

L'expertise unilatérale en tant que preuve en matière d'avaries

par Nicolas RADISIC

I

DU CONSTAT CONTRADICTOIRE

LORSQUE, dans un litige l'opposant au transporteur maritime, le destinataire offre d'apporter la preuve de l'existence ou de l'importance des avaries aux marchandises qu'il a reçues, la première question qui lui est posée est celle-ci : ces dommages ont-ils été constatés contradictoirement au moment de la réception ?

Et l'on a raison.

Le constat contradictoire au moment de la réception est, en effet, le moyen de preuve le plus normal, le plus véridique et aussi celui qui donne le plus de garanties aux parties.

a) C'est le moyen le plus normal parce qu'il s'intègre naturellement dans les relations contractuelles du transporteur et du réceptionnaire. Le transporteur, une des parties au contrat de transport, s'est engagé à faire parvenir une marchandise déterminée à tel endroit et de l'y remettre à la personne désignée au connaissance. La délivrance de la marchandise dans l'état où elle a été reçue, constitue pour lui l'exécution de l'obligation qu'il a assumée au départ. Comme l'existence des avaries peut qualifier cette exécution de fautive, il est normal que la marchandise soit examinée au plus tôt et ce par les deux parties.

Quoi de plus normal, en effet, pour les deux parties intéressées à l'exécution d'une obligation — le destinataire qui en est le créancier

et le transporteur qui est le débiteur — que de convenir si, oui ou non, cette exécution est conforme aux stipulations du contrat ?

b) Contemporain de la découverte des dommages, pareil constat constitue une image véridique de l'état des colis à ce moment ainsi qu'il résulte de l'opinion que les parties en avaient.

c) Le constat contradictoire donne aussi le plus de garanties aux deux parties qui, étant toutes les deux présentes, peuvent faire valoir leurs différents points de vue et éventuellement s'opposer à certaines mentions tendancieuses.

Tous ces avantages font que la pratique — que certains qualifient de d'usage — du constat contradictoire est appréciée et suivie dans les ports du monde entier.

*
**

Opposable aux deux parties, le constat contradictoire supprime tout le problème de la preuve des dommages et le litige, si litige il y a, se limitera le plus souvent aux questions purement juridiques touchant les fondements de la responsabilité.

Le problème ne se pose que lorsqu'une des parties estime ne pas pouvoir être liée par le constat invoqué par la partie adverse. C'est notamment ce qui se passe chaque fois qu'en l'absence du constat contradictoire, une des parties fait état d'un constat unilatéral.

Car bien que la pratique des constatations contradictoires soit généralisée, il est encore des transporteurs qui la refusent et obligent le destinataire à chercher ailleurs un moyen de preuve des avaries aux marchandises reçues. Quelquefois, il aura recours à une expertise judiciaire, mais, le plus souvent, il disposera du constat du commissaire d'avaries qu'il offrira au tribunal comme preuve de l'existence des avaries ou de l'importance du préjudice qui en résulte pour lui.

II

DE L'EXPERTISE UNILATERALE : VUE GENERALE DU PROBLEME

L'expertise unilatérale dont je vous parlerai ce soir, est donc celle qui est diligentée par l'expert de l'assureur de la cargaison et qui est, comme je viens de le souligner, fréquemment invoquée comme preuve ou élément de preuve contre le transporteur maritime.

La valeur d'une telle expertise est cependant très discutée et restera sans doute longtemps encore, tant les points de vue en présence

sont difficilement conciliables. A moins, bien sûr, qu'un arrêt très précis de la Cour Suprême ne tranche la question, et ce d'une manière non équivoque.

En attendant, notre jurisprudence est très hésitante. Certaines décisions semblent s'orienter vers le refus d'accorder toute force probante à une expertise faite hors la présence du délégué de l'armement. D'autres prennent partie pour la cargaison — contre le navire. Certaines vont même jusqu'à être très sévères pour ce dernier et soutiennent que non seulement le juge peut tenir compte des faits révélés par le constat du commissaire d'avaries, mais encore que ce constat est opposable comme tel à l'armement (1).

*
**

Mais il est une question que l'on doit se poser ici et qui vient à l'esprit dès que l'on aborde le problème. C'est celle-ci : Comment est-il possible qu'une question aussi simple que semble l'être la force probante d'une expertise en droit commercial puisse recevoir tant de solutions différentes dont certaines sont diamétralement opposées ?

C'est que, simple à l'origine, le problème a été rendu complexe par l'introduction de certains éléments d'ordre psychologique, son rattachement à des dispositions légales qualifiées de dérogatoires au droit commun et la confusion, souvent faite, entre les notions d'opposabilité et d'irrecevabilité.

a) *Le problème est simple à l'origine.*

Par sa nature même le problème est simple, car nous nous trouvons ici en matière commerciale où la preuve est libre et peut être administrée par tout moyen de droit, y compris les témoignages et les présomptions. La seule condition est que les éléments invoqués soient graves et concordants de manière à pouvoir entraîner la conviction du juge.

A première vue, rien ne s'oppose donc à la recevabilité de la preuve par expertise unilatérale, que l'on considère celle-ci comme une expertise véritable, comme une présomption ou seulement comme un simple témoignage.

(1) Le cadre limité de cet exposé ne me permettra pas de multiplier les références de jurisprudence et de doctrine. Aussi me bornerai-je à mentionner les décisions qui me serviront d'exemple. L'on pourra en trouver d'autres dans mon étude. La preuve par expertise unilatérale en matière d'avaries aux marchandises transportées par mer, Jurisprudence du Port d'Anvers, 1958, p. 195-231.

Un rapport d'expertise, c'est d'ailleurs essentiellement un témoignage fait par une personne qui en raison de ses connaissances particulières est considérée comme capable d'examiner la marchandise, d'en constater l'aspect et les dommages éventuels et d'émettre un avis sur leur hauteur et leurs causes probables. Ce rapport fut-il rédigé par un expert désigné par le tribunal, par une seule ou par les deux parties et cause, ce rapport est donc par sa nature même un témoignage, mais un témoignage de technicien.

Or si un simple témoignage peut être pris en considération, à plus forte raison doit pouvoir l'être celui d'un homme de l'art, dont les connaissances professionnelles et la réputation dont il jouit sur la place ne peuvent que le rendre encore plus digne de foi.

Monsieur Francis Sauvage écrit à ce propos : « Dans une matière où la preuve par témoins est admissible, le commissaire d'avaries, s'il n'a pas à l'égard du transporteur l'autorité d'un expert judiciaire, est tout au moins un témoin dont l'autorité morale est incontestable, puis que, sur le vu de son certificat, les Compagnies qu'il représente n'hésiteront pas à décaisser des sommes considérables, sans être certaines de pouvoir les récupérer après subrogation aux droits de l'assuré » (2).

Il convient cependant de signaler ici une thèse différente qui a été récemment soutenue (3) et qui tend à distinguer les experts judiciaires connus du tribunal, et seuls dignes de sa confiance, de ceux nommés par une des parties (par conséquent inconnus du tribunal) qui ne pourraient être honorés de cette confiance et dont la qualification d'« expert » constituerait d'ailleurs « une initiative gratuite qui peut être rejetée gratuitement ».

Cette thèse aboutit cependant à des solutions paradoxales parce qu'elle ne recoupe pas exactement la situation réelle qui est tout autre.

En effet, il est pratiquement impossible de partager les experts travaillant dans le port d'Anvers en deux groupes bien distincts, l'un comprenant les experts utilisés par le tribunal et ayant sa confiance; l'autre, groupant les personnes au service des compagnies d'assurance et des autres particuliers et n'ayant pas la confiance du tribunal. En réalité ce sont les mêmes personnes.

(2) Francis SAUVAGE, *Manuel pratique du transport des marchandises par mer*, Paris 1955, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 118 n° 118.

(3) Par Monsieur Malgaud dans une note au sujet de mon étude précitée, *Jurisprudence du Port d'Anvers*, 1958, p. 387-390.

L'homme de l'art auquel s'adresse une compagnie d'assurances n'est pas un de ses employés ni un particulier auquel elle décerne la qualité d'expert, mais bien un expert indépendant, connu comme tel sur la place et la plupart du temps agréé par le tribunal. Et il n'est pas rare que ces experts effectuent le même jour plusieurs constats, les uns en tant qu'experts judiciaires, les autres en tant que commissaires d'avaries désignés par les assureurs de la cargaison. On peut même dire qu'une expertise qui a été confiée unilatéralement à l'expert X, eut peut-être été confiée à ce même expert X, si la nomination de l'expert avait eu lieu par la voie judiciaire.

Dès lors, l'on comprend mal comment il serait possible de soutenir à la fois que ce même expert X est digne de confiance lorsqu'il est nommé par le tribunal et qu'il en est à ce point indigne lorsqu'il est désigné par le destinataire et ses assureurs, que son rapport ne doit même pas retenir l'attention du juge qui doit le rejeter et lui refuser d'emblée tout crédit. Cette solution serait à tout le moins paradoxale.

De deux choses l'une : ou bien l'expert est digne de confiance, et alors son témoignage peut être pris en considération, ou bien il ne l'est pas et son témoignage perd la plus grande partie de sa valeur. Mais c'est là une question de fond et d'espèce (valeur intrinsèque) qui doit être examinée dans chaque cas particulier, et non pas de forme (mode de désignation) comme il a été soutenu.

b) *Le facteur psychologique.*

Toutefois, même et surtout lorsqu'il s'agit d'examiner les cas d'espèce, l'on ne saurait perdre de vue l'élément psychologique dont je viens de faire état et qui vient compliquer quelque peu le problème : il ne fait pas de doute, en effet, que les constatations unilatérales *peuvent* comporter un danger pour la partie absente dont les intérêts peuvent ne pas être suffisamment bien défendus, voire délibérément lésés.

D'aucuns disent que ce danger est *toujours* présent car l'expert peut être influencé par la partie présente au constat et que son opinion peut être entièrement faussée par la présentation unilatérale des données (4). L'expert unilatéral aurait donc de ce fait un préjugé favorable — dont il ne serait d'ailleurs pas nécessairement conscient — pour la thèse présentée par la partie qui l'a nommé.

(4) Appel Brux., 5 juillet 1956, J.P.A., p. 426. Voir aussi note n° 3.

Cette objection tombe cependant dès qu'on se souvient que le constat de l'expert porte uniquement sur les faits matériels (description de l'état des marchandises au moment du constat, estimation de la hauteur des dommages et recherche de ses causes matérielles) sur lesquels la présentation unilatérale des données ne peut avoir d'influence.

★
★

Il n'en demeure pas moins — les hommes étant ce qu'ils sont — que l'impartialité de l'expert peut parfois être mise à l'épreuve. Aussi même les *décisions qui appliquent le droit commun* en admettant la recevabilité de la preuve, établissent-elles une distinction fondamentale basée sur l'attitude psychologique possible de l'expert au moment du constat.

Ces décisions remarquent que les intérêts de l'assureur à l'intervention duquel l'expert a été désigné sont semblables ou opposés à ceux du transporteur maritime, selon que le destinataire a fait ou a omis de faire les réserves au moment de la réception de la marchandise.

Dans le premier cas, le réceptionnaire qui a signifié au transporteur les réserves légales a placé ce dernier sous le coup de la présomption de livraison non conforme et ne doit plus, de ce fait, établir que la hauteur de son préjudice. L'intérêt du transporteur est évidemment que ce préjudice soit estimé le plus bas possible. Or l'intérêt de l'assureur qui a provoqué l'expertise est exactement le même ⁽⁵⁾, ce préjudice devant déterminer le montant de l'indemnité qu'il aura à verser à l'assuré. Et il serait inconcevable, lit-on dans un jugement du Tribunal de commerce d'Anvers, que les assureurs incitent l'expert à allouer une indemnité trop élevée dans le seul but d'être agréables à l'assuré ⁽⁶⁾. On ne peut, en effet, dire qu'ils compteraient sur ce même rapport d'expertise qui a surestimé le dommage, pour récupérer la même somme du transporteur et qu'en somme leur générosité n'aurait pour eux aucune conséquence pécuniaire. Bien au contraire, ils sont certains qu'ils ne pourront jamais récupérer complètement les sommes versées à l'assuré, la valeur assurée, sur laquelle se base l'indemnité, étant toujours plus élevée que la valeur C.I.F. destination qui sert généralement de mesure à la responsabilité du transporteur lequel bénéficie en outre des limitations légales.

(5) Comm. Anv. 1er juin 1954, J.P.A. 1954, 356.

(6) Comm. Anv. 4 février 1955, J.P.A. 1955, 127.

En conclusion, ces décisions estiment que, dans cette hypothèse il n'y a pas lieu de douter *a priori* de l'impartialité de l'expert et acceptent plus facilement son rapport.

Leur attitude est différente lorsque les marchandises ont été reçues sans réserves et que le destinataire doit établir non seulement la hauteur de son préjudice, mais aussi l'existence même des avaries au moment de la réception, le transporteur étant, dans ce cas, présumé d'avoir délivré les colis tels qu'ils sont décrits dans les connaissements.

L'on fait valoir ici que si le rapport unilatéral du commissaire d'avaries devait permettre au destinataire — et par conséquent aussi à l'assureur subrogé aux droits du destinataire — d'établir l'existence des avaries au moment du débarquement et de faciliter le recours contre le transporteur, l'assureur aurait intérêt à faire de telles constatations qui favoriseraient ce recours : par exemple en faisant comprendre à l'expert qu'il désirerait le voir déclarer dans son rapport que les dégâts sont antérieurs au débarquement ou sont dus à un fait dont le transporteur doit répondre.

L'on ne saurait, en effet, perdre de vue le fait que les risques assumés par l'assureur sont généralement d'une plus vaste étendue que les avaries dont le transporteur peut être rendu responsable et cela aussi bien sous l'angle de leur nature que de leur durée.

Les intérêts de l'assureur sont donc ici nettement opposés à ceux du transporteur et le commissaire d'avaries pourrait se trouver devant un cas de conscience qui l'obligerait à choisir entre la réalité, les intérêts du transporteur et ceux de ses commettants, les assureurs.

L'on ajoute que, déterminant ainsi lui-même les conditions de son recours contre le transporteur, l'assureur pourrait se permettre d'accorder à l'assuré un montant plus élevé que celui auquel il peut normalement prétendre.

Toutes ces considérations sont — faut-il le dire — davantage inspirées par la prudence des juges que par une crainte réelle de la partialité des commissaires d'avaries, qui tiennent à leur réputation et ont d'ailleurs une grande conscience professionnelle.

Il n'en demeure pas moins que ce risque de partialité, quoique minime, est plus grand dans le cas qui nous occupe que dans celui qui vient d'être envisagé, et l'on comprend que même la jurisprudence qui admet la preuve par expertise unilatérale estime que la valeur du constat du commissaire d'avaries est ici moindre et exige que ses renseignements soient corroborés par d'autres éléments formant ensemble un faisceau de preuves graves et concordantes.

D'autres décisions estiment que la seule possibilité pour le commissaire d'avaries de présenter les choses d'une manière favorable à l'assureur rend son témoignage à ce point suspect que le juge ne peut le prendre en considération.

c) *Les notions d'opposabilité et de recevabilité.*

Le problème de la preuve par expertise unilatérale est aussi influencé par la confusion, souvent faite, par la jurisprudence entre les notions d'opposabilité et de recevabilité. Certaines décisions passent en effet avec une étonnante facilité de la recevabilité à l'opposabilité et de l'inopposabilité à l'irrecevabilité.

C'est ainsi que des jugements constatent qu'une expertise unilatérale peut être admise comme preuve et en concluent qu'elle est opposable au transporteur.

D'autre relèvent que telle expertise est inopposable au transporteur et la déclarent irrecevable en tant que mode de preuve, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée.

Ces deux positions, qui compliquent inutilement le problème, sont également inexactes.

Les notions d'opposabilité et de recevabilité sont, en effet, à la fois distinctes et indépendantes l'une de l'autre.

1) *Elles sont distinctes.* Un écrit ou un acte est opposable à une personne lorsqu'il peut produire des effets à son égard et il lui est inopposable lorsqu'il ne peut lui être opposé, c'est-à-dire qu'il ne peut la lier, soit parce qu'il n'a pas reçu son approbation, soit parce qu'il n'a pas été fait dans les formes qui doivent y suppléer.

La notion d'opposabilité trouve application dans les rapports de parties entre elles.

Par contre la notion de recevabilité d'un moyen de preuve concerne les rapports entre la partie qui l'offre et le tribunal. Un mode de preuve est irrecevable lorsque le juge est légalement tenu de le refuser et lorsqu'il ne peut y puiser les éléments de sa conviction.

2) *Elles sont aussi indépendantes* en ce sens que l'une n'entraîne pas nécessairement l'autre : la recevabilité n'a pas pour conséquence l'opposabilité et l'inopposabilité n'est pas toujours suivie de l'irrecevabilité.

La confusion entre ces deux notions est d'autant plus curieuse qu'elle n'est peut-être pas toujours faite consciemment. Il est aussi intéressant de relever à cet égard que les tribunaux, s'ils ont fréquemment

recours au terme même d'inopposabilité, n'utilisent jamais celui d'irrecevabilité. Il est cependant certain, quoi qu'il ait été soutenu (7), que c'est bien cette notion qu'ils ont en vue lorsque ils se refusent d'examiner *in concreto* l'expertise unilatérale invoquée, se contentant d'étudier l'expertise unilatérale *in abstracto* pour conclure qu'une telle expertise « ne peut être invoquée » (8), c'est-à-dire ne peut être acceptée, c'est-à-dire n'est pas recevable.

d) *Les articles 91, A, § III, 6° et 267, al. 1^{er} et 2 de la loi maritime.*

La complexité du problème est aussi due à ce qu'il a souvent été rattaché à ces dispositions légales auxquelles a en même temps été prêté un caractère dérogaire au droit commun.

Les décisions défavorables à l'expertise unilatérale invoquent l'article 267, al. 1^{er} et 2 qui obligerait le réceptionnaire à prouver uniquement au moyen d'une expertise contradictoire ou judiciaire.

La jurisprudence favorable à l'expertise unilatérale tend au contraire à rattacher le problème aux règles de la convention de Bruxelles de 1924 et la loi du 28 novembre 1928 qui a introduit dans notre droit les Règles de la Haye sous forme de l'article 91 de la loi maritime. Lequel article rendrait opposable au transporteur maritime les résultats du constat du commissaire d'avaries — pourvu que ce transporteur y ait été régulièrement invité.

Dans quelques instants nous examinerons plus en détail cette question d'incidence de ces deux textes sur la preuve par expertise unilatérale : lors de l'examen d'un cas pratique relativement assez fréquent.

III

EXAMEN D'UN CAS TYPE : L'EXPERTISE DEMEUREE UNILATERALE

Voilà une vue générale du problème. Elle n'est guère rassurante pour le justiciable qui, dans l'état actuel de la jurisprudence, fort divisée nous l'avons vu, ne peut absolument pas connaître ses droits.

Cet examen, il conviendrait maintenant de le poursuivre en l'approfondissant.

(7) Voir note n° 3.

(8) Comm. Anv. 21 octobre 1954, J.P.A. 1955, 68.

On pourrait choisir d'examiner tous les différents cas qui peuvent se présenter en partant, par exemple, de la situation qui est le plus favorable au réceptionnaire : lorsque le transporteur est présumé d'avoir délivré les marchandises non conformes, les réserves légales lui ayant été signifiées dans les délais, et que le destinataire ne doit plus prouver que l'importance de son préjudice. L'on distinguerait ensuite les différentes hypothèses possibles au fur et à mesure que la situation du réceptionnaire se détériore : le transporteur a été invité à l'expertise mais ne se présente pas; il refuse de s'y rendre en exigeant une expertise judiciaire; il n'a pas du tout été invité à y assister. Finalement serait envisagé le cas du réceptionnaire qui a omis de faire les réserves à l'armement au moment de la prise de livraison des colis qui sont de ce fait censés lui avoir été délivrés conformes.

Un tel examen n'est évidemment pas possible dans le cadre limité de cet exposé ⁽⁹⁾ et plutôt que de parcourir très rapidement toutes ces hypothèses, je vous propose d'approfondir un seul cas, mais un cas qui met parfaitement en lumière l'opposition existant entre les diverses tendances de notre jurisprudence : je pense ici au réceptionnaire qui invoque une expertise unilatérale, alors que le transporteur maritime, invité à un constat contradictoire amiable, lui a signifié dès le début qu'il ne reconnaîtrait qu'une expertise judiciaire.

Il s'agit donc ici d'une expertise qui, dans l'esprit du destinataire, devait être contradictoire, mais qui est demeurée unilatérale par suite du refus du transporteur d'y envoyer son représentant.

a) *Position du problème.*

Notre hypothèse est donc la suivante : dans un litige opposant le destinataire et/ou ses assureurs au transporteur maritime, les premiers offrent de prouver la hauteur du préjudice au moyen d'un rapport dressé par le commissaire d'avaries.

Au moment de la réception des colis, le destinataire a fait les réserves et a régulièrement invité le transporteur à constater contradictoirement les dégâts en assistant à l'expertise ou en s'y faisant représenter par son propre expert. Le transporteur refuse les deux possibilités et fait savoir au réceptionnaire qu'il ne reconnaîtra qu'une expertise judiciaire — sans cependant faire quoi que ce soit en ce sens. Il convient d'insister sur ce dernier point qui est souvent négligé par les décisions qui appuient l'attitude du transporteur. Si, en effet, ce der

(9) Pour cet examen voir mon étude précitée.

nier prenait l'initiative de demander au tribunal la désignation d'un expert qui ferait les constatations nécessaires, il n'y aurait plus de problème. De deux choses l'une : ou bien l'expertise judiciaire corrobore les constatations unilatérales de l'assureur et alors il n'y a plus de question litigieuse, ou bien elle les contredit et alors le juge la leur préférera. Dans les deux cas, poser le problème c'est le résoudre.

Malheureusement, la question ne se présente presque jamais de telle manière, le transporteur se bornant à émettre un vœu assez imprécis. La situation est donc généralement celle-ci : le transporteur présumé d'avoir délivré les marchandises non conformes aux mentions du connaissement, refuse le constat contradictoire amiable et exige une expertise judiciaire, mais sans rien faire pour l'obtenir. Dans son esprit cette expertise judiciaire doit être provoquée par le destinataire, lequel, de son côté, ne le fait pas et fait procéder à un constat, désormais unilatéral, par le commissaire d'avaries. C'est ce constat qu'il invoquera ultérieurement comme preuve, ou élément de preuve, de la hauteur de son préjudice.

Cette offre pourra-t-elle être acceptée ?

La jurisprudence du tribunal de commerce d'Anvers et de la Cour d'appel de Bruxelles se partage entre trois solutions principales :

- 1 — recevabilité de l'offre et examen de la valeur du constat de cas en cas ;
- 2 — opposabilité du constat au transporteur, basée sur l'art. 91 de la loi maritime ;
- 3 — inopposabilité ou mieux irrecevabilité pure et simple de la preuve par un tel constat tirée de l'art. 267 de la loi maritime.

Examinons ces trois thèses, dont les deux extrêmes (la deuxième et la troisième) nous paraissent également inexactes.

b) *Application du droit commun : recevabilité de la preuve.*

Tout d'abord, voyons la première qui applique le droit commun. Il n'y a pas grand chose à en dire si ce n'est que dans chaque cas particulier le juge apprécie le degré de crédibilité qu'il peut accorder à l'expertise invoquée et base sa conviction sur la probité de l'expert choisi, le sérieux de son rapport et la manière dont le constat a été fait. C'est ainsi que dans une décision le Tribunal de commerce d'Anvers souligne que l'estimation de la hauteur réelle du dommage a été faite par l'expert d'une manière très scrupuleuse et qu'elle constitue

dès lors une preuve suffisante de la hauteur du préjudice du destinataire.

Le juge tient compte en outre de tous les autres éléments pouvant influencer son jugement.

Parmi les « autres éléments », citons comme les plus importants les clauses insérées dans le laissez-suivre et acceptées par le transporteur.

Le laissez-suivre clausé est un facteur important et fréquemment invoqué devant les tribunaux. Il constitue, en effet, la seule décharge que possède le transporteur et vaut constatations contradictoires. Il y a d'ailleurs lieu de préciser que deux cas peuvent se présenter : a) l'expertise unilatérale a lieu *avant* la remise du laissez-suivre et ce sont ses résultats qui y sont consignés. L'armement qui accepte de laisser enlever la marchandise en échange d'un tel document, en accepte les stipulations et ratifie l'expertise. Celle-ci, ou tout au moins ses résultats reproduits dans la décharge, devient contradictoire. b) L'expertise unilatérale peut avoir lieu *après* la remise d'un laissez-suivre clausé au transporteur. Dans la mesure où les mentions du laissez-suivre, censées contradictoires à l'égard du transporteur, corroborent les constatations unilatérales faites ultérieurement par le commissaire d'avaries, elles augmentent la force probante de ces dernières. La clause du réclamateur qui peut invoquer en laissez-suivre clausé à l'appui de l'expertise unilatérale est donc très forte.

On résumera l'enseignement de cette jurisprudence en disant que lorsqu'en fait il n'existe aucun motif de douter de son exactitude et de sa sincérité, l'expertise unilatérale pourra être admise comme preuve ou élément de preuve de la hauteur des avaries.

c) *Première théorie dérogatoire au droit commun : opposabilité de l'expertise (art. 91, A, § III, 6°).*

Une deuxième partie de la jurisprudence tend à renforcer la position du réceptionnaire en invoquant en sa faveur l'article 91, A, § III, 6° de la loi maritime qui enjoint aux parties de se donner mutuellement toutes les facilités raisonnables pour l'inspection de la marchandise : « ...En cas de perte ou dommage certains ou présumés, le transporteur » et le réceptionnaire se donneront réciproquement toutes les facilités « raisonnables pour l'inspection de la marchandise et la vérification du nombre des colis... »

Ce texte, introduit dans notre droit par la Convention internationale de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles

en matière de connaissance, serait, selon cette jurisprudence, la source de l'*obligation légale d'assister* ou de se faire représenter aux constatations contradictoires avec le réceptionnaire : le transporteur serait tenu de donner suite à l'invitation du réclamateur « sans faire de difficultés », faute de quoi il perdrait le droit d'invoquer le caractère unilatéral de l'expertise au moyen de laquelle le réceptionnaire offre de prouver son préjudice. Non seulement les tribunaux pourraient prendre en considération une telle expertise, mais encore celle-ci deviendrait opposable au transporteur, « l'opposabilité, précise un jugement du Tribunal de commerce d'Anvers, étant la sanction de son injustifiable passivité face à la preuve dont il a le fardeau » (10). (Le jugement rappelle que le transporteur est présumé responsable et que c'est à lui de prouver sa libération).

Ces considérations paraissent à la fois inexactes, surabondantes et de nature à compliquer le problème.

Elles sont inexactes parce que l'article 91 ne saurait avoir la portée que lui prête cette jurisprudence. Le texte ne parle que des « facilités raisonnables » pour l'inspection de la marchandise sans jamais mentionner l'obligation pour le transporteur de se rendre à l'expertise menée par le réceptionnaire et ses assureurs.

Ce texte n'a d'autre but que d'enjoindre au transporteur de ne pas gêner le réceptionnaire qui désire faire procéder à une expertise. Le destinataire a nécessairement le droit de se rendre sur l'emplacement réservé à quai pour le déchargement ou sous les hangars du transporteur pour vérifier l'état des colis. Mais son droit se limite à cela : il ne peut obliger l'armement à accepter sa proposition de constatations contradictoires amiables. Corrélatrice au droit du réceptionnaire, l'obligation du transporteur porte sur les « facilités raisonnables » à donner au destinataire pour l'examen des choses transportées. Elle ne saurait être étendue au devoir d'assister à celui-ci. Ce que la loi vise c'est une aide matérielle (libre accès des quais, par exemple) non reconnaissance juridique des constatations.

L'obligation légale d'assister à l'expertise étant inexistante, sa sanction (son opposabilité au transporteur) l'est également.

La thèse que nous examinons n'a donc aucune base légale.

Ses considérations sont d'ailleurs également surabondantes en ce sens que, eussent-elles été exactes, elles n'auraient pas été nécessaires

(10) Comm. Anv. 19 octobre 1956, J.P.A. 1957, 376.

pour motiver valablement les décisions — tout au moins en ce qui concerne la recevabilité de la preuve par l'expertise demeurée unilatérale, celle-ci découlant du principe général de la liberté de la preuve en droit commercial.

En tant qu'elles tendent à renforcer la recevabilité par l'opposabilité, lesdites considérations sont de nature à compliquer le problème en obligeant parfois le tribunal, autrement composé et peu enclin à admettre une expertise unilatérale déterminée, à les réfuter par les affirmations également inexactes. C'est précisément ce qui est arrivé avec l'introduction dans le débat de l'article 267 de la loi maritime que nous allons maintenant aborder.

d) *Deuxième théorie dérogoratoire : inopposabilité de l'expertise et irrecevabilité de la preuve (art. 267, al. 1er et 2).*

Une troisième partie de la jurisprudence adopte dans le cas que nous occupons une attitude diamétralement opposée et s'efforce à affirmer la position du transporteur récalcitrant en considérant que le droit commun de la preuve en matière commerciale se trouve modifié par l'article 267, alinéas 1er et 2 :

« Les réserves prescrites... sont inutiles si, au moment de la réception, l'état des choses transportés a été constaté contradictoirement soit entre parties, soit par experts.
» Le président du tribunal de commerce du port de débarquement est compétent pour désigner, sur simple requête, un ou trois experts avec mission de constater l'état des choses transportés, de déterminer les causes du dommage, et d'en taxer le montant... »

Selon cette partie de la jurisprudence, l'article 267 :

1°) met à la charge du réceptionnaire l'obligation de prouver par ses constatations contradictoires ou expertise judiciaire;

2°) lui ordonne de provoquer cette dernière dès que le transporteur maritime refuse les constatations amiables et déclare ne reconnaître que l'expertise faite par un expert commis par le tribunal;

3°) rend inopposable à l'armement l'expertise menée en son absence, alors qu'il avait exigé une expertise judiciaire;

4°) lie le juge en lui interdisant de prendre en considération une expertise demeurée unilatérale dans ces conditions.

En résumé, l'article 267 consacrerait le principe de l'irrecevabilité de la preuve par expertise unilatérale.

Le raisonnement est celui-ci : L'article 267 ordonne que les constatations se fassent contradictoirement et ce ou bien de l'accord des parties.

ties, ou bien par expertise ordonnée par le président du tribunal de commerce. De la nécessité des constatations contradictoires découle logiquement l'obligation de prouver par ces constatations contradictoires — amiables ou judiciaires. Et ne pouvant administrer la preuve de son préjudice que de cette seule manière, le destinataire doit naturellement accomplir lui-même toutes les formalités qu'exige cette procédure. Si les réceptionnaires ou leurs assureurs manquent aux obligations ci-dessus et font néanmoins procéder aux constatations unilatérales, lesdites constatations ne pourront être invoquées.

Tout ceci est très logique — dès que le postulat de base est admis.

Or, c'est précisément ce postulat — la nécessité des constatations contradictoires — qui paraît dépourvu de toute base légale.

Indépendamment du point de savoir si les constatations contradictoires sont souhaitables — ce qui est hors de notre préoccupation pour l'instant — il convient, en effet, de reconnaître que l'article 267, invoqué par la jurisprudence que nous examinons, ne comporte aucune disposition en ce sens. Son premier alinéa ne concerne que la présomption de livraison conforme et le second se borne à rappeler les règles relatives à la compétence des présidents des tribunaux de commerce.

Analysons-les.

1. *L'article 267, alinéa premier.*

« Les réserves prescrites... sont inutiles si, au moment de la réception, l'état des choses transportées a été constaté contradictoirement, soit entre parties, soit par experts. »

Il s'agit ici d'un texte complémentaire de l'article 266 ainsi conçu :
« A moins qu'un avis des pertes ou dommages ne soit donné par écrit au transporteur ou à son agent au port de déchargement, avant ou au moment de l'enlèvement des marchandises et de leur remise sous la garde de la personne ayant droit à la délivrance sous l'empire du contrat de transport, cet enlèvement constituera, jusqu'à preuve contraire, une présomption que les marchandises ont été délivrées par le transporteur telles qu'elles sont décrites au connaissance.
» Si les pertes ou dommages ne sont pas apparents, l'avis doit être donné dans les trois jours de la délivrance.
» En tout cas, le transporteur et le navire seront déchargés de toute responsabilité pour pertes ou dommages, à moins qu'une action soit intentée dans l'année de la délivrance ou de la date à laquelle elles eussent dû être délivrées ».

Cet article 266 détermine donc dans quelles conditions le transporteur maritime peut bénéficier de la présomption de livraison conforme ainsi que les formalités qui doivent être accomplies par le réceptionnaire pour que l'armement puisse être présumé avoir délivré les choses transportées non conformes aux indications du connaissement. Il prévoit notamment la signification des réserves écrites au moment de la prise de réception des marchandises par le destinataire.

Quant à l'article 267, il atténue quelque peu par son premier alinéa la rigueur de l'article précédent en stipulant que les réserves sont inutiles « si, au moment de la réception, l'état des choses transportés a été constaté contradictoirement ». En d'autres termes, le législateur désirent limiter les formalités au minimum indispensable, dispose qu' même en l'absence des réserves prévues à l'article 266, le transporteur sera présumé avoir livré les colis non conformes à la condition toutefois que l'état d'avarie ait été constaté contradictoirement au moment de la réception.

Loin d'aggraver la position du réceptionnaire, ce texte édicte donc une dispense de la formalité de protêt dans un cas où elle serait superflue, le transporteur ayant assisté avec le réceptionnaire à l'examen de la marchandise et connaissant par conséquent l'état d'avarie des colis qu'il a remis ainsi que l'intention du destinataire de l'en rendre responsable.

Il résulte de ce qui précède que :

1°) L'article 267, al. 1er, est complètement étranger au problème de la recevabilité de la preuve par l'expertise unilatérale qui seul nous intéresse ici. Il ne concerne d'ailleurs la preuve que dans la mesure où il donne des précisions sur les formalités nécessaires à la détermination de la partie sur laquelle pèse le *fardeau* de la preuve.

2°) Même dans le domaine qui lui est propre, ledit article n'impose pas de solution déterminée. Il envisage une hypothèse : le terme « si » est suffisamment éloquent à cet égard. La constatation contradictoire n'est qu'une faculté pour le réceptionnaire (et évidemment pour le transporteur), non une obligation.

L'interprétation critiquée ne trouve donc pas de justification dans le texte.

2. L'article 267, deuxième alinéa.

« Le président du tribunal de commerce du port de débarquement est compétent pour désigner, sur simple requête, un ou trois experts avec mission de constater l'état des choses transportées, de déterminer les causes du dommage, et d'en taxer le montant ».

On voit immédiatement que ce texte constitue un simple rappel des principes généraux relatifs à la compétence des présidents des tribunaux de commerce. On sait, en effet, qu'en vertu de la loi sur la compétence ceux-ci statuent par voie de référé dans tous les cas dont il reconnaissent l'urgence à la condition qu'ils rentrent dans la juridiction des tribunaux de commerce ou dans celle d'arbitres commerciaux et qu'ils ne soient pas soustraits à la juridiction des référés par une disposition spéciale. L'article 267, al. 2, rappelle que la désignation d'un expert rentre dans la compétence normale du président du tribunal de commerce.

Dans sa rédaction actuelle, ce texte *autorise* le président du tribunal de commerce à désigner un expert lorsque la requête lui en a été faite par les ou une des parties.

Mais :

1°) il n'oblige pas celle-ci à solliciter l'intervention du tribunal;

2°) à plus forte raison, ne met-il pas à la charge de l'une d'elles cette obligation.

Cette question doit être réglée par le droit commun : il appartient à la partie qui exige l'expertise judiciaire de la provoquer. Dans le cas qui nous intéresse, le transporteur, qui dès le début n'a pas confiance en l'expert des assureurs, peut ou bien s'y faire représenter par son propre expert qui fera, s'il y a lieu, un rapport séparé, ou bien préférer une expertise judiciaire. Mais s'il opte pour la deuxième solution, c'est à lui de provoquer la désignation de l'expert judiciaire en adressant au président du tribunal de commerce la requête dont question dans l'article 267. L'on ajoutera à cela que le transporteur, présumé responsable et demandeur sur exception, a tout intérêt à prendre l'initiative en entreprenant les démarches nécessaires auprès du tribunal. D'ailleurs, lorsqu'il désire réellement une telle expertise, il fera tout ce qui est en son pouvoir pour l'obtenir.

Il paraît donc certain qu'en aucun cas l'article 267, al. 1er et 2, ne pourrait être interprété comme une disposition dérogatoire au droit commun de la preuve en matière commerciale imposant au réceptionnaire l'obligation de recourir à l'expertise judiciaire chaque fois que le transporteur refuse les constatations amiables.

La prétendue règle de l'article 267 n'en étant pas une, il n'y a pas de raison valable de refuser a priori toute valeur probante à l'expertise unilatérale comme telle. Juger que dans telles conditions théoriques (refus du transporteur d'accepter l'expertise amiable et exigence d'une expertise judiciaire) toute expertise unilatérale doit être considérée sans « aucune valeur probante », c'est se substituer au législateur et

ériger en règle générale une simple pétition de principe. C'est aussi violer la règle de la liberté de la preuve. C'est encore et surtout manquer au devoir de rendre justice que de refuser d'examiner *en fait*, et à la lumière des circonstances de la cause, la preuve qu'une des parties soumet à l'appréciation du tribunal.

IV

CONCLUSION

Le tribunal peut évidemment décider qu'une expertise ne le satisfait point, mais il doit motiver sa décision en précisant les raisons de fait (les raisons de droit étant inexistantes) qui l'ont incité à agir ainsi.

Je ne veux cependant pas dire que l'expertise unilatérale est valable. Ce terme a un sens fort imprécis et prête à confusion. Je me garderai de l'utiliser pour qualifier une expertise unilatérale.

Ce que je veux dire, c'est qu'une expertise unilatérale peut permettre au tribunal de conclure à la réalité du préjudice souffert et qu'au lieu de raisonner dans l'abstrait (en parlant des dangers que pourrait comporter une telle expertise considérée en soi et en négligeant les particularités du litige à vider), il convient de serrer de près la réalité concrète et de rechercher dans chaque cas particulier quelle force probante peut être attachée à des constatations faites par l'assureur et l'assurée.

Il appartient évidemment au juge de dire quelle preuve donne des garanties suffisantes (11). Mais il doit dire dans chaque cas d'espèce pourquoi l'expertise unilatérale peut ou ne peut pas être retenue.

Les magistrats l'ont bien compris et soulignent par exemple que « estimation de la hauteur réelle du dommage a été effectuée par l'expert d'une manière très scrupuleuse » (12) où que « les montants alloués par le Lloyd's agent paraissent équitables » (13) pour motiver l'acceptation d'une expertise déterminée. Pour la rejeter, ils relèvent par contre qu'elle est tendancieuse, qu'elle contient des erreurs ou encore que « le protêt étant rédigé en termes très généraux (« presque toutes les ballons ont été déchargés dans un état avarié »), on ne peut, en comparant les indications du protêt et celles de l'expert, en déduire une présomption sérieuse de l'importance et de la nature de l'avarie pour laquelle le

(11) Cf. note n° 3.

(12) Comm. Anv. 1er juin 1954, J.P.A. 1957, 124.

(13) Comm. Anv. 1er juin 1954, J.P.A. 1954, 356.

réserves ont été faites » (14). Ces solutions sont évidemment irréprochables et conformes aux principes du droit.

Ce qui l'est moins, c'est lorsque certaines décisions prétendent déduire du seul caractère unilatéral d'une expertise qu'elle « ne peut être invoquée » (15) et que le montant du préjudice n'est par conséquent pas établi.

Il convient d'ailleurs de ne pas oublier que dans le cas que j'ai approfondi ce soir les réserves *précises* ont été faites au transporteur qui est de ce fait présumé responsable.

« La seule preuve qui incombe au destinataire, écrivent MM. Van Ryn et Heenen, concerne l'évaluation de son préjudice. Il doit en effet établir que la somme réclamée par lui à titre de dommages-intérêts représente réellement le préjudice que lui ont causé les avaries ou les pertes mentionnées dans les réserves.

Les principes, poursuivent les auteurs précités, ont parfois été perdus de vue. Ainsi la Cour de Bruxelles a débouté le destinataire de son action, sous prétexte que l'importance du manquant ne résultait que d'une expertise à laquelle le transporteur était demeuré étranger (Bruxelles, 5 juillet 1956, P.A. 1956, 426), alors qu'il incombait au contraire au transporteur de prouver que la perte (qui dans l'espèce était désignée avec précision dans les réserves régulières) ne s'était pas produite *ou était moins importante* » (16).

Aux dires de ces défenseurs, cette jurisprudence aurait l'avantage de décourager le plaideur, de diminuer le nombre de procès et de rendre ainsi le juge inutile (17).

Mais il est permis de se demander si la bonne administration de la justice exige réellement que les plaideurs soient découragés coûte que coûte. Je ne le pense pas. Car enfin, il faut donner au justiciable la possibilité de faire reconnaître ses droits.

Cette thèse semble d'ailleurs tenir pour acquis que s'il y a expertise unilatérale c'est uniquement, ou principalement tout au moins, parce que le réceptionnaire le veut ainsi, alors qu'en matière maritime, où les intéressés connaissent généralement leur métier, il est particulièrement

(14) Comm. Anv. 4 novembre 1957, J.P.A. 1959, 91.

(15) Comm. Anv. 21 octobre 1954, J.P.A. 1955, 68.

(16) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Examen de la jurisprudence en matière du droit maritime*. Revue critique de jurisprudence belge, 1958, p. 224. Pour la défense de la décision de la Cour d'appel critiquée par les auteurs et que nous avons également critiquée en son temps : voir étude citée plus haut, note n° 1; voir note n° 3.

(17) Voir note n° 3.

facile de se procurer en temps utile les preuves nécessaires en recourant au constat contradictoire ou à l'expertise judiciaire.

Mais ce que cette thèse perd de vue — et c'est pourtant l'essentiel — c'est que dans le plus grand nombre de cas où une expertise unilatérale a été invoquée par le destinataire, elle ne l'a été que parce que le transporteur avait refusé de procéder aux constatations contradictoires. Approuver cette solution c'est donner une prime à certains transporteurs peu scrupuleux qui déshonorent d'ailleurs cette honorable profession et qui devraient être désavoués par leurs collègues.

On dira, peut-être qu'il reste toujours au destinataire la possibilité de recourir à l'expertise judiciaire ? Sans aucun doute. Il ne faut cependant pas oublier que — et je cite ici un jugement du Tribunal de commerce d'Anvers qui a répondu à cette objection — « une expertise judiciaire entraînerait des frais considérables et sans proportion avec le dommage lorsque celui-ci, comme c'est le cas en général, n'est pas très important; que les lenteurs d'une procédure judiciaire suivie d'expertises sont de nature à causer sous forme de surestaries d'allèges, camions ou wagons de chemin de fer, un préjudice tel qu'en bien des cas, le destinataire, victime de l'attitude injustifiée du transporteur, se verrait contraint de renoncer à réclamer réparation de son dommage » (18). Cette situation ne serait certainement pas conforme à la bonne administration de la justice — même si elle devait diminuer le nombre de procès.

Or, il n'est même pas probable, et loin d'être certain, que le nombre de procès diminuerait. Bien au contraire. Car un transporteur de mauvaise foi, sachant que le destinataire ne pourra invoquer qu'une expertise unilatérale, serait encouragé dans son attitude passive et son refus de constater les avaries. Il serait même tenté de plaider dans les causes qui seraient pour lui sans espoir si le destinataire pouvait invoquer le constat du commissaire d'avaries.

Loin donc de diminuer le nombre de litiges, la jurisprudence critiquée en favorise l'augmentation et n'apporte aucune amélioration — tant s'en faut — à une situation qu'elle prétend assainir.

★
★ ★

Au début de cet exposé nous avons vu que la seule procédure normale, et seule conforme aux intérêts des deux parties, était le constat contradictoire. Si celui qui le refuse, est imprégné de l'idée que son

(18) Comm. Anv. 19 octobre 1956, J.P.A. 1957, 376.

attitude ne lui permet pas d'échapper à ses responsabilités lorsque la partie adverse peut invoquer un constat unilatéral, je suis persuadé qu'il hésitera à notifier son refus et que le constat contradictoire aurait lieu — supprimant de ce fait la nécessité d'une expertise unilatérale.

On peut donc dire, et je terminerai par là, qu'admettre la preuve par expertise unilatérale, c'est contribuer à affermir la pratique des constatations contradictoires.

Nicolas RADISIC

Docteur en droit

Licencié en sciences politiques

Licencié en droit maritime.
