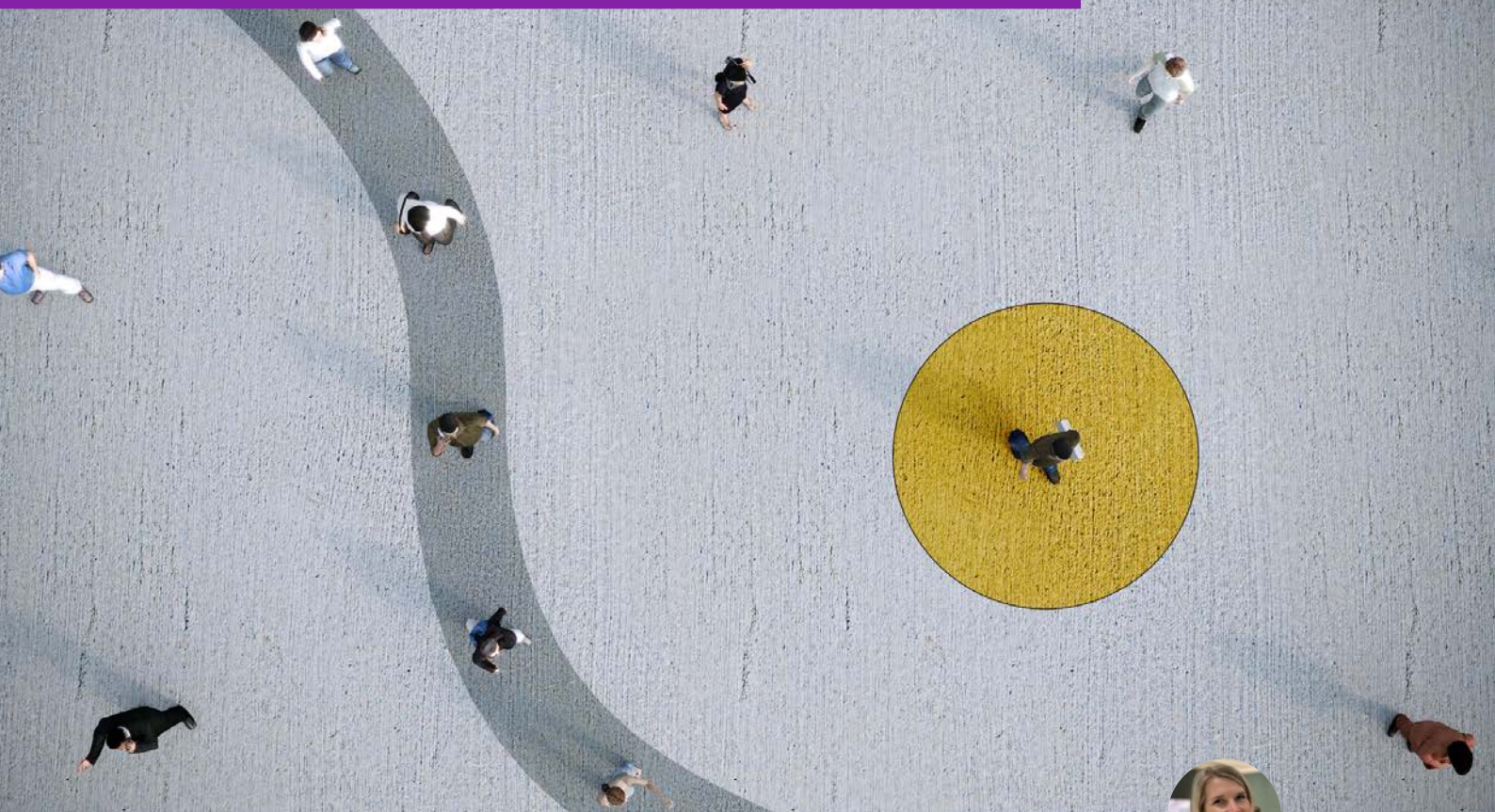


IL NE FAUT PLUS CHERCHER LA PLACE DU DROIT COLLABORATIF DANS LE NOTARIAT : ELLE EST LÀ !



Olympe Piérard

Assistante à l'UCLouvain,
collaboratrice notariale

Depuis l'adoption de la loi du 18 juin 2018, le droit collaboratif occupe une place qui lui est propre dans notre Code judiciaire. Quelle belle reconnaissance pour un mode alternatif de résolution des litiges d'avoir une partie – la huitième – qui lui est entièrement consacrée.

Parmi les dispositions qui réglementent le droit collaboratif, l'article 1739, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit explicitement que « [s]euls les avocats collaboratifs peuvent pratiquer le droit collaboratif ». Cette disposition empêche-t-elle d'autres professionnels du droit, singulièrement les notaires, d'œuvrer dans la pratique de ce mode amiable de résolution des litiges ? Assurément non !

1. Nous nous réjouissons déjà de la création du *Journal des modes alternatifs* ¹ à l'aube de 2022. Nous nous réjouissons lors de la parution de chaque numéro ². Nous nous réjouissons derechef et plus vivement encore de la sortie de ce numéro entièrement dédié au droit collaboratif, ce mode alternatif de règlement des litiges

1. En abrégé : « J.M.A. ».

2. Si le droit d'accès à un tribunal est un principe général du droit – et en conséquence un droit fondamental – qui doit être garanti à tous conformément aux articles 10, 11 et 13 de la Constitution, aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'exercice de ce droit ne doit pas être exercé au détriment de l'institution de la justice, singulièrement en raison d'un recours immodéré au juge alors que bon nombre de conflits peuvent se régler par une des nombreuses voies amiables. Nous accueillons, comme beaucoup de professionnels du droit, tout instrument de promotion des modes alternatifs de règlement des litiges avec enthousiasme.

(également ci-après en abrégé « MARL »), dont l'un des piliers est la – bénéfique – collaboration entre divers acteurs, principalement les parties en conflit, pour aboutir à une solution mutuellement acceptable ³.

Ce MARL mérite d'autant plus ce numéro spécial que sa pratique dans notre Royaume représente, si l'on en croit les échos internationaux, une sérieuse source d'inspiration auprès de quantités d'états au vu du développement qu'il a connu en Belgique, notamment à la suite de son entrée dans le Code judiciaire ⁴.

I. COLLABORATION, COLLABORARE, TRAVAILLER ENSEMBLE

2. La collaboration essentielle à tout processus collaboratif requiert l'adoption d'un état d'esprit *sui generis* : la volonté de négocier autrement, de façon dite « raisonnée », c'est-à-dire en travaillant ensemble ⁵. Cette collaboration concerne au premier chef les personnes en conflit, mais aussi leurs avocats respectifs ^{6, 7}, auxquels la loi attribue un monopole pour assister et conseiller les parties tout au long des négociations de droit collaboratif ⁸. Les parties et leurs avocats, dans un processus collaboratif, doivent effectivement travailler en synergie, sous la forme d'une équipe qui œuvre pour un objectif commun et où s'entremêlent les co-interventions (partie-partie, partie-avocat, avocat-avocat, parties-avocats) ⁹.

3. Ce prometteur système de « co-intervention » qu'implique le droit collaboratif est plus amplement détaillé dans le premier numéro de 2023 du J.M.A. (A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La co-intervention en droit collaboratif : une question d'équilibre ou un subtil équilibre ? », J.M.A., 2023/1, pp. 36-43).

4. La huitième partie du Code judiciaire est entièrement consacrée à la réglementation du droit collaboratif. Cette légifération a déjà valu à la Belgique de se démarquer des autres pays d'Europe puisqu'elle a été la première à l'intégrer (et demeure actuellement la seule).

5. Sans surprise puisque le mot « collaboration » vient du latin *collaborare, laborare cum*, c'est-à-dire travailler avec quelqu'un, travailler ensemble.

6. A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 49.

7. Les avocats collaboratifs doivent pour cette raison mettre de côté leur posture historique de « gladiateur », les menant à être en opposition avec l'autre partie et son confrère ou sa consœur. Tous les acteurs du processus travaillent conjointement dans un même but (A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, op. cit., pp. 43 et s.). Les avocats jouent désormais le rôle de partenaires-facilitateurs.

8. Des articles 1738 *juncto* 1739, § 1^{er}, du Code judiciaire découlent que seuls les avocats collaboratifs peuvent assister et conseiller les parties dans le cadre d'un processus de droit collaboratif.

9. A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La co-intervention en droit collaboratif : une question d'équilibre ou un subtil équilibre ? », op. cit., p. 37.

3. Ces co-interventions se déroulent dans une dynamique particulière, décrite sous l'abréviation des « 5C », visant : la collaboration, la confiance, la coconstruction, la coélaboration et la coresponsabilité ¹⁰. L'accord dégagé par les parties en conflit – accompagnées par leurs avocats – constitue somme toute le résultat d'un travail d'associés ; ils agissent de concert l'un avec l'autre, dans une relation de confiance de sorte qu'ils mobilisent sans réserve toutes leurs ressources aux mêmes fins, c'est-à-dire un accord. Ramener de la confiance là où il n'y en a sans doute plus est donc primordial à l'entame d'un processus collaboratif. La confiance évoque la sécurité ¹¹, soit exactement ce dont des personnes en litige ont besoin pour collaborer et mener à son terme – avec succès – le processus entrepris.

4. La confiance, la collaboration, la coresponsabilité, la coconstruction, la coélaboration, la dynamique particulière, l'état d'esprit propre au droit collaboratif, ainsi que d'autres éléments que nous avançons ultérieurement dans cette contribution, évoquent la posture du notaire, et ce, tant à l'égard du citoyen ¹² qu'à l'égard de ses confrères et consœurs ¹³. Dans sa pratique quotidienne, le notaire est investi d'une véritable mission de confiance ; il s'agit même du socle de chacune de ses missions ¹⁴. Cette confiance ne concerne pas uniquement celle du citoyen vis-à-vis de l'officier public, mais plus largement, celle de l'officier public vis-à-vis

10. *Ibid.*, p. 40.

11. À la consultation du dictionnaire *Le Robert*, il nous est rappelé que la confiance est un sentiment de sécurité d'une personne envers quelqu'un ou quelque chose (<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/confiance>).

12. Nous préférons ce terme à celui de « clientèle » puisque le notaire, même requis d'intervenir par une partie et pas par l'autre, se doit d'informer et de conseiller chaque partie en toute impartialité (loi du 16 mars 1803 [25 ventôse-5 germinal an XI] contenant organisation du notariat ; art. 1^{er}, al. 3 *juncto*, Code de déontologie du notariat, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004 modifié la dernière fois par les assemblées générales du 27 juin 2019 et du 22 octobre 2020, approuvé par A. R. du 4 décembre 2020 [M.B., 22 décembre 2020], art. 12).

13. En droit collaboratif, l'avocat œuvre dans un climat de collaboration, où il reste l'avocat de son client mais s'assure que chacune des parties (son client et le client de son confrère) fasse part de ses attentes et besoins pour tous les points de la négociation (A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, op. cit., p. 42). N'est-ce pas proche, voire identique, de la posture du notaire ?

14. La fonction notariale se compose de deux grands volets : la fonction conseilère et la fonction instrumentaire (J. DEMBLON, « Les deux composantes de la fonction notariale », *Rép. not.*, t. XI, liv. 5/1, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 10, p. 50). Ces deux fonctions maîtresses de la profession sont reprises au premier article de la loi portant organisation du notariat. À la lecture de cette disposition, l'on peut comprendre qu'il s'agit de deux fonctions distinctes mais intrinsèquement complémentaires. À côté de celles-ci, le notaire est investi d'une troisième grande mission mais, de notre point de vue, elle est moins récurrente, bien que très prenante, dans l'emploi du temps de l'officier public (J. DEMBLON, « Synthèse », *Rép. not.*, t. XI, liv. 5/1, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 221, p. 163).



LE NOTAIRE TROUVE UN SIÈGE NATUREL – ET MÊME GÉNÉTIQUE – DANS LA PRATIQUE DES MODES ALTERNATIFS DE RÉOLUTION DES LITIGES.

du citoyen, sans compter celle vis-à-vis de ses homologues¹⁵. Cet attribut fondateur de la fonction notariale amène, nous le pensons, l'officier public à – plus que travailler à leur service – *collaborer* avec ses clients (et toute personne qu'il rencontre dans sa pratique) ainsi qu'avec ses confrères et consœurs¹⁶. Cette particule élémentaire qui le mène à collaborer avec autrui est un des corollaires de son rôle de « magistrat de l'amiable »¹⁷, le notaire étant un juriste *sui generis*, « génétiquement »¹⁸ inscrit dans un système de justice préventive¹⁹ ; la prévention du litige le guidera dans sa fonction conseillère et dans la fonction instrumentaire. Au surplus, outre le service notoire de justice préventive que rend le notariat aux citoyens (tout comme à l'institution de la Justice), celui-ci participe activement et efficacement à la résolution des différends par la voie consensuelle, c'est-à-dire à leur règlement amiable²⁰.

15. H. CASMAN, *Précis du notariat*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 18.

16. L'article 17 du Code de déontologie des notaires prévoit d'ailleurs qu'« entres confrères, » [« Les notaires se doivent mutuellement respect, conseil et assistance dans l'exercice de leur ministère » et s'ils interviennent à plusieurs dans un même dossier, « ils s'assurent mutuellement une *collaboration loyale et efficace*. [...] »].

17. Souvenons-nous du discours prononcé par le conseiller d'État Réal au moment de l'adoption de la loi contenant organisation du notariat, lequel décrivait les notaires comme des « fonctionnaires, qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi, et enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir de succès, l'envie d'élever une injuste contestation », et ce, aux fins d'assurer la tranquillité publique (J. DEMBLON, « Code du notariat », *Rép. not.*, t. XI, liv. 2, Bruxelles, Larcier, 1990, p. 5). Cette expression se retrouve également sur le site des notaires de France qui décrit le notaire, au vu de son rôle, comme étant un « magistrat de l'amiable, acteur d'une justice amiable » (voy. « *Le rôle du notaire* », *notaires.fr*).

18. J.-F. van Drooghenbroeck affirme que les gènes du notaire contiennent cette compétence (G. DE LEVAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. GEORGES, « Chapitre 12 – Le rôle du notariat dans le triptyque conflit-litige-procès », in C. AUGUET et al. [dir.], *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 366).

19. Cet aspect du notariat représente un véritable atout puisqu'il vient impacter toute une société. Cela peut très clairement s'observer dans les pays anglo-saxons où les citoyens sont ancrés dans une culture du litige. C'est notamment ce qui a été rappelé à l'occasion de l'Université mondiale du notariat organisée par l'Union internationale du notariat, qualifiée par Jean Fonteyn, alors reporter pour la Belgique lors de celle de Rome en 2014, de « forum de la justice préventive ». Lors de la rencontre de 2014, il a effectivement été réaffirmé à quel point le notariat constitue une source certaine de prévention des litiges. Notre reporter décrit alors, au gré des journées, la manière dont chaque mission du notaire participe à la justice préventive (J. FONTEYN, « L'Université mondiale du notariat ou le forum de la justice préventive », *Rev. not.*, 2015/3, n° 3094, pp. 216-224).

20. G. DE LEVAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. GEORGES, « Chapitre 12 – Le rôle du notariat dans le triptyque conflit-litige-procès », *op. cit.*, pp. 366, 369 et s.

En vertu de sa déontologie, le notaire doit en toute hypothèse chercher à concilier les parties²¹, et ce qui est encore plus vrai lorsqu'il est désigné par un juge comme notaire-liquidateur²².

II. LA PLACE DE LEGE LATA DU NOTARIAT AU SEIN DU DROIT COLLABORATIF

5. Sans nul doute, le notaire trouve un siège naturel – et même génétique – dans la pratique des modes alternatifs de résolution des litiges.

Nous ne pouvons, dès lors, résister à nous interroger sur la place qu'occupe le notaire dans la pratique du droit collaboratif (que nous appelons également ci-après « pratique collaborative »). *Prima facie*, il apparaît que l'officier public présente bon nombre des qualités requises pour être associé à celle-ci, toutefois, rappelons que, *de lege lata*, le Code judiciaire prévoit expressément que « seuls les avocats collaboratifs peuvent pratiquer le droit collaboratif »²³. Il n'en demeure pas moins qu'une analyse circonstanciée laisse apparaître que ce professionnel du droit tout particulier dispose incontestablement d'une place, certes timide, mais non négligeable dans la pratique collaborative.

L'analyse de la place du notaire au sein du droit collaboratif est présentée en trois temps : en premier lieu, en tant que notaire-authentificateur (A) ; ensuite, en tant que notaire conseil (B) ; enfin, en tant qu'auxiliaire de justice (C).

A. LE NOTAIRE-AUTHENTIFICATEUR

6. Comme rappelé *supra*, le notaire est investi d'une mission de confiance, qui se décline en deux grandes fonctions : la fonction instrumentaire (le notaire-authentificateur) et la fonction conseillère (le notaire-conseil ou jurisconsulte). Le notaire ne pourrait être investi de ces deux missions d'envergure s'il ne lui était pas accordée la plus grande confiance du Pouvoir et des citoyens²⁴.

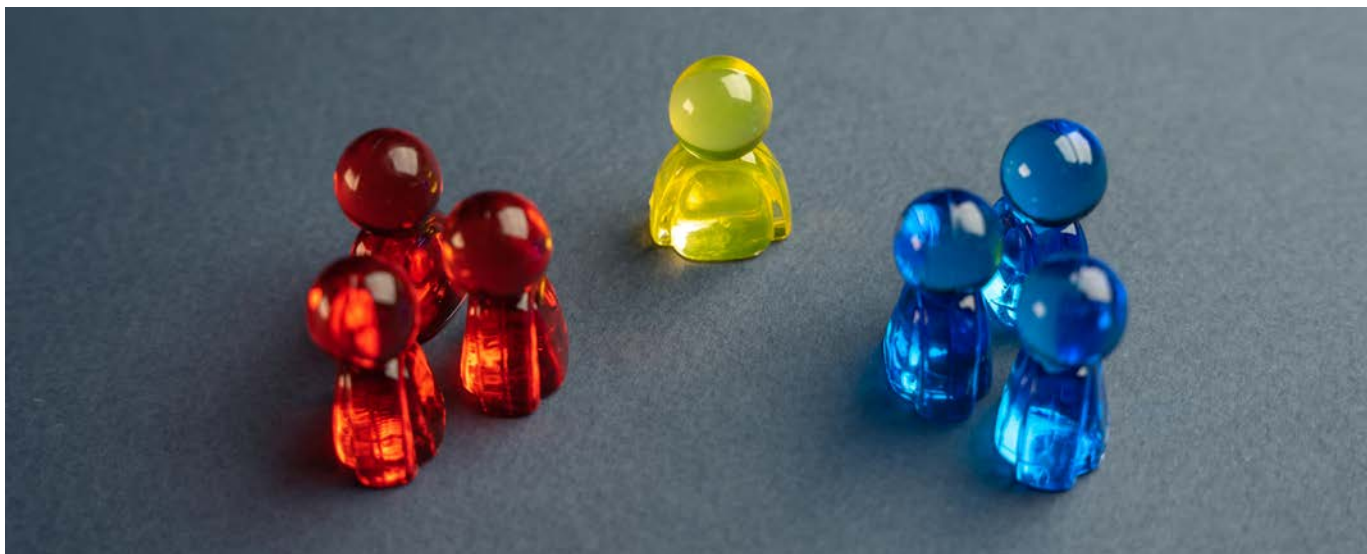
Ce premier point d'analyse a pour objet de démontrer qu'en qualité de notaire-authentificateur, l'officier public pourrait être amené à intervenir dans un processus de droit collaboratif.

21. Art. 10 du Code de déontologie du notariat.

22. Art. 1214, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. jud.

23. Art. 1739 C. jud.

24. J. DEMBLON, « Les deux composantes de la fonction notariale », *Rép. not.*, t. XI, liv. 5/1, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 10, p. 50.



7. En vertu du premier alinéa du premier article de la loi portant organisation du notariat, le notaire dispose de la qualité de fonctionnaire public institué pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner l'authenticité attachée aux actes de l'autorité publique²⁵. L'intervention du fonctionnaire public pourrait donc être sollicitée au terme d'un processus collaboratif aux fins de conférer le caractère authentique à l'accord dégagé par les parties. Ce faisant, l'accord de droit collaboratif disposera – et les parties se verront conférer le privilège – de la force probante²⁶ et de la force exécutoire^{27, 28}, outre la date certaine acquise²⁹, dont découlera la sécurité

juridique que les parties n'auraient pas obtenue avec une seule convention sous signature privée³⁰.

8. Cette intervention du notaire se justifie d'autant plus que, contrairement aux dispositions applicables en matière de médiation, aucune possibilité de demander l'homologation « simplifiée »³¹ du juge n'est prévue en droit collaboratif. L'article 1746, relatif à l'accord de droit collaboratif, demeure muet quant au *modus operandi* pour obtenir son homologation. Ce sont finalement les travaux préparatoires de la loi dite « Waterzooi » qui aiguillent à cet égard. Ainsi, si les parties entendent obtenir un titre exécutoire, elles peuvent solliciter l'intervention d'un notaire pour qu'il reprenne l'accord de droit collaboratif dans un acte notarié³².

Comme Marina Blitz et Anne-Marie Boudart l'ont déjà relevé, l'absence d'homologation simplifiée en droit collaboratif est une réelle « opportunité manquée »³³.

25. Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse-5 germinal an XI) contenant organisation du notariat, art. 1^{er}, al. 1^{er}.

26. La force probante de l'acte authentique est précisée à l'article 8.17 du Code civil : « [L']acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public ou ministériel a personnellement accompli ou constaté, sans possibilité pour les parties d'y déroger ». Dans pareille hypothèse, poursuit l'article, le juge peut suspendre l'exécution de l'acte (art. 8.17, al. 2, C. civ.). C'est le seul lien qui existe entre la force probante et la force exécutoire de l'acte puisque ces deux attributs de l'authenticité de l'acte sont indépendants l'un de l'autre (M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Conséquences de l'authenticité de l'acte notarié : la force probante et la force exécutoire », *Rép. not.*, t. XI, liv. 6/1, Bruxelles, Larcier, 1983, n° 22, p. 50).

27. Ce privilège permet à la partie titulaire d'un droit de créance en vertu de la convention de recourir sans détour par la case judiciaire aux voies de saisie et d'exécution ; il offre en réalité le double privilège du préalable et de l'immédiateté d'exécution (J. VANDERSCHUREN et J.-L. VAN BOXSTAELE, « Clauses abusives et force exécutoire de l'acte notarié – À propos de l'ordonnance Banco Popular Español, de l'arrêt et de l'ordonnance Sánchez Morcillo de la Cour de justice de l'Union européenne », *L.L.R.*, 2015/1, pp. 112 et s.). La force exécutoire de l'acte notarié est la même que celle d'un jugement (c'est d'ailleurs ce que prévoit explicitement l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi portant organisation du notariat et implicitement l'article 1386 du Code judiciaire). Nous renvoyons, pour le surplus, à la contribution de Justin Vanderschuren et Jean-Louis Van Boxstael dont il est question ci-avant s'agissant des atténuations à la force exécutoire des actes notariés.

28. Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse-5 germinal an XI) contenant organisation du notariat, art. 19, al. 1^{er} : pour l'exécution des actes notariés dans le Royaume.

29. Art. 8.22, 2^o, C. civ.

30. M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Conséquences de l'authenticité de l'acte notarié : la force probante et la force exécutoire », *op. cit.*, p. 50, n° 22.

31. En médiation, l'article 1736, alinéa 3, du Code judiciaire renvoie à l'article 1043 du même code, siège de l'homologation « simplifiée ». Dans cette procédure aussi appelée « facilitée », le juge vérifie exclusivement la non-contrariété de l'accord à l'ordre public, la conformité des conventions relatives aux enfants à leur intérêt et, depuis la loi du 28 mars 2024 (entrée en vigueur le 8 avril suivant), il vérifie également que l'accord de médiation relate expressément la manière dont il a été tenu compte de cet intérêt (loi du 28 mars 2024 portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses *Ibis*, M.B., 29 mars 2024, p. 38.649, art. 120).

32. Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/001, p. 264.

33. Une opportunité manquée car dans la première version de l'avant-projet de loi (avant d'être communiquée au Conseil d'État), l'homologation de l'article 1043 du Code judiciaire était prévue pour les accords de droit collaboratif. Le texte était alors semblable à celui de l'article 1736 du Code judiciaire (M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée dans le Code judiciaire. Aperçu de ce mode alternatif et des critères de choix par rapport aux autres Marc's », *J.T.*, 2019/11, n° 6765, p. 213).

et, de notre point de vue, une réelle invraisemblance. Là où, en médiation, les parties en conflit ne se font pas forcément assister d'un – médiateur – juriste pour dégager un accord, en droit collaboratif c'est nécessairement le cas puisqu'aucun processus ne peut être entamé sans que chacune des parties soit assistée d'un avocat collaboratif³⁴. Au vu de leur formation et de leur expérience, les avocats collaboratifs veillent forcément à ce que l'accord dégagé respecte l'ordre public et l'intérêt supérieur de l'enfant. L'opportunité manquée tout juste pointée ne s'explique pas^{35, 36}. Qui plus est, cette différence de traitement entre médiation et droit collaboratif est d'autant plus invraisemblable que le législateur, dans la huitième partie du Code judiciaire, n'a pas hésité à opérer un certain nombre de renvois aux dispositions relatives à la médiation³⁷.

9. Le notaire qui est chargé d'acter en la forme authentique d'un accord de droit collaboratif ne peut refuser de prêter son ministère – hormis dans les cas prévus légalement³⁸ et déontologiquement – et s'assurera uniquement que les conventions des parties soient conformes à l'ordre public, aux lois impératives et qu'elles ne portent pas atteinte aux droits des tiers. Depuis l'adoption de la loi du 28 mars 2024 que nous avons précédemment pris la liberté d'appeler « Mai Tai »³⁹, le notaire se doit en outre de vérifier que les parties ont pris le soin d'expliquer la manière dont l'intérêt de l'enfant a été pris en compte pour arrêter les conventions qui le concernent, lorsqu'elles se rapportent à des matières visées à l'article 1004/1 du Code judiciaire⁴⁰.

34. Tout avocat collaboratif doit, au préalable, avoir : suivi la formation *ad hoc*, reçu l'agrément exigé, souscrit au règlement des avocats collaboratifs et, *in fine*, être inscrit sur la liste des avocats collaboratifs de son ordre (art. 1739 C. jud.). L'avocat collaboratif est, en outre, soumis à un corpus de règles légales et déontologiques strictes propres à la profession d'avocat.

35. C. VANDER STOCK et A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif à l'aube de la reconnaissance légale ? », in O. CAPRASSE (dir.), *Modes alternatifs de règlement des conflits – Réformes et actualités*, coll. CUP, Limal, Anthemis, 2017, vol. 178, p. 96.

36. La seule explication trouvée par certaines est l'action de lobbying menée par certaines professions (M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée dans le Code judiciaire. Aperçu de ce mode alternatif et des critères de choix par rapport aux autres Marc's », *op. cit.*, p. 213).

37. A. DEJOLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et des bas », in J. SOSSON (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 283.

38. Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse-5 germinal an XI) contenant organisation du notariat, art. 8 et s. *juncto* Code de déontologie du notariat, *op. cit.*, art. 3, al. 2 et 3.

39. Voy. la raison pour laquelle nous avons opté pour cette appellation dans O. PIÉCARD, « Divorce par consentement mutuel & intérêt de l'enfant dans le shaker de la loi "Mai Tai" », *Rev. not.*, 2024/8, n° 3195, pp. 609 et s.

40. À l'instar du juge saisi afin d'obtenir une homologation simplifiée de l'accord de médiation (art. 1736, al. 3, C. jud.).

Ajoutons toutefois qu'il ne s'agit pas pour le notaire d'opérer un contrôle supplémentaire sur la teneur des accords dégagés – avec l'assistance d'avocats spécialisés – au terme de – longues heures de – négociations raisonnées.

B. LE NOTAIRE-CONSEIL

10. De la mission essentielle de confiance attribuée au notaire découle, à côté de sa fonction instrumentaire, sa fonction conseil. Cette dernière est sans doute celle pour laquelle le citoyen s'adresse en premier chef à l'officier public : pour qu'il délivre un conseil sur une opération juridique envisagée ou sur une question de droit à la lumière d'une situation personnelle particulière. Le conseil du notaire tient compte non seulement des conséquences juridiques qu'entraînerait l'acte projeté par les parties, mais également de ses conséquences humaines⁴¹. Cette grande dimension « humaine » du service notarial est intrinsèquement liée à sa participation à la justice préventive⁴², dès lors que lorsque surgit un différend, celui-ci entremêle sans conteste des questions de droit et des questions relationnelles (c'est-à-dire sociales).

11. En tant que jurisconsulte, le notaire peut approcher de façon plus ou moins immédiate la pratique collaborative. De façon immédiate, il peut intervenir en tant que tiers expert dans une matière qui fait partie des siennes (1). De façon indirecte, le notaire peut conseiller aux parties le recours au droit collaboratif pour le cas où elles se trouveraient à l'avenir dans une situation de conflit (2).

1. Le notaire-tiers expert

12. L'état d'esprit inhérent au droit collaboratif demande notamment aux parties de mobiliser toutes les ressources utiles, voire nécessaires, pour atteindre leur objectif⁴³ : surpasser les difficultés et aboutir à un accord mutuellement acceptable et pérenne. Elles feront donc appel à leurs ressources et compétences

41. P. VAN DEN EYNDE, « Le devoir de conseil du notaire n'est-il pas d'ordre public ? Le législateur semble à nouveau en douter ! », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAELE (dir.), *Tapas de droit notarial 2018 – Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 7-11.

42. Faisons un lien direct avec le MARL qui est au cœur de ce numéro : l'état d'esprit attaché au droit collaboratif implique également une essentielle prise en compte du contexte humain (A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 42).

43. Le choix de recourir à un expert est dans les mains des parties, puisque ce sont elles qui occupent le rôle principal dans le processus. Cela se justifie d'autant plus que ce sont elles qui devront supporter les coûts entraînés par l'intervention d'un expert (A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 66).



propres, à celles de leurs avocats mais également – et entre autres ⁴⁴ – à la possibilité pour l'une et/ou l'autre partie de s'adjoindre les conseils d'un tiers expert dans un domaine particulier, tel que le permet l'article 1744 du Code judiciaire. Aux fins d'aboutir à un accord « sur mesure », l'intervention d'un tiers expert d'un domaine particulier (une branche du droit mais aussi la psychologie, la finance, la fiscalité, l'immobilier, l'enfance, etc. ⁴⁵) peut s'avérer bienvenue afin que celui-ci exprime son avis sur un point particulier du différend.

13. L'intervention du tiers expert, compte tenu des spécificités du droit collaboratif (singulièrement son état d'esprit idoine), est rigoureusement régulée à l'article 1744.

Dans le cadre de notre propos, retenons pour l'essentiel que l'avis (le rapport ou le conseil) du tiers intervenant doit :

- être neutre et objectif ;
- être confidentiel ;
- être donné en toute indépendance ;
- être exclusivement destiné à faciliter la recherche d'une solution amiable ;
- ne porter en aucun cas sur la substance même de la négociation collaborative.

^{44.} Il ne s'agit pas des seules ressources « externes » que les parties peuvent mobiliser puisqu'il leur est requis de faire preuve de la plus grande créativité pour réaliser leur but. Anne-Marie Boudart présente dans son ouvrage de référence quelques outils complémentaires, voy. à ce sujet A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 281 et s.

^{45.} A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 66.

14. La pratique collaborative internationale montre que le tiers expert peut être associé au processus de deux façons : soit en en faisant partie intégrante ⁴⁶, soit en étant externe à celui-ci ⁴⁷. Cette dernière option est celle rencontrée en Belgique, où le tiers intervenant demeure toujours en dehors du processus. Cela découle du fait que, pour l'heure, il existe exclusivement des formations en droit collaboratif à destination des avocats.

15. En tout état de cause, si le tiers est désigné d'un commun accord par les parties, il conviendra d'établir clairement les contours de son intervention : son rôle, sa place, la portée de l'intervention et de l'écrit qu'il produirait, le coût engendré par l'intervention et sa clé de répartition, les façons de communiquer et la manière de travailler avec lui ⁴⁸.

16. Les parties pourraient dès lors solliciter l'intervention d'un notaire, en sa qualité de conseil impartial et

^{46.} Se crée alors une *interdisciplinary collaborative team* (« équipe pluridisciplinaire »), où les intervenants intègrent le processus collaboratif – depuis son entame jusqu'à son terme – et sont traités d'égaux à égaux par rapport aux autres acteurs. Pauline Tesler décrit cette équipe comme un « coaching pour adultes ». Les avocats combinent alors leurs efforts avec des professionnels de la santé mentale formés et agréés, des consultants financiers neutres et, si nécessaire, des spécialistes de l'enfance. Chaque client reçoit des coaches spécifiques à leurs besoins ou à leurs problèmes pendant le processus collaboratif, retenus et payés séparément par les clients (voy. <https://www.americanbar.org/news/abanews/publications/youraba/2018/july-2018/neither-mediators-nor-negotiators-collaborative-lawyers-emphasi/>).

^{47.} A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 66.

^{48.} A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 67-358 et 359.

désintéressé, pour qu'il prodigue un conseil sur un point précis du différend. Il intervient alors comme tiers spécialisé dans une ou plusieurs des matières notariales ou encore en tant que professionnel de l'immobilier pour qu'il rende une estimation immobilière ou un conseil sur la conservation ou l'aliénation d'un immeuble indivis entre les parties. Nous rapprochons cette intervention à celle du notaire dont le conseil est sollicité alors qu'un confrère dispose d'un mandat de justice⁴⁹ ; chaque partie dispose effectivement du droit de se faire assister d'un notaire de son choix, qui intervient alors uniquement comme conseil.

17. Le respect des exigences énoncées ci-avant quant à l'avis que doit rendre le tiers expert ne constituera aucunement une difficulté pour le notaire puisque pareilles exigences se rencontrent dans sa posture traditionnelle. L'impartialité indissociable de la fonction notariale⁵⁰ est, à ce sujet, au service de l'impératif d'avis neutre, objectif et donné en toute indépendance.

La qualité d'homme de confiance du notaire s'observe en premier chef dans sa fonction conseillère. Ses concitoyens

doivent trouver, auprès de lui, un lieu où ils peuvent faire part de leurs projets, affaires, secrets, tracas et même problèmes de manière à recevoir le conseil le plus approprié. Pour assurer qu'ils trouvent auprès de lui espace de confiance, l'officier public est tenu au secret professionnel, dont la violation est sanctionnée par l'article 458 du Code pénal, et à un devoir de discrétion général à l'égard des personnes qui s'adressent à lui⁵¹. Toutes les informations qui sont portées à la connaissance du notaire sont conservées dans un coffre-fort : sa mémoire et celle de son étude. Ces obligations propres à toute intervention du notaire rejoignent celles du tiers intervenant de conserver et son intervention et son avis sous le sceau de la confidentialité. En pratique, cette exigence est d'autant plus assurée que l'avis/le conseil/le rapport apporté est, en premier lieu, adressé aux avocats collaboratifs, qui le portent ensuite à la connaissance des parties à titre d'information, et ce, éventuellement, par voie de consultation. L'avis/le conseil/le rapport demeure confidentiel, à moins que les parties et leurs avocats s'accordent le caractère officiel de celui-ci⁵².

⁴⁹. En principe, le notaire commis est le seul autorisé à recevoir les actes qui découlent de son mandat de justice. Toutefois, toute partie peut se faire assister d'un notaire de son choix, lequel intervient alors comme conseil (cadre réglementaire général relatif aux règles de la pratique notariale, adopté par l'assemblée générale du 20 octobre 2000, modifié pour la dernière fois le 24 janvier 2019, art. 5, § 1^{er}, al. 1^{er}).

⁵⁰. Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse-5 germinal an XI) contenant organisation du notariat, art. 1^{er}, al. 3, Code de déontologie adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004, art. 12.

⁵¹. Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse-5 germinal an XI) contenant organisation du notariat, art. 120, Code de déontologie du notariat, art. 13, al. 1^{er}.

⁵². M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « Chapitre 13 – Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », in C. AUGHET et al. (dir.), *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 429 et 430.



En ce qui concerne les communications entre notaire et avocats collaboratifs, compte tenu de la règle prévue à l'article 13, alinéa 2, du Code de déontologie des notaires⁵³, il semble opportun de s'assurer lors de l'établissement du cadre d'intervention du notaire (tiers expert) que toutes les communications sont confidentielles, sauf mention contraire (des parties et des avocats)⁵⁴. En aucun cas le notaire ne peut s'opposer à ce caractère. La confidentialité fait partie des principes fondateurs du droit collaboratif⁵⁵, de sorte qu'elle doit nécessairement être assurée lorsqu'un tiers expert intervient.

Le caractère confidentiel de l'intervention et de l'avis du tiers intervenant subsiste par ailleurs en cas d'échec du processus collaboratif puisque toutes les pièces composant le dossier – et par voie de conséquence l'avis/le conseil avancé par le notaire – ne peuvent être utilisées dans un procès qui s'ouvrirait par la suite. La confidentialité accrue, essentielle au MARL, empêche de surcroît le notaire d'être associé d'une quelconque façon (en qualité de témoin, par exemple) à la procédure judiciaire. Elle s'impose par ailleurs à chaque temps du processus collaboratif : dès son entame et jusqu'à sa fin (quel que soit le motif : échec ou non) et même au-delà. La confidentialité augmentée permet la mise en place d'un espace de confiance pour les négociations des parties, leur permettant alors de participer de la façon la plus constructive et plus créative pour aboutir à un accord⁵⁶.

18. Outre ses compétences dans les matières notariales ou dans le secteur de l'immobilier, un notaire peut également porter le titre de médiateur agréé. En cette qualité, de même qu'en qualité de conciliateur, il pourrait tout autant être amené à intervenir en tant que tiers expert⁵⁷. Les avocats collaboratifs pourraient effectivement estimer qu'une médiation ou une conciliation serait opportune pour trouver un accord sur un ou plusieurs points du conflit qui ne peuvent être résolus au moyen des outils propres au droit collaboratif. Si tel

est le cas, l'intervention du notaire s'avère hautement encadrée puisqu'il doit non seulement respecter les règles propres à l'intervention d'un tiers en droit collaboratif, mais aussi celles propres à la médiation ou à la conciliation, outre celles façonnant la fonction notariale.

2. Le notaire : acteur incontesté de la justice préventive

19. À côté de la confiance, l'axiome premier du notaire est qu'il constitue un ministère de juridiction volontaire, c'est-à-dire gracieuse⁵⁸. Il (inter)agit, conseille et rédige en parfait magistrat de l'amiable. Il n'en demeure pas moins qu'il se peut que des parties aient fait appel à un notaire alors que le point de bascule vers le conflit est déjà franchi. Pareil cas pourrait conduire l'officier public, s'estimant démuni au vu de la teneur du conflit, de son intensité ou encore des griefs en cause, à recommander aux parties de recourir à un MARL – et singulièrement le droit collaboratif.

20. Le notaire conseille les parties et les informe en toute impartialité⁵⁹. Ce faisant, il agit sans conteste activement au service de la justice préventive puisqu'il avancera toujours aux parties un conseil ou une solution qui leur permettra, autant que faire se peut, d'éviter ou de résoudre amiablement un différend⁶⁰, et ce, en prenant égard leur demande et aux informations – aussi bien personnelles que juridiques – apportées par elles.

Les fonctions de conseil et d'authentificateur du fonctionnaire public sont intimement liées. Dans la majeure partie des cas, le notaire émet en amont un conseil pour, en aval, dresser en un acte, la volonté ou la convention des parties, en s'assurant que celle-ci soit conforme à la loi et à l'ordre public, qu'elle soit équilibrée, qu'elle ne contienne aucune fraude aux droits des tiers et qu'elle respecte l'intérêt supérieur des enfants⁶¹. À cette occasion, le notaire doit faire preuve de la plus grande

53. L'article 13, alinéa 2 prévoit que les communications entre notaires ne sont pas confidentielles, à moins qu'il ait été prévu le contraire.

54. Anne-Marie Boudart avance, à cet égard, le conseil pour les avocats collaboratifs d'adresser une lettre conjointe au tiers expert. Elle indique les indications utiles que la lettre peut contenir (A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 68).

55. On parle même de « confidentialité accrue », voy. à ce sujet A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 51 et 52.

56. A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La co-intervention en droit collaboratif : une question d'équilibre ou un subtil équilibre ? », *J.M.A.*, 2023/1, p. 43.

57. Aussi surprenante que cela puisse paraître, le recours à un autre mode alternatif est tout à fait concevable (A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 67). Tous les moyens sont effectivement bons pour parvenir à ce précieux accord puisque mutuellement acceptable et durable.

58. J. DEMBLON, « Fonction notariale », *Rép. not.*, t. XI, liv. 5/1, Bruxelles, Larcier, 1992, n^{os} 161 et 162, p. 130.

59. Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse-5 germinal an XI) contenant organisation du notariat, art. 1^{er}, al. 3.

60. H. CASMAN, *Précis du notariat*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 18.

61. Depuis l'adoption de la loi du 28 mars 2024, nous conseillons aux notaires d'attirer l'attention des parties sur le respect de l'intérêt supérieur de leur enfant puisqu'en ce qui concerne les conventions préalables à divorce par consentement mutuel, les conventions de droit collaboratif et les conventions de médiation, il est désormais imposé aux parents qu'ils justifient les accords pris relativement à leur enfant (mineur) en considération de son intérêt, et ce, en spécifiant la manière (le « comment ») dont il a été pris en compte (loi du 28 mars 2024 portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses Ibis, art. 93, 102 et 120, M.B., 29 mars 2024, p. 38.649). De notre point de vue, toute convention qui contient des accords regardant un ou plusieurs enfants mineurs devrait prévoir la mention qui s'impose dans les conventions préventées. Nous pensons notamment aux accords transactionnels entre ex-cohabitants légaux ou de fait.

clarté et exhaustivité dans sa rédaction pour que soit envisagée, au mieux, la portée de son acte. Apparaît alors l'heureuse complicité entre l'intervention du notaire, la sécurité juridique et la justice préventive.

21. Alors qu'il informe les parties quant à la portée de l'acte pour lequel elles lui ont demandé d'intervenir, le notaire se doit également d'attirer leur attention sur les éventuelles pierres d'achoppement auxquelles elles pourraient faire face ultérieurement et, entre autres, lors de l'exécution de l'acte. Nous voyons là une véritable occasion pour l'officier public de recommander l'insertion d'une clause de règlement amiable des litiges, prévoyant notamment ou exclusivement le recours au droit collaboratif dans l'hypothèse où un différend surviendrait dans le futur. Il s'agit d'une clause de prévoyance⁶² (ou en d'autres termes, de justice préventive).

Au surplus, à l'heure où les rapports juridiques se diversifient sans discontinuer, où les demandes des citoyens sont des plus variées et où les règles de droit vont en se complexifiant, un impératif pour tout juriste est devenu la créativité⁶³ ; cette dernière fait désormais partie intégrante de sa mission. Il en découle que « le juriste doit se montrer inventif, démontrer sa capacité à développer de nouvelles idées, capter les opportunités et oser les mettre en pratique pourvu que cela se fasse sur la base d'une bonne connaissance du droit et d'une juste préoccupation des intérêts du client »⁶⁴. Au même titre que tout juriste, le notaire est investi d'un devoir de créativité, et ce, sans négliger son rôle de garant de la sécurité juridique, ce qui peut l'amener lorsqu'il le juge opportun à conseiller une clause de droit collaboratif⁶⁵.

Parmi les dispositions du Code judiciaire relatives à la médiation, cette faculté est prévue *expressis verbis*⁶⁶. Il s'agit, à notre sens, d'une autre opportunité manquée pour le législateur. Toutefois, contrairement à l'homologation simplifiée pour laquelle une consécration légale est nécessaire, en ce qui concerne la clause de droit collaboratif, le mutisme du législateur n'est pas de nature à empêcher sa présence dans un acte notarié.

^{62.} J. DEMBLON, « Fonction notariale », *Rép. not.*, t. XI, liv. V/I, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 49, p. 71.

^{63.} Mettons en lumière ô comme l'état d'esprit du droit collaboratif s'insère dans la nouvelle ère juridique.

^{64.} H. CASMAN, *Précis du notariat*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 130 et 131.

^{65.} Nous pensons essentiellement aux actes dont l'exécution est étalée dans le temps, tels qu'un acte constitutif d'un droit d'usufruit, d'emphytéose, de superficie ou encore de bail, ou encore, une convention matrimoniale ou une donation avec charge. Dans le corps de ces actes, il pourrait effectivement être opportun de prévoir une clause de droit collaboratif pour le règlement d'un éventuel différend surgissant ultérieurement entre les différentes parties.

^{66.} Voy. art. 1725 C. jud.

Au reste, en matière de copropriété forcée, à la lecture de la substance de l'article 3.85, § 5, du Code civil, il semble que le législateur invite subtilement les personnes amenées à rédiger les statuts et les règlements d'ordre intérieur⁶⁷ – en conséquence, notamment les notaires – à prévoir ce type de clause⁶⁸.

L'on peut s'interroger sur la validité d'une clause de droit collaboratif compte tenu du caractère nécessairement volontaire du MARL (à l'instar d'une clause de médiation). Néanmoins, si pareille clause impose aux parties contractantes de tenter le règlement amiable par la voie du droit collaboratif dans le cas où un différend naissait à l'avenir, relativement à une question de validité, de formation, d'interprétation, d'exécution ou encore de rupture, elle n'impose aucunement aux cocontractants de résoudre à tout prix ledit différend par ce biais⁶⁹.

C. LE NOTAIRE-AUXILIAIRE DE JUSTICE

22. Le notaire-auxiliaire de justice pourrait-il intervenir de quelque façon dans une procédure extrajudiciaire ? La réponse paraît être évidente. Du reste, en droit collaboratif, la procédure n'est pas une option.

23. Chaque partie dispose du libre choix du notaire⁷⁰. Ce grand principe du notariat connaît cependant une brèche : le notaire désigné par voie de justice⁷¹. L'officier public détient alors ses pouvoirs d'une décision judiciaire, ce qui l'investit d'un rôle tout à fait particulier et, surtout, le soumet au respect des principes directeurs du procès civil⁷², outre celui du cadre normatif lié à sa profession.

^{67.} Rappelons toutefois que l'intervention d'un notaire n'est pas indispensable pour l'établissement d'un règlement d'ordre intérieur, *a contrario* des statuts (art. 3.85, §§ 1^{er} et 3, C. civ.).

^{68.} L'article 3.85, § 5, du Code civil est libellé comme suit : « [E]st réputée non écrite toute clause qui confie à un ou plusieurs arbitres le pouvoir juridictionnel de trancher des conflits qui surgiraient concernant l'application du présent chapitre. Cela n'exclut pas l'application des articles 1724 et suivants du Code judiciaire sur la médiation ni celle des articles 1738 et suivants du Code judiciaire relatifs au droit collaboratif ».

^{69.} Voy. ce qui est dit à ce sujet en matière de médiation : A. BRIDoux, *Les écrits en médiation selon le Code judiciaire et le Code de déontologie des médiateurs*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 192.

^{70.} Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse-5 germinal an XI) contenant organisation du notariat, art. 9, § 1^{er}, Code de déontologie du notariat, art. 19, al. 1^{er}.

^{71.} Certes les parties peuvent s'accorder sur la personne du notaire-liquidateur, néanmoins la désignation officielle découle d'une décision de justice (art. 1210 C. jud.).

^{72.} Voy. à ce sujet la précieuse contribution de G. DE LEVAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. GEORGES qui évoquent la « contamination vertueuse » – d'une profession à l'autre – qui découle de cette désignation du juge (« Chapitre 12 – Le rôle du notariat dans le triptyque conflit-litige-procès », *op. cit.*, p. 385 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'activité notariale en droit judiciaire : l'impartialité du notaire commis par justice », *Rev. not.*, 2011/10, n° 3057, pp. 771 et 772).

La désignation judiciaire vaut au notaire d'occuper la position de « premier juge »⁷³ de règlement des différends qui naissent entre les parties en cours de liquidation-partage judiciaire⁷⁴. Partant, l'on pourrait estimer que le notaire-liquidateur a tout à fait sa place – une place – dans la pratique collaborative, *a fortiori* au vu de son obligation de tenter de concilier les parties

⁷³. Liège, 11 mars 2002, *Rev. not. b.*, 2002, p. 155 ; Anvers, 12 novembre 2003, *NjW*, 2004, p. 340, note B. W. ; *T. Not.*, 2005, p. 440, note C. DE BUSSCHERE ; C. ENGELS, « Partages et licitations judiciaires », *Rép. not.*, t. XIII, liv. V/III, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 136, p. 166.

⁷⁴. Pour notre propos, nous nous limitons à ce type de mandat de justice car il s'agit du cas le plus rencontré en pratique où l'intervention du notaire émane d'une décision judiciaire. L'officier public peut par ailleurs être mandaté par un juge pour effectuer l'une des missions suivantes, un inventaire, un partage amiable sous contrôle judiciaire, une vente judiciaire d'un immeuble, une saisie-exécution immobilière, ou encore acter la conversion de l'usufruit légal du conjoint survivant. Le notaire-liquidateur est celui visé à l'article 1210 du Code judiciaire.

dès l'entame des opérations de liquidation-partage^{75, 76}. Plus largement, il est tenu de chercher à éviter toute procédure aussitôt qu'une contestation est formulée⁷⁷. Une fois encore, la qualité de magistrat de l'amiable de l'officier public est réaffirmée. Ce rapprochement de missions ne peut toutefois tenir la route davantage.

Au surplus, alors que certaines balises de la mission de notaire commis par justice sont conciliables avec les principes fondateurs du droit collaboratif, d'autres rendent tout à fait impossible l'assimilation du notaire

⁷⁵. Art. 1214, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. jud. ; Civ. Gand, 24 mai 2005, *T.G.R./TWVR*, 2005, p. 262.

⁷⁶. Voy. ce double rôle du notaire-liquidateur (conciliateur et « premier juge ») en jurisprudence Anvers, 12 mai 2004, *R.G.D.C./T.B.B.H.*, 2006, p. 168 ; Civ. Neufchâteau, 11 mai 1994, *Rev. rég. dr.*, 1994, p. 336 ; Civ. Liège, 5 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1210, note S. NUDELHOLE ; *J.T.*, 1990, p. 362.

⁷⁷. C. ENGELS, « Partages et licitations judiciaires », *Rép. not.*, t. XIII, liv. V/III, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 136, p. 165.



investi de pareille mission dans un processus de droit collaboratif.

Nous abordons successivement l'intervention du notaire-liquidateur dans un processus de droit collaboratif en qualité (1) de tiers expert et (2) d'intervenant comparable à l'avocat collaboratif.

1. Le notaire-liquidateur tiers expert

24. Le notaire-commis peut-il intervenir en qualité de tiers expert ? Comment le pourrait-il ? ! De notre point de vue, cette hypothèse est inconcevable ; des parties en processus collaboratif décideraient – avec le concours de leurs avocats collaboratifs – de solliciter l'avis d'un notaire-liquidateur (par exemple) – dans une autre procédure – sur un point particulier de leur litige. Cela paraît surréaliste ! Au surplus, les exigences de neutralité et de confidentialité (tant s'agissant de son intervention que de son avis) ne peuvent être satisfaites. Le notaire judiciaire n'est effectivement pas neutre puisqu'il doit prendre position et trancher autant de fois qu'une difficulté apparaît. Il ne peut, par ailleurs, être tenu à l'obligation de confidentialité accrue du droit collaboratif compte tenu de son devoir de divulgation vis-à-vis du juge qui l'a désigné ⁷⁸.

2. Le notaire-liquidateur collaboratif

25. Au-delà de ce qui précède, plus fondamentalement, nous ne voyons aucune manière pour le notaire-auxiliaire de justice d'intervenir dans un processus pour lequel la dynamique impose collaboration et confiance.

Le notaire, dans le cadre de cette mission spécifique, se positionne en tant que meneur des opérations, qui se doit d'apporter une solution au différend opposant les parties et de surpasser les difficultés rencontrées en cours de procédure ⁷⁹. Il dirige les parties, *a contrario* de l'avocat collaboratif qui, bien qu'étant le garant du processus et de son bon fonctionnement, se positionne comme coach et conseil de son client, dans un processus où les parties – jugées comme capables d'arriver elles-mêmes à la solution mutuellement acceptable – et leurs avocats forment

une équipe de personnes de valeur identique ⁸⁰. L'avocat collaboratif est l'un des co-intervenants du processus collaboratif qui s'intègre dans un travail d'équipe où la complémentarité et l'interdépendance sont des composantes cruciales ⁸¹. Le notaire-liquidateur, quant à lui, ne peut occuper cette position d'égal à égal avec les parties.

Le notaire mandaté par décision de justice se voit conférer un pouvoir d'investigation *sui generis* puisqu'il doit être capable de récolter les informations nécessaires à la rédaction de son état liquidatif, notamment en cas d'inaction ou de mauvaise volonté des parties ⁸². En droit collaboratif, la confiance doit régner, de sorte qu'aucune place n'existe pour une quelconque instruction.

26. Tant dans sa pratique générale que lorsqu'il est commis par justice, le notaire se doit d'être impartial ⁸³. Cette impartialité sans faille prend toutefois une dimension supérieure alors qu'il recueille ses pouvoirs d'une décision judiciaire. En tant que « premier juge », le notaire doit répondre à l'exigence d'impartialité attendue de tout juge en vertu de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁸⁴, c'est-à-dire une parfaite impartialité, aussi bien objectivement que subjectivement ⁸⁵.

L'avocat, même « collaboratif », demeure un avocat, avec les normes légales, déontologiques et réglementaires propres à sa profession. Même dans un processus collaboratif où certes sa posture est autre, l'avocat collaboratif doit permettre à son client de trouver à ses côtés des espaces singuliers de partialité ⁸⁶. Cela permet notamment d'aboutir des solutions véritablement acceptables et durables, en veillant à la protection des intérêts et besoins de chacune des parties tout au long du processus.

L'on observe une impartialité parfaite d'un côté et une partialité imparfaite de l'autre, mais aucune demi-mesure n'est admise pour ce qui est du notaire-liquidateur.

^{78.} Dans le cadre de la procédure et plus particulièrement de l'établissement de l'état liquidatif, le notaire est investi d'un devoir de divulgation à l'égard du juge. Cela permet au juge de s'assurer qu'il peut l'homologuer ou, dans la négative, dans quelle mesure il doit le reconsidérer (M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « Chapitre 13 – Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », in C. AUGHUET et al. [dir.], *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 420) ; voy. ce qu'il advient de l'état liquidatif communiqué par le notaire au tribunal dans la contribution de N. GENDRIN et D. KARADSHEH (*Liquidation-partage*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 205 et s.).

^{79.} C. ENGELS, « Partages et licitations judiciaires », *Rép. not.*, t. XIII, liv. V/III, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 153, p. 175.

^{80.} A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 59.

^{81.} A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La co-intervention en droit collaboratif : une question d'équilibre ou un subtil équilibre ? », *J.M.A.*, 2023/1, p. 38.

^{82.} S. DECHAMPS, « Le notaire commis et son juge civil », in J. VAN COMPERNOLLE et J.-L. LEDOUX (dir.), *Le notaire, le juge et l'avocat – Heurs et malheurs du notaire commis*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 63.

^{83.} Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse-5 germinal an XI) contenant organisation du notariat, art. 1^{er}, al. 3, Code de déontologie du notariat, art. 12.

^{84.} Art. 12, al. 3 et 38, Code de déontologie adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004.

^{85.} J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'activité notariale en droit judiciaire : l'impartialité du notaire commis par justice », *Rev. not.*, 2011/10, n° 3057, pp. 772-775.

^{86.} A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La co-intervention en droit collaboratif : une question d'équilibre ou un subtil équilibre ? », *J.M.A.*, 2023/1, p. 42.

27. Le droit collaboratif repose sur onze principes de base. La mission du notaire-liquidateur se heurte à bon nombre d'entre eux, notamment le fait que la loi ne soit pas le seul critère. Il est *de facto* difficile d'imaginer que le notaire-liquidateur se réoutille, s'épanche à outre mesure sur l'état émotionnel des parties⁸⁷ et fasse preuve de plus de créativité que dans sa fonction générale. Alors qu'il est commis par justice, le notaire agit spécifiquement dans un cadre précis et strict, sous la seule réserve de sa mission de conciliation. Le notaire-liquidateur agit main dans la main avec le juge, soit à l'antipode de l'avocat collaboratif qui n'a aucun lien avec le juge (et ne doit en avoir aucun, hormis pour une question d'homologation de l'accord dégage).

28. De la règle du libre choix du notaire découle la règle du libre changement de notaire, à tout le moins jusqu'à la signature de l'acte authentique pour lequel il était requis d'intervenir⁸⁸. Tandis qu'il est désigné par justice, la personne du notaire-liquidateur ne peut être modifiée à la seule guise d'une (des) partie(s). Le remplacement du notaire-commis est rigoureusement réglementé⁸⁹ (à l'instar de sa désignation et de l'ensemble de son intervention). Les avocats collaboratifs, quant à eux, connaissent une grande limite à leur intervention : l'échec du processus, qui leur impose de se retirer définitivement. Ces deux règles façonnant l'une et l'autre fonction sont aussi incompatibles. Le notaire-liquidateur est inamovible, sauf pour lui ou l'un et/ou l'autre partie d'obtenir son remplacement.

29. Nous identifions en définitive deux seuls scénarios crédibles.

Le premier consiste en celui où un notaire-liquidateur intervient, alors que les phases amiables et judiciaires se succèdent, pour liquider-partager ce qui n'a pu être solutionné à l'occasion d'une phase amiable. Il agit là pleinement en tant que notaire-commis par justice, sans risquer d'abîmer sa délicate mission. Les phases amiables et les phases judiciaires se succèdent mais demeurent bien distinctes.

^{87.} Le principe selon lequel la loi n'est pas le seul critère – pour aboutir à une solution mutuellement acceptable – signifie que les frontières du juridique peuvent être franchies, pour s'aventurer dans les contrées des émotions, de la communication, de la créativité, et plus fortement, dans le champ des possibles, sous la seule réserve du respect de l'ordre public, des normes impératives et, le cas échéant, de l'intérêt supérieur de l'enfant mineur (A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 8 et 53).

^{88.} J. DEMBLON et al., « Acte notarié », *Rép. not.*, t. XI, liv. VII, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 43, p. 125.

^{89.} Voy. plus largement sur les motifs, la procédure, les effets, etc., du remplacement dans J.-F. TAYMANS, « Le remplacement du notaire-liquidateur », in C. AUGHUET et al. (dir.), *La nouvelle procédure de liquidation-partage judiciaire*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 259-278.

Le second peut se développer au niveau du devoir – de tentative – de concilier les parties opposées par un différend. Le notaire-liquidateur pourrait tantôt recommander aux parties le recours au droit collaboratif⁹⁰ – de même qu'à tout autre MARL –, tantôt mobiliser l'un des outils propres au droit collaboratif pour dégager un accord sur l'un des points du différend⁹¹.

III. DE LEGE FERENDA : LA COLLABORATION FAIT LA FORCE

30. *De lege lata*, l'on ne peut faire fi de la place laissée au notariat au sein du droit collaboratif, bien qu'elle ne soit pas flagrante. Certes, les avocats se voient attribuer une exclusivité pour l'accompagnement et l'assistance des parties dans le cadre des négociations de droit collaboratif, néanmoins l'(la) (co-)intervention demeure opportune, voire impérative, dans certaines occasions : soit aux fins d'acter en la forme authentique l'accord de droit collaboratif dégage (pour les raisons évoquées *supra*), soit aux fins de recueillir un avis, un conseil, un rapport relativement à un point particulier du différend qui oppose les parties.

De lege lata, le notaire, en sa qualité de conseil impartial et désintéressé, magistrat de l'amiable, acteur fervent de la justice préventive, peut préconiser l'insertion d'une clause de droit collaboratif au sein des conventions qu'il rédige et, éventuellement, qu'il acte en la forme authentique. Cette qualité de magistrat de l'amiable peut au surplus amener le jurisconsulte, s'il est consulté par des personnes divisées par un conflit, à les guider vers la voie amiable, telle que celle du droit collaboratif.

31. *De lege ferenda* ? Nous aimons utiliser la locution latine *audere est facere*⁹². À l'instar d'autres, moyennant quelques ajustements au niveau du texte de loi ainsi qu'au niveau de la pratique⁹³, l'élargissement de la pratique collaborative aux notaires, comprenez

^{90.} C. Engels évoque cette opportunité avec la tierce décision obligatoire et souligne que dans pareille hypothèse, le notaire-liquidateur a le devoir d'informer les parties sur la substance et la portée du MARL qu'il préconise (C. ENGELS, « Partages et licitations judiciaires », *Rép. not.*, t. XIII, liv. V/III, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 136, p. 166).

^{91.} G. DE LEVAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. GEORGES, « Chapitre 12 – Le rôle du notariat dans le triptyque conflit-litige-procès », in C. AUGHUET et al. (dir.), *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 388.

^{92.} « Oser, c'est faire ! »

^{93.} Nous pensons notamment la formation requise pour obtenir le titre de « notaire collaboratif », l'adaptation des normes déontologiques, de même que la création de règlement, protocole et charte *ad hoc*.



la création d'un statut similaire à celui de l'avocat collaboratif, ne paraît pas inconcevable, hormis pour le cas où il dispose d'un mandat de justice. Nous prônons, au reste, toute forme de collaboration entre les personnes qui participent au service de la Justice.

Cet élargissement permettrait, à notre sens, de mieux définir ce qu'il est attendu de celui qui assiste les parties tout au long du processus collaboratif en termes d'(de) (im)partialité. En effet, réflexion faite, les avocats collaboratifs seraient en réalité tenus à une « impartialité renforcée »⁹⁴, en ce sens qu'au cours du processus, ils doivent nécessairement agir avec pour objectif premier

la conception d'une solution mutuellement acceptable eu égard aux attentes et besoins de toutes les parties au conflit. L'impartialité qui fait partie des gènes du notaire serait, par conséquent, *in fine* une plus-value pour la pratique du droit collaboratif. Pour autant, les avocats collaboratifs peuvent rencontrer leurs clients respectifs à l'occasion d'un colloque singulier. Dans pareille hypothèse, il va de soi que l'impartialité renforcée disparaît et que chaque partie trouve un espace de partialité auprès de son conseil. Il n'en demeure pas moins que l'état d'esprit propre au droit collaboratif semble demander davantage d'impartialité que de partialité.

À l'occasion du remaniement du Code judiciaire, inévitable pour l'intégration du notariat à la pratique collaborative, le législateur pourrait en profiter pour insérer une disposition analogue à l'article 1736, alinéa 3, du Code judiciaire pour accorder une voie facile

⁹⁴. M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « Chapitre 13 – Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », in C. AUGHUET et al. (dir.), *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 425.



vers l'homologation. Néanmoins, en ce qui concerne le notaire collaboratif, pareille disposition serait sans grande incidence puisqu'il y a fort à parier que l'officier public authentifie l'accord dégagé par les parties avec son concours⁹⁵ (et celui d'un autre acteur, pouvant

⁹⁵. Cette possibilité se rencontre, au demeurant, en médiation (A. DEJOLLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », *op. cit.*, p. 283).

être un avocat collaboratif ou un notaire collaboratif). La règle du libre choix du notaire ne peut toutefois être enfreinte. Aussitôt qu'un accord est dégagé, le « notaire collaboratif » est, en conséquence, tenu de rappeler aux parties qu'il leur est loisible de solliciter l'intervention d'un confrère ou de requérir l'homologation du juge compétent.

³². Nous nous réjouissons des prochaines collaborations entre acteurs de la Justice.