

mate. Deze praktische moeilijkheid diende in eerste orde door opdrachtgever MIDEL opgelost te worden op grond van artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt dat iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert. De feitenrechter mag van die wettelijke verdeling van de bewijslast niet afwijken.

De facturen in kwestie van aannemer DEA PLUS dateren van april 2009. Thans lijkt het verderzetten van het deskundigenonderzoek in ieder geval niet meer dienend.

De beslissing van de eerste rechter om het deskundigenonderzoek te beëindiging werd terecht genomen. Er is geen grond tot hervorming.

Tergend en roekeloos geding

12.- Aannemer DEA PLUS stelt in hoger beroep een incidentele vordering in tegen opdrachtgever MIDEL tot het betalen van een schadevergoeding van 5.000,00 EUR uit hoofde van tergend en roekeloos geding.

Aannemer DEA PLUS toont niet aan dat opdrachtgever MIDEL hoger beroep heeft ingesteld met kwaadwillige bedoelingen of uit boosaardigheid of dat hij het oogmerk heeft om te schaden. Evenmin toont hij aan dat opdrachtgever MIDEL zijn recht om in hoger beroep te gaan heeft uitgeoefend op een wijze die de perken van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en zorgvuldige persoon kennelijk te buiten gaat.

Ook bewijst hij niet dat het hoger beroep lichtvaardig werd ingesteld. Dit wil zeggen dat dit gebeurde ingevolge een vergissing in de appreciatie van de zaak, die zodanig duidelijk is dat zij behoorde te worden opgemerkt en vermeden door elk voorzichtig en bedachtzaam persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden.

Het devolutief karakter van het hoger beroep

13.- Aangezien het onderhavige hoger beroep niet gericht is tegen een controlebeslissing in de zin van artikel 963, §1 van het Gerechtelijk Wetboek, maakt het in principe door de devolutieve kracht van het hoger beroep, de andere aspecten van het geschil zelf aanhangig bij de rechter in hoger beroep (zie art. 1068, eerste lid Ger.W.; vergelijk met art. 963, §2 Ger.W.). Deze devolutieve kracht speelt evenwel slechts *binnen de perken van het door de partijen ingesteld hoger beroep*.

Te dezen stelt het hof vast dat de partijen het voorwerp van hoger beroep beperkt hebben tot de beëindigingsbeslissing van de eerste rechter en tot de incidentele vordering van aannemer DEA PLUS tot het bekomen van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding en misbruik van procesgang.

De beoordeling van de zaak zelf, met inbegrip van de toepassing van de bewijsregels en de eventuele toepassing van artikel 875 van het Gerechtelijk Wetboek, komt toe aan de rechter van het geschil zelf in eerste aanleg.

De kosten van de procedure in hoger beroep

14.- Opdrachtgever MIDEL is in het ongelijk gesteld en wordt bijgevolg, met toepassing van artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek verwezen in de kosten van het hoger be-

roep, Aannemer DEA PLUS is in het gelijk gesteld en heeft bijgevolg recht op de forfaitaire tegemoetkoming bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek.

HET BESCHIKKENDE GEDEELTE

Om de bovenstaande motieven komt het hof, na tegenspraak, tot de volgende beslissing:

Verklaart het hoger beroep van de nv MIDEL geldig en ontvankelijk, maar ongegrond;

Verklaart de incidentele vordering in hoger beroep van de nv DEA PLUS ontvankelijk, maar ongegrond;

Stelt vast dat het hof zijn rechtsmacht in zake heeft geledigd en dat de verdere behandeling van het geschil tussen partijen toekomt aan de eerste rechter (rechtbank van koophandel Leuven – AR 09/1861);

Verwijst de nv MIDEL in de kosten van de procedure in hoger beroep, vereffend op 1.320,00 EUR in hoofde van de nv DEA PLUS;

Note – Recevabilité de l'appel en matière d'expertise

1. Le sort délicat de l'appel en matière d'expertise.

La question de l'appel en matière d'expertise a toujours été délicate, du fait du flou des dispositions légales à ce sujet. Les lois de réforme de 2007 et 2009 ont quelque peu clarifié la situation mais des hésitations sont toujours possibles. Ces deux décisions sont donc l'occasion de rappeler quelques points importants à ce sujet.

2. Recours contre la décision ordonnant l'expertise.

Il ne faut pas confondre l'appel des décisions ordonnant une expertise et l'appel des décisions tranchant des incidents survenus en cours d'expertise. L'appel et l'opposition contre la décision ordonnant l'expertise sont possibles dès le prononcé. La seule restriction, en ce qui concerne l'appel, est que la cause ne doit pas être jugée en premier et dernier ressort (art. 617). En effet, la décision désignant l'expert ne sera pas susceptible d'appel si le jugement définitif au fond ne l'est pas non plus (art. 621). En outre, en application de l'article 1055, l'appel contre une décision avant dire droit est toujours possible, en même temps que l'appel contre le jugement définitif, même si cette décision avant dire droit a été exécutée sans réserves. C'est le principe de la «résurrection» ou de la «résurgence» du droit d'appel¹. Il faut pour cela que l'appel contre le jugement avant dire droit soit formé en même temps que l'appel contre le jugement définitif (règle de la simultanéité)². Il importe peu, pour l'application de cette règle, que le jugement ordonnant l'expertise ait ou non été exécuté ou signifié³ ou qu'il y ait eu acquiescement.

L'appel de la décision ordonnant l'expertise ne dessaisit pas le juge qui a désigné l'expert, qui reste com-

1. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, 2^e éd., n° 219 B.

2. Cass., 22 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, 942; Cass., 23 mars 1990, *Pas.*, 1990, I, 859; Cass., 2 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, 896.

3. Cass., 17 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 710 et obs. G. DE LEVAL.

peuvent pour trancher les incidents qui peuvent survenir en cours d'expertise⁴.

3. Recours contre la décision organisant les modalités ou tranchant un incident en cours d'expertise. La règle évoquée au point précédent ne s'applique qu'à la décision initiale, celle qui met l'expertise en mouvement. Mais le cours de l'expertise sera généralement émaillé d'autres décisions: adaptation de la mission, prolongation du délai, consignation d'une nouvelle provision, remplacement de l'expert, taxation de ses honoraires, etc. Sur ces derniers points, la loi de 2007 ne prévoyait rien, ce qui a rapidement donné lieu à une controverse doctrinale⁵. En principe, la règle générale qui veut que toute décision soit susceptible d'appel dès son prononcé devrait dès lors s'appliquer. Toutefois, parmi les exceptions générales aux voies de recours, l'article 1046 mentionne les mesures d'ordre (appelées aussi mesures d'ordre intérieur). Il s'agit de décisions qui ne font qu'organiser la procédure, sans trancher, même indirectement, les questions en litige entre parties⁶. Les décisions prises par le juge pour organiser les modalités de l'expertise constituent-elles des mesures d'ordre, auquel cas elles ne pourraient pas faire l'objet d'un appel? La question a provoqué des discussions en doctrine et n'a guère eu d'écho en jurisprudence. La loi du 30 décembre 2009 a apporté des précisions à ce sujet. L'article 963 nouveau dispose en effet que les décisions relatives au déroulement de l'expertise ne sont normalement pas susceptibles d'opposition ou d'appel. Font exception à cette règle les décisions relatives à la récusation de l'expert (art. 971), au remplacement de l'expert (art. 979), la fixation de la provision et la désignation de la partie tenue de la consigner (art. 987 al. 1) et à la taxation de l'état de frais et honoraires de l'expert (art. 991). Le maintien des recours pour ces décisions est logique et justifié, étant donné qu'elles peuvent avoir un impact important sur la situation des parties.

Toutefois, l'appel de ces décisions n'a pas l'effet dévolutif habituel. En effet, l'article 963 § 2, également modifié en 2009, précise que l'appel contre ces décisions ne saisit pas le juge d'appel du fond du litige. Cette précision était heureuse, parce qu'il aurait été peu adéquat que le juge d'appel ait à trancher l'intégralité du litige suite à l'appel contre une décision anecdotique rendue en cours d'expertise. L'article 1068 al. 2 C. Jud. oblige le juge d'appel qui

confirme une décision de première instance ordonnant une mesure d'instruction à renvoyer la cause au premier juge. Cette disposition n'apportait pas tous les apaisements à ce sujet, dans la mesure où, littéralement parlant, une décision organisant les modalités d'une mesure d'instruction n'est pas une décision ordonnant une mesure d'instruction. La modification de l'article 963 est donc heureuse, dans la mesure où elle écarte toute discussion concernant l'effet dévolutif de l'appel de ces décisions.

4. Sort du jugement mettant fin à l'expertise. C'est l'objet de l'affaire portée devant la cour d'appel de Bruxelles, dans la décision publiée ci-avant. Le premier juge avait estimé que, eu égard à l'absence d'avancement de l'expertise, imputable à la mauvaise volonté d'une des parties, il y avait lieu de mettre un terme à l'expertise. La cour se demande donc s'il s'agit d'un jugement réglant un incident survenu en cours d'expertise, auquel cas l'article 963 interdirait l'appel. La question est pertinente parce que, chronologiquement, le problème se pose en cours d'expertise et, logiquement, la question de mettre un terme ou non à l'expertise peut être qualifiée d'incident. Toutefois, la disposition appliquée ne trompe pas. Il ne s'agit pas de l'article 973, qui prévoit le droit de contrôle du tribunal sur l'expertise en cours, mais bien l'article 875, qui permet de ramener l'affaire à l'audience et faire statuer en l'état, lorsqu'une mesure d'instruction n'est pas exécutée normalement. C'est le constat que fait la cour dans le cas d'espèce: si le premier juge a mis fin à l'expertise, c'est parce qu'il estimait que le demandeur ne collaborait pas correctement à son avancement. En outre, lorsque le juge clôture prématurément la mission, il n'organise pas les modalités de l'expertise mais c'est l'existence même de la mesure d'instruction qui est en cause. C'est donc à juste titre que la cour d'appel de Bruxelles a considéré que la décision était appellable.

En ce qui concerne l'effet dévolutif de l'appel, la cour d'appel applique les principes classiques: le juge est saisi de l'intégralité des questions litigieuses, dans les limites de l'appel. Il s'agit d'une conjugaison de l'effet dévolutif étendu et de l'effet relatif de l'appel. Lorsque les parties ont limité leur appel à certains aspects du litige seulement, la saisine du juge d'appel est limi-

4. Civ. Bruxelles, 29 septembre 2011, *R.J.I.*, 2012, p. 350. Solution constante: Civ. Liège (Réf.), 25 avril 1989 *J.L.M.B.*, 1989, 1490; Pol. Charleroi, 14 janvier 2003, *R.G.A.R.*, 2004, 13853; Bruxelles, 17 novembre 2004, *R.G.* 2003/AR/2244, www.juridat.be; J. GILLARDIN, «Le déroulement de l'expertise», in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. St Louis, 1994, p. 147; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Fac. Dr. Liège, 1987, n° 535; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Bruxelles, Bruylant, 1985, n° 200; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 80, n° 49.
5. Voir: O. MIGNOLET, «Nouveautés en matière d'expertise», in *Nouveautés en droit judiciaire applicables aux droits de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 5 et s., spéc., p. 41; D. MOUGENOT, «La rémunération de l'expert – deuxième partie: le régime nouveau», *Ius & actores*, 2007/3, pp. 65 et s., n° 19; P. Taelman, «Kosten en ereloon van deskundigen», *Ius & actores*, 2007/3, pp. 51 et s., n° 10; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 154, 157, 171, 195 et 196; R. DE BRIEY et B. PETIT, «La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister», *J.T.*, 2008, p. 244, n° 43.
6. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, 2^e éd., n° 195; H. BOULARBAH (m. à j. par J.-B. HUBIN), «Dispositions générales», in *La jurisprudence du Code judiciaire commentée*, t. II B: Les voies de recours, Bruges, La Chartre, 2011, p. 28; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° 101; J. LAENENS, K. BROECKX et D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2004, n° 1152; M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Gand, Story Publishers, 2009, n° 87.

tée⁷. Il doit alors renvoyer au premier juge pour la suite de la procédure, concernant les points qui n'ont pas fait l'objet de l'appel.

5. Sort du jugement refusant le remplacement de l'expert. La question se pose différemment: le remplacement de l'expert est indiscutablement un incident survenu en cours d'expertise. Dans l'état actuel de la législation, ce type de jugement rentre dans les exceptions à l'interdiction de l'appel mentionnées à l'article 963 C. jud. L'appel est donc possible mais son effet dévolutif est limité: le juge d'appel n'est saisi que de l'incident et doit renvoyer au premier juge pour les suites de la procédure.

La cour d'appel d'Anvers, dans l'arrêt commenté, constate toutefois que, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, l'expertise avait été ordonnée en 2005, donc avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2007. Le règlement des incidents restait donc soumis au régime légal antérieur. La loi réparatrice du 30 décembre 2009 ne s'applique qu'aux expertises soumises à la loi de 2007⁸. L'article 963 nouveau est donc définitivement inapplicable dans ce dossier. A défaut de disposition légale précise, la cour doit se livrer à un travail de qualification de la décision frappée d'appel. Comme l'a relevé l'avocat général Werquin, trois qualifications sont envisageables⁹. Première possibilité: il s'agit d'une mesure d'ordre. Deuxième possibilité: il s'agit d'une mesure avant dire droit. Dernière possibilité: cette décision tranchait un point litigieux et constituait dès lors un jugement définitif sur incident, épuisant la saisine du juge sur cette question (art. 19 C. Jud.). *A priori*, en statuant sur une demande de remplacement de l'expert, le juge ne tranche pas les droits litigieux, ce qui devrait exclure la qualification de jugement définitif. S'agit-il d'un jugement avant dire droit? Selon l'article 19 C. Jud., le jugement avant dire droit est celui qui ordonne une mesure préalable destinée soit à instruire la demande *ou à régler un incident portant sur une telle mesure*, soit à régler provisoirement la situation des parties. Les décisions statuant sur les incidents survenus en cours d'exécution d'une mesure d'instruction sont donc légalement considérées comme des mesures avant dire droit. Toutefois, cette qualification a été introduite lors de la modification de l'article 19 introduite par la loi du 26 avril 2007. En vertu de l'article 31 de cette loi, les dispositions nouvelles sont applicables à toutes les causes pour lesquelles aucun calendrier de procédure n'a été fixé ou pour lesquelles aucune demande de fixation a été introduite. Donc, la nouvelle qualifica-

tion introduite en 2007 à l'article 19 est susceptible de s'appliquer également aux mesures d'instruction en cours. Le jugement *a quo*, rendu en 2010, pouvait être considéré comme un jugement avant dire droit.

Récapitulons: les expertises ordonnées antérieurement au 1^{er} septembre 2007 restent soumises aux dispositions légales antérieures et l'article 963 nouveau, qui traite de l'appel des jugements rendus en cours d'expertise, ne leur est pas applicable. Toutefois, pour qualifier ces jugements, il faut faire application d'une disposition extérieure au droit de l'expertise, l'article 19, dont la nouvelle version est, elle, directement applicable depuis 2007. La cour aurait donc pu considérer qu'un jugement réglant un incident survenu en cours d'expertise comme un jugement avant dire droit. Toutefois, G. de Leval et J. van Compernelle estiment que ce type de mesure peut également être considéré comme une mesure d'ordre, parce qu'elle ne préjuge en rien des droits des parties¹⁰. Dans le cas d'espèce, la cour a considéré le jugement *a quo* comme une mesure d'ordre et a rejeté l'appel. Cette décision est conforme à l'opinion des éminents auteurs cités.

Mais cette décision était-elle adéquate dans le cas d'espèce? L'expert était arrivé à la pension et avait arrêté ses activités. Malgré cela, le premier juge avait refusé de le remplacer. Dès lors, la cour, en déclarant l'appel irrecevable, a créé un véritable blocage¹¹. L'expertise ne pouvait plus se poursuivre pour des raisons matérielles, le premier juge refusait de remplacer l'expert et la cour estimait que cette décision n'était pas susceptible de recours. En faisant obstacle à la poursuite de l'expertise, la décision du premier juge faisait plus qu'organiser la procédure: elle empêchait le demandeur de faire valoir ses droits par le biais d'une mesure d'instruction. En considérant le jugement attaqué comme une mesure avant dire droit au sens de l'article 19 nouveau, la cour aurait pu faire droit à l'appel et remettre l'expertise sur les rails. Une telle décision aurait été plus pragmatique et également juridiquement correcte.

Dominique Mougenot

Juge au tribunal de commerce de Mons

Maitre de conférences à l'UNamur, maitre de conférences invitée à l'UCL

7. Cass., 25 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p.451; Cass., 19 décembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 2061; Cass., 2 mars 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 24, note VOET; Cass., 3 avril 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p.1187 et *T. Fam.*, 2010, note TOREMANS; Cass., 28 septembre 2009, *R.D.J.P.*, 2010, p. 72.

8. D. MOUGENOT et O. MIGNOLET: «La loi du 30 décembre 2009 «réparant» la procédure d'expertise judiciaire», *J.T.*, 2010, pp. 201 et s., n° 50.

9. Concl. av. gén. WERQUIN, *J.T.*, 2013, p. 196.

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

11. En réalité, on manque de données précises pour donner un avis définitif sur les éléments de fait du dossier. En théorie, ce n'est pas parce qu'un expert judiciaire prend sa pension qu'il est automatiquement déchargé des missions d'expertise qui lui sont confiées. Il faudrait en savoir plus sur les données du cas d'espèce pour déterminer si cette situation a entraîné une véritable impossibilité de poursuite de l'expertise. Mais c'est en tout cas l'impression que donne l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers à la lecture.