convocation des parties à une réunion d'expertise, d'absence de communication de l'avis provisoire, 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 (indices). 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.

Dès lors que l'état d'honoraires de l'expert est taxé en fonction de la qualité de ses travaux (article 991, § 2 ; voy. ci-après, chapitre VII), la déclaration d'inopposabilité du rapport risque d'avoir un impact important 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 raison subit un préjudice procédural important. Il est donc logique que l'expert soit sanctionné financièrement, si son travail s'avère inutile.

§ 3. Écartement de tout ou partie du rapport

112. 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 de la mission, le juge devra écarter le rapport et, le cas échéant, ordonner une nouvelle mesure d'expertise. 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.

Section 5

Expertise nouvelle et complément d'expertise

113. Le Code judiciaire donne au juge beaucoup de liberté pour ordonner des compléments d'expertise (article 984) ou entendre l'expert (article 985), lorsque le rapport n'est pas satisfaisant. Le juge apprécie souverainement la nécessité ou l'opportunité d'une mesure d'instruction complémentaire.

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 (article 984). Toutefois, il est vain 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.

Section 6

Langue du rapport

§ 1. Langue du rapport d'expertise

114. En vertu de l'article 33 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, les rapports des experts et des hommes de l'art sont rédigés dans la langue de la procédure. Toutefois, le juge peut, pour des raisons spéciales et dans des matières spéciales, autoriser l'expert à faire usage de la langue de son choix. La décision du juge doit être motivée. Elle n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel.

Tous les auteurs s'accordent à considérer que cette règle concerne à tout le moins le rapport lui-même, c'est-à-dire les conclusions de l'expert. Cela ne

l'empêche pas de rédiger des passages dans une autre langue, pour autant qu'il fournisse une traduction. C'est notamment nécessaire pour les nombreux usages de la langue anglaise dans les domaines techniques.

§ 2. Langue des pièces et annexes

115. L'article 8 de la loi sur l'emploi des langues précise que, si le juge ne comprend pas les pièces produites devant lui, il peut en demander la traduction. Toutefois, le juge ne peut écarter d'office des pièces, au motif qu'elles ne sont pas rédigées dans la langue de la procédure. À l'inverse, rien n'empêche le juge d'avoir égard à une pièce rédigée dans une langue autre que celle de la procédure, s'il en comprend le contenu.

Ces principes valent, *mutatis mutandis*, pour l'expert. Il peut parfaitement se fonder sur des pièces rédigées dans une langue autre que celle de la procédure, s'il la comprend. À défaut, il devra en demander une traduction aux parties. Rien ne l'oblige à faire traduire ces pièces lorsqu'il les joint en annexe à son rapport, puisque le juge lui-même ne peut écarter de telles pièces des débats et qu'il n'en demandera pas nécessairement la traduction.

En revanche, les notes de faits directoires transmises par les parties constituent une pièce de procédure et doivent donc être rédigées dans la langue de la procédure.

§ 3. Langue utilisée dans la correspondance et au cours des réunions

116. La détermination de la langue à utiliser dans les échanges de correspondance et lors des réunions donne lieu à davantage d'hésitations dans la doctrine. Notamment la question de savoir si l'expert peut adresser les convocations dans une langue autre que la langue de la procédure est controversée. En tout état de cause, la convocation ne se confond pas avec le rapport lui-même (les conclusions de l'expert). Dès lors, une irrégularité affectant une convocation n'a pas d'effet sur la validité du rapport. Tout au plus, le caractère contradictoire de l'expertise pourrait-il être affecté si une des parties n'a pas été valablement convoquée. Le juge dispose dès lors d'un pouvoir d'appréciation très étendu pour déterminer si un problème lié à une convocation a effectivement porté atteinte aux droits de la défense d'une partie et quel est le remède adéquat.

En ce qui concerne la langue parlée durant les réunions, une solution souple et pragmatique doit être trouvée : si les parties présentes ne comprennent pas la langue de la procédure, il convient qu'elles puissent s'exprimer dans leur langue, pour autant que l'expert la comprenne. Autrement, il faudra recourir aux services d'un traducteur.

Section 7

Notification de la décision statuant sur le rapport

117. L'article 983 dispose que le greffier envoie, par simple lettre, une copie du jugement définitif à l'expert.

En fait, les experts souhaitent connaître les suites réservées à l'expertise. Le jugement définitif mentionné ici est donc celui qui statue sur les mérites du rapport.

Chapitre VII

Provision et honoraires

Section 1

Provision

§ 1. Régime légal

a) Fixation et consignation de la provision

118. L'article 987 est rédigé comme suit :

« Le juge peut fixer la provision que chaque partie est tenue de consigner au greffe ou auprès de l'établissement de crédit dont les parties ont convenu, ainsi que le délai dans lequel elle doit satisfaire à cette obligation. Le juge ne peut imposer cette obligation à la partie qui, conformément à l'article 1017, alinéa 2, ou en vertu d'un accord entre les parties conformément à l'article 1017, alinéa 1^{er}, ne peut être condamnée aux dépens. Le Roi peut, par arrêté délibéré en conseil des ministres, fixer les modalités de la consignation. À défaut d'exécution par la partie désignée, la partie la plus diligente peut consigner la provision.

Le juge peut déterminer la partie raisonnable de la provision à libérer en vue de couvrir les frais de l'expert. L'expert assujéti à la T.V.A. en informe le juge qui précise expressément si le montant libéré doit ou non être majoré de la T.V.A.

Dès que la provision est consignée, la partie la plus diligente en informe l'expert par lettre missive. À défaut d'exécution par la partie désignée, la partie la plus diligente peut informer l'expert.

Le cas échéant, le greffe ou l'établissement de crédit verse la partie libérée à l'expert ».

Le Code judiciaire reconnaît donc 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 sans attendre le dépôt du rapport. Dans le Code judiciaire, il était 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. Ils 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, 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 2009³². 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.

119. 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. Dans l'esprit de la réforme de 2007, le montant de la provision devait être fixé lors de la réunion d'installation. Celle-ci est devenue facultative dans le régime de la loi du 30 décembre 2009 et ne sera vraisemblablement plus organisée que dans des cas très limités. À défaut de réunion d'installation, le juge est alors tenu de mentionner, dans la décision qui ordonne l'expertise, le montant de la provision, la partie qui doit la consigner et le délai à respecter pour la consignation (article 972, § 2, *in fine*).

La provision pourra être versée soit au greffe, soit sur un compte bancaire bloqué. Cette mesure alternative, outre qu'elle permet à l'expert de profiter des intérêts engendrés par la consignation, libère le greffe de la tâche de gestion des provisions. Elle n'a toutefois guère été utilisée en pratique, sans doute parce qu'elle oblige les parties ou leur conseil à procéder aux formalités d'ouverture d'un compte bloqué. Dans la quasi-totalité des cas, la provision est donc versée sur le compte du greffe du tribunal.

Le juge doit spécifier le délai dans lequel la provision doit être consignée (article 987). Cette précision est importante, car elle permet de déterminer rapidement à partir de quand une partie est en défaut de consignation. Ce délai n'est pas directement sanctionné et peut être prolongé.

³² Arrêt n° 31/2009, www.arbitrage.be.

Le recours au mécanisme de la provision est cependant facultatif : 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 constitution d'une provision superflue, parce qu'il s'agit d'une petite expertise courante. Dans ce cas, l'expert devra attendre l'issue de l'expertise pour obtenir paiement.

b) Libération de la provision

120. L'expert n'est toutefois pas tenu de financer l'expertise jusqu'à son terme. Tout comme dans le système antérieur à 2007, le juge peut libérer une partie de la provision pour couvrir les frais d'expertise. Ce montant libérable peut être fixé dès la désignation de l'expert³³. 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 », ce qui est une avancée par rapport au régime antérieur. 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.

Le jugement qui désigne l'expert doit aussi préciser la partie tenue de libérer la provision. Cette disposition est sans objet dans la mesure où la provision est généralement consignée au greffe.

c) Suspension de la mission en cas de défaut de consignation

121. L'article 989, dans sa dernière version (2009), 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. C'est assez logique, dès lors que la consignation de la provision offre, d'une part, à l'expert des garanties quant à la solvabilité des parties et permet, d'autre part, par des libérations successives de la provision, de couvrir les frais de l'expertise et une partie des honoraires. Obliger l'expert à travailler sans ces garanties, c'est l'exposer à devoir financer l'expertise de ses propres deniers, avec un risque de ne pouvoir récupérer sa mise.

Lorsque la partie qui est désignée pour consigner la provision ne dispose pas de moyens financiers suffisants pour verser la provision en une fois, il peut arriver

³³ Ou éventuellement la réunion d'installation, si elle a lieu.

que le juge accepte une consignation progressive, par versements échelonnés. L'expert peut-il alors différer le début de ses travaux jusqu'à ce que la provision soit totalement constituée ? Cette solution apparaît peu pragmatique, car elle retardera le début de l'expertise de plusieurs semaines, si pas plusieurs mois. Il apparaît préférable que l'expert entame sa mission dès les premiers versements, quitte à la suspendre s'il apparaît que la partie tenue de consigner la provision a interrompu ses paiements.

On notera d'ailleurs que l'expert est autorisé à interrompre ses travaux, mais que ce n'est nullement une obligation. Il est clair que, en cas de suspension de la mission, le respect du délai devient aléatoire. Il est donc important que l'expert avertisse le juge de ce contretemps. Ceci permettra éventuellement au tribunal de faire usage de son pouvoir d'initiative, dans le cadre du contrôle de l'expertise, pour tenter de lever cette difficulté.

d) La T.V.A. sur la provision

122. La loi du 30 décembre 2009 précise également un point pratique qui embarrassait beaucoup les experts : la question de la T.V.A. sur la provision. Le problème ne se pose pas au moment de la consignation, parce que les sommes consignées n'appartiennent pas encore à l'expert. Si l'expertise tourne court, à la suite d'une conciliation ou de 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 T.V.A. n'est pas due lors de la consignation³⁴. En revanche, la créance de l'expert naît lors de la libération et la T.V.A. devient exigible à ce moment³⁵. Rares étaient les décisions, du moins dans un premier temps, qui précisaient clairement si la T.V.A. était ou non comprise dans la somme libérée. Désormais, l'article 987 indique que l'expert assujéti à la T.V.A. doit en avertir le juge et que la décision ordonnant la libération doit expressément indiquer si le montant libéré comprend ou non la T.V.A. Je pense qu'à défaut de mention (pourtant imposée par la loi) il faut comprendre que le montant libéré comprend la T.V.A. 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 provision³⁶. Le fait qu'une

³⁴ Circulaire 79/015 du 25 juillet 1979, n° 17.

³⁵ Voy. circulaire citée à la note précédente, n° 16. La facture relative à la quotité de la provision qui est libérée doit être délivrée au plus tard le cinquième 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.

³⁶ Voy. circulaire précitée, 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.

autre partie soit ultérieurement condamnée aux frais de justice (qui comprennent les frais de l'expertise) ne modifie pas cette règle³⁷.

e) Procédure à suivre pour les compléments de provision

123. L'expert peut également solliciter la consignation d'une provision complémentaire, s'il estime que la provision déjà constituée est insuffisante. Il peut aussi demander la libération de la provision consignée au fur et à mesure de l'avancement de ses travaux.

La procédure à suivre pour ces consignations et libérations successives n'est pas précisée par la loi. Cela crée une incertitude : faut-il à chaque fois convoquer les parties et l'expert avant que le juge ne statue ? Dans le silence de la loi, certaines juridictions ont mis en place la procédure suivante, qui me paraît devoir être approuvée. Les parties doivent avoir leur mot à dire concernant une demande de consignation complémentaire, car il est possible que cette demande soit déraisonnable au vu de l'ampleur limitée de l'expertise ou du travail accompli par l'expert. Le greffe doit dès lors vérifier si l'expert a bien communiqué sa demande aux parties et, dans la négative, leur notifier cette demande (par pli simple, puisque la loi est muette quant à l'emploi d'un pli judiciaire), en leur impartissant un délai pour réagir. À défaut de réaction ou en cas d'accord des parties, le juge peut statuer unilatéralement par ordonnance. Si une partie s'y oppose, il convient alors de convoquer l'expert et les parties, conformément à l'article 973 (procédure générale de règlement des incidents) pour trancher la question. Cette solution ménage à la fois la contradiction et la souplesse. Elle est d'ailleurs assez similaire à celle mise en place en ce qui concerne le traitement des demandes de prolongation de la mission (article 974, § 2, modifié par la loi du 30 décembre 2009).

En ce qui concerne les demandes de libération de provisions déjà consignées, cette question ne regarde plus les parties. Celles-ci n'ont pas voix au chapitre concernant la manière dont le tribunal gère les provisions et le juge devrait donc pouvoir statuer de manière unilatérale. C'est également la pratique de certaines juridictions.

f) Notification de la consignation

124. Les experts se sont fréquemment plaints de ne pas être avertis de la consignation de la provision. La loi du 30 décembre 2009 apporte une précision à ce sujet, reprise à l'article 987 : c'est la partie la plus diligente qui en informe l'expert. Il n'est pas dit que cette modification résoudra le problème. La charge de la notification est reportée du greffe (ou l'établissement de

crédit) vers la partie qui consigne. Encore faut-il que cette partie avertisse effectivement l'expert du versement qu'elle réalise. La loi du 30 décembre 2009 ajoute qu'« à défaut d'exécution par la partie désignée, la partie la plus diligente en informe l'expert ». Cette solution apparaît difficilement praticable : dans la mesure où, dans la très grande majorité des cas, la consignation est opérée au greffe, les parties qui n'étaient pas désignées pour procéder à cette consignation, pas plus que l'expert, ne peuvent déterminer si la consignation a été effectivement réalisée. Pour pouvoir avertir l'expert, la « partie la plus diligente » devra donc se renseigner auprès du greffe. Ce que cette partie peut faire, l'expert peut tout aussi bien le faire. On n'aperçoit donc pas la portée de cette disposition.

§ 2. Partie tenue de verser la provision

125. 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 lorsqu'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.

126. 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, comme nous le verrons à la section suivante, 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. En outre, la loi prend en compte la possibilité d'un accord entre parties sur la charge des frais de justice : si les parties ont convenu qui devait consigner la provision, le juge est tenu par cet accord.

127. 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 qui va perdre le procès : c'est le cas dans 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

³⁷ Voy. circulaire précitée, n° 18.

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, 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.

128. Que se passe-t-il si la partie désignée pour consigner la provision refuse d'y procéder? Le texte prévoit que la décision pourra être déclarée exécutoire à sa charge. En outre, dit l'article 989, le juge peut en tirer les conclusions qu'il juge appropriées. C'est une disposition similaire à celle que l'on retrouve au niveau du devoir de collaboration des parties (voy. article 972*bis*). À cet égard, la solution est cohérente.

Toute possibilité de blocage n'est donc pas exclue en cas de non-versement de la provision, mais le juge et les parties disposent de différents moyens pour dépasser cet obstacle :

- compte tenu de la possibilité d'exécution forcée de la décision, il est envisageable qu'une autre partie procède à une saisie sur les biens de la partie qui doit consigner et demande à l'huissier de verser au greffe le produit de la saisie; cette procédure ne serait pas très rapide, mais peut constituer un moyen de pression important;
- la partie qui refuserait d'obtempérer, sans motif légitime, à la décision qui la désigne pour consigner la provision s'expose en outre à des dommages-intérêts ou une amende civile pour attitude abusive et dilatoire (article 780*bis* nouveau, introduit par la loi du 26 avril 2007 concernant la lutte contre l'arriéré judiciaire);
- l'astreinte pourrait également être utilisée;
- le juge pourrait également en tirer des conséquences en ce qui concerne l'administration de la preuve; si la partie récalcitrante supporte la charge de la preuve, le juge pourra donner raison à son adversaire; si elle ne supporte pas la charge de la preuve, il pourrait néanmoins faire droit à la demande de la partie adverse, si celle-ci produit des éléments de preuve de nature à lui donner raison (un rapport unilatéral de son conseil technique par exemple).

On pourrait imaginer le cas de figure suivant: une des parties est déclarée responsable d'un accident et désignée pour consigner la provision dans le cadre de l'expertise destinée à évaluer le dommage de la victime. Elle reste en défaut de procéder à cette consignation, ce qui bloque l'expertise et empêche la victime de faire valoir ses droits. Si le juge statue sur la cause dans cet état, il

pourra difficilement apprécier l'ampleur du dommage sans expertise. De cette manière, le responsable peut efficacement bloquer le recours de la victime. Mais si celle-ci produit un rapport unilatéral évaluant son dommage, le juge peut alors, du fait de l'obstruction du responsable, considérer que ce rapport constitue une preuve suffisante de l'ampleur du dommage et statuer immédiatement sur la demande de la victime.

Peut-on aller plus loin et renverser la charge de la preuve, à titre de sanction? Dans l'exemple cité précédemment, le juge considérerait alors, du fait du comportement déloyal du responsable, que la réclamation de la victime est présumée fondée et qu'il appartient au responsable d'apporter la preuve contraire. La victime ne serait donc plus tenue de produire un rapport unilatéral à l'appui de sa réclamation. La question est controversée, mais cette solution constituerait une réparation adéquate à un manque de loyauté en matière d'administration de la preuve.

Enfin, rien n'empêche qu'une partie qui n'a pas été désignée pour consigner la provision prenne cette initiative pour débloquent la situation, si elle a intérêt à faire avancer l'expertise. Cette solution est d'ailleurs actuellement expressément prévue à l'article 987.

Section 2

Fixation des frais et honoraires

§ 1. Procédure

a) Principe

129. La procédure de taxation des frais et honoraires de l'expert constitue une sorte de procédure dans la procédure. C'est une parenthèse qui s'ouvre dans la procédure principale, au cours de laquelle les parties se modifient: l'expert devient demandeur en taxation, donc pleinement partie à la procédure, et la partie qui supporte l'état d'honoraires devient défenderesse. Mais les autres parties ont également leur mot à dire, car elles devront peut-être supporter la charge finale de cet état d'honoraires, par le biais d'une condamnation aux frais de justice. Le fait que l'expert soit partie à ce segment de procédure explique qu'il puisse interjeter appel de la décision de taxation, si elle lui est défavorable.

130. Dans le texte modifié par la loi du 15 mai 2007, il est prévu, à l'article 990, que l'expert dépose 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.

Cet état d'honoraires doit être taxé par le juge, avant que l'expert puisse en demander le paiement. En effet, la sanction pénale qui frappe les paiements directs à l'expert non autorisés par le tribunal vaut aussi bien pour les provisions que pour l'état d'honoraires final. Il faut donc toujours une autorisation du juge pour que l'expert se fasse payer par l'une des parties. La procédure de taxation dépend de la réaction des parties.

b) Procédure en cas d'absence de réaction des parties

131. Si 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, le juge taxe l'état d'honoraires au bas de la minute (l'original) de l'état. Cette taxation intervient d'office, sans convocation des parties. 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.

Le délai de trente jours est court et demandera une certaine vigilance de la part des avocats. Il n'est assorti d'aucune sanction particulière. 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, dans sa version de 2009, range les décisions taxant les honoraires de l'expert parmi les décisions susceptibles de recours. 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 pour que le juge taxe d'office les honoraires de l'expert. Le juge était alors sans pouvoir pour corriger l'état, même s'il constatait des abus manifestes. Je ne pense pas que cette opinion puisse encore 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. Or d'autres explications de cette absence de réaction qu'une acceptation tacite de l'état de frais et honoraires sont possibles : distraction, absence de réception de l'état d'honoraires dans les temps... De ce fait, l'absence de contestation des parties dans le délai de trente jours n'emporte pas nécessairement 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.

c) Procédure de taxation en cas de contestation

132. 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 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 plus 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. Il est donc en droit d'interjeter appel de la décision si le juge réduit le montant de ses honoraires. Il faut toutefois que l'état de frais et honoraires dépasse 1.450 € devant le juge de paix ou de police ou 1.860 € devant les tribunaux de première instance et du commerce. En dessous de ces montants, le Code judiciaire ne permet pas l'appel.

133. D'autres hypothèses, non réglementées dans le régime ancien, sont-elles encore envisageables dans le régime actuel ?

Le cas où l'une des parties conteste l'état, mais où personne ne recourt à la taxation est devenu tout à fait hypothétique : en effet, soit les contestations de cette partie ont été communiquées au tribunal ; dans ce cas, le juge convoquera les parties pour procéder à la taxation des honoraires de l'expert ; soit la partie n'a pas porté ses contestations à la connaissance du juge ; dans ce cas, celui-ci procédera à la taxation d'office des honoraires de l'expert.

Par ailleurs, l'hypothèse dans laquelle une partie paie l'état alors qu'une autre conteste est peu vraisemblable, sauf si l'expert prend le risque d'encourir des sanctions pénales en sollicitant le paiement direct de son état, sans procéder préalablement à la taxation.

d) Dommages-intérêts à charge de l'expert

134. Le texte ajoute que le juge fixe le montant des frais et honoraires de l'expert, *sans préjudice de dommages et intérêts éventuels*. La formule n'est pas très claire. Selon l'interprétation unanime des auteurs, il s'agit de dommages-intérêts à charge de l'expert pour la lenteur de son travail ou son manque de rigueur. La partie qui souhaite réclamer des dommages-intérêts à l'expert n'est donc pas tenue d'introduire une demande distincte : il suffit qu'elle forme une demande dans le cadre de la procédure en taxation. Il était déjà admis, avant la modification légale, que l'expert qui ne dépose pas son rapport dans les délais s'expose à devoir indemniser les parties qui subissent un préjudice du fait de son retard. La jurisprudence postérieure à la réforme de 2007 a déjà eu l'occasion d'appliquer cette disposition.

e) Déblocage des provisions après taxation

135. Comme indiqué plus haut, 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 déblocquée au profit de l'expert. S'il subsiste un reliquat, il sera restitué à la partie qui a procédé à la consignation (article 991^{bis}). L'article 991^{bis} prévoit que le déblocage des provisions s'applique également à la provision consignée auprès d'un établissement de crédit et pas uniquement à celles qui sont consignées au greffe.

§ 2. Critères d'évaluation

a) Principe

136. Les critères d'appréciation sont indiqués 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. Il peut aussi tenir compte de qualité des experts (titre universitaire...), 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, est le critère central. Cependant, son utilisation est malaisée, car le juge taxateur n'est pas toujours celui qui devra apprécier le fond du litige et l'utilité du rapport. De même, la taxation intervient souvent avant l'examen du bien-fondé du rapport. 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. On peut se demander si cette attitude prudente est encore de mise, dès lors que le législateur invite désormais expressément le juge taxateur à prendre en considéra-

tion la rigueur et la qualité du travail de l'expert. La question est d'autant plus impérieuse que le texte invite également le juge taxateur à se prononcer sur la responsabilité éventuelle de l'expert. Je pense que le problème doit être résolu sur la base des apparences de droit au moment de la taxation. Soit les carences de l'expert sont évidentes, et le juge taxateur pourra prendre la responsabilité de limiter ou supprimer ses honoraires, soit les critiques à l'encontre de la qualité du rapport n'apparaissent pas fondées au premier abord, et le juge taxateur devra accorder à l'expert les honoraires qu'il réclame.

b) Barèmes

137. 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, professionnel ou autre, est admise. Ce point n'existait pas dans le texte antérieur à 2007. Il est usuel que certaines professions appliquent un barème horaire pour établir leur état d'honoraires. La comptabilisation systématique de tous les actes de l'expert selon un barème horaire peut avoir pour effet de rendre le coût de l'expertise rapidement disproportionné. Un auteur a fait en outre remarquer que, en l'absence d'une finalité lucrative d'une expertise judiciaire, la référence par l'expert aux barèmes professionnels ne peut avoir qu'une valeur indicative et ne peut être utilisée qu'avec les restrictions résultant de l'application des critères du Code judiciaire, conformément aux exigences générales d'un procès équitable.

Dans certains cas, le barème des experts est fixé par la loi. C'est le cas notamment en matière pénale³⁸ et de sécurité sociale. La Cour constitutionnelle a considéré que l'existence de ces barèmes ne créait pas de discrimination injustifiée, que ce soit entre experts judiciaires ou entre justiciables. Ces barèmes engendrent toutefois beaucoup de difficultés, car la tarification forfaitaire est jugée insuffisante pour rémunérer convenablement les experts.

138. Pour rappel, l'article 972, § 2, dispose que, en l'absence de réunion d'installation, le juge doit préciser dans la décision qui désigne l'expert le coût global de l'expertise ou, à tout le moins, le mode de calcul des frais et honoraires de l'expert et des éventuels conseillers techniques. La loi ajoute que le juge peut prendre contact à ce sujet avec l'expert avant de rendre sa décision.

En général, il n'est pas possible de déterminer le coût de l'expertise, sauf pour certaines expertises très stéréotypées, comme des états des lieux de sortie d'immeubles... On n'en trouve pas d'exemple en matière comptable. Donc, le juge devra fixer le mode de calcul des frais et honoraires de l'expert. En fait, la loi place le juge dans une situation assez inconfortable. Soit il se renseigne auprès de

³⁸ Barème indexé du 12 janvier 2009, M.B., 12 janvier 2009. Ce barème se fonde sur un arrêté royal du 27 avril 2007, annulé par le Conseil d'État le 17 décembre 2008!

l'expert (c'est permis par la loi) pour connaître son barème et il l'entérine, soit il fixe un barème d'office. Dans le premier cas, la disposition ne sert pas à grand-chose, le juge ne faisant que recopier le barème pratiqué par l'expert. Le fait toutefois de reprendre ce barème dans la décision le met à l'abri des contestations des parties (avec probablement même une interdiction des recours contre cette décision). Le législateur a créé là, peut-être par mégarde, une situation où les droits des parties pourraient être méconnus : le juge consulte l'expert hors du regard des parties pour connaître son barème ; il reprend le barème dans le jugement qui désigne l'expert ; si cette partie de la décision n'est pas susceptible de recours³⁹, le juge devra ultérieurement taxer l'état d'honoraires sur la base de ce barème, que les parties n'auront pu contester à aucun moment⁴⁰. Si le juge fixe le barème d'office, on se demande bien sur quelle base : il n'existe aucun tarif en matière civile et l'application du tarif criminel, éventuellement majoré, relèverait de son appréciation souveraine, mais certainement pas d'une obligation.

§ 3. Partie tenue de supporter les honoraires

139. Depuis 2007, 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 » (article 991, § 1^{er}). Cette disposition marque une modification importante du régime antérieur. Auparavant, le juge devait déterminer la partie qui a demandé l'expertise ou qui a sollicité sa mise en mouvement, ce qui pouvait s'avérer délicat en pratique. 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.

Si les parties se sont mises d'accord sur ce point, le juge sera tenu par cet accord.

Section 3

Adjudication définitive des frais

140. Les frais d'expertise font partie des dépens, c'est-à-dire des frais de justice (article 1018, alinéa 4, du Code judiciaire). Or l'article 1017 rappelle que tout jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé (qui a perdu), à moins que des lois

particulières n'en disposent autrement et sans préjudice de l'accord des parties que, le cas échéant, le jugement décrète.

La partie qui perd le procès voit donc les frais d'expertise mis à sa charge, même si les frais et honoraires de l'expert ont été avancés par une autre partie. La ou les parties désignées par le juge pour provisionner l'expert et payer l'état d'honoraires final peuvent dès lors récupérer les sommes qu'elles ont avancées, si elles obtiennent gain de cause au terme de l'examen du fond de l'affaire.

L'article 1017, alinéa 1^{er}, réserve la possibilité de dérogations légales. Il en va ainsi, selon l'article 1017, alinéa 2, à l'égard des organismes de sécurité sociale déjà évoqués plus haut, qui supportent systématiquement les dépens, sauf procédure téméraire et vexatoire. Ces organismes prennent donc, en principe, en charge les frais d'expertise dans toutes les procédures dans lesquelles ils sont impliqués. Le texte légal prévoit également la possibilité d'un accord des parties. Il est fréquent, à cet égard, que les frais d'expertise soient partagés entre les parties en cas d'accord sur le fond du litige.

Le dernier alinéa de l'article 1017 prévoit la possibilité d'une compensation des dépens, dans une mesure appréciée par le juge, si les parties succombent respectivement sur quelque chef que ce soit. Cela signifie que, si les deux parties n'ont pas gain de cause, le juge peut répartir la charge des frais de justice (et donc des frais d'expertise) selon les modalités qu'il juge adéquates. Ainsi, un partage de responsabilités sur le fond du litige s'applique également aux frais d'expertise. C'est aussi le cas lorsque certains frais d'expertise sont jugés inutiles ou frustratoires par le juge. Il se peut en effet que le demandeur ait exigé l'exécution de devoirs qui s'avèrent en définitive sans intérêt pour la solution du litige. Il arrive également qu'une partie inonde l'expert de courriers, entraînant ainsi des frais de correspondance inutiles ou disproportionnés. Ces frais pourraient alors être laissés à sa charge, même si elle obtient satisfaction sur le fond.

L'expert est en principe étranger à ce débat, qui ne concerne que les parties.

Section 4

Assistance judiciaire

141. L'article 692 du Code judiciaire intègre les frais et honoraires des experts parmi les frais de procédure susceptibles d'être couverts par l'assistance judiciaire. La partie qui ne dispose pas de revenus suffisants peut donc solliciter le bénéfice de la gratuité de l'intervention de l'expert. Les honoraires de l'expert sont alors fixés, même en matière civile, en fonction du règlement général sur les frais de justice en matière répressive (article 692 *in fine*).

³⁹ C'est discutable et donc ce peut être l'objet d'une controverse.

⁴⁰ Il faut un peu relativiser cette critique parce que la pratique apprend que les contestations d'honoraires d'expert portent plutôt sur le montant global de l'état ou le nombre d'heures excessif de certaines prestations de l'expert, mais plus rarement sur le tarif pratiqué.

Ces frais avancés par l'État seront récupérés à charge de l'assisté, s'il revient à meilleure fortune, ou à charge de la partie adverse, si elle est condamnée aux dépens ou en cas de transaction (article 694).

Dans bon nombre de cas, lorsque le juge a ordonné une expertise, l'intervention d'un avocat sera insuffisante pour assurer une assistance efficace du justiciable, compte tenu du caractère technique du litige. Outre l'avocat, le justiciable a alors besoin d'un spécialiste compétent dans le domaine concerné par l'expertise pour l'assister et fournir les informations techniques utiles à l'expert. Jusqu'il y a peu, aucun mécanisme n'était prévu pour assurer l'assistance technique des justiciables incapables de payer les frais d'un conseil technique. Dans un arrêt du 26 octobre 2005, la Cour d'arbitrage a considéré que cette situation violait le principe du procès équitable et que les frais de conseil technique devaient être couverts par l'assistance judiciaire. Le gouvernement a réagi par une loi-programme du 20 juillet 2006, modifiant le Code judiciaire en vue d'intégrer les frais d'assistance technique dans l'assistance judiciaire.

Chapitre VIII

Responsabilité de l'expert

Section 1

Généralités

142. L'expert, en sa qualité d'auxiliaire de justice, est susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard des parties (ou éventuellement de tiers). Il ne bénéficie pas de l'immunité de responsabilité du magistrat.

Comme l'expert n'est pas lié contractuellement aux parties, il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle, soumise au droit commun.

Section 2

Conditions

§ 1. Faute

143. Pour autant qu'elle engendre un dommage (voy. ci-après), la faute, même la plus légère, de l'expert pourra engager sa responsabilité. Il peut s'agir (a) d'un non-respect des règles procédurales qui gouvernent l'expertise ou (b) d'une faute concernant l'aspect technique de sa mission.

a) La faute procédurale

144. L'expert commet une faute s'il ne respecte pas les règles de procédure ou la mission qui lui est impartie par le juge.

Ce peut être le cas s'il :

- ne respecte pas les délais (les dispenses de respect du délai accordées par les parties ne sont plus légales depuis la loi du 15 mai 2007) ;
- ne respecte la mission et son caractère technique ;
- ne se refuse pas alors qu'il en a l'obligation ;
- manque aux règles déontologiques ou à son devoir d'indépendance ;
- effectue des devoirs inutiles ou, au contraire, n'effectue pas les devoirs pertinents sollicités par les parties ;
- ne respecte pas le caractère contradictoire de l'expertise ;
- dépose un rapport affecté d'une cause de nullité ;
- demande un versement direct non autorisé de la provision ou de ses honoraires...

b) La faute technique

145. Il se peut également que l'expert se trompe dans l'avis qu'il donne au juge. Toute erreur à ce sujet n'est pas de nature à entraîner sa responsabilité. Il faut à tout le moins que l'expert ne se comporte pas comme le ferait un expert normalement prudent et diligent, c'est-à-dire qu'il commette un manquement grossier à l'état de la technique, tel qu'il peut être connu au moment de l'établissement du rapport, ou encore qu'il ne suive pas les procédures d'investigations couramment reconnues comme pertinentes à l'époque de l'expertise (par exemple, en omettant de faire procéder à certains examens détaillés, classiques dans le domaine traité).

§ 2. Dommage

a) En ce qui concerne les fautes procédurales

146. Toutes ces fautes ne sont pas susceptibles d'engendrer un dommage, notamment parce que le juge dispose du pouvoir de prendre toutes les mesures utiles pour éviter précisément l'apparition d'un préjudice : faire recommencer un devoir accompli en violation du principe du contradictoire, demander à l'expert de réparer la cause de nullité en signant son rapport ou en apposant la formule de serment, écarter les passages du rapport qui sortent de la mission, mais maintenir les autres, déduire des présomptions des constats de fait du rapport, entendre l'expert à l'audience...

En définitive, il y a essentiellement deux situations qui sont effectivement de nature à occasionner un préjudice aux parties :

- le retard de l'expertise : l'écoulement du temps peut entraîner une augmentation des intérêts, la perte de certains éléments de preuve, la survenance de l'insolvabilité ou de la faillite d'une des parties...

- l'écartement ou l'annulation du rapport: dans ce cas, l'expertise a été réalisée en pure perte, entraînant également des pertes de temps et, lorsque l'expert a modifié la situation des lieux ou effectué des investigations destructives, l'impossibilité de recommencer les mêmes devoirs avec un autre expert.

Cependant, les parties se contentent fréquemment d'une diminution ou d'une suppression des honoraires de l'expert, sans aller jusqu'à lui réclamer des dommages-intérêts complémentaires.

b) En ce qui concerne les fautes techniques

147. Lorsqu'elles sont patentes et découvertes en temps utile par le juge, elles vont également entraîner l'écartement du rapport et l'organisation de nouvelles mesures d'instruction. La situation est dès lors identique à celle qui est décrite au point précédent.

Lorsque le rapport entaché d'erreur est entériné par le juge, le dommage résulte en réalité des conséquences du jugement. Pour que le dommage soit définitivement consommé, il faut que cette décision ne soit plus susceptible de recours. Se pose alors le problème du lien causal entre la faute de l'expert et le dommage subi par la partie (voy. point suivant).

§ 3. Lien de causalité

148. Lorsque la faute commise par l'expert est de nature procédurale, la démonstration du lien causal entre la faute et le dommage est généralement assez aisée: le retard dans l'expertise a entraîné des conséquences inéluctables, des pertes de temps qu'il n'est plus possible de rattraper...

Le problème est plus complexe lorsque le juge, mal éclairé par l'avis erroné de l'expert, entérine le rapport d'expertise et se fonde sur les conclusions du rapport pour asseoir sa décision. Dans ce cas, le préjudice découle-t-il encore du rapport ou de la décision? Si le juge a été guidé par l'avis de l'expert, le prononcé d'un jugement entérinant le rapport n'est pas de nature à soulager l'expert de sa responsabilité. Mais bien souvent des incertitudes persistent concernant l'incidence du rapport sur la décision du juge: le rapport d'expertise a-t-il été déterminant ou le juge, dépassant les imperfections du rapport, ne s'est-il pas forgé sa propre opinion? Ou encore, est-ce le passage erroné du rapport qui a emporté la décision? Ces incertitudes empêcheront souvent la reconnaissance de la responsabilité de l'expert.

Section 3

Responsabilité pénale

149. En vertu de l'article 509^{quater} du Code pénal, introduit par la loi du 15 mai 2007, l'expert engage sa responsabilité pénale s'il obtient, en connaissance de cause, un paiement direct d'une partie, non autorisé préalablement par le tribunal.

À cela s'ajoutent les infractions pénales de droit commun: faux et usage de faux, escroquerie...

Section 4

Prescription

150. En vertu de l'article 2276^{ter} du Code civil, les experts sont déchargés de leur responsabilité professionnelle et de la conservation des pièces dix ans après l'achèvement de leur mission ou, si celle-ci leur a été confiée en vertu de la loi, cinq ans après le dépôt du rapport.

Dans le silence du texte et de la loi, la doctrine considère que «la mission confiée en vertu de la loi» vise en réalité les cas où l'expertise est légalement obligatoire. Dans les autres cas, la prescription de dix ans régira l'action en responsabilité contre l'expert.

Il est également précisé à cette disposition que l'action en paiement des honoraires de l'expert se prescrit par cinq ans.

IV^e PARTIE

DÉONTOLOGIE DE L'EXPERT JUDICIAIRE

Chapitre I

Généralités

151. La fonction d'expert judiciaire n'est pas légalement organisée dans notre droit. Il n'existe donc ni loi ni arrêté qui contiennent un code de déontologie de l'expert. Il n'en reste pas moins que des règles de type déontologique peuvent être déduites de certaines dispositions légales. Ainsi, la lecture des causes de récusation figurant dans le Code judiciaire renseigne indirectement sur les principes qui gouvernent la fonction de l'expert.

Cependant, plusieurs associations professionnelles d'experts ont établi un code de déontologie qui s'impose à leurs adhérents. On peut citer à ce sujet l'Association belge des experts (A.B.Ex.), la Chambre belge des experts chargés de

missions judiciaires et d'arbitrage (C.E.J.A.), l'Organisation internationale des experts (Ordinex), le Collège national des experts judiciaires (C.N.E.J.)... Il s'agit de codes de déontologie privés, qui peuvent être sanctionnés par l'exclusion de l'association.

La déontologie de certaines professions est organisée légalement ou réglementairement. Or des représentants de ces professions sont régulièrement désignés en qualité d'experts judiciaires : médecins, architectes, réviseurs d'entreprise, géomètres-experts... Quelques dispositions éparses dans les codes de déontologie de ces professions traitent de l'expertise.

152. La déontologie des experts concerne des aspects divers de son activité : obligation de diligence dans l'exercice de sa mission, respect de l'autorité qui l'a désigné, modération dans la fixation de ses honoraires, interdiction de profiter de son mandat de justice pour s'enrichir personnellement... Mais deux aspects essentiels de la déontologie sont le secret professionnel et l'impartialité de l'expert. Ils seront examinés ci-après.

Chapitre II

Le secret professionnel

Section 1

Secret professionnel et devoir de discrétion

153. Il est clair que l'expert ne peut divulguer au tout-venant les informations qu'il recueille dans le cadre de sa mission. Mais est-il véritablement tenu au secret professionnel ? Les auteurs distinguent traditionnellement le secret professionnel au sens strict et le devoir de discrétion. Dans les deux cas, la personne détentrice d'informations confidentielles ne peut les révéler. Mais la différence entre ces deux concepts se marque au niveau de la sanction et des rapports avec la justice.

Le secret professionnel est pénalement sanctionné (article 458 du Code pénal). La personne qui viole le secret professionnel peut donc être poursuivie devant un tribunal correctionnel. À l'inverse, le devoir de discrétion ne peut donner lieu qu'à des sanctions civiles (dommages-intérêts) ou disciplinaires.

L'intensité de l'obligation au silence se marque également différemment dans les rapports avec la justice. La personne tenue au secret professionnel peut se taire, même devant les tribunaux. Elle peut refuser de témoigner en justice ou transmettre au tribunal des documents couverts par le secret. La personne tenue à un devoir de discrétion est tenue de parler lorsqu'elle en est sommée par le juge. Elle ne peut pas se retrancher derrière son devoir de discrétion pour refuser de témoigner ou produire des documents.

Sont tenus au secret professionnel, les « confidents nécessaires », c'est-à-dire les personnes qui, par leur état ou leur fonction, sont naturellement amenés à connaître des informations confidentielles concernant les personnes qui les consultent ou avec lesquelles ils sont en relation : les médecins, prêtres, avocats, notaires, experts-comptables, réviseurs d'entreprises...

Par contre, sont tenus à un simple devoir de discrétion : les banques, les compagnies d'assurance, les architectes, les conseils techniques des parties...

Qu'en est-il de l'expert judiciaire ? La question est pertinente, parce que, si l'expert était tenu à un secret absolu, il pourrait refuser de transmettre ses informations à quiconque, en ce compris au juge qui l'a désigné, ce qui n'a pas de sens. La question est donc controversée, mais on peut retenir que l'expert est effectivement soumis au secret professionnel, même si le fondement juridique de cette obligation varie suivant les auteurs.

Section 2

Conséquences du secret professionnel de l'expert

154. La soumission de l'expert au secret professionnel doit en réalité être nuancée. Suivant le contexte ou l'interlocuteur, il s'agit d'un secret à géométrie variable.

Le secret est total pour tout ce qui sort de la mission. Donc, si, à l'occasion de ses travaux, l'expert est mis en possession d'informations qui ne sont pas utiles pour l'exécution de sa mission, il ne peut les divulguer à personne : ni au juge, ni aux parties, ni à des tiers.

Le secret est également total à l'égard des tiers. Si certaines informations doivent être communiquées au juge et aux parties, elles ne peuvent en aucun cas sortir du cercle étroit des personnes impliquées dans la procédure. L'expert ne pourrait donc en faire état ni dans le cadre d'une autre expertise, ni dans le cadre de son activité professionnelle, ni dans le cadre de sa vie privée.

En revanche, le secret professionnel est inexistant à l'égard du juge pour tout ce qui rentre dans le cadre de la mission. C'est logique, à défaut de quoi la désignation de l'expert ne servirait à rien. Il n'y a donc pas de secret qui tienne à l'égard du juge qui a désigné l'expert.

En principe, le secret professionnel ne tient pas non plus à l'égard des parties au procès. En effet, il se heurte au principe du contradictoire. Logiquement, tous les éléments pris en considération par l'expert dans le cadre de sa mission doivent être portés à la connaissance de toutes les parties, pour leur permettre d'exercer leur droit de contestation. Même si certains documents sont écartés par l'expert parce qu'ils sont inutiles à l'exercice de sa mission, ce choix doit pouvoir être contrôlé par les parties. Pour vérifier si l'expert ne laisse pas de

côté des éléments décisifs, il faut donc que les parties aient accès aussi aux documents considérés comme inutiles par l'expert.

Dans certains cas, notamment pour préserver le secret des affaires, il a été admis que l'expert fasse un tri entre les pièces qu'il consulte et que ne soient transmises à la partie adverse que les informations jugées pertinentes par l'expert. Mais c'est une entorse au principe du contradictoire. Lorsque des conflits entre principes fondamentaux se produisent, il appartient au juge de les arbitrer en faisant une balance des intérêts en présence. Il n'appartient pas à l'expert de prendre des initiatives sur ce point. Il pourrait engager sa responsabilité. En cas d'hésitation, il est donc conseillé que l'expert soumette la question au juge.

Chapitre III

L'impartialité

Section 1

L'indépendance et l'impartialité

155. L'indépendance se marque par le fait que l'expert ne peut être lié à l'une des parties, que ce soit de manière positive ou négative. L'impartialité signifie que l'expert ne peut prendre fait et cause pour aucune des parties. Même s'il n'a aucun lien avec l'une des parties, il doit rester neutre dans le cadre de sa mission. Ces concepts peuvent être liés : celui qui n'est pas indépendant n'est pas impartial. Mais ils peuvent ne pas l'être : celui qui est indépendant peut cependant ne pas être impartial.

En matière judiciaire, l'indépendance et l'impartialité sont des aspects du principe du procès équitable. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme insiste sur la nécessité d'un tribunal indépendant et impartial.

La question se pose de savoir si l'expert lui-même doit être impartial. Il n'est pas le juge et ne tranche pas le litige. Il ne fait que donner un avis technique qui ne lie pas le juge. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé à plusieurs reprises la nécessité de l'impartialité de l'expert. Même s'il est encore possible de discuter des mérites du rapport dans la suite de la procédure et de contester la neutralité de l'expert devant le tribunal, l'expertise donne une telle impulsion au procès qu'il est indispensable qu'elle se déroule de la manière la plus neutre possible. En d'autres termes, il est parfois trop tard pour contester le rapport alors qu'il est déposé : le mal est fait, parce qu'il sera plus difficile de convaincre le juge de ne pas suivre l'avis de l'expert déjà exprimé que de discuter de la partialité de l'expert avant qu'il n'ait exécuté sa mission.

Sur ce point, il n'existe donc pas de règle déontologique spécifique pour les experts, mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose aux juges de se montrer vigilants.

La procédure par laquelle l'impartialité de l'expert pourra être mise en doute s'appelle la récusation.

Section 2

Les causes de récusation

156. L'examen des causes de récusation donne une idée assez nette de ce que l'expert peut et ne peut pas faire. Les contours du devoir d'impartialité peuvent donc être dessinés en lisant les causes de récusation spécifiées par le Code judiciaire.

Les causes de récusation des experts sont les mêmes que celles des juges (article 966). Cette situation a été critiquée, parce que le juge et l'expert ne remplissent pas la même fonction. L'impact du juge sur la procédure est plus grand que celui de l'expert. Par ailleurs, ils ne se trouvent pas dans la même situation, de telle sorte que certaines causes de récusation qui sont pertinentes pour les juges sont sans objet pour les experts et vice versa. Dans l'état actuel de la législation, c'est pourtant la règle à appliquer.

157. La récusation n'est pas le remplacement. Les motifs qui mènent à introduire ces deux procédures ne sont pas les mêmes et les procédures elles-mêmes ne sont pas similaires. Il faut donc se garder de les confondre.

Le remplacement est causé par un obstacle qui empêche l'expert de remplir sa mission ou par une négligence caractérisée de l'expert. La récusation sanctionne un manque d'indépendance ou d'impartialité de l'expert. La procédure de remplacement est prévue à l'article 979 (qui renvoie à l'article 973). La procédure de récusation est prévue aux articles 966 et suivants. Parfois, les parties qui ne sont plus dans les conditions pour introduire une procédure de récusation tentent de recourir à une demande de remplacement. En principe, les tribunaux ne pourront pas faire droit à cette demande.

158. Les causes de récusation sont reprises à l'article 828 du Code judiciaire. Elles sont les suivantes :

1° S'il y a *suspicion légitime*

C'est la cause de récusation la plus large et la seule pour laquelle le juge dispose d'un véritable pouvoir d'appréciation. Il y a suspicion légitime lorsqu'un observateur neutre peut raisonnablement considérer que l'expert n'est pas impartial. Cela peut viser aussi bien la situation objective de l'expert, ses relations...

que son comportement ou la manière dont il mène sa mission. Cette cause de récusation doit être appréciée avec bon sens : poussée trop loin, elle permettrait d'obtenir la récusation de n'importe qui. En effet, tout expert s'inscrit dans un cadre familial, social, professionnel... qui peut affecter sa manière de raisonner. *L'impartialité de l'expert est présumée*. Il faudra donc des motifs sérieux pour obtenir sa récusation. La suspicion légitime peut recouvrir des cas de « partialité objective », c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles l'expert peut, dans son for intérieur, se sentir parfaitement neutre, mais où les apparences d'impartialité ne sont pas présentes. Lorsqu'un observateur, qui n'est pas anormalement soupçonneux, peut avoir des doutes sur l'impartialité de la procédure, l'expert doit être écarté. La question se pose notamment lorsque l'expert n'a pas de lien direct avec l'une des parties, mais fait partie d'une société dont un des membres présente ces relations.

Les autres causes de récusation soit appréciées strictement : ou bien les conditions précises mentionnées par la loi sont remplies ou elles ne le sont pas. Mais il n'est pas question de raisonner par analogie. Donc, si les dispositions qui suivent sont inapplicables, seule la suspicion légitime pourrait permettre la récusation de l'expert.

2° Si l'expert lui-même ou son conjoint a un *intérêt personnel* à la contestation. L'expert doit être récusé s'il est directement intéressé par la solution du litige.

3° Si lui-même ou son conjoint est *parent ou allié* des parties ou de l'une d'elles en ligne directe, (...), ou en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré, ou si l'expert est parent ou allié au degré ci-dessus du conjoint de l'une des parties.

Cette disposition ne vise pas les relations d'amitié. Celles-ci peuvent cependant tomber sous le coup de la suspicion légitime. Il convient d'être très prudent dans cette matière, et l'expert doit se déporter chaque fois qu'il ne se sent pas parfaitement à l'aise du fait de ses liens avec l'une des parties.

4° Si l'expert, son conjoint, leurs ascendants et descendants ou alliés dans la même ligne, ont un *différend sur une question pareille* à celle dont il s'agit entre les parties.

Dans ce cas, il y a risque que l'expert oriente son avis dans un sens qui soit favorable à la défense de ses intérêts personnels.

5° S'ils ont un *procès* en leur nom devant un tribunal où l'une des parties est juge ; *s'ils sont créanciers ou débiteurs d'une des parties*.

L'expert doit se déporter dès qu'il est créancier ou débiteur d'une des parties, à quelque titre que ce soit (professionnel, privé...). C'est un des motifs invoqués par la doctrine pour justifier l'obligation de consignation de la provision. Si l'expert est autorisé à réclamer directement la provision à l'une des parties, il devient son créancier et pourrait être récusé.

6° S'il y a eu *procès criminel* entre eux et l'une des parties ou leurs conjoints, parents ou alliés en ligne directe.

Sans commentaire !

7° S'il y a *procès civil* entre l'expert, son conjoint, leurs ascendants et descendants, ou alliés dans la même ligne, et l'une des parties, et que ce procès, s'il a été intenté par la partie, l'ait été avant l'instance dans laquelle la récusation est proposée ; si, ce procès étant terminé, il ne l'a été que dans les six mois précédant la récusation.

La question se pose de savoir si le fait qu'il y ait eu litige concernant la taxation des honoraires dans un précédent dossier doit être considéré comme un procès civil. En règle générale, on répond par la négative, mais il convient de rester prudent et d'apprécier les problèmes au cas par cas.

8° Si l'expert est tuteur, subrogé tuteur ou curateur, administrateur provisoire ou conseil judiciaire, héritier présomptif ou donataire, maître ou *associé de l'une des parties* ; s'il est administrateur ou *commissaire* de quelque établissement, société ou association, partie dans la cause ; si l'une des parties est sa présomptive héritière ou sa donataire.

L'expert judiciaire qui est lui-même associé d'une société impliquée ou son commissaire-réviseur ne peut évidemment intervenir. Cela vaut aussi pour un membre de la société professionnelle dans laquelle il travaille.

9° Si l'expert a *donné conseil*, plaidé ou *écrit sur le différend* ; s'il en a précédemment connu comme juge ou comme arbitre, sauf si, au même degré de juridiction : (...) (les exceptions qui suivent ne concernent que les juges).

Le différend visé est le litige dans lequel l'expert est désigné. Le fait d'avoir publié un article concernant d'autres litiges similaires n'est pas une cause de récusation. En revanche, l'expert ne peut pas être intervenu comme conseil technique d'une des parties, puis être désigné comme expert dans la même affaire. L'inverse est théoriquement possible (d'abord expert puis conseil technique dans la même procédure), mais formellement déconseillé si l'expert tient à se faire encore désigner par le tribunal. De manière plus générale, l'expert qui a été conseil technique d'une des parties, fût-ce dans un autre litige, doit se déporter. Même si les conditions du point 9 ne sont pas réunies, il n'en reste pas moins qu'il y aurait suspicion légitime. La question se pose de manière cruciale en matière d'expertise du dommage corporel, car la majorité des experts désignés par les tribunaux interviennent aussi comme médecins-conseils de compagnies d'assurance. Les tolérances admises dans ce type de contentieux ne sont toutefois pas transposables en toute matière. Cela étant, dès lors qu'il s'agit d'un cas de suspicion légitime, il est soumis à l'appréciation du juge et il est difficile de tirer des règles applicables en toute situation.

10° (applicable uniquement aux juges)

11° S'il a déposé comme *témoin* ; si, depuis le commencement du procès, il a été *reçu par une partie à ses frais ou a agréé d'elle des présents*.

Cf. l'arrêt « spaghetti » (durant l'affaire Dutroux, le juge d'instruction Connerotte est récusé parce qu'il avait participé à un repas organisé par des proches des familles des victimes pour récolter des fonds pour assurer leur défense).

12° S'il y a *inimitié capitale* entre lui et l'une des parties ; s'il y a eu, de sa part, agressions, injures ou menaces, verbalement ou par écrit, depuis l'instance, ou dans les six mois précédant la récusation proposée.

Le concept d'inimitié capitale n'est pas facile à cerner, mais suppose une véritable animosité, qui dépasse les limites de l'ordinaire. Le fait que l'expert s'énervé sur une des parties lors d'une réunion n'est pas une inimitié capitale, sauf si ce fait, qui peut s'avérer anodin, révèle un état d'esprit systématiquement négatif à l'égard d'une des parties. Dans ce cas, même s'il n'y a pas véritablement d'inimitié capitale, il y aurait à tout le moins suspicion légitime. Il a également été jugé que, lorsque l'expert est systématiquement critiqué violemment par l'une des parties, même s'il n'y a pas faute de sa part, il est préférable qu'il se déporte, parce qu'il ne lui est plus possible d'exécuter sa mission sereinement.

Section 3

La procédure de récusation

159. La procédure de récusation des experts est décrite aux articles 966 et suivants du Code judiciaire. Elle est inapplicable aux conseils techniques des parties. D'une part, ils n'ont pas la qualité d'expert judiciaire, d'autre part, il ne leur est pas demandé d'être impartiaux. Elle est également inapplicable aux sapiteurs. Pour ceux-ci, l'exigence d'impartialité est présente, mais ils ne sont pas experts judiciaires.

Lorsque la cause de récusation est connue dès le début de l'expertise, l'expert doit la déclarer dès la première réunion. Normalement l'expert doit se déporter spontanément, mais les parties peuvent l'en dispenser (article 967). Dans ce cas, il peut continuer ses travaux. Il est important que les parties puissent prendre cette décision en connaissance de cause. Il est donc formellement déconseillé à l'expert de cacher ce genre de circonstances.

Les motifs de récusation ne peuvent plus être invoqués après la première réunion d'expertise, sauf s'ils sont apparus en cours d'expertise (un litige avec une des parties, par exemple) (article 969). Cette limitation est une des raisons pour lesquelles les récusations des experts ne sont pas très fréquentes.

Si l'expert ne s'est pas déporté spontanément, l'une des parties peut déposer une demande de récusation au tribunal. Cette requête doit être déposée dans les huit jours de la connaissance du motif de récusation (article 970).

La requête est notifiée à l'expert. Celui-ci dispose d'un délai de huit jours pour prendre position sur le motif de récusation (article 971). Ce délai n'est assorti d'aucune sanction : l'expert ne sera pas automatiquement récusé s'il a répondu avec retard.

La récusation est automatique si l'expert l'accepte expressément ou ne réagit pas. Si l'expert conteste la récusation, il est convoqué au tribunal en même temps que les parties. Le juge statue après les avoir entendus en chambre du conseil (donc à huis clos).

Si la récusation est rejetée, l'expert peut demander des dommages-intérêts à la partie qui a voulu le récuser. Dans ce cas, il ne peut plus intervenir comme expert judiciaire dans l'affaire (ni une autre dans les six mois qui suivent la décision qui statue sur l'indemnisation de l'expert ; article 828, 7°).

Si la récusation est admise, l'expert doit être remplacé.

Lorsque l'expert ne peut pas continuer sa mission, soit que la récusation est rejetée, mais que l'expert réclame des dommages-intérêts, soit qu'elle a été admise, le juge nomme d'office un nouvel expert. Tout comme pour la désignation initiale ou le remplacement, les parties peuvent s'accorder sur le choix du nouvel expert, mais le juge peut y déroger par décision motivée.