

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Durée des expertises et contrôle du juge

Mougenot, Dominique

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 1996, 'Durée des expertises et contrôle du juge', *Journal des Tribunaux*, numéro 5801, pp. 361-364.

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.

DUREE DES EXPERTISES ET CONTROLE DU JUGE

ble, dans le prolongement du célèbre arrêt *Le Ski* (52), que les juridictions nationales doivent écarter l'application de leurs dispositions constitutionnelles au profit des normes internationales contraaires, du moins lorsque celles-ci sont directement applicables (53). On sait cependant que cette question de droit interne a été réglée autrement par la Cour d'arbitrage (54), l'effet direct incertain des actes unilatéraux de l'organisation universelle limitant par ailleurs l'éventualité d'un tel conflit. L'incompatibilité d'une décision du Conseil de sécurité avec un autre instrument international — pure question de droit international — paraît, même dans l'ordre interne, devoir être réglée au profit de la première, vu l'article 103 de la Charte de San Francisco (55). Toutefois, on peut soutenir que si la contradiction se produit avec une norme de *ius cogens* contenue dans cet instrument, la primauté de la résolution est exclue par l'article 103 lui-même, la Charte devant intégrer, pour des motifs structurels propres à tout ordre juridique, ces principes impératifs. Ce cas d'illégalité de la résolution a déjà été envisagé (56).

Sous couvert d'un apparent dualisme, par l'impression qu'elle donne d'une indispensable « nationalisation » des résolutions du Conseil de sécurité, la loi étudiée illustre plus fondamentalement l'inévitable perméabilité des ordres juridiques internationaux et nationaux, laquelle va bien au-delà des conceptions traditionnelles opposées dans lesquelles on avait voulu enfermer leurs rapports. La question de la composition du Conseil de sécurité et de la légitimité de ses actions n'en est assurément que plus pressante (57).

Pierre d'ARGENT

Dire que peu d'experts respectent encore les délais qui leur sont impartis par le juge est devenu un euphémisme. Rares sont ceux qui demandent la prolongation de leur mission. Souvent, les parties n'osent pas prendre d'initiative de peur de mécontenter l'expert. Parfois le demandeur en expertise est contraint de multiplier les rappels, sans parvenir pour autant à ce que l'expert communique les préliminaires ou dépose les conclusions de son rapport. Dans ces cas d'espèce, qui ne sont malheureusement pas des cas d'école (1), l'expert réunit les parties ou descend sur les lieux, effectue l'un ou l'autre devoir puis, lorsqu'il s'agit de consigner par écrit ses constatations ou son avis, ... paraît oublier le dossier dans un coin de son bureau.

Ce constat amène à s'interroger sur les pouvoirs du juge quant au contrôle de la durée des expertises. Le juge n'est-il qu'un spectateur impuissant ou, au contraire, dispose-t-il d'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'expert ?

1. — CODE JUDICIAIRE ET RESPECT DES DELAIS

1. — Nul doute que, dans l'esprit des rédacteurs du Code judiciaire, les délais impartis par le juge étaient impératifs et que l'expert ne pouvait s'en écarter que moyennant l'accord des parties ou du magistrat (art. 975).

Le commissaire royal écrivait à sujet (2) :

« Ce délai peut être prorogé sans doute. Mais l'expert est tenu de solliciter, par écrit motivé, cette prorogation, et c'est après avoir entendu l'expert et les parties que le juge décidera. Chaque fois, il aura à l'esprit que les retards de l'expertise mettent la justice même en défaut. Il veillera donc avec fermeté à les éviter; cette rigueur est la condition de la cessation d'un état de chose qui ne peut plus être toléré ».

Cette intention louable est restée lettre morte. Pourtant, le Code judiciaire prévoit différents procédés pour pallier les lenteurs de l'expertise :

2. — Tout d'abord, l'article 973 dispose que les experts procèdent à leur mission sous le contrôle du juge. Les parties trouvent la garantie de l'exercice normal de leurs droits dans le renforcement du pouvoir du juge sur la conduite de l'expertise (3). La généralité des termes utilisés permet de penser que le juge est fondé à adopter toutes les mesures généralement quelconques

susceptibles de favoriser la bonne marche de l'expertise et d'intervenir à tous les stades de celle-ci. Dans la pratique, ce contrôle est peu usité et la doctrine le regrette (4). En fait, le juge n'est pas averti par les parties ou l'expert des lenteurs de l'expertise et ne songe pas à s'ingérer *proprio motu* dans une procédure qui apparemment se déroule convenablement.

Cela étant, le pouvoir du juge connaît néanmoins certaines limites.

Tout d'abord, de manière générale, ce contrôle devra toujours s'exercer dans le respect du contradictoire et le juge ne pourra prendre d'initiatives sans en aviser les parties (5).

En outre, le juge ne pourra empiéter sur l'aspect proprement technique de l'expertise : l'expert est indépendant sur le plan technique et le juge ne peut s'immiscer dans son travail. Sur ce plan, l'expert doit pouvoir conserver une grande liberté de travail et mener l'expertise comme bon lui semble : « si les experts exercent leur mission sous le contrôle du juge, encore leur indépendance et le caractère accusatoire de la procédure ne peuvent-ils être mis en péril par une demande consacrant, directement ou indirectement, une immixtion prématurée du juge du fond dans l'appréciation des données du litige soumises à l'expertise, au mépris des spécialistes désignés en confiance » (6). En d'autres termes, tant que l'expertise est en cours, le juge n'a pas à se prononcer sur le fond du travail de l'expert.

Enfin, le juge ne pourra aller à l'encontre de la volonté des parties : même dans la matière des incidents relatifs à la preuve où « l'accusatoire se mêle assez fortement d'inquisitoire » (7), la procédure accusatoire reste de mise (8). En effet, même si le juge n'est pas lié par les offres de preuve des parties, celles-ci restent libres de mettre en œuvre ou non les mesures d'instruction ordonnées d'office par le juge. Ainsi, l'expertise ne sera mise en mouvement qu'à la

(4) G. Closset-Marchal, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », in *La preuve*, Louvain-la-Neuve, 1987, p. 31, n° 33; J. Gillardin, « Le déroulement de l'expertise », in *L'expertise*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, pp. 139 et s., spéc. 165; L.-M. Henrion, *op. cit.*; P. Lurquin, *L'expertise*, t. I, Bruylant, 1985, n° 133; R. Mougenot, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, liv. II, 2^e éd., n° 314.

(5) Cass., 16 sept. 1965, *Pas.*, 1966, I, 76.

(6) Liège, 28 avril 1992, *J.L.M.B.*, p. 726.

(7) R. Mougenot, *op. cit.*, n° 13.

(8) G. Closset-Marchal, *op. cit.*, n° 20; « Considérations générales sur l'expertise », in *L'expertise*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, p. 19; E. Krings, « L'office du juge évolution-révolution ou tradition », *J.T.*, 1993, pp. 17 et s., spéc. p. 19. Selon M. Krings, la procédure resterait accusatoire même lorsque le juge exerce un pouvoir d'impulsion dans le déroulement de la mesure d'instruction, mais ce point de vue reste assez isolé.

(1) L.-M. Henrion, « L'article 973 du Code judiciaire : une disposition oubliée », *R.D.C.*, 1992, p. 141, qui cite quelques cas assez édifiants.

(2) Rapport Van Reepinghen, Bruylant, 1968, p. 453.

(3) C.T. Liège, 15 nov. 1976, *R.C.J.B.*, 1977, p. 602.

festé d'une règle de droit interne d'importance fondamentale relative à la compétence pour conclure des traités peut toutefois être invoquée à l'appui de l'allégation d'un vice de consentement de l'Etat, et par là de la nullité du traité eu cause (art. 46 de la Convention de Vienne).

(52) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

(53) Voy. J. Veiu, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, discours prononcé le 1^{er} septembre 1992 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant, 1992.

(54) Voy., par ex., C.A., aff. 33/94, arrêt du 26 avril 1994, *Rec.*, p. 419 et aff. 26/91 et arrêt du 16 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 670 et les observations de Y. Lejeune et Ph. Brouwers, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités ».

(55) « En cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». Voy., sur ce problème, les ordonnances rendues par la Cour internationale de justice le 14 avril 1992 dans l'affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Libye c. Grande-Bretagne et Libye c. Etats-Unis), *Rec.*, 1992.

(56) Cf. *supra*, notes 43 et 44.

(57) Voy., par ex., sur cette question, D. Caron, « The legitimacy of the collective authority of the Security Council », *A.J.I.L.*, 1988, pp. 552-588; S. Murphy, « The Security Council, legitimacy, and the concept of collective security after the Cold war », *Colum. Jour. Transn. Law*, 1994, pp. 201-288; et, en général, Th. Franck, *The power of legitimacy among nations*, Oxford University Press, 1990, pp. 303.

requête de la partie la plus diligente (9) (il en va de même en matière d'enquêtes puisque le juge ne peut convoquer les témoins d'initiative). De même, le juge ne pourra contraindre les parties à consigner une provision lorsque l'expert le demande dans le cadre de l'article 990 (10). Enfin, les parties restent libres de substituer un autre expert à celui désigné par le juge, pour autant que la mission n'ait pas encore été notifiée par le greffier (11). Sous cet angle, l'expertise reste avant tout la chose des parties et le juge devra y être attentif.

L'équilibre entre les trois pôles du triangle juge-parties-expert est donc assez subtil. Le contrôle ne peut aboutir à mettre l'expert sous tutelle ou à contraindre les parties à poursuivre une procédure contre leur consentement. Mais on peut raisonnablement considérer que le contrôle de la durée de l'expertise se situe dans la sphère d'intervention du juge. On en veut pour preuve la rigueur du législateur quant au respect des délais. De plus, la pratique démontre que la partie la plus diligente n'ose bien souvent pas prendre d'initiative : dès lors, le juge devient le seul garant du respect d'un délai raisonnable. Aussi bien voit-on parfois le tribunal, pour pallier les hésitations des parties, préciser d'office qu'il entendra les parties et l'expert en chambre du conseil sur l'avancement des opérations d'expertise dans un délai qu'il fixe dans le jugement désignant l'expert (12). Ce procédé efficace et malheureusement trop rare est à encourager. Cela étant, le contrôle systématique de toutes les expertises représenterait une tâche considérable qui, eu égard à l'ampleur de l'arriéré judiciaire, n'apparaîtra vraisemblablement pas prioritaire pour les tribunaux.

Il conviendra que le juge exerce son contrôle dans un strict respect du contradictoire, afin également de sonder les intentions des parties : mener une expertise tambour battant contre la volonté des parties constituerait indéniablement une entorse au caractère accusatoire de la procédure.

3. — La participation du juge aux réunions d'expertise est prévue par le second alinéa de l'article 973. Elle peut être décidée d'office, mais cette disposition ne sera pas d'un grand secours en cas d'inaction de l'expert : par définition, il n'y a plus de réunions... et le juge n'a pas le pouvoir de convoquer les parties en lieu et place de l'expert. En outre, comme le soulignent à juste titre certains auteurs, le juge intervenant dans ce cadre ne peut connaître, en définitive, que d'incidents mineurs (13). Hors de l'audience, on voit mal le juge sanctionner l'expert autrement qu'en lui administrant de « pa-

ternelles admonestations ». En cas de carence grave de la part de l'expert ou d'obstruction dans le chef d'une des parties, seul le jugement pourra apporter une solution satisfaisante.

4. — Si l'intervention du juge dans le cadre du déroulement de l'expertise ne peut résoudre les difficultés, il reste alors aux parties la possibilité de ramener l'affaire à l'audience pour qu'il soit statué comme de droit en application de l'article 875. En effet, ce texte constitue une disposition générale applicable à toutes les mesures d'instruction.

L'application de l'article 875 peut déboucher sur des mesures concrètes très diverses : en effet, à l'audience, le juge peut se borner à entendre les explications de l'expert, lui faire des recommandations, proroger les délais d'exécution de sa mission ou encore décider de son remplacement. Il pourra, en outre, contrôler le caractère contradictoire de l'expertise, le respect des formalités, prendre les mesures adéquates pour passer outre à la mauvaise volonté d'une des parties, moyennant recours à l'astreinte, le cas échéant (14).

5. — Le remplacement de l'expert constitue la mesure ultime, rarement satisfaisante pour les parties : le délai échu depuis la désignation de l'expert sera irrémédiablement perdu et le nouvel expert devra recommencer *ab initio*, en s'aidant éventuellement des notes ou du dossier de son prédécesseur (15). Souvent, se pose à ce moment le problème du sort à réserver aux provisions déjà versées à l'expert déchargé de sa mission. En effet, si l'article 990 du Code judiciaire prévoit la consignation des provisions au greffe, en pratique, dans la très grande majorité des cas, la provision a été versée directement à l'expert. Cette pratique illégale (16) suscite la réprobation unanime des auteurs (17). En cas de remplacement de l'expert, le Code judiciaire (art. 976) précise que le juge apprécie librement le montant de ses honoraires. Bon nombre de décisions estiment dans ce cas que l'expert n'a droit qu'à des honoraires réduits ou pas d'honoraires du tout (18).

Le texte légal envisage également la possibilité de réclamer des dommages-intérêts à l'expert si son comportement a entraîné un dommage pour une ou plusieurs parties (19).

Le juge peut-il décharger d'office l'expert négligent ? En règle générale, le remplacement a lieu à la demande de la partie la plus diligente (art. 977). Toutefois, en cas de prolongation

indue de l'expertise, le remplacement d'office semble autorisé par la rédaction de l'article 976 : en effet, le juge, saisi d'une demande de prorogation de l'expertise, apprécie souverainement du bien-fondé de celle-ci. La conséquence inéluctable du refus de prorogation est la fin de la mission. Petite émergence de la procédure inquisitoire.



II. — POUVOIR D'INJONCTION DU JUGE A L'EGARD DE L'EXPERT

6. — Un jugement inédit du tribunal de première instance de Mons (20) jette un jour nouveau sur cette matière : un expert, désigné dans le cadre d'une procédure en référé, tardait à déposer son rapport. Dans le cadre d'une instance au fond introduite concomitamment, une des parties demanda alors au juge de faire application de l'article 878 du Code judiciaire et d'ordonner à l'expert de déposer son rapport, celui-ci constituant une pièce nécessaire pour le règlement du litige au fond. Le juge fit droit à la demande. Pour la petite histoire, l'expert qui était inactif depuis onze ans déposa son rapport dans le mois du jugement.

Si le recours aux articles 877 et suivants du Code judiciaire est astucieux, l'utilisation de ces textes dans le cas d'espèce apparaît discutable. Le but de ces dispositions est de permettre la production de pièces détenues par une partie ou un tiers. Le juge apprécie souverainement s'il existe des présomptions graves, précises et concordantes quant à l'existence et la détention de ce document (21). En l'espèce, le rapport n'avait jamais été déposé ni communiqué aux parties. Sauf à supposer que l'expert le conservait par devers lui, ce qui est peu probable, cette mesure consistait, en fait, à enjoindre à un tiers non de déposer une pièce en sa possession mais de créer un document qui n'existait pas au moment où le jugement est prononcé. Cela paraît aller au-delà du prescrit de l'article 877.

7. — Dans l'hypothèse visée, le juge qui a pris la décision n'était pas celui qui avait désigné l'expert. Cette solution est-elle transposable dans le chef du juge qui a ordonné l'expertise ? Le détour par l'article 877 n'est pas nécessaire dans ce cas : le juge peut puiser dans le pouvoir de contrôle qui lui est reconnu par l'article 973 le droit d'ordonner à l'expert de déposer son rapport.

Soyons clair : le juge n'a normalement pas le pouvoir de donner des ordres à l'expert. Il a été dit plus haut que l'expert exécute sa mission de la manière qui lui paraît la plus opportune. Toutefois, cette liberté d'action doit céder en cas d'inaction de l'expert. Celui-ci a été défini comme « un auxiliaire de justice occasionnel investi par le juge de la mission de procéder à des constatations ou de donner un avis tech-

(20) Civ. Mons, 2^e ch., 4 mai 1992, Piérart c. Boschetti - Caselli - s.p.r.l. Loiselet Frères.

(21) J. van Compernelle, « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *Ann. dr. Louvain*, 1981, p. 92.

(9) Contrairement à ce qui se passe en France. Cette hypothèse, envisagée lors de la rédaction du Code judiciaire, a été volontairement écartée par le commissaire royal au nom du caractère accusatoire de la procédure : rapport Van Reepinghen, p. 453, note 238.

(10) Cass., 16 nov. 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 333; Civ. Nivelles, 6 nov. 1990, *J.T.*, 1991, p. 130.

(11) P. Lurquin, *op. cit.*, n° 97; Civ. Antwerpen, 22 janv. 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 336.

(12) Comm. Bruxelles, 4 févr. 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 140.

(13) J. Gillardin, *op. cit.*, p. 166; P. Lurquin, *op. cit.*, n° 133.

(14) A. Fetweis, *Manuel de procédure civile*, n° 529.

(15) Les nouveaux experts pourront demander aux experts précédemment nommés les renseignements qu'ils jugeront convenables (art. 987, C. jud.).

(16) Article 990, alinéa 2 : « tout autre mode de versement d'une provision oblige l'expert à restitution » (sur le caractère impératif de cette disposition, voy. D. Pire, « Les honoraires de l'expert dans le Code judiciaire », in *L'expertise*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, p. 173).

(17) G. Closset-Marchal, « Le rôle du juge... », *op. cit.*, p. 40; S. Dufrene, « L'expertise », *J.T.*, 1988, p. 181, n° 54 et 55; P. Lurquin, *op. cit.*, n° 201; D. Pire, *op. cit.*, p. 169.

(18) P. Lurquin, *op. cit.*, n° 220; voy. également la jurisprudence citée par D. Pire, *op. cit.*, p. 189.

(19) P. Lurquin, *op. cit.*, n° 261, 263 et 264.

nique » (22). En acceptant sa mission, il endosse également une obligation : celle de collaborer efficacement au bon déroulement du procès. S'il faillit à sa mission, le juge peut le rappeler à l'ordre et lui enjoindre de continuer son travail. Il faut évidemment que cette faculté soit utilisée à bon escient et que l'expert ait la possibilité de s'expliquer. Quelles décisions pourrait prendre le juge dans ce cadre ? Tout dépend de l'état d'avancement de l'expertise et des besoins : par exemple, ordonner à l'expert de convoquer les parties si une des parties le demande et que cette mesure apparaisse opportune. Ou encore, et surtout, enjoindre à l'expert de rédiger ses préliminaires ou de déposer son rapport.

8. — Ce pouvoir est-il assorti d'une sanction ? En particulier, pourrait-on envisager que le juge ordonne à l'expert de déposer son rapport sous peine d'astreinte ? Il faudrait qu'une des parties le demande, le juge ne pouvant prononcer d'astreinte de sa propre initiative (23). Cette contrainte contribue à rendre la question assez théorique, car la partie qui souhaite ainsi diligenter l'expertise risque également d'indisposer l'expert. Cela étant, cette question soulève différents problèmes.

9. — Le premier tient à la distinction opérée par la Cour de cassation entre ordre et condamnation. Dans un arrêt du 18 février 1988, la Cour avait confirmé un arrêt de la cour d'appel de Liège qui considérait qu'une décision ordonnant la comparution personnelle d'une partie ne pouvait être assortie d'une astreinte au motif que l'ordre de comparution personnelle donné à l'une des parties n'est pas une condamnation (24). Dans les conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général Piret insistait sur le fait que l'astreinte n'est due que si la condamnation principale est susceptible d'exécution forcée.

Cette distinction revêt une importance pratique évidente dans l'hypothèse qui nous occupe : en effet, si on admet que le juge puisse donner des ordres à l'expert, ces injonctions sont cependant démunies de toute possibilité d'exécution forcée. Il ne s'agit donc pas de condamnation au sens où l'entend la Cour.

En fait, cette décision a laissé la doctrine perplexe (25). Comme le souligne Mme Moreau-Margrève, il n'y a pas lieu de prendre au sens strict le terme « condamnation principale » utilisé à l'article 1385bis du Code judiciaire : « tout ordre qu'un juge a pouvoir de prononcer à l'égard d'un justiciable peut être assorti d'une astreinte ». Par ailleurs, il faut hannir l'opinion

erronée selon laquelle l'astreinte serait exclue si l'exécution forcée directe de la condamnation principale n'est pas possible (26). La Cour de justice Benelux l'a d'ailleurs implicitement confirmé en considérant que l'ordre donné à l'une des parties de prêter le serment visé à l'article 1183, 11^o, du Code judiciaire — injonction dont l'exécution forcée directe est impossible — est susceptible d'être assorti d'une astreinte (27). La distinction opérée par la Cour de cassation entre ordre et condamnation apparaît dès lors contestable et ne pourrait, à notre sens, constituer un obstacle à l'astreinte prononcée à l'encontre d'un expert.

10. — Cette question soulève une seconde difficulté : l'expert n'étant pas partie au procès (28), l'astreinte est-elle autorisée à l'encontre de tiers ? Le texte de l'article 1385bis du Code judiciaire fait expressément référence à « l'autre partie », ce qui a amené certains auteurs à considérer que le recours à l'astreinte à l'encontre d'un tiers était interdit (29). Toutefois, à l'heure actuelle, la doctrine majoritaire a tourné l'obstacle, considérant que la loi uniforme instituant l'astreinte ne peut être l'objet d'une lecture exégétique (30) et que l'utilisation du terme « partie » vise, en fait, le *quod plerumque fit* (31). En outre, lorsque le juge adresse une injonction à un tiers, ce tiers est partie à la procédure d'injonction (32). En d'autres termes, il est partie à la « condamnation principale » — c'est à dire l'ordre ou la condamnation prononcés par le juge dont l'astreinte constitue l'accessoire. Cette condamnation principale au sens de l'article 1385bis peut dès lors s'avérer tout à fait distincte des condamnations que le juge serait susceptible de prononcer dans les relations entre parties au procès. La solution est clairement admise en ce qui concerne l'injonction donnée à un tiers de se dessaisir de documents utiles pour le bon déroulement du procès (33) ou de témoigner dans le cadre d'une procédure d'enquête (34).

(26) Conclusions de l'avocat général D'Hoore précédant l'arrêt de la Cour de justice Benelux du 29 novembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 415, n^o 5.

(27) Voy. arrêt cité à la note précédente.

(28) Liège, 1^{er} oct. 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 82.

(29) D. Lindcmans, « Het beekomen van de dwangsom », in *10 ans d'application de l'astreinte*, Creadif, 1991, p. 63, n^o 19; J. van Compernelle, « La production forcée de documents... », *op. cit.*, p. 104. Cet auteur a ultérieurement rallié l'avis de la doctrine majoritaire, cf. *infra*, note 32.

(30) J. van Compernelle, « L'astreinte », *op. cit.*, n^o 40.

(31) I. Moreau-Margrève, « L'astreinte », *op. cit.*, p. 66.

(32) G. de Leval, « L'instruction sans obstruction », in *La preuve*, Louvain-la-Neuve, 1987, p. 28; J. Van Compernelle, « L'astreinte », *op. cit.*, n^o 43, qui exprime une opinion différente de celle reprise dans l'article repris à la note 29; conclusions avocat général D'Hoore, *op. cit.*, n^o 7.

(33) A. Fertweis, *op. cit.*, n^o 482; A. Kohl, « Astreinte et production de documents dans le cadre de la fixation du montant d'une pension alimentaire », *J.L.M.B.*, 1991, p. 975; G. de Leval, *op. cit.*; M. Storme, « Zoute nootjes bij "zoute" arresten », *R.W.*, 1984-1985, col. 1413; J. van Compernelle, « L'astreinte », *op. cit.*, n^o 43; Civ. Liège, 14 févr. 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 974.

(34) J. van Compernelle, *op. cit.*, n^o 44.

Pcut-on dès lors, par analogie, admettre l'astreinte dans le cas de l'expert en défaut d'accomplir sa mission ?

Un jugement l'a exclu à l'égard d'un autre auxiliaire de la justice : le notaire chargé de dresser inventaire dans le cadre de la liquidation de la communauté existant entre les époux. Le tribunal de première instance de Gand (35) a considéré que le notaire ne pouvait être condamné à faire inventaire parce qu'il n'est pas partie au procès et donc qu'aucune astreinte ne pouvait être prononcée à son encontre (36). La motivation ne nous paraît pas déterminante. S'il est exact que le notaire n'est pas partie au procès, ce motif n'apparaît pas suffisant dès lors que, comme nous l'avons vu, le terme « partie » visé à l'article 1385bis revêt le sens tout à fait particulier. Le fait que, dans le cadre de l'inventaire, le notaire ne puisse faire l'objet d'une condamnation au sens strict du terme ne constitue pas non plus un obstacle incontournable dès lors qu'un ordre non susceptible d'exécution forcée peut être assorti d'une astreinte. Il nous semble que le juge aurait dû examiner si la loi l'avait investi d'un pouvoir de contrôle à l'égard du notaire qui l'autorisait à donner des injonctions à celui-ci en cas de carence. Ce pouvoir nous paraît exister en ce qui concerne l'expert. L'examen du rôle du notaire dépasse le cadre du présent examen.

M. de Leval estime par ailleurs que l'expert, en sa qualité d'auxiliaire du juge, ne pourrait pas être considéré comme une partie, même au sens de l'article 1385bis du Code judiciaire (37).

Cependant, aussi bien le tiers détenant des documents ou appelé à témoigner que l'expert ont l'obligation légale de collaborer à l'administration de la preuve. La seule différence dans le cas de l'expert réside dans la possibilité de refuser sa mission. Mais s'il l'accepte, il est tenu d'éclairer le juge dans la mesure de ses moyens et dans les limites de sa mission. La distinction entre le tiers et l'expert est-elle dès lors fondée ? En outre, nous avons vu que, dans les différents cas dans lesquels le juge est autorisé à ordonner une astreinte à charge d'un tiers, la « partie » au sens de l'article 1385bis est, en fait, le destinataire de l'injonction. Par conséquent, si on admet que le juge est fondé à ordonner à l'expert de déposer son rapport, l'expert est le destinataire de cette injonction et on ne voit dès lors pas l'obstacle qui empêcherait de le considérer comme la « partie » telle que définie par les auteurs.

11. — Enfin, on peut se demander à qui cette astreinte devrait profiter. L'expert n'est pas le mandataire des parties et est avant tout l'auxiliaire du juge. Pourrait-on envisager dans ces conditions que le bénéficiaire d'une injonction donnée par le juge à l'expert puisse revenir à une des parties ?

Cela nous paraît admissible dès lors que l'astreinte doit nécessairement être demandée par une des parties au procès : elle ne peut être assimilée, par exemple, à l'amende pour fol appel, prononcée d'initiative par le juge et ne bénéficiant pas aux parties. Par ailleurs, même

(35) Civ. Gand, 1^{er} mars 1993, *Tijd. Not.*, 1994, p. 473.

(36) Le tribunal estime que la seule solution en cas de refus du notaire est de procéder à son remplacement.

(37) G. de Leval, *op. cit.*, p. 29.

(22) J. van Compernelle, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », in *L'expertise*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, p. 124, citant Solus et Perrot.

(23) I. Moreau-Margrève, « L'astreinte », *Ann. dr. Liège*, 1982, p. 20; J. van Compernelle, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, n^o 26; Cour de justice Benelux, 2 avril 1984, Valois Vacances et Loisirs c. Edel Bureau Elit, *Jurisprudence de la Cour de justice Benelux*, t. V, p. 47.

(24) *Pas.*, 1988, I, 722. La motivation de l'arrêt n'est pas des plus claires. Il semble que la Cour ait également considéré que le refus d'une des parties de comparaître volontairement relève de son droit à organiser sa défense comme elle l'entend.

(25) I. Moreau-Margrève, « Principes généraux », in *10 ans d'application de l'astreinte*, Creadif, 1991, pp. 20 et s.; J. van Compernelle, *op. cit.*, n^o 42.

si le mécanisme de l'astreinte sert l'intérêt général en assurant une plus grande efficacité de l'exécution des décisions de justice, on n'a pas exclu pour autant que le bénéficiaire revienne à la partie qui en demande l'application (38).

D'après les travaux préparatoires de la loi uniforme, le bénéficiaire le plus qualifié à profiter de la condamnation à l'astreinte est le titulaire même de la créance principale (39).

Le terme « créance principale » doit s'entendre dans le même sens que « condamnation principale », c'est-à-dire la créance reconnue par le juge dans le cadre de la condamnation assortie d'une astreinte. Lorsqu'il s'agit d'une injonction du juge à l'égard d'un tiers, cette créance porte sur une obligation de faire, par exemple, produire des documents en justice ou comparaître comme témoin. Cette créance peut être complètement étrangère à tout rapport juridique préexistant entre la partie qui sollicite l'utilisation de l'astreinte et le tiers : dans le cas assez typique de la preuve par production de documents détenus par un tiers, la partie qui sollicite du juge le recours à cette mesure puise son droit dans l'article 877 du Code judiciaire. Elle n'a pas à justifier d'un autre titre pour exiger la communication de ces documents et peut diriger sa demande contre n'importe qui, pour autant qu'il détienne des éléments utiles au bon déroulement de la procédure et qu'il n'existe pas un empêchement légal à cette communication, par exemple, le secret professionnel. A partir du moment où le juge accepte de recourir à ce mode de preuve et adresse un ordre à un tiers, un rapport juridique inexistant préalablement se noue entre la partie qui a sollicité la production de document et ce tiers : c'est la créance principale visée par les travaux préparatoires. Et les auteurs de la loi uniforme nous expliquent que la partie qui devient ainsi créancière est alors la mieux placée pour tirer bénéfice de l'astreinte.

Dès lors, le fait que l'expert soit l'auxiliaire du juge ne paraît pas une raison technique suffisante pour que l'astreinte qui serait prononcée à charge de l'expert ne puisse bénéficier à l'une des parties au procès. L'expert assume une obligation légale de diligence aussi bien envers le juge qu'envers les parties. Si l'expert ne répondait de ses actes que devant le juge seul, on ne comprendrait pas que les parties puissent solliciter son remplacement en cas de carence. A partir du moment où, à la demande d'une des parties, le juge donne à l'expert l'ordre de déposer son rapport, un rapport juridique identique à celui qui existe entre la partie requérante et le tiers détenteur de documents se noue entre cette partie et l'expert. Si on admet qu'une des parties tire profit d'une astreinte prononcée

(38) J. van Compemolle, *op. cit.*, n° 18-b; en matière administrative cependant, l'article 36 nouveau des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat prévoit le versement des astreintes à un « Fonds de gestion des astreintes ». Les auteurs reconnaissent d'ailleurs que le fait que le bénéficiaire de l'astreinte revienne à l'une des parties constitue une garantie de l'efficacité de la mesure : un particulier sera certainement plus diligent pour obtenir le paiement effectif de l'astreinte qu'un Fonds spécial ou l'Etat lui-même. Voy., à ce sujet, outre la référence citée à la présente note, I. Moreau-Margrève, « Principes généraux », *op. cit.*, p. 28.

(39) Textes de base Benelux, t. 4, II, p. 27, cités par D'Hoore, *op. cit.*, n° 7.

contre un tiers, on doit également l'admettre dans le cadre des relations entre les parties et l'expert.

12. — Nous avons ainsi examiné trois obstacles potentiels à l'utilisation de l'astreinte à l'égard de l'expert. Aucun ne nous paraît déterminant. Et pourtant, sur le fond de la question, nous partageons l'avis négatif de M. de Leval. En définitive, la principale difficulté tient davantage, selon nous, à l'opportunité d'une telle mesure qu'à une impossibilité juridique. Un lien de confiance naturel doit exister entre le magistrat et l'expert, et ce d'autant plus que le tribunal ne possède pas les compétences lui permettant de contrôler le fondement technique des rapports d'expertise. L'astreinte constriquant une véritable peine civile, on voit mal le juge sanctionner son auxiliaire en cours d'expertise, alors que ce lien de confiance n'est pas encore irrémédiablement rompu et, s'il l'est, comment le juge pourrait-il encore demander à l'expert de poursuivre ses travaux ? C'est donc la qualité des relations devant exister entre le juge et l'expert qui forme l'obstacle majeur à l'utilisation de l'astreinte, davantage qu'une contrainte liée au procédé de l'astreinte proprement dit.

13. — En fait, il faut reconnaître, au terme de cet examen, que la seule sanction qui puisse être sérieusement envisagée est le remplacement de l'expert assorti, le cas échéant, de l'allocation de dommages-intérêts. Le Code judiciaire, en prévoyant la possibilité d'une réduction des honoraires, crée également une arme redoutable pour lutter contre la carence des experts. Ainsi que l'enseigne M. Fettweis : « L'expert n'a droit à aucun honoraire lorsque le rapport a été écarté du débat parce que des irrégularités ont affecté l'accomplissement de sa mission » (40).

Nul doute que ce principe soit également applicable lorsque l'expert ne dépose pas de rapport du tout et fait l'objet d'un remplacement suite à son inertie.

Même si aucune menace ne planait sur les honoraires de l'expert dans le cas soumis au tribunal civil de Mons (le juge du fond n'avait aucun pouvoir à l'égard de l'expert désigné en référé), l'injonction s'est avérée efficace. Elle le serait d'autant plus si l'expert était bien conscient de ce que son inaction risque de lui faire perdre sa mise.

Ajoutons enfin la possibilité offerte par le Code judiciaire lui-même de l'établissement de listes d'experts par les cours et tribunaux (art. 991). Cette disposition est restée lettre morte. Le procédé est pourtant connu en France et dans d'autres pays. La remise à jour régulière de telles listes permettrait de rayer les experts connus pour leur manque de diligence (41). Encore faudrait-il que les tribunaux puissent compter sur un nombre suffisant de candidats-experts. En effet, dans la pratique, on voit parfois les magistrats contraints de ménager leurs experts à défaut de pouvoir les remplacer par des auxiliaires plus rapides ou plus consciencieux.

Dominique MOUGENOT

(40) A. Fettweis, *op. cit.*, n° 540.

(41) G. Closset-Marchal, « Considérations générales... », *op. cit.*, p. 15.

VIENT DE
PARAÎTRE



COLLECTION
CRÉATION - INFORMATION - COMMUNICATION

La Défense de la Marque dans le Benelux

— marque Benelux et marque communautaire —

PAR

Jean-Jo Evrard et Philippe Péters

Avocats aux barreaux de Bruxelles et de Paris

Associés au cabinet Nauta Dutilh,

ils pratiquent essentiellement le droit de la propriété intellectuelle

Le droit des marques dans les pays du Benelux connaît de grands changements.

Le 1^{er} janvier 1996, est entré en vigueur le protocole du 2 décembre 1992 modifiant la loi uniforme Benelux sur les marques. Par ailleurs, la marque communautaire est devenue réalité suite à l'entrée en vigueur du règlement sur la marque communautaire : il est désormais possible de déposer une marque communautaire auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (O.H.M.I.), établi à Alicante.

La marque, élément essentiel du succès d'un produit ou d'un service, ne garde sa valeur que si elle est efficacement défendue. Les titulaires des marques doivent être d'autant plus vigilants que désormais, les actions en contrefaçon se prescrivent par cinq ans.

C'est la raison pour laquelle Jean-Jo Evrard et Philippe Péters ont axé l'examen du nouveau régime des marques Benelux et du régime de la marque communautaire sur le thème de la défense de la marque.

Le plan est conçu de façon à répondre de manière logique et concise aux questions que se pose le titulaire d'une marque, confronté à une contrefaçon. La marque est-elle valable ? Est-elle contrefaite ? Comment mettre fin à la contrefaçon ? C'est à ces trois questions que répondent les trois parties du livre.

TABLE DES MATIÈRES ABRÉGÉE

Introduction.

Les vérifications préalables : Les signes susceptibles de constituer une marque - Les conditions de validité de la marque - Nécessité du dépôt - L'antériorité des droits - Le maintien de la marque.

Les atteintes à la marque : L'usage d'un signe identique pour des produits identiques - L'usage d'une marque identique ou ressemblante pour des produits identiques ou similaires - L'usage d'une marque portant atteinte à une marque de renommée - L'usage d'un signe qui ne distingue pas des produits ou des services - Les conflits entre marques et appellations d'origine.

Les actions judiciaires : Questions préalables à toute action - L'action en contrefaçon - Les actions pénales.

Un volume 16 x 24 cm, 300 pages, 1996... 2.850 FB
(t.v.a.c., franco pour la Belgique)

COMMANDES : LARCIER, c/o Accés+, s.p.r.l.

Fond Jean-Piquès, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve

Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19