



XXIII. Congrès International du Notariat Latin
Rapport de la Délégation Allemande



Avocat-notaire Dr. Klaus – R. WAGNER, Wiesbaden

**La fonction notariale préventive des litiges:
Le conseil et la médiation notariaux comme un de ses instruments**

Index

| | |
|---|----|
| Documentation | 10 |
| Abbreviations | 11 |
| I. Introduction | 14 |
| II. Remarques générales | 16 |
| 1. Aspects fondamentaux et objectifs pratiques du thème dans le contexte national | 16 |
| 1.1 Définitions | 16 |
| 1.1.1 Conseil | 16 |
| 1.1.2 Médiation | 17 |
| 1.2 Eléments essentiels | 19 |
| 1.3 Importance pratique du thème dans le contexte national | 19 |
| 2. La contribution du Notariat dans le domaine de l'arbitrage et des autres activités extrajudiciaires visant au règlement des conflits | 23 |
| 3. Evolutions au niveau national conditionnant le règlement des litiges | 26 |
| III. Examen en détail | 30 |
| 1. Le conseil | 30 |
| 1.1 Législation et procédures nationales en matière de conseil | 30 |
| 1.2 Les différentes formes, activités et fonctions de conseil compte tenu en particulier de la fonction préventive | 31 |
| 1.2.1 Négociation / intermédiation | 31 |
| 1.2.2 Conciliation | 32 |
| 1.2.3 Règlement contractuel des conflits | 33 |

| | | |
|---------|--|----|
| 1.2.4 | Compromis | 34 |
| 1.2.5 | Résultat intermédiaire | 34 |
| 1.3 | Le travail pratique dans le domaine du conseil (y compris les tarifs) | 35 |
| 1.4 | Autres aspects | 37 |
| 1.4.1 | Phase de consentement dans la procédure arbitrale | 37 |
| 1.4.2 | Procédure de conciliation devant la Cour d'arbitrage et de conciliation (SGH) | 38 |
| 1.4.3 | Aspects généraux du conseil notarial | 39 |
| 1.4.3.1 | Prévention des litiges | 40 |
| 1.4.3.2 | Règlement des litiges | 40 |
| 1.5 | Contrôle notarial du contrat | 40 |
| 1.5.1 | Etat de la situation | 40 |
| 1.5.2 | Proposition | 41 |
| 1.5.3 | Contrôle notarial du contrats | 41 |
| 1.5.4 | Exemples | 42 |
| 2. | La médiation | 43 |
| 2.1 | Législation et procédure nationales en matière de médiation | 43 |
| 2.1.1 | Médiation dans le domaine de la famille | 44 |
| 2.1.2 | Médiation dans le domaine du droit administratif, en particulier en droit de l'environnement | 45 |
| 2.1.3 | Médiation en droit économique et financier | 46 |
| 2.1.4 | Médiation dans le domaine du droit des rapports de voisinage, du régime du bail à loyer et en matière de droit des consommateurs | 47 |
| 2.1.5 | Médiation en cas de nouvelles négociations de contrats de droit civil | 47 |
| 2.1.6 | Compensation auteur d'un délit/victime dans le cadre du droit pénal | 48 |
| 2.1.7 | Conclusions | 48 |
| 2.2 | Définition et répercussions de la médiation sur la pratique notariale et d'autres professions | 49 |
| 2.2.1 | Médiation notariale | 49 |
| 2.2.2 | Répercussions de la médiation notariale sur la profession | 54 |

| | |
|--|----|
| 2.2.3 Répercussions de la médiation notariale sur d'autres professions | 57 |
| 2.3 Les particularités de la médiation notariale, procédures, mesures pratiques, tarifs, rapports avec d'autres activités notariales | 60 |
| 2.3.1 Particularités de la médiation notariale - Procédure | 60 |
| 2.3.1.1 Médiation notariale: Contenu et droit professionnel | 61 |
| 2.3.1.2 Déroulement de médiation notariale | 64 |
| 2.3.2 Tarifs | 67 |
| 2.3.3 Médiation notariale par rapport à d'autres activités notariales | 67 |
| 3. La juridiction arbitrale et les autres activités notariales préventives au regard des conflits juridiques | 68 |
| 3.1 La législation nationale et la jurisprudence relative à la juridiction arbitrale | 68 |
| 3.2 La juridiction arbitrale et la profession notariale | 70 |
| 3.2.1 Le notaire en qualité d'arbitre | 72 |
| 3.2.2 L'utilité de l'activité d'arbitrage du notaire - exemples | 73 |
| 3.2.2.1 Juridiction arbitrale sur le plan économique | 74 |
| 3.2.2.2 Droit des sociétés | 74 |
| 3.2.2.3 Droit de succession et de la famille | 78 |
| 3.2.3 Avantages de la juridiction arbitrale notariale par rapport à la juridiction de l'Etat | 78 |
| 3.3 Autres conséquences découlant du thème en question | 79 |
| IV. Considérations supplémentaires | 81 |
| 1. Evolution prévisible de la profession de notaire eu égard à la médiation et d'autres moyens visant à la résolution de conflits | 81 |
| 2. Appréciation et évaluation globale de l'activité notariale préventive exercée par les notaires dans le domaine des différends de nature juridique | 84 |
| 3. Autres explications concernant l'avenir de la profession au sujet de la prévention, la modification législative et la pratique | 86 |
| V. Résumé final sous forme de 10 thèses et conclusions | 88 |

Bibliographie

- Ahlers**, Zur Gestaltung von Vereinbarungen für das schiedsrichterliche Verfahren (*façonnage de convention pour des procédures arbitrales*), AnwBl 1999, p. 308
- Allmayer-Beck/Auer**, Wirtschaftsmediation im Wohnungseigentum (*Médiation sur le plan économique en matière de propriété d'un logement à usage*), ZKM 2000, p. 9
- Arndt/Lerch/Sandkühler**, Bundesnotarordnung (*Loi fédérale relative au Notariat*), 4e éd. 2000
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, ZPO (*Code de procédure civile*), 58e éd. 2000
- Bietz**, Zur Praxis von Schieds- und Schlichtungsverfahren – unter besonderer Berücksichtigung des SGH-statuts deutscher Notare (*Sur la pratique de procédures arbitrales et de conciliation en tenant compte en particulier du statut de la Cour d'arbitrage et de conciliation des notaires allemands*), ZNotP 2000, p. 344
- Birnstiel**, Empfehlungen des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern zur Handhabung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens gemäß § 15a EGZPO i.V.m. dem Bayerischen Schlichtungsgesetz (*Recommandation de la commission de conciliation de la Chambre des notaires du Land de Bavière sur la mise en œuvre de la procédure de conciliation obligatoire selon le § 15a EGZPO en relation avec la loi bavaroise sur la conciliation*), MittBayNot 2000, Sonderheft "Schlichtung und Mediation", p. 8, 14
- Böhm**, Obligatorische Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen (*Conciliation obligatoire des litiges en Rhénanie-du-Nord-Westphalie*), AnwBl 2000, p. 96
- Bohrer**, Das Berufsrecht der Notare (*le droit professionnel des notaires*), 1991
- Brambring/Jerschke (Hrsg.)**, Beck'sches Notar-Handbuch (*Manuel des notaires*), 3e éd. 2000
- Breidenbach/Henssler**, Mediation für Juristen (*médiation pour les juristes*), 1997
- Büchner/Groner/Häusler/Lörcher/v.Pappenheim/Schröder-Frerkes/Vötz/Wagner/Winkler/Winograd**, [kurz: Büchner], Außergerichtliche Streitbeilegung (*règlement extrajudiciaire des litiges*), 1998
- Buchholz-Graf**, Gerichtsnahe Beratung für Trennungs- und Scheidungsfamilien (*Conseil prêté aux familles subissant la séparation ou le divorce*), ZMK 2000, p. 118
- Casper/Risse**, Mediation von Beschlussmängelstreitigkeiten (*Médiation en cas vices procéduraux dans les décisions d'un organe d'une société*), ZIP 2000, p. 437

- Drasch**, Notariat und Niederlassungs-/Dienstleistungsfreiheit (*Notariat et liberté d'établissement et de prestation de services*), MittBayNot 2000, p. 280
- Duve**, Mediation und Vergleich im Prozeß (*Médiation et compromis dans le cadre d'un procès*), 1999
- Eyer**, Marketing für Wirtschaftsmediation – Ein Erfahrungsbericht (*Marketing en faveur de la médiation sur le plan économique – un rapport d'expérience*), mediations-report 3/2000, p. 2
- Ewig**, MediationsGuide 2000
- Ewig**, Dem Psychologen der Mediator – den Rechtsanwälten nur der Schwerpunkt ? (*Pour le psychologue le médiateur – pour les avocats seulement le pivot?*) ZMK 2000, p. 85
- Frikell**, Außergerichtliche Streitbeilegung in Bausachen (*règlement extrajudiciaire des litiges en matière de constructions*), ZMK 2000, p. 158
- Ganter**, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Notarhaftung seit 1996 (*La jurisprudence de la Cour fédérale de justice sur la responsabilité des notaires depuis 1996*), WM 2000, p. 641
- Göttlich/Mümmeler**, *fortgeführt von Assenmacher/Mathias*, KostO (*Loi relative aux frais de procédure*), 13e éd.1997
- Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke**, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare, Stand: 04/2000 (*Règlement extrajudiciaire des conflits pour les avocats et les notaires, situation au 04/2000*)
- Haft**, Verhandlung und Mediation (*négociation et médiation*), 2e éd. 2000
- Hartmann**, KostO (*Loi relative aux frais de procédure*), 27e éd.1997
- Heck**, Obligatorische Streitschlichtung in Baden-Württemberg (*Conciliation obligatoire dans le Land de Bade-Würtemberg*), AnwBl 2000, p. 596
- Heßler**, Das Bayerische Schlichtungsgesetz: Einführung und Erwartung an dessen Umsetzung, MittBayNot 2000 (*La Loi bavaroise relative à la conciliation: introduction et attentes quant à son application*), Sonderheft "Schlichtung und Mediation", p. 2
- Heinz**, Europa – Chance oder Bedrohung für unser Notariat ? (*L'Europe – chance ou menace pour notre notariat?*), AnwBl 2000, p. 562
- Hellge**, Europäische Perspektiven für nationale Notariate (*Perspective européennes pour les notariats nationaux*), ZNotP 2000, p. 306
- Henssler/Kilian**, Die interprofessionelle Zusammenarbeit in der Mediation (*La coopération interprofessionnelle dans le domaine de la médiation*), ZMK 2000, p. 55

- Henssler/Koch**, *Mediation in der Anwaltspraxis (La médiation dans la pratique des avocats)*, 2000
- Heussen**, *Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement (manuel de la négociation et de la gestion des contrats)*, 1997
- Von Heymann/Wagner/Rösler**, *MaBV (Règlement des opérateurs à la bourse et des promoteurs-constructeurs pour les notaires et les établissements de crédit)*, 2000
- Hönig/Köster**, *Möglichkeiten und Grenzen kooperativer Planung: Ein Tagungsbericht (Possibilités et limites de la planification coopérative: rapport d'un colloque)*, *BauR* 2000, 1391
- Hoffmann-Riem**, *Notare im Dienst am Rechtsstaat – Amtsausübung zwischen Privileg und Verantwortung (Les notaires au service de l'Etat de droit – exercice des fonctions, privilège et responsabilité)*, *ZNotP* 1999, p. 345
- Jaeger**, *Die freien Berufe und die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit (Les professions libérales et le libre exercice de la profession relevant du droit constitutionnel)*, *AnwBl* 2000, p. 475
- Jost**, *Zwangsvollstreckungsnovelle und notarielle Schlichtung (Réforme de l'exécution forcée et conciliation notariale)*, *ZNotP* 1999, p. 276
- Karliczek**, *Zur obligatorischen Streitschlichtung in Zivilsachen (Conciliation obligatoire en matière civile)*, *ZMK* 2000, p. 111
- Kempf/Trossen**, *Integration der Mediation in förmliche Familiengerichtsverfahren (Intégration de la médiation dans des procédures judiciaires formelles en matière matrimoniale)*, *ZMK* 2000, p. 166
- Kleine-Cosack**, *Erosion des Rechtsberatungsmonopols (Erosion du monopole du conseil juridique)*, *BB* 30/2000, "Die erste Seite" (*La première page*)
- Kniffka/Koebler**, *Kompendium des Baurechts (Compendium du droit relatif aux constructions)*, 2000
- Kopp**, *Die Bemühungen der Rechtsanwälte um die außergerichtliche Streitschlichtung (Les efforts des avocats en matière de règlement extrajudiciaire des litiges)*, *ZMK* 2000, p. 87
- Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann**, *KostO (Loi relative aux frais de procédure)*, 13e éd. 1995
- Lachmann**, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis (Manuel de la pratique arbitrale)*, 1998

- Lachmann**, Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Wirtschaft (*Jurisdiction arbitrale sous l'angle des milieux économiques*), AnwBl 1999, p. 241
- Lachmann/Lachmann**, Schiedsvereinbarung im Praxistest (*Convention d'arbitrage dans la pratique*) BB 2000, p. 1633
- Lörcher**, Mediation: Rechtskraft über Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ? (Médiation: res judicata concernant la sentence arbitrale d'un libellé convenu ?); DB 1999, p. 789
- Niethammer**, Anmerkungen zum Mediationsverfahren Frankfurter Flughafen (*Remarques sur la procédure de médiation Aéroport de Francfort*), ZMK 2000, p. 136
- Ponschab**, Mediation im Unternehmen (*Médiation dans l'entreprise*), AnwBl 2000, p. 650
- Ponschab/Schweizer**, Kooperation statt Konfrontation – Neue Wege anwaltlichen Verhandeln (*Coopération au lieu de confrontation – nouvelles voie de la négociation des avocats*), 1997
- Raeschke-Kessler/Berger**, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens (*Droit et pratique de la procédure arbitrale*), 3e éd. 1999
- Rieger/Mihm**, Der Notar als Mediator (*Le Notaire en qualité de médiateur; publication prévue*)
- Risse**, Beilegung von Erbstreitigkeiten durch Mediationsverfahren (*Règlement de litiges de succession par la biais de la procédure de médiation*), ZEV 1999, p. 205
- Risse**, Die Rolle des Rechts in der Wirtschaftsmediation (*Le rôle de la loi dans le domaine de la médiation en matière économique*), BB 1999, annexe 9, p. 1
- Risse**, Wirtschaftsmediation im nationalen und internationalen Handelsverkehr (*La médiation en matière économique dans le commerce national et international*), WM 1999, 1864
- Risse**, Wirtschaftsmediation (*Médiation en matière économique*), NJW 2000, p. 1614
- Römermann**, Praxisprobleme mit der Bezeichnung "Mediator" für Rechtsanwälte (*Problème pratiques posées par la dénomination de "médiateur" pour les avocats*), ZMK 2000, p. 83
- Schiffer**, Mediative Elemente in modernen Schiedsverfahren (*Éléments de la médiation dans les procédures arbitrales modernes*), JurBüro 2000, p.188 et 235
- Schippel**, BnotO (*Loi fédérale relative au Notariat*), 7e éd. 2000
- Von Schlieffen**, Anforderungen an einen Mediator (*Exigences imposées à un médiateur*), ZMK 2000, p. 52

Schmidt, Mediationsvereinbarung des Anwaltsmediators (Convention de médiation d'un avocat-médiateur), ZMK 2000, p. 71

Schneeweiß, Zum Umgang mit Widerstand in Verhandlungen (*Sur la manière de traiter les réticences dans des négociations*), MittBayNot 2000, p. 524

Schwachtgen, Auf dem Weg zur Weltumspannenden Authentizität – Ein Berufsstand als Garant der Rechtssicherheit wirtschaftlicher Entwicklung (*Sur la voie de l'authenticité mondiale – une profession comme garant de la sécurité juridique de l'évolution économique*), DNotZ 1999, p. 268

Selbherr, Schlussphase und Abschluss von Verhandlungen (*Phase finale et conclusion de négociations*), MittBayNot 2000, p. 520

Steinbrück, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung (*Médiation en matière économique et solution extrajudiciaire des conflits*), GmbHR 1999, R 165

Steinbrück, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung (*Médiation en matière économique et solution extrajudiciaire des conflits*), AnwBl 1999, p. 574

Stoeker, Die obligatorische Streitschlichtung nach § 15a EGZPO im Vergleich zur Mediationspraxis in den USA (*La conciliation obligatoire selon le § 15 EGZPO) en comparaison avec la pratique de médiation aux Etats-Unis*), ZMK 2000, p. 105

Stumpp, Die Sicherung der Unabhängigkeit des Mediators (*La garantie de l'indépendance du médiateur*), ZMK 2000, p. 34

Trittmann, Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (*Les répercussions de la nouvelle Loi relative à la procédure arbitrale sur des litiges relevant du droit des sociétés*), ZGR 1999, p. 340

Väth, Vorgerichtliche Streitschlichtung durch Schiedspersonen (*Conciliation précontentieuse par des conciliateurs*), ZMK 2000, p. 150

Wagner, Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit – Bestandsaufnahme und Perspektiven (*Désencombrement de l'administration de la justice par l'activité notariale - Etat des lieux et perspective*), DNotZ 2000, p. 34*

Wagner, Alternative Streitvermeidung: Notarielle Beurkundung, Betreuung und Schlichtung (*Prévention alternative des litiges: authentification notariale, assistance et conciliation*), BB 1997, p. 53

Wagner, Möglichkeiten des Notars zur Vermeidung und Schlichtung von Streitigkeiten (Possibilités du notaire en matière de prévention des litiges et de conciliation), ZNotP 1998, annexe au livret 1

Wagner, Möglichkeiten des Notars zur Vermeidung und Schlichtung von Baustreitigkeiten (*Possibilités du notaire en matière de prévention et de conciliation de litiges de constructions*), BauR 1998, 235

Wagner, Der Notar als Schiedsrichter kraft Amtes bei der Bereinigung von Baustreitigkeiten (*Le notaire comme arbitre en vertu de sa charge en cas de règlement de litiges de constructions*), ZNotP 1999, 22 = FS Vygen, 1999, page 441

Wagner, Neue Aufgaben für das Notariat (*Nouvelles tâches pour le notariat*), notar eins'99, page 17

Wagner, Alternative Streitbeilegung in Deutschland durch Notare – Ein Zwischenbericht (*Règlement alternatif des litiges par les notaires en Allemagne – rapport intérimaire*), ZNotP 2000, 18

Wagner, Notaramt im Spannungsfeld zwischen Dienstleistung und öffentlichem Amt (*Fonction notariale dans un environnement de tension entre la prestation de services et la charge publique*), ZNotP 2000, 214

Wagner, Der Notar als Schiedsrichter (*Le notaire comme arbitre*), DNotZ 2000, 421

Wegmann, Der Schlichtungsgedanke im Statut des SGH (*L'idée de la conciliation dans les statuts de la Cour d'arbitrage et de conciliation*), notar vier'99, page 122

Wegmann, Erbgemeinschaften im Unternehmensbereich (*Les communautés d'héritiers dans le domaine des entreprises*), ZMK 2000, 154

Wiedermann, Das "Modell Co-Mediation" in Österreich (Le modèle de la "co-méditation" en Autriche), ZMK 2000, 22

Wolfsteiner, Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH) (*La Cour d'arbitrage et de conciliation des notaires allemands*), notar vier'99, page 115

Zieher, Praktische Erfahrungen mit Umweltmediation in Österreich (*Expériences pratiques de la médiation dans le domaine de l'environnement en Autriche*), ZMK 2000, 113

Documentation

- Annexe 1** **Schlichtung durch Notare – Güteordnung** (*mit Erläuterungen*), (*Conciliation par les notaires – Règlement de conciliation (avec explications)*), DNotZ 2000, 1
- Annexe 2** **Empfehlung für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung**, (*Recommandation en faveur d' une convention d'arbitrage avec règlement de procédure et des tarifs*), DNotZ 2000, 401
- Annexe 3** **Statut Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare – SGH** (*statuts de la Cour d'arbitrage et de conciliation des notaires allemands*), notar vier'99, page 124
- Annexe 4** **Kostenordnung Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare – SGH** (*Règlement des tarifs de la Cour d'arbitrage et de conciliation des notaires allemands*), notar vier'99, page 129
- Annexe 5** **Bayerisches Schlichtungsgesetz** (*Loi bavaroise relative à la conciliation*), MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“, page 67
- Annexe 6** **Bayerische Güteordnung** (*Règlement de conciliation de la Bavière*), Mitt-BayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“, page 71

Abbréviations

| | |
|-----------------------|--|
| aaO | am angegebenen Ort (au passage cité) |
| AnwBl | Anwaltsblatt (Revue du barreau) |
| AG | Ausführungsgesetz (Loi d'application) |
| AGH | Anwaltsgerichtshof (Tribunal d'avocats) |
| BAFM | Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation (Organisme fédéral chargée de la médiation familiale) |
| BauR | Baurecht (droit relatif aux constructions) |
| BB | Betriebs-Berater (consultant) |
| BeurkG | Beurkundungsgesetz (Loi sur l'authentification des actes) |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand) |
| BGH | Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) |
| BNotK | Bundesnotarkammer (Conseil fédéral du Notariat allemand) |
| BNotK-SchiedsV | Empfehlung der Bundesnotarkammer für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütung (Recommandation de la Bundesnotarkammer en faveur d'une convention d'arbitrage assortie d'un règlement de procédure et des tarifs) |
| BNotO | Bundesnotarordnung (Loi fédérale relative au Notariat) |
| BO | Berufsordnung für Rechtsanwälte (Règlement professionnel des avocats) |
| BRAO | Bundesrechtsanwaltsordnung (Loi fédérale réglementant la profession d'avocat) |
| BRAGO | Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (Règlement des tarifs du barreau allemand) |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale) |
| DB | Der Betrieb (Revue intitulée "Entreprise") |
| DNotV | Deutscher Notarverein (Association des notaires allemands) |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift (Revue des notaires allemands) |
| EGZPO | Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (Loi d'introduction au Code allemand de procédure civile) |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention (Convention européenne des droits de l'homme) |
| FN | Fußnote (note de bas de page) |
| FS | Festschrift (livre hommage) |

| | |
|------------------------|--|
| GBL. | Gesetzblatt (Journal officiel) |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung (S.A.R.L.) |
| GmbHR | GmbH-Recht (droit relatif aux S.A.R.L.) |
| GüteO BNotK) | BNotK-Güteordnung (Règlement de conciliation adopté par la BNotK) |
| GVBl. | Gesetz- und Verordnungs-Blatt (Journal officiel des Lois et des règlements) |
| Hs | Halbsatz (partie de phrase) |
| JGG | Jugendgerichtsgesetz (Loi relative aux juridictions pour mineurs) |
| JurBüro | Juristisches Büro (Revue "Bureau juridique") |
| KostO | Kostenordnung (Loi relative aux frais de procédure) |
| MaBV | Makler und Bauträger-Verordnung (Règlement des agents immobiliers et des promoteurs-constructeurs) |
| MittBayNot | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Communication de l'Association des notaires bavarois, de la Caisse des Notaires et de la chambre des notaires du Land) |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (Revue juridique hebdomadaire) |
| Notar | Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (Revue de l'Association des notaires allemands) |
| SGH | Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof (Cour d'arbitrage et de conciliation) |
| Statut-SGH | Statut des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofes (statuts de la Cour d'arbitrage et de conciliation) |
| StGB | Strafgesetzbuch (Code pénal) |
| VOB/B | Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (cahier de prescriptions pour les marchés de construction, partie B) |
| WM | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen IV (Revue du droit économique et bancaire, communication sur les titres IV) |
| ZEV | Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (Revue du droit de succession) |
| ZGR | Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Revue du droit des sociétés) |

| | |
|---------------|--|
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Revue du droit économique et de la pratique d'insolvabilité) |
| ZMK | Zeitschrift für Konfliktmanagement (Revue de la gestion de conflits) |
| ZNotP | NotarPraxis Zeitschrift für die notarielle Praxis (Revue de la pratique notariale) |
| ZPO | Zivilprozeßordnung (Code de procédure civile) |
| ZPO-RG | Zivilprozess-Reformgesetz (Loi de réforme relative au Code allemand de procédure civile) |

I. Introduction

- 1 Le marché juridique a commencé à bouger¹⁾. Stratégiquement, il se pose la question de savoir si le notariat allemand devrait, dans le cadre de l'administration de la justice préventive (§ 1 et § 24 al. 1 première phrase de la Loi fédérale relative au Notariat; BNotO, Bundesnotarordnung) se limiter à l'accomplissement des tâches traditionnelles prescrites par la Loi (à savoir l'assistance² et l'authentification des actes) ou s'il devrait se prêter à d'autres tâches dont le but ne viserait pas impérativement à désencombrer la justice. A ce sujet, il existe une divergence de vue. Les uns estiment que l'extension du champ d'activité du Notariat implique une "érosion" du Notariat et redoutent que le Notariat perde ses privilèges.³⁾ Les autres préfèrent, en revanche, garder (ou organiser) l'attrait de la gamme des services offert par le notariat.⁴⁾
- 2 Certes, le nombre de litiges existant dans les "anciens" Länder en Allemagne va en diminuant depuis 1992, mais celui dans les "nouveaux" Länder a augmenté considérablement.⁵⁾ Les assurances de protection juridique⁶⁾ et les sociétés de financement de pro-

-
- 1) Concernant l'érosion du monopole en matière de conseil juridique, cf. *Kleine-Cosack* BB 2000, Heft 30 „Die erste p.“
 - 2) Cf. *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 84* et ss.: légalisations de signatures (§ 20 al. 1 phrase 1 BNotO), tirages au sort (§ 20 al. 1 phrase 2 de la BNotO), établissement d'inventaires de biens (§ 20 al. 1 phrase 2 BNotO), apposition et levée de scellés (§ 20 al. 1 phrase 2 BNotO), dresser des prôtets (§ 20 al. 1 phrase 2 BNotO), notification de déclarations (§ 20 al. 1 phrase 2 BNotO), authentification d'actes concernant des faits officiellement constatés par le notaire (§ 20 al. 1 phrase 2 BNotO), réception de déclarations de dessaisine-saisine (§ 20 al. 2 BNotO), délivrance de cédules partielles d'hypothèque et de dette foncière (§ 20 al. 2 BNotO), procéder aux ventes aux enchères libres (§ 20 al. 3 phrase 1 BNotO), liquidation de patrimoine constatée par l'intermédiaire du notaire (§ 20 al. 3 phrase 2 BNotO), activité de médiateur selon la Loi portant aménagement des droits réels relatifs à la propriété immobilière et foncière (§ 20 al. 4 BNotO), activité de médiateur dans le cadre de partages successoraux et de partages de communauté (§ 20 al. 5 BNotO), délivrance de certificats dans le cadre de partages successoraux et de partages de communauté en vue du livre foncier (§§ 20 al. 5 BNotO, 36 Loi relative à la tenue du livre foncier et à la publicité foncière), délivrance de certificats en cas d'inscriptions de dettes hypothécaires, de dettes foncières, et de dettes foncières sous forme de rente dans le cadre de partages successoraux et de partages de communauté (§§ 20 al. 5 BNotO, 37 Loi relative à la tenue du livre foncier et à la publicité foncière), délivrance d'attestations relatives aux pouvoirs de représentation (§ 21 BNotO), procéder aux prestations de serment et aux auditions sous la foi du serment (§ 22 BNotO), délivrance d'attestations relatives aux faits faisant l'objet d'une inscription dans un registre public, et destinées à être utilisées à l'étranger (§ 22 a BNotO), conservation et remise d'objets de valeur (§ 23 BNotO), assistance des personnes concernées, en particulier par la rédaction de projets d'actes et le conseil ou la représentation de ces personnes devant les tribunaux et les autorités administratives (§ 24 al. 1 BNotO), conservation d'actes (§ 25 BNotO).
 - 3) *Hoffmann-Riem* ZNotP 1999, 345
 - 4) *Wagner* ZNotP 2000, 18
 - 5) Au sujet de la statistique cf. *Stempel* dans: *Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare*, 2.2.1 p. 2; *Kirchhof* BRAK-Mitt. 2000, 14, 15

cès facilitent les procès et, par voie de conséquence, la durée des procédures judiciaires devant les juridictions de l'Etat se prolonge. Eu égard à cette situation, la priorité n'est plus accordée à la résolution de la question faisant l'objet du litige, mais bien plus au règlement des frais qui en résultent (frais judiciaires, frais d'avocat, intérêts, nécessité de provisions pour exigibilités et charges etc.). S'y ajoutent des contentieux qui ne sont pas soumis aux tribunaux (par exemple les droits de rétention, les compensations, la réclamation de garanties supplémentaires en cas de mise en cause de relations commerciales etc.) et pour lesquels il ne s'avère pas toujours opportun de saisir les tribunaux. Il existe donc de nombreuses sujets à réflexion, à savoir les moyens d'éviter des contentieux, et non seulement ceux soumis aux tribunaux. Cela mène aux questions cruciales suivantes:

- 3 - Quelles sont les mesures de prévention permettant d'éviter tout contentieux/litige ?
 - Qui se prête à s'en charger prochainement et de manière indépendante, impartiale et peu onéreuse ?
 - Comment le public peut-il prendre connaissance de ces mesures et de ces institutions?
- 4 Or, tout différend a une cause, à savoir l'existence d'intérêts opposés et qui s'accumulent. Pour éviter tout différend, il convient de se pencher également sur le degré préalable. Celui-ci existe dès qu'il y a une opposition n'ayant pas encore nécessairement donné lieu au différend.

Par la suite, nous tâcherons donc de démontrer comment les notaires peuvent contribuer à concilier les intérêts des personnes concernées par le biais de la prévention des litiges d'une part, et par le règlement des litiges d'autre part.

6) *Riehl* dans: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare, 2.1.5

II. Remarques générales

1. Aspects fondamentaux et objectifs pratiques du thème dans le contexte national

1.1 Définitions

1.1.1 Conseil

- 5 Il y a lieu d'opérer une distinction entre le conseil partial et le conseil impartial; distinction, qui démontre en même temps la différence entre le conseil prêté par l'avocat et celui prêté par le notaire. *L'avocat* est, entre autres, le conseiller de son client et partant, son conseiller *partial* (§ 1 al. 3 BO). Il lui appartient pas de conseiller l'autre partie dans la même affaire juridique (§ 3 du règlement professionnel des avocats; BO). Le *notaire*, en revanche, "n'est pas le représentant d'une partie, mais le conseiller ... et *impartial* des personnes concernées" (pluriel - § 14 al. 1 phrase 2 BNotO). Fait partie de ses activités liées à sa fonction publique, "le conseil impartial des personnes concernées" (§ 24 al. phrase 1 BNotO). Aussi tout avocat-notaire doit-il résoudre la question de savoir s'il agira en qualité d'avocat ou de notaire et ce, plus en amont de son activité de conseil⁷⁾.
- 6 Il est donc admis que les particuliers ou les entreprises, ayant des intérêts opposés, se laissent conseiller conjointement par le notaire obligé de rester impartial, afin d'éviter tout conflit. Si, en revanche, les particuliers et les entreprises, ayant des intérêts opposés, se laissaient conseiller par un avocat afin d'éviter le conflit, celui-ci manquerait aux devoirs et obligations liés à sa charge en raison justement de l'existence d'intérêts opposés (§ 3 BO).
- 7 Si le conseil impartial est donc fourni à une seule partie, le conseil impartial peut également être prêté à des personnes concernées ayant des intérêts divergeants. C'est la raison pour laquelle les notaires sont habilités à conseiller de manière impartiale tout particulier et toute entreprise ayant des intérêts opposés. Aussi les §§ 14 al. première phrase 2, 24 al. 1 phrase 1 BNotO emploient le pluriel en évoquant le conseil prêté aux *personnes concernées*.
- 8 Le conseil impartial peut être fourni avant le déclenchement de conflits, comme c'est le cas par exemple lorsque les personnes concernées ayant des intérêts opposés comparaissent devant le notaire pour savoir comment se présente la situation juridique objective-

7) Directives émises par la BNotK I. 3.

ment ainsi que sur leurs chances et risques de gagner.⁸⁾ Ce conseil peut avoir lieu oralement ou par écrit - sous forme d'expertise par exemple - et il peut même aboutir à un concept, un projet de contrat ou une conclusion d'un contrat.⁹⁾ Tout conseil impartial permet donc la *prévention* des litiges comme le *règlement* extrajudiciaire et judiciaire des litiges.

- 9 Aussi le conseil notarial est-il susceptible de contribuer, dans une large mesure, à la *prévention* et au *règlement* des litiges.

1.1.2 Médiation

- 10 Il s'agit là soit d'un terme de marketing, soit d'un terme générique, soit d'un terme technique.

- 11 *Terme de marketing*

En dehors des milieux d'experts, dans les médias par exemple, le terme "médiation" est un slogan utilisé pour qualifier tout genre de *règlement* extrajudiciaire des litiges. Cependant, dans ces milieux, le thème de la *prévention* des litiges n'est pas tellement présent si bien que le terme "médiation" n'y est pas associé.

- 12 *Terme générique*

Dans la mesure où le terme "médiation" est employé comme synonyme de tout genre de *règlement* extrajudiciaire des litiges, il s'agit d'un terme générique. La médiation au sens technique peut également englober le conseil,¹⁰⁾ la négociation/l'intermédiation coopératives,¹¹⁾ la conciliation,¹²⁾ l'acte notarié¹³⁾ et le *règlement* contractuel des conflits ainsi que le compromis.¹⁴⁾ Le terme générique englobe donc des domaines différents concernant la *prévention* des litiges d'une part et le *règlement* des litiges d'autre part.

8) Wagner ZNotP 2000, 214, 217

9) Wagner ZNotP 2000, 214, 217

10) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1 page 8

11) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1 page 9

12) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1 page 10

13) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1 page 12

14) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1 page 12

13 *Terme technique*

Pour la médiation en tant que terme technique, il existe une multitude de définitions. En principe, elle se caractérise par le fait que deux ou plusieurs parties en conflit font appel à une personne neutre en tant qu'intermédiaire, sans que celle-ci n'ait un pouvoir de décision. Il s'agit par conséquent

"d'une procédure visant à régler des conflits de manière extrajudiciaire et volontaire, dans laquelle les parties en conflit prennent des décisions communes avec le concours d'un tiers neutre (le médiateur), n'ayant aucun pouvoir de décision quant au fond. Ces décisions tiennent compte, dans la mesure du possible, des intérêts des parties, visent à créer de la valeur ajoutée et sont fondées sur les conceptions de la réalité des deux parties".¹⁵⁾

14 Toutefois, cette définition ne couvre que la *médiation de conflits*, consistant à concilier les intérêts à l'occasion d'un conflit déjà existant. Etant d'office impartial, le notaire se prête également en tant que "tiers neutre".

15 Sinon, il est tout à fait concevable que les personnes concernées ont l'intention de trouver un compromis conciliant les intérêts divergeants, sans qu'il n'y ait déjà ni conflit ni litige. Cela pourrait se faire de la manière suivante:

16 - Il a déjà été évoqué ci-dessus que le *conseil* impartial des parties par le notaire est, le cas échéant, susceptible d'aboutir déjà à une conciliation des intérêts convenue par les parties eux-mêmes.

17 - Une autre possibilité consiste en une médiation avec l'intervention d'un notaire, dont l'objectif consiste à transcrire le compromis conciliateur des parties dans un acte notarié en raison précisément de l'existence d'intérêts opposés mais sans qu'il n'y ait de conflit. Il s'agit là de ce que l'on appelle la *médiation "contractuelle"*.¹⁶⁾

18 Si la médiation par le notaire (médiation de conflits ou médiation contractuelle) s'achève par une convention finale reçue par devant notaire, la médiation ne vise pas pour autant l'acte notarié, mais la conciliation des intérêts en jeu, qu'elle soit transcrite dans une convention finale authentifiée ou sous seing privé ou pas. L'acte notarié n'est donc pas le point de départ de la résolution de conflits, mais le conseil ou l'assistance notariales par

15) *Mädler/Mädler* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 13, 15

16) Ce terme a été utilisé par *Walz* à l'occasion d'un discours tenu devant la Commission chargée de la convention d'arbitrage assortie d'un règlement de procédure et de tarifs de la BNotK du 28.08.2000.

application du § 24 al. 1 phrase 1 BNotO.¹⁷⁾ Par conséquent, le fondement juridique de la médiation notariale n'est pas la Loi sur l'authentification des actes (Beurkundungsgesetz; BeurkG), mais le § 24 al. 1 phrase 1 BNotO. La Loi sur l'authentification des actes n'est pertinente comme fondement juridique que dans la mesure où la convention finale fait l'objet d'une authentification, de sorte que les obligations incombant au notaire en matière de conseil et d'assistance, se réfèrent uniquement au procédé de ladite *authentification* (§ 17 al. 1 et 2 BeurkG).

1.2 Eléments essentiels

- 19 Le conseil en matière de prévention et de règlement des litiges ainsi que la médiation (que ce soit au sens générique ou au sens technique) se caractérisent par
- *l'impartialité* du conseiller tout comme celle du médiateur,
 - *la souplesse* du procédé de conseil et de médiation quant au résultat
 - *l'assistance* prêté aux personnes concernées envisageant de concilier leur intérêts opposés; assistance qui leur permet de se *forger une opinion*.

1.3 Importance pratique du thème dans le contexte national

- 20 Traditionnellement, le conseil notarial est considéré comme étant prêté principalement dans le cadre d'une assistance ou d'une authentification par le notaire (§ 24 al. 1 phrase 1 BNotO ou § 17 al. 1 et 2 BeurkG). Ce que l'on ignore encore, ce sont les possibilités inhérentes à un ordre inverse, c'est-à-dire le conseil notarial impartial à part entière (par voie orale ou écrite) dans un premier temps, suivi éventuellement d'une authentification d'acte dans un second temps.¹⁸⁾ Un tel bouleversement est accompagné de la réponse à la question de savoir si l'image de la profession de notaire à faire valoir auprès des justiciables devrait se concentrer exclusivement sur les activités liées aux fonctions de notaire ou si cette image devrait également être marquée par la prestation de services.¹⁹⁾ Dans le dernier cas, il va de soi qu'il s'agirait d'informer les justiciables de la gamme des services offerts par les notaires et d'attirer leur attention sur le fait que la prévention des litiges et

17) Wagner DNotZ 1998, 34*, 93*

18) voir à ce sujet Wagner DNotZ 1998, 34*, 94* s.; Wagner ZNotP 2000, 214, 217

19) Wagner ZNotP 2000, 214

le règlement des litiges par les *notaires* présentent beaucoup d'avantages – qui restent encore à démontrer – par rapport aux services offerts par d'autres professions et par l'Etat. Tant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale²⁰⁾ se rapportant à la légitimité de fournir des informations au public (que ce soit avec ou sans effet publicitaire), que la situation juridique correspondante (§ 29 al. 1 BNotO et VII. 1.1 des directives recommandées par de la BNotK) en tiennent compte.

- 21 Entre-temps, la profession notariale en Allemagne s'est penchée sur ce dossier par le biais de la Bundesnotarkammer (*BNotK*), d'autant plus qu'il s'ouvre la perspective d'un nouveau champ d'activité pour les notaires.²¹⁾ Au Congrès des notaires allemands en 1998²²⁾ le discours d'ouverture avait pour thème "désencombrement de la justice par l'activité notariale – Etat des faits et perspectives".²³⁾ Pour ce qui concerne le règlement extrajudiciaire des litiges par les notaires, la *BNotK* a mis à la disposition des notaires un règlement de procédure à cet effet: le dénommé "règlement de conciliation" (*Gütordnung*).²⁴⁾ Par ailleurs, elle a publié une recommandation en faveur d'une convention d'arbitrage assortie d'un règlement de procédure et des tarifs en vue des procédures arbitrales²⁵⁾, laquelle est introduite par une phase de consentement.²⁶⁾ L'Association des notaires allemands – qui représente les intérêts des notaires exerçant leurs fonctions à titre exclusif (*Nur-Notare*) en Allemagne – s'est, elle aussi, penchée sur ce thème. En effet, elle a initié la création d'une "Cour de conciliation et d'arbitrage des notaires allemands" (*Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofes deutscher Notare; SGH*) en constituant une S.A.RL de droit privé à cet effet.²⁷⁾
- 22 En Allemagne, le notaire peut intervenir en matière de prévention des litiges et de règlement préventif des litiges tout en exerçant respectivement des fonctions différentes.
- 23 - Le notaire peut intervenir en sa qualité d'officier public.

20) BVerfG 24.07.1997 - 1 BvR 1863/96, DNotZ 1998, 69; cf. aussi *Jaeger AnwBl* 2000, 475

21) *Wagner* dans: Büchner, Règlement extrajudiciaire des litiges, p. LVI

22) 10.-13.06.1998 à Münster

23) *Wagner DNotZ* 1998, 34*

24) *BNotK DNotZ* 2000, 1; voir à ce sujet *Wagner ZNotP* 2000, 18

25) *BNotK DNotZ* 2000, 401; à ce sujet voir *Wagner DNotZ* 2000, 421

26) Recommandation de la *BNotK* en faveur d'une convention d'arbitrage assortie d'un règlement de procédure et de tarifs, DNotZ 2000, 401, I. § 6 (aaO P. 405)

27) voir à ce sujet: Statut dans: *notar vier'99*, P. 124; *Wolfsteiner notar vier'99*, P. 115; *Wegmann notar vier'99*, p. 122;

- 24 - Il peut intervenir en qualité de notaire dans la fonction que nous venons de décrire et, simultanément à titre d'organisme de conciliation reconnu par l'administration judiciaire du Land respectif (§ 794 al. 1 cas 1 du Code allemand de procédure civile), pour autant que l'administration judiciaire du Land compétente l'ait reconnu en tant qu'organisme de conciliation pour les domaines juridiques mentionnés dans sa demande. Dans le Land de Bavière, la Loi bavaroise relative à la conciliation prévoit que tous les notaires sont des organismes de conciliation reconnus par l'Etat en vertu de la Loi et ce, pour l'ensemble des domaines juridiques existants.²⁸⁾
- 25 La loi associée à la fonction du notaire - en qualité d'organisme de conciliation reconnu par l'administration judiciaire du Land ou en vertu de la loi - les avantages suivants:
- Conformément au § 794 al. 1 cas 1 ZPO, il est possible de constater, devant le notaire qui accomplit cette fonction, des compromis entre les parties et des tierces personnes (ces compromis n'étant pas nécessairement reçus sous la forme authentique), afin de régler le litige lui-même ou bien une partie de l'objet du litige susceptible d'exécution forcée.²⁹⁾ Il s'agit donc d'une forme particulière du règlement extrajudiciaire des litiges réalisée au moyen d'un titre exécutoire du notaire agissant en tant qu'organisme de conciliation durant un litige. Le conseil et l'arbitrage notariaux peuvent – quasi parallèlement au litige – précéder cette activité.
- 26 - Il est possible de formuler une demande de conciliation (§ 209 al. 2 cas lit. 1a. BGB) auprès d'un notaire qui agit en tant qu'organisme de conciliation reconnu par l'administration judiciaire du Land respectif ou en vertu de la loi au sens du § 794 al. 1 cas. 1 ZPO. Cette demande interrompt la prescription dont la durée s'étale jusqu'à la clôture de la procédure de conciliation engagée ou jusqu'à la fin d'un litige qui s'ensuit directement (§ 212a BGB). Le règlement de conciliation adopté par la Bundesnotarkammer s'inspire d'une telle procédure de conciliation.³⁰⁾ Quant au fond d'une telle procédure de conciliation, elle peut avoir pour objet tous les composants décrits préalablement dans le contexte de la médiation au sens générique.

28) *Birnstiel* MittBayNot 2000, Edition spéciale "Schlichtung und Mediation", P. 8, 14; *Heßler* Mitt-BayNot 2000, Edition spéciale "Schlichtung und Mediation", p. 2, 4;

29) Hormis l'§ 794 al. 1 cas 5 ZPO qui requiert l'authentification notariale, un tel compromis peut également être axé sur des déclarations de volonté et sur des bails de locaux d'habitation

30) *BNotK* DNotZ 2000, 1

- 27 - La Loi d'introduction au Code allemand de procédure civile est entrée en vigueur le 01.01.2000.³¹⁾ Par cette loi, le législateur fédéral a conféré aux législateurs des Länder un pouvoir de décision pour le cas suivant: jusqu'à une valeur en litige de 1.500 DM et en cas de litiges de voisinage, les législateurs peuvent décider que l'introduction d'une action devant les juridictions civiles n'est recevable que lorsque on aura essayé au préalable de régler le litige à l'amiable devant un organisme de conciliation. Les législateurs des Länder fédéraux sont en train de profiter de cette possibilité en adoptant des lois applicables au niveau du Land respectifs, lois, qui servent de lois d'application.³²⁾ Les notaires, eux aussi, y sont prévus en tant qu'organismes de conciliation. La manière dont on effectue le règlement à l'amiable n'est pas prescrite. Là également, une telle procédure de conciliation peut avoir pour objet tous les composants décrits ci-dessus dans le contexte de la médiation au sens générique.
- 28 Il s'avère par conséquent que la *prévention* des litiges par les notaires, conseillant les parties en ce sens par exemple, est admissible. Or, le public – y compris les notaires eux-mêmes – ignorent plus ou moins ces possibilités. Pour le *règlement* préventif des litiges destinée à éviter toute procédure judiciaire ou, à régler celles-ci en même temps (dans ce cas, la prévention est censée éviter toute *décision* judiciaire), il existe depuis longtemps des fondements juridiques correspondants, mais ils n'ont jamais été invoqués (par la profession notariale non plus). La prévention et le règlement préventif des litiges qui offrent des possibilités moins coûteuses, plus rapides et satisfaisantes que la juridiction de l'Etat, constituent une alternative qui n'a pas encore été suffisamment identifiée, ni par les justiciables, ni par la profession notariale. La Bundesnotarkammer et l'Association des notaires allemands sont actuellement en train de remédier à cette situation comme suit:
- 29 - En disposant du règlement de conciliation³³⁾ élaboré par la Bundesnotarkammer, de la recommandation en faveur d'une convention d'arbitrage assortie d'un règlement de procédure et de tarifs pour des tribunaux ad hoc d'arbitrage³⁴⁾ et de la "Cour d'arbitrage et de conciliation des notaires allemands"³⁵⁾ créée par l'Association des notaires

31) Dazu *Karliczek* ZMK 2000, 111; *Stoecker* ZMK 2000, 105

32) *Baden-Württemberg*: "Gesetz zu obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung ..." du 28.06.2000, GBl. du 30.06.2000, p. 470; *Nordrhein-Westfalen*: AG § 15a EGZPO du 09.05.2000 GVBl. du 06.06.2000, p. 476;

33) *BNotK* DNotZ 2000, 1

34) *BNotK* DNotZ 2000, 421

35) notar vier'99

allemands“ – avec une phase de consentement préalable – la profession notariale a les *instruments* qui lui permettent de réaliser la *prévention* des litiges et le *règlement* des litiges en tenant compte de leur propre déontologie et du droit de procédure pertinent. La profession en a d'ailleurs été informée au moyen de publications.

- 30 - Les particularités *substantielles* du conseil notarial d'une part, et la médiation notariale d'autre part, ont également été élaborées et présentées à la profession et ce, compte tenu respectivement du droit professionnel notarial.
- 31 - Il s'ensuit la formation de tout notaire intéressé ou – comme en Bavière - de tout notaire contraint d'exercer ces activités. Ce faisant, les conditions nécessaires au conseil et à la médiation (au sens générique et, par voie de conséquence, à l'inclusion de la médiation au sens technique) sont associées aux instruments mis à disposition à cet effet.
- 32 - Le tout est conclu par des travaux de relations publiques (marketing relatif à la profession) destinés à montrer à l'opinion publique quelles sont les alternatives par rapport aux procédures judiciaires qui sont proposées par la profession notariale dans les domaines suivants:
 - 33 ▶ la prévention des litiges,
 - ▶ le règlement préventif des litiges et
 - ▶ l'activité d'arbitrage des notaires.

2. La contribution du Notariat dans le domaine de l'arbitrage et des autres activités extrajudiciaires visant au règlement des conflits

- 34 Conformément au § 8 al. 4 BNotO, les notaires peuvent exercer les fonctions d'arbitre. Il ne s'agit alors pas de fonctions liées à la charge, mais d'une activité annexe qui n'est soumise à aucune autorisation.³⁶⁾
- 35 Eu égard à la durée des procédures civiles toujours plus longues devant les tribunaux allemands de l'Etat, la Bundesnotarkammer s'est penchée non seulement sur les thèmes de la *prévention* et du *règlement* des litiges, mais aussi sur *l'élimination* des litiges. En

36) *Baumann* dans: Eylmann/Vaasen, BNotO et BeurkG, 2000, § 8 BNotO pt. 23; *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 pt. 21; *Wagner* ZNotP 2000, 18, 21 (autre conception cf. *Wagner* aaO p. 21 s.); *Wagner* DNotZ 2000, 412, 422

effet, elle a émis une recommandation à l'intention des notaires en faveur d'une convention d'arbitrage assortie d'un règlement de procédure et de tarifs.³⁷⁾ "La Cour d'arbitrage et de conciliation " (SGH) lancé par l'Association allemande des notaire va dans la même direction. Ce faisant, la profession notariale en Allemagne offre plusieurs alternatives à la juridiction de l'Etat, depuis la prévention des litiges et le règlement des litiges jusqu'à la convention extrajudiciaire.

36 *Prévention des litiges et le conseil prêté par le notaire / acte notarié*

Aux fins de la *prévention des litiges*, les parties peuvent avoir recours à un notaire qu'ils ont choisi communément et étant d'office impartial et versé en la matière. Celui-ci peut les conseiller au préalable et/ou réduire les risques inhérents à la transaction dans le cadre de contrats, de statuts et d'autres conventions qu'il reçoit en la forme authentique. Pour ce faire, le notaire éclaire les faits et détermine la volonté des parties pour transcrire leurs déclarations dans le document de manière claire et précise. Il façonne et rédige les conventions conformément à la volonté des parties et de manière appropriée, tout en assurant l'équilibre des intérêts et la valeur probante de l'acte.

37 *Prévention/règlement des litiges et règlement notarial de conciliation*

Aux fins du *règlement des litiges* et grâce à l'intervention d'un notaire versé de leur choix, les parties peuvent prédéterminer dans des contrats, des statuts ou d'autres conventions notariés, quels seront les mécanismes de règlement devant s'appliquer en cas de conflit et qui gèrera celui-ci. Les parties peuvent, avec le concours du notaire, "se soumettre" à un règlement extrajudiciaire/précontentieux du litige convenu préalablement. A cette fin, le règlement notarial de conciliation contient les dispositions du droit substantiel et procédurales.³⁸⁾ Tout compromis ou toute convention finale passés dans le cadre de procédures extrajudiciaires de règlement des litiges ou d'arbitrage peuvent être reçus sous la forme authentique et assorties de la clause d'exécution forcée afin de garantir ce qui a été convenu.

38 *Convention extrajudiciaire et tribunal notarial d'arbitrage*

Aux fins de la *convention extrajudiciaire* et avec l'intervention d'un notaire versé de leur choix, les parties peuvent prédéterminer dans des contrats, des statuts ou d'autres conventions notariés, à l'exclusion de la juridiction de l'Etat, la manière de règlement du

37) *BNotK* DNotZ 2000, 401; voir à ce sujet *Wagner* DNotZ 2000, 421

38) *BNotK* DNotZ 2000, 1

litige par un tribunal notarial d'arbitrage au cas où les démarches citées ci-dessus ne suffiraient pas pour éviter une décision judiciaire. En proposant la convention d'arbitrage, le règlement de procédure et de tarifs d'une part, et le pendant du SGH d'autre part, la Bundesnotarkammer a déchargé les personnes concernées de l'organisation de la procédure arbitrale.

- 39 Les intéressés d'une procédure arbitrale imminente peuvent, de cette manière, être sûrs que leur cas sera tranché par un ou plusieurs arbitres, compétent(s) en la matière, sans devoir renoncer à l'assistance d'un avocat. Il n'existe par ailleurs aucune restriction quant à la compétence et, au lieu de faire appel, le cas échéant, aux services onéreux d'un expert pour une procédure devant les tribunaux de l'Etat, il est possible d'engager cet expert en tant qu'arbitre dans de telles procédures d'arbitrage.
- 40 Outre la garantie de la compétence de l'arbitre ou du tribunal arbitral, les avantages d'une procédure arbitrale consistent en la confidentialité des audiences, car contrairement aux audiences publiques des procédures devant les tribunaux de l'Etat, les procédures d'arbitrage se déroulent à huis clos. Par ailleurs, l'on évite des voies hiérarchiques onéreuses et de longue haleine.
- 41 Ladite recommandation émise par la Bundesnotarkammer s'inspire de l'existence d'un tribunal d'arbitrage composé d'un seul notaire en tant que tribunal arbitral ad hoc. Parallèlement, l'Association des notaires allemands a établi, par l'intermédiaire de sa société de services DNotV S.A.R.L., une Cour d'arbitrage et de conciliation (SGH) en tant que tribunal arbitral institutionnel, également avec une recommandation en faveur d'un règlement de procédure et de tarifs, similaire à celle de la Bundesnotarkammer.³⁹⁾
- 42 Mise à part le conseil et la médiation (au sens technique) notariaux, il existe d'autres procédures extrajudiciaires réalisées par les notaires (entre autres) pour résoudre des conflits, qui ont déjà été mentionnées ci-dessus⁴⁰⁾ sous le terme médiation en tant que terme générique. Il s'agit concrètement de la négociation/intermédiation coopérative,⁴¹⁾

39) voir supra pt. 21

40) voir supra pt. 13 – 18

41) *Wagner ZNotP* 1998, Annexe 1 p. 9

de la conciliation,⁴²⁾ de l'acte notarié⁴³⁾, du règlement extrajudiciaire des conflits et du compromis.⁴⁴⁾

3. Evolutions au niveau national conditionnant le règlement des litiges

- 43 Dans la loi de réforme relative au Code allemand de procédure civile (ZPO-RG)⁴⁵⁾, il est prévu au § 278 que la procédure orale devant les juridictions civiles doit être précédée d'une audience de conciliation pour régler le litige à l'amiable, excepté les cas, dans lesquels il semble être illusoire de parvenir à un accord. Le § 6 de la recommandation de la *BNotK* en faveur d'une convention d'arbitrage assortie d'un règlement de procédure et de tarifs⁴⁶⁾ et le § 21 des statuts de la Cour d'arbitrage et de conciliation des notaires allemands (*SGH*)⁴⁷⁾ contiennent des dispositions similaires. Si l'audience de conciliation fait donc partie de l'introduction d'une procédure judiciaire, il convient de ne pas éviter la seule *décision* d'un tribunal de l'Etat ou d'un tribunal notarial d'arbitrage, mais également déjà la saisine de celui-ci. Pour ce faire, il est concevable de commencer par un règlement extrajudiciaire du litige avant la saisine d'un tribunal. Pour cela, la *BNotK* a mis à la disposition des notaires les règles procédurales, à savoir le "règlement de conciliation" (*Güteordnung*)⁴⁸⁾ La manière dont il est procédé au règlement extrajudiciaire, a fait l'objet d'autres publications⁴⁹⁾ ; plus de précisions à ce sujet seront apportées par la suite.
- 44 Ce qui précède montre la raison pour laquelle il semble être judicieux et nécessaire – au regard du droit procédural - de mener des audiences de conciliation afin d'éviter toute *saisine* des tribunaux ou *décision judiciaire*. A noter que selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, il existe une obligation *relevant du droit substantiel* de mener des audiences avant de pouvoir prononcer la résiliation d'un contrat:

42) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1 p. 10

43) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1 p. 12

44) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1 p. 12

45) BT-Drucks. 14/3750 = NJW 2000, supplément à la revue n° 40

46) *BNotK* DNotZ 2000, 401, 405

47) notar´vier 99, p. 124, 128

48) *BNotK* 2000, 1

49) Wagner ZNotP 1998, annexe 1; Wagner DNotZ 1998, 34*, 76* ss.; Wagner ZNotP 1999, 22; Wagner ZNotP 2000, 18

Ainsi, la VIIe chambre civile de la Cour fédérale de justice, compétente pour le droit relatif aux constructions, a fait une déclaration fondamentale dans son arrêté du 23.05.1996⁵⁰⁾:

"Le contrat de construction en tant que contrat de longue durée requiert la coopération des deux parties contractuelles. En font partie les devoirs et les obligations en matière d'information, d'assistance et de blâme."

Cette déclaration concernait le contrat de construction en général, c'est-à-dire également le contrat de promotion immobilière, et ne se limitait pas à un seul contrat de construction, pour lequel le cahier des prescriptions pour les marchés de construction (Verdingungsordnung für Bauleistungen; VOB/B) a été convenu.⁵¹⁾ La Cour fédérale de justice a récemment confirmé ladite déclaration, lorsqu'elle a statué, à l'occasion d'un contrat de construction pour lequel le VOB/B a été convenu, comme suit:

„Selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, les parties contractuelles d'un "contrat VOB/B" sont obligées de coopérer durant l'exécution du contrat. Cette coopération fait naître des devoirs et obligations en matière d'assistance et d'échange d'informations (BGH, arrêt du 23 mai 1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, 47).

Ces obligations en matière de coopération sont censées garantir si possible que tout différend ou conflit soit réglé à l'amiable dans les cas où une ou les deux parties estiment qu'une adaptation de l'exécution du contrat ou du contenu du contrat aux conditions effectives s'avère nécessaire (Nicklisch/Weick, VOB, 2e édition, § 2 pt. 6). Lesdites obligations sont reprises dans le VOB/B et ce, notamment dans les dispositions du § 2 cas 5 et cas 6 selon lesquelles toute rémunération due en raison de prestations modifiées ou supplémentaires doit faire l'objet d'un accord préalable. Ces dispositions sont censées inciter les parties à régler l'épineuse question de la rémunération en temps utile et d'un commun accord afin d'éviter tout conflit ultérieur.

En cas de différends portant sur la nécessité ou la manière d'adapter le contrat en cause pendant l'exécution de celui-ci, chaque partie est tenue, par principe, de trouver, par voie de négociation, un règlement et une solution à l'amiable. Il est fait exception de cette obligation pour une partie, si l'autre partie refuse avec persistance et définitivement de

50) BGH 23.05.1996 – VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, 47

51) *Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts, 6e partie pt. 329 évoque le devoir de coopération dans le cadre du contrat d'industrie selon le Code civil allemand

résoudre, en temps utile et d'un commun accord, l'épineuse question de la rémunération en cas de conflit concret.⁵²⁾

- 45 En statuant sur le rapport basé sur la coopération entre les parties au contrat de construction et sur l'obligation de négociation qui en découle, la Cour fédérale de justice confirme une obligation *de droit substantiel* pour les parties, si elles veulent éviter des inconvénients juridiques. Cette approche se situe en amont de la résolution extrajudiciaire de litiges de nature *économique* (sur la base du règlement de conciliation par exemple) ou l'introduction d'une procédure *judiciaire* au moyen d'une audience de conciliation. Afin de répondre à cette obligation de négociation qui relève du droit substantiel, il y a lieu de tenir compte de domaines importants dans lesquels les notaires peuvent intervenir, dans le cas d'un contrat de promotion immobilière p.e., en leur qualité d'authentificateur et de conseiller; car, s'agissant de l'authentification de ce contrat, ladite obligation de négociation se réfère au devoir d'information et d'assistance du notaire (§ 17 de la Loi sur l'authentification des actes), dont il devrait faire mention dans l'acte:⁵³⁾
- 46 - Il convient de faire mention, déjà dans le contrat de promotion immobilière même, des "règles du jeu" déterminant la manière dont les parties ayant des intérêts opposés (que se soit en présence d'un conflit ou non) doivent procéder afin de parvenir à un équilibre des intérêts.
- Si ces "règles du jeu" n'ont pas fait l'objet des clauses du contrat de promotion immobilière parce que les parties ne sont pas parvenues à un accord sur ce point en dépit de l'information donnée par le notaire (§ 17 BeurkG)⁵⁴⁾, les parties devraient du moins prévoir une clause dite "clause de médiation".
- Et si les parties ne peuvent pas non plus se mettre d'accord sur ce point, en dépit de l'information donnée par le notaire,⁵⁵⁾ elles devraient être conscientes de la jurisprudence de la Cour de justice citée ci-dessus, tout au moins si les intérêts opposés pouvaient générer un conflit.

52) BGH 28.10.1999 - VII ZR 393/98, NJW 2000, 807, 808

53) voir Wagner BB 1997, 1997, 53, 55 f.; Wagner dans: FS für Vygen, 1999, p. 441 = ZNotP 1999, 22; Wagner ZNotP 2000, 214, 218

54) Dans ces cas justement, le notaire devrait faire mention de cette information dans l'acte et ce, en vue de sa propre sécurité

55) Dans ces cas justement, le notaire devrait faire mention de cette information dans l'acte et ce, en vue de sa propre sécurité

- Enfin, il est judicieux que les parties se mettent d'accord sur une personne impartiale et indépendante pouvant se mettre à leur disposition en tant que "négociateur" pour de telles négociations. Cette concertation devrait avoir lieu indépendamment de la jurisprudence de la Cour fédérale de justice statuant que les devoirs doivent, d'une manière ou d'une autre, faire partie du contrat de promotion immobilière – même si cela se fait au moyen d'un conseil donné par un notaire et est indiqué dans le contrat de promotion immobilière. Etant soumis aux devoirs d'indépendance et d'impartialité liés à sa charge (§ 14 al. 1 phrase 1 BNotO), le notaire se prête également à assumer cette fonction de négociateur.

47 Dans ce qui précède, il s'agissait d'un "contrat de construction à long terme", postulant, en raison de l'obligation de coopération, des obligations de régler le conflit par voie de négociation entre les parties au contrat. Il est concevable que la jurisprudence puisse décider de manière similaire pour ce qui concerne également d'autres contrats de longue durée (p.e. des contrats de société⁵⁶). Dans ce cas, la négociation précontentieuse et la tentative de règlement du litige ne sont pas seulement une affaire volontaire étant utile sur le plan économique, mais aussi une obligation contraignante relevant du droit substantiel, si les parties ne veulent pas subir des inconvénients juridiques. La profession notariale peut/doit alors apporter sa contribution de la manière suivante:

- Au cas où l'authentification des contrats s'impose en vertu de la loi ou en raison d'une décision volontaire des parties, le notaire doit répondre à cette évolution du droit en rédigeant le contenu de l'acte qu'il reçoit en conséquence. Il est alors utile de prévoir dans l'acte notarié la manière dont les intéressés doivent traiter tout conflit en cas d'apparition d'intérêts opposés tout comme la personne devant se tenir à leur disposition en tant qu'interlocuteur impartial.
- En outre, le notaire peut prêter son ministère pour la réalisation de négociations visant à éviter ou à régler tout conflit des intéressés et ce, en sa qualité d'officier indépendant et impartial. Cela fera l'objet de considérations ultérieures.

56) Le devoir de coopérer dans le droit des sociétés existe dans les cas par exemple où un associé refuse de donner son approbation à une décision, ce qui est alors considéré comme manquement au devoir de loyalisme et de dévouement: BGH 26.10.1983 - II ZR 87/83, BGHZ 88, 320; BGH 23.09.1991 - II ZR 189/90, WM 1991, 1951; BGH 20.03.1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136

- S'y ajoute que le notaire peut prêter son ministère pour l'authentification d'une convention finale reprenant et assurant les négociations destinées à la prévention ou au règlement des litiges.

III. Examen en détail

1. Le conseil

1.1 Législation et procédures nationales en matière de conseil

- 48 Fait également partie de l'activité du notaire dans le domaine de l'administration préventive de la justice (§ 1 BNotO), le conseil impartial des personnes concernées (§ 24 al. 1 phrase 1 BNotO). Il y a lieu d'opérer une distinction dans ce contexte:
- 49 - Selon le § 17 al. 1 BeurKG, le notaire est tenu de prêter conseil dans le cadre de l'authentification et de l'assistance (§ 24 al. 1 phrase 1 BNotO).
- 50 - Indépendamment de cela, le notaire peut, sur demande des personnes intéressés⁵⁷⁾, fournir des services de conseil à part entière envers ceux-ci (§ 24 al. 1 phrase 1 BNotO), que ce soit avec un "mandat d'authentification non restreint"⁵⁸⁾ ou sans qu'il s'ensuive une authentification.⁵⁹⁾ Cela peut englober une information juridique⁶⁰⁾ ou l'élaboration d'une expertise juridique⁶¹⁾. La jurisprudence exclut⁶²⁾ toutefois tout contrat sous seing privé conclu avec le conseil d'un notaire, étant donné que l'activité notariale de conseil est une activité liée aux fonctions.
- 51 Le conseil préventif est destiné à éviter tout conflit – ce que *Reithmann*⁶³⁾ appelle "le conseil conciliant" est un conseil notarial à part entière qui fait partie des activités liées

57) BGH 5. 11. 1992 - IX ZR 260/91, DNotZ 1993, 459; *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, § 24 pt. 14; *Sandkühler* dans: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 pt. 20

58) BGH 05.11.1992 - IX ZR 260/91, DNotZ 1993, 459; BGH 18.01.1996 - IX ZR 81/95, NJW 1996, 1675

59) *Hertel* dans: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurKG, § 24 BNotO pt. 13; *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, § 24 pt. 16

60) *Sandkühler* dans: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 pt. 24

61) *Hertel* dans: Eylmann/Vaasen, BNotO et BeurKG, § 24 BNotO pt. 17; *Sandkühler* dans: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 pt. 20

62) BGH 20.11.1979 - VI ZR 248/77, BGHZ 76, 9,11; *Hertel* dans: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurKG, § 24 BNotO pt. 15; *Sandkühler* dans: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 pt. 21;

63) *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, § 24 pt. 21

aux fonctions conformément au § 24 al. 1 phrase 1 BNotO.⁶⁴⁾ Ce conseil peut également avoir pour objet des questions juridique, mais également économiques.⁶⁵⁾

1.2 Les différentes formes, activités et fonctions de conseil compte tenu en particulier de la fonction préventive

52 *Reithmann*⁶⁶⁾ a créé le terme "conseil conciliant" pour les notaires. Il entend par cela, outre la médiation au sens technique, toutes les autres possibilités en matière de prévention et de règlement des litiges mentionnées sous la rubrique médiation au sens générique; possibilités qui, selon lui, relèvent également du conseil au sens du § 24 al. 1, phrase 1 BNotO. Les différences en sont les suivantes:

1.2.1 Négociation / intermédiation

53 En optant pour la négociation coopérative, les parties (potentiels) à un conflit, essaient de se rapprocher afin de trouver une base commune pour un accord *indépendamment du fondement juridique de leur position*. Dans ce cas de figure, le notaire assume le rôle de "négociateur" ou bien d'intermédiaire, à condition que les parties en conflit l'en chargent.⁶⁷⁾ A l'instar de la médiation, le notaire n'est qu'intermédiaire sauf que les buts de la négociation coopérative et ceux de la médiation sont différents. En effet, lors de la négociation, le "négociateur", à savoir l'intermédiaire, trouve une solution satisfaisante pour les deux côtés,⁶⁸⁾ alors que dans le cas de figure de la médiation, ce sont les parties elles-mêmes qui trouvent une solution satisfaisante avec l'aide du médiateur. Cela met en évidence les différences par rapport au conseil notarial "pur" :

54 - Dans le cas du conseil notarial "pur" ayant pour objet la prévention des litiges, le notaire est sollicité par un ou plusieurs intéressés qui lui demandent de les conseiller de manière impartiale au sujet d'une certaine situation et/ou question juridique. Un tel conseil ne vise donc pas à trouver une solution, mais à inciter les parties à se forger

64) *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, § 24 pt. 21; *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 94*; *Wagner* ZNotP 1998, annexe 1, p. 8 f.; *Wagner* ZNotP 2000, 214, 217 f.

65) *Sandkühler* dans: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 pt. 22

66) *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, § 24 pt. 21

67) *Wagner* ZNotP 1998, Annexe 1, p. 10; *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 98*

68) *Ponschab/Schweizer*, Kooperation statt Konfrontation, p. 97

une opinion. Grâce au conseil *impartial* – fourni éventuellement dans le cadre d'une consultation commune – les parties souhaitent évaluer respectivement leur propre position et celle de "l'adversaire" ou de leur vis-à-vis et sans plus.

- 55 - Si les parties intéressés ont recours au notaire en tant qu'intermédiaire dans le but aux fins de e *négociation coopérative*, elles visent soit la prévention soit le règlement du litige. Dans ce cas, elles feront donc appel au notaire dans l'espoir que celui-ci pourra – grâce à ses expériences, sa compétence et ses aptitudes – leur trouver une solution au cours de la négociation qui, elle, ne se fait pas nécessairement dans le cadre de droits, de fondements du droit et d'un "objet du litige". Toutefois, ce n'est pas le notaire qui décide de la solution "juste".
- 56 - Si par contre les parties ont recours au notaire dans le cadre d'une *médiation*, c'est en général dans le but de régler un litige déjà existant. Dans ce cas, le notaire est censé mener la médiation dans le but de concilier les intérêts afin que les parties puissent trouver eux-mêmes une solution grâce à son aide.
- 57 La négociation ou la médiation se distinguent du conseil destiné à la prévention du litige, en ce que la solution est transcrite dans une convention pouvant faire l'objet d'un acte notarié (sauf dispositions contraires) (dénommée convention finale).

1.2.2 Conciliation

- 58 Le point de départ de toute conciliation est une situation conflictuelle déjà existante. Il s'agit donc d'une situation de *règlement* de litige et non pas de la prévention de celui-ci. La conciliation commence à partir du moment où la négociation coopérative n'a abouti à aucune solution.⁶⁹⁾ Lorsque les personnes concernées ont donc eu recours à un notaire pour qu'il agisse en qualité de négociateur dans le cadre d'une négociation, il appartient à ce dernier de décrire concrètement cette mission, à savoir le contenu, mais également, en cas d'échec de la négociation, s'il doit également intervenir ultérieurement en qualité de conciliateur. Il est tout à fait concevable que le notaire intervient en qualité de conciliateur même si, auparavant, il n'était pas chargé de la négociation coopérative.
- 59 La conciliation notariale est la tentative de recourir à une phase intermédiaire se situant entre l'échec d'une négociation coopérative et l'introduction d'une procédure judiciaire –

69) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1, p. 10; Wagner DNotZ 1998, 34*, 98* f.

tribunal de l'Etat ou tribunal arbitral. Elle s'effectue par le biais de la négociation coopérative, mais, s'agissant d'un litige potentiel, elle *prend d'avantage en compte les droits et fondements de droits réciproques*.⁷⁰⁾ En sa qualité de conciliateur, le notaire propose non seulement une solution conciliant les intérêts des deux parties, mais rédige aussi une proposition de conciliation. Celle-ci tient compte de l'objet du litige sur lequel sont basés, en cas d'échec de la conciliation, les droits en matière juridique – et pas seulement économique – des personnes concernées dans le cas d'une éventuelle action en justice. Cela montre en même temps que la procédure de conciliation implique, à la différence de la négociation coopérative,

- la forme écrite du contrat des deux parties et
- la justification juridique des positions respectives,

constituant la base de la proposition de conciliation rédigée par le notaire.

1.2.3 Règlement contractuel des conflits

- 60 Les cas de conseil notarial, de négociation coopérative, de conciliation et de médiation avaient pour objectif la prévention ou le règlement ad hoc de tout litige et le fait que les parties n'étaient convenus d'aucun mécanisme de règlement dans le cadre d'un contrat. Or, la prévention des litiges – et non pas le règlement des litiges – peut également avoir lieu dans la mesure où les parties prévoient déjà dans leurs contrats comment ils géreront tout éventuel conflit et quelle tierce personne impartiale sera alors le conseiller, l'intermédiaire, le médiateur, voire l'arbitre, ou qui déterminera ce tiers impartial, quels en seront les frais et qui les assumera.⁷¹⁾
- 61 Le notaire peut en tenir compte dans des contrats qu'il a élaboré ou reçu sous la forme authentique. Les parties peuvent également avoir recours au notaire en tant que tiers impartial, lorsqu'il s'agit de façonner de tels contrats (façonnage par les personnes concernées elles-mêmes – soit avec ou sans leurs avocats -). Le notaire *intervient à cette fin en conseillant les parties*, qu'il soit prévu ou non de le désigner en surplus dans ce contrat pour exercer des fonctions de conseiller, d'intermédiaire, de médiateur ou de conciliateur.

70) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1, p. 10; Wagner DNotZ 1998, 34*, 99*

71) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1, p. 12; Wagner DNotZ 1998, 34*, 103* f.

- 62 Le règlement contractuel des litiges peut également s'avérer nécessaire lorsqu'un contrat déjà conclu pose des problèmes.⁷²⁾ Cela peut être le cas pour les raisons suivantes:
- la situation juridique change en raison d'une modification de la situation juridique ou de la jurisprudence;
 - le contrat conclu par les parties ne répond pas aux attentes de celles-ci;
 - inexécution du contrat/rupture du contrat du fait d'une partie.⁷³⁾
- 63 Dans un tel cas, il conviendra non seulement de faire face à la nouvelle situation, mais aussi de déterminer en même temps les "règles du jeu" dans une convention modificative ou complémentaire, à savoir comment gérer de telles situations à l'avenir. Dans le cadre d'un tel règlement contractuel du litige, le notaire peut apporter son aide comme décrit ci-avant.

1.2.4 Compromis

- 64 Si les possibilités de régler les conflits visent principalement à la conciliation des intérêts économiques des personnes intéressées, le compromis extrajudiciaire concerne uniquement *la réconciliation des droits* des parties. Outre le fait qu'un tel compromis peut faire l'objet d'un acte authentique reçu par le notaire⁷⁴⁾ et que celui-ci doit informer et/ou conseiller les intéressés (§ 17 al. 1 et 2 BeurkG), il est possible que le notaire intervienne, sur demande des parties, en qualité de tiers neutre lors de la conclusion d'un compromis extrajudiciaire sous seing privé pour les conseiller conjointement. Cela constitue pratiquement un palliatif pour éviter qu'une partie soit favorisée par rapport à l'autre.

1.2.5 Résultat intermédiaire

- 65 Il s'avère par conséquent, qu'il existe, outre le conseil "purement" notarial en tant que moyen de prévention du litige, d'autres formes de conseil notarial avec des buts différents en matière de gestion de conflit et détachés de l'authentification notariale. Dans ces cas, l'authentification est tout au plus la conséquence d'une telle consultation, mais non pas son point de départ.

72) Heussen, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, pt. 381

73) Heussen, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, pt. 383

74) Wagner ZNotP 1998, Annexe 1, p. 12; Wagner DNotZ 1998, 34*, 104* f.

- 66 Aussi est-il justifié d'accorder une place plus importante à la consultation notariale comme moyen de prévention/règlement des litiges et élément indépendant de l'activité notariale par rapport à l'authentification des actes, que ce n'est le cas actuellement. A ce titre, il convient toutefois:
- 67 - de bien différencier et juger l'utilité de ces éléments de l'activité notariale pour les justiciables.
- 68 - de veiller à ce que la profession notariale intériorise l'importance de l'accomplissement de tâches en matière de prévention/règlement des litiges comme alternative à la juridiction de l'Etat pour l'activité notariale et l'image de la profession.
- 69 Cela requiert un marketing à l'intérieur de la profession (à l'intention des notaires) et à l'extérieur (à l'intention des justiciables).

1.3 Le travail pratique dans le domaine du conseil (y compris les tarifs)

- 70 Toute consultation auprès d'un notaire suppose qu'il en a été chargé par une ou plusieurs parties. Il faut donc formuler une demande en conséquence auprès du notaire.⁷⁵ Celui-ci n'est pas obligé de l'accepter.⁷⁶ Le notaire est donc contraint d'instrumenter sur requête des parties (§ 15 al 1 phrase 1 BNotO). N'ayant cependant pas l'obligation de prêter conseil, il lui est possible de refuser une telle mission de consultation. S'il accepte cette mission, le conseil notarial deviendra alors une activité liée aux fonctions.⁷⁷ Le contenu et le degré du conseil aux fins de gestion préventive de conflits dépendent de ce que les intéressés et le notaire auront convenu.
- 71 Si notaire ne peut agir que dans les limites de son ressort (§ 10a al. 2 BNotO), la loi ne prévoit rien de similaire pour la consultation. Le notaire peut donc prêter conseil en tant qu'activité liée aux fonctions dans n'importe quel lieu en Allemagne, mais pas à l'étranger, en raison précisément du fait qu'il s'agit d'une activité liée aux fonctions (raisonnement à contrario par rapport au § 11a BNotO).

75) *Hertel* dans: Eylmann/Vaasen, BNotO et BeurkG, § 24 BNotO pt. 6; *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, § 24 pt. 34; *Sandkühler* dans: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 pt. 10;

76) *Hertel* dans: Eylmann/Vaasen, BNotO et BeurkG, § 24 BNotO n° de marge, 7; *Sandkühler* dans: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 pt. 11

77) *Hertel* dans: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 24 BNotO pt. 7;

- 72 En droit allemand, il n'existe aucune disposition prévoyant les émoluments du notaire perçus pour n'importe quelle consultation comme instrument de gestion préventif de conflits. Ainsi, il existe différentes argumentations à ce sujet. *Reithmann*⁷⁸⁾ estime que la consultation implique un tarif selon le § 147 KostO, entendant par là la moitié du tarif maximal. D'aucuns font valoir les §§ 148 al. 1 et 116 KostO, lorsqu'il s'agit d'un différend non formel pour lequel le notaire est chargé de concilier les intérêts des parties.⁷⁹⁾ Les frais y résultant peuvent varier entre un montant quatre fois plus élevé que le tarif maximal (si la convention finale fait également l'objet de l'acte notarié)⁸⁰⁾ et le double de celui-ci⁸¹⁾.
- 73 Dans le travail pratique exercé dans le cadre des différentes formes de consultation notariale au cours de la gestion préventive de conflits, le notaire doit répondre à deux questions: souhaite-t-il accepter une demande en ce sens et quelle est la forme de consultation sollicitée ? A cet effet, le notaire est tenu de présenter aux parties les différentes formes de consultation pour bien définir son propre rôle et l'effet escompté de ces formes. Il lui appartient aussitôt d'informer d'office les parties des frais engendrés. Ensuite le notaire devra préciser qu'il assumera ce rôle conféré en matière de prévention/règlement du litige sur la base du règlement de conciliation⁸²⁾ comme règlement de procédure. La tâche à accomplir par le notaire dont les parties sont convenues avec lui devrait faire l'objet d'une convention écrite. S'il ne s'agit pas d'un "pur" conseil⁸³⁾, mais d'une autre mesure de gestion de conflit décrite ci-dessus⁸⁴⁾, la mission de conseil incombant au notaire devra alors s'effectuer sur la base du règlement de conciliation de la manière suivante:
- 74 Etant donné que l'on ne peut pas exclure une décision judiciaire portant sur la mesure de gestion de conflit, le notaire doit observer les formalités prévues par le règlement de conciliation (GüteO). En font partie entre autres:

78) *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, § 24 pt. 21

79) Göttlich/Mümmeler, poursuivie par *Assenmacher/Mathias*, KostO, „Auseinandersetzung“ pt. 2.4

80) *Reimann* dans: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 13e ed. 1995, § 148 pt. 14

81) *Hartmann*, KostO, § 148 pt. 2

82) *BNotK DNotZ* 2000, 1

83) voir supra pt. 5 – 9

84) voir supra pt. 10 – 18, 52 – 69

- 75 - la procédure à engager *par voie écrite* (§ 2 GüteO);
- 76 - le respect de l'impartialité tout en observant les interdictions de prêter le ministère pour cause de suspicion légitime (§ 3 GüteO);
- 77 - la détermination de la mise en œuvre de la procédure (§ 4 GüteO);
- 78 - la comparution des parties (aucune contrainte), leur recours (aucune contrainte) à l'assistance (d'un avocat) (§ 5 GüteO);
- 79 - les conséquences juridiques du défaut de comparution (§ 6 GüteO),
- 80 - le caractère confidentiel de la procédure de conciliation, également au regard d'une éventuelle procédure judiciaire subséquente (§ 7 GüteO);
- 81 - la convention finale (§ 8 GüteO);
- 82 - les coûts (§ 9 GüteO).

1.4 Autres aspects

- 83 Les différentes formes susmentionnées aux fins de gestion préventive de conflit avaient pour point de départ que le notaire *individuel* exerçait ses fonctions liées à sa charge sous une forme décrite ci-dessus. A part cela, il existe d'autres moyens de gestion préventive de conflits qui méritent d'être évoquées:

1.4.1 Phase de consentement au cours de la procédure arbitrale

- 84 Si les intéressés se sont mis d'accord d'exclure le recours aux tribunaux de l'Etat en cas de conflit, et de faire trancher leur différend devant un tribunal d'arbitrage unipersonnel en guise de tribunal ad hoc sur la base de la recommandation en faveur d'une convention d'arbitrage assortie d'un règlement de procédure et de tarifs⁸⁵⁾, cela se réalise comme suit:
- 85 La procédure arbitrale commence – exceptées les procédures relatives à une mesure provisoire – par une phase de consentement devant le tribunal arbitral (§ 6 BNotK-SchiedsV). Cette phase de consentement, intégrée dans la procédure arbitrale, peut se concrétiser au moyen de la consultation notariale sous une des formes décrites ci-avant,

85) BNotK 2000, 401

et ce, devant le notaire en guise d'arbitre de la procédure arbitrale.⁸⁶⁾ Etant donné que ladite phase de consentement selon le § 6 BNotK-SchiedsV, fait déjà partie de la procédure arbitrale, le notaire n'agit pas dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, en ce qui concerne le notaire en tant que tel, les dispositions particulières susmentionnées s'appliquent à cette phase de consentement.⁸⁷⁾ En intégrant celle-ci dans la procédure arbitrale, des éléments de la médiation sont introduits soit au début de la procédure arbitrale, soit avant les discussions litigieuses.⁸⁸⁾

- 86) Ladite intégration de la phase de consentement dans la procédure arbitrale répond par ailleurs aux préoccupations émises par *Lachmann/Lachmann*,⁸⁹⁾ estimant que le fait de placer impérativement la procédure de conciliation *avant* la procédure arbitrale était contraire à l'interprétation de l'annexe n° 1 de la directive 93/13/CE, en ce qu'elle prévoit que tout obstacle à l'accès à la justice est inadmissible.

1.4.2 Procédure de conciliation devant la Cour d'arbitrage et de conciliation (SGH)

- 87) Au lieu d'avoir recours à un notaire individuel, les intéressés peuvent au préalable faire régler leur conflit de manière préventive et extrajudiciaire devant la Cour d'arbitrage et de conciliation (SGH), évoqué ci-dessus. Ils ont la possibilité de saisir le SGH pour demander explicitement une activité conciliante et non pas une décision contraignante de sa part (§ 18 al. 1 des statuts du SGH). Cela ne suppose pas la conclusion préalable d'un contrat de conciliation ou d'arbitrage (§ 18 al. 2 des statuts du SGH). Dans ce cas, une telle procédure de conciliation a lieu devant le président du SGH sur la base de la GüteO et conformément aux statuts du SGH (§ 19 al. 1 des statuts du SGH). L'activité conciliante du président du SGH ne constitue pas une activité liée aux fonctions de notaire, selon le § 19 al. 1 phrase 1 statuts du SGH.

86) *Schiffer* JurBüro 2000, 188 et 235 sur les éléments de médiation dans les procédures d'arbitrage modernes en dehors de l'organisme notarial d'arbitrage

87) voir *infra*. pt. 230 ss.

88) Au sujet des éléments de médiation dans la **procédure arbitrale**, cf. *Schiffer* dans: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare*, 2.2.3.1

89) *Lachmann/Lachmann* BB 2000, 1633, 1639

88 Il y a lieu de faire une distinction entre la phase de conciliation au cours d'une procédure arbitrale engagée devant le SGH (§ 21 des statuts du SGH), et la procédure de conciliation devant le SGH que nous venons de décrire (§ 18 des statuts du SGH). Si les intéressés, ayant exclu d'avoir recours aux tribunaux de l'Etat, se sont mis d'accord, dans un contrat d'arbitrage, pour saisir le SGH dans un, la procédure arbitrale commencera également par une phase de conciliation devant le président du SGH – sauf s'il s'agit de mesures provisoires (§ 21 des statuts du SGH). Les explications précédentes relatives au § 6 BNotK-SchiedsV sont valables de⁹⁰⁾ manière analogue.

1.4.3 Aspects généraux du conseil notarial

89 Si l'on dissocie la fonction préventive du notaire en les deux domaines essentiels de la prévention des litiges d'une part et le règlement des litiges d'autre part, il faut savoir le premier cas est destiné à éviter le litige lui-même, alors que le deuxième cas est destiné à éviter une procédure judiciaire après un litige déjà existant (que ce soit devant les tribunaux de l'Etat ou devant les tribunaux d'arbitrage). Or, dans les deux cas, le véritable but de l'activité notariale ne consiste pas à éviter quelque chose, mais à parvenir à quelque chose, à savoir au consensus des intéressés. Dans ce cas, le consensus n'est pas une fin en soi, mais il requiert une garantie supplémentaire. Par conséquent, le notaire est en mesure de prêter son assistance non seulement pour rédiger la convention finale, mais aussi pour faciliter l'exécution de la convention au cas où les intéressés ne la respecteraient pas. Pour ce faire, il y a plusieurs options:

90 - la clause notariale d'exécution forcée selon le § 794 al. 1 cas 5 ZPO;⁹¹⁾

91 - la déclaration d'exécution forcée aux termes du § 794 al. 1 cas. 1 ZPO, pour autant que le notaire ait été reconnu en tant qu'organisme de conciliation; la déclaration pouvant être reçue sous la forme authentique.⁹²⁾

92 Les différentes formes du conseil notarial au sens large du terme sont susceptibles d'être classées parmi les termes "prévention des litiges" et "règlement des litiges" comme suit:

90) voir infra pt. 94

91) *Jost* ZNotP 1999, 276

92) voir supra pt. 24 ss.

1.4.3.1 Prévention des litiges

- 93 - le conseil "pur" par voie orale ou écrite (expertise);⁹³⁾
- 94 - la négociation coopérative / intermédiation;⁹⁴⁾
- 95 - le règlement contractuel des litiges.⁹⁵⁾

1.4.3.2 Règlement des litiges

- 96 - la négociation coopérative / intermédiation;⁹⁶⁾
- 97 - la conciliation;⁹⁷⁾
- 98 - le règlement contractuel des litiges;⁹⁸⁾
- 99 - le compromis.⁹⁹⁾

1.5 Contrôle notarial du contrat

- 100 La consultation notariale visant à prévenir les conflits peut également s'effectuer de manière tout à fait différente. Or, on l'ignore encore pour l'instant, mais cela deviendra sans doute un nouveau champ d'activité pour les notaires.

1.5.1 Etat de la situation

- 101 Tout un chacun le sait: un contrat doit souvent faire l'objet de négociations laborieuses et dans de nombreux cas, une partie contractuelle a tendance, dans les négociation, à faire imposer son propre schéma du contrat ou son propre projet comme base du contrat. En règle générale, c'est la partie plus forte qui l'emporte. Cela comporte toutefois une série de risques susceptibles d'engendrer des conflits ultérieurs.

93) voir supra pt. 5 ss.

94) voir supra pt. 53 ss.

95) voir supra. pt. 60 ss.

96) voir supra pt. 53 ss.

97) voir supra pt. 58 ss.

98) voir supra pt. 60 ss.

99) voir supra pt. 64

- En cas de divergence de vues des parties, serait-il toujours possible d'éviter, pour de tels contrats, un contrôle judiciaire du contenu ou de l'opportunité de ceux-ci ?
- Quelles sont les répercussions de modifications législatives sur la validité de tels contrats ?
- Quelles sont les répercussions d'une nouvelle jurisprudence ou d'un changement de jurisprudence sur la validité de ce qui a été convenu ?

102 En règle générale, les parties contractuelles ne veillent pas à ce que la validité de leurs contrats persiste. Pour eux, seule la conclusion du contrat revêt une importance, mais pas le contrôle de la durée de validité de celui-ci. Or, on méconnaît souvent les deux fonctions d'un contrat:

1. Il doit, en quelque sorte, exposer les "règles du jeu" des parties et décrire le comportement qui incombe aux parties pendant la durée du contrat.
2. Il doit également établir, pour tout conflit ultérieur, le cadre réglementaire pour l'appréciation par les tribunaux par exemple,

Or, qui devrait se charger d'un tel contrôle et quelle serait sa forme?

1.5.2 Proposition

103 Le contrôle de la validité de contrats pourrait être effectué par une personne neutre ne défendant pas les intérêts d'une partie au contrat. Ce contrôle ne devrait pas se limiter à indiquer des préoccupations en raison de modifications législatives, d'une nouvelle jurisprudence ou de modifications de cette dernière par exemple. En effet, ce contrôle va au-delà: toute indication devrait être accompagnée de propositions en vue d'adapter le contrat pour permettre aux parties de prendre leurs précautions.

Ce contrôle du contrat pourrait déjà faire l'objet de contrats dans lesquels les parties se mettent d'accord sur le procédé y afférent et sur la personne neutre chargée de l'effectuer.

1.5.3 Contrôle notarial du contrat

104 Si les avocats sont les conseillers de leurs clients et partant, leurs conseillers *partiaux*, les notaires ne peut être le conseiller partial d'une seule partie. Il peut toutefois être consulté par une ou plusieurs personnes concernées en qualité de conseiller *impartial* (§ 24 al. 1

phrase 1 BNotO). Toute consultation impartiale du notaire à l'intention des personnes concernées est considérée comme étant une activité liée aux fonctions.

- 105 Aussi, les parties contractuelles peuvent-elles fixer dans un contrat – soit un contrat sous seing privé ou un contrat notarié – en concertation avec un notaire de leur choix, que celui-ci devra les informer, pour une durée déterminée, sur certains points concernant le conclu, à savoir:
- 106 - toute modification législative, toute nouvelle jurisprudence ou modification de jurisprudence pouvant avoir un effet sur le contrat en question.
- toute indication permettant aux parties de savoir comment procéder dans le cadre d'une adaptation du contrat ou en fonction d'une certaine situation.

1.5.4 Exemples

- 107 - Dans ses décisions du 23.05.1996¹⁰⁰⁾, la Cour fédérale de justice a évoqué l'obligation de coopération incombant aux parties concernées dans le cadre d'un contrat de construction. En cas de divergence de vues, il serait souhaitable de ne pas résilier le contrat immédiatement. Les parties seraient plutôt tenues de trouver d'abord une solution à l'amiable par voie de négociation.

En attirant l'attention des deux parties sur cette jurisprudence qui s'affirme d'ailleurs de plus en plus dans le cadre du contrôle notarial du contrat", le notaire pourrait également leur indiquer comment y répondre dans le contrat ou selon la situation.

- 108 - Dans ses décisions du 29.05.2000¹⁰¹⁾, la Cour fédérale de justice a modifié sa jurisprudence. En effet, toute répartition de bénéfices d'une S.A.R.L. ou d'une S.A. doit être remboursée à la société par le bénéficiaire et ce, même après des années, lorsque le bilan constituant la base de la décision d'une répartition de bénéfices, est erronée et ne la justifie pas.

Toute indication donnée à la direction d'une telle société et relative à cette modification de jurisprudence dans le cadre d'un contrôle notarial de contrats, pourrait l'inci-

100) BGH 23.05.1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133,44, 47 et BGH 28.10.1999 - VII ZR 393/98, NJW 2000, 807, 808

101) BGH 29.05.2000 - II ZR 347/97, ZIP 2000, 1256 "Balsam/Procedo" II; 75/98, n.V. "Balsam/Procedo III"; 118/98, ZIP 2000, 1251 "Balsam/Procedo" I

ter à réfléchir, en cas de problèmes tenant au bilan, sur la question de savoir si cela pourrait également avoir des impacts sur une demande de remboursement de la part de la société quant aux bénéfices distribués par le passé.

2. La médiation

109 A noter que la notion de médiation est employée comme terme technique¹⁰²⁾ dans ce chapitre.¹⁰³⁾

2.1 Législation et procédures en matière de médiation

110 Jusqu'à présent, le législateur n'a employé ni le terme "médiation" ni celui de "médiateur". Dans la Loi réglementant la profession d'avocat (cf. § 18 al. 1), il est question de l'avocat en tant que médiateur. Or, elle ne comporte pas de définition à ce sujet. Pour l'instant, les dispositions législatives relatives à la déontologie notariale ignorent le terme de médiateur. Ce nonobstant, le notaire doit observer les dispositions (légal) suivantes:

- 111 - la déontologie notariale, telle qu'elle ressort de la BNotO, des règlements adoptés sur la base de celle-ci, des directives professionnelles adoptées en tant que statuts des Chambres des notaires (§ 67 al. 2 BNotO) et – dans certains cas - de la Loi sur l'authentification des actes.¹⁰⁴⁾
- 112 - Si le notaire exerce des fonctions de médiateur comme organisme de conciliation reconnu par l'administration judiciaire du Land ou en vertu de la loi,¹⁰⁵⁾ il doit observer, de surcroît, les dispositions législatives du Land qui imposent des exigences en la matière.
- 113 - En outre, il devra faire usage du règlement de conciliation de la Bundesnotarkammer en tant que recommandation non contraignante.¹⁰⁶⁾

102) Sur la définition voir supra pt. 13 et 17

103) Sur la médiation en tant que terme de marketing voir supra pt. 11 et sur la médiation en tant que terme générique, voir supra pt. 12

104) *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

105) voir supra pt. 24 ss.

106) cf. **Annexe 1**

114 Lorsque le notaire en tant que médiateur, il agit dans le cadre de rapports de droit public à l'égard des parties, puisque cette activité fait partie de celles liées à ses fonctions (§ 24 al. 1 phrase 1 BNotO).¹⁰⁷⁾ Indépendamment des critères de la médiation évoqués ci-après, le notaire doit donc respecter d'office les obligations liées à sa charge, qui, précisément en raison d'un rapport juridique relevant du droit public, ne peuvent faire l'objet d'une convention privée. Il s'agit des obligations suivantes:

- 115 - l'indépendance (§ 14 al. 1 phrase 2 BNotO);
- 116 - l'impartialité (§ 14 al.1 phrase 2 BNotO);
- 117 - l'intégrité/honnêteté (§ 14 al. 2 et 3 BNotO);
- 118 - la confidentialité (§ 18 BNotO).

Dans le domaine de la médiation, il existe les procédures suivantes:

2.1.1 Médiation dans le domaine de la famille¹⁰⁸⁾

119 L'organisme fédéral chargé de la médiation familiale, fondé au début de l'année 1992 (Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation; BAFM), a élaboré des directives relatives à la médiation dans le domaine du droit de la famille.¹⁰⁹⁾ Ce groupement s'adresse, entre autres, aux avocats, mais pas aux notaires¹¹⁰⁾, sans pour autant donner une explication y afférente. Le médiateur informe d'abord les intéressés sur les différences entre une médiation et d'autres procédures de règlement de conflit. Ensuite, il détermine, communément avec les intéressés, la procédure de médiation dans le cadre d'un contrat de médiation.¹¹¹⁾ Cette procédure se caractérise par les principes suivants:

- 120 - le caractère volontaire de la médiation,
- 121 - la neutralité du médiateur,
- 122 - la responsabilité des intéressés de leurs propres actes,
- 123 - l'information des intéressés,

107) *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, pt. 25; *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

108) *Dietrich/Theml/Ueberschär* dans: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare, 5.2.5.2

109) Publié chez *Mähler/Mähler* dans: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, p. 123 ss.

110) Chapitre I des directives: cf. *Mähler/Mähler* dans: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, p. 124

111) *Mähler/Mähler* dans: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, p. 129

124 - la confidentialité de la procédure.¹¹²⁾

125 Le but de la médiation consiste à parvenir à une situation dite "win-win", qui comporte un avantage pour chacun des intéressés.

2.1.2 Médiation dans le domaine du droit administratif,¹¹³⁾ en particulier en droit de l'environnement¹¹⁴⁾

126 Les installations non sollicitée par la population (comme les installations d'élimination des déchets, les centrales électriques, les installations industrielles, les autoroutes, les traçons de voies ferrées, les aéroports ou leur élargissement¹¹⁵⁾, etc.)¹¹⁶⁾ conduisent de plus en plus à des procédures de médiation avant l'engagement d'une procédure administrative formelle.¹¹⁷⁾ Il s'agit moins d'une médiation individuelle de quelques intéressés, mais plutôt d'une médiation collective touchant de maints intéressés. La médiation se déroulant souvent par anticipation et partant, en dehors de la procédure administrative, il est généralement judicieux d'y associer les principaux responsables.¹¹⁸⁾ Il est également possible de mettre en œuvre une telle procédure de médiation parallèlement ou indépendamment d'une procédure administrative pour clarifier des questions de détail.¹¹⁹⁾ Sont mentionnés comme normes minimales de procédure:

127 - la loyauté durant la procédure,

128 - la transparence de la procédure,

129 - le principe de la parité,

112) *Mähler/Mähler* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 125; *Buchholz-Graf ZMK* 2000, 118

113) *Kostka* dans: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare*, 5.2.17

114) *Zilleßen* dans: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare*, 5.2.15

115) *Niethammer ZMK* 2000, 136

116) *Zieher ZMK* 2000, 113

117) *Ramsauer* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 161 ss.. Sur la planification des réseaux de transports et la médiation *Weber ZMK* 2000, 16 et *Sellnow ZMK* 2000, 18

118) *Ramsauer* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 165

119) *Ramsauer* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 166 f.

- 130 - aucune obligation pour des tiers qui ne sont pas impliqués dans la procédure de médiation,
- 131 - la négociation par les représentants collectifs,
- 132 - l'acceptation par des groupes d'intérêts,
- 133 - le résultat de la médiation qui s'oriente sur l'exécutabilité conforme aux limites de droit public,
- 134 - aucun engagement juridique, mais toutefois liaison de fait entre le résultat de la médiation et la procédure administrative subséquente.¹²⁰⁾
- 135 En cas de procédure de médiation collective, l'on distingue entre les différentes phases de la médiation:
 - 136 - la *préparation* de la procédure de médiation: le but étant d'analyser les intérêts en jeu et d'établir une structure d'organisation pour la procédure de médiation.¹²¹⁾ S'y ajoute la détermination de l'objet de la procédure, la durée de la procédure, le lieu de la négociation, les dates, le compte-rendu, les intérêts soumis à discrétion, les relations publiques et les frais.¹²²⁾
 - 137 - *Phase de la réalisation*: trouver une solution coopérative au problème.¹²³⁾
 - 138 - *Phase de la transposition*: mettre en œuvre le résultat de la négociation, du moins en partie.¹²⁴⁾

2.1.3 Médiation en droit économique et financier

- 139 Certes, le déroulement de la procédure de médiation en matière économique et financière¹²⁵⁾ est similaire à celui de la médiation dans le domaine de la famille, mais - à la

120) *Ramsauer* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 165

121) *Ramsauer* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 167

122) *Ramsauer* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 168

123) *Ramsauer* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 168

124) *Ramsauer* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 169

125) *Siegmann* dans: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare*, 5.2.1 (responsabilité des médecins); *Boysen/Plett* (aaO), 5.2.3.1 (conciliation en matière de constructions); *Nordmann* (aaO), 5.5.3.2 (conciliation en matière de constructions); *van Raden* (aaO), 5.2.6 (propriété industrielle); *Steinbrück* GmbHR 1999, R 165; *Steinbrück* AnwBl 1999, 574; *Risse* BB 1999, Annexe 9, p. 1; *Risse* WM 1999, 1864; *Risse* NJW 2000, 1614

différence de la médiation familiale - les aspects émotionnels de la médiation économique sont moins importants¹²⁶⁾ et sont substitués par des

140 - aspects tenant à la rapidité et la satisfaction ainsi que

141 - des aspects de compréhension.¹²⁷⁾

142 Ce sont finalement les raisons pour lesquelles *Casper/Risse* proposent de régler des litiges résultant de vices procéduraux dans les décisions d'un organe d'une société par le biais d'une médiation y afférente au lieu d'introduire des recours en annulation.¹²⁸⁾

Comptent parmi les domaines susceptibles d'être réglés par la médiation, l'assainissement d'entreprises, des différends tenant au financement de projets et des fonds immobiliers en crise.¹²⁹⁾

2.1.4 Médiation dans le domaine du droit des rapports de voisinage, du régime du bail à loyer¹³⁰⁾ et en matière de droit des consommateurs

143 Le déroulement de la procédure est similaire à celui de la médiation familiale.¹³¹⁾

2.1.5 Médiation en cas de nouvelle négociation de contrats relevant du droit civil

144 Elle peut résulter de contrats complexes de longue durée (contrats de bail, contrats de louage, contrats de société et contrats de livraison permanente, etc.), lorsque des nouvelles négociations échouent et que les parties risquent des procédures judiciaires aux fins d'adaptation du contrat.¹³²⁾ Dans ce cas, il s'agit de se pencher, dans un premier temps, sur la question de savoir si, oui ou non, il faudra de toute façon adapter le contrat et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. Aussi la procédure de médiation peut-elle être adaptée

126) *Schneider* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 174 s.

127) *Schneider* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 177 s. Sur la médiation en droit économique relative à la copropriété cf. *Allmayer-Beck/Auer* ZMK 2000, 9

128) *Casper/Risse* ZIP 2000, 437

129) *Risse* WM 1999, 1864, 1869 f.

130) *Plett/Boysen* dans: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare*, 5.2.19.1; *Stehle* (aaO), 5.2.19.2

131) voir supra pt. 119 ss.

132) *Nelle* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 196 ss.

à ces deux phases.¹³³⁾ Si la médiation échoue dans les deux phases, on peut essayer d'amener les parties, toujours au moyen de la médiation, à se mettre d'accord sur la question de l'adaptation du contrat.¹³⁴⁾

2.1.6 Compensation auteur d'un délit / victime dans le cadre du droit pénal¹³⁵⁾

145 La loi décrit ce terme comme l'effort déployé afin de parvenir à une compensation entre l'auteur d'un délit et la personne lésée (cf. §§ 10 al. 1 cas 7 JGG, 46a cas 1 du Code pénal allemand; StGB). Dans la plupart des cas, le parquet ou le tribunal mettent les intéressés en contact. Ensuite, il est possible d'engager une procédure de médiation. Vu l'initiative par la justice et les relations étroites qui en découlent, cette procédure de médiation n'est pas aussi "ouverte" quant à son résultat final que les autres procédures de médiation décrites ci-dessus.

2.1.7 Conclusions

146 La médiation avec le concours du notaire en qualité de médiateur sera surtout utile dans le domaine de la famille, du droit économique et financier et lorsqu'il s'agit de renouveler et/ou modifier des contrats de droit civil. Elle peut même aller au-delà et englober par exemple le règlement de conflits dans le domaine du droit de succession¹³⁶⁾ et du droit des consommateurs¹³⁷⁾. En ce qui concerne ce dernier, il ne faut pas perdre de vue que la Commission européenne a publié un document de travail en mars 2000 destiné à imposer un cadre pour la création d'un réseau européen pour le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.¹³⁸⁾ Les éléments-clé de ce „Réseau extrajudiciaire européen" ("réseau EJE") seront les suivants:

133) *Nelle* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 199

134) *Nelle* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 200

135) *Delattre* dans: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare*, 5.2.13.1; *Hölzer* (aaO), 5.2.13.2. Sur la compensation auteur d'un délit /victime en faveur de personnes morales cf. BGH 18.11.1999 – 4 StR 435/99, NStZ 2000, 205 nebst Anm. *Dierlamm* dans NStZ 2000, 536

136) *Risse* ZEV 1999, 205

137) parmi les sujets du colloque organisé par l'Académie de droit européen de Trèves le 29 septembre 2000 à Bruxelles figurait: "futurs défis pour le notariat européen: notariat et protection des consommateurs"

138) *mediations-report* 4/2000, p. 1; documentation dans WM 2000, 1170

- 147 - Il est prévu de créer des centres d'information et d'assistance en guise d'organisme central national dans chaque Etat membre.
- 148 - Les centres d'information et d'assistance seront des points de contact nationaux pour les consommateurs nationaux tout comme des points de contact européens pour des centres d'information et d'assistance d'autres Etats membres. Par ailleurs, ils devront servir de centres d'information et de consultation dans le domaine du droit des consommateurs.
- 149 - Il est prévu que les réclamations des consommateurs soient transmises à l'organisme de règlement des litiges compétent pour une entreprise dans laquelle le produit a été acheté.¹³⁹⁾
- 150 La profession notariale devra se pencher sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, elle devra s'intéresser au droit de la protection des consommateurs et apporter sa contribution à ce réseau extrajudiciaire.

2.2 Définition et répercussions de la médiation sur la pratique notariale et sur d'autres professions

2.2.1 Médiation notariale

- 151 La médiation peut être soit une médiation "conflictuelle" soit une médiation "contractuelle".¹⁴⁰⁾
- 152 On entend par *médiation" conflictuelle"*

"une procédure visant à régler des conflits de manière extrajudiciaire et volontaire, dans laquelle les parties en conflit prennent des décisions communes avec le concours d'un tiers neutre (le médiateur), n'ayant aucun pouvoir de décision quant au fond. Ces décisions tiennent compte, dans la mesure du possible, des intérêts des parties, visent à créer de la valeur ajoutée et sont fondées sur les conceptions de la réalité des deux parties".¹⁴¹⁾

139) cf. documentation WM 2000, 1170

140) voir supra pt. 13 et 17

141) *Mädler/Mädler* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, p. 13, 15

- 153 On entend par la *médiation "contractuelle"* une procédure extrajudiciaire à titre volontaire, dont l'objectif consiste à concilier les intérêts divergeants dans un contrat, sans qu'il n'y ait de conflit. Les principes inhérents à cette procédure sont comparables à ceux de la médiation conflictuelle.
- 154 La *médiation conflictuelle* part d'une opposition des intérêts *avec* situation de conflit et vise à leur conciliation sans que celle-ci ne doive nécessairement faire l'objet d'une convention finale écrite ou authentifiée par le notaire (règlement du conflit). En revanche, la *médiation contractuelle* part d'une opposition d'intérêts déjà existante sans *conflit déjà existant* et vise à une conciliation des intérêts faisant l'objet d'une convention finale passée sous seing privé ou sous forme notariée.
- 155 Dans ce contexte, il convient de distinguer entre (1) l'élaboration d'une solution par les parties elles-mêmes et répondant à leurs intérêts – par l'intermédiaire d'un médiateur –, (2) l'ajustement de cette solution au cadre juridique et (3) la transposition contractuelle de cette solution dans une convention finale. La première étape consiste en la gestion de la négociation par le médiateur et ne peut donc, en règle générale, pas être qualifiée de consultation *juridique*, tandis que (2) et (3) concernent le complexe de l'ajustement juridique, le façonnage du contrat et la garantie de ce qui a été convenu et font donc précisément partie de la consultation juridique impartiale.
- 156 L'avis généralement exprimé, à savoir qu'un médiateur n'est pas responsable du résultat de la médiation¹⁴², doit être relativisé pour des raisons de droit professionnel dans la mesure où un notaire agit en qualité de médiateur. En effet, le notaire-médiateur n'est en effet pas responsable du résultat, en ce que les personnes concernées trouvent elles-mêmes, avec leur intermédiaire, une solution (économique) répondant à leurs intérêts. Il en est toutefois autrement si les parties demandent au notaire-médiateur de transcrire cette solution dans une convention finale, que ce soit sous seing privé ou sous forme notariée. Dans le cadre de l'authentification de ladite convention finale, le notaire doit en effet informer les parties de la portée de leur convention et veiller à ce qu'aucun des intéressés ne soit défavorisé (§ 17 al. 1 BeurkG) et à ce que la convention soit valable juridiquement (§ 17 al. 2 BeurkG). S'agissant de la rédaction d'une convention finale sous

¹⁴²) von Schlieffen ZMK 2000, p.52 (traduction): "... l'autonomie des parties doit être sauvegardée. Est autonome celui qui se donne lui-même une législation. S'agissant de la médiation, les parties sont donc dans leur ensemble, le législateur de leur propre affaire."

seing privé, le notaire a des obligations similaires, étant donné que son rôle de médiateur représente une activité liée aux fonctions (§ 24 al. 1 phrase 1 BNotO)¹⁴³⁾

- 157 Cette responsabilité du résultat *juridique* qui incombe au notaire-médiateur commence déjà avant la passation de la convention en tant que telle et découle des obligations d'information et d'avertissement du notaire en vertu de ses devoirs d'assistance qui lui incombent (§ 14 al. 1 phrase 2 BNotO),¹⁴⁴⁾ desquelles les parties ne peuvent pas l'exempter.¹⁴⁵⁾ Cela a des conséquences sur les aspects suivants:
- 158 - Le notaire doit veiller à ce que la convention ne constitue pas seulement une conciliation équitable des intérêts, mais aussi à ce qu'elle soit valide sur la base des lois en vigueur et de la jurisprudence (*validité juridique*); car le notaire ne peut participer à une authentification d'une convention invalide¹⁴⁶⁾ et doit faire part de ses éventuels doutes sur l'effet de la transaction et faire mention de ses doutes dans l'acte (§ 17 al. 2 phrase 2 BeurkG).
- 159 - Il doit par ailleurs veiller à ce que la convention puisse être transposée (*praticabilité*).
- 160 - Enfin, il doit veiller à ce que la convention fournisse une garantie aux intéressés. A cet effet, il y a lieu d'y inclure un titre notarié exécutoire (*exécution possible*).¹⁴⁷⁾
- 161 Cette responsabilité du notaire-médiateur quant au résultat juridique comprenant les devoirs d'avertissement et d'information correspondants commence déjà à partir du moment où les parties auront concilié leur intérêts (de nature économique) et avant la passation de la convention sous seing privé ou l'authentification de la convention finale (dans laquelle les déclarations sont transcrites).¹⁴⁸⁾ Les parties ne devront d'ailleurs pas commencer à se forger une opinion au moment de l'authentification de la convention finale seulement, étant donné que les circonstances juridiques de celle-ci nécessitent, le cas échéant, des accords supplémentaires.¹⁴⁹⁾ Sinon le notaire devrait, conformément au § 17 al. 1 et 2 BeurkG, informer les parties sur des questions de validité au moment de l'au-

143) *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator; *Schippel* dans: Schippel, BNotO, § 1 pt. 5

144) *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

145) *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

146) BGH 20.06.2000 – IX ZR 434/98, WM 2000, 1600

147) voir supra pt. 205 et 209

148) a.A. *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

149) Le fait que toute information juridique puisse également créer des tensions supplémentaires et doit par conséquent être incluse dans le processus de conciliation, est également décrit par *Wiedermann ZMK* 2000, 22, 24

thentification et veiller à ce qu'aucun des intéressés ne soit défavorisé, ce qui pourrait vouer la convention à l'échec. Par ailleurs, le notaire se verrait reprocher par les parties de ne pas les avoir avisé auparavant afin que leur besoin de trouver un accord s'étende également à de telles questions. Aussi, le notaire-médiateur doit-il également faire en sorte que le consensus trouvé par les parties puisse être mesuré à l'aide des données-clés susmentionnées au cas où ce consensus ferait l'objet d'une transposition contractuelle. Ce n'est qu'à ce moment-là que les intéressés peuvent évaluer ce qui devra faire l'objet d'un accord supplémentaire, en tenant compte justement de ces données-clés et avant la passation de la convention finale. Le notaire doit aussi faire part aux parties - préalablement à la convention finale – des garanties possibles; le consensus des parties devant également couvrir de telles garanties.¹⁵⁰⁾

L'accord n'est pas une fin en soi, mais va de pair avec
la validité, la transposabilité et la garantie de ce qui a été convenu.

- 162 Ce n'est qu'après ces étapes ultérieures de la médiation avec l'intervention d'un notaire, que l'authentification de la convention finale par celui-ci ou la passation d'une convention finale sous seing privé avec l'intervention d'un notaire peuvent s'ensuivre. Ce dernier peut, mais ne doit pas nécessairement être le notaire de la procédure de médiation¹⁵¹⁾. Si, en dépit des informations données par le notaire, les parties insistent sur certaines réglementations d'une validité douteuse pour le notaire, celui-ci est tenu de faire mention des informations données et des déclarations des parties dans l'acte (§ 17 al. 2 phrase 2 BeurkG).
- 163 A part la question de la responsabilité du notaire-médiateur quant au résultat *juridique* d'une médiation, il existe celle de savoir si et quand le notaire-médiateur a l'obligation de participer à l'éclaircissement des faits. Le Tribunal de grande instance de Hamm¹⁵²⁾ s'est prononcé sur la médiation par un avocat comme suit:

"L'avocat, qui intervient en qualité de médiateur, est tenu, en raison de son obligation de neutralité, d'apprécier les faits soumis par les deux parties, mais non pas *d'éclaircir* – tel qu'un représentant unilatéral des intérêts - les faits non communiqués expressément par

150) *Jost* ZNotP 2000, 276, 281

151) *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

152) OLG Hamm 20.10.1998 - 28 U 79/97, OLGR 1999, 129

les parties contractuelles, qui peuvent être favorables à une partie.¹⁵³⁾ Le médiateur n'est pas non plus obligé d'identifier de son propre chef certaines circonstances susceptibles de créer un préjudice à une partie."¹⁵⁴⁾

- 164 Eu égard au droit professionnel notarial en matière de médiation, cette décision n'est pas très convaincante. Etant donné que toute médiation fait partie de l'activité liée aux fonctions (§ 24 al. 1 phrase 1 BNotO), le notaire doit accomplir les devoirs et obligations inhérents à sa charge. En acceptant une demande de médiation, il a donc le devoir de conseiller les parties de manière opportune.¹⁵⁵⁾ En cas d'authentification de la convention finale, le notaire a l'obligation légale (§ 17 al. 1 phrase 1 BeurkG) de
- 165 - déterminer la volonté des intéressés et
- 166 - d'éclaircir (et non pas identifier) les faits.
- 167 Vu que toute médiation doit mener à un résultat, faisant généralement l'objet d'une convention finale qui doit également – en cas d'inclusion d'une formule exécutoire – être authentifié, il est judicieux d'anticiper *l'éclaircissement* des faits, qui, de toute façon, sera obligatoire ultérieurement. Aussi est-il utile que le notaire clarifie les faits (sans les identifier) avec les intéressés dès le début de la médiation. Cela est étayé non seulement par le droit professionnel notarial mais aussi par le fait que le notaire-médiateur ne s'aperçoit qu'à ce moment-là pourquoi les intéressés ont des intérêts opposés.
- 168 Même si l'activité du notaire en tant que médiateur représente une activité liée aux fonctions, il est utile de passer une convention de médiation entre les intéressés et le notaire-médiateur.¹⁵⁶⁾ Les relations juridiques des intéressés d'une convention de médiation relèvent du droit privé. Les relations juridiques entre le notaire-médiateur et les intéressés relèvent du droit public; justement parce que son activité, classée selon le § 24 al. 1 phrase 1 BNotO, est liée aux fonctions.¹⁵⁷⁾

153) L'auteur a procédé à l'impression en italiques

154) JURIS-Orientierungssatz; thèse d'orientation

155) *Ganter* WM 2000, 641, 645

156) cf. *Schmidt* ZMK 2000, 71 pour faire une comparaison avec une longue version d'une convention de médiation sans règlement de conciliation élaborée par un avocat-médiateur

157) par analogie: BGH 19.03.1998 - IX ZR 242/97, BGHZ 138, 180, 181

2.2.2 Répercussions de la médiation notariale sur la profession notariale

- 169 Si les notaires se chargent de la médiation, cela pourrait avoir des effets positifs sur la profession notariale à condition qu'elle
- 170 - ne limite pas ce thème à la médiation au sens technique¹⁵⁸⁾,
- 171 - qu'elle positionne la médiation comme notion de marketing à l'égard de l'opinion publique¹⁵⁹⁾ et en faveur de la profession notariale et
- 172 - qu'elle étende la gamme des services notariaux à la médiation au sens générique¹⁶⁰⁾.
- 173 Cela requiert en outre qu'elle s'intéresse d'avantage à être reconnu par l'Etat en tant qu'organisme de conciliation au sens du § 794 al. 1 cas 1 ZPO (indépendamment du thème abordé ci-dessus visé par le § 15a EGZPO¹⁶¹⁾), pour remédier au problème posé par la conception générale de la fonction du notaire dans l'opinion publique, selon laquelle les notaires sont compétents pour les seules authentications et ce, uniquement dans les cas prescrits par la loi. Certes, ce préjugé ayant un impact sur l'opinion publique est erroné – comme tous les préjugés – mais il néanmoins existant. Il est pénible de vouloir expliquer au public la véritable situation juridique et ce que les notaires peuvent faire et font. De toute façon, cela ne changera en rien le préjugé existant.
- 174 Alternativement, il serait possible de faire face à ce préjugé dans un domaine où la frustration du public commence à s'installer. En effet, en suivant la manière de procéder décrite ci-avant, on pourrait illustrer l'utilité de l'activité notariale dans les domaines dans lesquels il ne s'agit pas d'authentifier des actes et où la loi ne prescrit pas l'intervention du notaire. Autrement dit, il s'agira de présenter au public une alternative à la juridiction de l'Etat¹⁶²⁾; alternative, visant au profit du justiciable et plaçant sa personne au centre des

158) voir supra pt. 13 ss.

159) voir supra pt. 11

160) voir supra pt. 12

161) voir supra pt. 24 ss.

162) Pour se faire une idée à quel point la justice se trouve à l'écart par rapport à la réalité, il suffit d'interpréter les propos faits par une juge de la Cour fédérale constitutionnelle: *Jaeger* dans AnwBl 2000, 475: "seuls 2 % des recours constitutionnels [d'une moyenne de 4.500 chaque année] sont couronnés de succès. En dépit du bas taux de réussite, la Cour fédérale constitutionnelle est une institution reconnue et appréciée par tous les milieux de la société, y compris les scientifiques et les non-professionnels." On a tendance à admettre la comparaison avec les jeux de loterie pratiqués même si les perspectives de gagner le grand lot sont minimes. La réalité se présente autrement et la Cour fédérale constitutionnelle avec ses perspectives de succès minimes fait partie de cette frustration, d'autant plus qu'elle ne s'en tient même pas à sa jurisprudence publiée lorsqu'il s'agit de décisions de non-

intérêts. Ainsi, il serait possible de préfixer les domaines dans lesquels la profession notariale pourrait s'avérer utile aux particuliers et aux entreprises. Une comparaison entre l'offre de la juridiction étatique en matière de *prévention des litiges* et du *règlement des litiges* rendrait ladite utilité plus transparente:

| 175 <i>Prestations de l'Etat</i> | <i>notaires</i> | <i>juridictions</i> |
|--|-----------------|---------------------|
| <i>de l'Etat</i> | | |
| Conseil impartial comme activité liée aux fonctions | + | -- |
| Assistance impartiale comme activité liée aux fonctions | + | -- |
| Conseil/Assistance impartiale peu onéreuse | + | -- |
| Opposition d'intérêts/conciliation des intérêts sans conflit | + | -- |
| Opposition d'intérêts/conciliation des intérêts avec conflit | + | +/- |
| Proposition de conciliation sans pouvoir de décision | + | -- |
| Négociation coopérative / intermédiation | + | -- |
| Règlement contractuel du conflit | + | -- |
| Procédure de conciliation au préalable | + | + |
| Choix commun du juge/du tribunal | + | -- |
| Aucune contrainte en matière de compétence | + | -- |
| Procédure judiciaire peu onéreuse | + | -- |

recevabilité. A titre d'exemple, les "coup réussis" qui font tous référence aux décisions répertoriées dans la base de données (base de données " JURIS", situation au 03.09.2000) montrent la réalité juridique:

Recours invoquant le refus du droit d'être entendu en justice (droit fondamental selon l'art. Art. 103 al. 1 de la Loi fondamentale, 6 al. 1 EMRK): 11.812 cas de réussite

Recours pour cause de partialité (droit fondamental juge impartial/légal selon l'art. 101 al. 1 phrase 2 GG, 6 al. 1 phrase 1 EMRK): 3.595 cas de réussite

Recours invoquant une procédure déloyale et arbitraire (droit fondamental à une procédure loyale selon l'art. 3 al. 1 GG, 6 al. 1 EMRK): 1.904 cas de réussite

Le public est frustré devant *cette* réalité des tribunaux de l'Etat. En effet, il n'y a aucune garantie de l'impartialité, une privation du droit d'être entendu en justice et, dans de nombreux cas, une violation du principe d'avoir une procédure loyale. Il n'y aucune raison d'être fier de placer la barre de l'appréciation juridique si haute que le taux de réussite devant la Cour fédérale constitutionnelle pour les seuls trois droits fondamentaux se situe largement en dessous les 2%. *Wagner ZNotP 2000, 214*

| | | |
|--|---|-----|
| Voie hiérarchique convenue librement | + | -- |
| Juge(s) spécialisé(s) | + | +/- |
| Aucune contrainte d'admission pour les avocats | + | +/- |
| Caractère confidentiel de l'audience au tribunal | + | -- |
| Courte durée de procédure | + | -- |
| Comparaison des droits | + | + |
| Décisions judiciaires | + | + |
| Titre exécutoire | + | + |
| Façonnage impartial du contrat | + | -- |
| Gestion impartiale du contrat | + | -- |

- 176 En tant que terme de marketing, terme générique et terme technique, la médiation notariale permet donc d'offrir une gamme de services de la profession notariale au sens large du terme Cette gamme peut être développée, hormis l'authentification des actes, comme deuxième "pilier".
- 177 Par ailleurs, ce "pilier" placerait au premier plan *l'utilité* du service pour les justiciables - et non pas l'activité d'autorité publique comme c'est le cas pour les tribunaux de l'Etat¹⁶³). Dans les domaines où l'assistance indépendante et impartiale revêtent une importance eu égard à la présence de faits juridiques, la profession notariale pourrait se positionner et offrir d'emblée toute sa gamme des services: conseil, animation des débats, intermédiation, conciliation, médiation, façonnage des contrats, authentification et juridiction arbitrale, tout en mettant l'accent sur l'indépendance et l'impartialité. Cela aurait en outre des conséquences positifs:
- une meilleure compréhension des justiciables de l'utilité des authentifications des actes par le notaire
 - l'augmentation du nombre des actes.
- 178 (1) Que l'authentification notariale soit prescrite par la loi ou non, la profession notariale aurait alors la possibilité d'illustrer, d'avantage que par le passé, l'utilité de l'activité

163) Wagner ZNotP 2000, 214

d'authentification du notaire. Certes, la profession notariale est bien consciente du fait que toute authentification notariale a pour objet non seulement un contrat valable mais aussi équilibré contractuel, et qu'il appartient au notaire d'éclaircir, d'informer, d'aviser et d'avertir les parties. Néanmoins, les justiciables ignorent, pour une grande part, l'utilité qui en découle. Par conséquent, ils n'ont recours au notaire que lorsque la loi le requiert, mais non pas parce qu'ils en voient l'utilité.

- 179 (2) Si les justiciables se rendaient compte de l'utilité de l'authentification notariale en dehors de ce que prescrit la loi, ils seraient plus disposés à faire authentifier leurs actes dans les cas où la loi ne le prescrit pas.

2.2.3 Répercussions de la médiation notariale sur d'autres professions

- 180 La médiation notariale au sens générique¹⁶⁴⁾ est une alternative à la juridiction (étatique), car son but consiste à éviter toute procédure judiciaire devant les tribunaux de l'Etat ou des juridictions d'arbitrage. Elle ne prive donc pas les avocats de leur champ d'activité, mais les incite plutôt à reconsidérer les faits. En effet, la plupart des avocats se considèrent comme des avocats plaidants. Cette conception est appuyée par le fait que les justiciables sont véritablement incités – en raison des assurances de protection juridique, de l'aide judiciaire et des médias rapportant de plus en plus de procès – à faire valoir leurs propres droits au cours de procédures juridiques. Récemment, une tendance croissante se fait remarquer en Allemagne: les dénommées demandes collectives, c'est à dire des actions engagées par plusieurs personnes ayant un intérêt commun. De telles actions ne coûtent d'ailleurs rien au demandeur s'il bénéficie d'une aide judiciaire. Si, jusqu'à présent, les personnes lésées avaient recours à un avocat pour faire valoir leurs droits, ce sont maintenant les avocats qui cherchent les "personnes lésées" dans le cadre de telles actions.
- 181 Or, les intéressés tout comme leurs avocats n'envisagent plus les litiges devant les tribunaux de l'Etat et ce, en raison du résultat imprévisible et de la lenteur des procédures. Par conséquent, même les avocats (sérieux) ont de plus en plus tendance à éviter le litige et à trouver une solution précontentieuse/extrajudiciaire, sans parler de leurs honoraires qui sont plus élevés (§ 23 al. 1 phrase 1 BRAGO) pour un règlement extrajudiciaire que s'il s'agit d'un compromis judiciaire (§ 23 al. 1 phrase 3 BRAGO). En négociant res-

164) voir supra pt. 12

pectivement avec la partie "adverse", les avocats en qualité de défendeurs *partiaux* de leurs clients ne réussissant pas toujours à obtenir un compromis portant sur des droits ou sur une conciliation d'intérêts, une institution indépendante et *impartiale* pourrait donc s'avérer utile. Dans ces cas, les notaires peuvent prêter leurs services dans la mesure décrite, alors que les avocats maintiennent leur fonction de défendeur partial des intérêts. Dans ce domaine de la médiation au sens générique, les notaires et les avocats ne se font donc pas concurrence¹⁶⁵⁾.

- 182 Un rapport de concurrence ne peut exister que dans la mesure où les avocats ne sont pas les défendeurs partiaux des intérêts de leurs clients, mais interviennent en qualité d'intermédiaires, conciliateurs ou médiateurs, conformément au § 18 BO. Ce rapport de concurrence doit toutefois être relativisé pour des raisons suivantes:
- 183 - Dans les cas où les avocats interviennent de manière impartiale, ils n'ont pas le droit d'intervenir de manière partielle pour défendre les intérêts de leurs parties. Par conséquent, les avocats ne sont disposés à agir de manière impartiale que dans les domaines dans lesquelles ils envisagent établir un champ d'activité supplémentaire. Or, qui soumettrait des cas aux avocats dans l'hypothèse d'une activité impartiale? Il est peu probable que ce soient d'autres avocats. Cela a d'ailleurs été démontré par le manque d'acceptation du tribunal arbitral établi par le barreau de Francfort, composé d'avocats. En effet, ces avocats sont réticents à l'idée d'établir un contact entre leurs propres clients et d'autres avocats. Il s'ensuit que les avocats peuvent espérer en premier lieu obtenir des cas, dans lesquels les parties en conflit s'attendent à recevoir un appui sans l'assistance d'un avocat. Il s'agira notamment de cas qui relèvent du § 15a EGZPO.¹⁶⁶⁾ Économiquement, cela impliquerait une concurrence que les notaires pourrait maîtriser.
- 184 - Une autre situation concurrentielle par rapport aux avocats agissant de manière impartiale peut exister dans la mesure où les avocats sont consultés en tant qu'intermédiaires, conciliateurs ou médiateurs dans des domaines (juridiques) concernés par le conflit. La profession notariale devra accepter cette situation concurrentielle.
- 185 Toutefois, dans tous les domaines d'intervention *impartiale*, les avocats ne pourront agir au nom et par procuration des parties qu'ils représentent. Par conséquent, ils ne seront pas non plus en mesure de conclure un compromis à titre de convention finale selon le § 796a

165) voir supra pt. 12

166) valeur du litige allant jusqu'à 1.500 DM et litiges relatifs aux affaires de voisinage

al. 1 ZPO. Si la convention finale des intéressés doit être exécutoire, seuls les avocats qui représentant les intéressés de manière partielle, pourront conclure ensemble un compromis d'avocat revêtu de la formule exécutoire, ou bien une telle convention finale assortie d'un titre exécutoire devra être authentifiée par un notaire (§ 794 al. 1 cas 5 ZPO).

- 186 Il en est autrement dans les cas où les avocats interviendront de manière *impartiale* en qualité d'intermédiaires, conciliateurs ou médiateurs et qu'ils exerçaient les fonctions d'un organisme de conciliation reconnu au sens du § 794 al. 1 cas 1 ZPO (à condition qu'ils aient été reconnus comme un tel organisme de conciliation sur requête). Dans un tel cas, l'avocat agissant impartialement serait en mesure de rédiger une convention finale sous seing privé avec titre exécutoire selon le 794 al. 1 cas 1 ZPO.
- 187 Si l'opinion publique associe l'impartialité à la fonction notariale, l'activité des avocats est liée à la représentation partielle d'intérêts. Par conséquent, la profession d'avocat devra tout d'abord faire comprendre à l'opinion publique que les avocats puissent également agir de façon impartiale. Il devront aussi lui faire savoir quand cela en est le cas et quelles sont les limites quant à représentation partielle des intérêts. Ce processus qui vise à influencer sur l'opinion publique prendra du temps, ce qui implique un certain avantage pour la profession notariale en matière de concurrence.
- 188 Si d'autres secteurs professionnels se chargent de la médiation (telles que des socio-pédagogues, des psychologues, des psycho-thérapeutes, des consultants, des professeurs, etc.¹⁶⁷), ils pourraient intervenir dans la première phase de la médiation, lorsqu'il s'agit d'encadrer la négociation pour atteindre une conciliation des intérêts. La Loi relative à la consultation juridique leur interdit toutefois la consultation juridique. Ces professions ne sont donc autorisées ni à participer à une consultation juridique aux fins d'une transposition juridique d'un résultat obtenu, ni à contribuer au façonnage de la convention finale. Si la médiation requiert alors un contrôle de conformité juridique du résultat obtenu par une personne *impartiale* et/ou le façonnage d'une convention finale sous seing privé ou l'authentification de celle-ci par une telle personne *impartiale*, il n'existe aucune situation de concurrence par rapport au notaire. Au contraire, ces professionnels et le notaire pourraient se compléter. Vice versa, il en serait de même, si la médiation requiert, dans la première phase, une technique particulière de négociation et des connaissances dans les domaines spécifiques des professions susmentionnées. Le notaire pourrait alors recommander d'associer ces personnes à la première phase de la médiation, tandis qu'il devien-

167) preuves à trouver dans *Ewig, MediationsGuide, 2000*

dra "compétent" lui-même pour la consultation juridique impartiale et le façonnage du contrat/authentification.

- 189 Une telle coopération entre un notaire-médiateur et un autre professionnel devrait être considérée sous l'angle de la "coopération interprofessionnelle" et, moins sous l'angle de la concurrence.¹⁶⁸⁾ Du point de vue du droit professionnel, elle ne pose aucune problème, à condition que le notaire observe les dispositions du droit professionnel imposées et qu'il ne conclue aucun marché illicite sur ses émoluments (§ 17 BNotO).

2.3 Les particularités de la médiation notariale: procédures, mesures pratiques, tarifs, rapport avec d'autres activités notariales

2.3.1 Particularités de la médiation notariale – Procédure

- 190 Etant donné que la profession notariale a seulement porté un intérêt à la médiation notariale depuis peu, elle ne possède pas encore de connaissances approfondies en la matière. Dans cette optique, nous pouvons seulement exposer des propositions et des idées sur l'éventualité d'une médiation notariale tout en tenant compte du droit professionnel notarial.
- 191 Il est possible de se baser *volontairement* sur le règlement de conciliation (GüteO)¹⁶⁹⁾ lors d'une procédure de médiation avec le concours d'un notaire-médiateur si
- la procédure est engagée par écrit (§ 2 al. 1 GüteO) et
 - tous les intéressés ont marqué leur accord à ce sujet (§ 1 al. 3 cas 1 GüteO).
- 192 Il est *impératif* de se baser sur le règlement de conciliation ou tout autre règlement de procédure comparable lors d'une procédure de médiation avec un notaire
- si la procédure est engagée par écrit (§ 2 al. 1 GüteO),
 - si le notaire intervient en sa qualité d'organisme de conciliation au sens du § 794 al. 1 cas 1 ZPO *et*
 - l'administration judiciaire du Land ou le législateur du Land a imposé comme condition à la reconnaissance, la GüteO ou tout autre règlement de procédure comparable.

168) *Henssler/Kilian* ZMK 2000, 55; *Wagner* ZNotP 2000, 214, 222 f.

169) *BNotK* DNotZ 2000, 1

193 En tout état de cause, les buts de la médiation notariale consistent à parvenir à une conciliation des intérêts des personnes concernées. Or, le point de départ n'est pas impérativement le conflit, mais une opposition d'intérêts qui n'a pas encore généré le conflit ou bien étant déjà source de conflit. Dans le premier cas, il s'agit de la prévention des litiges; dans le deuxième du règlement du litige. Dans le cas d'une opposition d'intérêts sans situation de conflit, on aura souvent recours à ce que l'on appelle la *médiation "contractuelle"*, tandis que l'on parle d'une *médiation "conflictuelle"* lorsqu'il y a opposition des intérêts avec situation de conflit.

194 *Médiation contractuelle*

Toute opposition d'intérêts – sans situation conflictuelle – est réglée par un contrat.¹⁷⁰⁾

195 *Médiation conflictuelle*

Définition:

"une procédure visant à régler des conflits de manière extrajudiciaire et volontaire, dans laquelle les parties en conflit prennent des décisions communes avec le concours d'un tiers neutre (le médiateur), n'ayant aucun pouvoir de décision quant au fond. Ces décisions tiennent compte, dans la mesure du possible, des intérêts des parties, visent à créer de la valeur ajoutée et sont fondées sur des conceptions de la réalité des deux parties".¹⁷¹⁾

2.3.1.1 Médiation notariale: Contenu et droit professionnel

196 (1) *Objectifs de la médiation*

Détermination des objectifs avec les intéressés:

- parvenir à une situation dite "win-win" qui présente un avantage pour chacun des intéressés, y compris la consultation juridique et la garantie de sécurité

170) Si les parties ont recours au notaire en tant qu'intermédiaire dans le cadre d'une *médiation*, elles envisagent en règle générale de concilier des intérêts déjà opposés (pas nécessairement de régler un conflit). Dans ce cas, le notaire est tenu de réaliser la médiation sur la base de ses expériences, ses compétences et ses aptitudes, de façon à ce que les intéressés trouvent eux-mêmes une solution sous sa direction.

S'agissant de la médiation contractuelle, les parties peuvent s'interroger sur une question étant de toute façon controversée, à savoir quelle partie parviendra à imposer "son" contrat ou son projet de contrat. Le "monopole de rédaction" et le "monopole de gestion du contrat" peut être délégué au notaire en tant que personne neutre.

171) *Mädler/Mädler* dans: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, 1997, p. 13, 15

- trouver un compromis ou
 - moins (seulement/en tout cas des résultats intermédiaires).
- 197 (2) *Fondement de la procédure*¹⁷²⁾: *Règlement de conciliation (GüteO)*
- 198 (3) *Principes de droit professionnel en cas de médiation notariale*
- Indépendance (§ 14 al. 1 phrase 2 BNotO)
 - Impartialité (§ 14 al. 1 phrase 2 BNotO)
 - Intégrité/honnêteté (§ 14 al. 2 et 3 BNotO)
 - Confidentialité (§ 18 BNotO)
- 199 (4) *Principes généraux de la médiation*
- Décision volontaire des intéressés,
 - Neutralité du médiateur,
 - Responsabilité des intéressés de leurs actes,
 - Information des intéressés,
 - Confidentialité de la procédure
- 200 (5) *Particularités de la médiation notariale: modèle en 3 étapes*
- a) gestion de la négociation:¹⁷³⁾
 - Activités liées aux fonctions (= "Consultation" au sens du § 24 BNotO¹⁷⁴⁾, mais sans aucune consultation juridique.
 - Eclaircissement des faits.¹⁷⁵⁾
 - b) Conseil juridique portant sur la solution trouvée par les intéressés¹⁷⁶⁾

172) Au sujet de la structure fondamentale d'une procédure de médiation en dehors de la médiation notariale cf. *Casper/Risse* ZIP 2000, 437, 438 ss.; *Risse* ZEV 1999, 205, 206 ss.

173) Les intéressés veulent trouver leur propre solution par voie de négociation

174) *Reithmann* dans Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 pt. 21

175) voir supra pt. 163 – 167

176) Le notaire doit veiller à ce que la convention n'est pas seulement une conciliation des intérêts, mais qu'elle produise également des effets juridiques sur la base des lois en vigueur et de la jurisprudence.

Il doit par ailleurs veiller à ce que la convention puisse être mise en œuvre.

Les intéressés et le notaire clarifient si d'autres accords s'avèrent nécessaires par rapport à la solution qu'ils ont trouvé en raison de particularités *juridiques* (devoirs d'avertissement et d'information = § 24 al. 1 phrase 1 BNotO "Consultation")

= Responsabilité du notaire par rapport à *la réalisation juridique de l'accord* trouvé par le notaire

c) Façonnage de la convention finale par le notaire

= Responsabilité du notaire en ce qui concerne

c1) la validité juridique de la convention;

c2) les aspects pratiques/ la faisabilité de la convention;

c3) la garantie de la convention (responsabilité de l'exécution) par

- une convention passée sous seing privé sans titre exécutoire;
- une convention passée sous seing privé avec titre exécutoire si le notaire agit en même temps en tant qu'organisme de conciliation (§ 794 al. 1 cas 1 ZPO);
- un acte notarié avec titre exécutoire;

si le notaire agit en qualité d'organisme de conciliation dans le cadre des dispositions du § 794 al. 1 cas 1 ZPO.

si le notaire n'agit pas en qualité d'organisme de conciliation en vertu du § 794 al. 1 cas 5 ZPO

- Possibilités supplémentaires de garantie au moyen d'un accord en cas de conflit ultérieur relatif à ce qui a été convenu:

exclusion de la voie judiciaire ordinaire et accord sur un tribunal arbitral notarial ad hoc¹⁷⁷⁾ (le cas échéant, avec accord du SGH en tant qu'instance d'appel) *ou*

exclusion de la voie judiciaire ordinaire et accord sur le SGH en tant que tribunal institutionnel

Enfin, il doit veiller à ce que la convention garantisse que la mise en œuvre aura lieu. A ce titre, il convient d'y inclure un titre notarié exécutoire.

177) BNotK DNotZ 2000, 401

2.3.1.2 Déroulement de la médiation notariale

201 Serait concevable le déroulement suivant:

202 Phase de préparation

(1) Déclaration pour clarifier quelle fonction aura le notaire en tant que médiateur:

- notaire en qualité de médiateur ou
- notaire en qualité de médiateur exerçant les fonctions d'organisme de conciliation (reconnu par l'administration judiciaire).¹⁷⁸⁾

Identification de toutes les personnes intéressées et détermination des objectifs et de la "faisabilité" de la médiation.

Passation d'une convention de médiation entre les intéressés ainsi qu'avec le notaire en qualité de médiateur.

203 (2) Phase d'introduction

- a) Introduction ainsi que détermination et explication du déroulement de la procédure de médiation par le notaire¹⁷⁹⁾ à l'intention des parties.
- b) Exposé des chances, des risques et des objectifs d'une médiation.¹⁸⁰⁾

204 (3) Phase d'information

- c) Exposé du contenu des déclarations par les parties.¹⁸¹⁾
- d) Eclaircissement des faits par le médiateur.

205 (4) Phase des intérêts

178) En Bavière, tous les notaires sont des organismes de conciliation en vertu de la loi. En dehors de la Bavière, cela est seulement le cas si l'administration judiciaire du Land respectif a reconnu un notaire, sur demande de celui-ci, en tant qu'organisme de conciliation pour certains domaines juridiques.

179) Il faut voir avec les parties si le notaire doit parler seul en tant que médiateur dans des sessions séparées avec les intéressés pour se faire une idée des intérêts respectifs de ceux-ci. Il n'est pourtant pas autorisé à transmettre ce qui lui a été communiqué. Par ailleurs, le notaire doit expliquer quand et dans quelle mesure il interviendra (dans un premier temps, il dirige l'entretien en posant des questions et, dans un second temps, il donne des précisions, etc.)

180) Orientation vers le futur et conciliation des intérêts et non pas orientation vers le passé et décision relative à des fondements de droits. Les intéressés ne doivent pas convaincre le médiateur, sinon la partie "adversaire".

181) Ces déclarations peuvent, mais ne doivent pas être rédigées à l'écrit. Les parties peuvent les faire exposer par des avocats qui les accompagnent. Il est judicieux que les intéressés expliquent d'abord eux-mêmes leur manière de voir les choses, même indépendamment de considérations juridiques.

- e) Sondage des intérêts et des préférences des personnes concernées.¹⁸²⁾
- f) Description sommaire de solutions créatives possibles par le notaire en tant que médiateur.¹⁸³⁾

206 (5) Phase de négociation

- g) Cercle de négociations communes réunissant les intéressés et le notaire-médiateur.¹⁸⁴⁾
- h) Négociation séparée du notaire avec les intéressés en fonction de la situation ("shuttle diplomatie")¹⁸⁵⁾ ayant pour but de:
 - sonder les véritables intérêts de chaque partie;
 - d'établir un lien entre la réalité d'une part, et les faits et les intérêts d'autre part;
 - de parvenir à une attitude de compromis des intéressés et sondage de leur "seuil d'accord";¹⁸⁶⁾
 - éviter les pertes et mettre au point ce que serait une "situation win-win" pour chacun des intéressés.¹⁸⁷⁾
- i) Cercle de négociations réunissant les parties et le notaire-médiateur.

182) Cela peut également se faire autrement. Le notaire-médiateur détermine respectivement les intérêts et les préférences d'une seule partie dans le cadre de sessions séparées, à condition toutefois qu'il se concerta au préalable sur cette manière de procéder avec les parties, tout en leur expliquant qu'il ne dévoilera pas à l'autre partie les enseignements qu'il a tiré d'une session qu'avec le consentement de la partie concernée.

183) Le but de la médiation consiste, dans une moindre mesure, à élucider les faits passés, mais plutôt à savoir comment une situation marquée par une opposition d'intérêts (avec ou sans conflit) pourra être améliorée pour le futur. Pour ce faire, les intéressés peuvent donc éviter d'éclaircir les faits, ce qui peut s'avérer utile pour garder la face. Au lieu de cela, les intéressés se voient présenter des solutions et des alternatives possibles pour le futur.

184) Ce cercle de négociations sert à rétablir la communication des personnes concernées.

185) Respect du principe de confidentialité de ces négociations séparées.

186) Pour ce faire, il est nécessaire d'améliorer la compréhension de part et d'autre, en présentant également le point de vue de "la partie adverse".

187) Pour ce faire, il est nécessaire que le médiateur mette en évidence que le résultat ne peut pas consister en une solution "tout ou rien".

207 (6) Consultation juridique

- j) Clarification du résultat de la négociation sur la base de la situation juridique et accord s'y rapportant.

208 (7) Phase de l'accord

- k) Configuration juridique de l'accord (convention finale) à travers
 - l'acte notarié ou
 - la convention sous seing privé

209 (8) Phase de la garantie¹⁸⁸⁾

- l) Garantie de la convention par le titre notarié exécutoire¹⁸⁹⁾
 - selon les dispositions du § 794 al. 1 cas 5 ZPO¹⁹⁰⁾ ou
 - selon le § 794 al. 1 cas 1 ZPO.¹⁹¹⁾
 - garantie de la convention contre tout(e) autre opposition/conflit d'intérêts par une
 - clause de médiation,¹⁹²⁾

188) Responsabilité de l'exécution au sens de l'exécutabilité de la convention de laquelle le notaire est responsable

189) Cela est omis par *Lörcher* DB 1999, 789 en ce qu'il estime que la garantie d'une convention finale revêtue de la formule exécutoire requiert la saisine d'une juridiction de l'Etat ou d'un tribunal d'arbitrage. Le fait d'omettre le titre notarial exécutoire et de renvoyer le client aux procédures judiciaires peut être qualifié, à son avis, de "faute professionnelle" de l'avocat.

190) Concernant les devoirs d'assistance du notaire aux termes du § 17 BeurkG dans le cadre de la déclaration d'exécution, cf. *Jost* ZNotP 1999, 276, 282

191) Cela n'est le cas que si le notaire est reconnu par l'Etat comme organisme de conciliation pour le domaine juridique concerné par la médiation et s'il a procédé à celle-ci en exerçant les fonctions d'un organisme de conciliation

192) Si l'on reprend une proposition de *Casper/Risse* ZIP 2000, 437, 444, une clause de médiation pourrait s'énoncer comme suit:

Les personnes concernées... s'engagent à mener une procédure de médiation afin de régler à l'amiable des différends relatifs à.... La procédure de médiation est régie par les dispositions du règlement de conciliation (*Deutsche Notar-Zeitschrift* 2000, 1). Les personnes concernées participeront aux réunions de médiation et détacheront un représentant ayant les pleins pouvoirs.

L'introduction d'une action est irrecevable, sauf si elle est nécessaire aux fins d'interruption de la prescription. A noter que l'introduction d'une action n'est admissible que lorsqu'une des parties de la procédure de médiation déclare la médiation comme étant échouée ou si X semaines ont passé depuis la réception de la demande en vue de réaliser la médiation, sans qu'aucune convention finale n'ait été passée.

- clause d'arbitrage.

- m) Si aucun accord n'est possible: résoudre la question de savoir si une procédure doit être engagée devant la juridiction de l'Etat ou devant le tribunal arbitral (tribunal arbitral ad hoc ou tribunal arbitral institutionnel [SGH])

2.3.2 Tarifs

- 210 Si les notaires basent la médiation sur le règlement de conciliation en accord avec les intéressés, les honoraires sont déterminés selon le § 9 al. 1 GüteO. Les coûts à assumer communément par les personnes intéressées pour la procédure de médiation sont prévus au § 9 al. 2 et 3 GüteO.

2.3.3 La médiation notariale par rapport à d'autres activités notariales

- 211 Si le notaire procède à l'authentification, il doit déterminer la volonté des parties et éclaircir les faits (§ 17 al. 1 phrase 1 BeurkG), sachant que la détermination de la volonté et l'éclaircissement des faits sont des activités préparatoires.¹⁹³⁾ Le notaire peut alors se baser, en règle générale, sur les informations fournies par les intéressés sans devoir faire des propres investigations, sauf s'il s'aperçoit qu'il existe un malentendu pour les intéressés, qu'ils ne tiennent pas compte de certains aspects importants pour la transaction, qu'il ne comprennent pas exactement les faits ou qu'ils procèdent par conséquent à une classification juridique inexacte.¹⁹⁴⁾
- 212 Pendant l'authentification, le notaire doit également informer les parties de la portée juridique de la transaction (§ 17 al. 1 phrase 1 BeurkG).¹⁹⁵⁾ En fait partie également l'information sur les effets *juridiques* directs de la transaction,¹⁹⁶⁾ mais non pas sur les effets *économiques* de la transaction.¹⁹⁷⁾

Sur la clause de médiation, cf. par ailleurs *Risse* ZEV 1999, 205, 209

193) *Ganter* WM 2000, 641, 642

194) *Ganter* WM 2000, 641, 642; relatif à l'*éclaircissement* des faits voir supra pt. 163 ss.

195) *Ganter* WM 2000, 641, 643

196) *Ganter* WM 2000, 641, 644

197) *Ganter* DNotZ 1998, 851, 856; *Ganter* WM 2000, 641, 645

- 213 Et enfin, le notaire doit veiller à ce que les déclarations des intéressés soient transcrites dans l'acte de manière claire et précise (§ 17 al. 1 phrase 1 BeurkG), que des erreurs et des doutes soient évités et à ce que des intéressés dénués d'expérience et incompetents ne soient pas défavorisés (§ 17 al. 1 phrase 2 BeurkG). Par ailleurs, il appartient au notaire de dresser un acte valide. Si le notaire a des doutes sur l'effet de la transaction et si les intéressés insistent sur l'authentification, le notaire doit faire mention de l'information donnée dans le document (§ 17 al. 2 BeurkG).
- 214 Le notaire doit également observer ces principes lorsqu'il authentifie la convention finale dans le cadre d'une médiation.
- 215 Comme déjà évoqué, la réalisation d'une médiation par un notaire relève de ses activités liées aux fonctions selon le § 24 al. 1 phrase 1 BNotO. En revanche, elle ne fait pas partie de la procédure d'authentification, même pas lorsque la médiation s'achève par une convention finale authentifiée. Lorsque le notaire agit en tant que médiateur il doit donc observer les devoirs et obligations en matière d'assistance et de conseil sus-mentionnés, conformément au § 24 al. 1 phrase 1 BNotO. En ce qui concerne la médiation précédant une convention finale reçue par devant notaire, elle ne fait donc pas partie des activités auxiliaires relatives à l'authentification de la convention finale. Par conséquent, les devoirs et obligations en matière d'assistance et de conseil que le notaire-médiateur accomplit pendant la procédure de médiation ne résultent pas des dispositions du § 17 al. 1 et 2 BeurkG.

3. La juridiction arbitrale et les autres activités notariales préventives au regard des conflits juridiques

3.1 La législation nationale et la jurisprudence relative à la juridiction arbitrale

- 216 Le droit de la procédure arbitrale est régi par les dispositions des §§ 1025 ss. de la ZPO. Il repose en substance sur la loi-modèle élaborée par la Commission des Nations Unies du droit commercial international (UNCITRAL) et recommandé aux Etats membres par l'Assemblée plénière de 1985 en tant que droit national pour des procédures d'arbitrage nationales et internationales.¹⁹⁸⁾ Il est entrée en vigueur le 1er janvier 1998.

198) *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Grundz § 1025 pt. 2; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, pt. 64 – 65; *Schiffer* JurBüro 2000, 188

- 217 Selon le § 1062 al. 1 ZPO, c'est le tribunal de grande instance (Oberlandesgericht) qui est compétent pour trancher diverses demandes faisant référence à une procédure arbitrale. Dans les cas suivants, le recours à l'encontre de décisions rendues par le tribunal de grande instance est recevable devant le Cour fédérale de justice (BGH),¹⁹⁹⁾ à condition qu'il soit possible de former un pourvoi en cassation à l'encontre d'un jugement rendu par un tribunal de l'Etat (§ 1065 al. 1 phrase 1 ZPO):²⁰⁰⁾
- 218 - le tribunal de grande instance constate la recevabilité ou l'irrecevabilité d'une procédure arbitrale ou d'une décision rendue par un tribunal arbitral, dans laquelle celui-ci affirme sa compétence par voie d'une décision intermédiaire (§ 1062 al. 1 cas 2 ZPO);
- 219 - le tribunal de grande instance tranche sur l'annulation ou l'exequatur de la sentence arbitrale (Schiedsspruch) ou l'annulation de l'exequatur (§ 1062 al. 1 cas 4 ZPO).²⁰¹⁾
- 220 Il s'avère donc qu'à certaines conditions, la procédure arbitrale est suivie d'une instance auprès de la juridiction de l'Etat.
- 221 Si la procédure arbitrale a lieu à l'étranger, le notaire allemand peut néanmoins intervenir en qualité d'arbitre/organisme arbitral à l'étranger, étant donné que son activité y afférente n'est pas une activité liée aux fonctions, mais une activité annexe non soumise à autorisation. Même si le lieu de la procédure arbitrale se situe à l'étranger, les juridictions allemandes de l'Etat restent compétents pour exercer certaines fonctions.²⁰²⁾ En effet, si un litige commence devant les juridictions allemandes de l'Etat, elles doivent tenir compte de la possibilité d'opposition à la procédure judiciaire en arguant la clause compromissoire (§§ 1035 al. 2, 1032 ZPO). Les juridictions allemandes de l'Etat peuvent être saisies pour prononcer des mesures provisoires (§§ 1025 al. 2, 1033 ZPO). En outre, elles sont tenues d'apporter leur soutien au tribunal arbitral situé à l'étranger sur demande lorsqu'il s'agit de l'administration de la preuve ou d'autres activités judiciaires pour lesquelles le tribunal arbitral n'est pas habilité (§§ 1025 al. 2, 1050 ZPO). Si le lieu de la procédure arbitrale n'est pas encore déterminé, les tribunaux allemands de l'Etat sont obligés de prendre d'autres mesures de soutien²⁰³⁾, lorsqu'une des parties est domiciliée en Allema-

199) *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, pt. 633 ss.

200) Cf. BGH 15.07.1999 - III ZB 21/98, BGHZ 142, 204

201) *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, pt. 550 ss., 589 ss.

202) *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, pt. 69 - 71

203) § 1034: Composition du tribunal d'arbitrage.

gne ou réside habituellement en Allemagne (§ 1025 al. 3 ZPO). Et enfin, la reconnaissance et l'exécution de sentences d'arbitrage étrangères fait l'objet des dispositions des § 1025 al. 4, 1061 – 1065 ZPO.

222 L'association de l'activité de conciliation et la juridiction arbitrale a également suscité l'intérêt du barreau. Ainsi l'ordre des avocats de Francfort-sur-le-Main est actuellement en train d'établir, communément avec la Chambre d'industrie et de commerce de Francfort-sur-le-Main, un organisme de conciliation. A Stuttgart, il en a été de même.²⁰⁴⁾ Par ailleurs, le barreau de Francfort a établi dès 1995 un tribunal institutionnel: le "tribunal arbitral permanent"²⁰⁵⁾ comparable à "la Cour d'arbitrage et de conciliation (SGH)" de l'Association des notaires allemands.

3.2 La juridiction arbitrale et la profession notariale²⁰⁶⁾

223 Après avoir proposé un règlement de conciliation pour l'activité de règlements extrajudiciaires de litiges par les notaires, la *BNotK*²⁰⁷⁾ se penche actuellement sur possibilité d'un exercice de l'activité d'arbitrage par les notaires. Selon le § 8 al. 4 BNotO, le notaire est habilité à agir en qualité d'arbitre.²⁰⁸⁾ Cette situation a amené la profession notariale à traiter ce thème de deux manières:

224 - Lors de l'Assemblée des représentants du 28 avril 2000, la Bundesnotarkammer (BNotK) a adopté une convention d'arbitrage²⁰⁹⁾ avec un règlement de procédure et des tarifs, devant permettre aux notaires d'agir en tant que tribunal d'arbitrage unipersonnel ou membre d'un tribunal d'arbitrage composé de trois notaires.²¹⁰⁾

§ 1035: Nomination des arbitres.

§ 1037: Procédure de répudiation.

§ 1038: Inactivité et impossibilité d'accomplir la mission.

204) *Kopp* ZMK 2000, 87, 88

205) *Kopp* ZMK 2000, 87

206) Ce qui suit est repris en extraits par l'auteur dans *Wagner* DNotZ 2000, 421

207) DNotZ 2000, 1; cf. *Wagner* ZNotP 2000, 18, 22 s.

208) Au sujet de l'activité d'arbitrage notarial en tant que service cf. *Wagner* ZNotP 2000, 214, 220

209) *Trittmann* ZGR 1999, 340, 345: La convention portant sur un tribunal d'arbitrage et intégrée dans un contrat est qualifiée de "convention d'arbitrage" (Schiedsvereinbarung) par le législateur (§ 1029 ZPO). "C'est le terme générique pour "accord d'arbitrage" (Schiedsabrede) qui confère la compétence à une instance d'arbitrage soit dans une convention spécifique soit pour "la clause d'arbitrage" (Schiedsklausel) qui suppose un accord intégré dans une convention intégrée."

210) BNotK DNotZ 2000, 401; cf. également BNotK DNotZ 2000, 81, 82

- 225 - Les notaires ont la possibilité de prévoir, dans un acte, un tribunal arbitral ad hoc, en incluant une clause d'arbitrage authentifiée²¹¹⁾ par exemple ou à travers la convention d'arbitrage précitée, si les parties ne souhaitent pas avoir recours à une organisation d'arbitres pendant l'engagement de la procédure arbitrale, pendant la composition du tribunal arbitral et pendant la réalisation de la procédure arbitrale.²¹²⁾ La convention d'arbitrage proposée par la BNotK accompagnée d'une convention de procédure et des tarifs doit éviter aux parties de devoir organiser elles-mêmes le déroulement de la procédure arbitrale.
- 226 - A une époque où la juridiction de l'Etat défend actuellement l'existence du juge unique, le juge arbitral unique répond à une tendance moderne.
- 227 - L'Association des notaires allemands, en tant que regroupement des associations du Notariat exercé à titre exclusif, a établi, par le biais de sa société de services DNotV S.A.R.L, une Cour d'arbitrage et de conciliation qui n'est ouvert qu'aux notaires exerçant leurs fonctions à titre exclusif et aux avocats-notaires.²¹³⁾
- 228 - Le SGH est une organisation de conciliation et d'arbitrage institutionnelle²¹⁴⁾ qui se charge, pour les intéressés, de l'organisation d'un panel de conciliation et d'arbitrage et de la /des procédures qui a/ont lieu devant lui.
- 229 - Alors qu'un tribunal d'arbitrage ad hoc s'avère utile lorsque les parties ayant la volonté de coopérer attachent une importance à la proximité d'un certain arbitre désigné spécialement pour un éventuel litige, un tribunal d'arbitrage institutionnel convient plus, si les parties n'ont pas cette proximité (parce qu'elles sont issues de différents ordres juridiques par exemple²¹⁵⁾) ou ne la souhaitent pas. S'y ajoute le fait que les différentes offres peuvent tenir compte d'éventuelles sensibilités pouvant naître lorsque les avocats-notaires souhaitent profiter des possibilités offertes par l'activité d'arbitrage notariale et ce, quelle que soit l'offre faite par l'Association des notaires allemands. Les

211) voir l'exemple donné par *Wagner* dans: von Heymann/Wagner/Rösler, *MaBV für Notare und Kreditinstitute*, 2000, annexe D. I. 1. § 13

212) *Raeschke-Kessler/Berger*, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3. Aufl. 1999, pt. 61; *Trittmann ZGR* 1999, 340, 359 ss.

213) ZNotP Annexe 1/200: *Eylmann*, *Ein mutiger Schritt !*, p. 1; *Wolfsteiner*, *Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH)*, p. 2; Statut, p. 6; *Kostenordnung*, p. 10; *Wegmann*, *Der Schlichtungsgedanke im Statut des SGH*, p. 11; *DNotZ* 2000, 81

214) *Raeschke-Kessler/Berger*, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3e ed. 1999, pt. 70

215) *Raeschke-Kessler/Berger*, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3e ed. 1999, pt. 74; *Trittmann ZGR* 1999, 340, 359 ss.

deux possibilités d'arbitrage notarial décrites ci-avant ne sont pas en concurrence, mais devraient répondre alternativement à différentes situations tout en constituant per se une alternative à la juridiction de l'Etat méritant d'être considérée. De surcroît, les parties peuvent – si cela est souhaitée – déterminer elles-mêmes si, oui ou non, elles désignent, à titre volontaire, le SGH comme instance d'appel par rapport au tribunal arbitral unipersonnel, conformément à la proposition de la BNotK; qu'il s'agisse d'actions ayant pour objet des actions entamées en vue d'un arbitrage ("Schiedsklage") ou des procédures arbitrales dans d'une action d'opposition à l'exécution d'un acte ("Vollstreckungsgegenklage").

3.2.1 Le notaire en qualité d'arbitre

230 Lorsque le notaire intervient en qualité de tribunal d'arbitrage ou d'arbitre, il n'exerce pas d'activités liées aux fonctions.²¹⁶⁾ Or, tout un chacun sait que l'activité d'arbitrage n'est pas attribuée exclusivement aux notaires. Une telle attribution exclusive de l'activité d'arbitrage aux notaires en qualité d'officiers publics se heurte notamment à l'argument suivant: au niveau international tout comme au niveau national "arbitration" n'est actuellement ni attribué exclusivement à une profession particulière ni à une autorité publique. Une telle attribution exclusive mettrait d'ailleurs en cause l'activité des notaires en qualité d'arbitres à l'étranger et ce, au regard de la liberté d'établissement. Bien qu'il n'existe aucune prise de position officielle de la BNotK à ce sujet, sa commission interne chargée du règlement extrajudiciaire des litiges s'est mise d'accord sur le fait que l'activité d'arbitrage des notaires – contrairement à l'activité de règlement extrajudiciaire des litiges²¹⁷⁾ – ne relève pas des activités liées aux fonctions²¹⁸⁾ Cela implique pour l'activité d'arbitre du notaire ce qui suit:

216) *Baumann* dans: *Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG*, § 8 BNotO pt. 23; *Reithmann* dans: *Schippel, BNotO*, 7. Aufl. 2000, § 24 pt. 21; *Wagner ZNotP* 2000, 18, 21 colonne à droite relative à l'activité d'arbitrage des notaires en tant que service cf. *Wagner ZNotP* 2000, 214. Sur le fait que l'on pourrait considérer les choses autrement: *Wagner ZNotP* 2000, 18, 20 ss..

217) Cette activité fait partie des celles liées aux fonctions: *Reithmann* dans: *Schippel, BNotO*, 7. Aufl. 2000, § 24 pt. 21

218) Dans cet esprit *Wagner ZNotP* 2000, 18, 21 colonne à droite

- 231 - la couverture d'assurance des notaires englobe également cette activité.²¹⁹⁾
- 232 - La responsabilité du notaire aux termes du § 19 BNotO n'est pas engagée, sinon la responsabilité contractuelle;²²⁰⁾ le notaire exerçant des activités d'arbitre peut donc limiter sa responsabilité au moyen d'un contrat.
- 233 - Si le notaire refuse d'exercer une activité qui ne relève pas de ses fonctions, ses honoraires d'arbitre ne sont pas calculés en fonction de la KostO²²¹⁾. Il peut donc en convenir librement.
- 234 - Pour ce qui concerne le contrôle de tutelle, les activités du notaire en matière d'arbitrage n'y sont soumises que dans la mesure où il doit orienter son comportement en dehors de sa charge en fonction des critères visés par le § 14 al. 3 BNotO.
- 235 - Toute activité d'arbitrage a lieu sur demande ou en vertu d'un contrat conclu par plusieurs personnes, si bien que le notaire ne doit pas respecter l'interdiction de prêter son ministère (§ 3 al. 1 cas 7 BeurkG) par rapport à une authentification subséquente²²²⁾. Il est d'ailleurs assez douteux que le § 3 BeurkG soit applicable aux activités impartiales (§ 3 al. 1 phrase 1 cas 7 BeurkG).

3.2.2 L'utilité de l'activité d'arbitrage du notaire – exemples

- 236 Les tribunaux d'arbitrage sont particulièrement utiles dans les domaines requérant des connaissances approfondies.²²³⁾ Ils requièrent une convention d'arbitrage qui exclut expressément la voie judiciaire ordinaire.²²⁴⁾ S'y ajoute obligatoirement un compromis d'arbitrage entre les intéressés et le/les arbitre(s),²²⁵⁾ pour autant que celui ne soit pas déjà inclut dans la convention d'arbitrage.

219) Nouvelles conditions d'assurance générales DNotZ 1995, 721, 733; a.A. *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 pt. 21

220) *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, 7e ed. 2000, § 24 pt. 21

221) *Reithmann* dans: Schippel, BNotO, 7e ed. 2000, § 24 pt. 21

222) *Wagner* ZNotP 2000, 18, 21

223) *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3e ed. 1999, pt. 9; *Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2e ed. 1990, pt. 3

224) Se reporter au § 1 BNotK-SchiedsV

225) *Ahlers* AnwBl. 1999, 308, 310

237 Il existe plusieurs exemples de la juridiction arbitrale notariale:

3.2.2.1 La juridiction en matière économique

238 *Schiffer*²²⁶⁾ indique les possibilités liées à la juridiction en matière économique. Il existe ici un large champ d'activité, dont pourrait se charger la profession notariale en offrant ses activités d'arbitrage. En fait partie entre autres, le droit privé relatif aux constructions. Nous avons d'ailleurs déjà fait un exposé sur le notaire en qualité d'arbitre dans le cadre du règlement de litiges portant sur des constructions.²²⁷⁾

3.2.2.2 Droit des sociétés

239 Les litiges relatifs au droit des sociétés se prêtent également à l'arbitrage. Cela vaut pour les associations et les sociétés de personnes et sans doute pour les sociétés de capitaux également.

240 En effet, le II^e sénat de la Cour fédérale de justice a statué, dans son arrêt du 29.03.1996²²⁸⁾ sur l'ancien droit de la procédure arbitrale, en ce que les §§ 248 al. 1 phrase 1 et 249 al. 1 phrase 1 de la Loi relative aux S.A. (AktG) n'étaient pas applicables aux décisions rendues par des tribunaux d'arbitrage privés pour ce qui concernait les sociétés de capitaux²²⁹⁾.²³⁰⁾ Il s'agissant à l'époque d'un recours en annulation d'une décision concernant une petite S.A.R.L. La Cour fédérale de justice²³¹⁾ a contesté la qualité requise pour faire l'objet d'un arbitrage en invoquant les arguments évoqués ci-dessous. Si l'on compare cette jurisprudence de la Cour de justice aux services offerts par la juridic-

226) *Schiffer*, Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1999; sinon *Lachmann* AnwBl 1999, 241

227) *Wagner* FS f. Vygen, 1999, S. 441 = ZNotP 1999, 22; *Wagner* BB 1997, 58 ss.: au sujet du tribunal d'arbitrage en matière de construction, se reporter également à *Mandelkow*, Chancen und Probleme des Schiedsgerichtsverfahrens dans Bausachen, 1995. Au sujet du règlement extrajudiciaire des litiges en matière de construction par le tribunal d'arbitrage de Munich compétent pour des affaires de construction, cf. *Frikell* ZMK 2000, 158

228) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278; dazu *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253 m.w.N.

229) Sur le fait que les différends portant sur des vices procéduraux dans les décisions prises par des associations, peuvent faire l'objet d'arbitrage, voir BGH 28.05.1979 - III ZR 18/77, NJW 1979, 2567; *Trittmann* ZGR 1999, 340, 350

230) C'est la raison pour laquelle *Casper/Risse* ZIP 2000, 437 proposent d'inclure dans les statuts authentifiés par le notaire, des clauses de médiation qui, selon eux, ne posent aucun problème.

231) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278

tion arbitrale du Notariat conformément à la convention d'arbitrage proposée par la BNotK et à l'offre du SGH, il s'avère ce qui suit:

- 241 - toute décision portant sur des litiges résultant de vices procéduraux dans les décisions d'un organe d'une société, est également opposable à tous les associés et organes de la société, même s'ils n'auraient pas participé à la procédure. En saisissant *un seul et même* tribunal d'instance (§ 246 al. 3 phrase 3 AktG), il serait possible d'éviter des décisions contradictoires.²³²⁾
- 242 Or, cela est également assuré lorsque le contrat de société fait mention d'un notaire déterminé comme arbitre²³³⁾ ou de l'institution du SGH.
- 243 - Les dispositions des §§ 248 al. 1 phrase 1, 249 al. 1 phrase 1 AktG reposeraient sur la confiance du législateur en ce que décision est prise par des juges de l'Etat indépendants et impartiaux dans une procédure strictement formelle et fondée exclusivement sur des critères de légalité objective de la décision litigieuse²³⁴⁾“.
- 244 Or, cela est également assuré par un tribunal d'arbitrage notarial, que ce soit le tribunal d'arbitrage unipersonnel ou le tribunal collégial tel que le SGH. Certes, les devoirs et obligations liées aux fonctions, à savoir l'indépendance et l'impartialité (§ 14 al. 1 phrase 2 BNotO), ne peuvent pas être invoquées directement, étant donné que l'activité d'arbitrage n'est généralement pas considérée comme activité liée aux fonctions de notaire, mais "par son comportement, ... *en dehors* de sa fonction, le notaire doit impérativement s'attacher à se rendre digne du respect et de la confiance dont jouit la fonction notariale Il doit ... en particulier éviter toute apparence de dépendance ou de partialité." (§ 14 al. 3 BNotO). L'argument avancé selon lequel un arbitre rémunéré par *une* partie pourrait,

232) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 285

233) En raison du § 7 cas 1 BeurkG *Eylmann* (dans: *Eylmann/Vaasen*, BNotO et BeurkG, 2000, § 7 BeurkG pt. 8) estime que l'auto-dénomination du notaire dans "son" acte en tant qu'arbitre apporte un "avantage juridique" au notaire et serait donc illicite. *Staudinger/Reimann*, BGB, 5e tome 1996, § 2198 pt. 3 a dit sur la notion de "tiers" utilisée dans le § 2198 al. 1 phrase 1 BGB que ce tiers ne pouvait être le notaire qui authentifie l'acte; par conséquent, celui-ci il ne devrait pas non plus y avoir un droit de désigner ce tiers (point de vue similaire émis par *Stochebrand* dans: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 1998, Kap. 11 pt. 36). Cette particularité justifiable en vertu du § 2198 al. 1 phrase 1 BGB liéé, quant à elle, à la notion de "tiers" visée par ce §, ne peut toutefois être pleinement généralisée. Par conséquent, le notaire ne pourrait pas avoir le droit de désigner un autre notaire comme arbitre, même pas pour ce qui concerne la convention d'arbitrage; il n'existe aucun fondement légal pour cela.

234) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 286

à la différence d'un juge indépendant, se sentir obligé envers la partie qu'il l'a nommé,²³⁵⁾ n'est donc pas valable en ce qui concerne le tribunal d'arbitrage notarial. Il y en a deux raisons: d'une part, le notaire est obligé de rester impartial même en dehors de sa fonction et d'autre part, le notaire-arbitre unipersonnel – contrairement au tribunal arbitral composé de 3 arbitres – n'est pas nommé par une partie, mais il a été désigné soit dans les statuts, soit par les deux parties en conflit, soit par le président d'une Chambre des notaires (corporation de droit public).²³⁶⁾ Pour ce qui concerne les membres d'un organisme notarial collégial du SGH, les intéressés peuvent renoncer au préalable dans la clause d'arbitrage, à leur droit de désigner chaque arbitre. Par conséquent, les intéressés ayant recours à un tribunal d'arbitrage notarial ne sont soumis à aucune décision rendue par un tribunal arbitral, dont la composition et la volonté repose uniquement sur *une* partie des personnes concernées.²³⁷⁾ A cet égard, il existe donc une autre situation que celle qui se présente pour le tribunal arbitral privé dont les arbitres peuvent être désignés par le intéressés. D'après *Lüke/ Blenske*, il n'est donc pas concevable d'avoir ici un arbitre neutre au sens strict du terme, désigné par les parties.²³⁸⁾ Dans leurs propos, *Lüke/ Blenske* ne visaient toutefois pas les conceptions à la base du tribunal d'arbitrage notarial, tel que proposé par la BNotK ou l'Association des notaires allemands.

- 245 Si *Lüke/Blenske* se prononcent sur ladite décision rendue par la Cour de justice, estimant que le fait de convenir également de la composition d'un tribunal arbitral par accord unanime des associés et de la société,²³⁹⁾ ne posait aucun problème, le tribunal d'arbitrage notarial et l'absence du droit de désignation unilatéral d'une partie y répond parfaitement. *Trittmann* considère, lui aussi, que les litiges résultant de vices procéduraux dans les décisions prises par un organe d'une société de capital, peuvent faire l'objet d'un arbitrage, à condition que la composition du tribunal arbitral soit neutre.²⁴⁰⁾
- 246 - La sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral privé produisait seulement des effets d'un jugement ayant la force de chose jugée entre les parties (§ 140 ZPO an-

235) *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 268

236) Par analogie, également *Trittmann* ZGR 1999, 340, 353 ou 354

237) *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 268

238) *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 279

239) *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 299

240) *Trittmann* ZGR 1999, 340, 349

- cienne version = § 1055 ZPO nouvelle version); la nouvelle Loi relative à la procédure arbitrale n'ayant rien changé à cela.²⁴¹⁾
- 247 La Cour de justice renvoie, elle même, au fait que législateur chargé de la nouvelle Loi relative à la procédure arbitrale, voulait s'en remettre à la jurisprudence pour décider si oui ou non l'autorité de chose jugée dont sont dotées les sentences arbitrales privées devrait s'étendre aux tiers non concernées par la procédure.²⁴²⁾ Il n'existe encore aucune jurisprudence sur la nouvelle Loi relative à la procédure arbitrale. En plus, la Cour de justice fédérale a seulement contesté que les litiges résultant de vices procéduraux dans les décisions d'un organe d'une société pouvaient faire l'objet d'un arbitrage effectué par un tribunal arbitral privé composé de trois personnes et pour lequel chaque partie avait le droit de nommer son propre arbitre. Elle a indiqué les problèmes posées par le choix de l'arbitre pour la suite de la procédure et le principe qui en résulte, à savoir l'égalité de traitement quant à la constitution d'un tribunal arbitral.²⁴³⁾ Ce problème ne se pose pas pour le tribunal d'arbitrage notarial unipersonnel si le notaire-arbitre a déjà été désigné dans les statuts. Ce problème ne se pose pas non plus pour le tribunal d'arbitrage notarial du SGH composé de 3 notaires si l'activité d'arbitrage est effectuée par un collège du SGH,²⁴⁴⁾ sans que les différentes personnes concernées auront le droit de nommer certains arbitres.²⁴⁵⁾
- 248 La décision rendue par la Cour de justice fédérale²⁴⁶⁾ arguant que les litiges résultant de vices procéduraux dans les décisions d'un organe d'une société ne pouvaient faire l'objet d'un arbitrage, ne vaut pas non plus pour le tribunal d'arbitrage notarial de la BNotK. Il en est de même pour l'activité d'arbitrage d'un collège du SGH sans que les associés ait la possibilité de désigner leur arbitre.

241) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 286

242) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 286

243) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 287

244) Ce qui est le cas habituel selon le § 7 al. 2 des statuts du SGH

245) Cette possibilité ouverte par le § 7 al. 2 des statuts du SGH, peut être exclue dans les statuts d'une société de capitaux, si l'on se met d'accord, dans ces statuts, sur un tribunal d'arbitrage du SGH par exemple

246) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278

3.2.2.3 Droit de succession et droit de la famille

- 249 Si les conjoints ont convenu d'un tribunal d'arbitrage pour tout conflit risquant de se produire de leur vivant, cette convention continue à produire ses effets vis-à-vis des héritiers du défunt.²⁴⁷⁾ Mis à part cela, les parties peuvent convenir entre elles et à titre volontaire, de la question de savoir si des litiges relatifs à la succession devront être tranchés par un tribunal arbitral. Ce dernier peut donc être également un tribunal d'arbitrage notarial.
- 250 De même, toute pension alimentaire relevant du droit de la famille²⁴⁸⁾ ou toute convention portant sur des créances du patrimoine ou du régime matrimonial²⁴⁹⁾ peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage par exemple et partant, d'un tribunal arbitral et donc aussi d'un tribunal d'arbitrage notarial. Par conséquent, il est également possible de saisir un tel tribunal arbitral pour des actions en modification.²⁵⁰⁾

3.2.3 Avantages de la juridiction arbitrale notariale par rapport à la juridiction de l'Etat

- 251 La polémique sur la réforme de la justice est loin d'être encourageante pour les justiciables. Il est prévu que le juge unique est saisi d'office, sans qu'il ne soit clair quelles en sont les conséquences sur l'accélération de procédures et sur la compétence des juges rendant les décisions. Les propositions relatives à la réforme de la justice ne faut pas état de la routine et de la compétence technique des juges spécialisés et des tribunaux. Les différences existantes par rapport à la juridiction de l'Etat sont apparentes, lorsque l'on évoque les avantages des activités notariales mentionnées ci-dessus²⁵¹⁾. Les activités notariales, elles, ne sont pas seulement une alternative attrayante à la juridiction de l'Etat, mais aussi immédiatement réalisables, sans qu'il ne soit nécessaire d'attendre des mesures législatives, a fortiori la réforme de la justice.

247) BGH 28.05.1979 - III ZR 18/77, NJW 1979, 2567; *Wegmann* ZMK 2000, 154

248) BGH 03.12.1986 – IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651; communiqué également dans BFH 09.05.1996 – III R 224/96, NJW 1997, 542

249) BGH 03.12.1986 – IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651; contre la qualité requise pour arbitrer les litiges relatifs à la prestation compensatoire (Versorgungsausgleich): BGH 01.06.1988 - IV b ZB 132/85, NJW-RR 1988, 1090

250) BGH 03.12.1986 – IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651

251) voir supra pt. 175

252 La juridiction arbitrale notariale enchaîne directement avec la prévention et le règlement extrajudiciaires des litiges par le Notariat. Toutes les trois composantes (prévention des litiges, règlement des litiges et décision des litiges) font partie de la gamme des services²⁵²⁾ proposées par le Notariat, dans laquelle l'assistance et l'authentification notariales sont intégrées judicieusement. La juridiction arbitrale notariale est immédiatement transposable et ne dépend pas des discussions sur la réforme de la justice et de ses résultats. Or, elle ne constitue pas seulement une alternative à la juridiction de l'Etat, mais apporte en même temps une contribution au désencombrement de la justice.²⁵³⁾

3.3 Autres conséquences découlant du thème en question

253 Dans ce contexte, il y a lieu d'évoquer la question de la médiation et sa présentation à l'extérieur de la profession. L'Assemblée des représentants de la Bundesnotarkammer²⁵⁴⁾ part du principe suivant: Il serait inadmissible que le notaire porte le titre de médiateur, car cela créerait l'impression erronée qu'il exerce deux professions – celle du notaire et celle du médiateur, sachant que cette dernière serait exercée en dehors des activités liées aux fonctions.²⁵⁵⁾ Il n'est pas clair si cette position sera maintenue par la jurisprudence²⁵⁶⁾, d'autant plus que les limites et la mesure juridiques de la présentation du notaire à l'extérieur évoluent sans cesse.²⁵⁷⁾ Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le droit relatif à la présentation de la profession à l'extérieur relève du droit fondamental à l'exercice de la profession aux termes de l'art. 12 al. premier de la Loi fondamentale²⁵⁸⁾, dans lequel on ne peut intervenir qu'en vertu d'une loi et en respectant le principe constitutionnel de la proportionnalité. La titre de "médiateur" est toutefois seulement une dé-

252) Wagner ZNotP 2000, 214

253) Wagner DNotZ 1998, 34*, 76*

254) du 28.04.2000

255) La discussion sur la question de savoir si les avocats peuvent porter le titre de "médiateur" est reprise par analogie dans Römermann ZMK 2000, 83

256) Römermann ZMK 2000, 83, fait, à juste titre, référence au fait que l'ordre fédéral des avocats et les différents ordres d'avocats ne sont pas des organes du pouvoir législatif, mais ceux du pouvoir exécutif n'ayant aucune compétence pour interdire le port du titre de "médiateur". Il n'en devrait pas être autrement pour la Bundesnotarkammer et les différentes Chambres des notaires. Opinion similaire: Ewig ZMK 2000, 85

257) Se reporter à Wagner DNotZ 1998, 34*, 114* ss.; Wagner ZNotP 2000, 214, 224 f..

258) BVerfG 22.05.1996 – 1 BvR 744/88, 60/89, 1519/9, BVerfGE 94, 372, 389; Wagner DNotZ 1998, 34*, 119*

nomination indiquant l'exercice de l'activité de médiation.²⁵⁹⁾ Si l'indication de cette activité est admissible aux yeux de la BNotK, cela devrait également être le cas pour l'utilisation de la dénomination "médiateur". Finalement, le notaire est même habilité par la loi à informer sur les missions, les compétences et les champs d'activité du médiateur et ce, dans le but de produire des effets sur l'opinion publique. Et comme la médiation fait partie des activités liées aux fonctions, on se demande ce qui pourrait constituer une base juridique valable pour restreindre le droit fondamental d'exercer la profession et d'informer sur son activité comme médiateur sans que le notaire puisse se donner le titre de "médiateur". L'argument selon lequel les justiciables sont induits en erreur (2 professions !?) n'est pas convaincant non plus, vu que le notaire a précisément le droit d'aviser les clients dans la mesure où l'administration judiciaire du Land le reconnaît comme organisme de conciliation au sens du § 794 al. 1 cas 1 ZPO, sans se voir reprocher d'induire les clients en erreur dans ce cas.

- 254 La polémique engagée ici en Allemagne est encore trop marquée par le fait que la profession notariale s'inspirait, jusqu'à la décision rendue par la Cour constitutionnelle du 24.07.1997²⁶⁰⁾, d'une interdiction de faire de la publicité. La Cour constitutionnelle a interprété cette interdiction comme un droit de fournir des informations même si celles-ci auraient un effet publicitaire. L'inversion des situations et le rapport existant avec le droit fondamental sur lequel repose cette inversion, n'est intériorisé que très lentement. Il en est de même pour les chances données à la profession notariale qui ne sont pas encore suffisamment perçues. A quoi servent donc les réflexions engagées sur les nouveaux champs d'activité pour des notaires, si l'on peut difficilement "sensibiliser" les justiciables grâce à un travail de relations publiques de chaque notaire et si l'on donne la préférence aux préoccupations au lieu de considérer les chances.²⁶¹⁾
- 255 La BNotK ne maintient aucune réserve quant aux indications données sur la formation de médiateur et l'exercice de celle-ci par les notaires dans des médias d'information et de publicité (plaquettes, dépliants et sites Internet de l'étude), mais ce n'est pas le cas pour les indications en ce sens qui paraissent sur le panneau/plaque du notaire, sur l'acte et la page de garde de celui-ci.

259) Explications similaires du AGH Rhénanie-Palatinat 19.11.1999 – 1 ZU 50/99, ZMK 2000, 141; *Römermann* ZMK 2000, 83

260) BVerfG 24.07.1997 - 1 BvR 1863/96, DNotZ 1998, 69

261) Explications en ce sens pour ce qui concerne les avocats: *Römermann* ZMK 2000, 83, 84

256 Si le notaire-médiateur est d'office indépendant et impartial, les autres professions doivent d'abord s'efforcer d'élaborer des principes d'indépendance et d'impartialité. La proposition lisible dans les textes juridiques et visant à prendre comme modèle le droit professionnel notarial et le droit relatif à l'authentification des actes et à appliquer ces normes par analogie, est donc non négligeable.²⁶²⁾

IV. Considérations supplémentaires

1. Evolution prévisible de la profession de notaire eu égard à la médiation et d'autres moyens visant à la résolution de conflits

257 Le public perçoit le notaire et son activité généralement comme suit:

258 - Les notaires sont principalement consultés lorsque la loi l'exige.

259 - Les compétences techniques du notaire passent souvent inaperçues; ce qui n'est pas le cas pour l'indépendance et l'impartialité. Etant donné qu'il s'agit là d'une caractéristique commune à tous les notaires et que les émoluments doivent également être calculés et perçus selon les mêmes dispositions légales, le service notarial est en principe considéré comme pouvant être exercé par n'importe quelle personne. C'est la raison pour laquelle il est souvent invoqué que l'authentification pourrait très bien être effectuée en Suisse, parce que l'authentification notariale y est moins onéreuse et considérée comme étant comparable.

260 - Les notaires essaient de faire face à ce comportement en prêtant leurs services en toute célérité. Si un projet de contrat volumineux parvient rapidement aux justiciables, ceux-ci ont d'avantage l'impression que le notaire ne s'est pas chargé personnellement de leur cas particulier et que, pour cette raison, les honoraires sont excessifs.

261 Certes, cette impression récurrente des justiciables est erronée sur le fond, mais elle existe et mène toujours à se demander comment éviter les contraintes d'authentification, afin "d'économiser des frais de notaire".

262 Cela étant, il est absolument nécessaire pour la profession notariale de prendre des mesures pour que leurs compétences individuelles ne passent pas inaperçues et que les justiciables se rendent compte de l'utilité de l'activité notariale et ce, quelles que soient

262) *Stumpp* ZMK 2000, 34

les exigences imposées par la loi en matière d'authentification. Ces mesures pourraient être introduites de la manière suivante:

- 263 (1) Vu que les justiciables associent le notaire à l'acte notarié, il convient de valoriser d'avantage l'acte notarié auprès de l'opinion publique. La profession notariale, quant à elle, devrait renforcer l'utilité de l'authentification notariale à l'aide du marketing:²⁶³⁾
- Eclaircissement des faits et de la volonté des intéressés ainsi que transcription de la volonté des parties de manière claire et précise.
 - Valeur probante de l'acte.
 - Façonnage des conventions conformément à la demande des parties, opportune et fiable sur le plan juridique.
 - Façonnage étendu et équilibré du contrat conciliant les intérêts en jeu.
 - Effet préventif de l'acte offrant une garantie par le biais du titre exécutoire sans que les tribunaux doivent intervenir.
- 264 (2) Les notaires doivent savoir les devoirs d'assistance qui leur sont attribuées par la loi.²⁶⁴⁾ Les justiciables par contre ne les connaissent guère. Dans ce domaine, la profession notariale pourrait très bien attirer l'attention du public à l'aide du marketing et indiquer l'utilité découlant de l'assistance prêtée par le notaire.
- 265 (3) Ni les notaires ni le public ne connaissent les tâches en matière de conseil et d'assistance non imposées par la loi et qu'ils pourraient offrir. En font partie tout ce qui concerne la consultation notariale et d'autres activités visant la prévention des litiges. Dans ce contexte, il serait important de mettre plus en valeur les avantages de l'activité *notariale* dans ce domaine, tout en précisant les raisons pour lesquelles les notaires sont particulièrement prédestinés à cet effet, *et* quelle utilité en découle pour les justiciables s'ils acceptent les services proposés par les *notaires* précisément.
- 266 (4) La répartition traditionnelle des rôles selon laquelle la compétence de l'avocat s'étend aux litiges et celle du notaire à l'acte, se réduirait à néant, au profit de la profession

263) Wagner DNotZ 2000, 13, 16

264) voir supra pt. 2

notariale, si l'on pouvait faire comprendre que le notaire indépendant et impartial est en mesure de proposer un large éventail de services d'assistance juridique. D'un côté, les justiciables percevraient à quel point la pérennité des fonctions d'authentification et d'assistance prévues par la loi est utile; d'un autre côté, ils reconnaîtraient l'utilité s'ils avaient recours aux possibilités en matière d'authentification et d'assistance à titre volontaire. La profession notariale pourrait, dans ce contexte, "monopoliser" le thème du "conflit", lorsqu'elle renvoie à l'utilité et les possibilités offertes par les activités notariales: depuis la consultation notariale, en passant par la médiation au sens générique²⁶⁵⁾ (avec conseil juridique impartial, avec ou sans titre exécutoire) jusqu'à la juridiction arbitrale notariale et leurs avantages. Pour ce faire, le point de départ pourrait être la "médiation" en tant que terme de marketing²⁶⁶⁾.

267 (5) A ce titre, et eu égard en particulier à un champ d'activité toujours plus large pour la profession notariale, les notaires individuels devraient être autorisés à attirer l'attention du public sur leurs spécialisations ("faire de la publicité sur la base de leurs compétences"),.

268 L'approche stratégique tracée ci-avant viserait non seulement à élargir la gamme des services de la profession notariale, mais aussi de changer/d'amplifier la demande des justiciables quant aux services notariaux, justement en leur démontrant, de manière exhaustive et renforcée, l'utilité de ces services. Ce faisant, la profession notariale pourrait consolider sa position au sein du marché de la consultation et de l'assistance juridiques et ce, d'avantage qu'il n'en été le cas avant. La médiation comme terme de marketing pourrait être à la base d'une telle approche. Une stratégie de marketing y afférente devrait tenir compte des priorités suivantes:²⁶⁷⁾

- Définition d'un segment du marché pour les services notariaux décrits ci-dessus.
- formulation d'un message compréhensible pour toutes les groupes cibles de ce segment.
- Exploitation et placement du message approprié aux groupes cibles.
- Présentation par la profession d'exemples de réussite.

265) voir supra pt. 12

266) voir supra no. de marge 13 ss.

267) *Eyer mediations-report 3/2000*, p. 2, 3

2. Appréciation et évaluation globale de l'activité notariale préventive exercée par les notaires dans le domaine des différends de nature juridique

- 269 La réalité juridique est marquée par le fait que les litiges sont portés devant les juridictions de l'Etat – dans certains cas devant les tribunaux d'arbitrage également. Cela est facilité par les assurances de protection juridique et les sociétés de financement de procès. L'Etat essaie de faire face à la multitude des conflits juridiques en réduisant/compliquant la protection juridique:
- 270 - Selon le § 15a EGZPO en relation avec les lois d'exécution des Länder, tout litige d'une valeur allant jusqu'à 1.500 DM et tout conflit de voisinage doivent obligatoirement faire l'objet d'un règlement précontentieux; espérant ainsi avoir un effet de sélection, également en raison du caractère incommode d'une telle procédure.
- 271 - Selon le § 495 a ZPO, tout juge civil peut organiser la procédure à sa manière lorsqu'il s'agit de litiges d'une valeur allant jusqu'à 1.200 DM. Il n'existe aucune protection juridique contre les décisions rendues.
- 272 - Dans le cadre de la réforme de la justice, le litige devra en substance être réglé devant des juges uniques, ne devant pas nécessairement être spécialisés dans le domaine en cause.
- 273 - La Cour constitutionnelle fédérale a précisé que les recours constitutionnels dont elle est saisie, affichaient généralement un taux de réussite ne dépassant pas les 2% et qu'elle ne se sert même pas de ses propres décisions publiées pour évaluer la plupart des décisions de non-recevabilité.
- 274 Toutefois, ceci écarte un élément: les origines des litiges. Il a été démontré que tout litige ne doit pas seulement être tranché mais peut être évité si l'on commence déjà à se baser sur l'opposition d'intérêts à l'origine de la conciliation. Et c'est dans ce cadre de prévention des litiges que les notaires peuvent agir dans une mesure beaucoup plus large que jusqu'à présent. Si l'on continue sur cette voie, il est possible de positionner remarquablement la profession sur le marché de l'assistance. Il convient toutefois de faire la différence entre
- les nouveaux domaines d'activité,
 - l'acquisition de nouvelles connaissances dans ces domaines d'activité et
 - le marketing y afférent.

- 275 La profession ne devrait pas se limiter à se demander comment on peut finalement éviter les litiges devant les tribunaux, mais elle devrait plutôt se pencher sur le point de départ, à savoir les intérêts opposés des personnes concernées, même si le conflit n'existe pas encore. La question devrait donc être la suivante: comment peut-on parvenir à concilier les intérêts opposés - qu'ils aient déjà déclenché le conflit ou non - et quel serait alors le service proposé par le notaire à ce sujet?
- 276 Le conseil impartial du notaire et la médiation contractuelle peuvent déjà être utiles pour concilier des intérêts opposés *sans* situation de conflit.
- 277 Si l'opposition des intérêts a évolué en conflit, il s'agit alors de parvenir à une conciliation des intérêts orientée vers le futur et qui dépasse le cadre d'un compromis pour lequel l'on apprécie des fondements juridiques se rapportant au passé. La médiation (comme terme technique) effectuée par les notaires pourrait dans ce cas s'avérer très utile aux intéressés, précisément en raison du fait que le droit professionnel notarial et – en cas de la convention finale à authentifier – le droit relatif aux authentications ainsi que la force exécutoire de la convention passée d'autre part, offrent plus de sécurité aux intéressés que la recherche d'une solution commune dont la durabilité est incertaine.
- 278 S'a ajoute que les notaires sont familiarisés avec le traitement d'intérêts opposés des parties, même s'il leur reste encore beaucoup à apprendre en ce qui concerne les techniques de négociation.
- 279 Pour tout litige devant les juridictions de l'Etat, il faut différencier entre les cas de figures suivants: s'agissant de savoir comment éviter que les juridictions de l'Etat saisies prononcent un jugement, il convient de réfléchir dans quelle mesure ceux-ci devraient se servir de la médiation notariale dans le cadre du modèle de coopération que nous avons présenté, notamment si le notaire-médiateur est un expert reconnu dans le domaine faisant l'objet du conflit. Au demeurant, il se peut que les intéressés préfèrent régler leur conflit devant un tribunal d'arbitrage notarial avec un notaire spécialisé dans le domaine conflictuel au lieu d'avoir recours aux juridictions de l'Etat.
- 280 Les litiges juridiques devant les juridictions de l'Etat peuvent aussi être prévenus si les intéressés mettent à profit l'une des possibilités de médiation au sens générique telles que décrites ci-dessus.

281 Il appartient à la profession notariale elle-même de lancer cette action sans qu'une nouvelle loi ou une réforme ne soient nécessaires. Pour ce faire, la profession doit effectuer un travail de relations publiques, en utilisant par exemple le slogan suivant:

Prévention du conflit au lieu de résolution du conflit

282 Par ailleurs, les notaires peuvent sensibiliser les justiciables en prévoyant plus de clauses de médiation et de conventions d'arbitrage dans des actes notariés, tout en leurs expliquant l'importance de celles-ci.

3. Autres explications concernant l'avenir de la profession au sujet de la prévention, la modification législative et la pratique

283 La CJCE²⁶⁸⁾ classe l'activité des notaires exerçant leurs fonctions sous leur propre responsabilité juridique parmi les activités économiques et ce, en dépit du fait que les notaires prêtent leur ministère en vertu de leur qualité d'officier public et qu'ils exercent l'autorité publique en tant que délégués de la puissance publique. Cette définition du service notarial de la CJCE englobe également l'authentification notariale.²⁶⁹⁾ L'authentification notariale, le conseil et l'assistance relèvent donc tous de ce terme générique du service notarial. Ceci étant, la profession notariale devrait se voir elle-même comme prestataire de services et agir tel quel. La fonction publique et la prestation de services ne sont donc pas en contradiction.²⁷⁰⁾

284 Un tel changement quant à la conception de la profession elle-même pourra également s'avérer utile si la profession notariale s'interrogeait moins sur sa future place dans un marché de consultation juridique sans cesse en évolution, mais plutôt comment elle pourra s'assurer des parts de marché. Pour ce faire, il ne suffit pas de se focaliser sur le seul acte notarié. "L'acte notarié, à lui seul, n'est pas notre avenir"²⁷¹⁾ Le conseil et l'assistance notariaux prêtés à titre volontaire et non attribués par la loi – y compris la médiation au sens générique – doivent faire partie de ce processus, être diffusés et réalisés. Pour ce faire, aucune modification de loi n'est nécessaire. Ce qui importe par contre c'est plutôt

268) CJCE 26.03.1987 – Affaire C-235/87, Rec. 1987, 1485, 1489. Au sujet du fait que la notion de service notarial en Allemagne n'a pas non plus besoin de délégation de missions publiques assumés d'habitude par l'Etat cf. *Wagner ZNotP* 2000, 214

269) CJCE 26.03.1987 – Affaire C-235/87, Slg. 1987, 1485, 1486

270) *Wagner ZNotP* 2000, 214

271) Evoqué déjà par *Wagner notar eins'99*, p. 17

que les notaires change leur conception de ce qui le service représente pour le public. Les notaires doivent se familiariser à ces besoins et ne peuvent pas espérer que le public s'adapte à la conception personnelle du notaire étant essentiellement authentificateur.

- 285 Cela n'implique toutefois pas que le profession notariale devrait négliger l'acte, car ce segment peut, lui aussi, être étendu. Ainsi *Hellge*²⁷²⁾ défend, dans une contribution méritant d'être lue, le point de vue qualifié par lui-même "d'optimiste" que l'évolution européenne peut conduire à un renouvellement et une dynamisation de la profession de notaire." Lui aussi, met l'accent sur l'utilité de la profession de notaire, qui devra se rallier d'avantage à l'idée du service, s'il s'agit d'être présent sur le marché des services juridiques. En fait partie, à son avis, le renforcement des possibilités en matière de consultation juridique, de médiation et d'arbitrage.²⁷³⁾ Même si le notaire est en concurrence avec les avocats, les conseils fiscaux et les experts comptables dans ces domaines, il peut toutefois se distinguer d'eux en proposant en complément l'acte notarié exécutoire public ou privé, rédigé par lui et dressé avec son conseil et sous son contrôle.²⁷⁴⁾
- 286 Si *Hellge* souligne, dans sa contribution, que le but stratégique et prospectif de la profession notariale consiste à positionner d'avantage l'acte notarié authentique et l'acte notarié privé, il a été démontré dans le présent rapport de quelle manière le service notarial peut faire l'objet d'un positionnement stratégique. dans le domaine du règlement préventif d'intérêts opposés – avec ou sans situation de conflit. Cela n'est pas un champ d'activité en amont de l'acte notarié. L'acte notarié ou l'acte notarié privé viennent plutôt compléter ces services.
- 287 L'auteur a pour sa part soumis la proposition d'étendre le § 279 al. 1 phrase 2 ZPO dans le cadre d'une refonte de la loi: la juridiction de l'Etat pourrait renvoyer les parties en conflit, au cours d'une procédure judiciaire engagée, à un notaire (comme médiateur) afin de tenter un règlement à l'amiable.²⁷⁵⁾ *Duve* précise qu'une telle proposition était nouvelle en droit allemand, tandis qu'elle était pratiquée aux Etats-Unis, en particulier dans le cadre de procédures collectives pour parvenir à un compromis.²⁷⁶⁾ En Allemagne, il existe

272) *Hellge* ZNotP 2000, 306, 308

273) *Hellge* ZNotP 2000, 306, 308

274) *Hellge* ZNotP 2000, 306, 309

275) *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 68* f.

276) *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, p. 1 ss.; au sujet du règlement judiciaire des litiges aux Etats-Unis, voir *Duve* dans: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare, 3.3.3.3

déjà des cas où les juges de l'Etat ont recours à un médiateur dans une procédure judiciaire en cours, sans qu'il n'y ait eu de modification législative en ce sens.²⁷⁷⁾ Par conséquent, la profession notariale devrait s'efforcer de réaliser une coopération quasi multi-professionnelle entre la juridiction de l'Etat et la médiation notariale. Certes, le point de départ d'un litige consisterait toujours à faire valoir des droits, mais grâce à une telle coopération, cela pourrait aboutir non pas à un compromis portant sur des intérêts juridiques, mais à une convention finale tenant compte des intérêts allant au delà. La médiation au sens générique et la juridiction arbitrale notariale pourraient alors constituer une alternative à la juridiction de l'Etat et faire l'objet d'un modèle de coopération avec la juridiction de l'Etat.

Les §§ 278 al. 4 ZPO-RG pourraient constituer la base juridique dans la mesure où les législateurs ont repris la proposition que j'ai soumise au Congrès des notaires allemands en 1998. Ainsi, la juridiction de l'Etat peut "dans un cas approprié ... proposer aux parties de régler le litige *par voie extrajudiciaire*". Cela permet simultanément le modèle de coopération proposé ci-dessus.

V. Résumé final sous forme de 10 thèses et conclusions

- 288 1. L'activité notariale (conseil, assistance, authentification, activité d'arbitrage) est un service.
- 289 2. Le règlement des litiges par les juridictions de l'Etat peut être évité, si c'est un notaire qui se charge, sur demande des parties, des phases préliminaires du règlement. Il s'agit alors de concilier les intérêts opposés (qu'il y ait déjà conflit ou non). Si les parties le souhaitent, cela peut avoir lieu
- à un stade précontentieux,
 - sur proposition supplémentaire du tribunal, même au cours de la procédure judiciaire et
 - dans la phase de l'accord d'une procédure arbitrale.

Le tribunal arbitral notarial peut, lui aussi, éviter des règlements de litiges par les tribunaux de l'Etat.

²⁷⁷⁾ Kempf/Trossen ZMK 2000, 166

- 290 3. Etant d'office impartial, le notaire est habilité à conseiller de manière impartiale toute personne ou entreprise. Aussi, le conseil impartial prêté aux intéressés est-il employé au pluriel dans les §§ 14 al. 1 phrase 2 et 24 al. 1 phrase 1 BNotO. Il est judicieux de prêter le conseil impartial avant le déclenchement d'un conflit, lorsque les parties ayant des intérêts opposés se laissent expliquer par un notaire la situation juridique objective ou quelles sont leurs chances et leurs risques à escompter. Le conseil impartial peut être fourni oralement ou par écrit – sous forme d'expertise par exemple – voire s'achever par un concept ou un projet de contrat ou une conclusion de contrat. Le conseil impartial sert donc à la *prévention* des litiges tout comme au *règlement* des litiges par voie extrajudiciaire et – même - judiciaire.
- 291 4. La médiation peut être le terme de marketing (pour toute sorte de solutions extrajudiciaires conciliant des intérêts opposés), un terme générique (conseil, négociation coopérative / intermédiation, conciliation, conciliation d'intérêts opposés au moyen du contrat) et un terme technique (pour toute médiation contractuelle et conflictuelle).
- 292 5. La médiation notariale au sens générique et la juridiction arbitrale notariale peuvent constituer non seulement une alternative à la juridiction de l'Etat, mais aussi faire l'objet d'un modèle de coopération avec cette dernière.
- 293 6. Les cas de consultation notariale, de négociation coopérative, de conciliation et de médiation reposent sur la situation suivante: un litige doit être prévenu ou réglé et les mécanismes de règlement du litige n'ont pas été prévus au préalable dans un contrat. La prévention des litiges – mais pas le règlement des litiges – peut également être réalisée dans la mesure où les parties au contrat prévoient déjà le traitement d'éventuels conflits dans leur contrat; le tiers neutre qui sera conseiller, intermédiaire, médiateur et arbitre dans un tel cas, la personne qui déterminera ce tiers neutre et enfin, les coûts et la personne qui assumera ces derniers.
- 294 7. La médiation notariale au sens générique ne fait pas partie de la procédure notariale d'authentification, mais constitue une activité de conseil/d'assistance à part entière, liée aux fonctions. Cela vaut également pour le cas où le notaire devrait authentifier – comme partie de la médiation - une convention finale. Dans ce cas, les effets particuliers de l'authentification notariale (§ 17 al. 1 et 2 BeurkG p.e) se référerait uniquement à l'authentification de la convention finale même.

- 295 8. La médiation notariale au sens générique et la juridiction arbitrale requièrent un marketing au sein de la profession (vis-à-vis des notaires) et à l'extérieur (vis-à-vis des justiciables).
- 296 9. Le notaire peut accepter d'effectuer la médiation notariale au sens générique, mais il peut également la refuser. Ayant la possibilité de l'exercer à n'importe quel endroit en Allemagne, il n'est pas obligé de l'exercer au siège de son office. Toutefois, il n'a pas le droit de l'exercer à l'étranger, vu qu'elle fait partie des activités liées aux fonctions. Le notaire a le devoir d'authentifier toute convention finale si les intéressés le souhaitent (§ 15 BNotO); il ne peut pas refuser d'instrumenter. Il est tenu de procéder à l'authentification au siège de son office (§ 10a BNotO). Pour ce qui concerne l'activité d'arbitrage du notaire, il peut l'exercer à l'étranger également, car il s'agit pas d'une activité liée aux fonctions.
- 297 10. En cas de médiation (au sens générique) – et non seulement en cas d'authentification de la convention finale - le notaire assume la responsabilité du résultat *juridique* de celle-ci, puisque la médiation constitue une activité liée aux fonctions. Les parties ne peuvent pas exempter le notaire de cette obligation. Font partie du résultat juridique, l'efficacité, la transposabilité et la garantie de la convention ainsi que le fait que les intéressés ne sont pas défavorisés.
- 298 La profession notariale devrait saisir la chance de se positionner d'avantage, eu égard aux vifs débats publics menés actuellement sur la médiation et la réforme de la justice relative à la procédure civile, qui est d'ailleurs mal apprécié. D'un côté, on pourrait attirer l'attention sur le fait que c'est précisément le notaire qui, en raison de son indépendance, son impartialité et du droit professionnel ayant fait ses preuves, est particulièrement apte à contribuer à la conciliation d'intérêts opposés des justiciables, que ce soit avec ou sans situation de conflit.
- 299 De l'autre côté, il y a lieu de mettre d'avantage l'accent sur l'utilité des procédures d'arbitrage notariales comme alternative à la juridiction de l'Etat. Cela suppose toutefois que la profession notariale se penche, dans un proche avenir, de manière renforcée, sur le fond de la médiation notariale (au sens générique) et celui de la juridiction arbitrale.