A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, quinze mai deux mille deux.

Numéro 26 204 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, premier conseiller, président ;
Camille HOFFMANN, conseiller ;
Lotty PRUSSEN, conseiller ;
Simone FLAMMANG, substitut du Procureur général d'État ;
Patrick KELLER, greffier.

E N T R E :

1) A.), ingénieur, demeurant à B-**(…)**,

2) B.), professeur retraitée, demeurant à B-**(…)**,

appelants aux termes d'une requête en appel contre une ordonnance du vice-président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg dans une procédure de récusation sinon de remplacement du notaire liquidateur,

comparant par Maître Charles OSSOLA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) C.), directeur honoraire, demeurant à L-**(…)**,

2) D.), épouse E.), sans profession, demeurant à L-**(…)**,

3) F.), épouse G.), sans profession, demeurant à **(…)**,

4) H.), épouse I.), sans profession, demeurant à L-**(…)**,

5) J.), avocat, demeurant à L-**(…)**,

intimés aux fins de la prédite requête,

comparant par Maître François TURK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

6) K.), avocat, demeurant à B-**(…)**,

7) L.), directeur de banque, demeurant à B-**(…)**,

intimés aux fins de la prédite requête,

comparant par Maître Nicolas BANNASCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e n p r é s e n c e d e :

M.), notaire, demeurant à L-**(…)**,

comparant en personne.

L A C O U R D ' A P P E L :

Par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 23 mars 1994, le partage des immeubles indivis entre les consorts **C.)**, **D.)**, **F.)**, **H.)** et **J.)** et les consorts **K.)**, **L.)**, **A.)** et **B.)**, inscrits au cadastre des communes de **LIEU.1.)** et de **LIEU.2.)** a été ordonné et le notaire Me Jacques DELVAUX a été nommé pour procéder aux opérations de liquidation et de partage.

Par ordonnance du 5 mai 1994 de la présidente de la première chambre du tribunal d'arrondissement, le notaire DELVAUX a été remplacé par le notaire **M.)**.

La décision du 23 mars 1994 ordonnant le partage en question a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel du 3 avril 1996 qui a disjoint les demandes en partage introduites par **K.)** et **L.)** contre **A.)** et **B.)** et par **C.)**, **D.)**, **F.)**, **H.)** et **J.)** contre **K.)**, **L.)**, **A.)** et **B.)**.

Par requête du 6 juin 2000 adressée au président de la première chambre, **A.)** et **B.)** ont demandé la récusation du notaire **M.)** et son remplacement et par requête subsidiaire du 17 juillet 2001 à Monsieur le Président de la première chambre ils ont demandé le remplacement du notaire **M.)** pour manquement à ses devoirs.

Par ordonnance du 24 octobre 2001, la présidente de la dixième chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit irrecevable la demande en récusation et non fondée la demande en remplacement du notaire.

Par requête déposée le 8 novembre 2001 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, **A.)** et **B.)** ont déclaré relever appel de l'ordonnance du 24 octobre 2001. Ils demandent au Président de la Cour Supérieure de Justice de réformer l'ordonnance entreprise, de dire, principalement, la demande en récusation fondée et, subsidiairement, de dire la demande en remplacement fondée et de nommer un autre notaire liquidateur en remplacement de Maître **M.)**.

Ils exposent que conformément à l'article 534 du NCPC, l'appel contre une ordonnance de récusation est toujours possible et que, même si on considère que les textes sur la récusation des juges ne s'appliquent pas, l'appel contre l'ordonnance de récusation est possible, la procédure en récusation étant, soit un incident de l'instance, soit une demande indéterminée, indépendante du fond, son objet portant uniquement sur la personne de l'expert.

Cette dernière argumentation vaudrait également en ce qui concerne la possibilité d'interjeter immédiatement appel contre une décision rejetant la demande subsidiaire en remplacement.

L'appel aurait été relevé dans les formes prévues par l'article 535 du NCPC et serait régulier.

Les appelants demandent la rectification de plusieurs erreurs matérielles contenues dans l'ordonnance entreprise. Ils reprochent au juge de première instance de ne pas avoir statué sur la demande en remplacement du notaire (article 292 du code de procédure civile) contenue dans la requête du 6 juin 2000 et de ne pas avoir retenu les nombreuses fautes du notaire qui n'aurait pas rempli sa mission avec la rigueur et le sérieux exigés. Ces fautes seraient préjudiciables aux appelants.

Suivant les appelants, l'ordonnance devrait également être réformée pour défaut de motivation, le premier juge ayant écarté certains arguments sans en préciser les raisons.

Ils relèvent finalement que par courrier du 2 octobre 2001, le mandataire des consorts **K.)** et **L.)** s'est rallié à la demande en remplacement du notaire **M.)**.

C.), **D.)**, **F.)**, **H.)** et **J.)** opposent l'irrecevabilité de l'appel formé contre l'ordonnance du 24 octobre 2001 en se basant sur les articles 263-2 et 264 du Code de procédure civile (371 et 374 du NCPC) ainsi que l'article 452-1 du Code de procédure civile (579 du NCPC).

Quant à la demande en récusation, ils soutiennent que l'article 391 du CPC (534 du NCPC) est inapplicable, ce texte ayant trait à un jugement et non à une ordonnance de récusation. La demande serait encore irrecevable pour les motifs du premier juge, pour n'avoir pas été présentée avant le commencement des travaux de l'expert commis et pour n'avoir pas été signée par les parties mêmes sinon par un fondé de procuration authentique et spéciale.

La demande en récusation ne serait en tout cas pas fondée.

La demande en remplacement ne serait pas fondée étant donné que le notaire aurait achevé sa mission. Il aurait dressé un procès-verbal de difficultés de sorte qu'il serait dessaisi de l'affaire.

La demande en remplacement ne serait en tout état de cause pas fondée pour les motifs énoncés dans l'ordonnance attaquée.

K.) et **L.)** se rapportent à prudence de justice.

Le notaire **M.)**, entendu en ses explications à l'audience du 22 mars 2002, déclare qu'il a envoyé dès le 17 octobre 2001 le procès-verbal de difficultés au greffe du tribunal. Ce courrier lui aurait été retourné, parce que la case postale indiquée avait été incorrecte. Il aurait envoyé le procès-verbal au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 23 octobre 2001, par fax et par courrier postal.

Il soutient qu'il n'a commis aucune faute dans l'exécution de la mission à lui confiée par le tribunal. Un partage oral étant possible, il aurait valablement pu constater dans un procès-verbal l'accord des parties sans le faire signer par elles. L'accord en lui-même ne serait d'ailleurs pas contesté.

Le notaire chargé par le juge de procéder aux opérations de compte, liquidation et partage d'une succession est un technicien judiciaire. Le juge ne lui demande pas d'effectuer un acte de son ministère en sa qualité d'officier public ministériel mais lui donne mission de lui fournir, en raison de sa qualification et de ses connaissances techniques les éléments nécessaires pour lui permettre de rendre sa décision. (Cour de cass. fr. 1ère civ. 3.7 1996, Gaz. Pal. 1997 p.96 ; E. D. Dr. civ. éd. 1955, verbo :Succession n° 1583)

Aux termes de l'article 434 du NCPC, les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges.

La partie qui entend récuser le technicien doit le faire devant le juge qui l'a commis ou devant le juge chargé du contrôle avant le début des opérations ou dès la révélation de la cause de la récusation.

L'article 434 du NCPC prévoit que si la récusation est admise,…il est pourvu au remplacement du technicien par le juge qui l'a commis ou par le juge chargé du contrôle.

Conformément à l'article 434, 2e alinéa du NCPC, le juge peut également, à la demande des parties ou d'office, remplacer le technicien qui manquerait à ses devoirs, après avoir provoqué ses explications.

L'article 434 du NCPC ne renvoie à la récusation des juges que pour les causes de récusation et prévoit une procédure spéciale pour la récusation des techniciens pour les affaires pendantes devant la juridiction de première instance. La procédure de récusation prévue aux articles 525 et suivants du

NCPC n'est donc pas applicable aux techniciens sauf exceptions non données en l'occurrence.

C'est dès lors à tort que les appelants se basent sur l'article 534 du NCPC pour justifier leur droit d'appel immédiat

Les décisions prises par le juge chargé du contrôle sur une demande en récusation et sur une demande en remplacement du technicien pour manquement à ses devoirs sont relatives à l'exécution d'une mesure d'instruction, c'est-à-dire à des incidents qui, sans remettre en cause la décision initiale du juge dans son principe, font obstacle à la bonne exécution de la mesure d'instruction.

Le technicien, commis dans une affaire déterminée pour fournir à la juridiction les éléments nécessaires à sa décision et appelé à donner ses explications dans le cadre des demandes basées sur l'article 434 du NCPC d'une des parties, ne devient pas partie à l'instance.

Aux termes de l'article 578 du NCPC, la voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé.

Or l'article 374 du NCPC dispose que les décisions relatives à l'exécution d'une mesure d'instruction ne peuvent être frappées d'appel qu'en même temps que le jugement sur le fond .

L'appel de **A.)** et de **B.)** contre l'ordonnance du magistrat statuant sur la demande en récusation et en remplacement du notaire commis par jugement du 23 mars 1994 est dès lors irrecevable en l'état.

Dût-on admettre que la décision statuant sur une demande de récusation du technicien commis ou une demande en remplacement du technicien pour manquement à ses devoirs ne constitue pas à proprement parler une difficulté d'exécution de la mesure ordonnée et que l'appel immédiat contre ces décisions soit permis (voir pour cette thèse: Les décisions du juge du contrôle des mesures d'instruction par Jean Viatte, Gaz. Pal. 1980, I, doctrine, p. 335 ; Dict. jurid. expertise, matière civile et pénale, 2e éd. par Tony Moussa, p. 334 et 335 ; Solus et Perrot T. III, n° 913), il resterait qu'à défaut par le législateur d'avoir prévu une procédure spéciale pour l'appel portant sur les décisions contentieuses en question, cet appel devrait être relevé suivant la procédure de droit commun. La requête d'appel, adressée à Monsieur le Président de la Cour Supérieure de Justice et déposée le 8 novembre 2001 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, serait donc, dans ce cas, nulle et l'appel de **A.)** et de **B.)** serait encore irrecevable. (R.P.D.B. v : Appel en matière civile et commerciale n° 194 ; Dalloz, Codes annotés, sous article 456 CPC n° 1 et 47)

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat rapporteur et le ministère public entendus,

déclare l'appel de **A.)** et de **B.)** irrecevable ;

condamne les appelants aux frais de l'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, premier conseiller, en présence de Patrick KELLER, greffier.