

Annexe B9 Publique : Copie des références doctrinales

**MEMOIRE D'APPEL DE LA DEFENSE DE M. FIDELE BABALA WANDU
CONTRE LA SENTENCE PRONONCEE PAR LA CHAMBRE DE PREMIERE
INSTANCE VII (ICC-01/05-01/13-2123-Corr)**

Georges de LEVAL

Éléments de procédure civile

2^e édition

Collection

de la Faculté de droit de l'Université de Liège



381 B 4

Collection de la Faculté de droit
de l'Université de Liège

Éléments de procédure civile

2^e édition

Georges de LEVAL

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège



LARCIER

Dans la même collection :

Paul DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 2005
 Michel PÂQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, 2005
 Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005
 George de LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2005
 Sean VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2005
 Paul DELNOY, *Les libéralités et les successions*, 2004
 Louis MICHEL, *Les nouveaux enjeux de la politique étrangère belge*, 2003
 Paul MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, 2003
 Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2002

Pour toute information sur notre fonds et les nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez notre site web : www.larcier.com



© De Boeck & Larcier s.a., 2005
 Éditions Larcier
 Rue des Minimes, 39 • B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal 2005/0031/84

ISBN : 2-8044-1562-7
 ISBN13 : 978-2-8044-1562-4

1006)⁽⁴⁸⁾, de déclarations des tiers (l'enquête, C. jud., art. 915 à 961), des lumières d'un technicien (l'expertise, C. jud., art. 962 à 991), de documents émanant d'une partie ou d'un tiers mais sous réserve d'une procédure de vérification d'écriture ou d'un faux civil (voy. C. jud., art. 877 à 914)⁽⁴⁹⁾ ou de constats (voy. C. jud., art. 516, al. 2, 584, al. 4, 2°, et 1016bis)⁽⁵⁰⁾.

B. Mesures d'instruction non prévues par la loi

Si en principe le procès civil est instruit conformément aux règles énoncées par les procédures de réception de preuve, il n'est pas exclu que soient mises en œuvre des mesures d'instruction non prévues par la loi pour autant qu'un contrôle judiciaire de régularité et de validité demeure toujours possible (*adde supra*, n° 20)⁽⁵¹⁾.

(48) A propos de l'aveu, qui peut être recueilli lors d'une comparution personnelle, voy. Liège (1^{re} ch.), 15 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 778 : la reconnaissance volontaire par une partie d'un fait constitue un aveu sans qu'il soit requis que cette partie ait eu l'intention de fournir une preuve à la partie adverse (Cass., 2 mai 1988, *Pas.*, 1998, I, p. 1043, impl.). L'aveu judiciaire est celui qui est formé devant le juge compétent et dans le cours de la procédure où se débat le droit à propos duquel l'aveu est émis (un aveu ne peut résulter d'une absence de contestation, Cass. fr., 18 mai 1999, *J.C.P.*, juillet 1999, p. 6, obs. R. PERROT ; R. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, I, II, éd. 1997, n° 270 ; sur l'irrévocabilité de l'aveu judiciaire en cas de conclusions successives, voy. Cass. fr., 20 mai 2003, *Dall.*, 2003, p. 1547 ; sur ce que la déclaration faite dans une cause autre que celle sur laquelle le juge est appelé à statuer ne constitue pas un aveu judiciaire, voy. Cass., 7 nov. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1483). L'aveu extrajudiciaire est tout aveu qui n'est pas judiciaire et notamment celui fait au cours d'une instance autre que celle relative à la prétention dont il fait l'objet. La seule différence actuellement reconnue entre les deux types d'aveux consiste dans un contrôle que le juge peut exercer sur les conditions dans lesquelles l'aveu extrajudiciaire a été émis tandis que l'aveu judiciaire lie automatiquement le juge (*adde* P. VAN OMMESLAGHE, « L'aveu » in *La preuve*, Louvain, UCL, 1987 et R. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, I, II, éd. 1997, nos 260 et s.). Enfin ni l'aveu extrajudiciaire, ni l'aveu judiciaire ne peuvent concerner des causes à propos desquelles la loi n'autorise pas de disposer ou à propos desquelles il ne peut être transigé (Cass., 13 nov. 2000, R.G. n° S.2000.0064.N.).

(49) Ex. : Civ. Bruxelles, 29 juin 1999, *J.T.*, 1999, p. 736 (faux civil) ; Cass. fr., 7 avril 1999, *Gaz. Pal.*, 21-22 févr. 2001 (vérification d'écriture ; sur la compétence du juge des référés pour procéder à une vérification d'écritures dès lors que cette contestation n'est pas sérieuse, voy. Cass. fr., 27 juin 2000, *Dall.*, 2001, jur., p. 439 et note X. VUITTON) ; J.P. Wolvertem, 22 mars 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 284 (charge de la preuve incombant à la partie qui se prévaut de l'acte sous seing privé). Sur ce qu'en ce cas, la mesure d'instruction ne pourrait être ordonnée d'office par le juge, voy. en ce sens mais à notre avis de manière au minimum bien trop peu nuancée, P. VANLERSBERGHE, « Het schriftonderzoek », *R.A.G.B.*, 2004, p. 1199 ; *contra* : D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, I, II, éd. 2002, n° 158. *Adde infra*, note 55.

(50) Sur le constat d'adultère, voy. *Jurisprudence du Code judiciaire* (Bruges, éd. La Charte), art. 1016bis et art. 1254 et réf. cit. ; G. de LEVAL, « Le constat d'adultère par huissier de justice », *Ann. dr. Liège*, 1988, pp. 223-238 ; Civ. Liège, 9 févr. 1998, *Pas.*, 1997, III, p. 15 ; J.-E. BEERNAERT, « Des us et coutumes en matière de constat d'adultère », *Div. Act.*, 2001, pp. 175-180. Sur la signification préalable non requise, voy. *supra*, n° 71, note 76 et *infra*, n° 160 B, note 48.

(51) G. de LEVAL, « Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction non prévues par la loi ? », note sous J.P. Louveigné, 20 oct. 1988, *Ann. dr. Liège*, 1990, pp. 417-420 et « Réflexions sur la médiation civile », in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 33. *Adde* G. HORMANS, *op. cit.*, *Rev. arb.*, 1999, p. 520 et à propos d'une audition comme témoin par voie de commission rogatoire destinée à établir un usage bancaire (parère) par l'A.B.B., Cour de Justice Genève, 11 déc. 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 706. Comp. au plan historique, M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Ordre judiciaire et vérité du droit : le plaidoyer de l'avocat général d'Agnesseau dans l'affaire La Pivardière », *Droits*, 33-2001, pp. 53 et s. : « Non qu'il méconnaisse les contraintes et les dangers de ces formes qui peuvent n'être que des « formalités captieuses » : il est souvent dur « d'occuper un esprit né pour les grandes choses, à suivre scrupuleusement les détours artificieux et les profondes règles d'une procédure embarrassée ». Mais même si parfois la justice semble « gémir sous leur poids » (Merc., 65-66), les formes de l'ordre du droit doivent demeurer des règles « inviolables » : dans le ministère du juge, « Tout est commandé, tout est de rigueur » (Merc., 129), car la découverte de la vérité ne peut se faire que par la mise en œuvre des lois » (66).

règles
vidéo
la pro

134 Traits

les
preu

(52)
sujet
fiant
flues,
p. 22
(53)
disai
com
part
part
l'ins
J.L.
l'in:
son
obs
de
tut
l'ir
J.L
Ca
à j
les
dé
aj
te
C
le
n
P
(
I
I
J

enquête, C. jud., art. 915 à 961), des C. jud., art. 962 à 991), de documents mais sous réserve d'une procédure de fil (voy. C. jud., art. 877 à 914) (49) ou 2, 584, al. 4, 2°, et 1016bis) (50).

s par la loi

est instruit conformément aux règles on de preuve, il n'est pas exclu que instruction non prévues par la loi pour gularité et de validité demeure tou-

Il existe d'ailleurs certaines pratiques non régies par un corps de règles tels que la remise d'attestation (52) ou les enregistrements audio ou vidéo (53) (comp. les dispositions souples des art. 50 et 51 de la loi relative à la protection de la jeunesse) (54).

Sous-section 2

Brèves indications relatives à certaines procédures de réception de preuve

Traits communs

Dans les limites de cet ouvrage, il est exclu d'examiner, dans le détail, les règles de procédure relatives à chaque procédure en matière de preuve (55).

une comparaison personnelle, voy. Liège (1^{re} ch.) contraire par une partie d'un fait constitue un aveu fournir une preuve à la partie adverse (Cass., 2 mai t celui qui est formé devant le juge compétent es duquel l'aveu est émis (un aveu ne peut résulter 2.P., juillet 1999, p. 6, obs. R. PERROT ; R. MOU 70 ; sur l'irrévocabilité de l'aveu judiciaire en cas ill., 2003, p. 1547 ; sur ce que la déclaration faite élé à statuer ne constitue pas un aveu judiciaire, 'extrajudiciaire est tout aveu qui n'est pas judi- re que celle relative à la prétention dont il fait s deux types d'aveux consiste dans un contrôle 'aveu extrajudiciaire a été émis tandis que l'aveu AGHE, « L'aveu » in *La preuve*, Louvain, UCL, éd. 1997, nos 260 et s.). Enfin ni l'aveu extra- es à propos desquelles la loi n'autorise pas de s., 13 nov. 2000, R.G. n° S.2000.0064.N.), (faux civil) ; Cass. fr., 7 avril 1999, *Gaz. Pal.* du juge des référés pour procéder à une véri- sérieuse, voy. Cass. fr., 27 juin 2000, *Dall.* mars 2001, R.W., 2001-2002, p. 284 (charge us seing privé). Sur ce qu'en ce cas, la mesure y. en ce sens mais à notre avis de manière au hristonderzoek », R.A.G.B., 2004, p. 1199 ; id. 2002, n° 158. *Adde infra*, note 55.

instruction non prévues par la loi ? », note 417-420 et « Réflexions sur la médiation iegem, Kluwer, 1997, p. 33. *Adde* G. Hor on comme témoin par voie de commission .B., Cour de Justice Genève, 11 déc. 1998. x-ZAGAME, « Ordre judiciaire et vérité du : La Pivardière », *Droits*, 33-2001, pp. 53 le ces formes qui peuvent n'être que des :né pour les grandes choses, à suivre scru- procédure embarrassée ». Mais même si i), les formes de l'ordre du droit doivent out est commandé, tout est de rigueur ur la mise en œuvre des lois » (66).

(52) Par ex. le rapport d'un détective privé (Bruxelles, 24 févr. 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1513 ; comp. au sujet des déclarations faites par attestations, art. 200 et s. du C. proc. civ. fr. ; *adde* proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues, Doc. Parl., Sénat, Sess. 2004-2005 n° 3-972 ; F. ERDMAN et G. de LEVAL, *Dialogues justice*, op. cit., p. 223 ; *adde* Civ. Namur, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 842 et Mons, 17 févr. 2004, *J.T.*, 2004, p. 524).

(53) Ce moyen de preuve n'est pas irrelevant en lui-même, aucune disposition du droit positif n'interdisant a priori le recours aux procédés de preuve issus de l'évolution des techniques modernes ; cependant, comme tout moyen de preuve quelconque, il faut, pour qu'il puisse être considéré comme probant, d'une part qu'il y ait été recouru dans des conditions qui permettent d'être convaincu de sa fiabilité, et d'autre part qu'il ait été obtenu par des moyens licites (Liège, 19 nov. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1146). Même si, à l'instar de la découverte de documents compromettants tels que des lettres (Bruxelles, 24 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 359), il doit être admis que des enregistrements audio ou vidéo puissent être réalisés à l'insu du conjoint parce que le droit au respect de la vie privée et le principe du secret de la correspondance sont, dans les rapports entre époux, atténués par le droit légitime — exercé en dehors de tout caractère obsessionnel — d'un conjoint de s'assurer du respect de ses devoirs conjugaux par l'autre — dont le devoir de cohabitation et de fidélité — encore faut-il que ces enregistrements soient obtenus, soit de manière fortuite, soit de manière volontaire mais sans provocation ni violation de droits civils fondamentaux comme l'inviolabilité du domicile (Liège, 1^{re} ch., 27 oct. 1998, R.G. nos 1947/96 et 1979/96 ; Mons, 19 nov. 2002, *J.T.*, 2003, p. 343 ; *adde* et comp. en matière pénale, Cass., 12 mai 1998, *P. & B.R.D.J.P.*, 1999, p. 108 ; Cass., 23 déc. 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 61 et Cass. fr., 12 juin 2002, *Les annonces de la Seine*, n° 36, p. 6, à propos du « testing » : « Attendu qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient seulement, en application du texte susvisé, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire » ; voy. à ce sujet L. COLLET-ASKRI, « Testing or not testing ? La chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal ? », *Dall.*, 2003, p. 709 ; voy. aussi en procédure pénale, L. KENNES, La preuve irrégulière est... admissible ou les erreurs de procédure sous nullité, *Journal du Juriste* 2005 n° 1 et ref. à Cass., 16 nov. 2004, no P.040644.N.). *Adde* C. LEGUEVAQUES et V. DOUYSET, « L'enregistrement téléphonique comme mode de preuve dans le contentieux du divorce », *Gaz. Pal.*, 29-30 mars 2000, pp. 11 et s. ; *adde supra*, note 43.

(54) L'examen médico-psychologique prévu par l'art. 50, § 1^{er}, de la loi du 8 avril 1965 ne constitue pas une expertise, mais un moyen d'investigation *sui generis*. Les dispositions des art. 962 à 991 du C. jud. relatives à l'expertise ne sont pas applicables à cette mesure d'investigation, compte tenu des prescriptions propres à la procédure protectionnelle (Bruxelles, 19 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1833).

(55) On le rappelle (*supra*, n° 133 A), il s'agit :

— de la production de documents (art. 877 à 882) ;

— de la vérification d'écritures (art. 883 à 894) (ex. : Cass., 19 janv. 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 130 et concl. M. BRESSELEERS ; Cass., 7 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 654 [la vérification d'écriture ne doit pas être ordonnée lorsque les éléments de fait produits et leur valeur probante semblent suffisamment sûrs au juge ; P. VAN- LERSBERGHE, « Het schriftonderzoek », note sous Civ. Louvain, 24 déc. 2002, R.A.G.B., 2004, p. 1195 ; à

Tout en insistant sur le fait que le principe d'économie de procédure s'impose spécialement en ce domaine (voy. p. ex. note 88), il semble important de préciser que :

- le juge compétent pour ordonner une mesure d'instruction apprécie, *en principe souverainement*, l'opportunité d'y recourir compte tenu notamment de la pertinence des faits allégués et de la carence éventuelle dans l'administration de la preuve⁽⁵⁶⁾ ;
- le jugement qui ordonne (d'office ou à la demande d'une partie ; à titre principal⁽⁵⁷⁾ ou incident) une mesure préalable destinée à instruire la demande est un jugement avant dire droit (art. 19, al. 2 ;

propos de la signature électronique, voy. L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, pp. 558-559 et la note 55). *Adde supra*, note 49 ;

- du faux civil (art. 895 à 914) ;

- de l'enquête (art. 915 à 991) ;

- de l'expertise (art. 962 à 991) ;

- de l'interrogatoire des parties (art. 992 à 1004 ; *adde* « Proposition de loi insérant un article 992bis dans le Code judiciaire », *Doc. parl.*, Ch. Repr., 80/1-1999 SE : « dans les causes visées à l'article 601bis, le juge peut, même d'office, ordonner la comparution personnelle du conducteur d'un véhicule même si celui-ci n'est pas partie au procès » ; comp. *infra*, notes 79 et 90).

- du serment (art. 1005-1006) ;

- de la descente sur les lieux (art. 1007-1016) ;

- du constat d'adultère par huissier de justice (art. 1016bis).

(56) Voy. cep. C. Arb., 7 déc. 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 48 (*infra*, n° 151 B, expertise fiscale) et Cass. fr., 28 mars 2000, *J.C.P.*, 2000, II, n° 10409 (l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ; *adde*. Cass. fr., 24 sept. 2002, *Dall.*, 2003, p. 1793 et note de D. COCTEAU-SENN) dont les conclusions du ministère public recommandent l'adoption de la position de nombreux pays européens pour lesquels le pouvoir discrétionnaire des juges du fond quant à l'appréciation d'une mesure d'instruction cesse lorsque le refus d'ordonner cette mesure fait obstacle à l'établissement d'un droit ou, lorsqu'elle constitue l'unique moyen d'en rapporter la preuve. On précise ainsi qu'il ne faut pas confondre la carence dans l'administration de la preuve (l'art. 146 du C. proc. civ. fr. dispose ainsi qu'« en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve », J. NORMAND, « Les principes directeurs du procès civil en droit français », *Ann. dr. Louvain*, 2003, p. 14) et l'impossibilité ou la difficulté pour le plaideur de rapporter celle-ci. En ce sens, il y a un droit de la preuve distinct du droit matériel revendiqué (voy. ainsi en matière de saisie-description, O. MIGNOLET et D. KAESMACHER, « La saisie en matière de contrefaçon : le Code judiciaire à la rencontre des droits intellectuels », *J.T.*, 2004, p. 59, n° 17, et en cas de constat, Civ. Liège, prés., 9 févr. 1998, *Pas.*, 1997, III, p. 15 : en cas de requête tendant à obtenir l'autorisation de faire constater un adultère, il n'est pas indispensable qu'un élément de preuve ou de commencement de preuve soit produit ou indiqué. Il suffit que le requérant fasse connaître qu'il a des soupçons sérieux que l'adultère a lieu dans un endroit bien précisé) ; comp. et *contra*, mais à tort, D. MOUGENOT, *op. cit.*, in *Actualités de droit familial* (1997-1999), Formation permanente CUP, 2000, vol. 43, p. 224, n° 3a et réf. cit. à la note 68, qui écrit notamment que « la désignation d'un expert suppose qu'il y ait un début de preuve des faits avancés par le demandeur » (opinion reprise par G. CLOSSET-MARCHAL, « L'expertise et le Code judiciaire » in, *L'expertise* (sous la dir. de J. van COMPERNOLLE et B. DUBUISSON), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 10, n° 14 ; J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 728, n° 646 et p. 765, n° 695, mais comp. en matière d'enquête, p. 738, n° 661 et *infra*, note 70).

(57) Y compris en matière de production de documents notamment dans le cadre d'une investigation patrimoniale à l'initiative d'un créancier (G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, n° 39 K ; R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 189 ; Cass. fr., 20 juillet 1994, *Dall.*, 1994, IR, p. 205 ; Civ. Liège, ch. s., 18 juin 1999, R.G. n° 96/4055/A ; *infra*, n° 277). Sur le recours, voy. *infra*, n° 135 et la note 66.

nt que le principe d'économie de procédure
maine (voy. p. ex. note 88), il semble impor-

donner une mesure d'instruction apprécie,
ent, l'opportunité d'y recourir compte tenu
nce des faits allégués et de la carence éven-
on de la preuve (56) ;

(d'office ou à la demande d'une partie ; à
dent) une mesure préalable destinée à ins-
jugement avant dire droit (art. 19, al. 2 ;

L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du
2002, pp. 558-559 et la note 55). *Adde supra*, note 49 ;

44 ; *adde* « Proposition de loi insérant un article 992bis dans
1999 SE : « dans les causes visées à l'article 601bis, le juge
personnelle du conducteur d'un véhicule même si celui-ci
79 et 90).

9 ;
(art. 1016bis).
L.B., 2000, p. 48 (*infra*, n° 151 B, expertise fiscale) et Cass.
l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, *voir*
der ; *adde* Cass. fr., 24 sept. 2002, Dall., 2003, p. 1793 et
ous du ministère public recommandent l'adoption de la posi-
suels le pouvoir discrétionnaire des juges du fond quant à
ne lorsque le refus d'ordonner cette mesure fait obstacle à
tinue l'unique moyen d'en rapporter la preuve. On précise
ans l'administration de la preuve (l'art. 146 du C. proc. civ.
e d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la
preuve », J. NORMAND, « Les principes directeurs du procès
03, p. 14) et l'impossibilité ou la difficulté pour le plaideur
de la preuve distinct du droit matériel revendiqué (voy. ainsi
et D. KAESMACHER, « La saisie en matière de contrefaçon :
lectuels », J.T., 2004, p. 59, n° 17, et en cas de constat, Civ.
5 ; en cas de requête tendant à obtenir l'autorisation de faire
le qu'un élément de preuve ou de commencement de preuve
nt fasse connaître qu'il a des soupçons sérieux que l'adultère
contra, mais à tort, D. MOUGENOT, *op. cit.*, in *Actualités de*
nante CUP, 2000, vol. 43, p. 224, n° 3a et réf. cit. à la
tion d'un expert suppose qu'il y ait un début de preuve des
prise par G. CLOSSET-MARCHAL, « L'expertise et le Code
et COMPERNOLLE et B. DUBUISSON), Bruxelles, Bruylant, 2002,
it., R.C.J.B., 2002, p. 728, n° 646 et p. 765, n° 695, mais
infra, note 70).

de documents notamment dans le cadre d'une investigation
de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, n° 39 K ; R. PERROT,
 judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 189 ; Cass. fr.,
r. Liège, ch. s., 18 juin 1999, R.G. n° 96/4055/A ; *infra*,
note 66.

supra, n° 94 et *infra*, n° 159) non revêtu de l'autorité de la chose
jugée et qui peut être modifié si des circonstances nouvelles le
justifient (58) ; en principe, le juge qui a ordonné une mesure d'ins-
truction est tenu par cette décision et ne peut statuer sur le fond
avant que celle-ci ait eu lieu (voy. cependant *supra*, n° 132 C et
note 44) ;

- la décision ne doit pas être préalablement signifiée (*infra*, n° 160 B) et
elle est, de plein droit, exécutoire par provision (art. 1496) (59) ;
- le régime des recours n'est pas uniforme même si le plus souvent des
dérogations sont apportées au droit commun (voy. C. jud., art. 880,
al. 2, 919, 996, al. 1^{er}, 1013 et 1046 ; *adde infra*, n° 195 B) (60) ;
- la procédure d'appel comporte des règles propres aux jugements
avant dire droit ordonnant ou autorisant une mesure d'instruction
(C. jud., art. 1055, 1066, al. 2, 2°, 1068, al. 2, et 1072) ;
- tout jugement d'instruction réserve les dépens (art. 1017, al. 4).

§ I. Production de documents

1. Généralités

- A. En tout état de cause, une production de documents présuppose l'exis-
tence de présomptions graves, précises et concordantes de la détention
par une partie ou un tiers d'un document contenant la preuve d'un fait
pertinent (C. jud., art. 878) (61).

(58) J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, R.C.J.B., 1997, p. 531, n° 47 ; sent. arb.,
17 mai 2002, P. & B./R.D.J.P., 2002, p. 350.

(59) C'est pourquoi la participation à l'exécution d'une mesure d'instruction n'entraîne pas par elle-
même acquiescement à la décision (*infra*, n° 194 ; voy. p. ex. Bruxelles, 19 juin 2001, J.L.M.B., 2002,
p. 1356 et Cass. fr., 9 janv. 2003, Dall., 2003, p. 312 ; Droits et procédure, *La revue des huissiers de Jus-
tice*, 2003, p. 241 et obs. J.J. BOURDILLAT : « L'exécution d'une décision de justice préparatoire ou provi-
soire n'a lieu qu'aux risques et périls de celui qui la poursuit, à charge par lui d'en réparer les conséquences
dommageables. Ayant pris le risque de faire exécuter les opérations litigieuses (effraction des portes de
garages, appartenant à son ex-épouse, par un serrurier en exécution de la mission confiée à un huissier de
justice pour dresser un inventaire de leur contenu), l'ex-mari doit répondre des conséquences dommagea-
bles de celles-ci ; et puisqu'il ne démontre pas que la mesure d'instruction ait confirmé ses allégations rela-
tives à l'appropriation frauduleuse par son ex-épouse de meubles lui appartenant en propre, ou
appartenant à l'indivision, et qu'elle ait été nécessaire, il a l'obligation de supporter seul le coût de la remise
en état des fermetures des garages »).

(60) Sur l'appel d'une décision ordonnant une comparution personnelle ou une production de docu-
ments sous astreinte, voy. Cass., 18 févr. 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 722 ; Cass., 12 nov. 1999, *Pas.*, 1999, I,
p. 1493 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, in *Actualités de droit familial* (1997-1999), Formation permanente CUP,
2000, vol. 43, p. 252 et réf. cit. *Infra*, notes 67 et 81.

(61) Comp. l'art. 16 de la loi du 13 avril 1995 relative à l'agence commerciale ; Comm. Mons, 17 oct.
2002, J.L.M.B., 2003, p. 167. En matière de production de documents relatifs à l'état de santé des con-
joints, voy. Liège, 18 janv. et 9 oct. 2000, J.L.M.B., 2002, p. 627 et obs. S. THIELEN, *Rev. trim. dr. fam.*,
2002, p. 680.

Cette mesure n'est pas assimilable à une consultation ⁽⁶²⁾.

- B.** Il importe de distinguer suivant que cette mesure d'instruction s'applique à une partie ⁽⁶³⁾ ou à un tiers, lequel peut faire valoir ses observations quant au principe même de la mesure d'instruction (art. 878 ; *adde* art. 1675/8) ⁽⁶⁴⁾.

Illustration

Un conseil technique, consulté par une compagnie d'assurances, ne relève pas de la catégorie des dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie.

Les parties doivent collaborer loyalement à la manifestation la plus complète possible de la vérité factuelle afin de permettre que la vérité judiciaire s'en rapproche le plus possible, à peine d'être artificielle ou purement virtuelle (voy. les art. 871 et 877 et s. du C. jud.) ⁽⁶⁵⁾.

(62) « Lorsqu'une ordonnance ordonnant une mesure de production de documents porte non sur la production d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent mais sur l'exécution, sans contrepartie, de la prestation d'un service (recherche opérée dans une banque de données en matière immobilière), il s'agit d'une mesure qui sort du champ d'application de l'article 877 du Code judiciaire » (Mons, 2^e ch., 1^{er} oct. 2002, *J.T.*, 2002, p. 815 ; *Rev. not. b.*, 2003, p. 96).

(63) Ainsi, un conjoint peut être condamné à communiquer à l'autre les numéros et extraits de compte et livrets bancaires dont il est le titulaire sous peine d'une astreinte par jour de retard à compter de l'expiration d'un délai de deux mois après la signification de la décision (Liège, 20^e ch., 12 juin 1998, *R.G.* n° 1998/RF/98).

(64) Voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, in *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Formation permanente CUP, 2000, vol. 43, pp. 214-220 et J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 716-728, nos 636-646, à propos du secret professionnel. Jugé que le secret professionnel d'un notaire n'empêche pas le juge, conformément à l'art. 877 du C. jud., d'ordonner la production, par ce notaire, de cinq actes authentiques manuscrits, certifiés conformes par lui, à choisir par lui parmi les minutes de son étude, et passés par son prédécesseur dans le courant d'autant d'années calendrier. La loi permet également d'ordonner la production de pièces par la Chambre des notaires (C. trav. Gand, 6 juin 1997, *Chron. D.S.*, 1999, p. 121 et *R.C.J.B.*, 2002, p. 721, n° 642, obs. crit.). A propos de l'art. 1675/8 en matière de règlement collectif de dettes, cons. C. Arb., 3 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868 : s'il est vrai que la règle du secret professionnel doit céder, lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle, l'art. 1675/8, al. 2, du C. jud., qui interdit à tout tiers, et notamment aux avocats, de se retrancher derrière le secret pour refuser de répondre à une injonction de production de renseignements relatifs à la situation patrimoniale d'un requérant en règlement collectif de dettes, établit une levée du secret professionnel absolue et *a priori*. Si cette exception est justifiée par une renonciation implicite à laquelle procéderait le requérant en introduisant sa demande, il faut constater que cette renonciation, présumée, anticipée, et accomplie sans que celui qui la fait ne puisse évaluer sur quel objet précis elle portera et si elle n'est pas, éventuellement, contraire à ses intérêts, ne peut justifier, au même titre que la théorie de l'état de nécessité ou du conflit de valeurs, une atteinte de cette ampleur à la garantie que représente le secret professionnel. L'art. 1675/8, al. 2, du C. jud. doit donc être annulé en tant qu'il s'applique aux avocats, *infra*, n° 277, C/2.

(65) Civ. Namur, 26 mars 1996, *Journ. proc.*, 17 mai 1996, p. 28 et obs. J. ENGLEBERT, qui conclut : « subsiste évidemment toujours l'hypothèse où une partie détient un document pertinent mais dont l'existence (ou cette détention) est ignorée de toutes les autres parties. Dans ce cas, la cohérence entre vérité judiciaire et vérité factuelle dépendra de la seule bonne foi de cette partie » ; voy. à ce sujet J. JOLOWICZ, « La production forcée des pièces en droit français et anglais », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? — Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 167 et s. *Adde* Cass. fr., 31 mai 1995, *Dall.*, 1996, somm., p. 137 et obs. J. JULIEN : chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ; celui qui, *sans motif légitime*, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a

able à une consultation (62).

que cette mesure d'instruction s'applique lequel peut faire valoir ses observations la mesure d'instruction (art. 878 ; *adde*

e compagnie d'assurances, ne relève pas de la par profession, des secrets qu'on leur confie.

ent à la manifestation la plus complète possible que la vérité judiciaire s'en rapproche le ou purement virtuelle (voy. les art. 871 et

ure de production de documents porte non sur la pertinent mais sur l'exécution, sans contrepartie, e banque de données en matière immobilière), il l'article 877 du Code judiciaire » (Mons, 2^e ch., 96).

iquer à l'autre les numéros et extraits de compte astreinte par jour de retard à compter de l'expiration de la décision (Liège, 20^e ch., 12 juin 1998, R.G.

it familial (1997-1999), Formation permanente LE e.a., *op. cit.*, R.C.J.B., 2002, pp. 716-728, secret professionnel d'un notaire n'empêche pas la production, par ce notaire, de cinq actes visés par lui parmi les minutes de son étude, et es calendrier. La loi permet également d'ordonner l'art. 1675/8 en matière de règlement col- p. 868 : s'il est vrai que la règle du secret pro- u'une valeur jugée supérieure entre en conflit s, et notamment aux avocats, de se retrancher de production de renseignements relatifs à la de dettes, établit une levée du secret profes- une renonciation implicite à laquelle procé- constater que cette renonciation, présumée, uer sur quel objet précis elle portera et si elle fier, au même titre que la théorie de l'état de r à la garantie que représente le secret pro- en tant qu'il s'applique aux avocats, *infra*,

p. 28 et obs. J. ENGLEBERT, qui conclut : nt un document pertinent mais dont l'exis- Dans ce cas, la cohérence entre vérité judi- partie » ; voy. à ce sujet J. JOLOWICZ, « La Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? — p. 167 et s. *Adde* Cass. fr., 31 mai 1995, apporter son concours à la justice en vue soustrait à cette obligation lorsqu'il en a

C. Le jugement qui ordonne la production d'un document n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel (art. 880, al. 2) (66). Il est exécutoire par provision (art. 1496).

La décision ordonnant la production de documents peut être assortie d'une astreinte (67) sans préjudice de la condamnation à des dommages-intérêts en cas de dommage causé par l'abstention injustifiée de la partie ou du tiers (art. 882) (68).

été légalement requis peut être contraint d'y satisfaire ; voy. aussi l'art. 1133, 2^o, du C. jud. (requête civile, *infra*, nos 172 et 189 B). Comp. J.P. Bruxelles (2^e cant.), 23 févr. 1999 (inédit) : une requête fondée sur l'art. 143 du C. succ. et de l'art. 594, 10^o, du C. jud. en vue d'obtenir la communication de différents documents relatifs à des déclarations de succession afin de permettre à des fils de constituer un dossier contre leur père dans la perspective d'une éventuelle procédure pour cause de prodigalité n'est pas fondée dans la mesure où de tels documents ne permettraient pas d'établir la preuve de la prodigalité et pourraient concerner des tiers étrangers à la cause (comp. *supra*, note 56).

(66) L'art. 880, al. 2, du C. jud., qui dispose que le jugement qui ordonne la production d'un document n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel, exclut seulement l'appel contre le jugement avant dire droit par lequel, au cours d'une procédure dans le cadre de laquelle une demande est examinée, le juge ordonne la production d'un document qui peut contenir la preuve d'un fait pertinent pour l'examen de cette demande. Aucune disposition légale n'exclut l'appel contre l'ordonnance du président du tribunal, par laquelle ce dernier, comme juge des référés, ordonne au défendeur en référé de remettre au demandeur en référé la copie de certaines pièces, en manière telle que, par cette ordonnance, le président du tribunal épuise sa saisine et que cette procédure se trouve ainsi achevée (Bruxelles, 13 avril 1999, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 83). Enfin, une tierce opposition du tiers contraint de produire des documents n'est pas exclue par l'art. 880, al. 2, du C. jud. (Liège, 6 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1728 ; Civ. Bruxelles, ch. s., 26 oct. 2000, *J.T.*, 2001, p. 52 ; R.C.J.B., 2002, p. 731, n^o 653). Jugé à tort que l'art. 880, al. 2, ne distingue pas entre la partie du dispositif du jugement qui statue sur la recevabilité de la demande principale de celle qui, avant dire droit au fond, ordonne la production de documents proprement dite (Mons, 2^e ch., 14 oct. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 711 et R.C.J.B., 2002, p. 730, n^o 652, obs. crit.).

(67) J. van COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, l. IV/6, éd. 1992, n^o 43 ; Mons, 12 juillet 1985, *J.L.M.B.*, 1987, p. 16 ; Civ. Huy, 30 déc. 1981, *Jur. Liège*, 1982, p. 137 ; voy. aussi notamment pour la recevabilité du recours contre la décision condamnant à une astreinte, Liège, 8 janv. 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1002 ; cet arrêt peut être ainsi résumé : « L'ordre de produire des pièces dont le juge présume qu'elles peuvent lui être fournies par une des parties peut être assorti d'une astreinte notamment lorsqu'il s'agit de contraindre une partie à communiquer à un expert judiciaire des pièces qui lui sont nécessaires pour le bon déroulement de sa mission. Si, aux termes de l'article 880, alinéa 2 du Code judiciaire, la décision ordonnant la production de documents n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel, aucune disposition légale ne contient la même règle à l'égard des dispositions d'un jugement qui, outre qu'il ordonne la production de documents par l'une des parties au procès, condamne celle-ci au paiement d'une astreinte et, partant, lui inflige un grief immédiat ». Cet arrêt « procède » de Cass., 18 févr. 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 722 et concl. M.P. (*infra*, note 81) ; *adde*, plus récemment, Cass., 12 nov. 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1423 : est irrecevable le pourvoi dirigé contre le jugement susceptible d'appel, qui condamne une partie ou un tiers au paiement d'une astreinte en cas de refus de produire des documents ; pour une critique, voy. G. de LEVAL et J. van COMPERNOLLE, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, Bruxelles, éd. Créadif, 1991, p. 269, n^o 31 et J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, R.C.J.B., 2002, p. 732, n^o 654.

(68) Anvers, 6 mars 2002, P. & B./R.D.J.P., 2002, p. 242. A propos de la mise sous séquestre d'éléments de preuve, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Le séquestre judiciaire en droit commercial », *R.D.C.*, 1999, p. 243, n^o 17.

§ 2. L'enquête

136 Notion, conditions et valeur probante des témoignages

L'enquête est la procédure selon laquelle est administrée la preuve testimoniale⁽⁶⁹⁾.

Le juge ne peut autoriser une enquête que si les faits dont une partie offre de rapporter la preuve sont précis et pertinents et pour autant que cette preuve soit admissible (art. 915)⁽⁷⁰⁾.

L'*admissibilité* s'apprécie au regard des règles de preuve en droit civil (système de la preuve légale ; *supra*, n° 130).

Les faits doivent être *précis* et susceptibles dès lors de preuve contraire⁽⁷¹⁾.

(69) Sur le témoignage indirect, voy. Civ. Bruxelles, 28 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 381. Si la jurisprudence ne rejette pas de manière absolue le témoignage indirect (par opposition au témoignage direct émanant de celui qui a eu personnellement connaissance des faits), il n'en demeure pas moins qu'il y a lieu de se montrer circonspect à son endroit, l'essence de l'audition d'un témoin étant de recueillir *des informations qu'il a pu personnellement constater* et le juge du fond ne pouvant être confronté à une multitude de renseignements, voire à de simples rumeurs desquelles il lui serait impossible d'extraire des éléments probants. Par ailleurs, l'admission sans limite du témoignage indirect est de nature à énerver sérieusement les droits de la défense, la déposition indirecte risquant, en outre, de devenir l'expression, au travers des déclarations du témoin, des griefs d'une des parties (*adde* Bruxelles, 24 mars 1998, *Div. Act.*, 2000/4, p. 59 et Civ. Bruxelles, 29 août 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 112).

(70) En exerçant son pouvoir d'appréciation, le juge ne peut méconnaître le principe du droit de la preuve. Lorsque la loi n'interdit pas la preuve testimoniale, le juge peut aussi procéder à des confrontations ou à de nouvelles auditions, d'office ou à la requête d'une partie, mais la demande d'une partie ne l'y oblige pas. Lorsque la loi n'interdit pas la preuve testimoniale, le juge du fond décide souverainement en fait si cette preuve peut être utilement apportée, pour autant qu'il ne viole pas le droit essentiel à apporter ladite preuve (Cass., 1^{re} ch., 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 716 ; Cass., 4 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 321 ; *adde* Cass., 16 sept. 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 783 ; Cass., 17 sept. 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1167 ; *J.L.M.B.*, 2001, p. 744 ; Cass. 20 janvier 2003, *RAGB* 2004, 1192 et obs. P. VANLERSBERGHE, « Het bewijsaanbod door getuigen » ; Bruxelles, 4 sept. 2001, *Div.*, 2004/10, p. 145 et note S. COONEN [enquête complémentaire autorisée en degré d'appel]. Sur l'ensemble de la question, voy. la typologie éclairante proposée par J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 738, n° 661 ; voy. *supra*, n° 134 et note 56).

(71) Cass., 31 mars 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 697 ; Liège, 18 janv. 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 620. Ainsi une décision du tribunal civil de Liège du 26 avril 1984 (*Jur. Liège*, 1985, p. 86) décide qu'une preuve testimoniale ne peut être admise que lorsqu'elle porte sur des faits précis, situés le plus exactement possible dans le temps et dans l'espace, susceptibles d'avoir été vus, entendus ou perçus de quelque manière que ce soit, par des personnes appelées à témoigner et pouvant dès lors être contestés de même. Voy. aussi Liège (1^{re} ch.), 21 avril 1998, *J.T.*, 1998, p. 797 ; *J.L.M.B.*, 1999, p. 434 : pour être précis, le fait doit être situé le plus exactement possible dans le temps et dans l'espace, susceptible d'avoir été vu, entendu et perçu de quelque manière que ce soit par des personnes appelées à témoigner et pouvant dès lors être contesté de la même façon. Pour être pertinent, le même fait doit, d'une part, être une cause de divorce ou être pris en considération parmi d'autres éléments dans l'appréciation des torts allégués contre l'époux défendeur et, d'autre part, ne pas être démontré par un autre moyen de preuve et à la condition que le contraire du fait n'ait déjà été prouvé. A supposer que les faits allégués soient rapportés par les témoins, il demeure qu'il appartient au juge d'apprécier, en fonction de toutes les circonstances propres à la cause, si ces faits présentent, en matière de divorce, un caractère injurieux suffisamment grave pour constituer la cause de divorce énoncée à l'art. 231 du C. civ. et Mons, 26 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 186 : « en matière de divorce, pour qu'un fait soit précis au sens de l'article 915 du Code judiciaire, il doit être articulé par le demandeur de manière à ce que le juge puisse en apprécier la gravité, que la preuve contraire puisse en être rapportée au cours de l'enquête contraire que le défendeur pourra solliciter et que les témoins ne puissent pas faire, de leur déclaration, un jugement qualitatif et subjectif sur les torts de la partie défenderesse ».

La pertinence des témoignages

La pertinence des témoignages est administrée la preuve

une enquête que si les faits dont une partie est précis et pertinents et pour autant que (915) (70).

En regard des règles de preuve en droit civil (130).

et susceptibles dès lors de preuve con-

La pertinence est envisagée sous deux aspects : le fait est-il de nature à le supposer établi à motiver la décision du juge ? (sans que la décision d'avant dire droit soit revêtue de l'autorité de la chose jugée) ; est-il apte à faire la preuve du fait allégué parce qu'il n'est ni établi ni démenti ? (72).

Le juge jouit d'un pouvoir souverain pour apprécier la valeur probante des témoignages recueillis dans le cadre d'une enquête ; il peut fonder sa conviction sur un seul témoignage comme il peut choisir certains témoignages plutôt que d'autres si les premiers lui semblent plus fiables ou s'il soupçonne les seconds de partialité (73).

Recours contre la décision autorisant ou ordonnant l'enquête

En ce qui concerne le recours, l'article 919 du Code judiciaire stipule que « le jugement qui a autorisé ou ordonné l'enquête n'est pas susceptible d'opposition. Il est notifié par le greffier aux parties sous pli judiciaire ». La décision est donc susceptible d'appel (voy. aussi l'art. 920 du C. jud.) (74) à dater de la signification du jugement de telle sorte que la notification du jugement qui a autorisé ou ordonné l'enquête, faite en application de l'article 919, alinéa 2, du Code judiciaire, ne donne pas cours au délai de l'appel contre ce jugement (75).

Audition du témoin et astreinte

Sous réserve de l'article 931, alinéas 1 et 2 (mineur de moins de quinze ans et descendants dans les causes où leurs ascendants ont des intérêts opposés) (76), il n'y a pas de reproches à témoins sans préjudice du pou-

(72) J. van COMPERNOLLE, « Les actions relatives à la filiation : aspect de droit judiciaire », *Ann. dr. Louvain*, 1979, p. 228. Ainsi le juge rejette légalement une offre de preuve par témoins, lorsqu'il estime que le contraire des faits dont la preuve est offerte est déjà établi par des présomptions (Cass., 18 janv. 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 170 ; Cass., 18 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1075 ; *adde* Mons, 26 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 186 ; C. trav. Mons, 15 juin 2001, *Rev. rég. dr.*, 2002, p. 322 ; comp. en matière d'expertise, Paris, 16 juin 2004, *Dall.*, 2004, p. 2973).

(73) Mons, 25 nov. 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 90 ; *adde* un second arrêt du même jour, même revue, p. 87.

(74) Sur l'effet dévolutif, voy. G. de LEVAL, « La procédure du divorce pour cause déterminée », in *Le divorce en Belgique : controverses et perspectives*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 137 ; *infra*, n° 249 A et note 222.

(75) Cass., 17 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 364 ; *J.L.M.B.*, 1997, p. 710 ; *Div. Act.*, 1999, p. 50 et obs. A.-Ch. VAN GYSEL (voy. les art. 57 et 1051 du C. jud.) ; Liège (3^e ch.), 21 janv. 2002, R.G. n° 1999/RG/837 ; J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, R.C.J.B., 2002, p. 751, n° 681.

(76) L'interdiction de témoignage des descendants dans les causes où leurs ascendants ont des intérêts opposés ne s'étend pas aux déclarations qui concernent des faits dont ils auraient été personnellement victimes (Liège, 23 juin 1999, R.G.D.C., 2001, p. 51 ; le principe est donc que l'art. 931, al. 2, s'applique aux déclarations écrites, Anvers, 28 janv. 2004, *NjW*, 2004, p. 804). La question si l'interdiction s'étend aux conjoints ou compagnons des descendants donne généralement lieu à une réponse négative car cette exception doit s'entendre de manière stricte (voy. toutefois le revirement de la Cour de cassation de France : Cass. fr., 10 mai 2001, *Dall.*, 2002, IR, p. 611). *Adde* au sujet des enfants non communs, B. ALLEMEERSCH et K. WAGNER, *op. cit.*, R.W., 2003-2004, p. 1142, n° 53.

voir d'appréciation du juge pleinement informé de la situation du témoin par rapport aux parties grâce aux informations recueillies sur la base de l'article 937⁽⁷⁷⁾.

Si le témoin allègue qu'il existe un motif qui le dispense de prêter serment ou de déposer et si l'une des parties requiert qu'il y soit tenu, le juge statue sur l'incident. Est notamment tenu pour un motif légitime le secret professionnel dont le témoin est dépositaire⁽⁷⁸⁾ (art. 929, al. 1).

L'organe d'une personne morale incarnant celle-ci ne peut être entendu qu'en tant que partie et non comme témoin⁽⁷⁹⁾.

(77) Bruxelles, 29 févr. 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 102.

(78) Voy. Civ. Bruxelles, 29 août 1997, *R.G.D.C.*, 2000, p. 112. Sur la protection des témoins dans le cadre de la loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, voy. J.-P. CORDIER, *J.T.T.*, 2002, p. 393. Comp. en matière pénale, la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins (M. NÈVE, F. KUTY et S. BERBUTO, « Le témoignage anonyme », *J.T.*, 2003, p. 277).

(79) Voy. l'art. 994 du C. jud. (J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, *J.T.*, 2000, p. 561, note 1). A propos d'une gérante de S.P.R.L., voy. Trib. trav. Liège, 4 janv. 1999 (*R.G.* n° 266.232) : « La gérante d'une S.P.R.L., partie à une procédure, peut assister à l'enquête en qualité d'organe représentant la société de telle sorte que cette gérante ne pourrait être entendue à son tour en qualité de témoin (argument art. 933 C.j.) ». De manière plus fondamentale, l'organe de la société s'identifie à celle-ci ; il n'est pas concevable que lorsqu'il s'agit de représenter la société, cet organe puisse être entendu en qualité de témoin ; il ne pourrait être entendu qu'en tant que partie s'identifiant à la société (*supra*, n° 13). *Adde* en ce qui concerne les exigences du procès équitable, Th. HOSCHEIT, « Chronique de droit judiciaire privé : les témoins », *Pas. Lux.*, 2002, p. 17. Comp. en matière de serment déferé à une personne morale, Cass. fr., 6 mai 1999, *Procédures*, éd. Juris-Classeur, juillet 1999, p. 9 : « le serment décisoire déferé à une personne morale est prêté par son représentant légal en exercice » et obs. R. PERROT, qui écrit notamment « rien ne s'oppose en effet à ce qu'un serment décisoire soit déferé à une personne morale, malgré le caractère très personnel de ce mode de preuve (Cass. soc., 3 mars 1966 : *Bull. civ.* IV, n° 248 ; *R.T.D. civ.* 1967, 703, obs. P. RAYNAUD), mais dans ce cas, il est admis de façon constante que le serment doit être prêté par son représentant légal en exercice au jour de la prestation du serment (Cass. com., 10 févr. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 41 ; *Gaz. Pal.*, 1987, 1, pan. jurispr. 92). Le fait que le représentant légal en exercice ne soit pas appelé personnellement en cause importe peu ; en réalité, il incarne la personne morale, et à ce titre il est habilité à prêter serment en son nom. La confusion vient en réalité de ce que l'on ne distingue pas toujours avec suffisamment de soin le cas où le serment est déferé à la personne morale elle-même et celui où il serait déferé à l'un des organes sociaux de celle-ci à titre personnel ; ce qui peut arriver lorsque le serment porte sur des faits qui lui sont propres et qu'il était en son pouvoir d'accomplir ; au gérant de la société par exemple (CA Paris, 29 oct. 1968 : *D.* 1969, somm. 28 ; *J.C.P.* G 1968, II, 15677, note P.L.) ou au président de la société qui avait traité lui-même l'affaire (CA Colmar, 10 oct. 1969 : *J.C.P.* P 1970, II, 16169). Mais lorsqu'il en est ainsi, faut-il que cet organe social soit partie à l'instance ? Une jurisprudence déjà ancienne ne semble pas l'exiger, mais à la condition que l'organe social auquel le serment est déferé ait qualité pour représenter la personne morale en cause : ainsi par exemple, il a été jugé qu'une délation de serment n'est pas recevable s'il est déferé à un préposé (Cass. com., 10 nov. 1987 : *Bull. civ.* IV, n° 41 ; *Gaz. Pal.*, 1987, 2, pan. jurispr., 92), ou à un ancien président directeur général qui a cessé ses fonctions (Cass. com., 22 nov. 1972 : *D.* 1973, 256) » ; J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 826, n° 778. *Adde* en matière de comparution personnelle, *supra*, n° 134, note 55 et en matière d'expertise, *infra*, n° 142, note 90.

pleinement informé de la situation du témoin
ice aux informations recueillies sur la base de

il existe un motif qui le dispense de prêter ser-
des parties requiert qu'il y soit tenu, le juge
amment tenu pour un motif légitime le secret
est dépositaire (78) (art. 929, al. 1).

une morale incarnant celle-ci ne peut être
et non comme témoin (79).

dr. fam., 2001, p. 102.

R.G.D.C., 2000, p. 112. Sur la protection des témoins dans le
protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel
p. 393. Comp. en matière pénale, la loi du 8 avril 2002 relative
ITY et S. BERBUTO, « Le témoignage anonyme », J.T., 2003,

TRICK, op. cit., J.T., 2000, p. 561, note 1). A propos d'une
janv. 1999 (R.G. n° 266.232) : « La gérante d'une S.P.R.L.
ête en qualité d'organe représentant la société de telle sorte
non tour en qualité de témoin (argument art. 933 C.j.) ». De
été s'identifie à celle-ci ; il n'est pas concevable que lorsqu'il
isse être entendu en qualité de témoin ; il ne pourrait être
société (supra, n° 13). Adde en ce qui concerne les exigences
ue de droit judiciaire privé : les témoins », Pas. Lux., 2002,
ne personne morale, Cass. fr., 6 mai 1999, Procédures, éd.
décisoire déferé à une personne morale est prêté par son
ROT, qui écrit notamment « rien ne s'oppose en effet à ce
une morale, malgré le caractère très personnel de ce mode
7, n° 248 ; R.T.D. civ. 1967, 703, obs. P. RAYNAUD, mais
serment doit être prêté par son représentant légal en exer-
om., 10 févr. 1987, Bull. civ. IV, n° 41 ; Gaz. Pal., 1987,
al en exercice ne soit pas appelé personnellement en cause
orale, et à ce titre il est habilité à prêter serment en son
ne distingue pas toujours avec suffisamment de soin le cas
pême et celui où il serait déferé à l'un des organes sociaux
rsque le serment porte sur des faits qui lui sont propres
t de la société par exemple (CA Paris, 29 oct. 1968 : D.
P.L.) ou au président de la société qui avait traité lui-
1970, II, 16169). Mais lorsqu'il en est ainsi, faut-il que
rudence déjà ancienne ne semble pas l'exiger, mais à la
déferé ait qualité pour représenter la personne morale
ation de serment n'est pas recevable s'il est déferé à un
n° 41 ; Gaz. Pal., 1987, 2, pan. jurispr., 92), ou à un
ctions (Cass. com., 22 nov. 1972 : D. 1973, 256) ;
826, n° 778. Adde en matière de comparution per-
trise, infra, n° 142, note 90.

Les articles 925 à 930 du Code judiciaire concernent le témoin
défaillant⁽⁸⁰⁾ mais les ressources offertes par ces textes peuvent être insuffi-
santes de telle sorte qu'une audition de témoins sous astreinte peut être
ordonnée⁽⁸¹⁾.

Enquête contraire et contre-enquête

Aux termes de l'article 921 du Code judiciaire, la *preuve contraire*
est de droit même dans le cas où l'enquête est ordonnée d'office. En vertu
de l'article 921, alinéa 3, la requête est déposée au greffe 30 jours au plus
tard à partir de l'envoi du procès-verbal de l'enquête directe. On rappelle
qu'il s'agit d'un délai d'action prescrit à peine de déchéance relative prenant
cours à dater de la notification du procès-verbal de l'enquête directe confor-
mément à l'article 951 du Code judiciaire, mais ce type de sanction est
actuellement remis en cause⁽⁸²⁾.

Il importe de ne pas confondre l'enquête contraire et la contre-
enquête spéciale ; la première vise à contester les faits soumis à l'enquête
directe et tels que relatés lors de celle-ci alors que la contre-enquête spéciale
tend, au titre de défense à la demande, à apporter la preuve d'autres faits
susceptibles, s'ils étaient prouvés, de neutraliser les faits établis par le
demandeur⁽⁸³⁾.

(80) L'art. 926 du C. jud. prévoit que le témoin cité et défaillant est condamné à une amende de
250 euros à 250 euros (non indexée ; il n'y a pas en la matière de décimes additionnels ; voy. Cass.,
26 avril 1974, Pas., 1974, I, p. 882) sans préjudice des dommages et intérêts au profit de la partie qui a
fait citer le témoin. Lorsque le témoin comparaît après avoir été cité à nouveau sur la base de l'art. 926,
al. 2, et déclare avoir bien reçu les convocations à comparaître en qualité de témoin mais ne pas s'être pré-
senté parce que les dates ne lui convenaient pas, n'ayant pas estimé devoir prendre le temps de s'excuser et
de solliciter son audition à une date qui aurait pu lui convenir, compte tenu de la désinvolture du témoin,
le principe du maintien d'une amende réduite toutefois à 5.000 francs (125 e) se justifie (C. trav. Liège,
13^e ch., 1^{er} sept. 1999 et 15 sept. 1999, J.L.M.B., 2000, p. 126).

(81) En ce sens, J. van COMPERNOLLE, « L'astreinte », Rép. not., t. XIII, I. IV/6, éd. 1992, n° 44. Par
contre, en matière de *comparution personnelle*, un arrêt de la Cour de cassation du 18 févr. 1988 (Pas.,
1988, I, p. 722 et concl. M.P., obs. critiques J. van COMPERNOLLE, op. cit., Rép. not., t. XIII, I. IV/6, éd.
1992, n° 42) décide qu'aux termes de l'art. 992 du C. jud., le juge peut même d'office ordonner la com-
parution personnelle des parties ou de l'une d'elles. Cette mesure n'est toutefois assortie d'aucune sanction
physique ou pécuniaire, toute personne pouvant organiser sa défense comme elle l'entend. L'ordre de com-
parution personnelle donné au défendeur n'est donc pas une condamnation au sens de l'art. 1385bis du C.
jud. et ne peut donner lieu à une astreinte pour contraindre une partie à comparaître (sur le recours, voy.
supra, note 67 ; adde infra, expertise et astreinte, note 105). Sur le contrôle des raisons médicales invo-
quées par une partie pour ne pas comparaître, Gand, 1^{er} mars 2002, T.G.R., 2003, p. 156.

(82) Voy. supra, nos 41 B et 47 B et Cass., 8 févr. 1979, Pas., 1979, I, p. 674 ; adde Bruxelles, 12 févr.
1998, J.L.M.B., 2000, p. 1222 et J. van COMPERNOLLE e.a., op. cit., R.C.J.B., 2002, p. 749, n° 676.

(83) Par ex. en matière de divorce pour cause déterminée, Liège, 19 févr. 1996, Rev. trim. dr. fam.,
1997, p. 348. A propos de l'enquête en matière de divorce, voy. D. PIRE, « Divorce pour cause déterminée.
Questions de droit judiciaire », in *Actualités de droit familial* (1997-1999), Formation permanente CUP,
1999, vol. 33, pp. 196-203 ; voy. aussi Bruxelles, 9 mars 2000, Rev. trim. dr. fam., 2001, p. 107, qui
retient la qualification de « deuxième enquête principale » ou « d'enquête respective ».

140 L'audition du mineur

L'article 931, alinéas 3 à 7, du Code judiciaire concerne l'audition du mineur⁽⁸⁴⁾. Il ne s'agit pas d'un mode de preuve des faits allégués dans la procédure au fond mais d'un moyen d'investigation à propos de la problématique des mesures concernant seulement l'enfant ; le mineur n'est pas une partie au procès ; il ne pourrait donc comparaître dans la procédure au fond⁽⁸⁵⁾ (comp. C. civ., art. 394 ; C. jud., art. 1233, § 1^{er}, 2^o⁽⁸⁶⁾ ; art. 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse).

(84) J.-L. RENCHON, « Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, pp. 109-167 ; F. DRUANT et K. JOLITON, « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ? », *Journ. dr. jeun.*, n° 220, déc. 2002, pp. 29-36 ; M. GROGNARD, « L'audition de l'enfant depuis l'application des articles 931 nouveau du Code judiciaire et 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *Div. Act.*, 2002/10, pp. 149 et s.

(85) Bruxelles, 3 févr. 1995, *Pas.*, 1995, II, p. 40 ; Liège, 9 janv. 1996, *J.T.*, 1996, p. 510 et *J.L.M.B.*, 1996, p. 663 et obs. V. d'HUART, « Le mineur face à la justice : de l'audition à l'action » ; Bruxelles, 9 févr. 1999, *J.T.*, 2000, p. 150 ; E.J., 1999, p. 53 et obs. E. de KEZEL, « Over horen van kinderen en procesbekwaamheid ». Il semble intéressant de reproduire un large extrait de cet arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 9 févr. 1999 : « Les dispositions de l'art. 931, al. 3-7 C.j., introduites par la loi du 30 juin 1994, qui consacrent de manière très large le droit de l'enfant mineur de demander d'être entendu dans toute procédure le concernant, et ceci sans aucune formalité et sans devoir nécessairement requérir l'assistance d'un conseil qu'il n'a généralement pas personnellement les moyens de rémunérer, sont de nature à garantir l'application des droits reconnus à l'enfant par l'art. 12 de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. Le droit d'audition de l'enfant dans les procédures le concernant n'implique pas le droit à l'intervention dans ces mêmes procédures, dès lors qu'il convient d'éviter que l'enfant, en devenant partie à une procédure qui oppose généralement ses parents séparés, ne soit inutilement responsabilisé ou pris dans un conflit de loyauté à l'égard de ceux-ci. Il n'y a pas lieu de réserver un sort différent aux demandes d'intervention volontaire formulées, comme en l'espèce, par des enfants mineurs dans le seul but « d'être entendus et de faire valoir leur point de vue », dès lors que depuis l'introduction dans notre droit des dispositions de l'art. 931, al. 3-7 C.j., le recours au dépôt d'une requête en intervention volontaire, selon une procédure fort complexe pour un enfant, est devenu totalement inutile, la demande d'audition pouvant se faire sans aucun formalisme, par simple lettre adressée au juge ou au Procureur du Roi. Cependant, la requête en intervention ou la requête d'appel, même irrecevables, doivent être considérées en l'espèce, en raison de leur contenu, à tout le moins comme une demande d'audition formulée par les enfants mineurs en application de l'art. 931, al. 4 C.j., cette disposition ne prévoyant aucune formalité pour l'introduction de pareille demande. L'art. 931, al. 4 C.j. dispose que « lorsque le mineur en fait la demande soit au juge saisi soit au Procureur du Roi, l'audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement du mineur ». La capacité de discernement est une notion essentiellement relative, au sens où un enfant ne peut être considéré comme ayant réellement accédé à la capacité de discernement qu'en fonction de la nature de la problématique qui lui est posée et par rapport à laquelle il doit se situer (cf. J.L. RENCHON, « La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice », in *Le divorce, Nouvelles procédures*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, 130). En l'espèce, il convient de considérer que les enfants âgés de 9 et 10 ans ont un discernement suffisant pour faire valoir leur point de vue quant au choix de l'établissement scolaire où ils seront inscrits, ce que leur audition a permis de confirmer ». Même si la décision du juge refusant d'entendre l'enfant mineur est insusceptible d'appel (art. 931, al. 3 et 4), le refus du premier juge de procéder à l'audition d'un enfant mineur n'empêche pas les parties ou l'enfant mineur de réitérer la demande d'audition devant le juge d'appel saisi du fond du litige ; celui-ci pourrait en effet avoir une appréciation différente de l'opportunité de pareille audition, ou, en cas d'application de l'art. 931, al. 4, du C. jud., de la capacité de discernement du mineur ; il se pourrait également que des circonstances de fait modifiées depuis la décision du premier juge justifient une audition refusée par celui-ci. L'appel ne peut toutefois porter uniquement sur la décision du premier juge d'entendre ou de refuser d'entendre l'enfant mineur (*supra*, n° 15 et note 67). En ce qui concerne les enfants majeurs, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 21 juin 2001, *J.T.*, 2002, p. 245 (intervention volontaire conformément au droit commun).

(86) H. CASMAN et J.-P. MASSON, « La nouvelle législation sur la tutelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, pp. 62-63, n° 54.

Règles spéciales de nullité

Il s'agit des articles 956 à 961 (voy. *infra*, n° 171 C note 127). On signale que l'article 958 du Code judiciaire annonce déjà l'actuel article 867 du Code judiciaire (*supra*, nos 46 et 47) (87).

Au sujet de la sanction de l'inaction fautive de la partie dans l'exécution de la mesure d'instruction, voyez *supra*, n° 132 B et note 44.

§3. L'expertise

Notion

L'expertise judiciaire n'est qu'une mesure d'instruction subsidiaire (88) (89) (90) destinée à fournir, en vue de la solution d'un litige,

(87) Cass., 13 nov. 2003, *NjW*, 2004, p. 200. Le respect des délais en matière d'enquête suscite d'autres questions ; au sujet du délai de quinze jours prévu à l'art. 922, al. 1^{er}, voy. Trib. trav. Nivelles, 10 janv. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1335 et obs. J. ENGLEBERT (déchéance) et en sens inverse, Anvers, 1^{er} mars 1994, *Pas.*, 1994, II, p. 66 ; *supra*, nos 41 et 47 ; voy. J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 475-482 et 750.

(88) L'expertise doit revêtir un caractère subsidiaire par rapport à d'autres mesures dont la mise en œuvre est plus rapide, plus simple et moins onéreuse : visite des lieux, comparution personnelle, constat (voy. G. de LEVAL, « Questions en matière de preuve », in *Formation permanente des huissiers de justice*, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, pp. 267 et s. ; voy. sous la direction de J. van COMPERNOLLE et B. DUBUIS-SON, *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 10, n° 15 [rapport G. CLOSSET-MARCHAL] et pp. 112 et s. [rapport P. HENRY et B. DE COQUEAU]). Même au niveau de l'expertise, il est possible d'en alléger le formalisme, le coût et la lenteur par exemple en exploitant les ressources offertes par l'art. 989 (A. FETTWEIS, « L'instruction des litiges de la construction », in *Droit de la construction*, Formation permanente CUP, 1996, vol. 12, p. 209 ; Liège, 1^{er} juin 1999, 10^e ch., *J.L.M.B.*, 2000, p. 173, expert chargé en degré d'appel de faire verbalement rapport à l'audience dans le respect de modalités assurant le respect du contradictoire). De manière générale, voy. la remarquable étude de X. MALENGREAU, « Le contrôle de la durée et du coût des expertises judiciaires par le juge », *J.T.*, 2002, pp. 825 et s. *Adde* Comm. Bruxelles (3^e ch.), 11 févr. 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 731 : le Code judiciaire prévoit une série de mesures adéquates, efficaces et gratuites (certes peu demandées par les parties ou méconnues, voire mal aimées ?) pour permettre au tribunal d'instruire le dossier convenablement en vue de trancher le litige qui lui est soumis ; il s'agit de la production des pièces (C. jud., art. 877 à 882) et de la comparution personnelle des parties (C. jud., art. 992 à 1004) qui peuvent être combinées.

(89) Parfois les parties recourent à une expertise amiable. Ainsi « lorsqu'une expertise médicale amiable est convenue entre la victime d'un accident et la compagnie d'assurance de la personne responsable de cet accident et que, selon la convention, les conclusions de cette expertise auront au point de vue strictement médical, la même valeur qu'une expertise judiciaire, cette convention lie les parties et une expertise judiciaire concernant le dommage corporel ne peut pas ensuite être ordonnée par le tribunal » (Civ. Bruxelles, 26 nov. 1996, *Pas.*, 1996, III, p. 10 ; sur le respect des droits de la défense, voy. Bruxelles, 10 janv. 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13888 et Cass. Fr., 11 mars 2003, *Dall.*, 2005, 46 et note G. CAVALIER). En ce cas, la dimension contractuelle du processus empêche que la mesure soit déclarée opposable aux tiers (Civ. Gand, 17 janv. 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 605). De manière générale, voy. J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 812 et s., nos 762 et s. et O. CAPRASSE, « La tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, pp. 572-573, nos 37 à 40 et réf. cit. (*infra*, n° 348).

(90) En matière civile, le juge peut, en application de l'art. 962 du C. jud., en vue de la solution d'un litige porté devant lui, désigner un médecin-expert avec la mission de dresser un rapport quant à l'examen d'une personne qui n'est pas (ou n'est plus) partie à la cause. Cass., 7 févr. 2000, *P. & B./R.D.J.P.*, 2000, p. 200 et obs. St. SONCK, « Derden en het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken » ; *R.W.*, 2000-2001, p. 1613 ; J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 767, n° 696.

du Code judiciaire concerne l'audition du mode de preuve des faits allégués dans la procédure d'investigation à propos de la protection de l'enfant ; le mineur n'est pas donc comparaitre dans la procédure au C. jud., art. 1233, § 1^{er}, 2^o (86) ; art. 56bis (à la protection de la jeunesse).

de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en F. DRUANT et K. JOLITON, « L'audition de l'enfant dans les procédures », *Journ. dr. jeun.*, n° 220, déc. 2002, pp. 29-36 ; M. application des articles 931 nouveau du Code judiciaire et protection de la jeunesse », *Div. Act.*, 2002/10, pp. 149 et s. p. 40 ; Liège, 9 janv. 1996, *J.T.*, 1996, p. 510 et *J.L.M.B.*, face à la justice : de l'audition à l'action » ; Bruxelles, 9 févr. 1993 et obs. E. de KEZEL, « Over horen van kinderen en de reproduire un large extrait de cet arrêt de la cour d'appel de l'art. 931, al. 3-7 C.j., introduites par la loi du 30 juin droit de l'enfant mineur de demander d'être entendu dans une formalité et sans devoir nécessairement requérir l'assistance personnelle des moyens de rémunérer, sont de nature à l'enfant par l'art. 12 de la Convention des Nations Unies du l'enfant. Le droit d'audition de l'enfant dans les procédures le on dans ces mêmes procédures, dès lors qu'il convient d'éviter l'expertise qui oppose généralement ses parents séparés, ne soit et de loyauté à l'égard de ceux-ci. Il n'y a pas lieu de réserver volontaire formulées, comme en l'espèce, par des enfants faire valoir leur point de vue », dès lors que depuis l'introduction de l'art. 931, al. 3-7 C.j., le recours au dépôt d'une requête en l'expertise complexe pour un enfant, est devenu totalement inutile, un formalisme, par simple lettre adressée au juge ou au l'audition ou la requête d'appel, même irrecevables, doivent tenu, à tout le moins comme une demande d'audition fort l'art. 931, al. 4 C.j., cette disposition ne prévoyant aucune l'art. 931, al. 4 C.j. dispose que « lorsque le mineur en du Roi, l'audition ne peut être écartée que par une décision discernement du mineur ». La capacité de discernement en l'enfant ne peut être considéré comme ayant réellement in de la nature de la problématique qui lui est posée et NCHON, « La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant », Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, 130). âgés de 9 et 10 ans ont un discernement suffisant pour l'abaissement scolaire où ils seront inscrits, ce que leur du juge refusant d'entendre l'enfant mineur est insus- nier juge de procéder à l'audition d'un enfant mineur ter la demande d'audition devant le juge d'appel saisi e appréciation différente de l'opportunité de pareille du C. jud., de la capacité de discernement du mineur ; modifiées depuis la décision du premier juge justifient tefois porter uniquement sur la décision du premier ur (*supra*, n° 15 et note 67). En ce qui concerne les 21, *J.T.*, 2002, p. 245 (intervention volontaire con- sulation sur la tutelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002,

des renseignements d'ordre technique (et non sur le bien-fondé de la demande)⁽⁹¹⁾ que le juge ne peut se procurer lui-même et qui ne peuvent s'obtenir qu'avec le concours d'un spécialiste dans une science, un art ou un métier. La preuve de faits dont la connaissance et l'appréciation ne requièrent pas le concours d'un spécialiste ou sur lesquelles les parties ne sont pas d'accord doit se faire par enquête et non par expertise⁽⁹²⁾.

143 Désignation de l'expert et recours

L'expert, commis par le juge pour l'éclairer sur une question de fait, est un auxiliaire du juge.

La désignation de l'expert⁽⁹³⁾ a lieu de manière incidente, voire à titre principal (expertise *ad futurum*)⁽⁹⁴⁾ soit par le juge du fond soit par le juge des référés en cas d'urgence (laquelle fait souvent défaut si le juge du fond peut être saisi dans le cadre des débats succincts, *supra*, nos 91 et 92)⁽⁹⁵⁾.

(91) Sous peine de violer l'art. 11 du C. jud. (Cass., 14 sept. 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1021 ; Cass., 19 févr. 2003, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 126 et obs. A.L. FETTWEIS, spéc. p. 139 ; Cass., 3 juin 2004, R.A.B.G., 2004, p. 1169 et note P. VANLERSBERGHE, « De opdracht van de deskundige »). A propos de l'avis sur honoraires d'avocat émis par un conseil de l'ordre, voy. J.-P. BUYLE, *J.L.M.B.*, 1999, p. 938 et G. de LEVAL, *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 379 B.

(92) Luxembourg, 9 juin 1993, *Pas. Lux.*, 1993, p. 269.

(93) Sur le statut de l'expert, voy. J. van COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », in *L'expertise*, Bruxelles, FUSL, 1994, pp. 124-137 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « L'impartialité de l'expert », *R.D.C.*, 2002, p. 34 (*adde* J.P. Fléron, 19 févr. 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1534 ; J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, R.C.J.B., 2002, pp. 775 et s. ; Cass. fr., 5 déc. 2002, *Dall.*, 2002, p. 2260 et note A. PENNEAU, au sujet du cas de l'expert en situation objective de conflit d'intérêts). L'expert n'est pas partie à l'instance (R. PERROT, « Droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, pp. 555-556, au sujet de la récusation de l'expert ; de même l'expert n'est pas partie à la procédure relative à son remplacement, Liège, 1^{er} avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1508 ; *adde* Cass., 28 févr. 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 612) ; en cas de négligence, sa responsabilité ne peut être de nature contractuelle (Civ. Ypres, 9 avril 1999, R.G.D.C., 2000, p. 117 ; *adde* Civ. Liège, 3 janv. 1997, R.G.D.C., 2000, p. 115). Voy. aussi *infra*, note 106.

(94) Voy. ainsi Liège, 4 déc. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 33 et réf. G. de LEVAL au sujet de l'expertise *ad futurum*, in obs. sous Civ. Liège, 23 juin 1981, *Jur. Liège*, 1983, p. 193. Voy. en France, l'art. 145 du nouveau C. proc. civ. : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé » (L. CADIET, « Code de P.C. », Litec 3, art. 145 et « Procédure civile — Droit judiciaire privé — Chronique », *J.C.P.*, 2000, I, 267, p. 1961, n° 6 ; M.-J. ARCAUTE, « Le référé probatoire dans le droit de la filiation », *Droit de la famille*, éd. Juris-Classeur, juin 1999, pp. 4-10 et les réf. cit. ; ex. : Paris, 14^e ch., 19 avril 2000, *Dall.*, 2000, IR, p. 193 et Limoges, 28 mars 2001, *J.C.P.*, 2001, n° 10614, p. 1999 et note O. PUIGELIER, « Refus d'une expertise *in futurum* susceptible de porter atteinte à la confidentialité d'informations, alors qu'aucune faute n'était susceptible d'être établie ou n'avait été établie » ; J. NORMAND, « Les limites du référé probatoire », *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 358, à propos de l'inscription de faux).

(95) Le fait que le juge des référés ne se prononce qu'au provisoire n'est pas de nature à limiter l'étendue de la mission qui peut être confiée à l'expert (J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, R.C.J.B., 2002, p. 772-773, n° 700). Par ailleurs le juge des référés peut être saisi sur requête unilatérale en cas d'absolue nécessité (C. jud., art. 584, al. 4). Voy. Cass., 25 févr. 1999, P. & B./R.D.J.P., 1999, p. 94 et obs. H. BOULARBAH ; *adde* Anvers, 5 oct. 1998, P. & B./R.D.J.P., 1999, p. 238. De plus, il y a lieu de mentionner l'art. 594, 1^o, du C. jud. qui permet, en la matière, de saisir le juge de paix au moyen d'une requête unilatérale, pour autant que sa saisine de manière bilatérale ne puisse avoir lieu, étant précisé que le juge de paix qui désigne un expert sur requête unilatérale doit se borner à charger celui-ci de faire les constatations matérielles et ne peut lui demander un avis sur les causes et l'étendue du dommage (Cass., 12 nov. 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 268 ; *contra* : Civ. Hasselt, 6 oct. 1997, *Limb. Rechtsl.*, 1998, p. 35 ; sur le caractère contradictoire des opérations, voy. O. MIGNOLET et D. KAESMACHER, *op. cit.*, J.T., 2004, p. 67 et réf. cit.).

technique (et non sur le bien-fondé de la
ut se procurer lui-même et qui ne peuvent
un spécialiste dans une science, un art ou un
la connaissance et l'appréciation ne requiè-
liste ou sur lesquelles les parties ne sont pas
e et non par expertise (92).

ge pour l'éclairer sur une question de fait,

(3) a lieu de manière incidente, voire à titre
(4) soit par le juge du fond soit par le juge
elle fait souvent défaut si le juge du fond
bats succincts, *supra*, nos 91 et 92) (95).

(Cass., 14 sept. 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1021 ; Cass., 19
L. FETTWIS, spéc. p. 139 ; Cass., 3 juin 2004, R.A.B.G.,
opdracht van de deskundige »). A propos de l'avis sur
voy. J.-P. BUYLE, *J.L.M.B.*, 1999, p. 938 et G. de LEVAL,
B., p. 269.

ERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de
p. 124-137 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « L'impartialité de
9 févr. 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1534 ; J. van COMPER-
Cass. fr., 5 déc. 2002, *Dall.*, 2002, p. 2260 et note A.
jective de conflit d'intérêts). L'expert n'est pas partie à
v. *trim. dr. civ.*, 2004, pp. 555-556, au sujet de la récu-
ie à la procédure relative à son remplacement, Liège,
28 févr. 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 612 ; en cas de néglig-
ractive (Civ. Ypres, 9 avril 1999, *R.G.D.C.*, 2000,
2000, p. 115). Voy. aussi *infra*, note 106.

8, p. 33 et réf. G. de LEVAL au sujet de l'expertise ad
Liège, 1983, p. 193. Voy. en France, l'art. 145 du nou-
conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de
es mesures d'instruction légalement admissibles peu-
requête ou en référé » (L. CADIET, « Code de P.C. »,
ciaire privé — Chronique », *J.C.P.*, 2000, I, 267,
dans le droit de la filiation », *Droit de la famille*, éd.
Paris, 14^e ch., 19 avril 2000, *Dall.*, 2000, IR, p. 193
1999 et note O. PUIGELIER, « Refus d'une expertise
tialité d'informations, alors qu'aucune faute n'était
ORMAND, « Les limites du référé probatoire », *Rev.*
e faux).

au provisoire n'est pas de nature à limiter l'étendue
OMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 772-
si sur requête unilatérale en cas d'absolue nécessité
B./R.D.J.P., 1999, p. 94 et obs. H. BOULARBAH,
8. De plus, il y a lieu de mentionner l'art. 594, 1^{er},
le paix au moyen d'une requête unilatérale, pour
r lieu, étant précisé que le juge de paix qui désigne
celui-ci de faire les constatations matérielles et ne
dommage (Cass., 12 nov. 1990, *Pas.*, 1991, I,
1998, p. 35 ; sur le caractère contradictoire des
J.T., 2004, p. 67 et réf. cit.).

« Le jugement qui ordonne l'expertise indique avec précision son
objet et fixe un délai pour le dépôt du rapport » (art. 963 ; *adde* C. jud.,
art. 975 et 976) (96). L'expert doit agir dans le cadre de la mission précise
qui lui a été confiée (C. jud., art. 974, al. 1).

La décision qui ordonne une expertise est une mesure avant dire
droit. En cette matière, la loi ne formule aucune restriction en ce qui con-
cerne l'exercice des recours (97).

44 Mise en mouvement

L'expertise est ordonnée soit d'office soit à la demande de la partie
mais, en tout état de cause, la mise en mouvement de l'expertise nécessite
une initiative de la partie la plus diligente : « à la requête de la partie la plus
diligente, le greffier envoie aux experts, sous pli judiciaire, une copie certi-
fiée conforme du jugement » (art. 965, al. 1). Il s'agit d'une application du
principe dispositif.

En vue de sauvegarder le respect du principe du contradictoire, « les
parties sont convoquées à toutes les opérations de l'expert à moins qu'elles
ne l'aient dispensé de les en informer » (98).

45 Recours à un sapiteur

Aucune disposition légale ne prescrit à peine de nullité que l'expert
qui s'informe auprès d'un spécialiste ayant des connaissances plus étoffées

(96) Ce qui peut ne pas correspondre au délai dont dispose l'expert pour accomplir sa mission ; voy. X.
MALENGREAU, *op. cit.*, *J.T.*, 2002, pp. 827-831. Sur le régime du délai et sa prorogation, voy. les art. 51 et
875 cbnés.

(97) Si, en cas d'appel, le juge de premier degré qui a ordonné l'expertise demeure compétent, malgré
l'effet dévolutif de l'appel, pour contrôler l'expertise — qui est exécutoire nonobstant appel en vertu de
l'article 1496 du Code judiciaire — et pour statuer sur les incidents survenant en cours d'expertise notam-
ment pour ordonner s'il y a lieu, le remplacement d'un expert défaillant (Mons, 4 avril 1979, *J.C.B.*, 1980,
p. 124 ; Mons, 1^{re} ch., 1^{er} mai 1991, *R.G.* n° 5306, inédit ; Bruxelles, 16 sept. 1999, *R.D.C.*, 2000,
p. 500 ; Liège, 27 sept. 2002, *J.T.*, 2002, p. 766 ; Civ. Liège, 26 mars 1980, *Jur. Liège*, 1980, p. 197 et Civ.
Huy, 30 déc. 1981, *Jur. Liège*, 1982, p. 137 ; Pol. Charleroi, 14 janv. 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13853 ;
adde Bruxelles, 16 sept. 1999, *P. & B./R.D.J.P.*, 2000, p. 249 ; sur la distinction entre la récusation
[art. 966 à 971 ; ex. : Gand, 22 oct. 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 731 ; J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*,
R.C.J.B., 2002, pp. 777-782, nos 709-715 ; P. VANLERSBERGHE, « De wraking van de deskundige wegens
gebrek aan onpartijdigheid », *R.A.G.B.*, 2004, p. 1167] et le remplacement de l'expert [art. 976 et 977],
voy. Bruxelles, 14 oct. 1998, *P. & B./R.D.J.P.*, 1999, p. 117 ; sur le délai : C. trav. Mons, 27 nov. 1998,
J.L.M.B., 2000, p. 124 ; sur l'absence d'avis du ministère public : Cass., 22 oct. 1998, *Pas.*, 1998, I,
p. 1055 ; Anvers, 19 déc. 2000, 1998 RK 15 : « Une demande de récusation d'un juge est communicable
parce que l'ordre public peut être troublé dans les cas où un juge peut être récusé ; par contre, il n'y a mani-
festement pas de raison pour laquelle une demande de récusation d'expert devrait être communiquée au
ministère public puisqu'il se borne à donner un avis » ; sur la nature de cette décision — mesure d'ordre
—, voy. Bruxelles, 6 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 376 ; *contra* : Liège, 1^{er} avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004,
p. 1508 ; *adde* Cass., 2 nov. 2000, *R.G.* n° C.1999.0105.F : ne constitue pas une décision définitive l'arrêt
qui pourvoit au remplacement d'un expert sans qu'une contestation n'ait été élevée à cet égard), toute
demande adressée au premier juge après la clôture de l'expertise est irrecevable en raison de l'effet dévolutif
de l'appel qui dessaisit le juge du premier degré du fond du litige (Civ. Liège, 10 sept. 1993, *Rev. rég. dr.*,
1994, p. 566). Voy. aussi D. MOUGENOT, *op. cit.*, in *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Formation
permanente CUP, 2000, vol. 43, pp. 230-233 et 242.

(98) Anvers, 12 déc. 1994, *Limb. Rechtsl.*, 1998, p. 1 et obs. R. BROEKMANS.

sur un point précis (il s'agit d'un sapiteur)⁽⁹⁹⁾ convoque les parties aux fins d'assister aux opérations de ce tiers, pour autant qu'il laisse aux parties l'occasion de faire valoir leurs moyens à propos des devoirs accomplis par lui⁽¹⁰⁰⁾. L'expert ne pourrait évidemment déléguer sa mission ; il ne peut prendre l'initiative de consulter un spécialiste que de manière ponctuelle et sur une question déterminée⁽¹⁰¹⁾.

146 Intervention forcée et expertise

Aux termes de l'article 812, alinéa 1^{er}, « l'intervention peut avoir lieu devant toutes les juridictions, quelle que soit la forme de la procédure, sans néanmoins que des actes d'instruction déjà accomplis puissent nuire aux droits de la défense ». Cette disposition tend à assurer le respect des droits de la défense dont fait partie le principe de l'égalité des armes⁽¹⁰²⁾.

Dans chaque espèce, il faut vérifier *concrètement* s'il y a atteinte aux droits de la défense⁽¹⁰³⁾ (voy. aussi *infra*, n° 237).

147 Expertise sanguine et astreinte

De manière générale, la collaboration loyale à une expertise peut être ordonnée sous peine d'astreinte⁽¹⁰⁴⁾.

(99) M. OLIVIER, « Le sapiteur et la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 2001, p. 3 ; Bruxelles, 19 janv. 2000, *J.T.*, 2001, p. 682 : « le droit pour un expert de recourir à des aides ou des spécialistes dans l'accomplissement de sa mission, sans être énoncé dans un texte légal, est un principe unanimement affirmé. Il n'y a pas lieu de pourvoir au remplacement de l'expert pour la raison qu'il a exercé ce droit ». Par contre s'il s'agit de recueillir auprès d'un tiers des renseignements utiles à l'accomplissement de la mission et pour autant qu'il ne s'agisse pas de les entendre comme témoin, on parlera de « sachant » (G. de LEVAL, « Questions en matière de preuve », *Formation permanente des huissiers de justice*, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, p. 271).

(100) Cass., 9 févr. 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 971 ; Cass. fr., 16 janv. 2003, *Dall.*, 2003, p. 400.

(101) Cass. fr., 8 avril 1999, *Dall.*, 1999, IR, p. 136 et Cass. fr., 27 avril 2000, *Dall.*, 2000, IR, p. 158 : les actes effectués en méconnaissance de l'obligation incombant à l'expert d'accomplir personnellement sa mission ne peuvent valoir opérations d'expertise.

(102) Voy. Bruxelles, 5 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 918 ; Bruxelles, 6 juin 1996, *J.T.*, 1996, p. 616.

(103) J.-F. van DROOGHENBROECK, « Intervention forcée et droits de la défense », in *Le procès au pluriel*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 122 et s. ; ex. : Anvers, 28 sept. 1998, *J.P.A.*, 1998, p. 33 et J.P. Messancy, 23 janv. 1998, inédit ; l'exigence que les actes de procédure déjà ordonnés ne nuisent pas aux droits de la défense n'implique pas nécessairement que la partie citée en intervention soit appelée à la cause « *ab initio* », ce que le texte ne dit pas. Elle est en effet aussi bien respectée au cas où, sans être présente à la cause, cette partie a en fait assumé la direction du procès (les tiers appelés en intervention n'étant autres que les actionnaires d'une société qui fut à la cause *ab initio*). *Adde* Cass., 4 janv. 1984, *Bull. Ass.*, 1984, p. 445 (« Celui qui est appelé en intervention forcée peut, conformément à l'article 812, alinéa 1^{er} du Code judiciaire, refuser le débat lorsque ses droits de défense ne sont pas saufs, notamment que sa défense serait compromise en raison d'une décision déjà acquise ») ; Cass., 22 déc. 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 456 (*infra*, note 113) ; J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 555, n° 78 et réf. cit. et V. BOESMANS, « De vordering tot bindendverklaring », obs. sous Gand, 23 oct. 2003, *R.A.G.B.*, 2004, p. 1205.

(104) Obs. sous Civ. Bruxelles (ch. s.), 18 janv. 2000, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 654.

un sapiteur)⁽⁹⁹⁾ convoque les parties aux fins de tiers, pour autant qu'il laisse aux parties moyens à propos des devoirs accomplis par videmment déléguer sa mission ; il ne peut un spécialiste que de manière ponctuelle et

l'alinéa 1^{er}, « l'intervention peut avoir lieu quelle que soit la forme de la procédure, sans action déjà accomplis puissent nuire aux position tend à assurer le respect des droits principe de l'égalité des armes⁽¹⁰²⁾.
vérifier concrètement s'il y a atteinte aux *infra*, n° 237).

oration loyale à une expertise peut être

sation », *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 2001, p. 3 ; Bruxelles, 19 expert de recourir à des aides ou des spécialistes dans : dans un texte légal, est un principe unanimement nt de l'expert pour la raison qu'il a exercé ce droit ». renseignements utiles à l'accomplissement de la mis- dre comme témoin, on parlera de « sachant » (G. de tion permanente des huissiers de justice, Bruxelles,

Cass. fr., 16 janv. 2003, *Dall.*, 2003, p. 400.
et Cass. fr., 27 avril 2000, *Dall.*, 2000, IR, p. 158 : combat à l'expert d'accomplir personnellement sa

918 ; Bruxelles, 6 juin 1996, *J.T.*, 1996, p. 616.
ée et droits de la défense », in *Le procès au pluriel*, apt. 1998, *J.P.A.*, 1998, p. 33 et J.P. Messancy, 23 re déjà ordonnés ne nuisent pas aux droits de la tée en intervention soit appelée à la cause « ab bien respectée au cas où, sans être présente à la s (les tiers appelés en intervention n'étant autres itio). *Adde* Cass., 4 janv. 1984, *Bull. Ass.*, 1984, conformément à l'article 812, alinéa 1^{er} du Code sont pas saufs, notamment que sa défense serait ass., 22 déc. 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 456 (*infra*, op. cit., *R.C.J.B.*, 1997, p. 555, n° 78 et réf. cit. obs. sous Gand, 23 oct. 2003, *R.A.G.B.*, 2004,

J.T., 1999-2000, p. 654.

Une partie pourrait-elle être contrainte de se soumettre à une expertise sanguine par le biais d'une astreinte ? Il a été jugé — à tort selon nous — que l'obligation de se soumettre à l'expertise ne peut être assortie d'une astreinte dès lors que la contrainte exercée par l'astreinte est assimilable à la contrainte physique et que le principe du respect de l'intégrité physique interdit de pratiquer une expertise corporelle par ce dernier type de contrainte⁽¹⁰⁵⁾ (voy. aussi *supra*, n° 132 C et *infra*, n° 255). On insiste sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 février 2002 (*Mikulic c. Croatie*) qui décide : toute personne a un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle. L'absence de toute mesure procédurale propre à contraindre le père allégué à se conformer aux ordonnances du tribunal, lui intimant de se soumettre à des tests ADN, n'est conforme au principe de proportionnalité que si le sys-

(105) Civ. Bruxelles, 24 oct. 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 51 ; comp. concl. M.P. précédant C.J. Benelux, 29 nov. 1993, *J.T.*, 1994, p. 415, n° 5 et J.-P. MASSON et N. MASSAGÉ, « Les personnes — Chronique de jurisprudence (1991-1993) », *J.T.*, 1994, p. 749, n° 91 et réf. cit. ; *adde* J. CLESSE, « L'astreinte en droit du travail », *R.C.J.B.*, 1999, p. 445, n° 12, qui distingue la contrainte morale liée à la menace de payer une somme d'argent de la contrainte physique illicite ; comp. *supra*, n° 138, note 81 ; voy. l'examen très circonstancié de J. van COMPERNOLLE et O. MIGNOLET, « L'astreinte : règles générales et champ d'application », in *Saisies et astreintes*, CUP, vol. 65, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 237-245 et réf. cit., soulignant les avancées en faveur de l'astreinte fondée sur le droit supérieur de l'enfant à voir sa filiation établie ; *adde* au sujet d'une recherche de paternité *post mortem*, Liège, 27 nov. 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 156 ; Civ. Liège (réf.), 25 oct. 1995, *Rev. not. b.*, 1997, p. 53. Comp. une décision du 22 avril 1994 du tribunal de première instance de Liège qui après avoir constaté le refus du père présumé de se soumettre à l'expertise hématologique, avait rejeté la demande des autres parties d'ordonner sous astreinte une nouvelle expertise sanguine tout en intimant au père présumé de remettre sans délai aux conseils des autres parties un document officiel, c'est-à-dire émanant d'un médecin ou d'un laboratoire d'analyses médicales, précisant et certifiant son groupe sanguin et son rhésus, ceci sous astreinte de 1.000 frs par jour, l'exécution provisoire étant ordonnée. Cette décision est citée dans un arrêt de la cour d'appel de Liège du 12 mai 1998 (*J.T.*, 1998, p. 727 ; *adde* Liège, 6 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1179) rappelant le principe qu'il appartient aux cours et tribunaux de tirer du refus non justifié de se soumettre à une expertise hématologique judiciaire les conclusions qui s'imposent en appréciant les faits *in concreto* (*supra*, n° 132 C). Voy. aussi Cass., 17 déc. 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1233 : l'interdiction d'exercer une contrainte sur la personne ou de violer la personnalité constitue un principe général du droit impliquant l'interdiction d'exercer toute contrainte physique sur une personne, notamment de contraindre celle-ci à accomplir un acte ou à se soumettre à un examen physique ou psychique ; le droit à l'intégrité physique n'est pas illimité et doit être interprété à la lumière des autres libertés fondamentales, ainsi qu'il est prévu à l'art. 8 de la Conv. de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le principe général du droit interdisant toute contrainte sur la personne n'interdit pas qu'il soit procédé à l'expertise d'un examen du sang ou d'un autre examen prévu par l'art. 331octies du C. civ., pour autant que la personne ne soit pas contrainte de se soumettre à un tel examen. Le fait de refuser de se soumettre à un examen génétique sans juste motif équivaut à une présomption de l'homme qui, jointe aux autres éléments de fait et aux circonstances du dossier, conforte la présomption de la paternité (cet arrêt « nuance les principes », *Rapport de la Cour de cassation 1999*, p. 168 ; sur cette importante question, voy. aussi Cass. fr., 28 mars 2000, *J.C.P.*, 2000, II, n° 10409, spéc. concl. M.P., p. 1966, citant les exemples en sens contraire du droit allemand et du droit italien et obs. M.-C. MONSALLIER-SAINTMEUX, pp. 1968-1969 ; *supra*, n° 134, note 56 ; *adde* Bruxelles, 26 oct. 1999, *J.T.*, 2001, p. 50 ; Anvers, 18 déc. 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 949 et obs. F. SWENNEN ; Civ. Bruxelles, réf., 21 oct. 1999, *J.T.*, 2001, p. 35 ; comp. en cas d'expertise psychiatrique, Paris, 3 mai 1979, *Dall.*, 1979, jur., p. 504 et note J. MASSIP).

tème prévoit d'autres moyens permettant à une autorité indépendante de trancher la question de la paternité à bref délai.

148 Le rôle du juge – Le rapport d'expertise

- A. Les experts procèdent à leur mission sous le contrôle du juge⁽¹⁰⁶⁾. Celui-ci peut, à tout moment, d'office ou sur demande assister aux opérations. Le greffier en informe par simple lettre les experts et les avocats des parties (C. jud., art. 973).
- B. Les experts donnent connaissance de leurs constatations aux parties (les préliminaires et si possible les conclusions provisoires [Liège, 1^{er} avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1508 ; voy. F. ERDMAN et G. de LEVAL, *Dialo-gues justice*, *op. cit.*, pp. 232-233]) et actent les observations de celles-ci (C. jud., art. 978, al. 1)⁽¹⁰⁷⁾. Les parties peuvent toutefois dispenser les experts de ces formalités.

L'article 979 traite du rapport d'expertise⁽¹⁰⁸⁾ ⁽¹⁰⁹⁾ : celui-ci relate la présence des parties aux opérations, leurs déclarations verbales et

(106) *Supra*, note 88. R. VERBEKE, « Slordige deskundigen vereisen creatieve rechters maar 'trop is te veel' », obs. sous Comm. Louvain, 19 déc. 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1172 et Comm. Gand, 6 nov. 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1184. Au sujet du pouvoir d'injonction du juge à l'égard de l'expert : pourrait-on envisager que le juge ordonne à l'expert de déposer son rapport sous peine d'astreinte ? Voy. D. MOUGENOT, « Durée des expertises et contrôle du juge », *J.T.*, 1996, pp. 363-364. *Adde* Liège, 8 janv. 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1002. Voy. aussi C.E.D.H., 23 nov. 1999 (35592-97, *Marque Gomes Galo / Portugal*) : la Cour constate que la procédure en réparation de dommages résultant d'un accident de la circulation a duré plus de huit ans et huit mois, et que la quasi-totalité de la durée du procès coïncide avec la durée de l'expertise médicale du requérant, qui n'a pas encore abouti à ce jour ; elle rappelle que l'expertise se situait dans le cadre d'une procédure judiciaire contrôlée par le juge qui restait chargé d'assurer la conduite du procès, et déclare le dépassement du délai raisonnable. Ainsi l'ensemble du service public de la justice peut engager la responsabilité de l'État dès lors qu'il y a manquement dans le chef d'un acteur judiciaire (C.E.D.H., 11 janv. 2001, *Patakov c/ Grèce*). *Infra*, n° 154, note 19, et n° 220 B, note 128.

(107) La circonstance qu'une partie n'a fait part d'aucune observation à l'expert au cours de l'expertise n'a pas pour conséquence de la priver du droit de soumettre à l'appréciation du juge ses griefs concernant le rapport d'expertise (Cass., 17 févr. 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 704 ; Cass., 16 févr. 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 185 ; Cass., 10 mai 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13801 ; A.L. FETTWEIS, obs. sous Cass., 19 févr. 2003, *Rev. dr. pén.*, 2004, pp. 140-141 et note 22). C'est pourquoi, les arguments techniques, qui n'ont pas été soumis à l'expert au cours de l'expertise judiciaire mais qui sont ultérieurement développés devant le juge, doivent être rencontrés par ce dernier en recourant si nécessaire à une nouvelle mesure d'instruction (Liège, 10^e ch., 22 mars 1999, *R.G.* n° 1997/RG/892. *Adde* Bruxelles, 8^e ch., 14 oct. 1998, *P. & B./R.D.J.P.*, 1999, p. 117 ; comp. Civ. Bruxelles, 14 août 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 12930 et obs. I.P., décision qui très justement réserve au juge la possibilité d'accepter ou de rejeter, après le dépôt du rapport d'expertise, des moyens ou pièces produits par une partie pour contester ce rapport alors qu'elle s'était abstenue de répondre aux questions de l'expert qu'elle avait fait désigner et aux questions duquel elle était tenue de répondre). En matière de droits d'enregistrement, voy. C. Arb., 7 déc. 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 48 et obs. A. DEMOULIN et *infra*, n° 151 B. De manière générale, voy. J. van COMPERNOLLE e.a., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 789 et s., n°s 728 et s.

(108) « 1. Un rapport d'expertise judiciaire n'est pas un acte authentique. L'incident de faux formé contre un tel rapport ne donne donc pas lieu à communication au ministère public. 2. Le constat que des pièces ont été versées aux débats implique qu'elles ont été soumises à la libre discussion des parties » (voy. C. jud., art. 979) (Cass. fr., 19 févr. 1999, *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 2001, p. 17 et obs. M. OLIVIER).

(109) D. MOUGENOT, *op. cit.*, in *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Formation permanente CUP, 2000, vol. 43, p. 243. Ex. : Bruxelles (8^e ch.), 14 oct. 1998, *P. & B./R.D.J.P.*, 1999, p. 117.

CHAPITRE 9

LE JUGEMENT

SECTION I

De la clôture des débats au jugement

152 La clôture et la réouverture des débats

A. Clôture des débats

La clôture des débats est prononcée après les plaidoiries et s'il y a lieu les répliques (art. 769, al. 1). Le cas échéant, le juge fixe le délai dans lequel l'avis du ministère public sera donné et dont les parties disposeront pour déposer au greffe des conclusions portant sur le contenu de cet avis (C. jud., art. 766, al. 1 ; *infra*, n° 153).

La clôture des débats a lieu de plein droit dans les deux cas prévus à l'article 769, alinéas 2 et 3, c'est-à-dire en cas de dépôt des dossiers ⁽¹⁾ au greffe après l'audience de plaidoiries et en cas de procédure écrite lorsque le juge ne demande pas d'explications orales (art. 755 ; *supra*, n° 116).

B. Réouverture des débats

La réouverture des débats a lieu soit à la demande d'une des parties comparantes ⁽²⁾ (art. 772, exigence d'une pièce ou d'un fait nouveau et

(1) Sur ce que ce dépôt ne peut autoriser une partie à exposer de nouveaux moyens ou à déposer des pièces non connues de l'adversaire, voy. H. BOULARBAH et J.-F. van DROOGHENBROECK, « L'abus du droit de conclure : vivacité d'une théorie », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 479, n° 15. *Adde* sur l'ensemble de ce segment, G. de LEVAL, *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 269-281, nos 212-220 et pp. 352-362, nos 262-267.

(2) La partie qui remplit les conditions de la disposition de l'art. 804, al. 2, du C. jud., suivant laquelle la procédure est contradictoire à l'égard de la partie qui a comparu conformément aux art. 728 et 729 du C. jud. et a déposé des conclusions au greffe ou à l'audience, est considérée comme étant une partie comparante habilitée, tant que le jugement n'a pas été prononcé, à demander la réouverture des débats, si durant le délibéré, elle a découvert une pièce ou un fait nouveau et capital (Cass., 17 déc. 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 48 ; *contra* : Civ. Bruxelles, 16 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1619 et J.P. ROULERS, 1^{er} févr. 1994, *J.J.P.*, 1994, p. 252 ; *R.W.*, 1994-1995, p. 444 et note J.L. Voy. en cas de mise en état légale [art. 751], A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 407 ; *supra*, n° 112 : le défendeur sur 751 en défaut de conclure n'est pas une partie comparante ; il en va de même selon nous en cas de mise en état judiciaire conformément à l'art. 747, § 2, voy. G. de LEVAL, « Le miroir de la procédure », in *Droit du contentieux*, Formation permanente CUP, 1995, vol. 4, p. 39, n° 23, 4^e). Il incombe au requérant de prouver que sa requête en réouverture des débats est parvenue au juge en temps utile (Mons, 15 mars 2004, *Rev. rég. dr.*, 2004, p. 175). Par ailleurs le juge ne peut déclarer non fondée une demande sans préalablement statuer sur une demande de réouverture des débats (Cass., 13 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 632 ; *Pas.*, 2002, I, 1150 ; *adde* Cass., 5 oct. 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1584).

aux-mêmes et indépendam-
ants, à l'intervention du ou
et de non-discrimination
on.

de des droits d'enregistre-
ions du ou des experts ne
revoir la valeur détermi-
ne nouvelle expertise s'il
atérielle ou une violation
d'arbitrage a décidé que
en ce que, contrairement
(cf. l'art. 986 du C. jud.,
eints à suivre l'avis des
peut exercer aucun con-
a procédure visée par les
'enregistrement, d'hypo-
rôle vise à préserver les
suffisante pour prévoir

l'enregistrement stipule
l'expertise en introdui-
e intentée, à peine de
date de la signification

s. A. DEMOULIN. L'arrêt précise
fraude fiscale (« sans préjudice
89), mais aussi à garantir, dans
valeur vénale réelle des immeu-
6 du Code des droits d'enregis-
9/2000 et J. van COMPERNOLLE
C.I.R., voy. C. Arb., 20 févr.

4. L'art. 120 du C. succ. com-

capital) ⁽³⁾, soit d'office (C. jud., art. 774).

La réouverture d'office est facultative ou obligatoire ; en effet en vertu de l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire, le juge est tenu d'ordonner la réouverture des débats avant de rejeter la demande, en tout ou en partie, sur une exception d'incompétence, de nullité, de prescription, de forclusion ou d'irrecevabilité ou de toute autre exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui ⁽⁴⁾ mais non lorsqu'il fonde le rejet, total ou partiel, de la demande en statuant uniquement sur la base des éléments soumis à son appréciation ⁽⁵⁾, lorsqu'il constate qu'il n'existe pas de demande en justice ⁽⁶⁾ ou lorsque, avant la clôture des débats, le juge a donné aux parties l'occasion de faire valoir leurs observations au sujet de l'exception qui entraîne le rejet de la demande ou lorsqu'il a invité les parties à débattre de l'application d'une norme juridique ⁽⁷⁾.

Lorsque les débats sont rouverts ⁽⁸⁾, les parties comparantes (ne sont conviées que les parties qui ont comparu antérieurement) ne peuvent con-

(3) Il faut entendre par pièce, au sens de l'art. 772 du C. jud., un document spécifique au litige soumis à la juridiction qui a pris la cause en délibéré et non des extraits de doctrine ou des décisions de justice, même inédites ou rendues postérieurement à la décision entreprise et qui n'ont pas autorité de chose jugée entre parties (Cass., 8 déc. 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 395 ; Bruxelles, 5 oct. 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 454 ; *J.T.*, 2000, p. 110. Voy. aussi C. trav. Liège, 18 févr. 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 188 : la survenance d'un arrêt de la Cour de cassation dont une partie veut faire état, ne justifie pas une réouverture des débats car elle ne constitue ni une pièce ni un fait nouveau et capital au sens de l'art. 772 du C. jud. et qui aurait été découvert par une partie comparante au cours du délibéré ; il doit *a fortiori* en être de même quand la requête en réouverture des débats est basée sur l'existence d'un arrêt de la même cour du travail rendu deux mois avant que l'affaire ait été plaidée (comp. *supra* n° 104 note 39). *Adde* sur cette notion, Anvers, 22 sept. 1998, *P. & B./R.D.J.P.*, 1999, p. 247 et Bruxelles, 10 oct. 2000, *Div. Act.*, 2001, p. 66 : ne peuvent être considérés comme une pièce ou un fait nouveau que des documents ou faits dont la partie qui les invoque n'avait ou ne pouvait avoir connaissance au moment de la clôture des débats. Ni la négligence d'une partie à se procurer en temps voulu les preuves dont elle entend se prévaloir, ni la réception tardive d'un document, ni la consultation éventuelle de conseils étrangers ne constituent un motif suffisant pour solliciter la réouverture des débats).

(4) Cass., 30 sept. 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 888 ; Cass., 8 oct. 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 159 ; Cass., 26 déc. 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 520 ; Cass., 19 sept. 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 61 ; égal. Cass., 14 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 424 et Cass., 3 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1616 ; Cass., 29 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 608. Sur la portée extensive donnée à l'art. 774 al. 2 par la Cour de cassation, voy. J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi : le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office », in *Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 281. Voy. surtout les importants développements de J.-F. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia*, Thèse, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2004, pp. 271 et s., n°s 277 et s., p. 403, n° 452, p. 617, n° 805, p. 843, n° 1094 et p. 852, n° 1101, et « Casser, juger et toujours dire le droit », *Ann. dr. Louvain*, 2003, p. 466 et note 3.

(5) Cass., 23 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 680.

(6) Cass., 11 janv. 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 556.

(7) Cass., 6 sept. 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 13.

(8) Après une décision ordonnant la réouverture des débats sur un objet que cette décision détermine, de manière telle qu'il s'agit de la continuation, sur ce point, des débats antérieurs, la décision ultérieure statuant sur la demande doit être rendue par les juges qui ont assisté aux audiences antérieures ou, à défaut, par un siège devant lequel les débats ont été entièrement repris (Cass., 31 janv. 2002, *R.G.* n° C.99.0332.N ; G. de LEVAL, *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 228). Sur la décision de rejet voy. Cass., 16 mai 2002, *Pas.*, 2002, I, 1165. (Le juge n'est pas tenu d'informer préalablement le demandeur des motifs par lesquels il considère devoir rejeter la demande, même si la partie adverse n'a pas contesté la demande.) Sur le recours voy. art. 776 et *infra* n° 216C.

clure et plaider que sur le seul objet déterminé par la décision de réouverture des débats (ce qui n'exclut pas nécessairement une demande incidente singulièrement une demande nouvelle)⁽⁹⁾, le juge n'étant pas tenu de répondre aux conclusions étrangères à l'objet de la réouverture des débats⁽¹⁰⁾ (comp. art. 767, § 3 *in fine*, *infra*, n° 153 C).

153 La communication pour avis au ministère public (art. 764 à 768)

A. Les causes communicables

Les articles 764 et 765 du Code judiciaire déterminent les causes communicables.

Il n'y a pas de cause communicable devant le juge de paix, le juge des saisies et le juge des référés (art. 764 *initio*). En vertu de l'article 764, alinéa final : « le ministère public reçoit communication de toutes les causes et y siège lorsqu'il le juge convenable ; le tribunal ou la cour peut aussi l'ordonner d'office ».

B. Sanction

La sanction du défaut de communication au ministère public est la nullité (art. 764, 765 et 780, 1° et 4°) ; il s'agit d'une nullité procédurale d'ordre public non assujettie – comme l'acte juridictionnel – aux articles 860 à 864⁽¹¹⁾ ; elle est mise en œuvre par l'exercice d'un recours mais sans préjudice de l'effet dévolutif de l'appel.

C. Respect des droits de la défense et réplique des parties à l'avis

Dans le prolongement de l'arrêt *Vermeulen*⁽¹²⁾, toute partie a désormais la faculté de prendre connaissance de l'avis du ministère public et d'en débattre préalablement au jugement.

(9) Cass., 29 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 713 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1520 et obs. F. GEORGES ; *R.C.J.B.*, 2002, p. 672, n° 578, obs. J. van COMPERNOLLE e.a. ; Liège, 18 janv. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 44 ; Civ. Charleroi (ch. s.), 9 nov. 2000, R.G. n° 1505/99 ; comp. Cass., 28 oct. 2003, R.G. n° P. 03.0832.N : « Si la réouverture des débats est ordonnée, ils ne peuvent porter que sur l'objet déterminé par le juge. Aucune nouvelle demande ne peut être introduite et les demandes existantes qui ne font pas partie de l'objet déterminé ne peuvent être ni étendues ni modifiées. Ces règles du Code judiciaire ne sont pas inconciliables avec les dispositions de la procédure en matière répressive, dans la mesure où elles concernent l'appréciation de l'action d'une partie civile » ; *adde* Liège, 24 nov. 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 58 ; *infra*, note 127.

(10) Cass., 19 avril 2002, R.G. n°s C.00.0628.F, C.01.0240.F et C.01.0166.F. Sur le recours, voy. *infra*, n°s 216 C et 249 A, note 224.

(11) Cass., 6 févr. 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 630 et G. de LEVAL, « L'avis du ministère public en matière civile », in *Amice Curiae, quo vadis ?*, Diegem, Kluwer, 2002, pp. 54 et 55 et note 64 ; J. WINDEY, B. TORBEYNS et Th. HÜRNER, note sous Bruxelles, 30 juin 2004, *R.D.C.*, 2004, p. 923 ; *adde* Cass., 1^{er} janv. 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 213 et note 1. *Supra*, n° 37.

(12) Comme en matière pénale, les parties à une procédure civile doivent avoir la possibilité de répondre aux conclusions prises par le magistrat du ministère public, avant la clôture de l'audience, au cours de l'instance en cassation. Le principe du contradictoire s'oppose également à ce que ledit magistrat participe à la délibération de la Cour de cassation (C.E.D.H., 20 févr. 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 904 ; *adde* C.E.D.H., 26 juillet 2002, *Droit et procédures*, 2003, p. 27 et obs. N. FRICERO).

4).
ultative ou obligatoire ; en effet en
judiciaire, le juge est tenu d'ordon-
re rejeter la demande, en tout ou en
nce, de nullité, de prescription, de
ute autre exception que les parties
is non lorsqu'il fonde le rejet, total
iquement sur la base des éléments
il constate qu'il n'existe pas de
t la clôture des débats, le juge a
loir leurs observations au sujet de
mande ou lorsqu'il a invité les par-
me juridique (7).

les parties comparantes (ne sont
antérieurement) ne peuvent con-

jud., un document spécifique au litige soumis
extraits de doctrine ou des décisions de justice,
reprise et qui n'ont pas autorité de chose jugée
celles, 5 oct. 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 454 ;
Chron. D.S., 1998, p. 188 : la survenance d'un
ne justifie pas une réouverture des débats car
sens de l'art. 772 du C. jud. et qui aurait été
il doit *a fortiori* en être de même quand la
un arrêt de la même cour du travail rendu deux
note 39). *Adde* sur cette notion, Anvers, 22
oct. 2000, *Div. Act.*, 2001, p. 66 : ne peuvent
documents ou faits dont la partie qui les invo-
la clôture des débats. Ni la négligence d'une
end se prévaloir, ni la réception tardive d'un
ne constituent un motif suffisant pour sollici-

t. 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 159 ; Cass., 26 déc.
I, p. 61 ; égal. Cass., 14 mars 1985, *Pas.*,
Cass., 29 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 608.
cassation, voy. J. KIRKPATRICK, « Un prin-
défense en cas de décision judiciaire fondée
hal, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 281. Voy.
BROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit*
et s., n°s 277 et s., p. 403, n° 452, p. 617,
« toujours dire le droit », *Ann. dr. Louvain*,

sur un objet que cette décision détermine,
s débats antérieurs, la décision ultérieure
sté aux audiences antérieures ou, à défaut,
repris (Cass., 31 janv. 2002, R.G. n°
cit., n° 228). Sur la décision de rejet voy.
d'informer préalablement le demandeur
ne si la partie adverse n'a pas contesté la