

Le droit collaboratif dans le monde notarial :

Approche socio-psychologique et juridique

Mémoire réalisé par
Valérie François

Promoteur
Pierre Van Den Eynde

Année académique 2014-2015
Master complémentaire en droit du notariat

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

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

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

- « - *Je me défie moins des Chouans que de ces avocats dont les figures ressemblent à des carafes de limonade.*
- *Les lois sont des toiles d'araignées à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites.*
- *La gloire d'un bon avocat consiste à gagner de mauvais procès.*
- *Plus un bénéfice est illégal, plus l'homme y tient.*
- *Un crime est avant tout un manque de raisonnement.*
- *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès.*
- *La plus mauvaise transaction [...] est meilleure que le meilleur procès. »*

Honoré de Balzac

Remerciements à

Au Professeur et Notaire Pierre Van Den Eynde, mon promoteur, pour sa disponibilité et ses conseils ;

A Maitre Anne Lempereur, avocate en droit collaboratif et en cours de formation de médiation familiale ;

A ma famille, pour leur soutien.

TABLE DES MATIÈRES

Table des matières	4
Introduction	6
Chapitre 1. Approche socio-psychologique	8
Section 1. Evolution de nos sociétés et l'impact sur le droit.....	8
Section 2. Approche psychologique : la dynamique du conflit	9
Chapitre 2 : Qu'est que le droit collaboratif ?	12
Section 1. Généralités	12
§1. Définition	12
§2. Historique.....	12
§3. Les principes du droit collaboratif	13
§4. Les différentes étapes du processus de droit collaboratif	15
Section 2. Les causes et les objectifs du droit collaboratif	16
§1. Les causes de l'engouement pour les modes alternatifs de règlement des conflits	16
§2. Les objectifs du processus de droit collaboratif.....	17
Section 3. Les outils, la formation et le cout du processus de droit collaboratif	18
§1. Les outils.....	18
§2. La formation.....	19
§3. Le coût	20
Chapitre 3. Le rôle du notaire dans le processus du droit collaboratif	21
Section 1. Rôle de tiers à la procédure	21
Section 2. Rôle en qualité de notaire-liquidateur	22
Section 3. Rôle du notaire dans sa mission générale	23
Section 4. Qu'en est-il en définitive ?	25
Chapitre 4. Comparaison.....	26
Section 1. Le droit collaboratif n'est pas la médiation	26

§1. Qu'est-ce que la médiation ?.....	26
§2. Les similitudes et les différences	28
Section 2. Le droit collaboratif n'est pas la conciliation traditionnelle.....	30
§1. Qu'est-ce la conciliation ?.....	30
§2. Les similitudes et les différences	30
 Chapitre 4. Les pistes pour l'avenir	 32
 Conclusion générale	 34
 Bibliographie	 36
A. Législations.....	36
B. Doctrines	36
C. Jurisprudence	37
D. Sources internet	37
E. Entretiens.....	37

INTRODUCTION

Depuis quelques années déjà, les modes alternatifs de règlement des conflits (notamment la médiation) se sont développés et ont pris une véritable place dans la résolution des conflits juridiques de types familiaux. L'exemple type de cet engouement est la place accordée aux modes alternatifs de règlement des conflits au sein de la chambre des conciliations¹ du Tribunal de la Famille.

En effet, l'avènement de la révolution familiale ainsi que la multiplication des divorces et les incidences qui en résultent ont contribué à faire émerger une demande de règlement des conflits à l'amiable².

La médiation familiale s'est d'abord développée au sein du Barreau pour ensuite prendre une place dans le monde du notariat comme en atteste l'adoption d'un Code de déontologie relatif à la médiation familiale, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 7 octobre 2003³.

Cependant, depuis 5-6 ans, dans le monde de l'avocature, le processus de droit collaboratif, mécanisme innovant et attractif⁴, vient faire de l'ombre à la médiation familiale.

Le notaire, après une formation, est acteur dans le procédé de médiation familiale, alors pourquoi ne s'engagerait-il pas, -dans l'exercice de sa profession-, dans la voie du droit collaboratif ? En effet, et suite à la lecture de l'article⁵ des avocates Marina Blitz et Anne-Marie Boudart, je m'interroge sur le rôle- pour le présent et pour l'avenir- du notaire dans le processus de droit collaboratif au regard de ses devoirs et obligations déontologiques.

¹ L'article 731 alinéa 4 du Code judiciaire énonce : « *En matière familiale, le tribunal de la famille doit, à l'audience d'introduction informer [les parties] de la possibilité de résoudre leur litige par le biais de la conciliation, de la médiation, ou de tout autre mode de résolution amiable des conflits.* »

² P.P. RENSON (sous la coordination), *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2008. p95

³ Code d'un Code de déontologie relatif à la médiation familiale, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 7 octobre 2003, modifié par l'assemblée générale du 24 octobre 2006.

⁴ Aux états -Unis et au Canada, le taux de réussite est de 85 à 90 % et en Belgique, ce taux de réussite est de 85% ; A. BOUDART, « Le processus de droit collaboratif », *Familles : union et désunion. Commentaire pratique*, V.Prémil. 2.8-1 et 2.

⁵ M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif comme mode alternatif des règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 401-431.

Précisons au préalable que la question du rôle du notaire- acteur- dans ce processus ne se pose que pour l'avenir étant donné que le processus de droit collaboratif ainsi que la formation est réservés uniquement aux avocats. Précisons également que ce travail ne traite que des conflits de types familiaux.

Le travail qui suit peut être schématisé de la manière suivante. Dans un premier temps, nous examinerons les facteurs sociologiques et psychologiques pour expliquer l'évolution du droit (chapitre 1^{er}). Ensuite, nous déterminerons ce qu'est le processus de droit collaboratif (chapitre 2), et définiront les rôles éventuels du notaire dans ce processus (chapitre 3). Par la suite, nous effectuerons un travail de comparaison du processus de droit collaboratif avec d'un part, la médiation familiale et d'autre part, la conciliation traditionnelle (chapitre 4). Pour terminer, nous analyserons des pistes quant à la pertinence de l'ouverture de la pratique du droit collaboratif au monde notarial.

CHAPITRE 1. APPROCHE SOCIO-PSYCHOLOGIQUE

L'évolution de la profession de notaire ne peut être analysée sans la prise en compte des éléments extérieurs tels que des facteurs sociologiques ou encore psychologiques.

SECTION 1. EVOLUTION DE NOS SOCIÉTÉS ET L'IMPACT SUR LE DROIT

En termes sociologiques, on ne peut pas nier les liens existants entre d'une part l'individualisme, la valorisation de l'autonomie des volontés et d'autre part, les modes alternatifs de règlement des conflits.⁶

Nous évoluons depuis plus d'un demi-siècle dans l'ère dite de « l'épanouissement de soi » et de la règle d'une vie « sur mesure ». Cette évolution des mœurs se répercute directement sur celle du droit. L'exemple le plus flagrant est l'évolution subie au cours de ces 50 dernières années par le droit de la famille.⁷

A l'origine, le droit de la famille- dans les familles dites traditionnelles- était un droit dogmatique ; le droit était porteur d'une idéologie qui avait prétention de « vérité », et sous le couvert de cette vérité, la règle juridique était sensée définir ce qui était « permis » et « interdit ». Cependant, dès les années 1965⁸, l'avènement de la famille moderne est marqué par une double désinstitutionalisation. D'une part, une désinstitutionalisation dans les comportements ; une partie de la population, dans les comportements familiaux qu'elle adopte, refuse la prééminence de l'institution, c'est-à-dire refuse que sa vie privée soit soumise à la loi et plus généralement au contrôle social. D'autre part, une désinstitutionalisation dans la législation. Dans un mouvement qui a suivi l'évolution des mœurs, la loi- contestée et désacralisée- s'est progressivement retirée du champ de l'intimité et de la famille.⁹

L'évolution de notre système juridique s'accorde donc avec l'évolution des comportements de la vie privée et familiale. Les lois aujourd'hui refusent d'imposer des normes générales et abstraites, parce qu'elles *privilégient des valeurs liées au respect de l'individualité de chaque*

⁶ J.-L., RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple: une révolution permanente? » in *25 ans d'évolution du droit: quel rôle pour le notariat?*, revue du notariat belge, 2011, pp.708 et suivants.

⁷ J.-M LONGNEAUX, « Le notaire au service de l'épanouissement des individus », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 11-12.

⁸ Sur bases d'indices démographiques à savoir la baisse de la nuptialité, baisse de la fécondité et hausse de la divortialité, le professeur Louis Roussel situe le commencement de changement dans les années 1965.

⁹ J.-L. RENCHON, « Réflexion sur l'évolution du droit de la famille et de l'activité du juriste de la famille », *Revue interdisciplinaires d'études juridiques*, 1989/22, pp. 64 et 65.

*personne : l'autonomie et l'indépendance plutôt que la contrainte et la hiérarchie, l'égalité plutôt que l'inégalité, le droit à la différence plutôt que le conformisme ou le dogmatisme.*¹⁰

Suite à ce constat sociologique, prônant l'individualisme et la valorisation de l'autonomie dans les conflits de type familiaux, la réponse apportée par les modes alternatifs de règlements des conflits, notamment le droit collaboratif et la médiation familiale, semble adéquate et ajustée aux attentes d'aujourd'hui.

SECTION 2. APPROCHE PSYCHOLOGIQUE : LA DYNAMIQUE DU CONFLIT

Qu'est-ce que le conflit et quelle en est sa dynamique ? Voici la question développée pour permettre de comprendre en quoi les modes alternatifs de règlement des conflits sont inhérents à la réponse du conflit.

A. Le conflit

Le conflit est défini comme un « *désaccord entre deux ou plusieurs personnes, voire entre des groupes, ce désaccord étant vécu, par l'une au moins des parties, comme un rapport de force.* ». Quelle que soit la définition, la notion d'opposition est mise en avant et va aboutir à une situation de blocage.¹¹

Les conflits peuvent être catégorisés selon les objets. On peut distinguer les conflits de besoins, à propos d'objets précis et les conflits d'intérêts, qui mettent en jeu des facteurs psychologiques *qui touchent aux questions de pouvoirs, aux sentiments. Ce sont des conflits de valeurs qui touchent au plus profond de l'individu et de ses croyances.* Ces conflits de valeur sont les plus difficiles à résoudre. Lors de la résolution de ce type de conflit, il *faut rechercher les objectifs communs des parties afin de pouvoir y répondre sans nier les valeurs de l'une ou l'autre des parties.*¹² Ces conflits d'intérêts et plus spécifiquement de valeurs naissent notamment dans les conflits de type familiaux ; objet de notre travail.

¹⁰ RENCHON J.-L., « Réflexion sur l'évolution du droit de la famille et de l'activité du juriste de la famille », *Revue interdisciplinaires d'études juridiques*, 1989/22, pp.71.

¹¹ A.-S. NYSSSEN et F. BALON, « Les MARC's », *Revue pratique de l'immobilier* 1/2014, Larcier, 2014, p.41.

¹² A.-S. NYSSSEN et F. BALON, *op. cit.*, pp. 41-42.

B. La dynamique du conflit¹³

Une vision simpliste consiste à considérer qu'une seule cause explique l'émergence d'un conflit. Ce principe connu en psychologie porte le nom de « l'erreur d'attribution fondamentale ». Il s'agit du fait de privilégier les explications internes (dues au sujet) et de sous-estimer le rôle des facteurs externes ou environnementaux¹⁴.

En pratique, de nombreuses conditions déterminent l'émergence d'un conflit. Ces conditions résultent d'une part d'un ou plusieurs facteurs de causes et d'autre part, de l'interaction et de l'évolution de ces causes.

Dans une situation de conflit, les prises de position ont tendance à se charger d'affectivité et à s'enfermer dans une rigidité appauvrissante. Dans ce contexte, une attitude, un propos d'une des parties est perçu par l'autre comme la confirmation de sa mauvaise foi. Ceci entraîne, en réaction, une réponse qui elle-même sera perçu comme une déclaration d'hostilité. On entre alors dans un cercle infernal. De plus, dans ce cadre de la dynamique du conflit, les intentions que l'on porte à l'autre parasitent la communication entre les parties et provoquent une situation de blocage.

D'un point de vue pratique, la justice- le recours aux cours et tribunaux- met fin au conflit et s'inscrit dans la dynamique du conflit. En effet, le jugement motivé par le juge explique les causes et apporte une solution au conflit. Cependant, la décision de justice d'une part, renforce les disparités entre les parties et d'autre part, ne règle souvent que la partie superficielle du conflit. En effet, la situation conflictuelle est plus large que le litige judiciaire et revêt donc des implications qui outrepassent ce que le juge peut résoudre dans sa décision.

Comme le souligne Paul MARTENS, dans le conflit judiciaire « *même le gagnant ne sort pas toujours indemne du procès car il a exacerbé sa rancœur, amplifié la faute de l'autre, dissimulé la sienne,...* ». Paul MARTENS rajoute « *là où la justice entretient la rupture, la médiation privilégie le lien ; là où le jugement consolide le dissensus, la médiation invite à le réparer, à l'exprimer, le surmonter pour lui substituer le consensus* ». ¹⁵

¹³ A.-S. NYSSSEN et F. BALON, *op.cit.*, pp. 45-47.

¹⁴ L'erreur fondamentale d'attribution in., http://www.psychologie-sociale.com/index.php?option=com_content&task=view&id=18&Itemid=2

¹⁵ A.-S. NYSSSEN et F. BALON, *op.cit.*, p.47.

Pour solutionner un conflit, la maîtrise des techniques de communication est donc nécessaire voire indispensable car elles permettent de mieux appréhender les demandes cachées et de faire évoluer une situation de conflit vers un nouveau terrain de discussion. *La résolution du conflit donne l'occasion de construire des relations plus justes, en faisant valoir et progresser les droits de chacun.*¹⁶

¹⁶ A.-S. NYSSSEN et F. BALON, *op.cit.*, pp.47.

CHAPITRE 2 : QU'EST QUE LE DROIT COLLABORATIF ?

SECTION 1. GÉNÉRALITÉS

§1. DÉFINITION

Le droit collaboratif est un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation. Il réunit au moins quatre personnes, à savoir les parties impliquées dans un litige familial comme principaux négociateurs et leurs avocats respectifs qui les conseillent et les assistent.

*Le processus tend à résoudre les différends de manière respectueuse et à aboutir à des ententes satisfaisantes et équilibrées répondant aux besoins et intérêts de chacune des parties et de leurs enfants.*¹⁷

§2. HISTORIQUE

La pratique du droit collaboratif est née aux USA, à Minneapolis, de l'inspiration d'un avocat, Stuart Webb, désireux d'exercer son métier d'une autre manière dans le contexte des procédures judiciaires familiales, porteuses de beaucoup de frustrations et de stress pour les avocats ainsi que pour leurs clients. Cette pratique s'est ensuite développée en Californie, début des années 2000, à l'initiative de l'avocate Pauline H. Tesler. Par la suite, le droit collaboratif s'est développé dans d'autres Etats des Etats-Unis, au Canada pour ensuite, gagner l'Europe. L'Autriche a été la première en 2006 à organiser une conférence de droit collaboratif en Europe.¹⁸

L'Ordre français du barreau de Bruxelles adhère dès 2007 au principe de droit collaboratif puis, en 2009, l'Ordre des barreaux francophones et germanophones de Belgique y adhère. Des formations belges sont organisées au sein de l'O.B.F.G. et de nombreux avocats se forment à cette pratique surtout au sein des barreaux de Bruxelles, Eupen, Charleroi, Nivelles, Mons, ...¹⁹

¹⁷ Charte de droit collaboratif, article 2, paragraphe 1^{er} et 4^{ème}.

¹⁸ A. BOUDART, « Le processus de droit collaboratif », *Familles : union et désunion. Commentaire pratique*, V.Prémil. 2.1-1

¹⁹ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 414.

§3. LES PRINCIPES DU DROIT COLLABORATIF

Les quelques principes suivants peuvent résumer le processus de droit collaboratif :

1. Le travail en équipe avec les avocats des parties et la reconnaissance de l'indépendance des parties

Le processus de droit collaboratif implique une communication entre les partis et leurs avocats, qui poursuivent un objectif commun : aboutir à un accord amiable, satisfaisant et équilibré. Les avocats travaillent ensemble et veillent à vérifier l'adhésion de leurs clients tout au long du processus en organisant des réunions individuelles après les réunions plénières.²⁰

2. La mise en évidence des intérêts et des besoins des deux parties

L'objectif du processus de droit collaboratif est de comprendre et d'identifier les intérêts et les besoins de toutes les parties en vue de proposer des solutions envisageables au regard de la situation des parties. Les parties choisissent alors la solution la mieux adaptée à leurs besoins.²¹

Suite à l'analyse de la dynamique du conflit, on peut soutenir que les besoins et intérêts mis en évidence seront plus importants que ceux qui auraient été développés devant un juge, dans le cadre de la voie judiciaire.

3. Le partage d'information de bonne foi

La communication des informations utiles- de bonne foi- est indispensable pour permettre aux parties d'envisager des éventuelles solutions en pleine et entière connaissance de cause. En effet, les principes de bonne foi et de loyauté quant à la communication de ces informations sont des éléments essentiels dans le processus de droit collaboratif.²²

4. La confidentialité accrue des informations

Les informations communiquées sont confidentielles, sauf accord contraire entre les parties. En d'autres mots, les documents communiqués lors d'un processus de droit collaboratif ne

²⁰ G. KUYPER, « Négociation raisonnée et droit collaboratif », *Revue pratique de l'immobilier* 1/2014, Larcier, 2014, p. 144.

²¹ A.-M. BOUDART, « Le processus de droit collaboratif », *Familles : Union et désunion. Commentaire pratique*, V.Prélim.2.2-1.

²² *Ibid.*, V.Prélim.2.2-1.

pourront pas servir la procédure judiciaire. Ce principe de confidentialité permet de créer un cadre de confiance et de sécurité.²³

5. La loi n'est pas le seul critère

L'idée est de trouver des solutions « sur-mesure » pour les clients ; pour autant qu'on reste dans les limites de l'ordre public. Dès lors, le processus de droit collaboratif permet la confection des solutions créatives et parfaitement adaptées à la demande des clients.²⁴

6. La procédure n'est pas une option

Le processus entamé, il est interdit de faire pression par la menace d'une procédure. Le but est de créer un cadre sécurisé, notamment par la signature de l'accord de droit collaboratif qui « implique la suspension de toute procédure (judiciaire) durant le processus ». ²⁵

8. Le retrait de l'avocat en cas d'échec

En cas d'échec du processus de droit collaboratif, les avocats en cause ne peuvent plus intervenir et doivent donc se retirer du dossier. Cette obligation s'étend aux collaborateurs et associés des avocats intervenus dans le processus de droit collaboratif. En effet, cette obligation trouve son sens eu regard au principe de confidentialité des informations obtenues lors du processus.²⁶

9. Une communication efficace

Les principes de base d'une bonne communication doivent être connus par l'avocat collaboratif. Les acteurs du processus de droit collaboratif doivent être en possession des outils utiles à une communication efficace.²⁷

²³ A.M. BOUDART, « Le processus de droit collaboratif », *Familles : Union et désunion. Commentaire pratique*, V.Prélim.2.2- 2.

²⁴ *Ibid.*, V.Prélim.2.2- 2.

²⁵ Accord de participation au processus de droit familial collaboratif, article 2, alinéa 4.

²⁶ A.-M. BOUDART, « Le processus de droit collaboratif », in *Familles : Union et désunion, commentaire pratique*, V.Prélim.2.2-3 ; M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 412.

²⁷ A. M. BOUDART, « Le processus de droit collaboratif », *Familles : Union et désunion. Commentaire pratique*, V.Prélim.2.2- 3.

10. Les aspects psychologiques

Les avocats collaboratifs doivent tenir compte des aspects psychologiques du conflit (SUPRA chapitre 1.Section2.) dans le chef de chacune des parties.

§4. LES DIFFÉRENTES ÉTAPES DU PROCESSUS DE DROIT COLLABORATIF

Le processus implique une succession d'étapes nécessaires et indispensables à la réussite du processus.

Pour une meilleure vision pratique, les étapes sont les suivantes :

- La première rencontre avec le client avec explication du processus ;
- le contact avec l'autre conseil de droit collaboratif ;
- la réunion de préparation du client à la première réunion à quatre ;
- la première rencontre à quatre et la signature de l'accord de participation ;
- le débriefing avec le client et entre les avocats ;
- les réunions ultérieures : de préparation et à quatre, suivies du débriefing ;
- la rédaction de l'entente provisoire ou définitive et partielle ou complète,
- la fin du processus.²⁸

Lors de la première rencontre avec le client, il est important d'être à son écoute, de comprendre les problèmes qu'il souhaite résoudre et de quelle manière. Ensuite, un premier entretien est fixé entre avocats, il s'agit d'un entretien pratico-pratique (Où, quand, qui accueille, comment). Par la suite, une seconde réunion est prévue avec le client pour préparer la réunion à 4 (2 avocats et 2 parties –ou plus-). Lors de cette réunion, l'avocat collaboratif explique au client le déroulement des réunions à 4 et effectue un travail d'investigation sur les intérêts et besoins du client. Lors de la première réunion à 4, il est important de créer un climat agréable, propice à la discussion. On commence par la lecture de la charte de participation et la signature par les clients et avocats de l'accord de participation. Ensuite, on demande aux parties de s'exprimer chacune sur ce qu'elles vivent et de contextualiser leur conflit. La réunion à 4 sera toujours débriefée avec le client et entre les avocats. Suivent les réunions ultérieures de préparation, les réunions à quatre et les débriefings. Les réunions sont toujours préparées à l'avance avec un travail sur les envies et les attentes de chacune des

²⁸ A.-M., BOUDART, « Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution des conflits », *Actualités du droit de la famille*, 2008, liv.7, pp.134.

parties. A la fin du processus, les réunions à 4 font l'objet d'un procès-verbal, c'est la « mémoire » du processus du droit collaboratif. La rédaction de l'entente peut être provisoire ou définitive, partielle ou complète.²⁹

Ce déroulement par étapes (préparation à la réunion plénière-réunion plénière-débriefing) permet de mettre pleinement en œuvre les méthodes de la négociation raisonnée. Ce débriefing est une innovation en vue d'améliorer le confort du client et de renforcer le travail d'équipe.³⁰

SECTION 2. LES CAUSES ET LES OBJECTIFS DU DROIT COLLABORATIF

§1. LES CAUSES DE L'ENGOUEMENT POUR LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS³¹

L'engouement pour les modes alternatifs de règlement des conflits, dont fait partie le droit collaboratif, s'explique par le phénomène de « déjudiciarisation » des litiges. Les facteurs de ce phénomène sont les suivants :

A. Une volonté politique

Tant le législateur belge (la loi du 21 février 2005³² insérant les nouveaux articles 1724 et suivants du Code Judiciaire) que le législateur européen jouent un rôle majeur dans le développement et l'engouement pour les modes alternatifs de règlement des conflits.

En effet, le conseil de l'Europe et la commission européenne sont à l'origine de plusieurs impulsions³³ qui ont été déterminantes pour la reconnaissance d'une cadre juridique belge à la médiation.

²⁹ Support de cours, Cours de droit judiciaire spécial, Master 1, 2011-2012.

³⁰ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 409.

³¹ B. BEELDENS, « Les modes alternatifs de résolution des litiges », *R.G.D.C.*, 2010, liv.6, pp. 260 -274.

³² Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005, p.12772.

³³ Recommandations n° R (81), R (86), R (98), R (99), Rec (2001) du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur les modes alternatifs de résolution des conflits, COM (2002), 196 final, Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* L.136 du 24 mai 2008, p. 3.

B. Une nouvelle régulation sociale

Dans la plupart des pays d'Europe, la réglementation de type autoritaire a été substituée par une régulation de type conventionnel. Ce remplacement d'un ordre juridique « imposé » par un ordre juridique « négocié » correspond à la crise de l'Etat-providence. En effet, *le recul de la loi et le repli de l'Etat abandonne à la volonté des acteurs sociaux de nouvelles pages de liberté, y compris celle d'assurer, en dehors des juridictions, la solution des litiges qui les opposent*. Les modes alternatifs de règlements des conflits en permettant aux parties de se réapproprier la solution donnée à leur litige répondent donc au besoin de régulation sociale.

C. Une crise de l'institution judiciaire

La crise de l'institution judiciaire s'explique notamment par sa lenteur, son coût et sa complexité. Dès lors, *on comprend aisément qu'une solution équilibrée, obtenue rapidement est préférée à une décision, même irréprochable, tranchant le litige à l'issue d'une procédure longue et onéreuse*.

§2. LES OBJECTIFS DU PROCESSUS DE DROIT COLLABORATIF

Le processus de droit collaboratif consiste à gérer le conflit de manière créative, dans le respect des intérêts et des besoins des deux parties. En effet le but final est de trouver une solution mutuellement acceptable entre les parties. Cette solution n'aboutira que par le respect strict des principes dictant le processus de droit collaboratif.³⁴

Ce processus est un état d'esprit. L'idée centrale est de redonner aux clients la maîtrise de leurs différends. Le but est de trouver des solutions acceptables pour les deux parties et qui soient durables. L'avocat collaboratif va effectuer un travail avec le client pour que celui-ci exprime ses intérêts et ses besoins. Cependant pour les identifier, l'avocat va être amené à gérer les émotions fortes des clients. On va donc devoir se former à d'autres outils que le droit, notamment à l'outil psychologique.³⁵

L'exemple type de cet état d'esprit est le changement au niveau du discours. On ne va pas dire « adversaire » mais « l'autre partie » ou « confrère ».³⁶

³⁴ A.-M., BOUDART, « Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution des conflits », *Actualités du droit de la famille*, 2008, liv.7, p.134.

³⁵ Support de cours, Cours de droit judiciaire spécial, Master 1, 2011-2012.

³⁶ Support de cours, Cours de droit judiciaire spécial, Master 1, 2011-2012.

Pour résumer, le processus de droit collaboratif permet d'aboutir à un « accord sage et durable ». L'accord doit être « sage » car il doit respecter les intérêts de chacun et aussi de ceux qui devront vivre avec les conséquences de l'accord, tels que les enfants. L'accord doit être « durable » car il doit être pleinement consenti et réfléchi par les parties.³⁷

L'accord doit donc constituer l'expression de ce que les parties ont librement décidé ensemble et non une situation qui leur est imposée par l'un d'eux, ou par un tiers, comme un juge. Ce processus collaboratif permet aussi une meilleure communication entre les parties et donc l'apaisement de la situation conflictuelle.³⁸

SECTION 3.LES OUTILS, LA FORMATION ET LE COUT DU PROCESSUS DE DROIT COLLABORATIF

§1. LES OUTILS

La reformulation, les questions ouvertes, l'écoute active et surtout la négociation raisonnée sont les principaux outils pour mener à bien le processus de droit collaboratif.³⁹

La négociation raisonnée- concept dû aux travaux réalisés par le Harvard Negotiation Project⁴⁰ - est une *procédure conventionnelle de résolution des conflits qui trouve son origine dans une approche psychosociologique de la négociation dans laquelle le rôle des émotions des négociateurs est déterminant sur l'issue de celle-ci*. Elle se caractérise essentiellement par une séparation formelle entre les questions qui touchent aux personnes et celles qui concernent le différend lui-même.⁴¹

La synthèse des principes de la négociation raisonnée sont les suivants :

- le traitement séparé des questions relatives aux personnes de celles relatives au différend ;

³⁷ Barreau de Bruxelles Ordre français, Le droit collaboratif : une alternative pour résoudre les litiges familiaux, Dossier de presse, Octobre 2013, p.2, http://www.flconsult.be/uploads/news/id35/droitcollaboratif_ddp_def.pdf

³⁸ Ibid, http://www.flconsult.be/uploads/news/id35/droitcollaboratif_ddp_def.pdf

³⁹ A.-M., BOUDART, « Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution des conflits », *Actualités du droit de la famille*, 2008, liv.7, p.135.

⁴⁰ Travaux réalisés par le Harvard Negotiation Project, repris par W. URGY, , R. FISHER et B. PATTON dans « Getting to yes » ; traduit « Comment réussir une négociation », 3^{ème} éd, Paris, seuil, 2006.

⁴¹ G. KUYPER, « Négociation raisonnée et droit collaboratif », *Revue pratique de l'immobilier* 1/2014, Larcier, 2014, p. 143.

- la focalisation sur les intérêts et besoins respectifs en jeu en lieu et place des positions de chacun ;
- la recherche de solutions procurant un bénéfice mutuel (schéma « win-win ») ;
- l'utilisation de critères objectifs et du questionnement comme outil de négociation.⁴²

De plus, la charte et l'accord de participation sont des outils indispensables en vue du déroulement correct du processus de droit collaboratif. L'accord de participation constitue le document signé par les parties et les avocats à l'entame de chaque dossier de droit collaboratif. Il définit et explique les étapes du processus, ses principes essentiels et les obligations auxquelles les parties adhèrent (confidentialité, transparence...).⁴³

§2. LA FORMATION

Les outils (énoncé §1 de cette section) s'acquièrent par une formation. Cette formation, de 14 heures obligatoires, est organisée depuis l'automne 2008 par l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles et est strictement réservée aux avocats. Précisons que depuis le début, environ 200 avocats francophones et germanophones ont été formés à ce processus.⁴⁴

Une formation de base – niveau I- de 14 heures (en deux journées) est nécessaire à l'avocat pour pouvoir signer la Charte de droit collaboratif, au secrétariat de son ordre local, et entamer la pratique du processus de droit collaboratif. Cependant, dans la pratique, avant de se lancer, de nombreux avocats suivent les modules complémentaires de niveau II et III, impliquant la mise en œuvre d'outils tels les techniques d'écoute, de reformulation, de gestion des émotions des parties, d'identification des besoins de celles-ci...⁴⁵

Notons qu'aux USA, pays de « naissance » du droit collaboratif, de nombreux praticiens (autres que des avocats) ; notamment des notaires, des juristes, mais aussi des psychologues, des experts immobiliers, sont formés en droit collaboratif. En effet, le processus ne peut

⁴² G. KUYPER, *op.cit.*, p. 143.

⁴³ Support de cours, Cours de droit judiciaire spécial, Master 1, 2011-2012.

⁴⁴ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 416.

⁴⁵ Formation en droit collaborative, avocats.be, <http://extranet.obfg.be/agenda/OBdroit%20collaboratif.pdf>

fonctionner de manière optimale qu'en présence de tiers formés au processus de droit collaboratif.⁴⁶

§3. LE COÛT

En principe, chacune des parties supporte les frais et honoraires- TVA compris- de son conseil. Les avocats veillent toutefois à équilibrer leurs prestations notamment quant à la rédaction conjointe des accords ou encore le partage des différentes tâches. Les frais et honoraires de tiers spécialisé intervenant dans le processus sont pris en charge par moitié, sauf accord écrit entre les parties.⁴⁷

⁴⁶ A.-M. BOUDART, « Le processus de droit collaboratif », in Familles : Union et désunion, commentaire pratique, V.Prélim.2.8.

⁴⁷ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 412.

CHAPITRE 3. LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LE PROCESSUS DU DROIT COLLABORATIF

Le notaire trouve-t-il sa place dans le processus de droit collaboratif ? Telle est une des questions traitées dans ce travail.

Le notaire remplit différentes fonctions ; dont celles de conciliation.⁴⁸ L'article 10 du Code de déontologie⁴⁹, établi par la Chambre notariale des notaires, énonce que « *le notaire même chargé d'une mission judiciaire, cherche toujours à concilier les parties* ». Le notaire doit s'efforcer de faire prévaloir des solutions amiables.

Au surplus, et pour rappel, en exécution du Code de déontologie relatif à la médiation notariale⁵⁰, le notaire peut être investi de la fonction de médiateur agréé (au sens des articles 1724 et suivants de Code judiciaire). Le notaire formé médiateur agréé met en œuvre les modes alternatifs de règlement des conflits.

Nous allons d'abord examiner le rôle du notaire en qualité de tiers au processus de droit collaboratif (section 1), ensuite son rôle dans le processus en qualité de notaire, d'une part, dans sa mission générale (section 2) et d'autre part, dans sa mission d'auxiliaire de justice, notamment de notaire-liquidateur (section 3).

SECTION 1. RÔLE DE TIERS À LA PROCÉDURE⁵¹

Dans le processus de droit collaboratif, il est conseillé aux parties de solliciter l'avis de tiers spécialisés notamment des notaires mais aussi des psychologues, des comptables, des experts immobiliers,...

L'objectif de l'intervention de ces tiers dans le processus est d'apporter un maximum d'informations pour permettre aux parties de mettre fin à leurs différends en connaissance de causes.

⁴⁸ Cours de droit du notariat, Master complémentaire en notariat, Syllabus 2014-2015, UCL, pp.95-98.

⁴⁹ Code de déontologie, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004 et approuvé par A.R. du 21 septembre 2005, *MB.*, 3 novembre 2005, p. 47389 et modifié par l'assemblée générale du 22 avril 2008

⁵⁰ Code de déontologie relatif à la médiation notariale, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 7 octobre 2003, modifié par l'assemblée générale du 24 octobre 2006.

⁵¹ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, p.429.

L'intervention du notaire peut être sollicitée pour donner un avis confidentiel – concernant une question juridique spécifique ou un avis d'évaluation immobilière- puisque le notaire agit, à la demande expresse des parties, dans la sphère de son activité de conseil. Lorsque que le notaire agit dans ce cadre, il est tenu au secret professionnel à l'égard de toutes les parties impliquées dans le processus et respecte les prescrits de l'article 11 du Code de déontologie en matière d'information et de conseil ainsi que son devoir d'impartialité.

SECTION 2. RÔLE EN QUALITÉ DE NOTAIRE-LIQUIDATEUR⁵²

Le notaire peut exercer la mission d'auxiliaire de justice, désigné par le Tribunal, en exécution de l'article 1209 alinéa 2 du Code judiciaire. Dans ce contexte, la mission du notaire liquidateur paraît inconciliable avec sa participation à un processus de droit collaboratif et s'oppose à tous les principes de base du processus (notamment devoir d'impartialité, obligation de confidentialité accrue, retrait en cas d'échec, ...)

Le devoir d'impartialité- devoir essentiel au processus de droit collaboratif- semble compromis. Pour rappel, la Cour européenne des droits de l'homme⁵³ rappelle que le notaire mandataire de justice dans les opérations de liquidation-partage doit répondre aux exigences de l'impartialité objective mais aussi à celles de l'apparence, c'est-à-dire de l'impartialité subjective.

En plus du devoir d'impartialité, il semble que l'obligation de confidentialité, couvrant le processus de droit collaboratif, pose également des difficultés au regard de l'obligation de divulgation à l'égard des cours et tribunaux. Dès lors, le notaire liquidateur ne saurait être tenu au principe de confidentialité accrue, pierre angulaire du processus de droit collaboratif.

De plus, le notaire liquidateur ne peut pas assurer la défense des intérêts et des besoins d'une seule des parties ce, même en y intégrant comme le prévoit le principe de la négociation raisonnée, les besoins et intérêts de toutes les parties. Cela reste vrai même si, par exception au principe, deux notaires seraient désignés judiciairement. En effet, de par sa fonction judiciaire, la place du notaire ne lui permet pas d'être à égalité avec les parties et les avocats collaboratifs dans un travail d'équipe car il doit rester indépendant et impartial à l'égard de toutes les parties.

⁵² M. BLITZ et A.-M. BOUDART., *op.cit.*, pp. 419-422.

⁵³ C.E.D.H., 3 octobre 2003, Kanoun c France.

Cependant, le notaire liquidateur, dans un but de prédominance des solutions amiables, peut être requis, avec l'accord de toutes les parties, à donner un avis officiel- non confidentiel- ou de proposer un avant-projet d'état liquidatif permettant aux parties et à leurs avocats collaboratifs de poursuivre, en dehors de la présence du notaire liquidateur, leur négociation en vue d'un règlement à l'amiable. L'intervention du notaire-liquidateur dans ce cadre, en qualité de tiers, n'affectera pas sa mission en cas d'échec du processus. Le notaire pourra poursuivre la procédure sans état d'âme quant à son impartialité

SECTION 3. RÔLE DU NOTAIRE DANS SA MISSION GÉNÉRALE⁵⁴

Le notaire pourra-t-il pratiquer le droit collaboratif et intervenir aux côtés d'un client dans ce processus ? Hypothèse d'une nouvelle configuration : deux notaires ou un avocat et un notaire ?

A première vue, la possibilité pour le notaire de mener un processus de droit collaboratif comme conseil des parties paraît envisageable. Trois interrogations subsistent à l'égard premièrement du devoir de confidentialité accrue, deuxièmement de l'obligation d'impartialité et troisièmement de l'éventuel retrait du notaire en cas d'échec du processus.

1. La confidentialité accrue.

Le processus de droit collaboratif suppose la mise en œuvre d'une confidentialité accrue dans un but de créer un cadre sécurisant et prospère à la négociation raisonnée.

Les documents pourraient-ils rester au dossier du notaire collaboratif et ne pas être transmis, ni au notaire, ni à l'avocat qui succéderait en cas d'échec du processus ? Telle est la question qui pose interrogation. Deux solutions sont envisageables pour poser le principe de la confidentialité.

La première consiste à adapter les obligations déontologiques du notaire aux besoins du droit collaboratif, à l'instar de ce qui s'est fait pour les avocats. En effet, les règles déontologiques ont été modifiées par l'O.B.F.G. pour permettre une confidentialité accrue.

⁵⁴ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 423-428.

La deuxième solution consiste à assurer cette obligation de confidentialité accrue par l'adhésion à la charte- reprenant les obligations du processus- ainsi que par la signature de l'accord de participation.

Les deux solutions atteignent l'objectif recherché ; à savoir le respect du principe de la confidentialité accrue lors du processus de droit collaboratif.

2. L'obligation d'impartialité.

Le devoir d'impartialité impose au notaire un devoir de conseil et, ce même à l'égard de la partie qui a choisi un autre notaire. Plus généralement, l'article 40 du Code de déontologie impose une obligation générale d'impartialité qui interdit au notaire de se comporter comme le défendeur unilatéral des intérêts de l'une des parties.

Dés lors, et à première vue, l'obligation d'impartialité semble s'opposer à la pratique du droit collaboratif par le notaire. Toutefois, nous pouvons aussi considérer cette obligation comme un gage de réussite du droit collaboratif.

En effet, l'objectif du droit collaboratif tend à la recherche d'un accord équilibré, acceptable et durable pour les deux parties. Dés lors, le devoir d'impartialité du notaire impose à celui-ci de dénoncer les négociations sur des bases juridiques erronées ou sur base d'éléments inexacts ou encore de conventions déséquilibrées.

Dés lors, le devoir d'impartialité auquel est lié le notaire- de par sa déontologie- est un atout pour le processus de droit collaboratif. De plus, il constitue la garantie d'un accord équilibré et durable, tenant compte des intérêts et des besoins de toutes les parties au nom de l'obligation d'impartialité et du devoir de conseil.

3. Le retrait en cas d'échec

Le principe du retrait en cas d'échec est l'une des innovations du droit collaboratif et constitue un réel levier de créativité propre à ce processus. A première vue, ce principe ne semble pas constituer un obstacle à l'intervention du notaire dans le processus de droit collaboratif.

Cependant, le retrait du notaire en cas d'échec du processus aura-t-il la même force que le retrait de l'avocat ? En effet, l'avocat se prive d'un volet conséquent de son intervention en cas d'échec du processus, avec le risque de devoir réorienter le client vers un autre confrère, et donc le risque de perdre le client. Par contre, le notaire n'assume pas la procédure

contentieuse de sorte que l'obligation de retrait ne lui impose pas de renoncer à un plan important de ses compétences et de son intervention auprès du client. Le retrait du notaire ne sera pas sans conséquence mais aura moins d'impact que celui du retrait pour l'avocat.

De plus, le notaire-en raison des liens avec les familles- est amené à connaître davantage la dynamique familiale que l'avocat. Cette spécificité du notaire peut être un atout (connaissance du contexte) ou un écueil (difficultés de se départir des interférences de la « famille » cliente du notaire).

SECTION 4. QU'EN EST-IL EN DÉFINITIVE ?

L'intervention du notaire, dans le processus de droit collaboratif, en qualité de tiers et en qualité de notaire-liquidateur, dans le processus de droit collaboratif, ne pose pas débat. La première est unanimement admise et la seconde rejetée au regard des obligations déontologies du notaire.

En effet, le notaire exerce déjà, aujourd'hui, son rôle de tiers intervenant au processus. Cette intervention n'entrave pas ces obligations et devoirs déontologiques à la condition que le notaire intervienne dans la sphère de son activité de conseil et à la demande expresse des parties.

A contrario, l'intervention du notaire, dans le processus de droit collaboratif, dans sa mission d'auxiliaire de justice est contraire à ses obligations déontologies. Les devoirs et obligations suivants sont violés : le devoir d'impartialité (objective et subjective), l'obligation de confidentialité accrue et l'obligation du retrait en cas d'échec du processus. Dès lors, un notaire désigné par le Tribunal ne pourrait pas abriter un processus de droit collaboratif.

L'intervention du notaire dans sa mission générale laisse la porte ouverte aux questionnements. Il semble que la possibilité pour le notaire de mener un processus de droit collaboratif comme conseil d'une des parties soit envisageable, au regard de ses devoirs et obligations déontologiques et ce, après certains aménagements.

CHAPITRE 4. COMPARAISON

Il ne faut pas confondre le processus de droit collaboratif avec d'autres processus dans lesquels le notaire est déjà investi.

En effet, certains notaires sont agréés en qualité de médiateur, après une formation de base et l'ensemble des notaires sont investis d'une mission générale de conciliation (art 10 du Code de déontologie notariale).

SECTION 1. LE DROIT COLLABORATIF N'EST PAS LA MÉDIATION

§1. QU'EST-CE QUE LA MÉDIATION ?

A. Définition.

*La médiation est une méthode qui tend à résoudre les conflits, par laquelle le médiateur assiste les parties en leur prêtant ses compétences, afin que par le dialogue et la négociation elles parviennent elles-mêmes et ensemble à un accord réciproquement acceptable, mettant un terme à leur conflit.*⁵⁵

B. Processus volontaire et confidentiel

Le processus est volontaire ; les parties décident de se soumettre à ce processus et peuvent également l'interrompre à tout moment.

Le processus est confidentiel ; les documents établis dans le cadre de la médiation ne peuvent être communiqués dans une procédure judiciaire.⁵⁶

C. Le médiateur

Le notaire médiateur – agréé ou pas- est un tiers indépendant et impartial. Il s'interdit d'être le notaire-médiateur d'un conflit impliquant les membres de sa famille, d'un de ses collaborateurs ou associés ou encore d'une personne qu'il a conseillé.⁵⁷

⁵⁵ Art. 1 du Code de déontologie relatif à la médiation notariale, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 7 octobre 2003, modifié par l'assemblée générale du 24 octobre 2006

⁵⁶ H. CASMAN, *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 314-315.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 314

D. Différents types de médiations⁵⁸ :

- La médiation volontaire : les parties décident de gérer leur conflit par la médiation familiale. Les parties peuvent faire appel à un médiateur agréé (en vue de l'homologation de l'accord) ou non agréé. Elle est règlementée par le Code Judiciaire.
- La médiation judiciaire : les parties sont en procès et elles décident d'avoir recours à la médiation soit d'initiative soit sur proposition du juge. C'est le Tribunal qui désigne un médiateur agréé d'un commun accord avec les parties. Elle est règlementée par le Code Judiciaire.
- La médiation libre : les parties choisissent un médiateur qui ne correspond pas nécessairement aux exigences de la loi et n'est donc pas agréé

E. Déroulement.

J'ai l'occasion, dans le cadre du stage académique en Master 2, d'assister à une première réunion de médiation, par un médiateur agréé.

Le médiateur commence en expliquant aux parties en quoi consiste ce processus. Il rappelle la définition de la médiation familiale, en insistant sur le fait qu'il s'agissait d'un processus volontaire et confidentiel. Il explique également que la première séance est essentiellement informative, les suivantes sont consacrées à la médiation, en tant que telle, entre les parties. Il précise également que si le processus aboutit à un accord, celui-ci peut faire l'objet d'une homologation par le Tribunal. Ensuite, le médiateur complète le protocole de médiation en y inscrivant les identités des parties ainsi que leurs objectifs. Par la suite, les parties au protocole -Monsieur, Madame ainsi que le médiateur- signent, après lecture, le document. Dès ce moment, la médiation commence. Le médiateur essaye de trouver des accords- par la discussion et l'écoute- en commençant par les points « faciles » puis les points plus « sensibles ». Le but final, étant de trouver un accord partiel ou total et ensuite de faire homologuer l'accord de médiation.⁵⁹

⁵⁸ N. BAUGNIET, *La médiation familiale. Mode de règlement des conflits familiaux*, Bruxelles, De Boeck, 2008, pp.14-15.

⁵⁹ Entretien avec Maître Dorothée Daout, le 27 mars 2013 lors d'une séance de médiation familiale.

F. Durée- Cout

Le processus peut durer quelques semaines ou quelques mois. Les séances sont d'environ 1h à 1h30 et espacées dans le temps d'environ deux semaines, sauf cas d'urgence.⁶⁰

Les honoraires sont déterminés avant que la médiation ne soit entamée⁶¹. Ils varient d'un médiateur à l'autre. En principe, l'honoraire est supporté par moitié par chacun, sauf accord entre les parties pour en convenir autrement.

L'honoraire du médiateur (notaire ou avocat) n'est pas soumis à la TVA.

G. Formation

Précisons, au préalable, que seule la formation dispensée en vue de l'agrément du médiateur est envisagée.

La formation est dispensée notamment par la fédération royale des notaires belges. Elle se compose d'une formation de base de 90 heures et d'une formation permanente dans le but de conserver l'agrément. Les inscriptions, cette année, ont enregistré 20 notaires pour la formation de base et 10-12 notaires pour la formation permanente.⁶²

En pratique, la formation de base comprend un volet commun- médiation de base- de 60 heures et un volet spécifique- médiation familiale ou civile- de 30 heures.

§2. LES SIMILITUDES ET LES DIFFÉRENCES

A. Les similitudes

Le droit collaboratif et la médiation ont une similitude, et non des moindres, quant à l'objectif du processus : aboutir à un accord « sage et durable ». De plus, les deux processus ménagent un espace confidentiel d'écoute et de communication entre les parties, respectueux de chacune d'elles.⁶³

⁶⁰ N. BAUGNIET, *op.cit.*, p.56.

⁶¹ Article 10 du Code de déontologie relatif à la médiation notariale, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 7 octobre 2003, modifié par l'assemblée générale du 24 octobre 2006

⁶² Appel téléphonique le 24-04-2015 à la FRNB

⁶³ Barreau de Bruxelles Ordre français, Le droit collaboratif : une alternative pour résoudre les litiges familiaux, Dossier de presse, Octobre 2013, p.4, http://www.flconsult.be/uploads/news/id35/droitcollaboratif_ddp_def.pdf

B. Les différences

Si l'objectif est commun, la mise en œuvre de ces processus est différente.

1. L'intervention d'un tiers neutre

La médiation implique l'intervention d'un tiers neutre, hors la présence des avocats et/ou des notaires. A l'inverse dans le processus de droit collaboratif, les parties sont accompagnées par leur conseil qui n'est ni neutre ni impartial.⁶⁴

2. L'absence de conseil juridique

La médiation est marquée par l'absence d'avis juridique donné par le médiateur. Le droit collaboratif se démarque par la présence de conseils à tout moment dans le processus pour éclairer les clients sur les questions de droit.⁶⁵

Le médiateur- juriste de profession- évoque une certaine frustration à cette absence totale de conseils juridiques aux parties.⁶⁶

3. L'absence de caucus

Le droit collaboratif envisage à tout moment la possibilité de caucus avec les clients ce qui n'est pas concevable lors d'une médiation car le médiateur est le seul intervenant dans le processus.⁶⁷

4. Le climat de confiance

Les avocats s'interdisent de défendre leur client si une procédure contentieuse devait être entamée. Dès lors, en cas d'échec du processus collaboratif les avocats doivent se retirer. Ce mécanisme permet aux parties de se sentir pleinement en confiance.⁶⁸

⁶⁴ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, p.404.

⁶⁵ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., *op.cit.*, p.404.

⁶⁶ Entretien avec l'avocate Anne Lempereur en date du 24.04.2015, avocate formée en droit collaboratrice et en cours de formation de médiation familiale.

⁶⁷ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., *op.cit.*, p.404.

⁶⁸ Barreau de Bruxelles. Ordre français, LE DROIT COLLABORATIF:UNE ALTERNATIVE POUR RÉSOUDRE LES LITIGES FAMILIAUX, Dossier de presse, Octobre 2013, p.4, http://www.flconsult.be/uploads/news/id35/droitcollaboratif_ddp_def.pdf

5. Droit positif

A la différence de la médiation, le droit collaboratif n'est pas consacré dans le droit positif et demeure, en Belgique, l'apanage d'ordres professionnels.

6. Homologation de l'accord

Le droit collaboratif ne connaît pas le mécanisme d'homologation de l'entente organisé pour la médiation par la loi du 21 février 2005 (art 1733 et 1737 CJ).

SECTION 2. LE DROIT COLLABORATIF N'EST PAS LA CONCILIATION TRADITIONNELLE

§1. QU'EST-CE LA CONCILIATION ?

La conciliation est l'une des quatre fonctions reconnues au notaire, à côté de celles d'authentification, de conseil, et d'auxiliaire de justice.⁶⁹

Le code de déontologie énonce : « *Le notaire, même chargé d'une mission judiciaire, cherche toujours à concilier les parties* »⁷⁰. Le notaire doit donc s'efforcer de trouver des solutions amiables.

La place de la mission de conciliation du notaire dans la procédure de liquidation-partage⁷¹ est l'exemple-type de la place grandissante consacrée cette mission du notaire.

§2. LES SIMILITUDES ET LES DIFFÉRENCES

A. Les similitudes

La principale similitude réside dans l'objectif. En effet, on veut donner aux parties la maîtrise de leurs différends en restant dans une procédure amiable.

⁶⁹ Cours de droit du notariat, Master complémentaire en notariat, Syllabus 2014-2015, UCL, p.95-98.

⁷⁰ L'article 10 du Code de déontologie, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004 et approuvé par A.R. du 21 septembre 2005, MB., 3 novembre 2005, p. 47389 et modifié par l'assemblée générale du 22 avril 2008.

⁷¹ Article 1214, §1, al. 1 et 2 du Code judiciaire : « *Le notaire-liquidateur tente de concilier les parties et les informe qu'elles peuvent se faire assister d'un avocat. A tout stade de la procédure, le notaire-liquidateur dresse, à la demande des parties, procès-verbal de l'accord global ou partiel intervenu quant à la liquidation ou au partage. L'accord ainsi acté et signé par les parties les lie définitivement et habilite le notaire-liquidateur, lorsqu'il porte sur la vente publique ou de gré à gré de tout ou partie des biens, à procéder à ladite vente s'il en est requis par au moins une partie.* »

B. Les différences⁷²

La principale différence réside essentiellement de l'état d'esprit des parties. La négociation traditionnelle est souvent menée sur « position ». Le droit collaboratif nécessite la recherche des intérêts et des besoins, au-delà de leurs positions.

1. Processus menée sous la pression

A la différence du processus de droit collaboratif qui impose la suspension de toute procédure judiciaire durant le processus, la négociation est souvent menée sous la pression ou la menace d'une procédure judiciaire. L'accord dégagé dans ce cadre de la négociation risque d'être remis en cause par la partie qui se l'est fait imposer.

2. Absence d'engagement formel

La négociation n'établit pas un cadre de sécurité, par la fixation d'un cadre formel, pour construire un accord. A contrario, le processus de droit collaboratif, caractérisé par un engagement formel et écrit (adhésion à la Charte et la signature l'accord de participation) permet de créer un climat de confiance et sécurité par le respect des principes suivants : la confidentialité, le retrait de l'avocat en cas d'échec du processus,...Ce climat est propice à la discussion et à la mise en œuvre d'accords.

3. Absence d'outils particuliers

La négociation traditionnelle n'implique pas l'utilisation d'outils en vue de faire émerger l'accord. A l'inverse, le processus de droit collaboratif met en place des techniques de négociation raisonnée pour permettre la construction d'accords.

⁷² A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution des conflits », *Actualités du droit de la famille*, 2008, liv.7, p.136.

Le notaire, et plus particulièrement certains notaires formés- est déjà acteur dans la mise en œuvre des modes alternatifs des conflits en qualité de notaire-médiateur agréé. Cependant, et après analyse du processus du droit collaboratif, on constate que celui-ci offre des avantages par rapport à la médiation.

Le premier avantage, d'un point de vue pratico-pratique, est le temps de la formation. La formation ne dure que 14 heures.

La fédération royale des notaires belges organise la formation en médiation familiale pour la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des conflits dans le monde notarial. La formation requise pour devenir médiateur-familial est une formation générale, ouverte à tous, comprenant des enseignements de types philosophiques, psychologiques, juridiques... qui ne forme donc pas aux techniques spécifiques de négociation raisonnée ; techniques caractéristiques du processus de droit collaboratif.

Le deuxième avantage réside en de nombreuses innovations du processus de droit collaboratif. Le travail d'équipe ainsi que le mécanisme du retrait en cas d'échec du processus sont les plus importantes.

Le troisième avantage est le rôle actif- des avocats collaboratifs- quant à l'avènement de la solution. Les parties sont soutenues par leurs conseils. A l'inverse le médiateur doit être neutre et a donc un rôle passif quant à l'arrivée de la solution. En effet, le rôle actif du médiateur est situé au niveau de la communication entre parties.⁷³

Suite à ce constat, concernant la pertinence du processus de droit collaboratif, le rôle du notaire dans ce processus pourrait se faire progressivement en étapes :

- Une première étape consisterait à mettre en place une formation formant les notaires aux techniques de négociation.

Cette formation serait utile au notaire dans sa mission de tiers intervenant dans un processus de droit collaboratif mais aussi dans sa mission quotidienne de conciliation des parties.

⁷³ Entretien avec Anne Lempereur

- Une seconde étape consisterait à donner au notaire un rôle d'acteur dans le processus de droit collaboratif.

L'activité du notaire dans ce cadre, ne peut être envisagée sans l'adhésion du notariat à ce processus par la création d'une charte notamment et l'accès à une formation aux techniques de la négociation raisonnée.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En commençant ce mémoire, je me questionnais sur le rôle du notaire dans le processus de droit collaboratif au regard de ses devoirs et obligations déontologiques.

Pour répondre à cette question, je me suis intéressée aux raisons sociologiques et psychologiques qui conduisent à se questionner sur le rôle du notaire dans les processus de mode alternatif de règlements des conflits. Ensuite, j'ai analysé le mécanisme du processus du droit collaboratif et le rôle que le notaire pourrait y jouer.

Suite à cette analyse et après réflexion sur le rôle du notaire dans le processus de droit collaboratif, je pense, d'une part, que le renforcement du rôle du notaire en qualité de tiers expert intervenant dans le processus de droit collaboratif pourrait avoir un impact positif quant à la réussite du processus. D'autre part, et au regard de ses devoirs et obligations déontologiques, le notaire dans sa mission générale, tout comme le fait aujourd'hui l'avocat, pourrait également jouer un « rôle d'acteur » dans le processus de droit collaboratif. Cette adhésion du notariat au processus de droit collaboratif assurerait une complémentarité « avocat-notaire » en vue d'une meilleure résolution des conflits familiaux.

Une question subsiste : Le notariat souhaite-t-il jouer un rôle « d'acteur » dans le processus de droit collaboratif ? En cas de réponse positive, est-il prêt à relever le défi notamment par l'organisation des formations indispensables à la pratique de ce processus ? ⁷⁴

Au delà de la question première de ce travail, le notaire- non pas en qualité d'acteur des modes alternatifs de règlements des conflits- mais dans sa mission de conciliation- n'a pas les outils nécessaires pour mener à bien ce mécanisme. Le notaire- juriste de formation - n'est pas en possession des outils appropriés pour concilier correctement les parties.

La formation proposée en droit collaboratif- l'enseignement des bases de la technique de la négociation raisonnée- semble un socle indispensable afin de permettre au notaire de remplir au mieux sa mission de conciliation.

⁷⁴ M. BLITZ et A.-M. BOUDART., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 431.

L'écrivain et dramaturge français du 19^{ème} siècle, Honoré de Balzac, dans un de ses ouvrages *Illusions perdues- les souffrances de l'inventeur*, écrivait :

« *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* »⁷⁵

Deux siècles plus tard, cette citation reste plus vraie que jamais. En effet, au regard des effets psychologiques, l'accord est toujours meilleur que la solution imposée par une autorité aux parties. La clé de voute de la réussite de la construction de l'accord réside en la connaissance des mécanismes et techniques de négociation ; connaissance acquise par la formation du notaire aux outils psychologiques.

⁷⁵ Honoré de Balzac, dans *Illusions perdues- les souffrances de l'inventeur*.

A. LÉGISLATIONS

- Code judiciaire
- Code de déontologie relatif à la médiation notariale, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 7 octobre 2003, modifié par l'assemblée générale du 24 octobre 2006.
- Code de déontologie, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004 et approuvé par A.R. du 21 septembre 2005 (M.B. 3 novembre 2005), modifié par l'assemblée générale du 22 avril 2008.
- Loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, modifiée par la loi du 14 novembre 2011, publié le 10 février 2012, et entrée en vigueur le 20 février 2012.

B. DOCTRINES

1. Monographies et ouvrages collectifs

- BAUGNIET N., *La médiation familiale. Mode de règlement des conflits familiaux*, Bruxelles, De Boeck, 2008.
- BLITZ M. et BOUDART A.-M., « Le droit collaboratif comme mode alternatif des règlements des conflits », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 401-431.
- CASMAN H., *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- LONGNEAUX J.-M., « Le notaire au service de l'épanouissement des individus », in *Le défi des notaires entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 11-28.
- RENSON P.P. (sous la coordination), *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2008.

2. Encyclopédies juridiques

- BEELDENS B., « Les modes alternatifs de résolution des litiges », *R.G.D.C.*, 2010, liv.6, pp. 260 -274.

- BOUDART A.-M., « Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution des conflits », *Actualités du droit de la famille*, 2008, liv.7, pp.133 et suivants.
- BOUDART A., « Le processus de droit collaboratif », *Familles : union et désunion. Commentaire pratique*, V.Prémil. 2.1 et suivants.
- KUYPER G., « Négociation raisonnée et droit collaboratif », *Revue pratique de l'immobilier* 1/2014, Larcier, 2014, pp. 133-160.
- NYSSSEN A.-S. et BALON Françoise, « Les MARC's », *Revue pratique de l'immobilier* 1/2014, Larcier, 2014, pp. 39-50.
- RENCHON J.-L., « Réflexion sur l'évolution du droit de la famille et de l'activité du juriste de la famille », *Revue interdisciplinaires d'études juridiques*, 1989/22, pp.55-105.
- RENCHON J.-L., « L'activité notariale et le droit du couple: une révolution permanente? » in *25 ans d'évolution du droit: quel rôle pour le notariat? , revue du notariat belge*, 2011, pp.708 et suivants.

C. JURISPRUDENCE

- C.E.D.H., 3 octobre 2003, Kanoun c France

D. SOURCES INTERNET

- Barreau de Bruxelles Ordre français, le droit collaboratif : une alternative pour résoudre les litiges familiaux, Dossier de presse, octobre 2013, source : http://www.flconsult.be/uploads/news/id35/droitcollaboratif_ddp_def.pdf
- Formation en droit collaborative, avocats.be, source : <http://extranet.obfq.be/agenda/OBdroit%20collaboratif.pdf>

E. ENTRETIENS

- Entretien avec l'avocate Anne Lempereur en date du 24.04.2015, avocate formée en droit collaboratrice et en cours de formation de médiation familiale.
- Entretien avec l'avocate Dorothée Daout, médiatrice familiale agréée, en date du 17.03.2013 lors d'une première réunion médiation familiale.

