

La responsabilité professionnelle du notaire

En particulier dans le cadre des contrats de mariage et dans les conventions préalables au divorce par
consentement mutuel

Mémoire réalisé par
Marie-Hélène de Callatay
Promoteur
Me Jean-Louis Renchon

Année académique 2014-2015
Master complémentaire en notariat

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Mes plus vifs remerciements vont à mon promoteur, M^e Jean-Louis Renchon pour sa disponibilité, son écoute et ses conseils avisés tout au long de ce travail.

Je tiens également à remercier l'ensemble des associés du cabinet d'avocats Van Lint & Associés, et tout particulièrement, M^e Jean Goemare, pour m'avoir ouvert leurs portes et m'avoir procuré de précieux conseils, comme un notaire normalement prudent et diligent l'aurait fait. Par le partage de leurs expériences, de leurs opinions et de leurs idées, ils m'ont aidée à m'orienter dans les méandres de la responsabilité notariale.

Introduction

Le notaire est un personnage à part sur la scène des responsabilités professionnelles. Pour plusieurs raisons, la responsabilité professionnelle du notaire est une responsabilité fascinante, particulière et complexe.

Les principes de droit commun s'appliquent à la responsabilité notariale, mais cette responsabilité se singularise de différentes façons. Tout d'abord, elle trouve un écho dans la loi, à l'article 9 de la loi de Ventôse¹. Cette disposition impose au notaire un devoir de conseil et d'information à l'égard des parties. Le manquement à cette obligation est le grief le plus couramment invoqué contre le notaire dans le cadre de la mise en cause de sa responsabilité. Il est vrai que les obligations d'informations sont sources de responsabilités nouvelles, en particulier pour ceux, comme le notaire, dont la profession consiste précisément dans la transmission de l'information ou dans la délivrance du conseil².

Ensuite, le notaire se distingue par son double statut: il est considéré à la fois comme le titulaire d'une profession libérale et également comme un officier public³. Ce statut hybride a une incidence particulière sur la nature même de la responsabilité notariale, comme nous le verrons plus loin.

En outre, contrairement aux autres professions libérales telles que le médecin, l'avocat ou l'architecte, le notaire peut donner force exécutoire à un acte ainsi que conférer l'authenticité⁴. Le notaire est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sauf lorsque l'acte est illégal.

Dans le cadre de ce travail, nous allons rappeler, dans un premier temps, les grands principes de la responsabilité professionnelle, tout en analysant le débat qui a animé et anime encore la doctrine et la jurisprudence sur la nature de la responsabilité professionnelle notariale. Le devoir de conseil, grief couramment invoqué par les parties pour mettre en cause la responsabilité du notaire sera analysé(CHAPITRE I). Ensuite, nous nous attarderons sur la responsabilité du notaire dans les contrats de mariage et les conventions préalables au divorce

¹ Loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, art.9.

² B. DUBUISSON, *La responsabilité civile liée au devoir de conseil. Questions d'actualité*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000.

³ J-F. TAYMANS, « Officier public ? Profession libérale ? La fausse alternative », in *Le service notarial : Réflexions critiques et prospectives*, colloque en hommage à Michel Grégoire, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 212 et suiv.

⁴ J.GOEMARE, «La responsabilité du notaire est-elle contractuelle ou aquilienne ? », *Rev.du not.b.*, 2009, p.154.

par consentement mutuel. Une chronologie de la jurisprudence rendue sur le sujet sera analysée et commentée dans cette partie (CHAPITRE II). Les grands principes de la responsabilité notariale seront enfin dégagés et synthétisés dans le dernier volet de ce travail (CHAPITRE II, Section III).

CHAPITRE I : La responsabilité professionnelle du notaire

Section I : Considérations générales sur la responsabilité professionnelle

Les responsabilités professionnelles sont à la mode : sans doute est-ce là un indice du stress et de l'anxiété de notre société, laquelle éprouve un besoin de sécurité qui la pousse à chercher dans toutes les disciplines des « grands prêtres »⁵ qu'on voudrait infaillibles et qu'on souhaite rendre responsables pour ne pas l'être.

On assiste aujourd'hui à une certaine « généralisation » de ce type de responsabilités, plus souvent mis en œuvre et en quelque sorte « démocratisé »⁶. Les professions juridiques sont aujourd'hui également concernées, et le notaire peut être tenu pour responsable dans l'exercice de ses fonctions s'il a commis une faute, s'il y a un dommage et s'il existe un lien de causalité certain entre la faute et le préjudice⁷. La structure de cette responsabilité repose sur la même trilogie que celle de droit commun: faute, préjudice, lien de causalité⁸.

On rappellera que la faute doit être constituée par un élément objectif (l'acte ou l'omission elle-même) et par un élément subjectif (l'imputabilité), deux éléments qui doivent être constatés par le juge de fond⁹. L'action ou l'omission sera considérée comme fautive si elle consiste en la violation, soit de la loi, soit d'une norme de conduite générale ou particulière. Le non-respect de la loi ou du règlement ne pose guère de problèmes : la faute est établie dès que la loi est violée. La preuve de la faute sera apportée dès qu'il aura été établi que la loi ou le règlement ont bien été transgressés. La violation d'une norme de conduite générale ou particulière doit, quant à elle, s'analyser différemment dans chaque cas d'espèce, compte tenu des circonstances de la cause¹⁰. En outre, en matière professionnelle, l'appréciation de cette violation se fera en comparaison avec la conduite d'un membre prudent et diligent de la même

⁵ A. BÉNABANT, "La responsabilité des professionnels du droit en France" in *Les professions juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 761 à 766.

⁶ *Idem*.

⁷ J.L. FAGNART, "La responsabilité civile, Chronique de Jurisprudence", *J.T.*, 1986, p.315.

⁸ A. BÉNABANT, *op.cit.*, p.765.

⁹ C. VANHALEWYN, *La responsabilité civile professionnelle du notaire, Dix années de jurisprudence belge (1980-1989)*, Averbode, Altiora, 1991, pp.53 à 54.

¹⁰ C. VANHALEWYN, *ibidem*, pp.55 à 57.

profession placé dans les mêmes circonstances¹¹. Comme nous le verrons plus loin, les fautes reprochées au notaire peuvent être de tous types : des erreurs de droit, des erreurs de forme, des rédactions incorrectes, des erreurs d'évaluation ou d'anticipation, des négligences commises dans la liquidation d'une succession ou d'un divorce... Cependant, le grief le plus souvent reproché au notaire est sans aucun doute le défaut du devoir de conseil et d'information, obligation promulguée à l'article 9 de la loi de Ventôse. Soulignons déjà qu'en ce qui concerne ces devoirs, ces normes de conduite et leur violation, il est prévu que la situation «[...] doit être appréciée dans chaque cas particulier compte tenu des circonstances de la cause¹²».

Le dommage, quant à lui, doit être certain. L'action en réparation ne peut être intentée que par celui qui l'a subi. Le préjudice doit donc avoir un caractère personnel¹³. Il doit en outre constituer une atteinte à un intérêt légitime. Les cours et tribunaux devront donc analyser l'existence ou la preuve ou le caractère certain ou légitime du préjudice invoqué¹⁴.

Enfin, il faut, mais il suffit que, sans la faute, le dommage ne se serait pas produit, tel qu'il s'est produit, *in concreto*. Il s'agit de la théorie de l'équivalence des conditions, consacrée par la Cour de cassation¹⁵. Dans les arrêts rendus dans le cadre de la responsabilité notariale, on peut observer que le juge essaie souvent de savoir, si, de manière concrète, la situation aurait été différente si la faute reprochée au notaire n'avait pas été commise¹⁶. Un arrêt de la Cour de cassation de 2004 a affirmé qu'il fallait démontrer le lien causal avec certitude¹⁷. L'exigence d'un lien de causalité certain est appliquée de façon stricte par les juridictions saisies par la mise en cause d'une responsabilité notariale. En regardant la jurisprudence, il est fréquent de remarquer que, même si le notaire a commis une faute, il ne sera pas tenu pour responsable du seul fait de l'absence de ce lien causal certain. Nous en verrons plusieurs illustrations dans le cadre du CHAPITRE II.

Section II : La nature de la responsabilité notariale

La nature de la responsabilité notariale a longtemps déchiré la doctrine et la jurisprudence. Encore aujourd'hui, et dans le cadre de ce travail, nous nous sommes aperçu au fil de nos

¹¹ *Idem*.

¹² Cass., 13 juin 1983, *J.T.*, 1984, p. 9.

¹³ T. VAN SINAY "Notaris en onroerend goed, Aansprakelijkheid van de notaris", in X, *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, IV.K.4 – 1.

¹⁴ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, pp.55 à 57.

¹⁵ Cass., 8 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 38.

¹⁶ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, pp.55 à 57.

¹⁷ Cass., 1 avril 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p.368.

diverses lectures et rencontres, que les praticiens n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur la nature de cette responsabilité, malgré les arrêts récents rendus sur le sujet par la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne. L'interprétation donnée à ces différents arrêts varie. Au fond, nous avons presque pu en conclure que chacun interpréterait les différents arrêts des trois hautes Cours selon sa thèse préconçue et n'y verrait là que les arguments qui pourraient étayer sa propre théorie préétablie. L'interprétation donnée par ces différents praticiens semblerait être fortement influencée par le résultat auquel ils veulent aboutir.

La nature de la responsabilité notariale est importante dans le cadre de ce travail car cette question a un impact tout à fait concret sur la solution à donner aux casus que nous allons évoquer dans le CHAPITRE II.

Comme nous l'avons indiqué brièvement dans la section 1 du présent CHAPITRE I, le notaire revêt une «double casquette», celle d'officier public mais également celle de titulaire de profession libérale. Ce statut hybride du notaire a entraîné de nombreuses discussions en doctrine et en jurisprudence sur la nature de la responsabilité notariale.

Certains auteurs estiment en effet que la responsabilité doit être distinguée en fonction de la casquette que le notaire portait au moment où il aurait commis sa faute. D'autres estiment qu'il faut dépasser ce «clivage», et ne pas tenir compte de cette distinction.

Nous allons, dans un premier temps, analyser l'influence de la question de la fonction notariale sur la question de la nature de la responsabilité notariale (§1). Nous allons ensuite nous concentrer sur les réponses apportées par les trois hautes Cours (§2). Enfin, nous brosserons une brève synthèse sur le sujet (§3).

§1. L'influence de la question de la fonction notariale sur la question de la nature de la responsabilité notariale

Il est bien ancré dans la doctrine et la jurisprudence que le notaire est considéré à la fois comme un officier public - pour authentifier des déclarations, des actes ou des conventions entre parties (*fonction instrumentaire*)¹⁸, et un homme d'affaires, titulaire d'une profession

¹⁸ N. ESTIENNE, *La responsabilité des notaires en droit belge*, disponible en ligne à l'adresse http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/316/316660_Theme2_Belgique_N-ESTIENNE.pdf

libérale¹⁹ accomplissant des prestations juridiques pour le compte des clients de son étude (*fonction conseillère*).

Selon certaines auteurs, ce statut hybride a pour effet que la responsabilité du notaire peut s'analyser tant sur le plan contractuel que sur le plan extracontractuel²⁰. La question de la nature de la responsabilité notariale se grefferait donc sur la question de la nature de la fonction notariale²¹.

Un premier courant de doctrine s'accorde pour estimer que la responsabilité du notaire sera toujours extracontractuelle lorsque le notaire agit comme officier public, dans le cadre de l'exercice de *sa fonction instrumentaire*²². En tant qu'officier public, il doit se conformer à des obligations légales. On se trouverait alors en dehors de toute sphère contractuelle : le notaire authenticateur des déclarations ou des conventions des parties qui comparaissent devant lui n'est régi par aucune prescription contractuelle. Lorsqu'une partie s'adresse à un notaire requis d'intervenir dans les limites de ses fonctions, elle ne contracte pas avec lui. Le ministère du notaire est obligatoire dans les cas prévus par la loi, et le notaire est tenu d'exercer son ministère, lorsqu'il en est requis. Il n'y a donc pas d'accord de volontés, élément-clé de la relation contractuelle²³. Lorsque l'acte est illégal, le notaire a l'obligation de refuser de prêter son ministère et n'a donc, à nouveau, pas le choix.

Par contre, il en irait différemment lorsque le notaire n'authentifie pas un acte ou une convention, mais remplit une mission autre (distincte). Sa responsabilité sera toujours de nature contractuelle lorsqu'elle résulte d'une faute commise dans le cadre de *sa fonction conseillère*²⁴. Il est en effet tenu par des prescriptions contractuelles et non légales lorsqu'il intervient, par exemple, dans le cadre d'un mandat ou dans le cadre d'un contrat de services²⁵.

Un courant de doctrine dissident stipule, quant à lui, qu'en matière de responsabilité professionnelle, le principe est et doit rester dans tous les cas la responsabilité contractuelle²⁶.

¹⁹ C. MELOTTE, « La responsabilité professionnelle des notaires », in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2005, titre II, livre 28, p.3.

²⁰ C. MELOTTE, « Responsabilité du notaire et lien de causalité », *For.ass.*, Anthémis, 2008, p.152.

²¹ H. CASMAN, « Quelques réflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire », *Rev.not.b.*, octobre 2004, pp. 440 et s.

²² L. CORNELIS et M. BERRÉS, « Réflexions sur l'obligation d'information, d'avertissement, de conseil et d'assistance du notaire », *Rev.not.b.*, 2003, pp. 282 et s. ; C. VANHALEWYN, *La responsabilité professionnelle du notaire – Dix années de jurisprudence (1980-1989)*, Bruxelles, Altiora, 1991, p.60.

²³ H. DE PAGE, *Traité*, tome VII, 1943, n°717.

²⁴ N. ESTIENNE, *op.cit.*, p.1.

²⁵ L. CORNELIS et M. BERRÉS, *op.cit.*, pp. 285.

²⁶ R.O DALCQ, *Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales?*, in *Mélanges en hommage au professeur Jean Baugniet*, Fac. Droit ULB, *Rev.not.b.*, 1976, p.93.

La responsabilité du notaire est semblable à celle de l'avocat, de l'architecte ou du médecin, à laquelle la jurisprudence attribue un caractère contractuel²⁷. Ces autres professions libérales sont également tenues par des obligations légales, qui se greffent simplement sur le lien contractuel. Les caractéristiques de la profession libérale sont présentes aussi bien lorsque le notaire reçoit un acte que lorsqu'il agit dans le cadre d'une mission autre : l'indépendance intellectuelle qui caractérise la profession libérale est toujours requise, pour l'un comme pour l'autre²⁸. La circonstance que le notaire donne l'authenticité à l'acte «*n'empêche nullement qu'il puisse agir en vertu d'un contrat dans l'exercice de ses fonctions publiques*»²⁹.

De plus, le notaire a le droit, dans la relation qu'il entretient avec son « client », de refuser de passer l'acte s'il estime que ce dernier peut causer un préjudice grave à l'une des parties. Le « client », quant à lui, a le libre choix de son notaire et peut décider, à tout moment, de rompre la « relation » qu'il entretient avec le notaire en question, et de s'en choisir un autre. Selon les partisans de cette théorie, ces éléments sont des signes révélateurs que le notaire exerce ses fonctions dans un cadre contractuel, et cela aussi bien lorsqu'il authentifie un acte ou une convention des parties que lorsqu'il exerce une mission distincte³⁰.

Nous sommes assez critique vis-à-vis de cette affirmation : en effet, la liberté de contracter est dans la réalité quasi-inexistante dans le chef du notaire. Le principe de l'autonomie des volontés fait donc défaut³¹.

Toujours est-il que selon ce courant dissident, la relation entre le client et le notaire serait toujours régie dans tous les cas par les articles 1134 et suivants du Code civil³². La circonstance que le notaire agit en vertu de sa qualité d'officier public ne l'empêcherait pas d'agir en vertu d'un contrat dans l'exercice de ces mêmes fonctions publiques³³.

On peut donc en conclure que ces deux courants de doctrine majoritaire s'accordent sur le fait que la responsabilité professionnelle du notaire à l'égard de ses clients est de nature contractuelle lorsqu'elle résulte d'une faute commise dans le cadre de *sa fonction conseillère*,

²⁷ R.O DALCQ, "Examen de jurisprudence sur la responsabilité", *Rev.prat.not.*, 1956, p.141.

²⁸ H. CASMAN, *De beroepsaansprakelijkheid van de notaris. Enkele recente ontwikkelingen in De professionele aansprakelijkheid*, Die Keure, Bruges, 2004, blz. 186 tot 226. Pour un avis contraire, voy. J.GOEMARE., *op.cit.*, 2009, p.155.

²⁹ R.O DALCQ, *op.cit.*, p.53.

³⁰ H. CASMAN, *op.cit.*, p. 451.

³¹ P. JOISTEN, « Un notariat sur mesure... mais au fond, qui fait la mesure ? », *Rev.not.b.*, 2014/10, n°3090, pp.818 à 843.

³² R.O DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, in *Les Nouvelles, « Droit civil », t.V.*, Bruxelles, Larcier, 1959, p.201.

³³ R.O DALCQ, *op.cit.*, Fac. Droit ULB, *Rev.not.b.*, 1976, p.101.

c'est-à-dire le plus souvent à l'occasion de l'établissement d'un acte sous seing privé³⁴, alors qu'une controverse subsiste quant à la nature de la responsabilité du notaire lorsqu'il intervient en tant qu'officier public, dans le cadre de sa *fonction instrumentaire*.

§2 : Une intervention tardive de la jurisprudence

Pendant longtemps, la jurisprudence ne s'est pas ou peu préoccupée de cette controverse doctrinale alors que celle-ci présente un intérêt certain³⁵. En effet, les délais de prescription pour intenter l'action en responsabilité ne sont pas les mêmes si l'on considère la responsabilité notariale comme contractuelle ou extracontractuelle. Si la responsabilité du notaire authenticateur est considérée comme aquilienne, le délai de prescription est de cinq ans à partir du jour suivant celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne coupable, avec un maximum de vingt ans³⁶. Au contraire, si cette responsabilité est regardée comme contractuelle, le délai de prescription pour intenter l'action est de dix ans et le point de départ est souvent le jour de la rédaction de l'acte³⁷.

Néanmoins, ces dernières années, la jurisprudence s'est de plus en plus exprimée sur la nature de la responsabilité notariale.

a) La Cour de cassation

Il ressort des arrêts de la Cour de cassation que le critère distinctif de la nature de la responsabilité est la qualité en laquelle le notaire intervient : officier public ou jurisconsulte. La Cour de cassation semble donc s'inscrire dans la logique suivie par les tenants de la thèse aquilienne.

En effet, au fil de ses arrêts, la Cour considère que la responsabilité du notaire à l'égard d'une partie qui établit, à sa demande, un acte sous seing privé, signé par la suite en son étude, est de nature **contractuelle** à l'égard de cette partie. La Cour a exprimé cette position de façon claire a de nombreuses reprises³⁸. Elle estime, en effet, que le notaire qui, par exemple, prête son assistance à la rédaction d'un compromis à la demande d'un de

³⁴ N. ESTIENNE, *op.cit.*, p.1.

³⁵ N. ESTIENNE, *ibidem*, pp. 1 à 7.

³⁶ Art. 2262bis du Code civil, §1, al. 2.

³⁷ Art. 2262bis du Code civil, §1, al.1.

³⁸ Voy.not. Cass, 23 octobre 2008, *Rev.not.b.*, p.197 à 203.

ses clients agit en dehors de sa mission légale. Il intervient en tant que conseiller des parties³⁹, et non comme officier public.

A contrario, la Cour estime que dans les cas où le notaire reçoit un acte authentique, elle doit appliquer les articles 1382 et 1383 du Code civil, et non les articles 1134 et suivants⁴⁰.

Dans la plupart des cas, le demandeur en cassation a la sagesse et la prudence de laisser à la Cour le choix du régime de responsabilité. Le pourvoi en cassation vise donc les articles 1146, 1147, 1149, 1150, 1151 (*responsabilité contractuelle*), et, de façon subsidiaire, les articles 1382 et 1383 du Code civil (*responsabilité aquilienne*). La solution inverse est également proposée, en visant dans un premier temps les articles 1382 et 1383. Une certaine prudence est donc de mise, car même si la Cour n'était pas saisie directement de la question de la nature de la responsabilité, elle n'hésite pas à décider qu'est irrecevable le moyen qui indique, par exemple, les articles 1382 et 1383 du Code civil comme **seules** dispositions légales violées, alors qu'il s'agit, *in concreto* d'une obligation d'une autre nature.

La Cour n'a jamais été saisie directement de la question de la nature de la responsabilité d'un notaire authenticateur. Par conséquent, certains auteurs ont considéré que la Cour de cassation ne se prononçait pas sur la nature de la responsabilité notariale et qu'on ne pouvait pas en déduire qu'une relation aquilienne régissait les relations entre le notaire et ses clients⁴¹.

Nous ne sommes pas d'accord avec cette affirmation. En effet, la Cour de cassation, en considérant que l'arrêt du juge du fond viole ou ne viole pas les articles 1382 et 1383 du Code civil, s'exprime de façon claire : elle vise bien de responsabilité aquilienne, et rien d'autre⁴². En effet, selon l'article 1080 du Code judiciaire, «*le demandeur en cassation doit invoquer, à peine de nullité, la disposition légale violée*»⁴³ et en quoi elle l'a été. Si la Cour estime que la disposition invoquée n'est pas applicable au litige en l'espèce, elle déclare d'office le moyen irrecevable. Or, elle ne le fait pas. La Cour énonce donc, de

³⁹ R. BOURSEAU, *La responsabilité civile du notaire instrumentant*, in *Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels*, Bruxelles, Larcier, 1975, pp. 47 à 49.

⁴⁰ Voy. not. Cass., 24 septembre 2004, *Rev. not. b.*, pp. 163 à 165.

⁴¹ H. CASMAN, *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 247 à 248.

⁴² J. GOEMARE, «De la prescription de l'action en responsabilité notariale à la nature de la relation juridique entre le client et le notaire.», *Rev. not. b.*, 2013, pp. 231 à 247.

⁴³ Code jud., art. 1080.

façon implicite mais non moins certaine, que c'est la responsabilité aquilienne qui doit être évoquée lorsque le notaire reçoit un acte authentique.

On peut donc en conclure que selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la nature de la responsabilité notariale et le délai de prescription afférent, varient suivant que l'acte préparé est authentique ou sous-seing privé. La nature de cette responsabilité dépend donc du type d'acte préparé par le notaire : aquilienne si l'acte est authentique ; contractuelle si l'acte est sous-seing privé.

b) La Cour constitutionnelle

C'est précisément par rapport aux délais de prescription de l'action en responsabilité dirigée contre le notaire que la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt le 13 décembre 2012. La cour d'appel de Mons avait considéré que si le notaire commettait une faute à l'occasion de la réception d'un acte authentique, il engageait sa responsabilité aquilienne⁴⁴. La Cour constitutionnelle avait alors été saisie de la question préjudicielle de savoir s'il existait une discrimination entre les victimes d'une faute notariale, lorsque la responsabilité était aquilienne ou contractuelle.

Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle se pose la question de savoir si les deux catégories de victimes peuvent être comparées. Si c'est effectivement le cas, elle peut examiner s'il existe une discrimination entre elles. Selon la Cour, les victimes d'une faute notariale lorsque le notaire agit en qualité d'officier public et celles d'une faute commise lorsqu'il agit en tant que simple conseiller privé peuvent être distinguées mais sont dans des situations suffisamment proches pour être comparées.

La Cour a estimé qu'il n'était pas raisonnablement justifié que les victimes d'un dommage résultant d'une faute commise par un notaire ne disposent pas d'un délai identique pour intenter une action en justice selon que cette faute est commise lors de la réception d'un acte authentique ou lors de l'accomplissement d'un acte sous seing privé. Il n'est pas raisonnablement justifié que les délais soient différents car « *dans les deux cas, elles font choix du notaire à qui elles confient une mission et (...) dans l'un et l'autre cas, le notaire doit faire preuve des mêmes qualités professionnelles, répondant ainsi à la confiance qui est lui est accordée au motif, notamment, de la qualité d'officier public qu'il revêt* ». La Cour précise encore que « *le devoir de conseil du notaire ne se distingue pas selon qu'il agit en*

⁴⁴ Mons, 21 novembre 2011, *Rev.not.b.*, 2013, pp. 43 à 50.

tant qu'officier public ou en tant que conseiller juridique. Quelle que soit la qualité dans laquelle il agit, le notaire est, en effet, tenu d'accomplir sa mission de recherche et d'information avec la même objectivité, indépendance, probité et impartialité ». L'œuvre de conseiller qu'il accomplit, et à quoi il est tenu, ne diffère pas selon que le notaire agit comme officier public ou comme conseiller juridique⁴⁵. Sur la base de ces différentes observations, la Cour estime que les principes d'égalité et de non-discrimination exigent d'appliquer à ces deux situations, un délai de prescription analogue de dix ans. La prescription à l'action en réparation d'un dommage causé à un client du notaire en raison d'une faute de ce dernier doit être décennale. La Cour ajoute que « rien ne permet d'exclure que hormis le cas où il est commis par voie de justice, la responsabilité du notaire à l'égard du client qui est lui confié l'établissement d'un acte authentique soit de nature contractuelle ». Partant de l'inconstitutionnalité de la règle légale qui différencierait le délai de prescription sur base de la distinction acte authentique – acte sous-seing privé, elle a fait pencher la balance pour la nature contractuelle dans les deux cas⁴⁶. La Cour constitutionnelle rend une décision qu'on qualifie fréquemment de « bipolaire » ou « alternative ». En effet, son raisonnement est le suivant : ou bien on estime que des délais de prescriptions différents s'appliquent selon que la faute ait eu lieu lorsque le notaire recevait un acte authentique, d'une part, ou qu'il établissait un acte sous-seing privé, d'autre part, et dans ce cas, un constat d'inconstitutionnalité a lieu ; ou bien, l'on estime qu'un même délai de dix ans s'applique dans les deux hypothèses, et dans ce cas, il n'y a pas de discrimination⁴⁷. Le respect de la constitutionnalité des règles n'est donc conservé que lorsqu'un même délai de prescription s'applique, à savoir le délai décennal pour la Cour constitutionnelle.

La disposition légale, à savoir l'article 2276quinquies du Code civil, stipule que « *les délais de prescription de droit commun s'appliquent à la responsabilité civile professionnelle des notaires* ». Le droit commun, en son article 2262bis, distingue deux situations différentes. Il stipule en son §1^{er} que « *toutes les actions personnelles sont prescrites par dix ans* ». Le paragraphe 2 apporte une dérogation au § précédant en stipulant qu'« *en matière de responsabilité aquilienne, le délai est de cinq ans à partir du jour de la connaissance du dommage et de l'identité de la personne responsable de ce dommage, avec un maximum de vingt ans à partir du jour où s'est produit le fait dommageable* ».

⁴⁵ D. STERCKX, "La prescription de l'action en responsabilité notariale devant la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation", *J.T.*, 2013, pp. 623 à 627.

⁴⁶ P. JOISTEN, « Un notariat sur mesure... mais au fond, qui fait la mesure ? », *Rev.not.b.*, 2014/10, n°3090, pp.818 à 843.

⁴⁷ D. STERCKX, *op.cit.*, 2013, pp. 624.

Nous pouvons donc observer que l'article 2276quinquies ne vise pas seulement le délai décennal. De plus, l'article 2276quinquies énonce explicitement qu'il s'agit des « délais de droit communs énoncés à l'article 2262bis ». Ces délais dépendent donc de la nature de la relation juridique unissant le notaire à son client⁴⁸.

Nous nous posons la question de la pertinence d'aligner les deux délais de prescriptions sur le délai décennal. En effet, il n'est pas nécessairement plus long (et donc plus protecteur) que le délai de prescription de la responsabilité aquilienne. Si l'action personnelle se prescrit par dix ans, le point de départ de la prescription est, en général, le fait générateur de l'obligation, en l'espèce, l'acte notarié. Par contre, le délai aquilien peut être de vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage. La victime de la faute aquilienne peut donc être mieux traitée que la victime de la faute contractuelle, et peut ne pas se trouver dans une position discriminatoire. La Cour semble donc décider, de façon peut-être un peu trop rapide, que le délai aquilien discrimine toujours la victime d'une faute notariale.

Il est permis de regretter que la Cour constitutionnelle semble être influencée à ce point par le résultat auquel elle veut aboutir : donner la meilleure protection aux victimes des fautes notariales. En s'entêtant dans un délai de 10 ans qu'elle estimait – à tort – toujours plus long et plus protecteur pour les victimes – elle semble avoir négligé la véritable question : la vraie nature des relations existant entre le notaire et son client⁴⁹.

Pour les tenants de la thèse «contractuelle» la Cour, en estimant que le délai devait toujours être décennal, considère que la responsabilité du notaire à l'égard de son client est de nature contractuelle. En outre, la Cour stipule que « rien ne permet d'exclure que la relation soit contractuelle ». Il y a de quoi conforter les tenants de cette thèse, qui voient dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle une confirmation de leur point de vue. Dans cette perspective, l'interprétation donnée différerait de celle donnée par la Cour de cassation qui distingue la nature de la responsabilité notariale en fonction du statut du notaire au moment où il commet la faute.

Pour les tenants de la thèse « aquilienne » la Cour constitutionnelle ne s'attarde que sur les délais. En effet, si elle estime que le délai aquilien discrimine la victime d'une faute notariale, elle ne s'exprime pas sur la nature même de la relation. A aucun moment la Cour n'affirme que la relation extracontractuelle entre un notaire et son client est discriminatoire par rapport à

⁴⁸ J. GOEMARE, *op.cit.*, 2010, pp. 151 à 196.

⁴⁹ P. JOISTEN, *op.cit.*, pp. 818 à 843.

la relation contractuelle entre le même notaire et un autre client. Elle ne s'exprime que sur les délais.

La Cour constitutionnelle rend un arrêt qui fait pencher la balance vers le délai contractuel, mais qui ne s'exprime pas clairement sur la nature de la relation entre un notaire et son client. En dépit du fait que l'arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle a une portée obligatoire à l'égard de la juridiction qui lui a posé la question préjudicielle ainsi qu'à l'égard de toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire⁵⁰, nous pouvons remarquer que certaines juridictions de fond ne s'estiment pas tenues par l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle et par son constat d'inconstitutionnalité⁵¹, alors que d'autres juridictions de fond suivent la solution proposée par la Cour constitutionnelle⁵². La Cour d'appel de Bruxelles s'est par exemple exprimée en ses termes : « *lorsque comme en l'espèce, l'arrêt comporte un dispositif binaire comportant une interprétation inconstitutionnelle et une interprétation constitutionnelle de la norme, aucun juge ne peut plus appliquer la norme dans l'interprétation condamnée de telle sorte que, sauf à poser une nouvelle question à la Cour constitutionnelle, il est tenu d'appliquer la norme dans l'interprétation conforme* ⁵³ ».

La Cour de cassation, quant à elle, a rendu un arrêt le 6 juin 2014⁵⁴ qui semble aller à l'encontre de sa jurisprudence antérieure et qui semble avoir pris pour acquis l'enseignement de la Cour constitutionnelle. En effet, à l'égard d'un notaire qui s'était rendu responsable de ne pas avoir vérifié l'identité des parties lors de la réception d'un **acte authentique**, l'arrêt stipule que « dans le cas particulier de l'espèce, la défenderesse peut invoquer la responsabilité contractuelle de la demanderesse ». Serait-on alors face à une décision d'espèce ou face à un arrêt de principe⁵⁵?

L'arrêt nous enseigne donc que rien n'interdit au juge du fond d'appliquer une responsabilité contractuelle au notaire pour sa faute commise lors de la réception d'un acte authentique. Néanmoins, nous pensons nous trouver face à une décision d'espèce sinon pourquoi la Cour prendrait-elle la peine de le souligner ? En outre, s'il s'agissait d'un arrêt de principe, la Cour

⁵⁰ Article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁵¹ Civ. Bruxelles, 3 janvier 2014, *Rev.not. b.*, 2014, p.311.

⁵² Bruxelles, 10 décembre 2013, *Rev.not.b.* 2014, p.280.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Cass., 6 juin 2014, cité par STERCKX (D.) in « La prescription de l'action en responsabilité notariale devant la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation » *Rev.not.b.*, 2014, pp. 235 à 247.

⁵⁵ STERCKX (D.), *ibidem*, pp. 244 à 247.

serait en totale contradiction avec sa jurisprudence antérieure que nous avons analysée dans le point b) du présent Chapitre.

c) La Cour de justice de l'Union européenne

En 2011, la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que l'exigence de la condition de la nationalité pour l'accès à la profession notariale était contraire à la liberté d'établissement⁵⁶. La Cour a indiqué que l'activité d'authentification confiée au notaire « *ne comporte pas, en tant que telle, une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique qui justifierait une dérogation au principe de la liberté d'établissement consacrée par les règles de droit européen* ».

Faut-il tirer comme conséquence de cet arrêt que la relation qui unit le notaire à son client est toujours contractuelle, étant donné qu'il « n'exerce pas l'autorité publique »?

Hâtivement, nous aurions eu envie de répondre par l'affirmative à cette question. C'est d'ailleurs l'interprétation donnée par les tenants de la thèse «contractuelle» qui voient là un indice de confirmation de leur thèse.

Si nous analysons l'arrêt de la Cour plus en détail, nous pouvons constater que le reproche formé à l'égard de la Belgique ne concerne que les conditions d'accès à la profession de notaire, et non l'organisation du notariat belge dans son ensemble.

L'article 43 (devenu l'article 49 du TFUE⁵⁷) promulgue la liberté d'établissement. Le but de la disposition est d'interdire les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre. L'article 45 du TCE (actuel 51 du TFUE) énonce une exception à ce principe : les activités participant à l'autorité publique, même de façon occasionnelle. La Cour a donc décidé dans cet arrêt que l'activité d'authentification des notaires n'était pas une participation directe de l'autorité publique, au sens de cet article. La Cour ne parle que « d'autorité publique » et uniquement de cela. Elle ne remet pas en cause l'article 1er de la loi de Ventôse qui stipule que les notaires sont des « fonctionnaires publics ».

En outre, pour appuyer sa thèse, le courant de « la thèse aquilienne » se base rarement sur un argument d'autorité publique dans le chef du notaire. Ses auteurs soutiennent le plus souvent

⁵⁶ C.J.U.E., 24 mai 2011, disponible sur le site de la Curia, <http://curia.europa.eu/>.

⁵⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 49.

que la relation est aquilienne car le statut du notaire exclut toute autonomie de volonté dans son chef dans la relation qu'il entretient avec le client, et que le devoir de conseil du notaire n'est pas de nature exclusivement légale, mais d'ordre public⁵⁸.

Il ne peut donc se déduire, selon eux, de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne que la relation entre le notaire chargé d'une mission d'authentification et le client qui le requiert est de nature contractuelle, et que par conséquent, la responsabilité serait, elle aussi, contractuelle.

Selon les tenants de la thèse contractuelle, par contre, la Cour de justice de l'Union européenne est très claire⁵⁹. Etant donné qu'elle considère que le notaire n'exerce pas l'autorité publique, il ne peut être un officier public, qui serait régi uniquement par des prescriptions légales, et non par des prescriptions conventionnelles. En considérant que l'activité d'authentification n'est pas une participation directe à l'autorité publique, elle énonce de façon implicite, mais certaine, que la relation est contractuelle lorsque le notaire reçoit un acte.

d) Synthèse

Les trois arrêts rendus par les trois hautes Cours sont encore sujets à interprétation et soulèvent parfois plus de questions qu'ils n'en résolvent. Il y a de quoi là semer le trouble dans le chef des juges de fond. Certaines juridictions de fond ne s'estiment pas tenues par le constat d'inconstitutionnalité de la Cour⁶⁰, alors que d'autres s'alignent⁶¹.

Nous avons observé et nous observerons dans les arrêts analysés dans le CHAPITRE II qu'il existe, par conséquent, une certaine prudence dans le chef des demandeurs, qui préfèrent baser leur recours aussi bien sur les articles 1134 et suivants du Code civil (responsabilité contractuelle) que sur les articles 1382 et suivants (responsabilité aquilienne).

Le moins que l'on puisse dire est que le débat reste ouvert. La distinction faite par la Cour de cassation entre la relation du notaire authenticateur avec ses clients et celle du notaire qui établit un acte sous-seing privé pour ses clients a, à notre sens, toute sa raison d'être. Lorsqu'il intervient en tant qu'officier public, il n'agit certainement pas dans le cadre d'une relation

⁵⁸ J. DEMBLON, "Organisation et déontologie du notariat", *Rép.not.*, t. XI I.V., Bruxelles, Larcier, 1992, n°25.

⁵⁹ H. CASMAN, *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.244.

⁶⁰ Bruxelles, 3 janvier 2014, *Rev.not.b.*, 2014, p.311.

⁶¹ Bruxelles, 10 décembre 2013, *Rev.not.b.*, 2014, p.280.

contractuelle⁶². Lorsqu'il participe à la mise au point d'un acte sous-seing privé, le notaire est le conseiller des parties, lié à eux par une relation contractuelle.

Cependant, nous rejoignons le constat d'inconstitutionnalité posé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt de 2012 : il existe bel et bien une discrimination entre les différentes victimes des fautes notariales. Comment régler alors ce problème d'inconstitutionnalité? La solution proposée par la Cour constitutionnelle de choisir un délai décennal dans tous les cas nous semble peu pertinente, même si elle a été inspirée par de bonnes intentions. Un délai de prescription de dix ans à partir du fait dommageable (l'acte) n'est pas toujours plus protecteur pour la victime, par exemple, si celle-ci a connaissance de l'étendue de son dommage; ainsi que de l'auteur; des années après le fait dommageable. Dans ce cas-ci, le délai de cinq ans sera plus protecteur et plus avantageux pour elle. Quelles sont alors les solutions proposées en doctrine?

Pierre Joisten critique le prisme binaire : établissement d'un acte authentique ou établissement d'un acte sous seing privé. Selon lui, la portée de l'arrêt de la Cour constitutionnelle est limitée car il ne se prononce pas sur l'inconstitutionnalité de la disposition querellée s'il s'agit de l'appliquer suivant une autre optique dualiste que cette dernière. Selon Pierre Joisten, la nature de la responsabilité notariale ne découle pas du type d'acte préparé mais de la question de savoir si la prestation requise du notaire relève ou non du service public notarial. Le service public notarial ne se limite pas, en effet, à la réception d'un acte authentique : le notaire a reçu de l'Etat un monopole pour certaines prestations consistant à dire le droit, que ce soit le droit résultant des manifestations de volonté privée (authentification) ou celui résultant des dévolutions successorales⁶³. Selon notre auteur, il appartient au juge, et à lui seul, de constater souverainement que le notaire était sollicité dans le cadre de sa mission de service public, ou non. Les tentatives d'aggravation ou de diminution conventionnelle de responsabilité auxquels se seraient essayés le client ou le notaire seraient ainsi évitées.

Camille Hauchamps a également cherché à s'éloigner du dualisme «acte sous-seing privé - acte authentique» en élaborant la théorie de la «*faute concrète*»⁶⁴ : le client qui se confie au notaire ne se distingue pas entre les devoirs qui pèsent sur ce dernier, soit en qualité d'officier public, soit en qualité de jurisconsulte. Le notaire est responsable «*en tant que notaire et*

⁶² J. GOEMARE, *op.cit.*, 2009, p.155.

⁶³ P. JOISTEN, *op.cit.*, p. 821.

⁶⁴ C. HAUCHAMPS, v° « Droit notarial », *R.P.D.B.*, T. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1951, n°1876.

parce que notaire »⁶⁵. L'auteur s'appuie sur la notion de « bon sens » qui va justifier la notion de faute concrète : « le juge se demande ce qu'il aurait fait s'il avait été à la place du notaire »⁶⁶. Cette théorie nous semble intéressante mais juridiquement dangereuse⁶⁷.

Michel Mahieu, quant à lui, observe qu'un certain nombre d'obligations identiques s'imposent au notaire officier public et au notaire jurisconsulte, de telle sorte que les distinguer est en fait inutile. Selon lui, la victime du dommage aurait le choix d'opter soit pour l'action aquilienne, soit pour l'action contractuelle.

Suite à ces différentes réflexions, devrait-on en conclure qu'il faudrait rechercher au cas par cas la protection la plus apte pour les victimes des fautes notariales ? Ne serait-on pas alors en train de créer un régime arbitraire pour les notaires, incapables de savoir jusqu'à quand un recours peut être intenté contre eux ?

Section 3 : Le devoir de conseil, d'investigation et d'information du notaire

Dans de nombreuses jurisprudences, le devoir de conseil, d'investigation et d'information du notaire se situe au centre de la question de sa responsabilité⁶⁸. Le manquement à ce devoir est le moyen le plus souvent invoqué pour mettre en cause la responsabilité du notaire.

Le devoir de conseil est une obligation morale et légale⁶⁹. Obligation morale car il se rattache à l'essence même de la mission du notaire⁷⁰. Obligation légale, car il est mentionné à l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, tel qu'il fut modifié par la loi du 4 mai 1999. Cette disposition énonce que « *Le notaire informe toujours entièrement chaque partie des droits, des obligations et des charges découlant des actes juridiques dans lesquels elle intervient et conseille les parties en toute impartialité* ».

Concrètement, le notaire devra s'interroger sur le contexte dans lequel se situe son intervention et recueillera, pour ce faire, un certain nombre d'informations. Le notaire explicitera aux parties les éléments dont il pense qu'elles n'ont pas entièrement saisi le sens ou la portée. Ce devoir implique également que le notaire attire de façon spontanée l'attention

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ J. GOEMARE, *op.cit.*, 2009, p.155.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Voy.not. Anvers, 15 mars 1982 ; Bruxelles, 18 octobre 1989 ; Liège 12 décembre 1989, cités in C. VANHALEWYN, *op.cit.*, p.84.

⁶⁹ C. MELOTTE, *op.cit.*, p.5.

⁷⁰ Bruxelles, 4 juin 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n°13.204.

des parties sur les risques de l'opération envisagée⁷¹. Il ne se contentera pas de les informer mais les avertira également des risques encourus par les parties au regard des éléments de fait et juridiques communiqués par les parties⁷². Enfin, le notaire peut donner un avis aux parties, avis qui ne lie pas celles-ci. Les parties auront toujours le monopole de la décision finale et décideront elles-mêmes de suivre ou non les conseils, avertissements ou avis du notaire. Le notaire ne peut que proposer : en fin de compte, c'est la partie elle-même qui prend la décision⁷³.

L'article 9 de la loi de Ventôse précise également que le notaire doit accomplir ce devoir en toute impartialité, c'est-à-dire qu'il ne doit pas prendre parti pour l'une ou l'autre des parties, et qu'il doit procurer le même devoir de conseil à leur égard, malgré que leurs intérêts puissent être contradictoires. Le devoir de conseil s'étend, non seulement au client du notaire, mais à tous ceux qui sont parties à l'acte, quelles que soient les oppositions d'intérêt⁷⁴. Sa responsabilité pourrait ainsi être engagée s'il montre une certaine partialité à l'égard de l'une des parties⁷⁵. Cette existence d'intérêts contradictoires a pour effet que le notaire ne peut défendre l'une des parties contre une autre⁷⁶.

Le devoir de conseil est généralement considéré comme une obligation de moyens⁷⁷. Par conséquent, la preuve d'un manquement du notaire dans son devoir de conseil incombe à celui qui s'en prévaut⁷⁸. Plusieurs décisions de jurisprudence confirment cette doctrine bien établie⁷⁹, comme nous le verrons dans le CHAPITRE II de ce travail.

Par contre, le notaire peut être tenu à une obligation de résultat lorsque l'acte qu'il a reçu est nul pour vice de forme ou parce qu'il a violé une loi d'ordre public⁸⁰. Il est interdit au notaire de prêter son ministère pour recevoir un acte nul. Il faut néanmoins préciser le résultat auquel le débiteur-notaire s'était engagé. Il ne s'agit sans doute nullement du profit financier

⁷¹ Civ. Bruxelles, 20 décembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n°13926.

⁷² L.CORNELIS et M. BERRES, *op.cit.*, p.285.

⁷³ E. KRINGS, "Le notariat dans la vie juridique", *Rev.not.b.*, 1986, p.280.

⁷⁴ R. DE VALKENEER, *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 119.

⁷⁵ Pour exemple, Civ. Bruxelles, 20 décembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n°13926.

⁷⁶ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, p.84.

⁷⁷ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Vol. 1 : le fait générateur et le lien causal*, coll. Les Dossiers du J.T. n°74, Bruxelles, Larcier, 2009, p.135.

⁷⁸ N. ESTIENNE, *op.cit.*, pp. 1 à 10.

⁷⁹ Voir : Bruxelles, 8 mars 1993, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12.302; C. VANHALEWYN, *op.cit.*, 1991, pp. 61-62; P. HARMEL, *op.cit.*, n° 82.

⁸⁰ P. HARMEL et R. BOURSEAU, "Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires en droit belge de 1830 à 1962", 1966, *Rev. intern. dr. comp.*, p. 93.

escompté par ses clients mais plutôt de la validité de l'acte reçu⁸¹. Dans les quelques cas où le notaire est tenu à une obligation de résultat, si la prestation, objet de l'obligation, n'est pas accomplie, il faudra prouver qu'il y a une inexécution de l'obligation. Le notaire ne pourra s'exonérer que s'il apporte la preuve d'une force majeure, et qu'il était donc impossible pour lui de s'exécuter⁸². Au contraire, dans les autres cas d'obligation de moyen, la responsabilité du notaire ne peut être retenue que s'il est démontré qu'une faute de conduite a été commise dans son chef. En l'espèce, l'absence de conseil constitue en l'erreur de conduite. En ce qui concerne ce devoir, faut-il présumer que le notaire remplit normalement ses fonctions avec conscience⁸³ ou bien, au contraire, considérer que les difficultés rencontrées par le demandeur rendent vraisemblable une violation du devoir de conseil⁸⁴ ? Les tribunaux penchent habituellement pour la première présomption.

Il est vivement recommandé au notaire de conserver une preuve écrite des conseils qu'il a procurés, à tout le moins lorsque l'information était d'une importance considérable ou lorsque les parties ont fait le choix de ne pas suivre les conseils, avertissements ou avis du notaire⁸⁵. Le notaire peut se ménager cette preuve écrite par l'insertion d'une clause de précaution dans l'acte, ou en gardant tout simplement une trace de la correspondance qu'il a échangée avec les clients. Il faut toutefois être conscient de la difficulté de se garantir toujours une preuve du conseil donné. C'est cette difficulté qui fait pencher la balance vers la présomption que le notaire a normalement rempli correctement ses fonctions⁸⁶. Il n'y a ainsi pas de renversement de la preuve par rapport au droit commun : la preuve incombe à celui qui se prévaut du manquement.

L'obligation de conseil et d'information du notaire revêt un caractère d'ordre public étant donné qu'elle est au fondement même de la profession. Peut-on malgré tout considérer que le devoir du conseil revêt un caractère supplétif, qui ne devrait s'exercer que dans les cas d'ignorance ou d'inexpérience des parties ? Nous le pensons. Cette solution n'est pas suivie systématiquement par les juges du fond. Il a ainsi été jugé que le notaire devait complètement éclairer les parties sans avoir égard à leurs compétences et aptitudes propres⁸⁷. Néanmoins,

⁸¹ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, p.61.

⁸² J-L FAGNART, "Les obligations de garantie", *op.cit.*, p.238.

⁸³ R.O. DALCQ, *Traité, op.cit.*, p.408.

⁸⁴ RAUCENT, *op.cit.*, p.22.

⁸⁵ C. MELOTTE, *op.cit.*, p.31.

⁸⁶ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, p.93.

⁸⁷ Bruxelles, 27 septembre 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n°14149 ; Bruxelles, 3 octobre 2000, *Rev. not. b.*, 2001, p. 237.

dans les différentes jurisprudences analysées dans le cadre de ce travail, nous avons relevé que le juge de fond avait tendance à considérer le devoir de conseil comme supplétif.

CHAPITRE II : Chroniques de jurisprudence rendues en matière de responsabilité notariale dans le devoir de conseil en matière de contrats de mariage, d'une part et dans les conseils en matière de convention préalable au divorce par consentement mutuel, d'autre part

Section I : La responsabilité du notaire dans les contrats de mariage

Nous analyserons donc la responsabilité du notaire lorsqu'il conseille les parties quant au régime matrimonial à adopter (§2), en nous basant sur l'ouvrage d'Alain VERBEKE « *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*⁸⁸ ». Nous examinerons ensuite (§3) la responsabilité notariale dans les modifications du régime matrimonial, à la lumière d'un arrêt récent rendu par le Tribunal de première instance de Namur et d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Gand.

§ 1. La responsabilité notariale dans le conseil aux parties quant au régime matrimonial à adopter (Support : ouvrage d'Alain Verbeke)

Dans son ouvrage « *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable* », Alain VERBEKE a développé au sujet de la responsabilité du notaire dans les contrats de mariage⁸⁹ des considérations qui interpellent. Un extrait de cet écrit était mis à disposition des étudiants dans le syllabus de droit du couple notarial⁹⁰. Dans cet ouvrage, l'auteur prend le temps de comparer le droit belge avec le droit des pays voisins. Il souligne que, contrairement à la Belgique, une forme de solidarité patrimoniale a été instaurée dans la législation de ces différents Etats, notamment à la dissolution du régime par le divorce. Dans le droit belge, l'auteur semble regretter que le contrat de séparation de biens pure et simple demeure un des choix possibles de régime matrimonial car il ne prévoit aucune correction au moment de la dissolution du régime. Les quelques restrictions impératives du régime primaire sont utiles mais ne sont pas suffisantes car elles n'apportent que des protections durant le cours du mariage mais non à sa dissolution. L'auteur estime donc qu'au moment de la dissolution du régime, la législation est défailante et ne protège pas suffisamment les époux.

⁸⁸ A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, pp. 24 à 26.

⁸⁹ A. VERBEKE, *ibidem*.

⁹⁰ J-L RENCHON, *Droit du couple notarial, Annexes- Tome 1*, Syllabus, Université catholique de Louvain, 2014-2015, disponible sur le site de *Icampus* : www.icampus.uclouvain.be.

Par rapport à cette carence législative, Alain Verbeke estime que le notaire ne doit pas se montrer insensible et se doit réagir en conséquence :« le fait que le législateur autorise ou tolère un tel contrat ne libère pas le notaire de son devoir de conseil« . Par conséquent,« le notaire qui passe un contrat de mariage de séparation de biens pure et simple« sans sourciller« manque, selon moi, à son devoir de conseil, même si pareil contrat se révèle parfaitement légal et valable. Certes, je n'affirme pas que le notaire qui rédige un contrat de mariage de séparation de biens pure et simple pose un acte qui soit contraire à toute déontologie, mais tout simplement qu'un notaire qui passe pareil contrat sans sourciller ne fait pas honneur à sa profession.«

Je ne vois cependant pas comment on pourrait reprocher à un notaire d'avoir proposé cette formule - parfaitement légale - à des époux auxquels elle était susceptible de convenir.

En réalité, il faut se demander si le notaire a suggéré ce régime après les avoir écoutés. S'est-il, par exemple, préoccupé du projet de vie commune auxquels les futurs époux se destinaient ; ou, au contraire, le notaire s'est-il contenté de leur présenter cette formule sans même prendre la peine de savoir si elle leur conviendrait ?

Si les deux époux qui consultent le notaire lui exposent vouloir à tout prix éviter la communautarisation de leurs revenus, voire demandent au notaire de n'envisager qu'un régime matrimonial leur permettant d'éviter que les dettes de l'un d'eux⁹¹ ne puissent être recouvrées sur les revenus de l'autre, pourrait-on, dans ce cas, reprocher au notaire de n'avoir envisagé qu'un régime à base séparatiste ?

En principe, on présume que le notaire aura brièvement exposé les avantages et les inconvénients de chaque régime. Doit-il pour autant envisager tous leurs aspects (aussi bien les aspects civils que fiscaux), que souvent les parties auront du mal à cerner et auxquels des cours entiers sont consacrés, durant plusieurs années, tant dans le Master en droit que dans celui en notariat ?

Dans notre analyse des différentes jurisprudences envisagées dans le cadre de ce travail, nous observerons que le devoir du conseil du notaire devrait en principe être conçu comme du sur mesure, dans les limites toutefois des informations que le notaire pouvait raisonnablement penser devoir recueillir auprès de ses clients, qui doivent eux-mêmes collaborer à la mission qu'ils lui confient.

⁹¹ On songe par exemple aux dettes alimentaires au profit d'un descendant – art. 1408 C.civ.

Je pense que c'est en ce sens que l'ouvrage d'Alain Verbeke doit être compris : un notaire ne peut pas proposer un régime de séparation de biens sans vérifier si ce régime est susceptible de convenir aux parties qui le consultent (« sans sourciller »). Du reste, ce sont les clients qui décident d'opter pour un régime matrimonial plutôt qu'un autre. Or, pour décider, il vaudrait mieux d'abord (prendre la peine de...) comprendre.

§ 2. La responsabilité notariale dans les modifications du régime matrimonial

A. Civ. Namur (2e ch.bis), 15 novembre 2013⁹²

a. Faits et décision

In concreto, le couple s'était marié sous le régime légal à défaut de contrat de mariage. Ils décident, une vingtaine d'année plus tard, de déclarer par acte notarié « *se faire mutuellement donation entre vifs, mais seulement pour le cas de survie du donataire et sous la condition que les époux ne soient pas séparés de fait, de l'universalité de tous les biens meubles et immeubles qui composeront le patrimoine commun, sans exception, ni réserve, qu'il y ait ou non postérité issue du mariage, (...) pour le donataire, au dit cas de survie, en jouir en pleine propriété à partir du jour du décès du donateur* ». Monsieur décède justement l'année suivante. La déclaration de succession est rédigée en prenant en compte l'acte notarié cité plus haut, ce qui implique que les biens du patrimoine commun des époux vont en pleine propriété à Madame, tandis que les biens propres du défunt sont recueillis en usufruit par Madame et en nue-propriété par leur fille, Mélanie D. Le notaire X, chargé de la succession, a toutefois notifié qu'il n'y avait, en l'espèce, pas de biens propres dans la succession : Mélanie D. ne peut donc recueillir quoi que ce soit. Elle fait appel à un autre notaire, le notaire Z, qui conteste la dévolution successorale faite par son confrère. En effet, l'article 1097 du Code civil prescrit que les époux ne peuvent, pendant le mariage, se faire, ni par actes entre vifs autre que le contrat de mariage, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. Le notaire Z estime donc qu'il faut appliquer la dévolution successorale légale et établit une déclaration de succession rectificative en ce sens. Madame adresse un écrit au notaire X dans lequel elle explique que le couple l'avait rencontré précisément dans le but que le conjoint survivant soit le seul et unique héritier de la totalité en pleine propriété de la communauté. Etant donné que le notaire a rédigé l'acte notarié litigieux, elle estime qu'il appartient à ce dernier de faire le nécessaire si l'acte n'a effectivement pas été rédigé correctement. Mélanie D. cite sa mère pour qu'il soit dit pour droit qu'est nul et de non-effet l'acte de donation passé devant le notaire X, et que Madame soit condamnée aux dépens

⁹² Civ. Namur (2e ch.bis), 15 novembre 2013, *Rev. not. b.*, pp.248 à 253.

entiers de l'instance. Madame, quant à elle, cite en intervention forcée le notaire précité afin d'obtenir sa condamnation à garantir à Madame toutes les condamnations qui seraient prononcées à son encontre. Elle vise également à entendre condamner le notaire à indemniser Madame de tous les dommages subis suite à sa faute. La veuve du défunt sollicitait toutefois à titre principal que les demandes formulées par sa fille soient dites non fondées et que par conséquent la validité et l'opposabilité de l'acte notarié pris avec son mari soient reconnues.

Aucune des parties ne conteste donc que l'article 1097 du Code civil ne doit pas s'appliquer en l'espèce et que le couple ne pouvait se faire mutuellement donation par un seul et même acte notarié. Mélanie D. en déduit simplement que l'acte notarié n'est pas valable car il ne respecte pas le prescrit légal et qu'il faut par conséquent appliquer les règles de dévolution légale. Sa mère, quant à elle, considère qu'il faut rechercher la commune intention des parties et qualifier l'acte notarié de convention modificative du régime matrimonial, opposable à sa fille. Le notaire X soutient pareille affirmation également, mais précise que l'acte doit être interprété comme un avantage matrimonial au sens des articles 1451 et suivants du Code civil. En effet, selon lui, les époux l'ont requis de recevoir un acte ayant pour but d'apporter une modification à leur régime matrimonial, consistant en l'attribution de la communauté en conjoint survivant. Dès lors, seul un acte comme celui qui a été signé s'imposait étant donné qu'il n'en découlait pas une liquidation du régime en cours ni n'entraînait une modification à la composition des patrimoines à la date où l'acte a été signé.

Leur fille soutient que dans son contenu, l'acte litigieux ne cite à aucun moment une référence à une modification de régime matrimonial et il n'a jamais été qualifié de la sorte par les parties au moment de la rédaction et de la signature de l'acte. Elle estime également que rien ne permet de voir dans le comportement des époux que leur volonté réelle était d'adopter une modification de leur convention matrimoniale.

Le Tribunal souligne que l'acte a été inscrit au registre central des testaments sous la rubrique « Convention matrimoniale » et non sous la rubrique « Donation ». Le Tribunal rappelle ensuite que la qualification donnée par les parties à leur acte est sans incidence et qu'il appartient au juge d'apprécier la qualification réelle de celui-ci, compte tenu des circonstances portées devant lui. Le Tribunal souligne, en outre, le principe de l'effet utile de l'acte. L'article 1157 du Code civil stipule que lorsqu'une clause est susceptible de deux interprétations, il faut choisir celle par laquelle la clause pourrait produire des effets, et non celle par laquelle elle ne pourrait en produire aucun. Or, si on interprète l'acte notarié comme étant une donation, l'acte

n'en respecte pas les conditions, il ne pourrait donc produire ses effets. Par contre, interprété comme un avantage matrimonial, l'acte produit des effets.

Enfin, et c'est ce qui nous semble le plus pertinent par rapport à la question qui nous préoccupe, le Tribunal souligne que le terme « donation » utilisé dans l'acte notarié était un terme inexact car la volonté réelle des époux était de donner et léguer mutuellement (et valablement) au survivant de l'un d'eux la totalité des biens meubles et immeubles qui « composeront » le patrimoine commun. Cette volonté doit être interprétée comme un avantage matrimonial au sens des articles 1451 et suivants du Code civil, et non comme une donation. Le Tribunal condamne par conséquent le notaire X au paiement des dépens de l'instance car il a fait usage du terme « donation » dans l'acte, terme inapproprié. En effet, c'est précisément l'utilisation de ce vocable par le notaire qui a suscité tout le litige. Le notaire est donc tenu aux frais entiers de la procédure. Le Tribunal déboute la demande de Mélanie D., partant, dit la demande en intervention et garantie non fondée et en déboute sa mère, condamne le notaire aux dépens de l'instance liquidés en faveur de la veuve.

b) Commentaires de l'arrêt

Qualifier l'acte de donation ou d'avantage matrimonial dans la convention avait toute son importance étant donné que c'est cette qualification qui déterminera les droits respectifs de chacune des parties dans le litige en cause. L'analyse du Tribunal allait nécessairement se montrer délicate vu la confusion entachant l'acte du notaire, acte bien mal libellé. Un notaire prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, n'aurait pas utilisé ce terme, non adéquat en l'espèce. *In concreto*, Madame demandait à titre principal que la validité et l'opposabilité de l'acte notarié lui soient reconnus. Ce n'est que si ce n'était pas le cas, que Madame demandait la condamnation à garantir et en responsabilité du notaire pour sa faute commise. Le Tribunal accorde à Madame sa demande principale. Il ne peut donc se pencher sur la responsabilité du notaire dans le cas d'espèce. Néanmoins, on peut sentir dans la décision du tribunal qu'il estime que le litige est né suite au terme « donation » malencontreusement utilisé par le notaire dans son acte. Par ce terme, le notaire a semé la confusion et ne s'est pas comporté comme un notaire prudent et diligent l'aurait fait. C'est pour cette raison que, accordant droit à Madame sur sa demande principale, le juge ne peut répondre à sa demande subsidiaire mais condamne aux dépens de l'instance le notaire. Nous pouvons être quasi certain que si le Tribunal avait dû statuer sur la responsabilité du notaire à titre principal, celle-ci aurait été mise en cause. Il n'est pas toujours aisé de démontrer la faute

du notaire : il existe une présomption que le notaire a rempli correctement ses fonctions⁹³. Cependant, lorsqu'on se trouve face à un acte mal rédigé, il y a là un élément objectif et facilement démontrable d'une faute dans le chef du notaire. La faute, en l'espèce, a causé un préjudice aux parties : toutes les discussions et toute la procédure qui s'en sont suivies. C'est pour cette raison que le Tribunal décide de condamner le notaire aux dépens de l'instance.

Cet arrêt a de ceci de particulier de ne pas condamner le notaire en responsabilité (car on ne lui a pas demandé à titre principal) mais de le condamner aux dépens de l'instance.

B. Gand, 29 mars 2007⁹⁴

Cet arrêt de la Cour d'appel de Gand illustre, entre autres, le fait que le notaire n'est pas un astrologue du droit, qui serait déclaré responsable car il n'aurait pas su anticiper l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence sur certaines notions lors de la modification d'un régime matrimonial.

a) Faits et décision

Monsieur et Madame se marient en 1967 sous le régime de la communauté légale, à défaut de contrat de mariage. Dix ans plus tard, l'épouse, qui ne possède qu'un douzième en nue propriété d'un bien - reprend les droits indivis de sa mère et de ses six frères dans le dit bien. La maison lui appartient alors pour le tout et devient le logement principal de la famille. Le jour même de l'acquisition, les époux empruntent hypothécairement un montant correspondant à la soulte due afin de la payer. Peu de temps après, sous la pression de Monsieur, intervient un acte modificatif du régime matrimonial des époux. Ils décident d'adopter le régime de la communauté universelle, avec clause d'attribution totale au profit du survivant : l'immeuble propre à Madame devient ainsi commun. Quelques années plus tard, ils divorcent à la demande de l'époux et l'on considère que le divorce est prononcé contre lui, étant donné qu'il ne peut apporter la preuve du contraire (article 202 et 306 *anciens* du Code civil).

Lors de la liquidation-partage du régime, les époux s'opposent sur le sens à donner au terme « avantages » dans la disposition de l'article 299 ancien du Code civil « *l'époux contre lequel le divorce aura été admis (en l'espèce Monsieur) perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté* ». Est-ce qu'un

⁹³ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, p.93.

⁹⁴ Gand, 29 mars 2007, non-publié.

apport en communauté consiste en un « avantage » que perdrait l'époux, étant donné que le divorce a été admis contre lui ?

Un arrêt de la Cour d'appel de Gand a décidé, en 2002, que l'apport en communauté ne constituait pas en un avantage que perdrait l'époux contre qui le divorce est prononcé. Dès lors, il en résulte que Madame doit payer une somme équivalente à la valeur de la moitié du bien pour le reprendre entièrement, et qu'en outre, elle doit une indemnité d'occupation à Monsieur, étant donné qu'elle occupait seule le bien depuis leur séparation. L'épouse décide par conséquent d'assigner le notaire en responsabilité étant donné qu'elle considère qu'il l'a informée de manière erronée lors de la modification du régime matrimonial car elle était persuadée qu'en cas de divorce à charge de son mari, elle pourrait revendiquer le bien apporté, or ce n'est finalement pas le cas. La Cour estime qu'un notaire « bon père de famille » aurait également passé l'acte modificatif. En effet, c'est parce que l'époux était réticent de contracter un emprunt solidairement avec sa femme pour payer la soule intégrale de la maison permettant d'acquérir la totalité du bien propre, que Madame a décidé de rendre le bien commun. Rien ne prouve en outre que Madame n'aurait pas accepté d'apporter ce bien à la communauté si elle avait su qu'il ne lui reviendrait pas de plein droit suite à un divorce contre son mari. Enfin, et c'est là, à notre sens, la partie la plus intéressante de l'arrêt : le notaire ne pouvait pas savoir, à l'époque, et avant que la question soit tranchée par la jurisprudence, que l'apport au patrimoine commun ne consistait pas en un avantage au sens de l'article 299 du Code civil. Il régnait à l'époque une certaine incertitude, et on ne peut reprocher au notaire d'avoir tranché dans un sens, plutôt que dans un autre. Il ne pouvait expliquer de façon certaine les conséquences de cet acte modificatif, étant donné qu'à l'époque, il n'y avait pas de consensus en doctrine et en jurisprudence sur cette problématique. L'arrêt ne tient donc pas le notaire pour responsable.

b) Commentaires de l'arrêt

L'arrêt rappelle que la faute doit être prouvée par celui qui l'allègue. Pour apprécier la faute du notaire en l'espèce, il faut analyser si un notaire normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, aurait commis la même faute. En l'espèce, est-ce qu'un notaire normalement prudent et diligent, à la même époque, aurait mis en garde les parties des conséquences d'un apport en communauté en cas de liquidation du régime ?

En l'espèce, le dommage n'était en soit pas prévisible étant donné l'interprétation tardive donnée à l'article 299 par la jurisprudence. Il existait un manque de clarté évident au moment

où le notaire a procédé à la modification du régime matrimonial. Il ne peut être tenu pour responsable d'avoir opté pour une interprétation plutôt qu'une autre : le notaire n'est pas un astrologue du droit⁹⁵, capable de deviner l'évolution des interprétations données aux notions juridiques et articles de loi.

En outre, l'arrêt rappelle que le lien de causalité n'est pas certain, étant donné que rien ne prouve que Madame n'aurait pas accepté le changement de régime matrimonial si elle en avait su les conséquences. En effet, elle avait besoin des fonds de Monsieur pour financer la reprise de l'immeuble, il paraissait donc logique qu'en contrepartie, le bien devienne commun. Nous voyons que le juge de fond est très rigoureux dans l'application de la théorie de l'équivalence des conditions: il FAUT que le lien de causalité soit certain, nonobstant tout doute, entre la faute et le dommage.

C. Civ. Bruxelles, 25 novembre 2011

Un autre arrêt sur la question a été rendu le 25 novembre 2011 par le Tribunal de première instance de Bruxelles⁹⁶.

a) Faits et décision

En l'espèce, un couple était marié sous le régime de la séparation de biens. Peu de temps après le mariage, Monsieur décide d'acquérir un bien qui devient le domicile conjugal du couple. L'épouse, néanmoins, améliore la valeur dudit bien par le financement de travaux de réaménagement et d'agrandissement et investit dans le bien plus que sa valeur de départ. A une date indéterminée, Madame, dans le but de modifier le régime matrimonial, se rend chez un notaire. Celui-ci rédige un projet d'acte modificatif du régime matrimonial, envoyé à l'adresse du domicile conjugal des époux. Deux modifications importantes y sont insérées : premièrement, il était convenu qu'au régime de séparation de biens, on adjoignait un patrimoine commun ne contenant que l'immeuble familial, apporté à titre gratuit par le Monsieur. Ensuite, il était stipulé qu'en cas de dissolution du patrimoine commun suite à un divorce, le bien serait repris par Monsieur, « avec imputation de la valeur du bien sur sa part ». Le couple se rend ensuite chez le notaire pour signer l'acte modificatif. Quelques temps plus tard, une séparation intervient entre les deux époux. La modification du régime matrimonial va donc s'appliquer. A ce moment-là, et à ce moment-là seulement, Monsieur se serait « rendu compte » qu'il allait perdre la moitié de la valeur de sa maison et va donc

⁹⁵ Expression utilisée par J. GOEMARE lors d'un entretien qui a eu lieu dans le cadre de ce travail, le 6 mars 2015.

⁹⁶ Civ. Bruxelles, 25 novembre 2011, non publié.

décider d'assigner le notaire en responsabilité. Il estime que sa responsabilité est engagée car ce dernier ne lui avait jamais fait part de ce qui se passerait en cas de divorce, ou du moins, il n'en avait pas compris la portée. Le notaire aurait donc manqué à son devoir de conseil imposé par l'article 9 de la loi de Ventôse. En outre, Monsieur estime qu'il n'avait pris aucune initiative personnelle afin de modifier le statut de l'immeuble qu'il avait acheté en bien propre, et stipule en outre qu'il n'aurait eu connaissance de ce projet qu'à la signature de la convention modificative du régime matrimonial.

Le Tribunal de première instance de Bruxelles nous rappelle que le devoir de conseil du notaire est une obligation de moyens, et non de résultat, et que par conséquent, il appartient au demandeur d'y apporter la charge de la preuve.

Par rapport aux arguments évoqués par Monsieur, le Tribunal estime que, bien que cela soit Madame qui ait pris contact avec l'étude notariale, le projet qui découlait de cette rencontre a été envoyé à l'adresse des deux époux ; le notaire pouvait donc légitimement penser que Monsieur aurait eu connaissance de ce projet avant la signature de l'acte. Monsieur avait fait savoir à la Cour que ce n'était pas le cas car c'est uniquement son ex-femme qui s'occupait des papiers administratifs de la vie quotidienne. Le Tribunal estime que cet argument n'était pas pertinent, étant donné que le notaire ne pouvait pas présumer de ce fait ; consulté par une dame qui demande des conseils et qui expose qu'elle a investi dans l'immeuble de son mari des sommes supérieures à la valeur d'achat, le notaire pouvait présumer que les deux époux s'entendaient toujours et qu'ils étaient, tous deux, d'avis de modifier la situation de leurs intérêts respectifs. Le Tribunal souligne en outre, que bien que le notaire ait envoyé deux courriers différents, ceux-ci seraient arrivés à la même adresse, et que si on en croit les dires de Monsieur, Madame, qui s'occupait seule des affaires administratives, aurait ouverte seule les deux enveloppes, et aurait pu autant cacher deux lettres qu'une. Monsieur n'est venu voir le notaire qu'une seule et unique fois, lors de la signature de l'acte, tandis que Madame est venue le voir à de nombreuses reprises. Monsieur s'est contenté, tout au long de la procédure, des explications données par son épouse, et non de celles données directement par le notaire en personne. En outre, le Tribunal estime que Monsieur ne s'est pas comporté comme un homme prudent et diligent l'aurait fait, en décidant de suivre son épouse à l'étude notariale pour la signature d'un acte, sans même s'inquiéter du contenu du document qu'on allait lui soumettre. En effet, en indiquant qu'il n'était au courant de rien au sujet du projet d'acte modificatif avant la signature, Monsieur sous-entend qu'il n'a pas pris la peine de savoir pourquoi il avait un rendez-vous chez un notaire et qu'il ne s'était pas demandé pour quel

type de document le notaire avait besoin de sa signature. En agissant ainsi, Monsieur n'a pas géré son patrimoine comme un bon père de famille l'aurait fait. Enfin, Monsieur soutenait qu'il était « la partie faible du contrat, étant donné que l'acte modificatif avait pour but que son bien ne lui soit plus propre. Le Tribunal a estimé qu'il n'existait pas réellement un déséquilibre entre les parties étant donné que Madame a investi dans l'immeuble plus que sa valeur d'achat. En outre, il n'appartient pas au notaire de faire une enquête, qui peut se révéler trop personnelle, pour savoir qui serait la partie faible du contrat. L'obligation d'information n'exonère pas le notaire du devoir de réserve et de discrétion auquel il est tenu⁹⁷.

b) Commentaires de l'arrêt

Cet arrêt insiste sur le fait que le notaire demeure tributaire des explications données par ses clients et que son travail de recherche ne lui permet pas de tout découvrir. La mission du notaire est nécessairement basé sur la confiance qu'il doit avoir envers les parties⁹⁸.

Ensuite, cet arrêt rappelle que le notaire est soumis à une obligation de moyens, ce qui implique qu'en l'absence de preuve contraire, le notaire n'est pas tenu pour responsable. En l'espèce, il n'existe pas d'éléments objectifs qui démontrent que le devoir de conseil n'a pas été donné. Par contre, il existe des éléments objectifs qui démontrent que Monsieur ne s'est pas comporté comme un bon père de famille dans la gestion de son patrimoine. Par exemple, il ne s'est pas inquiété des raisons de sa venue chez un notaire, il ne s'est pas posé des questions lors de la signature de la convention... Le notaire n'est pas un tuteur et son devoir de conseil ne le rend pas responsable de l'inertie ou de l'incurie de son client. Il n'a pas à garantir celui-ci contre sa propre imprévoyance ou impéritie⁹⁹.

En outre, ce n'est pas parce que les parties n'ont pas compris le conseil donné par le notaire que ce conseil n'a pas été donné. Monsieur stipule lui-même devant le Tribunal « que le conseil n'avait pas été donné, ou du moins, qu'il n'en avait pas compris la portée ». Il ne revient pas au notaire de se muer en instituteur et de procéder à des interrogations afin de s'assurer que le client ait bien compris ; interrogations qui risquent en outre de ne pas respecter l'intimité des parties...

Par contre, nous sommes d'avis qu'il reste indispensable que le notaire lise et commente ses actes, comme d'ailleurs, lui impose la loi de Ventôse. Il doit expliciter les actes dans des

⁹⁷ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, 1991, pp.53 à 57.

⁹⁸ C.VANHALEWYN, *ibidem*, p.85.

⁹⁹ H. DE PAGE, *op.cit.*, t.VII, p.648, n°718.

termes « vulgaires» s'il sent que les parties ne comprennent pas le langage juridique utilisé. Il n'en reste pas moins que c'est aux parties de poser des questions si elles n'ont pas compris le discours tenu et d'ainsi collaborer à la mission du devoir de conseil imposé au notaire.

Section II : La responsabilité notariale en matière de conseil dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel

Nous allons à présent analyser certaines jurisprudences rendues par les juridictions de fond et par la Cour de cassation sur la responsabilité du notaire dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel. Ces arrêts vont nous permettre notamment de mieux comprendre le sens et la portée du devoir de conseil dans la pratique. Nous allons essayer de dépasser le stade du simple recensement de jurisprudences sur cette thématique, en analysant et en synthétisant les différents principes qui peuvent découler de ces arrêts.

§ 1. Chroniques de jurisprudences rendues en matière de conseil du notaire dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel

A. Liège, 11 février 1992, confirmant civ. Neufchâteau, 22 décembre 1989

a) Faits et décision

Dans cet arrêt, rendu par la Cour d'appel de Liège en 1992¹⁰⁰, les conventions préalables au divorce par consentement mutuel sont négociées par l'intermédiaire d'un avocat et il y est convenu d'attribuer l'immeuble commun au mari, moyennant, en échange, la reprise par ce dernier de la dette hypothécaire. Dans ce but, le notaire contacte le créancier hypothécaire afin d'obtenir la désolidarisation de l'épouse. Ce dernier répond par écrit qu'il n'accepterait éventuellement la désolidarisation qu'une fois le divorce transcrit ET à des conditions bien précises, parmi lesquelles une garantie financière suffisante dans le chef du futur ex-mari. Le notaire communique textuellement cette réponse à l'épouse, qui décide de maintenir la procédure aux conditions convenues dans les conventions préalables. Après la transcription du divorce, le créancier hypothécaire constate que les ressources financières de l'ex-mari sont insuffisantes pour obtenir le remboursement de son paiement. Il invoque alors la déduction de l'épouse en vertu de l'acte qu'elle a signé. L'épouse décide alors d'assigner le notaire en

¹⁰⁰ Liège, 11 février 1992, confirmant civ. Neufchâteau, 22 décembre 1989 in C. VANHALEWYN et H. JACOBS, *La responsabilité professionnelle des notaires - Recension de la jurisprudence 1990 – 1992*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp 101 à 102.

réparation de son dommage car elle estime que le notaire a manqué à son devoir de conseil lorsqu'il lui a transmis la réponse du créancier hypothécaire.

L'action est déclarée non fondée, aussi bien en première instance que devant la Cour d'appel de Liège. La Cour estime en effet que l'épouse avait du se rendre compte qu'elle resterait tenue de la dette à l'égard de l'organisme de crédit sachant, mieux que quiconque, les faibles ressources financières de son mari, ainsi que son caractère dépensier. En outre, elle en a reçu la confirmation claire lorsque le notaire lui a transmis la lettre du créancier qui stipulait dans des termes explicites que la surface financière suffisante de son mari était une condition *sine qua non* à sa désolidarisation. Cela démontre, selon la Cour, que l'épouse savait pertinemment, et en connaissance de cause, qu'elle courait un risque évident d'être débitée par l'organisme de crédit. Le Tribunal conclut que le notaire remplit son devoir de conseil en transférant seulement à l'épouse la réponse qu'il avait reçue du créancier hypothécaire et qu'il n'était pas nécessaire qu'il fournisse des informations complémentaires.

b) Commentaires de l'arrêt

Cet arrêt est une parfaite illustration de la question de savoir où s'arrête le devoir de conseil : lorsque le notaire donne une information dans des termes explicites et dénués de tout doute quant à leur sens, il ne peut être tenu pour responsable si les parties n'ont pas compris la portée de ces informations.

De plus, le devoir de conseil est atténué lorsque le notaire a «en face de lui » une personne qui, aux vues des circonstances, sait mieux que quiconque ce qui risque de se produire suite aux informations données par le notaire. En l'espèce, l'épouse savait mieux que quiconque la probabilité que son mari ne remplisse pas les conditions requises par l'organisme bancaire. Nous pouvons donc affirmer que le devoir de conseil est atténué ou disparaît lorsque le client est lui-même suffisamment averti¹⁰¹. L'intensité du devoir de conseil varie en fonction de la personne à qui le notaire s'adresse.

Par rapport aux faits de l'arrêt, nous estimons que Madame aurait dû jouer un rôle plus proactif et faire part au notaire de ses craintes quant aux ressources de son mari. Il aurait alors pu la conseiller en conséquence. Cet arrêt nous rappelle que les clients doivent eux-mêmes collaborer à la mission qu'ils confient au notaire. Il existe un devoir de collaboration dans le chef des clients, devoir dont nous estimons l'importance égale à celle du devoir de conseil imposé au notaire.

¹⁰¹ R. PIRSON ET A. DE VILLE, *Traité de responsabilité civile*, t. II, p. 405.

Enfin, cet arrêt est pertinent par rapport au lien causal certain exigé pour remettre en cause la responsabilité notariale. En l'espèce, il n'existe aucune certitude que si le notaire avait mis en garde l'épouse, celle-ci n'aurait pas continué la procédure. Le Tribunal conclut en effet que le lien de causalité n'étant pas certain, le notaire ne peut être tenu pour responsable. Ceci est une parfaite application de la théorie de l'équivalence des conditions applicable à la responsabilité notariale, comme nous l'avons vu dans le Chapitre I.

B. Anvers, 9 mai 2007

Un arrêt fort intéressant et, à notre sens, controversé a été rendu par la Cour d'appel d'Anvers le 9 mai 2007¹⁰².

a) Faits et décision

En l'espèce, les époux requièrent le notaire d'authentifier leur convention préalable à divorce par consentement mutuel. Dans un même temps, Monsieur signe en faveur de Madame une reconnaissance de dette relative à la somme de 1 million de francs belges de l'époque, soit 24.789, 35 euro actuels. Il s'agit donc d'un acte secret, d'une contrelettre. Madame demande par la suite l'annulation de cette dernière. En effet, cette reconnaissance de dette n'avait pas été contrôlée judiciairement, comme le prescrit l'article 1293 du Code judiciaire : elle était donc nulle. Monsieur incrimine le notaire car il estime ne pas avoir reçu l'information nécessaire dans le cadre de cette opération. L'affaire se retrouve devant la Cour d'appel d'Anvers.

Cet arrêt illustre également ce qui a été explicité dans Chapitre III de ce présent travail : le devoir de conseil se retrouve souvent au centre de la question de la responsabilité notariale. En effet, l'ex-époux engage la responsabilité du notaire car il estime qu'il n'a pas été informé des risques encourus par son opération.

La Cour rappelle dans cet arrêt que le devoir de conseil est une obligation de moyens, et non une obligation de résultat. Il incombe donc, en l'espèce, à l'ex-époux, d'apporter la preuve qu'il n'a pas été informé des dit risques. Or, le notaire déclare formellement avoir prévenu verbalement les parties des risques qu'elles encouraient avant de recevoir l'acte. Monsieur ne pouvant apporter la preuve positive contraire, la preuve du défaut du devoir de conseil n'est pas apportée. Le notaire n'est pas déclaré responsable d'un défaut d'informations dans son chef.

¹⁰² Anvers, 9 mai 2007, *R.A.G.B.*, 2009, p.272.

b. Commentaires de l'arrêt

Cet arrêt porte à controverse car on peut considérer qu'en acceptant de prêter son ministère pour l'établissement d'une contrelettre manifestement nulle et contraire à l'ordre public, le notaire a commis une faute¹⁰³. Il n'a pas commis une faute dans le devoir de conseil ou d'avertissement qu'il doit prodiguer aux parties, mais bien dans le fait même de ne pas refuser de prêter son ministère pour l'établissement d'un tel acte. Cette contrelettre implique l'existence d'une simulation, ce qui implique une nullité de la convention toute entière¹⁰⁴. Un notaire est-il responsable à partir du moment où il accepte de recevoir un acte simulé et donc nul ? Nous le pensons. En effet, s'il y a dol ou malversation, le notaire a pour obligation de refuser de prêter son ministère¹⁰⁵. Il y a là, à nouveau, une absence de volonté dans son chef : il ne peut pas, mais surtout, il ne doit pas prêter son ministère dans pareille situation illicite.

C. Bruxelles, 16 décembre 2008

Cet arrêt illustre le fait que le devoir de conseil est supplétif et rappelle que la responsabilité du notaire authenticateur est une responsabilité extracontractuelle¹⁰⁶.

a) Faits et décision

Dans le cas d'espèce, le notaire estime la valeur de l'immeuble conjugal à environ 100.000,00 euros dans l'acte de règlement des droits respectifs d'époux qui divorcent par consentement mutuel. Plus tard, dans le cadre d'une adjudication publique sur saisie de l'immeuble conjugal, l'immeuble est vendu pour le prix de 65.072,00 euros. Il existe donc une différence d'environ 35.000,00 euros entre le prix estimé par le notaire lors du règlement des droits respectifs des époux et le prix auquel le bien a été réellement vendu. L'ex-époux met en cause la responsabilité du notaire car il lui fait grief de la surestimation de la valeur de l'immeuble donnée lors du règlement des droits respectifs des époux.

Comme dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers précédemment analysé, la Cour rappelle que le devoir de conseil est une obligation de moyens et non de résultat, et qu'il incombe, par conséquent, à l'appelant d'apporter la preuve du manquement. En l'espèce, la Cour a estimé que l'ex-époux demandeur n'avait pas établi qu'il avait donné une quelconque mission

¹⁰³M. GOVAERTS, note sous Anvers, «Omtrent de kunst van het veinzen : de tegenbrief bij echtscheiding door onderlinge toestemming», *R.A.B.G.*, 2009, p.272.

¹⁰⁴H. DE PAGE, *op.cit.*, n° 624 B.

¹⁰⁵P. HARMEL et R. BOURSEAU, *op.cit.*, pp. 64 à 75.

¹⁰⁶Bruxelles, 16 décembre 2008, *R.A.B.G.*, 2009, p. 826.

d'estimation spécifique au notaire¹⁰⁷. Ce dernier s'était donc basé sur son expérience personnelle et sur la connaissance générale qu'il possédait des prix habituellement pratiqués dans ce quartier pour son estimation, sans devoir faire un devoir d'investigation supplémentaire. La Cour précise que le notaire pourrait être tenu pour responsable d'une mauvaise estimation uniquement si elle était manifestement déraisonnable, ce qui, selon la Cour, n'est pas le cas en l'espèce. En effet, il est normal que le prix donné pour un bien en vente publique diffère (vers le haut ou vers le bas) d'une vente qui se serait passée de gré à gré. De plus, il est de coutume que le prix indiqué dans des actes familiaux tel que des règlements transactionnels soient des « prix d'amis », estimés à titre forfaitaire. L'estimation n'est donc pas manifestement déraisonnable et la responsabilité du notaire n'est par conséquent pas retenue par la Cour.

b) Commentaires de l'arrêt

Dans le Chapitre I, nous avons analysé que le demandeur avait tendance à baser son pourvoi aussi bien sur la responsabilité contractuelle que sur la responsabilité extracontractuelle. Cet arrêt illustre parfaitement cette tendance : le demandeur évoque ainsi la responsabilité contractuelle du notaire et, de façon subsidiaire, sa responsabilité extracontractuelle. La Cour a estimé que, seule la responsabilité extracontractuelle pouvait être mise en cause lorsque le notaire agissait en tant qu'officier public, et non en tant que titulaire d'une profession libérale. Le notaire recevait ici un acte authentique et agissait dans le cadre d'une mission légale, et non contractuelle. Elle a donc rejeté le pourvoi formé à l'encontre de la responsabilité contractuelle du notaire. Cet arrêt s'inscrit dans la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

Cet arrêt est intéressant car il énonce que le devoir de conseil est supplétif, ce qui n'est pas toujours admis¹⁰⁸, comme nous l'avons vu dans la Section III du Chapitre I. L'arrêt précise en effet « *il convient de tenir compte de la qualité, de la formation et de l'expérience des parties, le devoir d'information du notaire étant supplétif* ». La Cour rappelle donc que le notaire ne doit pas conseiller ce que les parties savent ou sont censées savoir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ A. RENIERS, note sous Bruxelles, « Over notariële aansprakelijkheid, bewijs informatieplichting en eenheid van intentie », *T. not*, 2009, p.25.

¹⁰⁸ Bruxelles, 3 octobre 2000, *Rev. not. b.*, 2001, p. 237.

¹⁰⁹ J. GOEMARE, *op.cit.*, 2010, pp. 151 à 196.

En outre, il est juste d'estimer que le notaire ne commet pas de faute lorsqu'il surestime un bien, sauf si cette appréciation est manifestement déraisonnable.

Enfin, la certitude de l'existence d'un dommage nous semble faire défaut. Certes, l'immeuble s'est vendu à une valeur moindre que celle estimée par le notaire, mais pourrions-nous autant estimer qu'il existe un réel préjudice dans le chef de l'ex-mari ? Il apparait que le dommage ne peut constituer en un profit financier escompté¹¹⁰.

D. Civ. Bruxelles, 18 janvier 2013

L'arrêt suivant, rendu par le Tribunal de première instance de Bruxelles¹¹¹, est intéressant du point de vue des connaissances qui sont attendues dans le chef du notaire et dans la transmission de l'étendue des dites connaissances aux parties.

a) Faits et décision

En l'espèce, Monsieur et Madame s'étaient mariés et avaient décidé de faire, quelques temps plus tard, l'acquisition d'un appartement. Ils avaient préféré démembler la propriété de ce bien : ainsi Monsieur avait récolté la nue-propriété et Madame, l'usufruit. Un divorce survient ensuite, et des conventions préalables sont passées devant notaire. Celles-ci stipulaient que le statut démembré de l'immeuble en question ne changerait pas après le divorce ; par contre, on y avait inséré une clause qui stipulait que Monsieur devait verser un capital tenant lieu de pension après divorce à son ex-épouse. Ce capital était constitué d'un montant payable en deux fois et net d'impôt, et Monsieur s'en était acquis. Celui-ci, en examinant ses comptes, s'était rendu compte, par la suite, qu'il avait été fort taxé sur ce montant car son ex-épouse en avait fait la déclaration en deux fois, également à l'impôt des personnes physiques. Monsieur estimait qu'il aurait pu bénéficier d'une taxation moindre et qu'il avait donc subi un préjudice. Il estimait en effet que si son ex-épouse avait déclaré autrement les aliments, son obligation de payer l'impôt aurait été moins lourde. En outre, il estimait que le notaire avait manqué à son devoir de conseil impartial en ne lui conseillant pas la voie la moins imposée lors de la rédaction et de la signature des conventions préalables.

Le Tribunal de première instance de Bruxelles a décidé que, quoique l'existence du devoir de conseil ne puisse être mise en doute, celui-ci ne s'étend pas à des informations sur l'impôt sur

¹¹⁰ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, p.61.

¹¹¹ Civ. Bruxelles, 18 janvier 2013, non publié.

les personnes physiques. L'impôt sur les personnes physique implique une déclaration du contribuable et rien n'empêche celui-ci de choisir une voie autre que la voie la moins imposée. Ainsi, Monsieur aurait pu préférer décider de payer en deux fois les impôts pour éviter d'avoir, chaque année, à faire des comptes avec son ancienne épouse et à garder des contacts avec elle. En outre, Monsieur n'a à aucun moment demandé des conseils au notaire sur la façon de remplir sa fiche de déclaration et celui-ci ne devait aucunement prévenir le contribuable qu'il devait choisir la voie la moins imposée, car il n'y a là, légalement, aucune obligation de la sorte à respecter. Le Tribunal souligne ensuite que le notaire ne pouvait savoir à quelle version du C.I.R. de 1992 les parties seraient soumises étant donné que le paiement du capital n'intervenait pas tout de suite, mais quelques temps plus tard. Nous pouvons en déduire que le notaire n'est pas un astrologue du droit, capable de deviner l'évolution législative future.

Le Tribunal a stipulé enfin, et c'est là, à notre sens, toute l'importance de l'arrêt, que les notaires sont censés avoir une très bonne connaissance des impôts indirects car ils ont l'obligation de les percevoir dans leur métier (*comme par exemple les droits d'enregistrement*) mais qu'on ne peut raisonnablement avoir les mêmes exigences en ce qui concernent les impôts sur les revenus. Ils peuvent, en effet, être amenés à aborder cette problématique avec leurs clients, de façon bien spécifique lorsque ceux-ci les consultent à ce sujet, mais ne pourraient, dans le cadre général de conseil, être tenus responsable de l'insuffisance d'une information donnée à cette occasion.

b) Commentaires de l'arrêt

Il ressort de cet arrêt que le devoir général de conseil n'implique pas que le notaire donne et puisse donner des informations complètes dans tous les pans du droit, bien que sa formation et son métier soient pluridisciplinaires et touchent à énormément de matières juridiques différentes. Le notaire ne traite pas habituellement de l'impôt sur les personnes physiques, celui-ci ne le concerne pas directement. Il n'en est donc pas un spécialiste. Le Tribunal laisse donc entendre que les parties, si elles avaient été normalement prudentes et diligentes, auraient dû se tourner vers des spécialistes en la matière pour y poser leurs questions plus techniques.

Cet arrêt illustre donc les limitations du devoir de conseil imposé au notaire : celui-ci ne doit pas être un homme capable de penser à tous les aspects du droit lorsque les parties viennent le

consulter. Le droit regorge de matières différentes et des parties avisées, prudentes et diligentes, auraient pensé à consulter une profession juridique spécialisée dans la question. L'étendue du devoir de conseil et des informations données à cet égard n'est donc pas illimitée. Le notaire ne peut tout prévoir, ni tout régler¹¹².

En outre, le notaire était un proche du couple au moment des faits. Il savait qu'il avait affaire à des gens instruits, capables de savoir la complexité du droit et censés savoir qu'ils doivent poser leurs questions plus techniques aux personnes plus compétentes pour y répondre. Ceci rejoint ce que nous avons vu lors du commentaire de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège du 11 février 1992 : l'intensité du devoir de conseil varie en fonction de la personne à qui le notaire s'adresse.

Section 3 : Synthèse des grands principes de la responsabilité notariale découlant de ces arrêts

Dans les différents arrêts analysés, nous observons que, de façon quasi-systématique, les tribunaux se penchent dans leur analyse sur les mêmes points : la certitude du lien causal entre la faute du notaire et le dommage subi ; l'étendue du devoir de conseil ; la nature de la relation entre le notaire et son client; la charge de la preuve, en lien avec l'obligation de moyen ou de résultat imposé au notaire.

Les décisions commentées démontrent qu'il est essentiel d'examiner, dans chaque cas précis, et en fonction d'une chronologie rigoureuse des faits, la question de savoir si une relation causale nécessaire unit la faute et le dommage¹¹³. Les arrêts commentés analysent en effet de façon minutieuse les faits de la cause, pris dans leur intégralité, afin de savoir si le dommage aurait pu de toute façon se produire sans la faute du notaire. Avoir cette certitude n'est pas chose aisée, et cette application stricte de la théorie de l'équivalence des conditions joue en faveur du notaire : la certitude du lien causal étant difficile à prouver, la responsabilité du notaire est moins rapidement engagée.

En outre, nous observons qu'il s'agit le plus souvent d'un dommage économique « pur » correspondant, par exemple, au surcroît d'impôt qui a dû être payé à l'administration fiscale par la faute du notaire¹¹⁴, à la débetion de l'épouse par le créancier hypothécaire, au paiement pour la reprise d'un bien propre devenu commun... Le dommage réparable dans le cadre de la

¹¹² E. KRINGS, *op.cit.*, p.289.

¹¹³ J. GOEMARE, *op.cit.*, 2010, pp. 151 à 196.

¹¹⁴ Voy. l'arrêt précédemment analysé de la Cour d'appel de Bruxelles du 16 décembre 2008

mise en cause de la responsabilité notariale est donc le plus souvent de nature patrimoniale¹¹⁵. Rien ne permet d'exclure un préjudice moral quoique les applications jurisprudentielles demeurent rares¹¹⁶.

Ensuite, dans plusieurs arrêts, le juge a rappelé que le devoir de conseil du notaire est une obligation de moyens, et non de résultat. Les décisions de jurisprudence commentées ci-dessus ont confirmé cette doctrine désormais bien établie. Néanmoins, il est nécessaire de rappeler que le notaire peut être tenu à une obligation de résultat lorsque l'acte qu'il a reçu est nul pour vice de forme ou parce qu'il a violé une loi d'ordre public¹¹⁷. C'est en ce sens que nous ne rejoignons pas l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Anvers en 2007. En effet, elle estime que le notaire n'est pas responsable, car il a effectivement rempli son devoir de conseil. *A contrario*, nous estimons que dès l'instant où le notaire a accepté de recevoir un acte nul, celui-ci commet une faute. Il accepte de recevoir un acte contraire à la loi, et par ce seul fait, le notaire se rend responsable. Il existe une obligation de résultat dans le chef du notaire de ne recevoir que des actes non-nuls, non attachés de dol ou de malversations¹¹⁸.

Suite à l'analyse de ces différents arrêts, nous observons que systématiquement le juge fait pencher la balance vers la présomption que le notaire a rempli correctement ses fonctions¹¹⁹. L'exemple le plus frappant est l'arrêt qui dispose qu'il doit exister des éléments objectifs qui démontrent que le devoir de conseil n'a pas été donné. Si leur preuve ne peut être apportée, le notaire ne peut être considéré comme responsable. Soulignons que cette application reste une simple application du droit commun où la preuve d'un manquement incombe à celui qui s'en prévaut¹²⁰.

En ce qui concerne le devoir de conseil, ces arrêts nous ont montré qu'il arrive que, d'après les données dont il dispose, le notaire donne des conseils adéquats mais que des parties, qui n'en comprennent pas toujours la portée, ne lui demandent pourtant pas d'explications complémentaires alors qu'elles auraient pu permettre au notaire de s'apercevoir qu'il devait réorienter son analyse. Devrait-on alors imposer au notaire de se muer en instituteur et procéder à des interrogations afin de s'assurer que le client a bien compris ? Nous ne le pensons pas : le notaire risquerait alors de s'immiscer dans l'intimité des parties.

¹¹⁵ N. ESTIENNE, *op.cit.*, p.5.

¹¹⁶ C. MELOTTE, *op.cit.*, p.56.

¹¹⁷ P. HARMEL et R. BOURSEAU, *op.cit.*, p. 93.

¹¹⁸ P. HARMEL et R. BOURSEAU, *ibidem.*, pp. 64 à 75.

¹¹⁹ C. VANHALEWYN, *op.cit.*, p.93.

¹²⁰ N. ESTIENNE, *op.cit.*, p.4.

Même si le notaire doit veiller à recueillir un maximum d'informations auprès de ses clients, encore faut-il que ceux-ci les lui communiquent, voire lui transmettent spontanément certains éléments, en apparence anodins, qui peuvent néanmoins s'avérer cruciaux en l'espèce. Dans le cas contraire, il serait facile de reprocher *a posteriori* au notaire un manquement à son devoir de conseil alors que n'importe quel autre juriste normalement prudent et diligent, confronté aux mêmes informations (dont le notaire pouvait se satisfaire), aurait agi de la même manière. C'est de cette façon que la jurisprudence a réagi par exemple dans l'arrêt Tribunal de première instance de Bruxelles¹²¹.

CONCLUSION

Nous avons pu voir au fil de ce travail que la responsabilité notariale est une responsabilité professionnelle particulière, complexe et fascinante.

Particulière, car contrairement aux autres professions libérales, le notaire est tenu de prêter son ministère. Il ne possède pas de libre appréciation et doit refuser son ministère lorsque l'acte est nul. Ensuite, il existe une obligation légale d'information pour le notaire, source de responsabilité nouvelle à son égard car sa mission consiste justement dans la transmission de l'information ou la délivrance d'un conseil¹²².

Complexe, car la nature de la relation du notaire avec ses clients a déchiré auteurs de doctrines et hautes Cours belges. Comme nous avons pu le voir dans le cadre de ce travail, diverses thèses émergent pour répondre au constat d'inconstitutionnalité qu'entraîne la distinction entre la relation extracontractuelle et contractuelle du notaire avec ses clients. Mais a-t-on trouvé la solution idéale ? Nous ne pouvons nier que la relation entre le notaire authenticateur et ses clients est de nature extracontractuelle : le notaire agit en dehors de toute sphère contractuelle, dans le cadre de sa mission légale. Nous ne pouvons remettre en cause également la relation contractuelle qui unit le notaire conseiller aux parties, quand celui-ci agit en dehors de cette mission légale. Que faire alors pour remédier aux délais de prescription différents attachés à ces différents délais ? Nous avons évoqué différentes pistes : ne pas distinguer les relations, car au fond, le devoir de conseil est identique dans les deux cas ; ne pas avoir égard à la distinction acte authentique - acte sous-seing privé mais plutôt à celle de service public ou service privé ; considérer la responsabilité du notaire en tant que notaire

¹²¹ Civ. Bruxelles, 25 novembre 2011, non-publié.

¹²² B. DUBUISSON, *op.cit.*, p.28.

et parce qu'il est notaire... Mais aucune de ces solutions ne semble nous convaincre entièrement et le débat reste, à nos yeux, encore ouvert. Puisse le législateur intervenir rapidement afin de créer un régime de responsabilité autonome, avec un délai de prescription clairement établi afin de rétablir une certaine paix judiciaire... Pour l'instant, la nature de la responsabilité notariale nage encore dans des eaux troubles au point que les demandeurs ne savent plus à quel saint se vouer, et prudents et sous conseil d'un avocat avisé, préféreront baser leur moyen aussi bien sur la responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle du notaire.

Fascinante, enfin, car tout au long de cette exposé, nous nous sommes posés une multitude de questions et avons découvert un débat passionnant, presque sans fin. En effet, à l'heure de conclure ses pages, des questions, parfois avec réponse, parfois sans réponse, raisonnent encore dans notre esprit : le notaire est-il responsable s'il conseille sans sourciller en priorité un régime de séparations de biens? Est-il logique de ne pas déclarer un notaire responsable mais de le condamner au paiement des dépens d'une instance? Le notaire est-il responsable par le seul fait de recevoir un acte nul même s'il a rempli son devoir de conseil en informant correctement les parties sur les risques d'un tel acte?

L'analyse des différentes jurisprudences commentées dans le cadre de ce travail nous a permis de nous poser ces questions et de pouvoir y apporter une certaine lumière.

Les rencontres faites dans le cadre de ce travail (notamment avec Me Goemare et Me Melotte) nous ont permis de comprendre tout l'enjeu de la nature de la responsabilité notariale dans la pratique, et comme ce débat pouvait encore agiter les foules (ou plutôt les passionnés de responsabilité civile...!).

Enfin, nous avons pu tirer toutes ces conclusions grâce à la confrontation entre la responsabilité du notaire et ses conseils en droit de la famille. Le contrat de mariage ainsi que la modification du régime matrimonial nous ont permis d'analyser et de comprendre la responsabilité du notaire dans des cas très particuliers : la responsabilité dans le conseil d'un régime matrimonial et dans l'information des risques et conséquences en cas de modification dudit régime. La responsabilité dans le cadre des conventions préalables au divorce par consentement mutuel nous a permis de comprendre que la responsabilité du notaire peut être mis en cause dans toutes une série de cas concrets variés : une surestimation de valeur se trouvant dans une convention préalable; un risque financier découlant d'une convention préalable car on n'en a pas compris la portée; l'acceptation d'une contre-lettre en parallèle à la

convention préalable,... Malgré la diversité de ces cas concrets, le tribunal soulève au fil de ses arrêts, les mêmes aspects pour analyser la responsabilité notariale, sur lesquels nous espérons avoir apporté un peu de lumière dans le cadre de ce travail.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

- T.F.U.E, art 49 ; 51.
- Code civil, art. 1408 ; 2262bis ; 2276quinquies.
- Code jud., art. 1080.
- Loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, art. 9, tel qu'il fut modifié par la loi du 4 mai 1999.
- Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour Constitutionnelle, art. 28.

DOCTRINE

- AUBERT (J-L.), *La responsabilité civile des notaires*, Paris, Répertoire Defrénois, 2008.
- BÉNABANT (A.), « La responsabilité des professionnels du droit en France » in *Les professions juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 761 à 766.
- BOURSEAU (R.), *Chroniques du droit à l'usage du notariat*, Université de Liège, Faculté de droit, Larcier, 2004, pp. 366 à 371.
- BOURSEAU (R.), *La responsabilité civile du notaire instrumentant*, in *Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels*, Bruxelles, Larcier, 1975, pp. 47 à 49.
- BUYSENS (F.), « De beroepsaansprakelijkheid van de notaris en de draagwijdte van zijn informatieplicht », *T. Fam.*, 2012, liv. 3, pp. 75 à 82.
- CASMAN (H.), *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 247 à 248.
- CASMAN (H.), « Quelques réflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire », *Rev.not.b.*, octobre 2004, pp. 440 et s.
- CASMAN (H.), *De beroepsaansprakelijkheid van de notaris. Enkele recente ontwikkelingen in De professionele aansprakelijkheid*, Die Keure, Bruges, 2004, blz. 186 tot 226.
- CORNELIS (L.) et BERRES (M.), « Réflexions sur l'obligation d'information, d'avertissement, de conseil et d'assistance du notaire », *Rev.not.b.*, 2003, pp. 282 et s.
- CORNELIS (L.) et RENIERS (A.), « Notariële aansprakelijkheid », *Ius & Actores*, 2007, pp. 131 à 147.

- DALCQ (R.O.), « Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales? » in *Mélanges en hommage au professeur Jean Baugniet*, Fac. Droit ULB, *Rev.not.b.*, 1976, p.93.
- DALCQ(R.O.), *Traité de la responsabilité civile*, in *Les Nouvelles*, « *Droit civil* », t.V., Bruxelles, Larcier, 1959, p.201.
- DALCQ (R.O.), « Examen de jurisprudence sur la responsabilité », *Rev.prat.not.*, 1956, p.53.
- DEMBLON (J.), « Organisation et déontologie du notariat » *Rép.not.*, t. XI 1.V., Bruxelles, Larcier, 1992, n°25.
- DE PAGE(H.), *Traité*, tome VII, 1943, n°717.
- DE VALKENEER (R.), *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2002,p. 119.
- DUBUISSON (B.), *La responsabilité civile liée au devoir de conseil. Questions d'actualité*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000.
- ESTIENNE (N.), *La responsabilité des notaires en droit belge*, disponible en ligne à l'adresse http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/316/316660_Theme2_Belgique_N-ESTIENNE.pdf
- FAGNART (J-L.), « La responsabilité civile, Chronique de Jurisprudence », *J.T.*, 1986, p.315.
- GOEMARE (J.), « De la prescription de l'action en responsabilité notariale à la nature de la relation juridique entre le client et le notaire », *Rev.not.b.*, 2013, pp. 231 à 247.
- GOEMARE (J.), « La responsabilité notariale » in *Chroniques notariales – Volume 52-* Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 151 à 196.
- GOEMARE (J.), « La responsabilité du notaire est-elle contractuelle ou aquilienne? » *Rev.not.b.*, 2009, pp. 146 à 165.
- GOVAERTS (M.), note sous Anvers, « Omtrent de kunst van het veinzen : de tegenbrief bij echtscheiding door onderlinge toestemming » *R.A.B.G.*, 2009, p.272.
- GOVERS (P.), « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des notaires » in X., *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 113 à 158.
- HARMEL (P.), « Organisation et déontologie du notariat », *Rép. Not.*, t. XI, l. V, n° 82.
- HARMEL (P.) et BOURSEAU (R.), « Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires en droit belge de 1830 à 1962 », 1966, *Rev. intern. dr. comp.*, p. 93.
- JOISTEN (P.), « Un notariat sur mesure... mais au fond, qui fait la mesure ? », *Rev.not.b.*, 2014/10, n°3090, pp.818 à 843.
- KRINGS (E.), « Le notariat dans la vie juridique », *Rev.not.b.*, 1986, p.280.

- MELOTTE (C.), « La responsabilité professionnelle des notaires », in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2005, titre II, livre 28, p.3.
- MELOTTE (C.), « Responsabilité du notaire et lien de causalité. », *For.ass.*, Anthémis, 2008, p.152.
- MOREAU-MARGREVE (I.), *Chronique du droit à l'usage du notariat*, t. VII, p.30 et suiv.
- NORDIN (E.), « De aard van de aansprakelijkheid van de notaris bij een onderhandse akte en bij een authentieke akte », *R.W.*, 2009-10, liv. 32, pp. 1351 à 1352.
- PIRSON (R.) ET DE VILLE (A.), *Traité de responsabilité civile*, t. II, p. 405.
- PUTZ (A.), « L'exigence causale en droit de la responsabilité notariale », *R.G.C.F.*, 2010, pp. 218 à 226.
- RENCHON (J-L.), *Droit du couple notarial, Annexes- Tome 1*, Syllabus, Université catholique de Louvain, 2014-2015, disponible sur le site *Icampus* : www.icampus.uclouvain.be.
- RENIERS (A.), note sous Bruxelles, « Over notariële aansprakelijkheid, bewijs informatieverplichting en eenheid van intentie » *T. not.*, 2009, blz. 25.
- STERCKX (D.), « La prescription de l'action en responsabilité notariale devant la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation », *J.T.*, 2013, pp. 623 à 627 ou *Rev.not.b.*, 2014, pp. 235 à 247.
- VAN SINAY (T.) « Notaris en onroerend goed, Aansprakelijkheid van de notaris » in X, *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, IV.K.4 – 1.
- VANHALEWYN (C.) et JACOBS (H.), *La responsabilité professionnelle des notaires - Recension de la jurisprudence 1990 – 1992*, Bruxelles, Bruyant, 1994, pp 101 à 102.
- VANHALEWYN (C.), *La responsabilité civile professionnelle du notaire, Dix années de jurisprudence belge (1980-1989)*, Averbode, Altiora, 1991, pp.53 à 57.
- VANHALEWYN (C.) et MICHIESENS (A.), « La responsabilité civile et la pratique notariale », *Notarius*, Extra n°5, Bruxelles, novembre 1981.
- VERBEKE (A.), *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable.*, Kluwer, Diegem, 1997, pp.24 à 26.
- TAYMANS (J-F), « Officier public ? Profession libérale ? La fausse alternative », in *Le service notarial : Réflexions critiques et prospectives*, colloque en hommage à Michel Grégoire, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 212 et suiv.

JURISPRUDENCE

- C.J.U.E., 24 mai 2011, disponible sur le site de la *Curia*, <http://curia.europa.eu/>, consulté le 26 mars 2015.

- Const., 13 décembre 2012, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle, www.const-court.be/, consulté le 27 mars 2015.
- Cass., 6 juin 2014, cité par STERCKX (D.) in « La prescription de l'action en responsabilité notariale devant la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation» *Rev.not.b.*, 2014, pp. 235 à 247.
- Cass., 23 octobre 2008, *Rev.not.b.*, 2009, pp.197 à 203.
- Cass., 24 septembre 2004, *Rev.not.b.*, 2009, pp. 163 à 165.
- Cass., 13 juin 1983, *J.T.*, 1984, p. 9.
- Bruxelles, 3 janvier 2014, *Rev.not.b.*, 2014, p.311.
- Bruxelles, 10 décembre 2013, *Rev.not.b.*, 2014, p.280.
- Bruxelles, 16 décembre 2008, *R.A.B.G.*, 2009, p. 826.
- Anvers, 9 mai 2007, *R.A.G.B.*, 2009, p.272.
- Gand, 29 mars 2007, non-publié.
- Gand, 27 février 2002, *T.N.*, 2003/04, p. 202 in R. BOURSEAU, *Chroniques du droit à l'usage du notariat (1er avril 2004)*, Université de Liège, Faculté de droit, Larcier, pp. 366 à 371.
- Bruxelles, 3 octobre 2000, *Rev. not. b.*, 2001, p. 237.
- Bruxelles, 4 juin 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n°13.204.
- Bruxelles, 8 mars 1993, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12.302.
- Liège, 11 février 1992, confirmant civ. Neufchâteau, 22 décembre 1989 in C. VANHALEWYN et H. JACOBS, *La responsabilité professionnelle des notaires - Recension de la jurisprudence 1990 – 1992*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp 101 à 102.
- Civ. Bruxelles, 3 janvier 2014, *Rev.not.b.*, 2014, p.311.
- Civ. Namur (2e ch.bis), 15 novembre 2013, *Rev. not. b.*, pp.248 à 253.
- Civ. Bruxelles, 18 janvier 2013, non-publié.
- Civ. Bruxelles, 25 novembre 2011, non-publié.
- Civ. Bruxelles, 20 décembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n°13926.

DIVERS

Interview de Me Jean GOEMARE, réalisé au sein du cabinet d'avocats *Van Lint et Associés*, le 9 mars 2015.

Table des matières

Introduction 3

CHAPITRE I : La responsabilité professionnelle du notaire	6
<i>Section I : Considérations générales sur la responsabilité professionnelle</i>	6
<i>Section II : La nature de la responsabilité notariale</i>	7
§1. L'influence de la question de la fonction notariale sur la question de la nature de la responsabilité notariale.....	8
§2 : Une intervention tardive de la jurisprudence.....	11
a) <i>La Cour de cassation</i>	11
b) <i>La Cour constitutionnelle</i>	13
c) <i>La Cour de justice de l'Union européenne</i>	17
<i>Section 3 : Le devoir de conseil, d'investigation et d'information du notaire</i>	20
CHAPITRE II : Chroniques de jurisprudence rendues en matière de responsabilité notariale dans les contrats de mariage, d'une part, dans les conventions de liquidation après divorce, d'autre part.....	23
<i>Section I : La responsabilité du notaire dans les contrats de mariage</i>	23
§ 1. Contenu de l'ouvrage d'Alain Verbeke : le notaire est-il responsable s'il propose le régime de séparation de biens sans sourciller ?.....	23
§ 2. Commentaires de l'ouvrage d'Alain Verbeke	Erreur ! Signet non défini.
§ 3. Civ. Namur (2e ch.bis), 15 novembre 2013	25
a. <i>Faits et décisions</i>	25
b) <i>Commentaires de l'arrêt</i>	27
<i>Section II : La responsabilité du notaire dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel et les conventions de liquidation après divorce</i>	28
§ 1. Liège, 11 février 1992, confirmant civ. Neufchâteau, 22 décembre 1989	33
a) <i>Faits et décision</i>	33
b) <i>Commentaires de l'arrêt</i>	34
§ 2. Gand, 27 février 2002.....	Erreur ! Signet non défini.
a) <i>Faits et décision</i>	Erreur ! Signet non défini.
b) <i>Commentaires de l'arrêt</i>	Erreur ! Signet non défini.
§ 3. Anvers, 9 mai 2007 : le devoir de conseil est une obligation de moyen – la charge de la preuve incombe à celui qui s'en prévaut	35
a) <i>Faits et décision</i>	35
b. <i>Commentaires de l'arrêt</i>	36
§4. Gand, 29 mars 2007.....	28
a) <i>Faits et décision</i>	28
b) <i>Commentaires de l'arrêt</i>	29
§5. Bruxelles, 16 décembre 2008	36
a) <i>Faits et décision</i>	36

<i>b) Commentaires de l'arrêt.....</i>	37
§6. Civ. Bruxelles, 25 novembre 2011	30
<i>a) Faits et décision</i>	30
§7. Civ. Bruxelles, 18 janvier 2013	38
<i>a) Faits et décision</i>	38
<i>b) Commentaires de l'arrêt.....</i>	39
<i>Section 3 : Synthèse des grands principes de la responsabilité notariale découlant de ces arrêts...</i>	40
CONCLUSION	42
BIBLIOGRAPHIE	44
Table des matières	48