

Le régime de l'absence en particulier quant au rôle du notaire

Auteur : Gilliaux, Valériane

Promoteur(s) : Moreau, Pierre

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2015-2016

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/1154>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

FACULTE DE DROIT, DE SCIENCE POLITIQUE ET DE CRIMINOLOGIE
Département de Droit

Le régime de l'absence en particulier quant au rôle du notaire

Valériane GILLIAUX

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2015-2016

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Pierre MOREAU

Et de

Monsieur Yves-Henri LELEU

Professeurs

RÉSUMÉ

L'absence n'a pas toujours suscité l'attention des auteurs. Cependant les événements récents pourraient provoquer un regain d'intérêt à son égard. Il convient de noter à ce propos que les lois des 9 et 10 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès ont profondément modifié le régime.

Ces lois ont, entre autre, prévu qu'un administrateur, éventuellement notaire, devait être systématiquement commis pour gérer les biens du présumé absent. Cet administrateur réalise diverses opérations soit limitées par l'article 115 du Code civil, soit par l'ordonnance du juge de paix le nommant. À ce sujet, Monsieur Paul Delnoy a vu une analogie entre les missions de l'administrateur d'un incapable et celle de l'administrateur d'un présumé absent. La loi du 17 mars 2013 modifiant le régime de l'incapacité introduit la possibilité pour l'administrateur de l'incapable de réaliser des donations en son nom et pour son compte. Dès lors, qu'advient-il de cette comparaison suite à l'adoption de cette loi ?

Certaines opérations liées au présumé absent nécessitent outre l'intervention d'un administrateur-notaire pour le représenter, le ministère d'un notaire instrumentant. Il en va premièrement de l'inventaire des biens du présumé absent, deuxièmement, de la liquidation-partage à la suite de cet inventaire, troisièmement de la vente d'un immeuble dans lequel le présumé absent a un intérêt et enfin, quatrièmement, dans le cadre de la liquidation d'une succession un notaire doit être nommé pour représenter le présumé absent si aucun administrateur n'a été désigné.

Dans le cadre de ces diverses opérations, le notaire peut commettre certaines erreurs, fautes ou méprises. Sa responsabilité peut donc être engagée. Pour cela il faut pouvoir démontrer la faute, le dommage et le lien causal. Le notaire peut également être poursuivi sur le plan disciplinaire. Ainsi, le présumé absent réapparu ou toute personne intéressée peut déposer une plainte à la commission de nomination pour le notariat.

Finalement plusieurs questions se posent quant à la fin de la mission de l'administrateur. Au stade de la présomption d'absence, celle-ci peut prendre fin par le retour du présumé absent. Lorsqu'il est mis fin à son mandat, l'administrateur doit rédiger un rapport éventuellement accompagné d'un inventaire. Une controverse s'est posée au sujet de cet inventaire quant au point de savoir si celui-ci doit être notarié ou non.

Si le présumé absent ne réapparaît pas dans un délai de cinq ans il peut être déclaré absent par jugement. Dès que celui-ci est coulé en force de chose jugée, il produit les mêmes effets que le décès. Outre par une déclaration d'absence, la présomption d'absence peut également être suivie par une déclaration judiciaire de décès.

L'ensemble de ce processus soulève une multitude de questions et de controverses. Ce travail a vocation d'y répondre et de dégager de manière globale les interventions du notaire.

*Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à Monsieur Moreau, professeur à l'université de
Liège, pour son encadrement et sa patiente.*

*Je remercie également ma famille qui m'a soutenue tout au long de ces cinq années d'étude,
et particulièrement ma maman.*

TABLE DES MATIERES

Introduction	3
Chapitre 1. Aperçus du régime de l'absence.....	4
Section 1. Le régime du code napoléon.....	4
Section 2. Les lois des 9 et 10 mai 2007	5
Chapitre 2. Les missions du notaire	7
Section 1. Le notaire en tant qu'administrateur judiciaire.....	7
Sous-section 1. L'entrée en fonction de l'administrateur	7
Sous-section 2. Les pouvoirs de l'administrateur	9
Section 2. Les situations particulières impliquant l'intervention d'un notaire	11
Sous-section 1. L'inventaire	12
Sous-section 2. La liquidation-partage	14
Sous-section 3. La vente d'un immeuble	16
Sous-section 4. La liquidation d'une succession	17
Chapitre 3. Fautes, erreurs et négligences du notaire.....	21
Section 1. La responsabilité du notaire	21
Section 2. La discipline notariale.....	24
Chapitre 4. La fin de la mission de l'administrateur et questions spéciales relatives à la réapparition de l'absent.....	26
Section 1. La présomption d'absence.....	26
Section 2. La déclaration d'absence.....	28
Section 3. La déclaration judiciaire de décès.....	31
Conclusion.....	34
Bibliographie.....	37

INTRODUCTION

A l'heure actuelle et malgré la profusion des moyens de communication et le développement des méthodes de recherche, des disparitions interviennent encore¹ et perdurent parfois. Un véritable doute quant à l'existence ou quant au décès de ces personnes peut alors se poser. La présomption d'absence a, par conséquent, encore un rôle à jouer.

Cela est d'autant plus vrai au regard des divers événements tragiques² de ces dix dernières années. Ceux-ci ont engendrés la disparition d'un bon nombre de personnes et l'incertitude quant à leur survie.

Aussi, des auteurs s'intéressent-ils de nouveau aux effets de l'absence. Par exemple, Alphonse Kohl, en 2004 mentionne l'idée d'une uniformisation du régime de l'absence ainsi que de son fonctionnement dans une convention internationale³.

Après avoir rappelé brièvement l'importance que suscite encore l'absence, nous pouvons débiter la présentation des questions que posent l'absence d'une personne au regard du droit notarial.

Ce sujet est divisé en quatre chapitres eux-mêmes partagés en deux sections. Le premier abordera assez logiquement l'ancien régime ainsi que l'importante modification apportée par les lois des 9 et 10 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès.

Le second chapitre portera sur l'examen des missions du notaire, sur l'étendue de ses pouvoirs ainsi que sur les limites à y imposer. Nous analyserons d'abord le mandat du notaire en tant qu'administrateur judiciaire, et ensuite les devoirs qui lui sont spécifiquement accordés en vertu même de sa profession : l'inventaire, la liquidation-partage, la vente d'un immeuble et la succession.

Le troisième chapitre sera consacré aux défaillances du notaire dans le cadre de ses fonctions, à sa responsabilité ainsi qu'au respect de la discipline notariale.

Le dernier chapitre traitera globalement de la fin du mandat de l'administrateur-notaire au regard de la présomption d'absence, de la déclaration d'absence et enfin de la déclaration judiciaire de décès.

Dans notre conclusion nous tenterons de dégager les enseignements de cette recherche.

¹ En Belgique, entre 1.200 et 1.300 dossiers de personnes disparues, tant mineures que majeures, sont traités chaque année. <http://www.lesoir.be/1136103/article/actualite/fil-info/fil-info-belgique/2016-02-29/un-projet-pilote-pour-ameliorer-recherche-d-adultes-disparus-bru>.

² Nous pensons notamment aux événements climatiques : les coulées de boue et les pluies torrentielles en Belgique ou en France, le Tsunami à Fukushima en 2011 ; aux disparitions au-dessus de la mer ; à la montée d'organismes extrémistes comme l'Etat Islamique qui enrôlent et provoquent le départ d'européens ; ...

³ A., KOHL, « L'absence deux cents ans après le Code civil », *J.T.*, 2004, pp.256 à 257.

CHAPITRE 1. APERÇUS DU RÉGIME DE L'ABSENCE

Dans ce premier chapitre nous étudierons le régime de l'absence existant de manière globale avant 2007, et ensuite nous analyserons succinctement les modifications importantes apportées par les lois des 9 et 10 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès.

SECTION 1. LE RÉGIME DU CODE NAPOLÉON

Le régime de l'absence a été codifié durant l'époque napoléonienne. À cet égard, le Code civil de 1804 prévoyait trois phases à l'absence⁴.

La première consistait à considérer la personne présumée absente. Cette période permettait seulement au Tribunal de Première Instance de prendre certaines décisions au sujet de la famille voire quelques mesures provisoires quant à l'administration des biens du présumé absent⁵. Il s'agissait à l'époque de prendre uniquement des mesures de conservations des biens du présumé absent⁶.

La deuxième phase débutait cinq ans après que la personne ait cessé de donner signe de vie ou d'apparaître à son domicile. L'année suivant la fin de la première phase, une enquête devait être réalisée afin d'obtenir la preuve que le présumé absent l'était bel et bien⁷. Si tel était le cas, la personne était déclarée absente et les héritiers de cette personne pouvaient prendre possession de ses biens sans néanmoins en devenir propriétaire.

Enfin, la troisième phase s'ouvrait trente ans après la déclaration d'absence ou, cent ans après la naissance de l'absent⁸. Une fois ces délais excessivement longs écoulés, l'absent était enfin considéré comme décédé. Ses héritiers devenaient alors propriétaires des biens qu'ils possédaient déjà, de longue date.

Pendant son absence⁹, l'absent pouvait être représenté par un notaire mais uniquement pour accomplir certaines tâches particulières¹⁰. Ainsi l'ancien article 113 du Code civil mentionnait : « Le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, commettra un notaire

⁴ R., EEMAN, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *Notamus*, 2008/1, pp. 37 à 42.

⁵ Y., LELEU, Y.-H., LELEU, « Réflexions au sujet d'une proposition de loi relative à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *Rev. not. belge.*, 1993, pp.486 à 501.

⁶ C., AUGHUET, « Chapitre 8 - L'incertitude sur l'existence de la personnalité : le régime de l'absence », in H., DE PAGE, *Traité de droit civil belge - Tome I : Les personnes*, Volumes 1 et 2, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.81 à 121.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Dès que la personne cesse d'apparaître à son domicile et jusqu'à ce que le délai de trente ou cent ans soit écoulé.

¹⁰ E., GENIN, « De la représentation par un notaire des parties non présentes ou récalcitrantes dans les opérations de licitation et de partage », *Rec. gen.*, 1931, pp. 193 à 201.

pour représenter les présumés absents, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils seront intéressés ». En ce qui concerne l'administration « générale » des biens, l'absent avait la possibilité de désigner avant sa disparition la personne qui serait chargée de cette administration. À défaut, comme l'indiquait l'ancien article 120 du Code civil : « Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration ». Dès lors, les biens de l'absent étaient, au plus tôt cinq ans après sa disparition (c'est-à-dire au moment de la déclaration d'absence), gérés par ses propres héritiers. Cependant, ceux-ci devant constituer une sûreté, ils gardaient toujours conscience, *a priori*, que l'absent pouvait réapparaître et donc exiger à être remis en possession de ses biens.

Force est de constater que le notaire commis pour représenter l'absent ne disposait que de missions et de prérogatives limitées et que mis à part le cas de la réalisation de l'inventaire, de compte, de partage et de liquidation aucune représentation n'était prévue à moins que l'absent n'ait désigné un administrateur !

En cas de préjudice causé lors de la réalisation de ces missions ou de refus de concourir à la réalisation de son mandat le notaire pouvait voir sa responsabilité engagée¹¹.

Le mandat du notaire prenait fin par l'aboutissement des missions spécifiques pour lesquelles il avait été nommé. La « gestion » des biens de l'absent par ses héritiers s'achevait, quant à elle, par le retour de l'absent ; lorsque la preuve de son décès était rapportée ou après l'écoulement des délais de trente ans après la déclaration d'absence ou, cent ans après la naissance de l'absent.

Ces délais excessivement longs ainsi que le manque de conformité de ce processus à l'évolution de la société ont engendré une véritable nécessité d'adapter ce système. C'est après de multiples propositions que les lois des 9 et 10 mai 2007 ont réformés le régime de l'absence.

SECTION 2. LES LOIS DES 9 ET 10 MAI 2007

Le régime de l'absence n'avait plus été réformé depuis son adoption en 1804¹². Il était dès lors temps de l'actualiser au regard des évolutions qu'avait connu la société. Ce n'est que vingt ans après la première proposition de réforme qu'ont été adoptées les lois du 9 et 10 mai 2007¹³.

¹¹ R., RENS, « Responsabilité du notaire mandataire de justice », *Rev. not belge.*, 1971, pp.414 à 416.

¹² C. AERTS, « Afwezigheid en gerechtelijk verklaring van overlijden. Commentaar op de Wetten van 9 en 10 mei 2007 », *T.Fam.*, 2008/4, p. 65.

¹³ R., EEMAN, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *Notamus* 2008/1, pp. 37 à 42

Ce nouveau système ne comporte plus que deux phases. Il y a d'une part la présomption d'absence et d'autre part la déclaration d'absence.

La première phase de l'absence débute par le constat du juge de paix (antérieurement, le Tribunal de Première Instance), sur base de pièces justificatives¹⁴, que telle personne n'est plus apparue à son domicile ou à sa résidence depuis plus de trois mois sans avoir donné de nouvelle. Ce constat suppose en plus, un doute quant à la vie ou à la mort¹⁵. Le prononcé par le juge de paix de la présomption d'absence peut être demandé par toute personne intéressée ou par le procureur du roi. Durant la période de présomption d'absence, la personne concernée est considérée comme étant encore en vie¹⁶.

Par une ordonnance, le juge de paix désigne en outre un administrateur judiciaire¹⁷. Cette désignation doit faire l'objet d'une mention au registre national des personnes physiques¹⁸. L'administrateur peut être un parent du présumé absent, son conjoint ou toute personne jugée opportune par le juge de paix, ce qui induit la possibilité de désigner un notaire.

Quant à la seconde période nous nous étendrons à suffisance sur celle-ci lors de l'examen du quatrième chapitre relatif à la fin de la mission de l'administration.

À ce stade, nous ne détaillerons pas d'avantage la procédure. Nous la préciserons au besoin dans les chapitres suivants. Après avoir expliqué brièvement le nouveau système introduit par les lois du 9 et 10 mai 2007, abordons dès à présent leur contenu ainsi que le processus de l'absence en lien avec le notaire.

¹⁴ C. AERTS, « Afwezigheid en gerechtelijk verklaring van overlijden. Commentaar op de Wetten van 9 en 10 mei 2007 », *T.Fam.*, 2008/4, p. 65.

¹⁵ Article 112 du Code civil.

¹⁶ K., VERSTRAETE, « Wijziging overgangrecht afwezigheid », in *N.N.K.*, Larcier, 2009/2, pp. 45 et s.

¹⁷ Article 113 du Code civil.

¹⁸ Article 1, 6° de l'Arrêté Royal du 8 janvier 2006.

CHAPITRE 2. LES MISSIONS DU NOTAIRE

Ayant examiné la législation ancienne et les modifications importantes apportées au régime de l'absence par les lois des 9 et 10 mai 2007, abordons dès à présent le cœur de notre étude, à savoir les missions confiées au notaire dans le cadre de la représentation du présumé absent.

SECTION 1. LE NOTAIRE EN TANT QU'ADMINISTRATEUR

SOUS-SECTION 1. L'ENTRÉE EN FONCTION DE L'ADMINISTRATEUR

Comme nous l'avons indiqué dans la section précédente lorsque le juge de paix rend un jugement constatant la présomption d'absence il désigne dans son ordonnance un administrateur judiciaire¹⁹ ; à moins que la personne désormais présumée absente n'ait auparavant accordé ce pouvoir de gestion à une personne déterminée.

Si cela n'a pas été le cas, le juge de paix désigne²⁰ par conséquent un administrateur judiciaire par une ordonnance motivée. Pour cette désignation, le juge de paix ne reçoit aucune recommandation du législateur. Comme l'indique l'article 113, § 1^{er}, alinéa 1 du Code civil, il doit opérer cette désignation : « en tenant compte de la nature et de la composition des biens à gérer ». Une seule interdiction est faite au juge de paix, celle-ci est contenue à l'article 31,5° du Code pénal en vertu duquel toute personne condamnée à la réclusion, ou à la détention de vingt à trente ans ne peut remplir une mission d'administrateur de bien²¹.

Le juge de paix devrait, à notre sens, veiller à nommer une personne apte à gérer les biens de l'absent. La désignation d'un proche du présumé absent ne va dès lors pas forcément de soi. Ainsi, le juge aurait tout intérêt à nommer un notaire pour représenter comme administrateur le présumé absent. Au regard des missions généralement accordée à cet administrateur, fortement liées aux matières notariales, ce choix est judicieux. C'est d'ailleurs ce qu'avaient souligné Messieurs Yves et Yves-Henri Leleu, au regard du régime antérieur aux lois du 9 et 10 mai 2007, en indiquant : « [...], nous estimons que le notaire réunira bien souvent les deux critères, étant à la fois l'homme de confiance et le spécialiste de la gestion des biens, ce dernier constituant l'administrateur idéal pour les opérations ponctuelles de gestion »²².

Lorsque l'administrateur accepte sa mission celui-ci doit le faire savoir par écrit dans les huit jours précédant sa nomination. S'il la refuse, le juge de paix doit désigner une autre

¹⁹ Article 113 du Code civil et article 596bis du Code judiciaire.

²⁰ L'article 1227 du Code judiciaire régit la procédure de désignation de l'administrateur.

²¹ A., KOHL, « Effets en ce qui concerne les partages et les successions auxquels est appelé le présumé absent. », *Rép. not.*, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1988, n°34 et s.

²² Y., LELEU, Y.-H., LELEU, « Réflexions au sujet d'une proposition de loi relative à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *Rev. not. belge.*, 1993, p.490.

personne²³. Au regard de cette procédure nous devons nous demander si un notaire peut juridiquement refuser d'accomplir cette mission ? et pour quelle raison ?

Ces interrogations ne trouvent pas de réponse dans la doctrine. Cependant, l'article 3, de la loi du 25 Ventôse An XI contenant organisation du notariat dispose : « [Les notaires] sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis. ». Par conséquent il semble difficile pour le notaire de refuser un mandat d'administrateur. Un arrêt de la cour de la Cour de cassation du 24 octobre 2002²⁴ paraît le confirmer. Le problème soumis à la cour était celui d'un notaire commis pour procéder à une saisie-exécution immobilière qui s'y refusait à défaut d'avoir reçus une provision. La Cour décida que le notaire, en tant que fonctionnaire public, avait l'obligation de prêter son ministère comme indiqué dans l'article 3, de la loi du 25 Ventôse An XI reproduit ci-dessus et qu'il ne pouvait par conséquent pas opposer cette absence de provision pour refuser d'exécuter son mandat.

Au regard de cet arrêt, nous pensons que la cour refusera également des prétentions telles que le manque de temps, le fait d'être déjà administrateur d'autres absents, la surcharge de travail etc. À la lumière de cet arrêt et de l'article 3, nous pouvons estimer que le notaire ne peut, contrairement à l'administrateur « classique » refuser son mandat.

Il existe cependant un cas dans lequel le notaire devrait refuser un mandat d'administrateur judiciaire des biens du présumé absent. Le notaire désigné doit, en effet, toujours respecter son devoir d'impartialité²⁵. Dès lors s'il devait constater un risque que son impartialité soit mise en cause pour une quelconque raison, il devrait soit s'il n'a pas encore accepté sa mission la refuser ou soit s'il a déjà été nommé le mentionner au juge l'ayant désigné et demander à être relevé de sa mission²⁶.

De plus, d'autres personnes peuvent exiger la nomination d'un nouvel administrateur. L'article 113 § 2 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que le juge de paix peut par une ordonnance motivée, soit de sa propre initiative soit à la demande de toute personne intéressée, ou du procureur du roi, mettre fin au mandat de l'administrateur, le modifier ou pourvoir au remplacement de celui-ci.

Une fois le jugement de présomption d'absence rendu un dossier est établi au greffe de la justice de paix. Il comprend notamment la copie de l'ordonnance portant désignation de l'administrateur judiciaire, et l'ensemble des rapports²⁷ que celui-ci doit rédiger sur son entrée en fonction, sur la situation patrimoniale du présumé absent, sur le bilan annuel de sa gestion et sur la fin à son mandat²⁸.

²³ Article 113 § 1^{er} alinéa 2 du Code civil.

²⁴ Cass., 24 octobre 2002, conclusions de X. DE RIEMAECKER, *J.L.M.B.*, 2003, pp.296 et s.

²⁵ Article 12 de la loi du 25 Ventôse An XI contenant organisation du notariat

²⁶ J-L., LEDOUX, « Nul ne peut servir deux maîtres », *Rev. not. belge*, 2006, pp. 614 et s.

²⁷ S., DEVOS, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden » in C., DE WULF, J., BAEL, S., DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, pp. 3 à 22.

²⁸ Article 114 du Code civil.

Monsieur Stan Devos²⁹, observe, à juste titre, qu'il aurait été opportun de prévoir la réalisation d'un inventaire des biens du présumé absent dès l'entrée en fonction de l'administrateur. Actuellement l'article 114, §1 du Code civil prévoit que l'administrateur doit rédiger un rapport concernant « la situation patrimoniale du présumé absent ». Ce rapport n'est donc pas équivalent à l'inventaire, ne présente pas la même sécurité dans la mesure où celui-ci n'est pas forcément notarié et n'est pas toujours aussi complet et détaillé. La constitution d'un véritable inventaire, bien que pouvant être fastidieuse et onéreuse, présente de nombreux avantages. Notamment en ce qui concerne le contrôle des opérations réalisées. Mais également si le présumé absent est ultérieurement déclaré absent. Dès cette déclaration, sa succession s'ouvre et par conséquent un inventaire pourrait être exécuté en cas d'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire. Il devra également être dressé si l'absent était marié ou cohabitant légal comme nous le verrons dans le chapitre quatre relatif à la fin de la mission de l'administrateur.

SOUS-SECTION 2. LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATEUR

Ayant exposé l'entrée en fonction de l'administrateur, éventuellement notaire, venons-en à ses pouvoirs. Ceux-ci sont, en principe, définis dans l'ordonnance du juge de paix et peuvent être modifiés ultérieurement³⁰. Deux techniques ont été développées³¹ pour appuyer le juge de paix dans la détermination des pouvoirs de cet administrateur.

Il peut selon la première d'entre elles indiquer de manière précise, dans l'ordonnance de désignation, les actes juridiques que l'administrateur judiciaire peut accomplir et pour lesquels il peut représenter le présumé absent.

Selon la seconde, le juge de paix peut aussi ne pas préciser les missions qu'il peut assumer. En ce cas, il est alors nécessaire de se référer à l'article 115, § 3, du Code civil en vertu duquel l'administrateur judiciaire représente la personne du présumé absent dans tous les actes juridiques et toutes les procédures tant comme demandeur que défendeur. En pareille hypothèse, les pouvoirs de l'administrateur ne sont évidemment pas illimités.

Dans un article datant de 2008, par conséquent, antérieur à la loi du 17 mars 2013 modifiant le régime de l'incapacité, monsieur Paul Delnoy³² y voit une analogie entre les pouvoirs de l'administrateur des biens du présumé absent et l'administration de l'incapable. Il y indique que l'administrateur représentant le présumé absent, ne peut, comme l'administrateur provisoire d'une personne inapte, faire de libéralités à la place du présumé absent. Il le justifie en précisant que ces actes nécessitent l'intention libérale que seule peut avoir la personne propriétaire de ces biens.

²⁹ S., DEVOS, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden » in C., DE WULF, J., BAEL, S., DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogenrecht*, Maline, Kluwer, 2011, pp. 3 à 22.

³⁰ Article 115, § 3 et 113 § 2 du Code civil.

³¹ P., DELNOY, « Décès et absence », *Rev. dr. Ulg.*, 2008, pp.133 à 179.

³² *Ibidem*.

Cependant, la loi du 17 mars 2013 modifiant le régime de l'incapacité a remis en cause cette analogie. En effet, l'une des innovations majeures de cette loi consiste à permettre à l'administrateur provisoire de consentir précisément à une donation entre vifs au nom et pour le compte de la personne incapable. L'article 499/7, § 4, du Code civil enseigne : « L'administrateur des biens peut être spécialement autorisé par le juge de paix pour disposer par donation si la personne protégée est incapable d'exprimer sa volonté et si la volonté de donner ressort expressément de la déclaration visée à l'article 496, alinéa 2, ou de déclarations écrites ou orales antérieures de la personne protégée, formulées à un moment où elle était capable d'exprimer sa volonté. La donation doit être en rapport avec le patrimoine de la personne protégée et ne peut en outre menacer d'indigence ni celle-ci ni ses créanciers d'aliments. [...] »³³.

L'analogie suggérée par monsieur Paul Delnoy entre les pouvoirs de l'administrateur des biens d'un présumé absent et ceux de l'administrateur provisoire d'un incapable devrait-elle dès lors conduire à considérer que le premier pourrait désormais consentir également à une donation ? Il n'existe pas de disposition semblable au § 4 de l'article 499/7 dans l'article 115 du Code civil. Cependant, il n'existe pas non plus de disposition interdisant, expressément, à l'administrateur de procéder à une donation. Dans la mesure où il serait possible, par analogie à l'article 496, alinéa 2, d'indiquer au juge de paix la volonté du présumé absent de réaliser une donation³⁴, il nous semble possible que le juge de paix autorise celle-ci.

Il est toutefois vrai que l'article 499/7 du Code civil constitue une exception au principe de l'intention libérale personnelle, et qu'à ce titre il est de stricte interprétation.

Une exception à la règle de droit a pour objectif d'extraire de la règle générale et abstraire un groupe particulier³⁵. Dans le cadre de l'article 499/7 du Code civil, il s'agit d'extraire du principe de la personnalité de l'intention libérale le groupe des personnes incapables sous administration afin de permettre à leur administrateur de réaliser une donation en leur nom et pour leur compte. Il convient cependant d'avoir égard au respect du principe d'égalité. Le principe d'égalité impose que des personnes se trouvant dans des situations semblables soient traitées de la même manière³⁶. Or ne pourrait-on pas considérer que l'incapable placé sous administration est dans une situation similaire à celle du présumé absent représenté par son administrateur ? Ces deux « catégories » de personnes sont en effet semblables. Le présumé absent est une personne qui, comme l'incapable, n'est plus en mesure de gérer ses biens. Il lui est dès lors également désigné un administrateur par le juge de paix pour gérer ceux-ci. En cas de retour du présumé absent l'administration cesse comme celle-ci cesse pour l'incapable s'il récupère sa capacité.

³³ P., MOREAU, *Syllabus de « Droits des libéralités et successions : questions spéciales – La capacité »*, Université de Liège, 2015, pp.42 et s.

³⁴ Notamment via l'écrit désignant l'administrateur que ce dernier souhaite voir nommer.

³⁵ A., VIDAL NAQUET, M., FATIN ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions, quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 15 et s.

³⁶ P., DE MONTAVILET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in A., VIDAL NAQUET, M., FATIN ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions, quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 214 et s.

Le principe d'égalité peut être utilisé afin de justifier l'extension de l'exception³⁷. Il ne saurait dès lors être exclu qu'il puisse justifier la reconnaissance du pouvoir de consentir à une donation sous le contrôle du juge de paix à l'administrateur des biens d'un présumé absent. Conformément à l'extension du régime institué par l'article 499/7 du Code civil, l'autorisation de donner ne pourrait être accordée que si la volonté de l'absent est certaine. De sorte l'intervention de l'administrateur se situerait seulement au stade de l'exécution de cette intention, et ainsi demeurerait limitée à une mission d'administration.

Le juge serait ainsi amené à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle afin de contrôler l'existence d'une discrimination³⁸ dans le silence de l'article 115 du Code civil³⁹. Ainsi, la Cour après avoir réalisé un raisonnement semblable au nôtre pourrait conclure que la différence de traitement entre le présumé absent et l'incapable n'est pas justifiée. Dès lors l'exception contenue à l'article 499/7 du Code civil devrait être étendue.

Évidemment, en plus de pouvoir rapporter la preuve de la volonté du présumé absent de manière certaine, il faudrait qu'une telle donation puisse entrer dans le cadre d'une gestion en bon père de famille de l'administrateur.

Dans le même ordre d'idée, il y a lieu d'observer que l'article 115, § 3, 5°, du Code civil, prévoit que l'administrateur des biens d'un présumé absent peut accepter une succession ou un legs universel ou à titre universel ou y renoncer. Il n'est, rien indiqué concernant la possibilité pour l'administrateur d'établir un testament au nom et pour le compte de la personne qu'il représente. Comme pour l'incapable, il ne nous semble pas envisageable que l'administrateur puisse le rédiger à la place du présumé absent, vu le caractère à ce point personnel de l'opération.

Ainsi les missions de l'administrateur sont délimitées soit par l'ordonnance même du juge de paix, soit par le texte de loi⁴⁰. Il apparaît que ce dernier n'a pas véritablement de place pour une quelconque autonomie. Certaines situations spécifiques appellent néanmoins une intervention particulière d'un notaire et nécessitent dès lors des explications complémentaires.

SECTION 2. SITUATIONS PARTICULIÈRES IMPLIQUANT L'INTERVENTION D'UN NOTAIRE

Après avoir abordé la fonction générale de l'administrateur, abordons à présent, quelques missions spécifiques relatives à la présomption d'absence et nécessitant l'intervention d'un notaire. Il s'agit en premier lieu de la situation d'un présumé absent intéressé à un inventaire.

³⁷ P., DE MONTAVILET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *op. cit.*, p. 220.

³⁸ Articles 10 et 11 de la Constitution.

³⁹ X., MAGNON, « Le juge face aux exceptions. (Re)lecture générale du jugement d'égalité par le prisme de l'exception », in A., VIDAL NAQUET, M., FATIN ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions, quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 258 et s.

⁴⁰ Article 115 du Code civil.

En second lieu de celle d'un présumé absent appelé à une liquidation-partage. En troisième lieu, celle de la vente d'un immeuble dans lequel un présumé absent a un intérêt. Et enfin, quatrième, la représentation par le notaire du présumé absent appelé à la liquidation d'une succession.

SOUS-SECTION 1. L'INVENTAIRE

Cette section débute, avec la question de l'inventaire. L'article 1175 du Code judiciaire dispose : « l'inventaire a pour objet de déterminer la consistance de la succession ou de la communauté ou de l'indivision. Il contient la description et l'estimation des objets mobiliers, l'analyse des titres et papiers et la relation des déclarations actives et passives faites par les intéressés ». L'inventaire, bien que pouvant être lié à une succession, comme il en sera question ultérieurement peut également s'imposer afin de déterminer la consistance de la communauté ou de l'indivision.

Précisons d'ors et déjà que lors de la réalisation de la présente mission le notaire qui serait commis à la représentation du présumé absent, doit assister personnellement aux opérations d'inventaire et ne peut s'y faire représenter, sauf en ce qui concerne la levée temporaire des scellés prévue à l'article 1171 du Code civil⁴¹.

Le procès-verbal de l'inventaire comprend la description et l'estimation des biens mobiliers qui composent la masse. Vu la nécessité d'établir au mieux cette consistance il est primordial que cette opération ait lieu le plus rapidement possible après l'événement le nécessitant⁴². La réalisation de l'inventaire est guidée par le besoin de complétude et de célérité.

Ainsi, le législateur, voulant éviter toute situation de blocage dû à l'absence d'une partie, a introduit la commission d'un notaire ou d'un administrateur pour la représentation du présumé absent appelé à la réalisation de cet inventaire⁴³. Le notaire commis aux fins de représentation doit être distingué de celui ayant pour mission de dresser l'inventaire⁴⁴. Le représentant du présumé absent aura dès lors pour mission de faire valoir l'intérêt de l'absent qu'il représente alors que le notaire-liquidateur exercera sa mission habituelle.

Dans cette situation, un auteur⁴⁵ estime que la mission de représentation est limitée. L'administrateur qu'il soit notaire ou non, devrait se limiter à surveiller la régularité des opérations d'inventaire. Cependant l'article 115 du Code civil, prévoit que l'administrateur

⁴¹ C., DE BOE, J.F., VAN DROOGHENBROECK, « Notaire commis aux fins de représentation », *Rép. not.*, Tome XIII, Bruxelles, Larcier, 2012, n°72 et s.

⁴² C., CUISINIER, « Dix écueils en matière d'inventaire », *Rev. not. belge*, 2007, pp. 548 à 570.

⁴³ L'article 115 §3, 1° du Code civil renvoie à l'article 1225 du Code judiciaire qui indique que la protection établie en faveur du mineur dans le chapitre CHAPITRE VI- Des partages et licitations du Code judiciaire, s'applique également au présumé absent. L'article 1206 du Code judiciaire mentionne que les indivisaires participent au partage entre autre, par le biais de leur représentant.

⁴⁴ C., DE BOE, J.F., VAN DROOGHENBROECK, « Notaire commis aux fins de représentation », *Rép. not.*, Tome XIII, Bruxelles, Larcier, 2012, n°72 et s.

⁴⁵ TH., VAN SINAY, « Het draaiboek van een boedelbeschrijving », *C.A.B.G.*, 2010, pp.40 et s.

peut représenter le présumé absent en tant que demandeur. L'article 1184 du Code judiciaire prévoit qu'en cas de difficultés durant celui-ci le notaire-liquidateur lui-même en réfère au juge de paix⁴⁶ qui établit ensuite une ordonnance mise sur la minute du procès-verbal de cet incident⁴⁷. Il est alors possible de former appel de l'ordonnance dans le mois à partir de la notification⁴⁸.

Au regard des missions accordées à l'administrateur des biens du présumé absent celui-ci pourrait introduire cet appel au nom et pour le compte de la personne qu'il représente. Ainsi, au-delà d'une mission de contrôle de la régularité de l'inventaire l'administrateur, le cas échéant notaire, pourrait également agir en justice pour protéger les intérêts du présumé absent.

Les vices qui pourraient intervenir lors de la réalisation de l'inventaire sont contenus aux articles 1175 et suivants du Code judiciaire mais également à l'article 68 de la loi du 25 Ventôse an XI, imposant que l'inventaire soit dressé par un notaire⁴⁹. L'inventaire doit, en effet, être rédigé dans les formes de l'acte authentique.

Au cas où l'inventaire n'aurait pas été réalisé par un notaire mais sous la forme d'un acte sous seing privé en violation de la loi du 25 Ventôse an XI, le représentant de l'absent pourrait exiger que l'inventaire ne sortisse pas d'effet⁵⁰.

Dans le cas où l'irrégularité consisterait en une méconnaissance des formes ou des délais mentionnés dans les articles 1175 et suivants du Code judiciaire, la sanction de cette irrégularité ne consisterait pas en la nullité de l'inventaire car celle-ci n'est pas prévue^{51,52}. À tout le moins, le représentant de l'absent pourrait soulever cette irrégularité afin d'obtenir la régularisation de l'inventaire.

L'administrateur pourrait également être confronté à un vice de fond. Dans le cadre de l'omission involontaire d'un bien, ce dernier pourrait exiger du notaire instrumentant que soit établi un inventaire complémentaire afin de réparer l'irrégularité ou l'omission commise dans le précédent. Aucune nullité ne pourrait ici être soulevée⁵³. Par contre, s'il peut être prouvé

⁴⁶ C., DE BOE, J-F., VAN DROOGHENBROECK « L'inventaire après la réforme du partage judiciaire », *J.J.P.-T.Vred.*, 2013/3-4, pp. 137 à 153.

⁴⁷ C., AUGHUET, M., CARBONE, « La procédure de liquidation-partage judiciaire nouvelle est arrivée ! », *Act. dr. fam.*, 2012, pp. 79 à 89.

⁴⁸ Article 1031 du Code judiciaire.

⁴⁹ P., DELNOY, « Sanction de l'irrégularité de l'inventaire », *Rep. not.*, Tome III, Les successions, donations et testaments, option héréditaire, Bruxelles, Larcier, 1994, n°225.

⁵⁰ DE BOE, C., VAN DROOGHENBROECK J-F., « Inventaire », *Rep. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, livre 1/2, Bruxelles, Larcier, 2012, n°34 et s.

⁵¹ Article 860 du Code judiciaire.

⁵² La sanction d'une telle irrégularité pose question. Ainsi plusieurs thèses ont été développées, cependant nous ne voulons pas entrer dans ces discussions ne faisant pas l'objet de la présente étude. Nous renvoyons à la note de : C., DE BOE, J-F., VAN DROOGHENBROECK, « Inventaire », *Rep. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Bruxelles, Larcier, 2012, n°34 et s, ainsi qu'aux références qui y sont mentionnées.

⁵³ C., DE BOE, J-F., VAN DROOGHENBROECK, « Inventaire », *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2012, n°34 et s.

que l'inventaire contient des irrégularités guidées par une intention frauduleuse, le notaire chargé de représenter le présumé absent pourrait demander l'annulation de l'inventaire établi par le notaire instrumentant. La responsabilité pénale, civile et disciplinaire de ce dernier pourrait également être engagée⁵⁴.

L'ensemble des possibilités d'actions du représentant de l'absent énumérées ci-dessus lui offrent la possibilité, de veiller effectivement aux intérêts du présumé absent. Nous avons le sentiment que l'ensemble de ces actions permettent effectivement une protection suffisante de celui-ci. L'administrateur-notaire dispose d'un véritable arsenal d'action afin de faire valoir l'intérêt de la personne qu'il représente.

SOUS-SECTION 2. LA LIQUIDATION-PARTAGE

Abordons la liquidation-partage après avoir énoncé les principes régissant l'inventaire qualifié par certains d'âme de la liquidation-partage⁵⁵.

La procédure de liquidation-partage judiciaire a fait l'objet d'une modification via la loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire. Les objectifs de cette loi étaient premièrement, d'accélérer la procédure, deuxièmement de rendre plus prévisible celle-ci, troisièmement d'accorder une place plus importante aux accords pris par les parties et enfin de conférer au notaire chargé de la liquidation-partage un rôle beaucoup plus actif dans le cadre de cette opération⁵⁶.

Une innovation importante a été de supprimer l'intervention d'un notaire supplémentaire chargé de représenter les parties absentes ou récalcitrantes⁵⁷. L'article 1214, § 6 du Code judiciaire prévoit désormais : « § 6. L'absence d'une ou plusieurs parties ne fait pas obstacle à la poursuite des opérations. Le cas échéant, le notaire-liquidateur constate, à tout stade de la procédure, l'absence ou le refus de signer d'une partie ». Cette suppression ne concerne, toutefois pas la représentation de la partie présumée absente. L'article 115, § 3 du Code civil continue de disposer que l'administrateur représente le présumé absent dans tous les actes juridiques et dans toutes les procédures, comme demandeur ou comme défendeur. Par conséquent, contrairement à ce qui existait auparavant, le présumé absent ne sera pas, nécessairement, représenté par un notaire. Il sera en effet représenté par l'administrateur désigné dans l'ordonnance du juge de paix.

⁵⁴ C., DE BOE, J-F., VAN DROOGHENBROECK, « Inventaire », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Bruxelles, Larcier, 2012, n°34 et s.

⁵⁵ C., DE BOE, J-F., VAN DROOGHENBROECK, « L'inventaire après la réforme du partage judiciaire », *J.J.P.-T.Vred.*, 2013/3-4, pp. 137 à 153.

⁵⁶ F., DEGUEL, « La loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire: entre cadre légal, rôle actif du notaire et volonté des parties », *R.G.D.C.*, 2012, pp.66 à 84.

⁵⁷ Les parties absentes selon cette expression sont celles qui se trouvent éloignées dans l'espace et concernant lesquelles il n'existe aucun doute quant à la vie ou à la mort. Ces personnes ne sont pas à confondre avec l'absent des articles 112 et suivants du Code civil.

Comme ce qui existait avant l'adoption de la loi de 2013⁵⁸, l'administrateur doit véritablement veiller aux intérêts de la personne qu'il représente. Il faut néanmoins déplorer qu'il ne soit pas systématiquement désigné un notaire pour représenter un présumé absent durant les opérations de liquidation-partage. Il est en effet à constater que la protection qui existait avant 2013 pour les absents au sens géographique du terme et les récalcitrants était plus étendue que celle qui existe actuellement pour les présumés absents. Cela est d'autant plus vrai que la majorité de la doctrine estimait que le notaire représentant les parties absentes ou récalcitrantes avait un véritable rôle actif⁵⁹. Le présumé absent bien qu'étant effectivement représenté ne l'est pas toujours par un professionnel du droit et qui plus est un spécialiste de la liquidation-partage tel qu'un notaire.

Après ces quelques considérations abordons les missions de cet administrateur judiciaire pouvant être un notaire sans pouvoir être confondu avec le notaire liquidateur.

Cela étant précisé, l'administrateur à ce stade prend véritablement, dans la liquidation-partage, la place du présumé absent, il veille à ses intérêts.

À cet égard la question se pose de savoir s'il pourrait consentir à un partage amiable avec les autres indivisaires⁶⁰ ? La réponse nous semble affirmative au regard de la compétence générale qui lui est reconnue. De plus, aucune autorisation du juge de paix ne serait nécessaire⁶¹.

En l'absence d'accord amiable la situation est réglée par les articles 1207 et suivants du Code judiciaire.

Dans le cadre de la liquidation-partage judiciaire, l'accord du juge de paix est requis. En vertu de l'article 115, § 3, du Code civil, l'administrateur du présumé absent ne pourrait donc provoquer cette liquidation en tant que demandeur sur base de l'article 1225 du Code judiciaire que moyennant l'accord préalable du juge de paix.

Une fois cet accord obtenu, les parties doivent en principe se mettre d'accord sur la désignation du notaire chargé de la liquidation-partage⁶². A défaut d'accord, le tribunal de première instance nomme lui-même le notaire-liquidateur.

A ce stade, il convient de se demander si la présence d'un notaire représentant un présumé absent n'est pas de nature à susciter un doute quant à une éventuelle partialité de la part du

⁵⁸ J-F., TAYMANS, « La liquidation-partage à l'aune de quelques questions processuelles », in *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 269 et s.

⁵⁹ V., DEHALLEUX, « Absence et déclaration judiciaire de décès (lois des 9 et 10 mai 2007) », *Chron. not.*, 2007, pp. 361 à 372.

⁶⁰ Article 1207 du Code judiciaire.

⁶¹ Le partage amiable entre dans les missions générales accordées à l'administrateur prévues par l'article 115 § 3 sans entrer dans l'hypothèse de l'article 115 § 3, 1° qui concerne l'introduction d'une instance en tant que demandeur relativement à un partage.

⁶² Article 1210 du Code judiciaire.

notaire liquidateur. Toutefois, la mission du notaire liquidateur est principalement guidée par un devoir d'impartialité, ce dernier ne devrait pas être influencé par la présence d'un confrère. Son devoir est de rechercher, prioritairement, l'équité dans le partage⁶³. L'opération est ainsi sauvée grâce à cette nouvelle obligation, faisant «contagion»⁶⁴ au notaire-liquidateur de respecter non seulement l'impartialité subjective mais également objective⁶⁵⁶⁶.

Enfin il importe de noter que, durant la procédure, l'administrateur doit, comme en matière d'inventaire, veiller aux intérêts du présumé absent et qu'il peut ainsi être amené à introduire une action⁶⁷ qui lui semblerait opportune après avoir obtenu l'accord du juge de paix.

SOUS-SECTION 3. LA VENTE D'UN IMMEUBLE

La troisième situation appelant un commentaire est celle d'un présumé absent ayant un intérêt dans un immeuble faisant l'objet d'une vente.

Comme l'indique monsieur Jean-François Taymans⁶⁸, la situation d'un immeuble vendu dans le cadre d'une procédure de partage nécessite plusieurs opérations requérant l'intervention d'un notaire.

Lorsqu'un immeuble est la propriété d'un présumé absent et d'autres personnes, le représentant légal du présumé absent ou ses co-indivisaires peuvent demander la sortie d'indivision au juge de paix à qui il incombe d'autoriser ou non la vente de l'immeuble. L'article 1186 du Code judiciaire mentionne que l'administrateur du présumé absent doit obtenir une autorisation spéciale du juge de paix pour procéder à cette vente.

Si le juge de paix donne son accord à la sortie d'indivision, il nomme un notaire pour réaliser le bien en vente publique⁶⁹. De nouveau ce notaire chargé de la vente ne doit pas être confondu avec l'administrateur désigné pour représenter le présumé absent et pour protéger

⁶³ J-F., VAN DROOGHENBROECK, P., NICAISE, *Le notaire liquidateur désignation, rôle et compétence – E pluribus unum*, Bruxelles, Bruylant, 2012 pp. 27 et s.

⁶⁴ G., DE LEVAL, FR., GEORGES, *Précis de droit judiciaire*, « Les institutions judiciaires : organisation et éléments de compétence », Bruxelles, Larcier, 2010, p.61, n° 57 ; ceux-ci parlent de contagion car ce devoir d'impartialité existe déjà pour les juges, experts, arbitres,...

⁶⁵ C.E.D.H., 28 novembre 2000, Sieghel c. France, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001 pp. 759 et s. ; F., KUTY, C., WERA, « Les relations tumultueuses du notaire commis et de l'avocat dans le cadre de la liquidation-partage », *T.B.B.R.*, Kluwer, 2003, pp. 460 et s.

⁶⁶ Pour une analyse plus poussée de l'impartialité subjective et objective nous renvoyons le lecteur aux analyses et commentaires réalisés par J., VAN COMPERNOLLE, « Désignation, compétence et impartialité du notaire auxiliaire de justice », *A.D.L.*, 2000, pp. 283 et s.

⁶⁷ Nous pensons notamment à l'article 1212 du Code judiciaire qui mentionne que les parties peuvent demander à ce que soit nommé un gestionnaire chargé d'accomplir les actes d'administration et/ou de représentation en justice de la masse indivise.

⁶⁸ J-F., TAYMANS, « Le notaire auxiliaire de justice », *Ius et Actores*, 2008, pp 81 à 93.

⁶⁹ Article 1187 du Code judiciaire ; Sous l'ancien régime le système était quelque peu différent. La mission de nomination du notaire commis pour vendre le bien appartenait au Tribunal de première et pas au juge de paix. Cependant, le juge de paix devait tout de même être présent durant l'opération de vente ; J., VAN COMPERNOLLE, « La commission du notaire par justice », in *Le notaire, le juge et l'avocat, heurs et malheurs du notaire commis*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 6 à 29.

ses intérêts. La vente d'un immeuble constituant une opération importante, une attention toute particulière doit y être apportée⁷⁰.

Aussi l'administrateur est-il soumis au contrôle strict du juge de paix en présence duquel la vente est opérée. Plus précisément le juge de paix a une double compétence, d'une part il contrôle les opérations, et vérifie que le notaire commis pour représenter le présumé absent défend bel et bien ses intérêts, et d'autre part, il peut refuser la vente publique s'il l'estime opportun⁷¹. Ainsi il nous faut constater, que l'administrateur ou le notaire représentant un présumé absent voit son autonomie limitée au contrôle des intérêts de ce dernier.

SOUS-SECTION 4. LA LIQUIDATION D'UNE SUCCESSION

Enfin, abordons la liquidation d'une succession à laquelle est appelé un présumé absent. Lorsqu'un présumé absent est appelé à une succession, cette opération doit être gérée par l'administrateur désigné dans l'ordonnance du juge de paix lors du jugement de présomption d'absence. Si aucun administrateur n'avait été désigné au moment de l'ouverture de la succession, un notaire sera d'office nommé par le juge de paix⁷².

La situation d'un présumé absent appelé à la liquidation d'une succession est controversée dans la mesure où la possibilité pour celui-ci de venir à une succession ouverte après sa disparition est elle-même discutée.

Sous l'empire de l'ancien article 136 du Code civil, aujourd'hui abrogé, il convenait de faire abstraction du présumé absent si celui-ci avait disparu avant même l'ouverture de la succession à laquelle il était appelé⁷³. Lorsque la disparition intervenait après l'ouverture de la succession, un notaire était commis pour le représenter⁷⁴.

L'article 34 de loi du 9 mai 2007 a supprimé les articles 136 et 137 du Code civil. Cette suppression est à l'origine d'une controverse quant à la possibilité pour un présumé absent de participer à une succession ouverte après sa disparition.

Le courant majoritaire⁷⁵ considère que les biens d'une succession ouverte après la disparition du présumé absent et à laquelle ce dernier pourrait venir, doivent être gérés par

⁷⁰ Article 1225 du Code judiciaire.

⁷¹ J-F., TAYMANS, « Le notaire auxiliaire de justice », *op. cit.*, pp 81 à 93.

⁷² Article 116, alinéa 2 du Code civil.

⁷³ G., DE LEVAL, G., GENIN, « Succession échue à des absents, des présents ou des récalcitrants. », *Rép. not.*, Tome X, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 2601 et s.

Jug. Bruxelles, 21 oct. 1900, *Rec. Enr.*, n°15167.

⁷⁴ E., GENIN, « De la représentation par un notaire des parties non présentes ou récalcitrantes dans les opérations de licitation et de partage », *Rec. gen.*, 1931, pp. 193 à 201.

⁷⁵ J.-FR. TAYMANS, « Le règlement d'une succession à laquelle est appelée un "absent" », *Rev. not. belge*, 2007 pp. 659 et s.; Y-H., LELEU, « Section 1 – L'acquisition et la perte de la personnalité » in *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 43 à 54. ; R., EEMAN, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *Notamus* 2008/1, pp. 37 à 42; K., VERSTRAETE, « De hervorming van de afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van overlijden », in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, d. 12, Bruges, Die Keure,

l'administrateur⁷⁶. Selon C. AERTS, la modification apportée au Code civil par la loi du 9 mai 2007 s'explique par la volonté du législateur de considérer le présumé absent comme étant toujours en vie⁷⁷. Dès lors, à l'inverse, une personne déclarée absente ne pourrait pas venir à une succession, la déclaration d'absence produisant tous les effets d'un décès⁷⁸.

Plusieurs arguments sont avancés à l'appui de cette thèse. Le premier réside dans la suppression pure et simple, sans remplacement, des articles 135 et 136 du Code civil par la loi du 9 mai 2007. Ces articles contestaient toute vocation successorale au bénéfice d'un présumé absent. Ainsi leur abrogation indiquerait un renversement de la règle. L'interprétation de ces auteurs tend à prolonger la protection du présumé absent ce qui semble s'opposer à l'idée même de l'adoption des lois de 2007⁷⁹ voulant limiter la protection jugée trop importante et interminable accordée au présumé absent.

Le second argument découle de l'article 116 alinéa 1^{er} du Code civil : « si le présumé absent est appelé à un partage ou à une succession, il est représenté par l'administrateur judiciaire désigné conformément à l'article 113 ». La généralité des termes employés dans cette disposition lui permettrait en effet de s'appliquer tant aux successions ouvertes avant, qu'après la disparition du présumé absent.

Un troisième argument a été développé par monsieur Rodolphe Eeman⁸⁰. Celui-ci indique, qu'il est logique d'admettre que le présumé absent puisse venir à une succession, dans la mesure où s'il venait à réapparaître, il aurait le droit de récupérer l'ensemble de ses biens mais également ceux qu'il aurait pu obtenir pendant sa présomption d'absence.

En conclusion, le courant majoritaire entend bel et bien reconnaître une vocation successorale au présumé absent, tant en ce qui concerne les successions ouvertes avant sa disparition que celles ouvertes après. Dès lors l'administrateur, ou le notaire aurait bel et bien un rôle supplémentaire à jouer. En effet celui-ci devrait intervenir dans la succession pour faire valoir l'ensemble des droits du présumé absent. Il pourrait ainsi faire valoir un testament bénéficiant à la personne qu'il représente.

2008, pp. 12 à 14 ; C. AERTS, « Afwezigheid en gerechtelijk verklaring van overlijden. Commentaar op de Wetten van 9 en 10 mai 2007 », *T.Fam.*, 2008/4, p. 67. ; M., VAN MOLLE, « Questions choisies en matière d'ouverture de la succession », in A., DEMORTIER, S., DÉSIR, J., FILLENBAUM, G., HOLLANDERS DE OUDERAEN, L., STERCKX, T., VAN ALTEREN, M., VAN MOLLE, V., WYART, *Contentieux successoral – Les écueils juridiques du conflit successoral*, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 4 à 8.

⁷⁶ Cet administrateur peut être un notaire. Il le sera de toute façon si aucun administrateur n'a été désigné par le juge de paix au moment de l'ouverture de la succession conformément à l'article 116 du Code civil.

⁷⁷ C. AERTS, « Afwezigheid en gerechtelijk verklaring van overlijden. Commentaar op de Wetten van 9 en 10 mai 2007 », *op. cit.*, p. 67

⁷⁸ Article 121 § 1 du Code civil.

⁷⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, no 51 0614/001, pp. 7 et 8 ; *Doc. parl.*, Sén., sess. 2006-2007, n°3-1792/5, pp. 20 et s.

⁸⁰ R., EEMAN, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *Notamus* 2008/1, pp. 37 à 42

Selon le second courant, minoritaire représenté par monsieur Michel Grégoire⁸¹, les nouveaux articles du Code civil⁸² ne permettent pas de reconnaître une vocation successorale au présumé absent. La suppression des articles 136 et 137 du Code civil impliquerait de revenir au droit commun, c'est-à-dire aux conditions pour pouvoir succéder et précisément à l'obligation d'existence visée à l'article 725 du Code civil selon lequel « [...] pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession », alors que précisément il existe un doute quant à la vie ou à la mort d'un présumé absent.

Quant à l'argument tiré de l'article 116 du Code civil, Michel Grégoire considère qu'il ne faut pas étendre le texte de loi. Cette disposition ne viserait que la situation où la succession est ouverte avant la disparition⁸³.

Les arguments développés par le premier courant, majoritaire, emportent néanmoins notre conviction. Cependant nous concédons avec Michel Grégoire qu'il aurait été judicieux de la part du législateur de modifier l'article 725 du Code civil, et d'indiquer par là que pour succéder il faut à tout le moins ne pas être déclaré absent et de toute façon ne pas être décédé⁸⁴.

Une question reste à aborder si nous considérons que le présumé absent peut venir à la succession par le biais de son représentant : Quelles actions le représentant du présumé absent dans le cadre d'une succession peut-il concrètement entreprendre ?

Ces actions ne sont pas définies à l'article 116 du Code civil. Madame Aerts⁸⁵ en déduit, que tout en respectant les limites de cet article, le notaire serait ainsi libre de poser tous les actes d'administrations qu'il jugerait utiles. Cependant, elle estime, que le juge de paix aura, certainement, dans son ordonnance indiqué quelle mission ce dernier pourra exécuter et les missions pour lesquelles une autorisation spéciale lui sera nécessaire.

Monsieur Jean-François Taymans estime au contraire que : « [...] les compétences du notaire sont limitées par sa fonction : représenter l'absent dans les opérations d'administration et de partage des biens successorales, mais sans prendre d'initiatives. Ainsi, il pourrait représenter l'absent dans une procédure de partage (amiable ou judiciaire) diligentée par un de ses cohéritiers, mais non provoquer lui-même le partage »⁸⁶.

⁸¹ M., GRÉGOIRE, « Contre vue », *Notamus*, 2008/1, pp. 43 à 45.

⁸² Voir les articles 112 et suivants du Code civil et particulièrement l'article 116 du Code civil.

⁸³ M., GRÉGOIRE, « Contre vue », *Notamus*, 2008/1, pp. 43 et s.

⁸⁴ C., AUGHUET, « Chapitre 8 - L'incertitude sur l'existence de la personnalité : le régime de l'absence », in H., DE PAGE, *Traité de droit civil belge - Tome I : Les personnes*, Volumes 1 et 2, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.81 à 121.

⁸⁵ C., AERTS, « Commentaar bij art. 116 BW », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IV., 2008, pp. 8 et s.

⁸⁶ J.-Fr. TAYMANS, « Le règlement d'une succession à laquelle est appelée un "absent" », *Rev. not. belge*, 2007, p. 663.

Cette position, ne nous convainc cependant pas. Quelle serait alors la raison de nommer un notaire spécialiste en la matière pour ensuite limiter ses actions ? Nous imaginons que la volonté du législateur est qu'il puisse avoir un véritable rôle actif. Nous rejoignons le point de vue défendu par Madame Aerts et estimons qu'il se justifie de reconnaître un rôle actif au notaire représentant, tout en gardant à l'esprit que l'accord du juge de paix est indispensable pour réaliser certaines opérations⁸⁷.

Le notaire représentant doit ainsi spécialement veiller à ce que la liquidation de la succession respecte les articles 718 et suivants du Code civil et à ce qu'il ne soit pas fait abstraction du présumé absent. Dans le cadre d'une succession par la volonté il devrait contrôler le respect des indications contenue dans le testament en faveur du présumé absent.

La question se pose encore de savoir si, lorsque la liquidation de la succession a été opérée, le notaire chargé de représenter le présumé absent lors de celle-ci doit continuer à administrer les biens de ce dernier ? Au vu de l'article 116 du Code civil, nous pensons que le juge de paix pourrait par la suite nommer un autre administrateur⁸⁸. Rien dans cet article n'indique que la représentation par le notaire lors de la liquidation de la succession doive s'étendre par la suite à une administration générale. Dès lors, une fois cette liquidation clôturée, le juge de paix pourrait nommer un administrateur autre que ce notaire⁸⁹.

Au vu des diverses missions et implications du notaire décrites ci-dessus, il y a lieu de constater que les fonctions exercées par celui-ci dans le cadre de la représentation du présumé absent ou d'une intervention lors d'opérations l'impliquant sont complexes et ne font généralement pas l'objet d'une limitation nette. L'incertitude en la matière peut conduire le notaire à des manquements qu'il convient d'aborder dans le chapitre suivant.

⁸⁷ Article 115, § 3 du Code civil.

⁸⁸ Article 113, § 2 du Code civil.

⁸⁹ Article 113, § 2 du Code civil.

CHAPITRE 3. FAUTES, ERREURS ET NÉGLIGENCES DU NOTAIRE

Au regard des missions parfois délicates accordées au notaire représentant un présumé absent il n'est pas exclu qu'un manquement soit constaté. Dans ce chapitre, nous étudierons, dans une première section la responsabilité civile du notaire dans l'ensemble de ses composantes : faute, dommage et lien causal et en l'illustrant par une décision de jurisprudence.

Dans une seconde section nous analyserons la responsabilité disciplinaire du notaire et ses particularités ainsi que sa procédure.

SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

La question de la responsabilité notariale a suscité beaucoup de discussions. L'office du notaire se situant entre le service public et la profession libérale⁹⁰ il est parfois difficile de déterminer la nature de celle-ci.

Toutefois, en ce qui concerne la responsabilité du notaire commis pour représenter le présumé absent, la doctrine⁹¹ semble unanime et exclut toute responsabilité contractuelle. Cela s'explique, évidemment par la circonstance qu'il ne peut exister aucun contrat entre le présumé absent et le notaire le représentant.

Dès lors, la responsabilité du notaire agissant sur désignation du juge de paix ne peut qu'être extracontractuelle. Elle suppose la démonstration d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal dans son chef.

La faute est appréciée par le juge au regard du critère du notaire normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances et au regard des devoirs que la loi lui impose⁹². Ainsi, la loi commande à l'administrateur du présumé absent, de gérer les biens de ce dernier en bon père de famille et de respecter les obligations et devoirs qui lui ont été imposés par le juge de paix dans son ordonnance de désignation⁹³. Toute violation d'une obligation légale ou des prescrits commandés par le juge de paix engendre donc une faute dans le chef de l'administrateur-notaire.

Le dommage, quant à lui peut être constaté par le juge de paix lors de ses contrôles ou par le présumé absent après sa réapparition.

⁹⁰ J., GOEMAERE, « La responsabilité du notaire est-elle contractuelle ou aquilienne ? » *Rev. not. belge*, 2009, pp. 143 et s.

⁹¹ H., CASMAN, *Précis du notariat*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 231 et s ; J., GOEMAERE, « La responsabilité du notaire est-elle contractuelle ou aquilienne ? » *Rev. not. belge*, 2009, pp. 143 et s.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

Enfin, s'agissant du lien causal, la Cour de cassation exige que ce lien de causalité soit établi de manière telle que le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé, sans la faute⁹⁴. Concernant la situation qui nous préoccupe si le notaire n'avait pas méconnu la loi, ou les injonctions du juge de paix, a fortiori le dommage n'aurait pas eu lieu tel qu'il l'a été⁹⁵.

Cependant, la jurisprudence témoigne en générale, dans divers arrêts⁹⁶, d'une appréciation assez rigoureuse des faits, notamment quant à la chronologie des faits⁹⁷ et au lien causal qui doit être certain⁹⁸.

Il existe, néanmoins, très peu de jurisprudence relative à la responsabilité spécifique du notaire en présence d'un présumé absent. La cour d'appel de Gand⁹⁹ a cependant été amenée à se prononcer sur une situation assez complexe englobant plusieurs aspects de la mission du notaire développée au chapitre précédant.

Les faits peuvent être résumés comme suit. La mère d'un enfant présumé absent était décédée en laissant un immeuble dans sa succession. Par un testament, elle avait institué son fils légataire à titre particulier de celui-ci, sous la « condition » qu'il réapparaisse. Les événements avaient eu lieu avant l'adoption des lois du 9 et 10 mai 2007 et la procédure de dévolution de la succession avait perduré après leur adoption.

Aucun représentant n'avait été désigné sous l'empire de la loi ancienne. Après l'adoption des lois du 9 et 10 mai 2007, le tribunal de Torhout¹⁰⁰ avait désigné un notaire représentant le présumé absent tout en indiquant que les notaires chargés de l'opération de dévolution et les avocats saisis suite aux difficultés, n'étant pas parvenu à aucun accord, les lois nouvelles s'appliquaient¹⁰¹. Dès lors, les articles 136 et 137 du Code civil ayant été abrogés, le légataire particulier avait la possibilité de venir à la succession.

Les notaires chargés de la vente de l'immeuble avant la désignation du représentant avaient déjà refusé de rédiger l'acte de vente au regard du risque qu'encourrait l'acheteur quant au retour du présumé absent. Cela aurait également engendré le non-respect de la clause contenue dans le testament.

Le tribunal a finalement jugé qu'ils avaient eu raison de ne pas vouloir signer la convention de vente et leur responsabilité n'a pas pu être engagée, à la fois en ce qui concerne le refus de

⁹⁴ Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013/12, pp.2457 et s.

⁹⁵ A., Putz, « L'exigence causale en droit de la responsabilité notariale » *R.G.C.F.*, 2010, pp. 218 et s.

⁹⁶ Il s'agit ici d'arrêts liés à la responsabilité notariale sans être directement concerné par la question de la représentation d'un présumé absent ; Bruxelles, 7 février 2006, *Rev. not. belge*, 2009, p.179 ; Liège, 18 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p.1723.

⁹⁷ J., GOEMAERE, « La responsabilité notariale », *Chron. not.*, volume 52, 2010, pp. 152 à 196.

⁹⁸ Liège, 18 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p.1723.

⁹⁹ Gent (1ste kamer), 20 janvier 2011, *T. Not.*, 2013, pp. 229 et s.

¹⁰⁰ Décision du 25 novembre 2008.

¹⁰¹ À propos du régime transitoire voir : C., AERTS, « Wijziging van het overgangsrecht inzake afwezigheid », *T.Fam.*, 2008/4, pp. 175 et s.

rédiger la convention de vente et le fait d'avoir procédé à la liquidation de la succession tout en respectant la condition introduite par la légataire.

Ainsi bien que cette décision n'ait pas attrait spécifiquement à la responsabilité du notaire administrateur d'un présumé absent, cet arrêt témoigne du caractère particulier de la mission du notaire en présence d'un présumé absent. Ce dernier à, en vertu de son devoir de conseil, l'obligation de veiller aux intérêts du présumé absent et est susceptible de voir sa responsabilité engagée si il ne le fait pas. Ainsi il apparaît clairement que la faute du notaire, dans la présente décision, n'a pût être engagée car ce dernier avait bel et bien respecté l'ensemble des prescrits que la loi lui imposait.

A ce stade, il reste à aborder la question du délai de prescription de l'action en responsabilité. L'article 2276^{quinquies} du Code civil indique : « Les délais de prescription de droit commun sont applicables à la responsabilité professionnelle des notaires, [...] ». En rendant applicable les délais de prescription de droit commun cet article renvoie à l'article 2262^{bis} du Code civil qui prévoit un délai de cinq ans pour la responsabilité extracontractuelle. Pour rappel, ce délai prend cours au jour où la victime a connaissance de son dommage et de l'identité de la personne responsable de celui-ci. Il est fixé, en parallèle avec le délai de cinq ans, un délai maximum de vingt ans qui prend cours au lendemain du fait dommageable.

Ces délais peuvent paraître long dans la mesure où, tant que le présumé absent n'est pas réapparu il ne peut pas avoir connaissance de son dommage et par conséquent le délai de cinq ans ne peut commencer à courir !

Nous pouvons nous demander ce qu'il advient de ce délai une fois la déclaration d'absence prononcée. Le déclaré absent qui réapparaîtrait, pourrait-il remettre en cause la mission et les actes effectués en son nom ? Il apparaît qu'une fois déclaré absent, le juge de paix relève l'administrateur de ses fonctions¹⁰². Dès lors, si la personne réapparaît elle doit respecter le partage et l'ensemble des opérations qui ont été effectuées, sans pouvoir les remettre en cause¹⁰³¹⁰⁴. Cependant une action en responsabilité extracontractuelle serait, selon nous, toujours possible tant que les délais énoncés ci-dessus sont respectés. Ainsi à défaut de pouvoir obtenir l'inopposabilité des actes réalisés par son administrateur, l'absent réapparu pourrait, au moins, obtenir des dommages et intérêts au titre de responsabilité extracontractuelle.

Outre une responsabilité extracontractuelle, le notaire risque également d'être sanctionné par ses autorités disciplinaires pour ses manquements¹⁰⁵. Tel sera l'objet de notre section suivante.

¹⁰² R., EEMAN, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *Notamus* 2008/1, pp. 37 à 42

¹⁰³ S., DEVOS, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden » in C., DE WULF, J., BAEL, S., DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, pp. 3 à 22.

¹⁰⁴ Article 117 du Code civil ; sauf si une fraude peut être prouvée. Dans ce cas les actes réalisés en fraude pourront être considérés comme inopposables au présumé absent. La responsabilité de l'administrateur pourra également être engagée.

¹⁰⁵ J-L., LEDOUX, D., STERCKX, « La réforme du notariat et des actes notariés », *J.T.*, 2000, pp. 209 et s.

SECTION 2. LA DISCIPLINE NOTARIALE

La matière disciplinaire à ceci de particulier, qu'aucune loi ne mentionne les faits pouvant engendrer une sanction, seule les peines applicables étant listées¹⁰⁶. Le principe « *nullum crimen sine lege* » ne s'applique dès lors pas à cette matière. Pour constater le non-respect de la discipline notariale il n'est donc pas nécessaire d'établir la méconnaissance d'une disposition spécifique de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat. Il suffit que le notaire ait, par son attitude, rompu la confiance que le public peut avoir en la profession ou ait porté atteinte à la dignité de la fonction¹⁰⁷.

La seule disposition qui évoque clairement un manquement susceptible de justifier une sanction disciplinaire, est celle visée par l'article 1396 du Code judiciaire qui mentionne que : « (le juge des saisies) peut, même d'office, se faire remettre un rapport sur l'état de la procédure par les officiers publics ou ministériels instrumentants ou commis. S'il constate une négligence, il en informe le procureur du Roi, qui apprécie les suites disciplinaires qu'elle peut comporter ». Ainsi le notaire qui commet une négligence peut être renvoyé à ses autorités disciplinaires¹⁰⁸.

Un particulier, tel le présumé absent réapparu ou une personne intéressée à une opération pour laquelle le notaire représentant est intervenu, peut déposer une plainte à l'encontre de ce notaire devant la commission de nomination pour le notariat¹⁰⁹. Cette commission a pour mission de transférer la plainte à la chambre des notaires ou au tribunal civil ainsi qu'au notaire concerné¹¹⁰. Tout particulier peut également introduire une plainte directement auprès de la chambre des notaires, auprès du tribunal, ou enfin auprès du procureur du Roi¹¹¹. La chambre des notaires est une institution publique qui a, entre autre, pour mission d'établir un cadre réglementaire général¹¹².

Une fois la plainte introduite, l'organe saisi apprécie les faits. S'il conclut qu'une faute disciplinaire a été commise, deux types de peines peuvent être prononcés, celles de discipline intérieure¹¹³, et celles de haute discipline¹¹⁴. Les premières peuvent être prononcées par la

¹⁰⁶ Article 95 de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat ; H., CASMAN, *Précis du notariat*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 231 et s.

¹⁰⁷ Commentaire de la chambre nationale des notaires du 30 avril 2015 à propos du Code de déontologie, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004 et approuvé par A.R. du 21 septembre 2005 (M.B., 3 novembre 2005), modifié par l'assemblée générale du 22 avril 2008 et du 23 avril 2015.

¹⁰⁸ J-F., TAYMANS, « Le notaire auxiliaire de justice », *Ius et Actores*, 2008, 81-93.

¹⁰⁹ J-F., TAYMANS, « Quelques considérations sur le droit disciplinaire notarial », *Dr. pén. entr.*, 2012, pp. 51 et s.

¹¹⁰ Article 76 de la loi de Ventôse an XI contenant organisation du notariat.

¹¹¹ Article 98 de la loi de Ventôse an XI contenant organisation du notariat.

¹¹² Article 91 de la loi de Ventôse an XI contenant organisation du notariat ; J-L., LEDOUX, « Nul ne peut servir deux maîtres », *Rev. not. belge*, 2006, pp. 614 et s.

¹¹³ Article 96 de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat.

¹¹⁴ Article 97 de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat.

chambre des notaires ou par le tribunal civil, les dernières peuvent uniquement être infligées par le tribunal civil.

Les peines de discipline intérieure sont de trois types : le rappel à l'ordre, le blâme et l'amende disciplinaire de cent vingt-cinq euros à cinq milles euros. Les peines de haute discipline sont : l'amende disciplinaire à verser au Trésor, allant de cinq mille euros à douze mille cinq-cents euros, la suspension, ou la destitution¹¹⁵.

Il importe de préciser, comme l'indique Jean-François Taymans¹¹⁶, que la discipline notariale n'est pas à confondre avec la responsabilité extracontractuelle du notaire. La chambre des notaires ainsi que le tribunal civil n'ont pas à vérifier le respect des articles du Code judiciaire, et n'ont donc pas à contrôler que le notaire commis a correctement respecté ses obligations légales ainsi que les indications du juge de paix. Ils peuvent seulement sanctionner une atteinte à la dignité de la fonction notariale et un manquement aux devoirs du notaire.

Ainsi, bien qu'une même situation puisse engager la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité disciplinaire du notaire, les sanctions ne recouvrent pas la même dimension. Celles-ci peuvent se cumuler puisque le principe *non bis in idem* ne trouve pas à s'appliquer.

En conclusion, la responsabilité extracontractuelle sanctionne la méconnaissance par le notaire des prescrits légaux ou des dispositions prises par le juge de paix dans son ordonnance, tandis que la discipline notariale sanctionne l'atteinte à la profession et aux devoirs du notaire.

Ce troisième chapitre a abordé les sanctions pouvant être appliquées au notaire si celui-ci n'exerce pas comme il se doit sa mission. Dans le chapitre suivant nous exposerons le dernier point essentiel de notre cheminement, c'est-à-dire la fin de la mission de l'administrateur-notaire. Nous analyserons également certaines questions spécifiques au retour de l'absent.

¹¹⁵ J-L., LEDOUX, D., STERCKX, « La réforme du notariat et des actes notariés », *J.T.*, 2000, pp. 209 et s.

¹¹⁶ J-F., TAYMANS, « Le notaire auxiliaire de justice », *Ius et Actores*, 2008, 81-93.

CHAPITRE 4. LA FIN DE LA MISSION DE L'ADMINISTRATEUR ET QUESTIONS SPÉCIALES RELATIVES À LA RÉAPPARITION DE L'ABSENT

La problématique de l'achèvement de la mission du notaire ou de l'administrateur du présumé absent suppose d'aborder la question de la fin de la présomption d'absence d'une part par le retour du présumé absent, et d'autre part par le jugement de déclaration d'absence. Ensuite nous analyserons en lui-même le jugement déclaratoire d'absence ainsi que l'éventuel retour du déclaré absent. Enfin nous examinerons brièvement le jugement déclaratoire de décès et ses conséquences, ainsi que l'hypothèse, une dernière fois, du retour de la personne déclarée décédée.

SECTION 1. LA PRÉSUMPTION D'ABSENCE

Le retour du présumé absent va mettre fin à la situation de présomption d'absence. À cet effet, le présumé absent peut entamer une procédure de tierce-opposition à l'encontre du jugement prononçant sa présomption d'absence et en même temps mettre fin au mandat de l'administrateur ou du notaire¹¹⁷. De surcroît toute autre personne ayant des nouvelles du présumé absent peut demander à ce qu'il en soit fait mention dans le jugement de présomption d'absence¹¹⁸ et qu'il soit mis fin à cette situation¹¹⁹.

Le délai pendant lequel le présumé absent peut faire tierce-opposition est en principe de trente ans¹²⁰. En effet, la personne étant absente, aucune notification n'a pu, en principe, lui être adressée. Cependant Madame Charlotte Aughuet¹²¹ estime qu'en vertu de l'article 1034 du Code judiciaire le délai pourrait être réduit à un mois¹²² si le jugement a été signifié à son domicile. Dans les travaux préparatoires des lois du 9 et 10 mai 2007, Monsieur Hugo Vandenberghe¹²³ mentionne que : « [...] le jugement ne doit pas être signifié à la personne; le fait qu'il soit signifié au domicile où le présumé absent ne se trouve plus pourrait suffire. Cela tient lieu de signification et le délai ordinaire d'opposition d'un mois commence alors à courir. ».

¹¹⁷ C., AERTS, « Afwezigheid en gerechtelijk verklaring van overlijden. Commentaar op de Wetten van 9 en 10 mei 2007 », *T.Fam.*, 2008/4, p. 67 ; A., CULOT, « Loi du 9 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *Rec. gén. enr. not.* 2009, liv. 2, pp 33 à 35.

¹¹⁸ Il en va de même quant au jugement de déclaration d'absence.

¹¹⁹ S., DEVOS, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden » in C., DE WULF, J., BAEL, S., DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, pp. 3 à 22.

¹²⁰ Article 1128 du Code judiciaire.

¹²¹ C., AUGHUET, « Chapitre 8 - L'incertitude sur l'existence de la personnalité : le régime de l'absence », in H., DE PAGE, *Traité de droit civil belge - Tome I : Les personnes*, Volumes 1 et 2, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.81 à 121.

¹²² Le jugement de présomption d'absence est bel et bien établi sur base d'une requête unilatérale.

¹²³ *Doc. parl.*, Sén., sess. 2006-2007, n° 3-1792/5.

Bien que ce délai puisse paraître excessivement court pour la personne jugée présumée absente deux constatations doivent être faites.

Premièrement, la personne présumée absente qui ne le serait en réalité pas, devrait à priori être rapidement informée de ce jugement et donc pouvoir y mettre un terme dans le délai d'un mois.

Deuxièmement l'expiration du délai d'un mois permettant l'introduction d'une tierce opposition a des conséquences relativement limitée. Le présumé absent qui réapparaît à un moment où il ne peut plus faire tierce opposition du jugement peut toujours demander au juge de paix qu'il soit mis fin à la présomption d'absence¹²⁴. Le véritable intérêt de la procédure de tierce opposition est de permettre à la personne présumée absente de faire suspendre, au plus tôt, l'administration de ses biens par un recours devant le juge des saisies¹²⁵. L'article 1127 du Code judiciaire prévoit : « Le juge des saisies peut, sur citation à la requête de la partie qui a formé la tierce opposition et toutes autres parties appelées, suspendre à titre provisoire, en tout ou en partie, l'exécution de la décision attaquée. ».

Si le présumé absent revient après que le délai d'un mois soit écoulé, les actes valablement posés par l'administrateur lui sont opposables et peuvent donc être poursuivis contre lui, sauf en cas de fraude¹²⁶. Le présumé absent doit alors adresser une requête au juge de paix afin que le jugement de présomption d'absence soit mis à néant sans effet rétroactif et qu'il soit également mis fin au mandat de l'administrateur. Lorsqu'il est mis fin à la mission de l'administrateur ou du notaire, l'ensemble des actes que ce dernier a posé sont réputés réguliers¹²⁷, opposables à la personne réapparue et peuvent être exécutés contre lui, sauf à prouver l'existence d'une fraude¹²⁸.

À la fin de son mandat¹²⁹, l'administrateur a, comme nous l'avons déjà mentionné, trente jours pour déposer un rapport final relatif à sa gestion accompagné d'un inventaire si le présumé absent était marié ou cohabitant légal.

La réalisation de cet inventaire, telle qu'imposée par l'article 117, § 3, du Code civil, a pour objectif de déterminer la consistance du patrimoine commun dans l'hypothèse où le présumé absent réapparaîtrait. La forme de cet inventaire est controversée. La question est de savoir si celui-ci doit être notarié ou non.

Certains auteurs¹³⁰ considèrent que l'inventaire ne doit pas revêtir la forme notariée en s'appuyant sur la rédaction même de l'article 117, § 3, qui dispose que : « l'administrateur

¹²⁴ Article 117, § 1^{er}, deuxième alinéa du Code civil.

¹²⁵ Article 1127 du Code judiciaire.

¹²⁶ Article 117 du Code civil.

¹²⁷ R., EEMAN, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *Notamus* 2008/1, pp. 37 à 42.

¹²⁸ S., DEVOS, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *op. cit.*, pp. 3 à 22.

¹²⁹ Cela vaut peu importe la manière dont il est mis fin à sa mission, que ce soit par le retour du présumé absent, par la déclaration d'absence ou la déclaration judiciaire de décès.

judiciaire dresse un inventaire de tous les biens [...] », et ne mentionne pas que ce dernier « fait dresser ».

Un autre auteur¹³¹, se fondant particulièrement sur les articles 1175 et suivant du Code judiciaire relatifs aux règles applicables en la matière considère que celui-ci doit nécessairement être notarié.

Selon nous, dès lors que les articles 1175 et suivant imposent de faire appel à un notaire pour la réalisation d'un inventaire (hormis dans le cas de l'article 1154 du Code civil), le point de vue selon lequel l'inventaire des biens du présumé absent mariés ou cohabitant légal échapperait à cette obligation paraît dépourvu de base légale. Qui plus est, cet inventaire revêt un caractère particulier au vu de la volonté de protection du législateur envers le présumé absent telle qu'elle apparaît dans les lois du 9 et 10 mai 2007. Dès lors, bien qu'il soit fait mention de « l'administrateur judiciaire » dans la formulation de l'article 117 § 3 du Code civil, le recours à un notaire s'imposerait via les articles 1175 et suivant du Code judiciaire.

Enfin, cet inventaire doit être déposé, avec le rapport final de gestion, au greffe de la justice de paix¹³².

En définitive le présumé absent qui reparait récupère l'ensemble de ses biens, dans l'état où ils se trouvent¹³³, après avoir contesté le jugement le présumant absent¹³⁴. Déjà sous la loi ancienne lors de son retour l'absent pouvait prétendre à récupérer l'entièreté de ses biens¹³⁵.

En cas de faute, le présumé absent peut dès ce moment éventuellement engager la responsabilité de l'administrateur ou du notaire¹³⁶.

Si le présumé absent réapparaît après l'écoulement d'un certain temps celui-ci pourra être « déclaré » absent. La déclaration d'absence est abordée dans la section suivante.

¹³⁰ A., KOHL, « L'absence », *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, éd. 2012, pp. 58 et 59 ; J.-Fr., VAN DROOGENBROECK, C., DE BOE, « L'inventaire », *Rép. not.*, t. XIII, l. I/2, éd. 2012, p. 44.

¹³¹ S., DEVOS, « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *op. cit.*, pp. 3 à 22.

¹³² Article 117, § 3, alinéas 2 et 3, du Code civil.

¹³³ Cela concerne les biens dont le présumé absent était propriétaire avant sa disparition, mais également les biens qui aurait pût être acquis par l'administrateur durant la présomption d'absence par le biais d'une succession notamment, ou toute contre-valeur de ces biens.

¹³⁴ N., GALLUS, S., BRAT, D., SZAFRAN, L., COENJAERTS, M., GRÉGOIRE, A., PUTTEMANS, V., PIRE, M., EKELMANS, « Droit privé belge – (1^{er} janvier – 30 juin 2007) (première partie) », *J.T.*, 2007/40, pp. 825 à 838.

¹³⁵ Cass., 10 décembre 1942, *Pas.*, 1942, pp. 312 et 313.

¹³⁶ Voir chapitre 3.

SECTION 2. LA DÉCLARATION D'ABSENCE

Après avoir étudié la fin de la présomption d'absence résultant du retour du présumé absent, il convient maintenant d'analyser comment cette même présomption prend fin par la déclaration d'absence¹³⁷.

L'article 118, §1^{er}, du Code civil dispose : « § 1er. Lorsqu'il s'est écoulé cinq ans depuis le jugement qui a constaté la présomption d'absence, ou sept ans depuis les dernières nouvelles reçues de l'absent, l'absence peut être déclarée par le tribunal de la famille à la demande de toute personne intéressée ou du procureur du Roi. ».

Le jugement déclaratoire d'absence coulé en force de chose jugée tient lieu d'acte de l'état civil¹³⁸. L'article 121, § 2, alinéa 2, du Code civil, précise que la décision déclaratoire d'absence « produit tous les effets du décès à la date de sa transcription ». Dès lors une distinction est ici à faire par rapport à la situation de la déclaration judiciaire de décès abordée dans la section suivante. En effet, dans le cadre de la déclaration d'absence la date du décès est celle de la transcription de la décision la prononçant. Le déclaré absent est ainsi assimilé à une personne décédée à la date de la transcription du jugement, et cela sans effet rétroactif.

Dès que la décision déclaratoire d'absence est coulée en force de chose jugée, le déclaré absent est assimilé à une personne décédée. Il est alors mis fin à la gestion de l'administrateur et comme cela a été exposé dans la section précédente, celui-ci dispose de trente jours pour remettre un compte-rendu relatif à la fin de sa mission, éventuellement accompagné d'un inventaire si l'absent était marié ou cohabitant légal.

Le retour du déclaré absent est envisagé à l'article 124¹³⁹ du Code civil qui prévoit : « [e]n cas de réapparition de l'absent ou de preuve de son existence, le jugement de rectification permet à l'absent de retrouver ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent et le prix de ceux qui auraient été aliénés de même que les biens éventuellement acquis en emploi. [...] ».

Il résulte de la combinaison des articles 118 et 124 du Code civil que la personne qui réapparaît après avoir été déclarée absente, ne peut demander la levée de la mission de l'administrateur, puisque celle-ci a déjà été effectuée par le jugement de déclaration d'absence. L'administrateur aura déjà, déposé son rapport final accompagné de l'inventaire¹⁴⁰.

¹³⁷ Pour plus de détails à propos de l'ensemble de la procédure d'absence nous renvoyons à l'article de Monsieur Paul Delnoy « Décès et absence », *Rev. dr. Ulg.*, 2008, pp.133 à 179.

¹³⁸ Article 121 § 2 du Code civil.

¹³⁹ C., AERTS, « Commentaar bij art. 124 BW », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IV., 2008, pp. 59 et s.

¹⁴⁰ C., AERTS, « Afwezigheid en gerechtelijk verklaring van overlijden. Commentaar op de Wetten van 9 en 10 mei 2007 », *op. cit.*, pp 33 à 35.

Par ailleurs, la personne revenue reçoit du tribunal la correction de son état civil. Le jugement de rectification, dont il est question à l'article 124 du Code civil permet au déclaré absent de récupérer l'ensemble des biens¹⁴¹ qu'il possédait avant sa disparition mais également ceux recueillis par son administrateur pendant son absence, ou leur valeur si ceux-ci ont été aliénés¹⁴², ou encore les biens acquis en remploi¹⁴³.

Quoique réglé par les dispositions précitées, le retour de l'absent suscite plusieurs difficultés. La déclaration d'absence produit les mêmes effets que le décès. Par conséquent, le déclaré absent ne peut plus prétendre à une quelconque vocation successorale¹⁴⁴; de même sa succession s'ouvre. Trois questions se posent dès lors.

Premièrement, est-il possible de remettre en cause la vocation successorale du présumé absent une fois celui-ci déclaré absent et n'ayant plus, à ce titre, de vocation successorale ?

Si le présumé absent est venu à une succession avant d'avoir été déclaré absent, celle-ci lui est valablement acquise dans la mesure où la date de son décès est postérieure à la date à laquelle il est venu à la succession. Le décès sera forcément transcrit après que le présumé ait pu venir à la succession par l'entremise de son administrateur. Ce n'est qu'à partir de la transcription de la décision que le déclaré absent perd une qualité pour succéder, à savoir l'existence¹⁴⁵. Dans ce cas, il n'est donc pas possible de remettre en question la vocation successorale du présumé absent et ce même si il vient à être déclaré absent par la suite.

Deuxièmement, qu'advient-il si le déclaré absent réapparaît et que durant son absence « déclarée » une succession s'est ouverte à laquelle il aurait pût venir ?

Il semble que l'absent réapparu pourrait remettre en question la liquidation d'une succession opérée alors qu'il avait été déclaré absent. En effet dans la mesure où il ressort de la rectification du jugement portant déclaration d'absence qu'il remplissait les conditions légale pour héritier il ne pourrait pas être écarté et ce même si il avait fait l'objet d'une déclaration d'absence.

Ainsi au regard de l'article 789 du Code civil toute personne dispose d'un délai de trente ans pour exercer l'option héréditaire. Le déclaré absent aurait ainsi trente ans à partir du décès de la personne à laquelle il pourrait succéder pour exercer son option. Passé ce délai il sera considéré comme ayant renoncé à la succession¹⁴⁶.

¹⁴¹ C., AERTS, « Commentaar bij art. 117 BW », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IV., 2008, pp. 35 et s.

¹⁴² Article 134 du Code civil.

¹⁴³ Article 1402 du Code judiciaire.

¹⁴⁴ Le déclaré ne répond plus à la condition d'existence fixée par l'article 725 du Code civil pour pouvoir succéder.

¹⁴⁵ Article 725 du Code civil.

¹⁴⁶ A., CULOT, P., DE PAGE, F., LALIÈRE, J-L., VAN BOXSTAEL, M., VAN MOLLE, L., Voisin, « Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale », Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 52 et s.

Troisièmement, quel est le sort de la succession de l'absent qui a été ouverte et qui a peut-être déjà été liquidée avant son retour ?

Dans le cadre de la succession d'un déclaré absent il existe toujours un risque pour l'héritier de voir ce dernier réapparaître et exiger le retour de ses biens. Ainsi, en pareille circonstance, la personne qui reçoit à titre de succession légale ou testamentaire un bien appartenant à un déclaré absent, devrait être particulièrement prudent. Son héritage pourrait, en effet, être remis en question par l'absent lui-même si celui-ci vient à réapparaître.

Ainsi la situation qui existait auparavant était à ce titre plus efficace. Sous l'ancien régime, comme exposé dans le premier chapitre de cet exposé, les héritiers de l'absent qui entraient en possession de ses biens devaient constituer une sûreté quant à ces derniers. Ainsi les héritiers de l'absent gardaient à l'esprit que cette possession pouvait toujours être remise en question.

Au vu de ces développements, il est manifeste que le déclaré absent dispose d'une protection certaine. Celle-ci lui permet, quelle que soit l'avancée de la procédure, de récupérer non seulement l'ensemble de ses biens propres ou leur part dans une indivision, mais également les biens auxquels il aurait pu prétendre. Cette solution s'explique par le fait qu'il est logique que la personne ayant disparue pendant un certain temps ne soit pas privée de ses biens ou de ceux qu'elle aurait dû avoir.

Après avoir examiné les effets de la déclaration d'absence il reste à aborder la déclaration judiciaire de décès.

SECTION 3. LA DÉCLARATION JUDICIAIRE DE DÉCÈS

Abordons enfin la reconnaissance du décès de l'absent par la déclaration judiciaire de décès¹⁴⁷.

Selon l'article 126 du Code civil, la déclaration judiciaire de décès peut être prononcée par le tribunal de la famille à la demande de toute personne intéressée ou du procureur du Roi pour autant que quatre conditions cumulatives soient remplies¹⁴⁸. Il faut, premièrement, qu'aucun acte de décès n'ait déjà été dressé. Deuxièmement que la personne soit disparue dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger. Troisièmement, que son corps n'ait pas été retrouvé, ou pas identifié. Et enfin, quatrièmement, que son décès puisse être considéré comme étant certain au vu des circonstances.

¹⁴⁷ A., MAYEUR, « Loi du 9 mai 2007 (M.B., 21 juin 2007) – Nouvelle réglementation de l'absence – Déclaration judiciaire de décès – Conséquences pour l'application de l'impôt successoral – Suppression de l'article 3 et modification de l'article 40 C. succ. », in *Droits de succession lettre d'information mensuelle – Actualités en bref*, Kluwer, Août 2007, n°7.

¹⁴⁸ K., VERSTRAETE, « De hervorming van de afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van overlijden », in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, d. 12, Bruges, Die Keure, 2008, pp. 12 à 14.

La déclaration judiciaire de décès a pour objet de remplacer l'acte de décès dans le cas où il est certain que la personne concernée est décédée mais que son corps n'a pu être retrouvé¹⁴⁹. Cette déclaration peut être demandée à la suite d'une procédure de présomption d'absence. Cependant, il n'est pas possible de demander une déclaration judiciaire de décès après un jugement de déclaration d'absence étant donné que celui-ci vaut lui-même acte de décès¹⁵⁰.

Si avant l'instance en déclaration judiciaire de décès ou durant celle-ci la personne concernée est appelée à un partage ou à une succession le tribunal désigne, un notaire pour la représenter, comme dans le cadre de la présomption d'absence¹⁵¹. La mission de représentation du notaire subsiste jusqu'au prononcé du jugement¹⁵².

Lorsqu'un administrateur, éventuellement notaire, a été désigné pour représenter l'absent le mandat de celui-ci prend fin au prononcé de la déclaration judiciaire de décès¹⁵³. Comme en matière de déclaration d'absence, l'administrateur doit remettre un rapport sur sa gestion ainsi qu'un inventaire si le déclaré décédé était marié ou cohabitant légal¹⁵⁴.

S'agissant de ses effets, la déclaration judiciaire de décès vaut acte de décès. En conséquence, comme l'acte de décès, le jugement déclaratoire de décès doit indiquer la date de la survenance de celui-ci. Contrairement à la déclaration d'absence, le juge fixe lui-même la date supposée du décès au regard des circonstances et, à défaut, au jour de la disparition de l'intéressé¹⁵⁵. Cette date peut, au vu des opérations énoncées dans le chapitre deux, poser certaines difficultés.

Ainsi qu'advient-il lorsque la date de décès indiquée dans le jugement déclaratoire de décès est antérieure à la liquidation d'une succession à laquelle le présumé absent a été valablement représenté ? Il ressort de ce jugement que ce dernier devait être considéré comme décédé à cette date et qu'il ne pouvait, par conséquent pas venir à une telle succession¹⁵⁶. Dès lors, comme l'indique Monsieur Alphonse Kohl : « Le patrimoine de l'absent peut être amputé si l'on apprend qu'il était décédé avant l'ouverture d'une succession à laquelle il a pris part en sa qualité antérieure de présumé absent, par l'intermédiaire de son administrateur judiciaire (C. civ., art. 116) »¹⁵⁷.

Enfin, de même qu'elle se pose en ce qui concerne le présumé absent et le déclaré absent, il importe de savoir ce qu'il se passerait en cas de réapparition de la personne qui a été déclarée judiciairement décédée.

¹⁴⁹ Article 126, §1, du Code civil ; V., DEHALLEUX, « Absence et déclaration judiciaire de décès (lois des 9 et 10 mai 2007) », *Chron. not.*, 2007, pp. 361 à 372.

¹⁵⁰ Article 126 du Code civil.

¹⁵¹ Article 128 du Code civil ; A., KOHL, « L'absence », *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, éd. 2012, pp. 58 à 75.

¹⁵² Article 1226, § 1, alinéa 2 du Code judiciaire.

¹⁵³ Article 128 du Code civil.

¹⁵⁴ A., KOHL, « L'absence », *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, éd. 2012, pp. 58 à 75.

¹⁵⁵ Article 131 du Code civil.

¹⁵⁶ Article 725 du Code civil.

¹⁵⁷ A., KOHL, « L'absence », *op. cit.*, pp. 58 à 75.

Si la personne réapparaît, il est nécessaire de faire rectifier le jugement déclaratoire de décès¹⁵⁸. Comme il en va dans le cadre de la présomption d'absence¹⁵⁹ et de la déclaration d'absence¹⁶⁰, la personne déclarée judiciairement décédée peut former tierce opposition contre ce jugement¹⁶¹. Le déclaré décédé ou toute autre personne intéressée peut également introduire une action devant le tribunal civil afin d'obtenir la rectification de l'état civil en vertu de l'article 569 et des articles 1383 à 1385 du Code judiciaire. Cela, bien entendu, pour autant que la preuve de l'existence de la personne soit rapportée¹⁶². À la suite de cette rectification la personne dont le décès avait, par erreur, été judiciairement déclaré peut récupérer l'ensemble de ses biens mais également les biens qu'elle aurait dû recueillir pendant le temps de sa déclaration de décès¹⁶³. Elle récupère ses biens dans l'état où ils se trouvent, leur contrevalet s'ils ont été aliénés ou les biens acquis en remploi¹⁶⁴.

Comme dans le cadre de la déclaration d'absence, le déclaré décédé revenu peut toujours demander, dans un délai de trente ans, à ce qu'une succession à laquelle il pouvait prétendre fasse l'objet d'un nouveau partage.

Quel que soit sa situation, présomption d'absence, absence déclarée ou même décès déclaré, l'absent, de manière générale dispose toujours d'une protection très large concernant non seulement l'ensemble de ses biens mais également ceux qu'il aurait pu acquérir.

¹⁵⁸ Articles 123, 124 et 134 du Code civil.

¹⁵⁹ Article 117 du Code civil.

¹⁶⁰ Article 122 du Code civil.

¹⁶¹ A., KOHL, « L'absence », *op. cit.*, pp. 58 à 75.

¹⁶² Article 1383 à 1385 du Code judiciaire.

¹⁶³ Article 134 du Code civil.

¹⁶⁴ A., KOHL, « L'absence », *op. cit.*, pp. 58 à 75.

CONCLUSION

En faisant le choix d'aborder le thème de l'absence en lien avec les matières notariales nous avons essentiellement en vue d'examiner les fonctions du notaire représentant le présumé absent et leurs limites. Cela, compte tenu des nouvelles causes possibles d'absence que nous avons évoquées dans notre introduction.

Au cours de nos recherches, il est apparu que de nombreuses autres questions se posaient, tant l'absence est un sujet riche de questionnement.

Ainsi a-t-il été permis de constater que les lois des 9 et 10 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès, ont profondément modifié le régime napoléonien.

Nous avons observé que les opérations que l'administrateur peut réaliser sont soit limitées par l'article 115 du Code civil soit par l'ordonnance du juge de paix le nommant. Monsieur Paul Delnoy y voyait à l'époque une analogie entre les missions de l'administrateur d'un incapable et celle de l'administrateur d'un présumé absent. La loi du 17 mars 2013 est, cependant, venue bousculer cette comparaison. Nous avons pu établir par l'intermédiaire du principe d'égalité, que la possibilité pour l'administrateur d'un incapable de réaliser des donations en son nom et pour son compte pouvait être étendue à l'administration d'un présumé absent.

Nous avons ensuite abordés certaines opérations spécifiques effectuées par le notaire en lien avec le présumé absent tels que l'inventaire, la liquidation-partage, la vente d'un immeuble appartenant en tout ou en partie à un présumé absent et enfin la liquidation d'une succession à laquelle est appelé le présumé absent.

Au vue de ces diverses interventions nous avons pu conclure que le notaire dispose de moyens d'actions importants pour veiller aux intérêts du présumé absent. Cependant, en ce qui concerne la vente d'un immeuble dans lequel le présumé absent a des intérêts, l'administrateur est beaucoup plus limité par le contrôle du notaire-liquidateur et du juge de paix.

Suite à la réalisation de ces diverses opérations le notaire peut commettre certaines erreurs, fautes ou méprises. Sa responsabilité peut donc être engagée. Nous avons alors formulé la manière dont doit être démontré la faute, le dommage et le lien causal dans une telle situation.

Ensuite, nous avons souligné que le notaire peut être poursuivi sur le plan disciplinaire. Le présumé absent réapparu ou toute personne intéressée peut déposer une plainte à la commission de nomination pour le notariat.

Dans le dernier chapitre, nous avons développé plusieurs questions quant à la fin de la mission de l'administrateur. Pour chaque « phase » de l'absence nous avons analysé les conséquences du retour de la personne absente.

Finalement nous avons pu conclure que peu importe l'avancée de la procédure d'absence, la personne qui réapparaît a toujours le droit de récupérer l'ensemble de ses biens mais également les biens auxquelles elle aurait pu prétendre.

Par ailleurs, au regard des événements de ces dernières années il est opportun de se pencher plus à même sur le régime de l'absence. Existe-t-il un risque, comme durant l'après-guerre, que dans quelques temps un regain pour ce régime intervienne et avec lui de nouvelles questions ?

Bibliographie

A. Doctrine :

- AERTS, C., « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden. Commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 », *T.Fam.*, 2008/4, pp. 65 à 71.
- AERTS, C., « Wijziging van het overgangsrecht inzake afwezigheid », *T.Fam.*, 2008/4, pp. 175 et s.
- AERTS, C., « Commentaar bij art. 116 BW », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IV., 2008, pp. 8 et s.
- AERTS, C., « Commentaar bij art. 117 BW », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IV., 2008, pp. 35 et s.
- AERTS, C., « Commentaar bij art. 124 BW », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IV., 2008, pp. 59 et s.
- AUGHUET, C., « Chapitre 8 - L'incertitude sur l'existence de la personnalité : le régime de l'absence », in H., DE PAGE, *Traité de droit civil belge- Tome I : Les personnes*, Volumes 1 et 2, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.81 à 121.
- AUGHUET, C., CARBONE, M., « La procédure de liquidation-partage judiciaire nouvelle est arrivée ! », *Act. dr. fam.*, 2012, pp. 79 à 89.
- CASMAN, H., *Précis du notariat*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 231 et s.
- CUISINIER, C., « Dix écueils en matière d'inventaire », *Rev. not. belge*, 2007, pp. 548 à 570.
- CULOT, A., DE PAGE, P., LALIÈRE, F., VAN BOXSTAEL, J-L., VAN MOLLE, M., VOISIN, L., *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 52 et s.
- CULOT, A., « Loi du 9 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *Rec. gén. enr. not.* 2009, liv. 2, pp 33 à 35.
- DE BOE, C., VAN DROOGHENBROECK J-F., « Notaire commis aux fins de représentation. », *Rép. not.*, Tome XIII, Bruxelles, Larcier, 2012, n°72 et s.
- DE BOE, C., VAN DROOGHENBROECK, J-F., « Inventaire », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, livre 1/2, Bruxelles, Larcier, 2012, n°34 et s.
- DE BOE, C., VAN DROOGHENBROECK J-F., « L'inventaire après la réforme du partage judiciaire », *J.J.P.-T.Vred.*, 2013/3-4, pp. 137 à 153.
- DEGUEL, F., « La loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire: entre cadre légal, rôle actif du notaire et volonté des parties », *R.G.D.C.*, 2012, pp.66 à 84.
- DEHALLEUX, V., « Absence et déclaration judiciaire de décès (lois des 9 et 10 mai 2007) », *Chron. not.*, 2007, pp. 361 à 372.
- DE LEVAL, G., GENIN, G., « Succession échue à des absents, des présents ou des récalcitrants. », *Rép. not.*, Tome X, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 2601 et s.
- DE LEVAL, G., GEORGES, FR., *Précis de droit judiciaire*, Les institutions judiciaires : organisation et éléments de compétence, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 52 à 62.
- DE MONTAVILET, P., « Le principe d'égalité face aux exceptions », in A., VIDAL NAQUET, M., FATIN ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions, quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 214 et s.

DELNOY, P., « Sanction de l'irrégularité de l'inventaire », *Rep.not.*, Tome III, Les successions, donations et testaments, Bruxelles, Larcier, 1994, n°225.

DELNOY, P., « Décès et absence », *Rev. dr. Ulg.*, 2008, pp. 133 à 179.

DEMBLON, J., « De la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un gérant judiciaire », *Rev. not. belge*, 1983, pp. 510 et s.

DEVOS, S., « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden » in C., DE WULF, J., BAELE, S., DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, pp. 3 à 22.

EEMAN, R., « Afwezigheid en gerechtelijke verklaring van overlijden », *Notamus*, 2008/1, pp. 37 et s.

GALLUS, N., BRAT, S., SZAFRAN, D., COENJAERTS, L., GRÉGOIRE, M., PUTTEMANS, A., PIRE, V., EKELMANS, M., « Droit privé belge – (1^{er} janvier – 30 juin 2007) (première partie) », *J.T.*, 2007/40, pp. 825 à 838.

GENIN, E., « De la représentation par un notaire des parties non présentes ou récalcitrantes dans les opérations de licitation et de partage », *Rec. gen.*, 1931, pp. 193-201.

GOEMAERE, J., « La responsabilité du notaire est-elle contractuelle ou aquilienne ? », *Rev. not. belge*, 2009, pp. 143 et s.

GOEMAERE, J., « La responsabilité notariale », *Chron. not.*, volume 52, 2010, pp. 152 à 196.

GRÉGOIRE, M., « Contre vue », *Notamus*, 2008/1, pp. 43 et s.

KOHL, A., « Effets en ce qui concerne les partages et les successions auxquels est appelé le présumé absent. », *Rép. not.*, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1988, n°26 et s.

KOHL, A., « L'absence deux cents ans après le Code civil », *J.T.*, 2004, pp.256-257.

KOHL, A. « L'absence », *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, éd. 2012, pp. 58 à 75.

KUTY, F., WERA, C., « Les relations tumultueuses du notaire commis et de l'avocat dans le cadre de la liquidation-partage », *T.B.B.R.*, Kluwer, 2003, pp. 460 et s.

LEDoux, J-L., STERCKX, D., « La réforme du notariat et des actes notariés », *J.T.*, 2000, pp. 209 et s.

LEDoux, J-L., « Nul ne peut servir deux maîtres », *Rev. not. belge*, 2006, pp. 614 et s.

LELEU, Y., LELEU, Y-H., « Réflexions au sujet d'une proposition de loi relative à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès », *Rev. not. belge.*, 1993, pp. 486 à 501.

LELEU, Y-H., « Section 1 – L'acquisition et la perte de la personnalité » in *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 43 à 54.

MAGNON, X., « Le juge face aux exceptions. (Re)lecture générale du jugement d'égalité par le prisme de l'exception », in A., VIDAL NAQUET, M., FATIN ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions, quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 258 et s.

MAYEUR, A., « Loi du 9 mai 2007 (M.B., 21 juin 2007) – Nouvelle réglementation de l'absence – Déclaration judiciaire de décès – Conséquences pour l'application de l'impôt successoral – Suppression de l'article 3 et modification de l'article 40 C. succ. », in *Droits de succession lettre d'information mensuelle – Actualités en bref*, Kluwer, Août 2007, n°7.

MOREAU, P., *Syllabus de « Droits des libéralités et successions : questions spéciales – La capacité »*, 2015, pp.42 et s.

PUTZ, A., « L'exigence causale en droit de la responsabilité notariale » *R.G.C.F.*, 2010, pp. 218 et s.

RENS, R., « Responsabilité du notaire mandataire de justice », *Rev. not belge.*, 1971, pp. 414 à 416.

VAN COMPERNOLLE, J., « La commission du notaire par justice », in *Le notaire, le juge et l'avocat, heurs et malheurs du notaire commis*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 6 à 29.

VAN COMPERNOLLE, J., « Désignation, compétence et impartialité du notaire auxiliaire de justice », *A.D.L.*, 2000, pp. 283 et s.

VAN DROOGHENBROECK, J-F., NICAISE, P., *Le notaire liquidateur désignation, rôle et compétence – E pluribus unum*, Bruxelles, Bruylant, 2012 pp. 27 et s.

VAN MOLLE, M., « Questions choisies en matière d'ouverture de la succession », in DEMORTIER, A., DÉSIR, S., FILLENBAUM, J., HOLLANDERS DE OUDERAEN, G., STERCKX, L., VAN ALTEREN, T., VAN MOLLE, M., WYART, V., *Contentieux successoral – Les écueils juridiques du conflit successoral*, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 4 à 8.

VAN SINAY, TH., « Het draaiboek van een boedelbeschrijving », *C.A.B.G.*, Gent, Larcier, 2010, pp. 40 et s.

TAYMANS, J-F., « La liquidation-partage à l'aune de quelques questions processuelles », in *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 269 et s.

TAYMANS, J-F., « Le règlement d'une succession à laquelle est appelé un 'absent' », *Rev. not. belge*, 2007, pp. 654 et s.

TAYMANS, J-F., « Le notaire auxiliaire de justice », *Ius et Actores*, 2008, pp. 81 à 93.

TAYMANS, J-F., « Quelques considérations sur le droit disciplinaire notarial », *Dr. pén. entr.*, 2012, pp. 51 et s.

VERSTRAETE, K., « De hervorming van de afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van overlijden », in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Bruges, Die Keure, 2008, pp. 12 à 14.

VERSTRAETE, K., « Wijziging overgangrecht afwezigheid », in *NNK.*, Larcier, 2009/2, pp. 45 et s.

VIDAL NAQUET, A., FATIN ROUGE STEFANINI, M., *La norme et ses exceptions, quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 15 et s.

B. Jurisprudence :

Cass. (1^{er} ch.), 10 décembre 1942, *Pas.*, 1942, pp. 312 à 313.

C.E.D.H., 28 novembre 2000, *Siegel c. France*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001 pp. 759 et s.

Cass., 24 octobre 2002, conclusions de X. De Riemaeker, *J.L.M.B.*, 2003, pp.296 et s.

Bruxelles, 7 février 2006, *Rev. not. belge*, 2009, p.179.

Liège, 18 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p.1723

Gent (1^{ste} kamer), 20 janvier 2011, *T. Not.*, 2013, pp. 229 et s.

Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013/12, pp. 2457 et s.

C. Législation et règles déontologiques :

Loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat, *M.B.*, 16 mars 1803.

Code civil, *M.B.*, 3 septembre 1807.

Code pénal, *M.B.*, 9 juin 1867.

Code judiciaire, *M.B.*, 31 octobre 1967.

Constitution coordonnée, *M.B.*, 17 février 1994.

Code de déontologie, adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004 et approuvé par A.R. du 21 septembre 2005 (*M.B.*, 3 novembre 2005), modifié par l'assemblée générale du 22 avril 2008 et du 23 avril 2015.

Doc. parl., Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 51 0614/001.

Doc. parl., Sén., sess. 2006-2007, n° 3-1792/5.

Arrêté royal du 8 janvier 2006, déterminant les types d'information associés aux informations visées à l'article 3, alinéa 1er, de la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques

Loi des 9 et 10 mai 2007 modifiant diverses dispositions relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès, *M.B.*, 21 juin 2007.

Doc. parl., Sén., sess. ord. 2010-2011, n° 5-405/1.

Loi 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *M.B.*, 14 septembre 2011.

Chambre nationale des notaires commentaire du 30 avril 2015 sur le Code de déontologie.

