

L'expertise est-elle un mode alternatif de règlement des conflits ?

Dominique MOUGENOT

Juge au Tribunal de commerce de Mons-Charleroi
Maître de conférence invité à l'Université de Namur
et à l'Université catholique de Louvain

Olivier MIGNOLET

Avocat au Barreau de Bruxelles
Simmons & Simmons LLP
Collaborateur scientifique à l'Université catholique de Louvain
Membre du CEPANI

1. Une question qui peut sembler incongrue... La question évoquée par le titre de la présente contribution peut paraître incongrue. L'expertise judiciaire est une mesure d'instruction qui permet d'éclairer le magistrat appelé à statuer sur la cause. La décision ordonnant l'expertise est d'ailleurs un jugement « avant-dire droit » (avec toutes les conséquences procédurales qui en découlent¹), ce qui signifie qu'elle précède le moment auquel le magistrat, qui a désigné l'expert (ou un autre magistrat), statuera sur le fond du litige. En désignant un expert, le magistrat va constater : (i) qu'une question d'ordre technique doit être résolue pour qu'il² puisse statuer sur tout ou partie des demandes qui lui sont soumises ; (ii) qu'il a besoin, pour répondre à cette question, de l'assistance d'un technicien, homme de l'art. L'aspect technique³ est un attribut de l'expertise⁴. Il constitue une réelle spécificité de l'expertise judiciaire au regard d'autres mesures d'instruction, plaçant l'expertise à un carrefour entre le droit et la science⁵.

¹ O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, tiré à part du *Rep. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 71-72 et pp. 76 à 81.

² Ou un autre juge si l'expertise est, par exemple, ordonnée en référé.

³ À cet égard, voy. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., éd. Faculté de droit de Liège, 1987, pp. 379 et 380, n° 511.

⁴ Voy. l'art. 962, al. 1^{er}, du Code judiciaire précité. En France également, l'accent est mis sur la spécificité technique de l'expertise, celle-ci étant régie par le chapitre 5 du titre VII du livre I^{er} du NCPC, intitulé « Mesures d'instruction exécutées par un technicien ».

⁵ En ce sens, O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Bibliothèque de droit privé, t. 443, Paris, L.G.D.J., 2005.



2. ...mais une question pertinente. Pourtant, nous avons identifié deux situations dans lesquelles un expert participe directement à la résolution du conflit :

- tout d’abord, l’expertise judiciaire n’est pas la seule forme d’expertise appréhendée par le droit ;

Une autre forme d’expertise est bien connue des juristes et revêt une importance pratique considérable : l’expertise extrajudiciaire.

L’expertise extrajudiciaire comprend deux institutions distinctes : l’expertise privée et l’expertise amiable⁶. Création de la pratique, l’expertise amiable est définie comme une mission « que les parties confèrent à un tiers afin que celui-ci donne un avis qu’il présentera sous la forme d’un rapport. L’avis est demandé à propos d’un problème technique »⁷.

Les expertises amiables se subdivisent elles-mêmes en deux catégories : celles qui ont la valeur d’un simple avis (au même titre qu’une expertise judiciaire) et dont le juge peut décider de suivre ou non les conclusions, et celles qui ont un caractère irrévocable, en ce sens que les parties s’engagent par avance à se conformer aux conclusions du rapport d’expertise. Cette dernière catégorie d’expertise est à rapprocher des « avis obligatoires »⁸, également dénommés « *bindende derdenbeslissing* »⁹ ou « tierce décision obligatoire »¹⁰, qui peuvent constituer un mode alternatif de règlement d’un différend¹¹ et dont il sera question sous le point I ci-après.

⁶ P. LURQUIN, *Traité de l’expertise en toutes matières*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 8, n° 3.

⁷ J. JARROSSON, *La notion d’arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 114, n° 208, cité par J. VAN COMPERNOLLE, « Expertise et arbitrage », in *L’expertise*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE et B. DUBUISSON, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 48, n° 19.

⁸ P. DE BOURNONVILLE, « Arbitrage », in *Rép. Not.*, t. XIII, L. VI, Bruxelles, Larcier 2000, pp. 63-65, n°s 16 à 20, qui rattache à juste titre à cette catégorie d’avis les « arbitrages de qualité » – dont l’exemple le plus marquant est celui visé à l’article 1592 du Code civil (à ce sujet, voy. l’excellente étude de L. SIMONT, « Contribution à l’étude de l’article 1592 du Code civil », in *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 261 et s.) – ceux-ci constituant également une forme de recours à un tiers (expert) afin qu’il détermine, de manière définitive et irrévocable, un élément d’un contrat.

⁹ M. STORME, « De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen – Een rechtsvergelijkend onderzoek op grenzen van contractenrecht en het procesrecht », *T.P.R.*, 1984, pp. 1243 et s.; M.-L. STORME et M.E. STORME, « De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht », *T.P.R.*, 1985, pp. 713 et s.; M. STORME, « Contractuele mogelijkheden om geschillen alternatief op te lossen », in M. STORME, Y. MERCHIEERS et J. HERBOTS (éd.), *De Overeenkomst vandaag en morgen*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, pp. 581 et s.; B. DE TEMMERMAN, « De minnelijke medische expertise: een bindende derdenbeslissing? », note sous Gand, 11 octobre 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 238.

¹⁰ M. STORME, « Tierce décision obligatoire: ni expertise, ni arbitrage », in *J.L.-J.L.M.B., Centenaire*, Bruxelles, éd. Story-scientia, 1988, pp. 345 et s.; O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, p. 565.

¹¹ O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *loc. cit.*



- ensuite, dans le cadre d'une expertise judiciaire, il est remarquable de constater que le législateur belge¹² a réservé à l'expert judiciaire une mission très différente de celle de donner un avis: l'expert *doit* tenter de concilier les parties.

Cette obligation a été maintenue malgré deux modifications législatives récentes: la loi du 15 mai 2007 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'expertise et rétablissant l'article 509*quater* du Code pénal¹³ (ci-après «loi du 15 mai 2007»), qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007¹⁴ et la loi portant des dispositions diverses en matière de Justice (II) du 30 décembre 2009¹⁵, qui est entrée en vigueur 10 jours après sa publication au *Moniteur belge*, soit le 25 janvier 2010 (ci-après «loi du 30 décembre 2009»). Ces nouvelles législations ont en effet, toutes deux, maintenu le préalable de conciliation en apportant peu de modifications (et donc également peu de clarification) aux anciennes dispositions en la matière.

¹² En France, l'article 240 du NCPC prévoit tout au contraire que «le juge ne peut donner au technicien la mission de concilier les parties».

¹³ M.B., 22 août 2007, p. 43898. M. CASTERMANS, *De hervorming van het deskundigenonderzoek*, Gand, Story Publishers, 2007; K. DEVOLDER, «Het gerechtelijk deskundigenonderzoek na de Wet van 15 mei 2007», *R.D.J.P.*, 2008, pp. 74 et s.; B. LOUVEAUX, «La réforme de l'expertise judiciaire», *Immobilier*, 2007, n° 15, pp. 1 et s.; O. MIGNOLET, «Nouveautés en matière d'expertise: le régime général, modifié par la loi du 15 mai 2007, et la saisie en matière de contrefaçon, modifiée par la loi du 10 mai 2007», in *Nouveautés en matière d'expertise et de propriété intellectuelle*, sous la direction de P. JADOUL et A. STROWEL, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 9 et s.; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, tiré à part du *Rep. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2009; D. MOUGENOT, «Le nouveau droit de l'expertise», in *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, sous la direction de G. DE LEVAL et F. GEORGES, Formation permanente CUP, vol. 95, Louvain-la-Neuve, Anthemis, septembre 2007, pp. 69 et s.; D. MOUGENOT, «L'expertise dans tous ses états», in *Le droit judiciaire en effervescence*, sous la direction scientifique de G. DE LEVAL et J.F. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2007, pp. 207 et s.; D. MOUGENOT, «Titre II – Introduction générale», in *Expertise: commentaire pratique*, Ouvrage sur feuillets mobiles, Bruxelles, Kluwer; D. MOUGENOT et O. MIGNOLET, «La loi du 15 mai 2007 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'expertise et rétablissant l'article 509*quater* du Code pénal. Évaluation de la loi et propositions de modifications», in *Les lois de procédure de 2007...revisited!*, Centre interuniversitaire de droit judiciaire, Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 209 et s.; B. PETIT et R. DE BRIEY, «La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister», *J.T.*, 2008, pp. 237 et s.; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in hoogste versnelling?*, Anvers/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 112 et s.; B. VANLERBERGHE, «De wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509*quater* van het Strafwetboek», *R.W.*, 2007-08, pp. 594 et s.; X, *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, ouvrage collectif sous la direction de H. BOULARBAH, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010; X, *L'expertise judiciaire: des réformes aux pratiques*, sous la direction scientifique de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et R. DE BRIEY, Waterloo, Kluwer, 2009.

¹⁴ Sur l'application dans le temps de cette loi, voy. H. BOULARBAH, «Le nouveau droit de l'expertise judiciaire. Présentation et application dans le temps de la loi du 15 mai 2007 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'expertise et rétablissant un article 509*quater* dans le Code pénal et sa "loi de réparation" du 30 décembre 2009», *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, ouvrage collectif sous la direction de H. BOULARBAH, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 27-29.

¹⁵ M.B., 15 janvier 2010, p. 1893; voy. D. MOUGENOT et O. MIGNOLET, «La loi du 30 décembre 2009 "réparant" la procédure d'expertise judiciaire», *J.T.*, 2010, pp. 201 et s.



La conciliation est, comme d'autres mesures (la médiation¹⁶, la transaction, la tierce-décision obligatoire, etc.) une forme de « mesure alternative au règlement des conflits » (MARC)¹⁷.

Dans son rôle de conciliateur, l'expert ne contribue pas à éclairer le juge sur un aspect (factuel et technique) du litige. Si sa mission de conciliation aboutit à un accord des parties, l'expert participe en fait directement à la résolution du litige¹⁸.

C'est pour ce motif que le point II de la présente contribution s'intéressera à l'expert « conciliateur ».

I. Quand la résolution du conflit constitue la mission principale de l'expert : la tierce décision obligatoire

A. Définition

3. Définition et liens avec l'expertise. La tierce décision obligatoire est le processus par lequel les parties confient à un *tiers* (à savoir une personne qui n'est pas une partie au litige) la mission de prendre une décision qui s'impose à elles de la même manière qu'un contrat¹⁹.

Il revient à M. Storme d'avoir relevé que ce processus correspondait à la *bindende derden beslissing*, connue du droit néerlandais²⁰.

La base de ce mécanisme est de nature contractuelle : la tierce décision obligatoire ne peut exister que si les parties ont accepté d'y recourir.

Il faut donc, avant que le tiers intervienne, que les parties concluent une convention, écrite ou verbale, par laquelle elles se dessaisissent de leur pouvoir de décision au profit d'un tiers. Ce processus n'est pas réglementé, ni en droit des contrats ni en droit processuel. Sa souplesse constitue sa force. Il peut être utilisé soit pour trancher un conflit, soit même pour fixer un point,

¹⁶ La distinction entre la médiation et la conciliation n'est pas aisée. Les auteurs évoquent des motifs différents de les distinguer. Au final, ce qui compte, c'est de pouvoir déterminer le régime qui s'applique au mode alternatif de règlement de conflit auquel on recourt, la médiation étant encadrée de manière différente (et plus précise) que la conciliation (voy. les références citées in V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », in *Arbitrages et modes alternatifs de règlement des conflits*, Formation permanente CUP, décembre 2002, vol. 59, pp. 38-39).

¹⁷ V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*, pp. 45 et s.

¹⁸ H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire... », *op. cit.*, p. 8, n° 1.

¹⁹ G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, 2^e éd., n° 349.

²⁰ M. STORME, « De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen », *op. cit.*, p. 1244, n° 1. Pour une comparaison approfondie entre les mécanismes belges et néerlandais, voy. : K. VANDERSCHOT, « De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland », in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 425 et s.



dans une relation contractuelle, que les parties ne peuvent déterminer elles-mêmes à défaut de compétence suffisante (fixation d'un prix par exemple).

Le rapport entre tierce décision obligatoire et expertise est très étroit. En effet, la doctrine a rapidement identifié le mécanisme de la tierce décision obligatoire dans certaines hypothèses d'expertise amiable²¹.

En principe, une expertise amiable a la même valeur qu'une expertise judiciaire. Les conclusions des experts ne lient pas le juge et les parties restent libres de les contester²². Toutefois, la pratique connaît de nombreux cas où les parties, en recourant à l'expertise amiable, s'engagent à ne pas remettre en cause les conclusions de l'expert. Il s'agit alors d'une expertise amiable dite obligatoire ou irrévocable. On peut dire que l'avis de l'expert ou des experts lie les parties, ce qui correspond effectivement à la définition de la tierce décision obligatoire énoncée ci-dessus.

Certains ont écrit que l'expertise obligatoire se distinguait de l'arbitrage parce qu'elle ne pouvait concerner que la détermination des faits²³.

Toutefois, la tierce décision obligatoire dépasse le cadre de l'expertise irrévocable. La cantonner au domaine des faits, c'est oublier la portée de l'autonomie de la volonté. Olivier Caprasse a ainsi démontré de manière convaincante que les parties, sans recourir à l'arbitrage au sens strict du terme, pouvaient charger un tiers de prendre une décision qui les lie au niveau des aspects juridiques de leur relation²⁴.

²¹ Voy. notamment: J. LAENENS, «De medische expertise», in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 496, n° 11; B. DE TEMMERMAN, «De minnelijke medische expertise: een bindende derdenbeslissing. Maar wat is een bindende derdenbeslissing?», *A.J.T.*, 1994-95, p. 238; P. MEESEN, «Minnelijke of gerechtelijke medische expertise bij lichamelijke schade, een moeilijke keuze!», *R.W.*, 1997-98, p. 939, n° 13; G. CLOSSET-MARCHAL, «Considérations générales sur l'expertise», in *L'expertise*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, pp. 9 et s., n° 4; J.-L. FAGNART, Observation sous Comm. Liège, 27 novembre 1979, *R.G.A.R.*, 1982, n° 10.496; B. TILLEMAN, «Het minnelijk deskundigenonderzoek», in *L'expertise judiciaire – le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, La Chartre, 2003, p. 154; J. VAN COMPERNOLLE, «Expertise et arbitrage», *op. cit.*, pp. 37 et s., n°s 17 et s.; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 3, p. 41; D. MOUGENOT, «L'expertise non judiciaire», in *Expertise, commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, feuille. mob., 2007, p. II.3-2.

²² Cass., 15 décembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1690; Civ. Bruxelles, 16 juin 2000, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.593.

²³ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, pp. 224 et 225; L. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 20; J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, t. 3, Droit privé des assurances terrestres, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, p. 125; J.-L. FAGNART, note sous Comm. Liège, 27 novembre 1979, *R.G.A.R.*, 1982, n° 10496; A. FETTWEIS, *op. cit.*, n° 1068; M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 27; J. LINSMEAU, «L'arbitrage volontaire en droit privé belge», *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 13; J. TINANT, «L'expertise médicale amiable: principes et modalités», in *Questions de droit des assurances*, éd. Jeune barreau de Liège, 1996, t. II, pp. 475 et s.; A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, «Les modes de pacification extra-judiciaire, heurs et malheurs», in *Les règlements judiciaires et extra-judiciaires des conflits commerciaux*, C.D.V.A., éd. collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, p. 90; H. VAN HOUTTE, «L'arbitrage: son territoire et ses frontières», *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1976, p. 141; Bruxelles, 29 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 234, note DE TEMMERMAN.

²⁴ O. CAPRASSE, «De la tierce décision obligatoire», *J.T.*, 1999, pp. 565 et s., spéc. pp. 572 et s.



Cependant, tant que la tierce décision obligatoire ne porte que sur les faits, elle est étroitement liée au mécanisme de l'expertise. En effet, c'est bien souvent par le biais de l'expertise (choix d'une personne pour ses qualités techniques) qu'elle sera mise en place.

4. Cas d'application dans la loi et la jurisprudence – Matière immobilière. La tierce décision obligatoire, même si elle n'est pas expressément nommée, n'est pas inconnue dans la loi.

Ainsi, la doctrine a fait observer que le mécanisme de fixation du prix de vente par un tiers, prévu à l'article 1592 du Code civil, relève de cette figure juridique²⁵. Rien n'empêche de faire application de ces dispositions en matière immobilière. Les parties qui sont dans l'incapacité de fixer le prix de vente d'un immeuble peuvent parfaitement décider de recourir à un spécialiste (notaire²⁶, agent immobilier...) qui fixera un prix raisonnable, qu'elles acceptent à l'avance de ne pas contester. Dans l'hypothèse de l'article 1592 (désignation d'un tiers nommément désigné par le contrat), la vente sera parfaite (c'est-à-dire contiendra tous les éléments nécessaires à sa conclusion) dès la signature du contrat, même avant que le tiers intervienne²⁷.

On peut également relever bon nombre de cas d'application de la tierce décision obligatoire en matière immobilière dans la jurisprudence. Il s'agit de cas où le tiers est chargé de fixer la valeur d'un immeuble (ce qui correspond à l'hypothèse de l'art. 1592 C. civ.)²⁸, d'évaluer des dégâts locatifs²⁹ ou de déterminer l'existence de malfaçons dans des travaux³⁰.

²⁵ Cass., 31 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2011, p. 72, note GEORGE, *Pas.*, 2008, p. 2432, *R.W.*, 2009-10, p. 1258, note VAN OEVELEN, *R.G.D.C.*, 2010, p. 336, note MARYSSE, *T.B.O.*, 2008, p. 221; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 261 et s.; F. GEORGE, « L'étendue des pouvoirs du juge confronté à une tierce décision obligatoire », *J.L.M.B.*, 2011, pp. 76 et s.; A. VAN OEVELEN, « De bepaling van de koopprijs door een derde: een bindende derdenbeslissing », *R.W.*, 2009-2010, pp. 1258 et s.; S. MARYSSE, « Over (bindende) prijsbepaling door een derdebeslissers en schending van de bindende kracht van de overeenkomst (door de rechter) », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 338 et s.

²⁶ Rien n'empêche en effet de désigner un notaire comme tiers décideur. En outre, lorsque la tierce décision obligatoire est incorporée dans un acte notarié, elle constitue alors un titre exécutoire, ce que n'est pas la tierce décision ordinaire (K. BROECKX, « De bindende derdenbeslissing in het notariaat », in *Le notaire et la gestion des conflits*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 315, n° 23).

²⁷ Sur cette question, voy. F. GEORGE, *op. cit.*, p. 80; K. VANDERSCHOT, *op. cit.*, n° 13.

²⁸ Liège, 26 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 770, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1364, *R.R.D.*, 2002, p. 476; Anvers, 26 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-02, p. 997, note MOSSELMANS; Liège, 29 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1164; J.P. Roulers, 29 octobre 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 309.

²⁹ J.P. Rhode-Ste-Genèse, 9 novembre 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 205; J.P. Hal, 3 mars 2004, *Huur*, 2004, p. 90; J.P. Tournai (2^e canton), 20 avril 1999, *Act. Jur. Baux*, 2000, p. 43; Civ. Louvain, 22 janvier 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 154; J.P. Eeklo, 8 février 1990, *T.G.R.*, 1990, p. 17.

³⁰ Anvers, 30 mai 2011, *R.D.C.*, 2013, p. 115.



B. Nature de la tierce décision obligatoire

5. Ce qu'est la tierce décision obligatoire. Parce qu'elle n'est pas réglementée, la tierce décision obligatoire échappe aux catégories classiques.

Certains auteurs considèrent qu'elle constitue un cas de mandat: les parties mandatent un tiers pour décider à leur place un point qu'elles ne peuvent fixer³¹.

D'autres y voient un mécanisme *sui generis* (en ce sens qu'elle n'entre dans aucune catégorie juridique préétablie)³².

D'autres enfin considèrent qu'il s'agit d'une combinaison d'un mandat et d'un contrat *sui generis*. Dans les relations entre parties et tiers, il s'agit d'un mandat classique: le tiers est chargé de représenter les parties. Dans les relations entre parties en revanche, il s'agirait d'un contrat innommé³³.

Ces discussions n'ont qu'une portée limitée, dès lors que la validité de la tierce décision obligatoire n'est pas contestée et que, à défaut d'organisation dans la loi, son régime juridique reste aussi flou, quelle que soit la qualification juridique envisagée.

6. Ce que n'est pas la tierce décision obligatoire. En revanche, la doctrine et la jurisprudence sont plus tranchées pour dire ce que n'est pas la tierce décision obligatoire. Il ne s'agit pas d'une transaction ni d'un arbitrage³⁴.

Pas de transaction parce que, en désignant le tiers, les parties ne font aucune concession pour mettre fin à un litige³⁵.

Il ne s'agit pas non plus d'un arbitrage, quoique la délimitation entre ces deux mécanismes soit plus floue³⁶. L'arbitrage est un mécanisme juridic-

³¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 1972, n° 41, B.; P.-A. FORIERS, «L'objet et la cause du contrat», in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 124, n° 13; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)», *J.T.*, 1996, p. 713, n° 68; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, mise à jour de H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV-1, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 98, n° 47, C.; P. LURQUIN, *op. cit.*, n° 12; G. DE LEVAL, *loc. cit.*; A. FETTWEIS, *op. cit.*, n° 1068 (avec des nuances, car, selon lui, certaines expertises irrévocables constituent un contrat *sui generis*).

³² M.L. STORME et M.E. STORME, «De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht», *T.P.R.* 1985, p. 1266, n° 47; B. TILLEMANN, *op. cit.*, p. 157; J. TINANT, *op. cit.*, p. 480; J. VAN COMPERNOLLE, «Expertise et arbitrage», *op. cit.*, p. 52, n° 25; B. VAN DEN BERGH, «De bindende derdenbeslissing: toch niet zo bindend?», *R.W.*, 2008-09, p. 1476; Gand, 11 octobre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 237; Pol. Liège, 13 octobre 1999, *Dr. Circ.*, 2000, p. 111; Pol. Saint-Nicolas, 8 septembre 1999, *T.G.R.*, 1999, p. 194.

³³ M.E. STORME, «Vaststellings- en geschillenbeslechtingsovereenkomsten», in *XXXIVste Postuniversitaire Lessencyclus Willy Delva, Bijzondere Overeenkomsten, 2007-2008*, p. 614. Dans le même sens: A. VAN OEVELEN, «De bepaling van de koopprijs door een derde: een bindende derdenbeslissing», *R.W.*, 2009-2010, p. 1259.

³⁴ Cass., 31 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 343; Cass., 30 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1400; Cass., 6 février 1964, *J.T.*, 1964, p. 292.

³⁵ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 77; B. TILLEMANN, *op. cit.*, p. 161.

³⁶ O. CAPRASSE, *op. cit.*, n° 42; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 77; J. VAN COMPERNOLLE, «Expertise et arbitrage», *op. cit.*, p. 53, n° 27; J. VAN COMPERNOLLE *et al.*, «Examen de jurisprudence (1991 à 2001) – Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 2002, p. 814, n° 765; Anvers, 30 mai 2011, *R.D.C.*, 2013,



tionnel qui aboutit à une décision revêtue de l'autorité de chose jugée, susceptible d'exécution forcée après *exequatur*. La tierce décision obligatoire, surtout si elle porte sur des points de droit, aboutit aussi à une décision obligatoire pour les parties. Mais cette décision n'a aucun caractère juridictionnel. Elle n'a aucun des traits du jugement: elle n'a pas l'autorité de chose jugée et ne peut être rendue exécutoire qu'au terme d'une procédure classique³⁷. On reste purement dans le domaine contractuel. Cela dit, la distinction entre tierce décision obligatoire et arbitrage relève principalement du choix des parties. Rien n'empêche qu'elles mettent en place un mécanisme qui, quoique présentant au premier abord les apparences d'une tierce décision obligatoire, constitue en réalité un véritable arbitrage, car il apparaît d'une analyse attentive de leur accord que c'est ce qu'elles ont voulu (conférer une portée juridictionnelle à la décision à intervenir). On s'éloigne alors de l'hypothèse de l'expertise.

Enfin, on a écrit que la tierce décision obligatoire n'était pas une expertise³⁸. Cette affirmation, ainsi formulée sans nuance, est inexacte. Il est vrai que la tierce décision obligatoire se départit de l'expertise classique, qu'elle soit amiable ou judiciaire, par son caractère obligatoire. En revanche, le mécanisme de la tierce décision obligatoire peut constituer une catégorie d'expertise amiable, le tiers décideur étant choisi par les parties pour ses compétences techniques et faisant usage de celles-ci dans la résolution du conflit.

C. Caractère obligatoire de la décision

7. Caractère contraignant du mécanisme. S'il est bien un point qui est clair dans ce mécanisme, aux contours assez vagues pour le surplus, c'est son caractère obligatoire pour les parties.

Celles-ci s'engagent à ne pas remettre en cause l'avis du tiers. Ce caractère contraignant doit aussi être respecté par le juge³⁹. Le tribunal n'est pas directement lié par l'avis du tiers. Un tel effet ne ressort d'aucune disposition légale. Mais le juge est obligé de faire respecter l'accord avenant entre parties, en vertu de l'article 1134 du Code civil. Puisque celles-ci s'interdisent de contester l'avis de l'expert, le juge violerait l'accord des parties en acceptant qu'une partie remette en cause l'avis de l'expert. Il ne pourrait donc nommer un expert judiciaire pour vérifier le fondement de la décision du tiers⁴⁰.

p. 115; Pol. Bruges, 11 avril 2005, *R.W.*, 2005-06, p. 631, note SIMOENS; Civ. Louvain, 22 janvier 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 154.

³⁷ J.P. Roulers, 29 octobre 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 309; Pol. Stavelot, 11 décembre 1989, *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 278, note, *J.L.M.B.*, 1990, p. 773, note. Mis à part l'hypothèse de l'intervention du notaire comme tiers décideur, ce qui confère la force exécutoire à la décision. Voy. *supra*, note 26.

³⁸ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 77.

³⁹ Cass., 30 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1400.

⁴⁰ Cass., 24 novembre 1990, *Bull. ass.*, 1991, p. 391.



D'où l'importance d'une rédaction correcte de la convention⁴¹.

Comme le mécanisme est *purement conventionnel* et n'est pas organisé par la loi, il revient aux parties de déterminer si elles acceptent d'y recourir. Les termes de la convention seront dès lors déterminants. Si elles désignent un expert en précisant que l'avis de l'expert aura la même portée qu'une expertise judiciaire, elles ont alors écarté la tierce décision obligatoire⁴². En effet, comme dit plus haut, une expertise judiciaire ne lie pas le juge, conformément à l'article 962 du Code judiciaire. Une expertise amiable qui aura la même force qu'une expertise judiciaire pourra donc être remise en cause aussi bien par une partie que par le juge. Par contre, si les parties se sont expressément engagées à ne pas contester les conclusions de l'expert, on a affaire à une véritable « expertise irrévocable », donc à une tierce décision obligatoire.

Il est également important que les parties définissent de la manière la plus précise possible la procédure à respecter. À défaut de règle légale, rien n'oblige l'expert ou les experts à suivre les règles de l'expertise judiciaire. Si l'expert doit suivre des critères précis d'appréciation ou une procédure particulière, les parties doivent l'indiquer. Il est préférable qu'elles déterminent également si l'avis doit être motivé et si l'expert doit travailler de manière contradictoire (voy. ci-dessous).

D. Hypothèses dans lesquelles la décision, bien qu'obligatoire, peut être attaquée

8. Hypothèses dans lesquelles la décision peut être écartée. Le caractère obligatoire de la tierce décision empêche en principe les parties de la contester ultérieurement en justice. Cela ne signifie pas pour autant que la tierce décision soit totalement inattaquable.

Reposant au départ sur un contrat, elle pourra être remise en cause si elle présente un défaut admis en matière contractuelle. Ce sera le cas si le consentement d'une des parties a été vicié (dol, erreur ou violence). Dans ce cas, la convention à la base du mécanisme sera annulée et, par voie de conséquence, l'avis du tiers perdra son caractère contraignant et sera écarté. Ce pourrait être le cas si une partie pouvait démontrer qu'elle a commis une erreur en comprenant mal la portée du caractère obligatoire de la convention⁴³, voire même qu'elle a été induite en erreur par des déclarations mensongères de son cocontractant. L'erreur du tiers sera évoquée ci-après. Quant à l'erreur sur un

⁴¹ J. VAN COMPENOLLE, « Expertise amiable et tierce décision obligatoire: les dangers d'une terminologie incertaine », *Rev. not. b.*, 2013, pp. 255 et s.; R. BOURSEAU, « Questions diverses liées à l'expertise », *Ann. Dr.*, vol. 60, 2000, p. 343.

⁴² Cass., 15 décembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1690; Bruxelles, 30 novembre 2012, *Rev. not. b.*, 2013, p. 253, note J. VAN COMPENOLLE.

⁴³ L'erreur vice du consentement peut être de fait ou de droit: Cass., 10 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 785, *R.C.J.B.*, 1978, p. 198, note COIPEL; Cass., 31 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 879, *R.W.*, 1994-1995, p. 1122, *J.T.T.*, 1995, p. 122.



prix, découlant d'une erreur du tiers, elle ne peut être prise en considération. En effet, il s'agirait d'une erreur sur la valeur (« erreur vénielle »), qui reste sans effet dans notre droit.

Autre hypothèse classique en droit des contrats, l'avis du tiers sera écarté s'il n'a pas respecté les termes de sa mission⁴⁴. À cet égard, on ne peut que conseiller aux parties d'être les plus précises possibles concernant la détermination de la mission impartie au tiers et, si nécessaire, des méthodes qu'il devra suivre. Au cas où le tiers ne suivrait pas ces recommandations, on peut considérer que les parties ne seront pas tenues par une décision qui sort du cadre contractuel qu'elles ont déterminé. Leurs consentements n'ont pas pu se rencontrer sur l'admission d'une décision du tiers qui ne respecte pas les limites qu'elles ont fixées aux pouvoirs de ce tiers.

La doctrine et la jurisprudence unanimes admettent également que la décision du tiers sera inopposable aux parties si elle est déraisonnable ou repose sur une erreur grossière⁴⁵. En droit néerlandais, ce cas de figure n'est pas étonnant, compte tenu de l'importance des concepts de « *redelijkheid en billijkheid* » pour nos voisins du nord⁴⁶. Dans notre droit, l'exclusion de la décision déraisonnable doit passer par le biais de l'analyse de la volonté implicite des parties. Les parties n'ont pas entendu être liées par une décision (une estimation dans le cas de l'art. 1592 C. civ.) purement arbitraire⁴⁷. On pourrait aussi soutenir que manque au devoir d'exécution de bonne foi de la convention la partie qui entend faire prévaloir la décision du tiers, malgré son caractère déraisonnable⁴⁸. Le pouvoir de contrôle du juge à cet égard est qualifié de marginal, à peine d'empiéter sur la sphère d'autonomie des parties⁴⁹. L'erreur grossière n'est pas autrement définie. Dans la doctrine française, on a pu évoquer l'erreur qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne saurait commettre⁵⁰ ou l'iniquité manifeste de la décision⁵¹. Dans le contexte précis de l'article 1592 du Code civil (en principe

⁴⁴ Anvers, 24 février 2012, *R.W.*, 2012-13, p. 1149; Anvers, 30 novembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14825; Anvers, 7 juin 2006, *R.W.*, 2008-09, p. 1471, note VAN DEN BERGH, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14306; Anvers, 9 novembre 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 117, *R.D.J.P.*, 2006, p. 163; Comm. Gand, 2 octobre 2003, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2004, p. 26.

⁴⁵ Cass., 30 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1400; Civ. Verviers, 28 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 383; Gand, 11 octobre 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 237, note DE TEMMERMAN.

⁴⁶ L'article 904, al. 1^{er}, du Code civil néerlandais prévoit l'annulabilité de la décision du tiers qui serait déraisonnable ou inéquitable. Voy. K. VANDERSCHOT, *op. cit.*, n° 18.

⁴⁷ L. SIMONT, *op. cit.*, p. 274.

⁴⁸ O. CAPRASSE, *op. cit.*, n° 47.

⁴⁹ Anvers, 30 novembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14825; Anvers, 18 octobre 2006, *R.W.*, 2007-08, p. 829; J.P. Roulers, 29 octobre 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 309; Comm. Louvain, 9 juillet 1991, *R.W.*, 1993-94, p. 336, note STORME; J.P. Eeklo, 8 février 1990, *T.G.R.*, 1990, p. 17; M.E. STORME, « Vaststellers- en geschillenbeslechtingsovereenkomsten », in *XXXIVste Postuniversitaire Lessencyclus Willy Delva, Bijzondere Overeenkomsten, 2007-2008*, p. 625; B. VAN DEN BERGH, « De bindende derdenbeslissing: toch niet zo bindend? », *R.W.*, 2008-09, p. 1478; K. VANDERSCHOT, *op. cit.*, n° 16.

⁵⁰ A. VIANDIER, note sous Cass. fr., comm., 4 novembre 1987, *J.C.P.*, 1988, II, n° 21.050.

⁵¹ P.-Y. GAUTIER, « Chronique – contrats spéciaux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 133.



étranger à une situation de conflit), Lucien Simont estime que l'iniquité se défend mieux que l'erreur d'appréciation⁵². Il nous semble néanmoins que, de manière générale, l'erreur grossière renvoie plutôt au manquement évident aux règles d'évaluation ou aux règles de l'art (c'est-à-dire à l'expertise du tiers décideur), qu'à la décision injuste. À défaut de définition précise du concept, il reviendra au juge d'en tracer les contours en fonction des éléments du cas d'espèce⁵³.

Bien que ces concepts soient de nature procédurale plus que conventionnelle, il est également admis que la décision doit être écartée si le tiers n'apparaît pas indépendant et impartial. C'est à nouveau par le biais de l'exécution de bonne foi de la convention que ces principes pourraient être intégrés⁵⁴. Tel est certainement le cas s'il apparaissait que la personne désignée est le préposé d'une des parties⁵⁵. Il ne s'agit alors pas d'un tiers et la désignation ne serait pas conforme à la volonté des parties. Il en va de même du décideur qui est en fait administrateur d'une des parties⁵⁶. Tout comme un expert traditionnel, le tiers qui pressent une difficulté sera bien inspiré de s'en ouvrir aux parties avant d'entamer sa mission, pour vérifier si un lien éventuel avec l'une des parties est de nature à poser problème.

9. Hypothèses controversées. La question de savoir si la décision du tiers peut être écartée lorsqu'elle n'est pas motivée est en revanche plus discutée. Il n'y a aucune unanimité à ce sujet, ni en doctrine ni en jurisprudence⁵⁷. La difficulté provient de ce que le mécanisme est hybride: la base en est clairement contractuelle mais il existe une certaine parenté avec l'arbitrage (qui est un mécanisme procédural), même si, comme indiqué précédemment, il ne s'agit pas d'un arbitrage à proprement parler. Comme dit plus haut, il importe en effet de bien séparer les deux hypothèses: la tierce décision n'est pas un arbitrage, sauf si les parties en ont décidé autrement.

Dès lors, vu la nature contractuelle et non procédurale de la tierce décision, et bien que celle-ci soit généralement catégorisée comme un mode de

⁵² L. SIMONT, *op. cit.*, p. 276. L'article 31 du Code des sociétés (ancien 1854 C. civ.) prévoit aussi un mécanisme de tierce décision obligatoire pour le règlement des droits entre associés d'une société. Il mentionne expressément l'iniquité comme motif de contestation de la décision.

⁵³ J. VAN COMPERNOLLE, «Expertise et arbitrage», *op. cit.*, p. 57, n° 30.

⁵⁴ B. TILLEMANN, *op. cit.*, p. 170; K. VANDERSCHOT, *op. cit.*, n° 10.

⁵⁵ Cass., 21 janvier 1999, *Bull. ass.*, 2002, p. 115, *R.W.*, 2001-02, p. 561, note, *R.G.D.C.*, 2002, p. 38, note ZEGERS.

⁵⁶ Corr. Tongres, 17 septembre 1965, *R.G.A.R.*, 1967, n° 7825.

⁵⁷ Estiment que la décision ne doit pas être motivée: M. STORME, «La tierce décision obligatoire: "ni expertise, ni arbitrage"», in *J.L.-J.L.M.B Centenaire*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 354; A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage, arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 345; estiment que la décision doit être motivée: L. MATRAY, «Communication au V^e congrès de l'arbitrage international», *Rev. dr. int. comp.*, 1975, p. 26; B. VAN DEN BERGH, «De bindende derdenbeslissing: toch niet zo bindend?», *R.W.*, 2008-09, p. 1477; M.E. STORME, «Vaststellings- en geschillenbeslechtingsovereenkomsten», in *XXXIVste Postuniversitaire Lessencyclus Willy Delva, Bijzondere Overeenkomsten, 2007-2008*, p. 621.



règlement des conflits (auquel la doctrine essaie de rattacher des obligations procédurales), les principes du procès équitable semblent ne pas devoir y trouver application. Les décisions qui transposent sans nuance les principes de base de la procédure, tels que le respect des droits de la défense, ne nous paraissent pas pouvoir être approuvées. En revanche, il est plus juste d'affirmer que le respect de garanties minimales repose sur l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions⁵⁸. Cette solution est plus respectueuse du caractère contractuel du mécanisme. Dans cette analyse, on ne peut toutefois affirmer sans nuances qu'une décision d'un tiers doit automatiquement être motivée, tout est une question de contexte.

L'autonomie de la volonté des parties peut imposer la motivation, auquel cas le tiers devra s'y plier.

Par ailleurs, la motivation pourrait, dans certaines circonstances, être considérée comme nécessaire pour apprécier la qualité de l'exécution de la mission du tiers, et le caractère raisonnable de son évaluation. En effet, une décision apparemment surprenante obéit peut-être à une logique qui échappe aux parties. À défaut de motivation, la justification de la décision restera impossible et celle-ci pourrait être écartée. On constate donc que le juge peut indirectement sanctionner l'absence de motivation par ce détour.

Dans un arrêt du 18 septembre 1981⁵⁹, la Cour de cassation a considéré que ne donnait pas à la convention une interprétation inconciliable avec son contenu et n'ajoutait pas à celui-ci, la décision du juge du fond qui considérait la motivation nécessaire pour permettre le contrôle du juge. La Cour d'appel de Bruxelles avait estimé, en interprétant la convention d'expertise amiable, que les parties n'avaient pas voulu déroger au pouvoir de contrôle du juge et que la motivation était un instrument nécessaire pour permettre au juge d'assurer ce contrôle. Comme le relève Olivier Caprasse⁶⁰, il ne s'agit toutefois pas d'une reconnaissance inconditionnelle de l'obligation de motivation. D'autant que le pouvoir de contrôle du juge peut s'exercer, même en l'absence de motivation. Le recours à la volonté implicite des parties, pour transposer en matière de tierce décision des principes admis en matière processuelle, apparaît également comme un mécanisme un peu hasardeux, parce qu'il peut prêter aux parties une intention qu'elles n'ont pas nécessairement eue.

La même observation peut être formulée concernant l'absence de caractère contradictoire de la procédure suivie par le tiers⁶¹. À nouveau, les règles de la contradiction relèvent du principe du procès équitable et celui-ci ne

⁵⁸ P. LURQUIN, *op. cit.*, p. 23, n° 14; R. BOURSEAU, *op. cit.*, p. 346.

⁵⁹ Cass., 18 septembre 1981, *R.D.C.*, 1982, p. 557.

⁶⁰ O. CAPRASSE, *op. cit.*, n° 52, p. 576.

⁶¹ Considèrent que le tiers décideur doit suivre une procédure contradictoire: Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 208; Anvers, 9 novembre 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 117; *R.D.J.P.*, 2006, p. 163; Anvers, 25 avril 2005, *R.D.J.P.*, 2005, p. 237; *R.W.*, 2006-07, p. 726; Comm. Louvain, 9 juillet 1991, *J.T.*, 1993, p. 336. Considèrent que la procédure ne doit pas nécessairement être contradictoire: A. KASSIS, *op. cit.*, p. 346; Bruxelles, 20 février 1992, *J.T.*, 1993, p. 106.



s'applique pas en matière contractuelle. Mais, le juge pourra également considérer plus aisément une décision comme déraisonnable, lorsqu'il apparaît qu'une des parties n'a pas du tout été entendue par le tiers décideur, alors qu'elle aurait pu lui soumettre des éléments qui auraient pu influencer sa décision. Tout comme en droit judiciaire toutefois, il faudra prouver l'influence que l'absence de caractère contradictoire a pu avoir sur la décision du tiers⁶². Un simple manquement formel ne suffira pas. C'est d'autant plus vrai que, contrairement à la procédure judiciaire, le respect du caractère contradictoire de la démarche du tiers ne s'impose pas.

10. Suite de l'écartement de la décision. Que peut faire le juge qui écarte la décision du tiers? La Cour de cassation a décidé que le juge qui écarte la décision du tiers ne peut se substituer à l'appréciation de celui-ci et apprécier lui-même les droits des parties⁶³.

Recourir à une forme d'expertise judiciaire nous paraît également aller à l'encontre du consentement initial des parties, qui écartait précisément les formes classiques d'expertise. Dès lors, la seule décision qui nous paraît s'imposer consiste soit à inviter les parties à désigner un autre tiers, soit à désigner ce tiers si les parties ne s'accordent pas⁶⁴.

Mais la décision de ce tiers aura le même effet obligatoire que celle du tiers dont la décision a été écartée. Il n'en n'irait autrement qu'en cas de vice du consentement permettant d'annuler purement et simplement la convention de base⁶⁵. Dans ce cas, le caractère irrévocable du mécanisme adopté disparaîtrait en même temps que la décision qui le prévoit.

II. Quand la résolution du conflit intervient incidemment : l'expert concilie les parties à l'occasion d'une expertise judiciaire

11. Le préalable de conciliation constitue une obligation pour l'expert. La tentative de conciliation est obligatoire, qu'elle figure ou non dans le libellé de

⁶² Liège, 29 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1164 (qui qualifie incorrectement le tiers d'arbitre).

⁶³ Cass., 31 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2011, p. 72, note GEORGE, *Pas.*, 2008, p. 2432, *R.W.*, 2009-10, p. 1258, note VAN OEVELEN, *R.G.D.C.*, 2010, p. 336, note MARYSSE, *T.B.O.*, 2008, p. 221.

⁶⁴ En ce sens, Anvers, 25 avril 2005, *R.W.*, 2006-07, p. 726. La substitution du juge à une partie pour désigner le tiers pourrait être considérée comme une forme de réparation en nature, si le juge constate une obstruction d'une des parties à cet égard: voy. F. GEORGE, *op. cit.*, n^{os} 19 et 20.

⁶⁵ B. VAN DEN BERGH («De bindende derdenbeslissing: toch niet zo bindend?», *R.W.*, 2008-09, p. 1480) évoque aussi l'hypothèse de la résolution de la convention de base.



la mission⁶⁶. Le fait pour l'expert de ne pas s'acquitter de cette obligation de conciliation n'entraîne toutefois pas la nullité de l'expertise⁶⁷. Pour les parties, la tentative de conciliation n'est bien évidemment qu'une faculté. Chacune des parties peut refuser à tout moment d'y participer, même si une attitude négative est évidemment regrettable au regard du bénéfice que peut apporter une solution « négociée » par comparaison avec une solution « imposée »⁶⁸.

12. Le processus de conciliation est-il confidentiel ? La très grande majorité de la doctrine considère que le processus de conciliation est, par nature, confidentiel⁶⁹. Une telle position se justifie assurément au regard de l'objectif poursuivi par toute procédure de conciliation, à savoir la recherche d'un accord entre les parties, qui présuppose que celles-ci négocient en toute liberté, sans crainte de voir l'attitude adoptée ou les propositions formulées dans ce cadre, être invoquées contre elles à un stade ultérieur de la procédure, en particulier devant le magistrat qui a désigné l'expert.

Toutefois, le législateur n'a malheureusement jamais⁷⁰ pris soin de préciser dans le Code judiciaire le caractère confidentiel de la mission de conciliation, ce

⁶⁶ D. MOUGENOT, « Le point de la jurisprudence relative aux mesures d'instruction », in *Le Point sur les procédures (2^e partie)*, Formation permanente CUP, vol. 43, déc. 2000, p. 240; S. DUFRENE, « L'expertise », *J.T.*, 1988, p. 189, n° 56; P. TAELEMAN, « Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken », in *L'expertise judiciaire. Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Gand/Bruxelles, La Chartre, 2003, p. 80, n° 31 et p. 102, n° 76. Le fait pour l'expert de ne pas accomplir la conciliation n'entraîne cependant pas la nullité de l'expertise (G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », in *La preuve*, colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 24, n° 26; Bruxelles (1^{re} ch.), 1^{er} mars 1971, *Pas.*, 1971, II, p. 170; J.P. Saint-Gilles, 23 février 1981, *J.T.*, 1981, p. 291).

⁶⁷ Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *op. cit.*, p. 24, n° 26; Bruxelles (1^{re} ch.), 1^{er} mars 1971, *Pas.*, 1971, II, p. 170; J.P. Saint-Gilles, 23 févr. 1981, *J.T.*, 1981, p. 291. Les lois des 15 mai 2007 et 30 décembre 2009 n'apportent aucune modification sur ce point et la doctrine et jurisprudence citées restent donc d'actualité.

⁶⁸ Sur la nécessité d'envisager l'économie ou l'atténuation d'un procès, et sur les conditions à la réussite d'une telle entreprise, voy. G. DE LEVAL, « Dernière leçon donnée le 15 décembre 2011. La chaîne et le maillon », *Rev. dr. Ulg*, 2012, pp. 86-187. Sur le rôle du conseil des parties dans le cadre du préalable de conciliation devant l'expert, voy. D. DESSARD, « L'expert face aux conseils dans le cadre de la tentative de conciliation visée à l'article 977 du Code judiciaire », *Rev. dr. Ulg*, 2012, p. 36.

⁶⁹ M.-L. HENRION et S. DUFRENE, *op. cit.*, p. 67, n° 41 qui rappellent le caractère minoritaire de la doctrine qui conteste le caractère par nature confidentiel du préalable de conciliation. Voy. également l'introduction de Fabienne BAYARD, présidente du tribunal de commerce de Liège, à la journée de formation du 28 janvier 2012, publiée in *Rev. dr. Ulg*, 2012, pp. 7 et 8, dans laquelle elle indique « sur ce point et nonobstant quelques sursauts doctrinaux largement minoritaires, nous confirmons et avec nous le Professeur de Leval, le caractère confidentiel de cette phase de tentative de conciliation. Cela implique non seulement que les parties ne pourront, en cas d'échec, en aucun cas faire état des discussions intervenues mais également que le magistrat qui vous aura désigné ne pourra solliciter de votre part que vous dévoiliez la teneur des pourparlers ».

⁷⁰ Certains ont regretté, dès l'adoption de la loi du 15 mai 2007, que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de cette loi pour affirmer le caractère confidentiel de la phase de conciliation: M.-L. HENRION et S. DUFRENE, « Le déroulement de l'expertise dans une perspective systémique », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, sous la coordination et la direction scientifique de H. BOULARBAH, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 67, n° 41.



qui a amené émettre des doutes sur le caractère « automatique » de la confidentialité dans ce cadre, sans compter que l'étendue de la confidentialité – même si elle devait être acceptée comme participant de la nature même du processus de conciliation – devrait encore être précisée⁷¹. La confidentialité ne vise-t-elle que le contenu des propositions des parties ? Protège-t-elle également l'expert (dans l'hypothèse où celui-ci ferait des suggestions puis adopterait ensuite une position différente dans ses rapports) ? À défaut pour le législateur d'avoir apporté les clarifications demandées par la doctrine (il avait été suggéré d'insérer, dans la loi du 30 décembre 2009, une règle similaire à celle prévue en matière de médiation judiciaire (art. 1728 et s. C. Jud.)⁷², ce qui n'a malheureusement pas été fait), il nous paraît prudent d'organiser celle-ci, si possible contractuellement, à tout le moins entre les parties, celles-ci s'interdisant (éventuellement en prévoyant des pénalités en cas de violation de la confidentialité) de dévoiler les informations échangées durant la phase de conciliation.

13. La neutralité de l'expert est-elle mise en péril du fait de l'exercice de sa mission de conciliation ? L'expert doit assurément faire preuve de prudence dans la mise en œuvre de sa mission de conciliation, pour éviter que les parties ne viennent à lui reprocher une attitude trop tranchée (laisant à penser qu'il prend parti plutôt pour l'une des parties, ou que lorsqu'il évoque son avis provisoire il n'est déjà plus ouvert à la contradiction), qui révélerait un manque d'impartialité, voire même une « apparence » de partialité⁷³. Un minimum de prudence, et une attitude respectueuse à l'égard de toutes les parties, couplée à un respect strict des règles du contradictoire (convocation de toutes les parties, prise en considération des remarques formulées, etc.) devraient permettre à l'expert de prévenir assez facilement ce genre de contestation. Au point que certains n'hésitent pas à proposer à l'expert – du moins, pour autant qu'il ait l'accord préalable des parties – de tenter des figures plus complexes, comme par exemple le caucus (avoir des contacts séparés avec les parties)⁷⁴.

⁷¹ Voy. les interrogations pertinentes de P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'expertise en matière immobilière », in *L'expertise*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE et B. DUBUISSON, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 139 à 143.

⁷² H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire. Présentation et application dans le temps de la loi du 15 mai 2007 ... », *op. cit.*, p. 32, n° 40. Voy. pour une proposition de texte concrétisant cette suggestion : D. MOUGENOT et O. MIGNOLET, « La loi du 15 mai 2007 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'expertise et rétablissant l'article 509^{quater} du Code pénal. Évaluation de la loi et propositions de modifications », *op. cit.*, pp. 21-22, n° 40.

⁷³ D. DESSARD, *op. cit.*, p. 35 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », *op. cit.*, p. 129, n° 40. Comp., à propos de l'impartialité *du juge* dans son rôle de conciliateur, J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et la conciliation judiciaire », in *Le contentieux interdisciplinaire – Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 50 et s. ; I. BRANDON, « L'office du juge dans la conciliation », *J.T.*, 1995, p. 513 ; B. BEELDENS, « L'impartialité et la problématique du cumul de fonctions judiciaires », *Ann. Dr.*, 2001, pp. 290 à 295 et « Médiation, conciliation et impartialité du juge de proximité », *J.J.P.*, 2005, pp. 193-215.

⁷⁴ D. DESSARD, *op. cit.*, p. 37.



14. L'expert doit-il être rémunéré pour le temps qu'il consacre à tenter de dégager un accord entre les parties et de quelle manière⁷⁵? En l'absence de précision sur ce point spécifique dans le Code judiciaire, mais tenant compte du fait que le préalable de conciliation est une obligation qui s'impose à l'expert, il nous semble évident que l'expert puisse prétendre à des honoraires pour le temps consacré à tenter de concilier les parties.

La prudence s'impose toutefois en ce domaine pour deux motifs. Tout d'abord, bien que fondamentale pour les conséquences qu'elle entraîne (une résolution de tout ou partie du conflit), la conciliation est généralement perçue par les parties comme incidente, voire accessoire. S'il est recommandé à l'expert de mettre tout en œuvre pour amener les parties sur le chemin de la négociation, les efforts déployés doivent rester raisonnables et tenir compte du fait qu'une partie peut souhaiter, pour divers motifs, poursuivre la procédure et obtenir un rapport de l'expert. Si l'expert s'acharne sur un terrain défavorable, les parties risquent fort, au stade de la taxation de ses honoraires, de lui reprocher d'avoir « perdu du temps » inutilement. Ensuite, lorsque l'expert défend le calcul des honoraires qu'il réclame pour son activité dans la phase de conciliation, il devra également s'interroger sur l'étendue de l'obligation de confidentialité précitée (§ 12 ci-dessus) et ne pas dévoiler au magistrat, en tentant de justifier ses prestations, des informations couvertes par cette confidentialité.

15. Comment l'expert doit-il réaliser sa mission? Devrait-il être spécifiquement formé à cette fin? La question n'est pas neuve⁷⁶. Elle se repose régulièrement. On peut se demander, si en mettant en place un système de liste d'experts (ce que semble vouloir faire le législateur au vu du récent projet déposé à la chambre à ce sujet), le législateur, qui imposera aux futurs experts listés d'avoir suivi une formation adéquate, y encouragera – ou y imposera – notamment un volet relatif à la résolution amiable des conflits (médiation, conciliation, négociation raisonnée, etc.).

On constate toutefois que les universités n'ont pas attendu le législateur pour mettre en place des formations proposées sur une base volontaire, qui rencontrent un certain succès et débouchent sur la délivrance d'un certificat. Ces nouvelles formations prévoient notamment un volet relatif à la résolution amiable des conflits. À l'occasion de conférences qui leurs sont consacrées, les experts sont également sensibilisés aux techniques de « négocia-

⁷⁵ Comparez P. LURQUIN, *op. cit.*, p. 218, n° 234 et F. HUYSMAN, « Le rôle de l'expert dans le cadre de l'expertise judiciaire en matière civile » in *Réflexions sur la conciliation dans le cadre de l'expertise judiciaire en matières civiles*, ouvrage publié par le Corps des Experts chargés de missions judiciaires de l'Arrondissement de Nivelles suite à une journée d'étude du 4 octobre 2002, p. 12.

⁷⁶ M. SIMÉON, « Psychologie de l'expert lors de la conciliation », in *Réflexions sur la conciliation dans le cadre de l'expertise judiciaire en matières civiles*, ouvrage publié par le Corps des Experts chargés de missions judiciaires de l'Arrondissement de Nivelles suite à une journée d'étude du 4 octobre 2002, pp. 32 et s.



tion raisonnée» et autres outils de négociation développés pour ceux qui travaillent à la résolution des conflits⁷⁷.

16. À quel moment l'expert doit-il tenter une conciliation ? La tentative de conciliation peut intervenir à tout moment de la procédure que l'expert juge approprié, sachant que sont généralement considérées comme idéales la période du début des travaux et celle qui suit la remise de l'avis provisoire de l'expert⁷⁸.

17. Qu'arrive-t-il si les parties se concilient ? « Si les parties se concilient, leur accord est constaté, par écrit »⁷⁹, le « constat de conciliation » est dressé, déposé au greffe et envoyé « le même jour » aux parties et à leurs conseils (art. 977, § 2, C. jud.).

Les parties peuvent faire entériner leur accord par le juge « conformément à l'article 1043 » du Code judiciaire, c'est-à-dire dans un jugement d'accord, qui constituera un titre exécutoire pour les obligations qui y sont contenues⁸⁰. Si les parties ne recourent pas au jugement d'accord, elles ne disposeront que de la convention transactionnelle qu'elles auront conclues et, dans l'hypothèse où l'une d'elles faillirait à ses obligations, l'autre partie n'aurait d'autre choix que de retourner devant le juge pour demander l'exécution forcée (ou la résolution⁸¹) de la convention intervenue⁸².

⁷⁷ Voy. notamment la journée de formation continue organisée par la Faculté de droit de l'Université de Liège à l'intention des experts et candidats-experts qui ont suivi ou suivent la formation à l'expertise judiciaire, et consacrée aux potentialités du processus de conciliation mis en œuvre par l'expert. Les textes relatifs à cette formation ont été publiés dans le premier volume de la Revue de droit de l'Université de Liège de l'année 2012. En ce qui concerne les outils susceptibles d'être mis en œuvre par l'expert, voy. en particulier C. SMETS-GARY et M. BECKER, « Outils, techniques et compétences de conciliation », *Rev. dr. ULg*, 2012, pp. 9 et s.

⁷⁸ F. HUYSMAN, *op. cit.*, pp. 8 et 9.

⁷⁹ Il avait été question que la loi du 30 décembre 2009 indique que « l'expert constate par écrit une éventuelle conciliation ». La doctrine avait, à juste titre, critiqué l'ambiguïté du texte en projet qui, dans une certaine lecture, pouvait laisser penser qu'il appartiendrait désormais à l'expert de formaliser lui-même le contenu de l'accord des parties, plutôt que de se limiter à constater qu'un accord était intervenu. Cela aurait assurément créé une responsabilité exorbitante dans le chef de l'expert, qui n'est généralement pas juriste (R. DE BRIEY et B. PETIT, « Le déroulement de l'expertise », in *L'expertise judiciaire: des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 58, n° 37). Opportunément, la formulation du texte a été revue avant son adoption, suite à un amendement déposé à la chambre (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord, 2009-2010, n° 52 – 2161/004, amendement n° 23).

⁸⁰ Sur les effets du jugement d'accord actant une transaction conclue en cours de procédure, voy. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen ... », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2006, pp. 154 à 158, nos 101 à 108; B. SINDIC, « Le contrat de transaction », in *Droit des contrats*, Recyclage en droit, Centre des facultés universitaires pour le recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007 pp. 82-83, n° 36.

⁸¹ Cass., 6 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 836; voy. également B. SINDIC, « Le contrat de transaction », *op. cit.*, pp. 133-136.

⁸² En ce sens, P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 144.

