

Désignation, compétence et impartialité du notaire auxiliaire de justice

par Jacques VAN COMPERNOLLE

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'U.C.L.

INTRODUCTION

1. Le partage judiciaire est une procédure complexe. L'une des raisons de cette complexité provient de ce que, tout en étant seul qualifié pour trancher les contestations, le tribunal n'est point compétent pour accomplir les opérations de liquidation-partage; c'est là, précisément, la tâche du notaire commis, lequel opérera sous le contrôle du juge qui l'a désigné. Le notaire commis est ainsi investi d'une mission particulière. Il est tenu de résoudre toutes les difficultés rencontrées, en quelque sorte comme « juge » de première ligne, mais sans pouvoir les trancher. Il doit établir un état liquidatif aussi complet que possible; mais en cas de contestation, il ne peut imposer une solution. Ce sera au tribunal à se prononcer; encore le juge devra-t-il se limiter, soit à homologuer purement et simplement le projet, soit à le renvoyer au notaire en lui indiquant comment et dans quelle mesure ce projet doit être modifié.

2. D'être commis par le tribunal confère au notaire liquidateur un statut particulier. Selon une formule que l'on retrouve généralement sous la plume des auteurs, ses fonctions sont celles d'un auxiliaire de justice. Cette qualité entraîne d'importantes conséquences tant en ce qui concerne le choix et l'éventuel remplacement du notaire commis qu'en ce qui concerne le déroulement de sa mission.

Sans reprendre ici l'ensemble d'une problématique à laquelle a été, récemment, consacrée la matière d'un ouvrage approfondi¹, l'on souhaiterait, dans le présent rapport, centrer l'attention sur trois problèmes particuliers :

¹ Voy. *Le notaire, le juge et l'avocat. Heurs et malheurs du notaire commis*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE et J.L. LEDOUX, Bruylant, 1996.

- a) le rôle respectif des parties et du tribunal dans la désignation du ou des notaires liquidateurs (Section I^{re})
- b) l'incidence de la qualité d'auxiliaire de justice du notaire liquidateur sur les exigences d'impartialité (Section II)
- c) la détermination de la compétence territoriale des notaires commis (Section III).

SECTION I^{re}. — LA DÉSIGNATION DU OU DES NOTAIRES LIQUIDATEURS

3. Aux termes de l'article 1209, alinéa 2, du Code judiciaire, si le tribunal ordonne le partage « il renvoie les parties, le cas échéant, sous les modalités qu'il détermine, devant un ou deux notaires nommés d'office, si les parties ne s'accordent pas sur le choix ».

Ce texte consacre formellement le droit des parties d'obtenir la désignation du ou des notaires qu'elles ont conjointement choisis. La disposition, qui rappelle celle qui s'applique à la désignation des experts ² entraîne cette conséquence que le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation si les parties s'accordent sur le choix d'un ou de deux notaires. En d'autres termes, l'accord des parties lie le tribunal, lequel ne pourrait refuser d'en tenir compte que si le ou les notaires proposés soit ne réunissaient pas les conditions de compétence *ratione loci* ³ soit encore, tombaient sous le coup de l'une des incompatibilités visées spécialement à l'article 8 de la loi de Ventôse ⁴.

4. Il faut se garder, toutefois, d'interpréter erronément ce que la loi entend par le choix des parties. Comme l'écrit pertinemment H. Casman, « il ne peut y avoir qu'un seul sens exact à cette expression : le choix des parties lie le magistrat qui ne peut plus que l'entériner, lorsque toutes les parties se sont entendues sur ce choix. Ce choix peut porter sur un ou sur deux notaires, mais il doit être unanime. Il n'est pas question de choix auquel le magistrat doit se soumettre si une partie demande la désignation du notaire N et l'autre la désignation du notaire P, tandis que la troisième ne s'exprime pas. Le commun accord doit porter sur le nom du notaire uni-

² Art. 964 du Code judiciaire.

³ Voy. *infra*.

⁴ Sur ces principes, voy. P. WATELET, « Partages et licitations judiciaires », *Répertoire notarial*, t. XIII, n° 81; J.L. RENS, *Procédures particulières*, Larcier, 1979, n° 164; P. DE PAGE, Note sous Liège, 29 avril 1991, *Revue trimestrielle de droit familial*, 1992, p. 328; J. VAN COMPERNOLLE, « La commission du notaire par justice : typologie et principes généraux » in, *Le notaire, le juge et l'avocat*, Bruylant, 1996, pp. 17 et s. et les références; comp. cependant R. BOURSEAU, Rapport in *La pratique du partage judiciaire*, ouvrage collectif, Story Scientia, 1987, p. 204.

que que les parties veulent voir désigner, ou sur les noms des deux notaires que toutes veulent voir désigner : alors seulement, il peut être question d'un choix »⁵.

5. Insistons, par ailleurs, sur ce que ce n'est point l'accord des parties mais la décision judiciaire qui confère au notaire sa qualité d'auxiliaire de justice. Même si le choix doit être entériné par le tribunal, c'est ce dernier qui désigne le notaire. Il n'appartient pas au juge de déléguer son pouvoir de juridiction⁶. L'on ne peut, dès lors, approuver les formules — que l'on retrouve parfois en pratique — selon lesquelles le tribunal désigne le notaire X « à défaut pour les parties de s'accorder sur le choix d'un autre notaire »⁷. Pareil dispositif est tout à fait critiquable. Ce n'est pas aux parties qu'il appartient de désigner le notaire. C'est là une fonction légalement reconnue au tribunal qui ne peut s'en décharger. La circonstance que le juge est lié par l'accord des parties ne change rien à la nécessité d'une décision commettant formellement le notaire désigné.

6. En pratique, il est rare que les parties s'accordent sur le choix du ou des notaires liquidateurs. Il appartient, en ce cas, au tribunal de désigner lui-même un ou deux notaires. Le principe est que le juge dispose, pour ce faire, d'un large pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Ceci n'est point synonyme d'un pouvoir arbitraire, mais signifie que le juge doit, dans l'appréciation des intérêts en présence, désigner le ou les notaires aptes à exercer au mieux — c'est-à-dire avec impartialité, objectivité et dans la confiance des parties — la mission qui leur sera confiée⁸.

Il est fréquent qu'à défaut d'accord des parties sur le choix d'un notaire, chacune demande la désignation du notaire qui a sa préférence. Il n'est point rare que le juge suive cette indication et commette les deux notaires dont les noms sont ainsi proposés. Le libellé de certaines décisions comporte même parfois le dispositif suivant lequel « Maître X est désigné pour le demandeur et Maître Y pour le défendeur ». Pareil dispositif doit être prohibé. Le notaire commis n'est jamais le notaire d'une partie. Investi d'une mission judiciaire, il doit accomplir celle-ci en toute indépendance à l'égard de toutes les parties au litige⁹.

⁵ « Quelques réflexions sur la déontologie du notaire commis », in *Le notaire, le juge et l'avocat*, Bruylant, 1996, p. 326.

⁶ Art. 11 du Code judiciaire.

⁷ Voy. sur cette pratique, S. DESCHAMPS, « Le notaire commis et son juge civil », in *Le notaire, le juge et l'avocat*, op. cit., p. 50.

⁸ Sur l'impartialité, voy. *infra*.

⁹ L. RAUCENT, « Rapport de synthèse » in *La pratique du partage judiciaire*, cité, p. 223; P. DELNOY, « Chronique de jurisprudence. Les successions », *J.T.*, 1990, p. 93, n° 6; H. CASMAN, op. cit., in *Le notaire, le juge et l'avocat*, p. 331.

Mieux vaudrait, à notre avis, lorsque chacune des parties demande la désignation de « son » notaire, que le tribunal — conscient de ce que le notaire proposé par une partie n'a point l'agrément de l'autre — désigne d'office un notaire unique, distinct de ceux qui ont été suggérés¹⁰. L'entièrement pur et simple par le tribunal des propositions unilatéralement formulées par chacune des parties ne peut conduire qu'à susciter la regrettable impression que chacun des notaires aurait un lien privilégié avec la partie qui a sollicité sa désignation.

7. Quel que soit le fondement de sa désignation — accord des parties ou choix du tribunal — le notaire commis n'est investi de sa mission qu'après avoir accepté sa désignation. Des raisons d'empêchement ou d'incompatibilité (qui auraient échappé au tribunal) pourraient, en effet, le conduire à devoir refuser sa mission. Le notaire pourrait aussi estimer, en conscience, devoir s'abstenir en raison de circonstances susceptibles de créer dans l'esprit des parties ou de certaines d'entre elles un doute quant à son impartialité¹¹. Des motifs de surcharge ou de santé pourraient également être de nature à justifier un refus de désignation.

Dans tous les cas où le notaire ne peut ou estime ne pouvoir accepter sa mission, il lui appartient d'en aviser le tribunal et les parties. En aucun cas, il ne pourrait se substituer amiablement un confrère. Seul le tribunal, saisi par la partie la plus diligente, a qualité pour ordonner le remplacement. La règle est certaine et unanimement admise par la doctrine¹².

SECTION II. — L'IMPARTIALITÉ DU NOTAIRE COMMIS

8. À la différence de la situation légalement faite aux magistrats¹³ et aux experts¹⁴, le Code judiciaire n'a point prévu de causes de récusation des notaires commis dans le cadre d'un partage judiciaire. Hormis les hypothèses d'incompatibilité spécialement prévues par la loi de Ventôse¹⁵ aucune disposition n'énumère des circonstances particulières dans lesquelles il serait légalement imposé au notaire de s'abstenir.

¹⁰ Voy. en ce sens Bruxelles, 9 septembre 1999, R.G., 1995/AR/2275, *inédit*.

¹¹ Voy. *infra*.

¹² Voy. J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, in *Le notaire, le juge et l'avocat*, p. 28 et les nombreuses références.

¹³ Art. 828 du Code judiciaire.

¹⁴ Art. 966 du Code judiciaire.

¹⁵ Art. 8 et 9, § 2, tels que modifiés par la loi du 4 mai 1999.

9. Qu'en est-il de l'exigence d'impartialité? Le nouvel article 9 de la loi de Ventôse consacre, expressément, le principe d'impartialité du notaire, principe qui avait déjà été développé par la doctrine. Il convient néanmoins, à notre avis, de ne point confondre ce principe — qui s'applique de manière générale à l'exercice de la fonction notariale — et la question de savoir si l'exigence d'impartialité ne doit point être appréciée de manière plus rigoureuse par le tribunal lorsque le notaire est investi d'une mission d'auxiliaire de justice. En d'autres termes, l'impartialité requise du notaire commis est-elle semblable à celle du notaire choisi librement par les parties ou doit-elle être appréciée plus sévèrement? Rejoignant, sur ce point, les opinions exprimées par de nombreux auteurs, il nous paraît « que le notaire commis, auxiliaire obligé de justice, voit cette obligation (d'impartialité) renforcée par une exigence d'impartialité objective, au sens judiciaire de l'expression »¹⁶.

10. L'exigence d'impartialité objective doit être bien comprise. Il ne s'agit pas de soutenir que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme consacrant, notamment, le principe d'impartialité du juge serait, comme tel, applicable au notaire commis par justice. En revanche, investi d'une mission judiciaire, le notaire participe, *sensu lato*, à l'œuvre de justice. Il en est d'autant plus ainsi, qu'en matière de partage judiciaire, il fait davantage œuvre personnelle qu'en d'autres matières : n'est-il point en quelque sorte le « premier juge » dans le règlement des différends qui surgissent entre parties en cours de partage¹⁷? Même si cette dernière expression n'est qu'une image, elle met bien en relief le fait que le notaire liquidateur est un acteur privilégié dans le déroulement et le règlement du partage judiciaire. Certes n'agit-il point par voie juridictionnelle; mais sa mission, légalement définie, s'inscrit et se déroule dans le cadre d'une procédure contentieuse spécialement réglée par le Code judiciaire.

L'exigence d'impartialité signifie que, non seulement le notaire commis ne peut, dans le déroulement des opérations, donner l'impression d'avoir un parti pris ou un préjugé à l'égard de telle ou telle partie¹⁸ mais également que, lors de la désignation, le tribunal doit avoir égard aux circonstances

¹⁶ J.F. LEDOUX et D. STERCKX, « La réforme du notariat et des actes notariés », *J.T.*, 2000, p. 211; dans le même sens, D. STERCKX, « Le notaire commis et les avocats », in *Le notaire, le juge et l'avocat*, p. 122, n° 54; du même auteur, obs. sous Civ. Namur, 6 novembre 1992, *Revue du notariat belge*, 1994, p. 252; H. CASMAN, « La déontologie du notaire commis », in *Le notaire, le juge et l'avocat*, pp. 333 et s.; voy. également J. VAN COMPENOLLE, « La commission du notaire par justice » in *Le notaire, le juge et l'avocat*, pp. 29 et s. et les références; comp. cependant l'opinion plus réservée de J.F. TAYMANS in « Quelques réflexions sur la mission du notaire commis par justice », *Revue du notariat belge*, 1996, pp. 374 et s., spéc. n°s 2 et s.

¹⁷ S. DESCHAMPS, « Le notaire commis et son juge civil » in *Le notaire, le juge et l'avocat*, p. 63 et les références.

¹⁸ Voy. *infra*.

qui pourraient, objectivement, susciter dans l'esprit d'une ou de plusieurs parties, des doutes sérieux quant à l'aptitude du notaire commis à exercer sa mission en toute indépendance. La théorie de l'apparence joue ici un rôle fondamental. Ce qui est en cause n'est point la personne du notaire ou son aptitude personnelle à agir de manière impartiale. Ce qui est en question est de savoir si les liens ou les rapports que le notaire peut, ou a pu avoir avec l'une des parties n'est point de nature à créer, dans l'esprit des autres parties, un doute raisonnable quant à son impartialité. Si ce doute paraît objectivement justifié, le tribunal doit, nous paraît-il, sauf accord unanime des parties sur le choix de ce notaire, s'abstenir de le désigner.

11. Les raisons susceptibles de justifier un doute raisonnable quant à l'impartialité objective du notaire doivent être appréciées, *in concreto*, par le tribunal. La jurisprudence n'est pas très abondante et révèle, indiscutablement, des hésitations. Dans notre étude sur la commission du notaire par justice, nous avons eu l'occasion d'en faire le recensement¹⁹. Quant à la doctrine — surtout la plus récente — elle va indiscutablement dans le sens d'une appréciation relativement sévère, par le tribunal, des exigences d'impartialité objective du notaire commis. De nombreux auteurs insistent ainsi sur ce qu'il y a lieu de refuser la nomination du notaire dont les liens antérieurs avec l'une des parties, notamment comme conseil de celle-ci, sont de nature à susciter le doute raisonnable et objectivement justifié qu'il ne puisse plus exercer sa mission judiciaire en totale indépendance et avec parfaite objectivité²⁰.

Nous partageons entièrement cet enseignement et, notamment, celui exprimé par notre collègue H. Casman qui, à juste titre, selon nous, écrit que « le notaire ayant déjà conseillé une des parties, pris position ou donné un avis juridique sur une question qui va être soulevée devant lui dans le cadre de la liquidation et par rapport à laquelle les intérêts des parties sont divergents, s'est trop impliqué pour pouvoir encore garantir son impartialité »²¹. L'on est conscient qu'il s'agit là d'une doctrine rigoureuse. Certains considèrent du reste qu'elle est trop sévère, en cela qu'elle sacrifierait exagérément au culte des apparences²². Mais il ne faut pas perdre de vue que le

¹⁹ J. VAN COMPERNOLLE, « La commission du notaire par justice », in *Le notaire, le juge et l'avocat*, pp. 26 et s. et les références.

²⁰ Voy. ainsi R. BOURSEAU, « Rapport », in *La pratique du partage judiciaire*, p. 205; D. STERCKX, obs. sub. Civ. Namur, 6 novembre 1992, *Revue du notariat belge*, 1994, p. 252; P. DELNOY, Chronique précitée, *J.T.*, 1990, p. 93; S. DESCHAMPS, « Le notaire commis et son juge civil », *op. cit.*, p. 52; H. CASMAN, « La déontologie du notaire commis », in *Le notaire, le juge et l'avocat*, pp. 327 et 328.

²¹ H. CASMAN, *ibid.*

²² En ce sens, J.F. TAYMANS, « Quelques réflexions sur la mission du notaire commis par justice », *Revue du notariat belge*, 1996, p. 376.

principe d'impartialité objective est précisément centré sur la théorie de l'apparence. Au risque de nous répéter, rappelons une fois encore que la question n'est point de savoir si, dans son for intérieur, le notaire agira avec une totale impartialité et une parfaite indépendance. La question — la seule question — est de savoir si le notaire qui a été, antérieurement, le conseil d'une partie, qui s'est déjà impliqué dans le dossier, qui a donné des avis ou des consultations juridiques à son sujet, n'apparaît point comme ayant sur l'ensemble de l'affaire un jugement préétabli créant, dans le chef des autres parties, un doute raisonnable quant à son aptitude à exercer sa mission judiciaire en toute impartialité. Si, au regard de toutes les circonstances de l'espèce, la réponse à cette question est affirmative, il appartient au tribunal de ne point désigner ce notaire. Aussi bien, partageons-nous l'opinion que, si ce notaire était néanmoins désigné par le tribunal, il pourrait, en conscience, estimer ne pouvoir accepter sa mission ²³.

12. Les considérations qui précèdent permettent d'apercevoir que l'impartialité est un critère important dans la désignation du notaire. Faut-il dire que l'exigence d'impartialité doit également régir le déroulement de la mission du notaire commis. Dans l'exercice de cette mission, celui-ci doit, évidemment, adopter un comportement qui ne puisse, d'aucune manière, justifier de la part de l'une ou l'autre des parties, un grief de partialité. S'il n'était point ainsi, la partie intéressée pourrait demander au tribunal le remplacement du notaire commis. La jurisprudence révèle plusieurs cas d'application de ces principes, tant en matière de partage judiciaire qu'en matière de saisie-exécution immobilière ²⁴.

Cet incident ne doit point être confondu avec la demande de remplacement du notaire ne pouvant assumer ou poursuivre sa mission notamment pour causes d'empêchement, de maladie ou d'incompatibilité. Il s'agit, ici, de reprocher au notaire la méconnaissance des principes régissant le déroulement correct de sa mission. En pareil cas, la demande de remplacement implique un débat contradictoire et la mise à la cause du notaire ²⁵. Cette mise à la cause n'impliquerait point, à notre avis, le recours à la citation ²⁶. S'agissant d'un incident dans le cadre d'une procédure de partage judiciaire

²³ H. CASMAN, *ibid.*, p. 327, n° 43.

²⁴ Voy. sur cette jurisprudence notre étude précitée, in *Le notaire, le juge et l'avocat*, pp. 29 et s. et les nombreuses références; pour un exemple récent en matière de partage judiciaire voy. Mons, 22 octobre 1998, *R.T.D.F.*, n° 4/2000 et note J.L.R.; sur la question de savoir si le notaire liquidateur peut avoir un « colloque singulier » avec l'une des parties, voy. ci-après la note de J.-F. TAYMANS dont l'opinion peut être partagée à la condition essentielle — comme en convient l'auteur — que l'autre partie ait formellement marqué son accord sur cet entretien.

²⁵ Voy., en ce sens, l'importante doctrine citée dans notre étude, *ibid.*, p. 33.

²⁶ En ce sens, D. STERCKX, Observations sous Liège, 1^{er} octobre 1998, *Revue du notariat belge*, 1999, p. 128.

dont le tribunal est saisi, le recours à la requête pourrait se justifier à l'instar du mode d'introduction d'une demande de remplacement d'expert²⁷. Le caractère contradictoire de la procédure pourra, sans difficulté, être assuré par la communication de la requête faite par le greffier à toutes les parties et, bien entendu, également au notaire commis, lequel sera invité à comparaître pour être entendu en ses explications²⁸.

SECTION III. — LA COMPÉTENCE TERRITORIALE

13. Il convient, au départ, de rappeler que la désignation du notaire liquidateur est indépendante tant du lieu d'ouverture de la succession que de celui du domicile des parties. Elle est également indépendante de l'arrondissement dans lequel siège le tribunal saisi de l'action en partage. Rien n'interdit ainsi au tribunal de désigner comme notaire liquidateur un notaire dont la résidence est située hors de l'arrondissement judiciaire de ce tribunal²⁹.

14. En revanche, la compétence territoriale du notaire liquidateur lui impose de ne pouvoir instrumenter que dans les limites de l'arrondissement de sa résidence. Il en résulte, qu'à condition de respecter cette exigence, le notaire peut être commis dans un partage comportant des biens situés en dehors de son arrondissement.

Ceci peut cependant conduire à des difficultés s'il s'agit de dresser inventaire de certains biens mobiliers situés en dehors de l'arrondissement du notaire commis ou encore de réaliser la vente publique d'un immeuble dans un lieu déterminé situé en dehors de cet arrondissement. En pareil cas, il appartient au tribunal de désigner — outre le ou les notaires liquidateurs — un notaire spécialement chargé d'accomplir ces opérations ponctuelles. Cette désignation spéciale peut être sollicitée dès l'origine pour gagner du temps; sinon elle devrait intervenir en cours de procédure³⁰. En aucun cas, le notaire liquidateur désigné ne pourrait, d'initiative, se substituer amiablement un confrère pour réaliser une opération située en dehors de son arron-

²⁷ Voy. l'art. 977 du Code judiciaire.

²⁸ Voy. en ce sens, P. VAN DEN EYNDE, P. DE PAGE, J.F. PARISIS et J.F. TAYMANS, « Le partage judiciaire — Quelques questions pratiques », *Revue du notariat belge*, 1991, p. 237.

²⁹ R. DE VALKENEER, « Rapport », in *La pratique du partage judiciaire*, p. 35; R. BOURSEAU, « Rapport », in *La pratique du partage judiciaire*, p. 206; M. GRÉGOIRE et C. WAUTERS, *op. cit.*, in *La pratique du partage judiciaire*, p. 176.

³⁰ R. BOURSEAU, « Rapport », in *La pratique du partage judiciaire*, p. 206; R. DE VALKENEER, « Rapport », in *La pratique du partage judiciaire*, p. 35; P. WATELET, *Partages et licitations judiciaires*, n° 81.

dissement³¹. En aucun cas, davantage, le tribunal ne pourrait déléguer ce pouvoir au notaire commis pour instrumenter³².

Qu'en est-il quand, pour les besoins de la liquidation, certains devoirs sont à accomplir à l'étranger? Nous partageons, sur ce point, l'opinion dominante selon laquelle il n'appartient pas à un tribunal belge de désigner une autorité étrangère. Il revient en ce cas, à la partie la plus diligente, de saisir la juridiction étrangère aux fins de faire désigner, par ce tribunal, un notaire ou une autorité qualifiée pour accomplir sur place les opérations requises³³.

15. Ce qui précède conduit, selon nous, à ne pouvoir confondre la situation particulière d'un notaire chargé par le tribunal d'accomplir tel acte déterminé en dehors de l'arrondissement du notaire liquidateur (ainsi un inventaire, une vente publique...) et la situation toute différente qui est celle du notaire « en second ». Il nous paraît en effet que, si le tribunal désigne deux notaires pour « procéder aux opérations » (art. 1214 du Code judiciaire) c'est qu'il entend que ces deux notaires collaborent étroitement en qualité d'officiers ministériels pour l'ensemble des opérations de partage en manière telle qu'il les désigne comme notaires co-instrumentants. Il s'ensuit que si deux notaires sont désignés comme notaires liquidateurs, ils doivent avoir, l'un et l'autre, la même compétence territoriale. La règle est affirmée par une doctrine qui, jusqu'il y a peu, paraissait solidement établie³⁴.

La jurisprudence, il est vrai, paraît plus hésitante, certaines décisions appliquant cet enseignement, d'autres, au contraire, s'en écartant³⁵.

³¹ R. BOURSEAU, *ibid.*

³² P. WATELET, *ibid.*, l'auteur critiquant sévèrement deux décisions comportant cette délégation; sur la critique de ces décisions, voy. également C. DE BUSSCHERE, observ. sub. Civ. Courtrai, 18 novembre 1986, *R.W.*, 1986-1987, col. 1503; voy. aussi P. VAN DEN EYNDE, P. DE PAGE, J.F. PARISIS et J.F. TAYMANS, *Le partage judiciaire : quelques questions pratiques*, cité, n° 14 et les références.

³³ En ce sens, R. DE VALKENEER, *op. cit.*, in *La pratique du partage judiciaire*, pp. 36 et 37; Liège, 30 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 743, qui décide qu'il appartient à la partie la plus diligente de faire désigner par le tribunal étranger une autorité compétente pour le partage d'un immeuble aux États-Unis; voy. également *infra* le Rapport du professeur M. VERWILGHEN; *contra*, Bruxelles, 9 septembre 1999, inédit, précité, qui désigne, « sous réserve de compatibilité avec le droit français », un notaire français pour réaliser diverses opérations, notamment d'inventaire, concernant des biens situés en France.

³⁴ En ce sens, RENS, *Précis de droit judiciaire*, t. V, Procédures particulières, n° 164, p. 164; WATELET, *Des partages et licitations judiciaires*, n° 81; P. VAN DEN EYNDE, P. DE PAGE, J.F. PARISIS et J.F. TAYMANS, *op. cit.*, n° 14; R. BOURSEAU, *op. cit.*, p. 206; S. DESCHAMPS, *op. cit.*, in *Le notaire, le juge et l'avocat*, p. 51; J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, in *Le notaire, le juge et l'avocat*, p. 18 et les références.

³⁵ Voy. ainsi, par exemple, Civ. Dinant, 13 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 734 qui décide que si le tribunal désigne deux notaires, ceux-ci doivent être du même arrondissement, à peine de ne pouvoir instrumenter conjointement; voy. dans un sens totalement différent, Civ. Nivelles, 24 juin 1997, *Revue du notariat belge*, 1997, p. 543 qui décide que rien ne s'oppose à ce que

16. Dans son étude précitée, H. Casman critique la doctrine dominante en considérant que le notaire en second pourrait légalement être désigné sans avoir la même compétence territoriale que le notaire liquidateur nommé en premier ordre. Selon cet auteur, le tribunal peut agir de la sorte en confiant aux deux notaires des missions différentes « et (que) chaque mission individuelle sera accomplie dans le ressort du notaire qui en aura été chargé ». L'auteur cite ainsi l'exemple d'un second notaire « pour la vente de biens situés dans une autre région du pays »; elle relève encore que la désignation d'un deuxième notaire « peut sembler utile au juge uniquement pour qu'il puisse obtenir un complément d'analyse ou une opinion supplémentaire sur les questions de droit et de fait qui seront soulevées dans le cadre des opérations de liquidation et de partage »³⁶. Cette opinion — déjà antérieurement défendue par M. Grégoire et Ch. Wauters³⁷ et, dans une certaine mesure, par L. Raucent³⁸ — est partagée par J.F. Taymans³⁹.

17. Personnellement nous ne pouvons, d'aucune manière, nous rallier à ce point de vue. Lorsque le tribunal désigne deux notaires c'est — conformément à l'article 1214 du Code judiciaire — pour « procéder aux opérations ». En d'autres termes, ces deux notaires sont « chargés de procéder aux opérations du partage »⁴⁰. Comme l'écrit pertinemment R. Bourseau « lorsque deux notaires sont commis pour procéder aux opérations — c'est-à-dire pour instrumenter — tant le législateur que le tribunal entendent que ces notaires collaborent — en tant qu'officiers publics — aussi étroitement que possible et qu'ils soient, partant, des notaires co-instrumentants. Si, certes, le notaire dont le nom figure en premier ordre dans le jugement est chargé de la garde des minutes et dresse seul l'état liquidatif, sauf le droit du second notaire de faire annexer une note d'observations à l'état liquidatif ou un contre-projet⁴¹, en revanche, les deux notaires désignés doivent intervenir ensemble, notamment, pour dresser l'inventaire, le procès-verbal d'ouverture des opérations, celui des dires et difficultés, l'acte contenant leur avis personnel sur chaque contredit, ainsi que pour procéder au tirage au sort des lots et adjudications publiques. Il faut en effet prendre en considération l'ensemble des actes, procès-verbaux et opérations qu'implique une procédure de partage judiciaire et non uniquement l'état liquidatif et la note d'ob-

soient désignés pour la liquidation et le partage, deux notaires n'ayant pas la même compétence territoriale.

³⁶ H. CASMAN, *La déontologie du notaire commis*, cité, pp. 320 et 321.

³⁷ *Op. cit.*, p. 176.

³⁸ « Rapport de synthèse », in *La pratique du partage judiciaire*, p. 225.

³⁹ « Quelques réflexions sur la mission du notaire commis par justice », *Revue du notariat belge*, 1996, pp. 377 et 378.

⁴⁰ « Rapport sur la réforme judiciaire », *M.B.*, 1964, p. 425.

⁴¹ Art. 1214 du Code judiciaire.

servations ou le contre-projet visé à l'art. 1214 du Code judiciaire. On ne conçoit pas que chaque notaire opère, dans son étude ou son arrondissement, de façon isolée, distincte et indépendante. Les notaires peuvent également dresser ensemble de commun accord l'état liquidatif »⁴².

Pour le surplus, l'on ne peut assimiler les fonctions du ou des notaires liquidateurs avec la situation particulière d'un notaire éventuellement commis par le tribunal pour accomplir, de manière ponctuelle, un inventaire ou une vente publique dans un autre arrondissement. Comme nous l'avons relevé⁴³, cette mission particulière ne se confond nullement avec l'accomplissement des multiples opérations qu'implique le partage judiciaire et qui échoit soit, exclusivement, au notaire liquidateur, s'il est seul, soit aux deux notaires désignés conjointement par le tribunal, lesquels doivent nécessairement, selon nous, avoir leur résidence dans le même arrondissement.

18. Qu'en est-il, enfin, de la compétence territoriale du notaire commis pour représenter les défaillants et les récalcitrants? Contrairement à une doctrine unanime, H. Casman dans son étude précitée, soutient que ce notaire ne pourrait exercer cette fonction en dehors de son arrondissement. L'auteur se fonde, pour étayer son point de vue, sur ce qu'à la différence de l'article 6 de la loi de Ventôse qui ne prohibe que l'instrumentation en dehors du ressort, l'article 5 de cette loi impose aux notaires, de manière générale, d'exercer leur fonction dans l'arrondissement judiciaire de leur résidence. La circonstance que le notaire chargé de représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes n'instrumente pas n'est dès lors, selon H. Casman, d'aucune relevance, puisqu'il exerce en l'occurrence « une fonction » telle que définie à l'article 5 de la loi précitée⁴⁴.

Ici également l'opinion ne convainc pas. Sans doute l'article 5 de la loi de Ventôse a-t-il une portée plus large que l'article 6 de cette loi; sans doute, également, la seule considération que le notaire chargé de représenter des parties défaillantes ou récalcitrantes n'instrumente pas — au sens d'authentification — n'est-elle point par elle-même déterminante. En réalité, l'argument essentiel qui conduit à considérer que ce notaire peut, en l'occurrence, agir en dehors de son arrondissement est que la fonction dont il est investi par le tribunal n'est point une fonction notariale. Il s'agit d'un mandat judiciaire lui valant de pouvoir représenter les défaillants et les récalcitrants « c'est-à-dire à agir en leur nom avec pouvoir légal de faire naître un effet de droit dans leur patrimoine »⁴⁵. Ce mandat judiciaire ne relève point

⁴² R. BOURSEAU, « Rapport » in *La pratique du partage judiciaire*, pp. 205 et 206.

⁴³ *Supra*, n^{os} 14 et 15.

⁴⁴ H. CASMAN, *op. cit.*, p. 318.

⁴⁵ L. RAUCENT, « Rapport de synthèse » in *La pratique du partage judiciaire*, p. 225.

d'une fonction spécifiquement notariale. Le législateur aurait pu, du reste, parfaitement prévoir que ce mandat serait confié à un avocat. En l'occurrence, il a considéré que le notaire était probablement le plus apte à remplir cette mission. Mais celle-ci ne relève point davantage spécifiquement d'une fonction notariale qu'une mission d'administrateur provisoire. Il nous paraît, dès lors, que — conformément à un enseignement constant — le notaire commis pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes peut valablement exercer cette mission en dehors de son arrondissement ⁴⁶.

19. Au terme de cette analyse, force est ainsi de constater que la compétence territoriale des notaires commis dans un partage judiciaire, continue de susciter plusieurs controverses. Celles-ci se posent évidemment à la juridiction chargée de procéder aux désignations. En revanche, dès lors que la décision commettant les notaires n'est plus susceptible de recours, il ne sera plus possible à l'une des parties de remettre en cause, sur cette base, la régularité de la procédure.

⁴⁶ Dans ce sens J.F. TAYMANS, *op. cit.*, *Rev. not. b.*, 1996, p. 378 et les références; sur cet enseignement, voy. J. VAN COMPERNOLLE, Étude précitée, in *Le notaire, le juge et l'avocat*, pp. 19 et 20 et les références; voy. aussi L. RAUCENT, Rapport de synthèse précité, p. 226. Cet auteur considère que, juridiquement, le notaire chargé de représenter les défaillants et récalcitrants pourrait même représenter un parent ou un allié sans méconnaître les règles de compétence visées à l'article 8 de la loi de Ventôse, tout en relevant qu'il ferait cependant mieux, dans ce cas, « de s'abstenir pour des raisons d'éthique notariale »; dans le même sens, R. BOURSEAU, *ibid.*, p. 209; WATELET, *Répertoire notarial, op. cit.*, n° 85.

ADDENDUM

À propos du respect du principe
du contradictoire par le notaire commis

par Jean-François TAYMANS

1. Parmi les conséquences de l'impartialité requise du notaire commis par le tribunal, figure l'obligation qui lui est faite de respecter le principe du contradictoire. Le respect de ce principe suscite de fréquentes difficultés dans la pratique sur un point précis : le notaire désigné par le tribunal peut-il, au cours de l'exercice de sa mission, avoir avec une des parties un colloque singulier? Autrement dit : lui est-il permis de recevoir une des parties (et/ou son conseil) sans la présence de l'autre partie?

2. Dans son étude publiée dans l'ouvrage collectif « *Le notaire, le juge et l'avocat* »⁴⁷, Daniel Sterckx s'exprime comme suit : « *Il le notaire commis) doit veiller à éviter tout colloque singulier avec l'une des parties, qui serait susceptible de porter atteinte tant au principe de contradiction qu'à l'exigence d'impartialité dite objective, indispensable à l'exercice d'une mission accomplie en qualité d'auxiliaire de justice* ».

Dans le même ouvrage⁴⁸, le professeur van Compernelle approuve cette opinion sans réserve, et ajoute que « *le notaire qui, dans le déroulement de sa mission, adopte une attitude ou accomplit des actes contraires au principe de contradictoire, tout autant du reste que de nature à mettre en doute son impartialité objective, pourrait être remplacé par le tribunal ou le juge qui l'a commis* ».

3. Je me suis permis pour ma part d'émettre quelques réserves à propos de cette opinion, qui me paraît trop absolue⁴⁹. Mon raisonnement est pour l'essentiel le suivant :

- a) le notaire désigné par le tribunal n'étant pas un juge, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui constitue le fondement de l'exigence d'impartialité dite « objective », ne lui est pas applicable⁵⁰;
- b) par ailleurs, la désignation du notaire par le tribunal ne peut l'empêcher de jouer ce rôle de conciliation qui fait intrinsèquement partie de sa fonction de notaire, et qui permet souvent, au plus grand bénéfice des parties, que la procédure judiciaire soit abandonnée pour un accord transactionnel. Or, concilier demande le plus souvent de pouvoir recevoir séparément les parties et leur conseil;

⁴⁷ Dir. J. VAN COMPERNOLLE et J.L. LEDOUX, Bruylant, 1996, p. 122.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁹ J.F. TAYMANS, « Quelques réflexions sur la mission du notaire commis par justice », *Rev. not. b.*, 1996, pp. 379 et s.; on observera par ailleurs que Daniel STERCKX complète son avis tel que ci-dessus relaté, par la nuance suivante : « *On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité de certains aménagements de ce principe, lorsque plusieurs notaires ont été nommés* ».

⁵⁰ Ce qui n'est pas contesté : voy. dans le présent ouvrage le rapport du professeur VAN COMPERNOLLE, qui considère cependant que le notaire, en raison de la mission d'auxiliaire de justice qui lui est confiée par le tribunal, doit respecter néanmoins dans son comportement cette impartialité objective.

c) le respect du contradictoire reste suffisamment assuré par les trois règles suivantes : l'information (et j'ajoute volontiers, contrairement à ce que j'écrivais en 1996 : l'accord) préalable de l'autre partie quant à ce colloque singulier, l'obligation de communiquer immédiatement à l'autre partie toute pièce qui serait remise au cours de l'entretien, et l'avertissement préalable que rien ne pourra être confié au notaire sous le couvert de son secret professionnel.

4. Les partisans des deux thèses restent, il faut le reconnaître, sur leurs positions. Mais il importe de comprendre qu'il s'agit de sensibilités plus complémentaires que contradictoires. Le professeur van Compernelle ne conteste sans doute pas que le notaire désigné par le tribunal puisse en principe jouer un rôle de conciliation, mais il estime que le risque est trop grand d'éveiller chez une des parties un soupçon quant à son impartialité, pour permettre le colloque singulier, même dans les conditions précises que je préconise. Pour ma part, je ne doute pas de l'importance pour le notaire commis non seulement d'être fondamentalement impartial, mais même de ne pas susciter, au niveau des apparences, le doute d'une des parties sur sa volonté d'exercer sa mission en toute impartialité. Je pense simplement que cela ne peut l'empêcher de tenter la conciliation, et pour cela d'avoir avec une des parties — ou les deux successivement, cela va sans dire — un entretien particulier dans la transparence voulue.

5. En définitive, si l'on considère la méconnaissance fréquente par de nombreux notaires du principe du contradictoire, qui s'impose à eux dès lors qu'ils sont nommés par le tribunal, c'est surtout les points de convergence des deux thèses qu'il importe de souligner. Trop de notaires commis par justice considèrent comme tout à fait normal de recevoir une des parties (parfois même sans son avocat), sans en prévenir l'autre, ou de détenir des documents dont ils n'ont pas l'assurance qu'ils ont été communiqués à la partie adverse, ou encore de recevoir des confidences qu'ils estiment pouvoir garder par devers eux. Ils doivent comprendre que leur fonction d'auxiliaire de justice ne leur permet pas de pareils comportements. Sur ce point, il y a unanimité.