

LE NOTARIAT EUROPÉEN EN DANGER

Pascal LOROT

Octobre 2012

Les Notes Stratégiques
de l'Institut Choiseul

www.choiseul.info

INSTITUT CHOISEUL

POUR LA POLITIQUE INTERNATIONALE ET LA GÉOÉCONOMIE

www.choiseul.info

Le notariat européen en danger

Pascal LOROT
Président de l'Institut Choiseul

Les Notes Stratégiques
de l'Institut Choiseul

L'Institut Choiseul est un centre de recherche indépendant dédié à l'analyse des grandes questions économiques, politiques et stratégiques internationales. Ses actions sont consacrées à la promotion du rayonnement économique et stratégique français et à celle de ses principaux acteurs.

Les Notes Stratégiques contribuent au débat national et européen sur les sujets d'intérêt majeur.

Synthèse

Largement répandu dans l'Union européenne (21 des 27 États l'ont adopté), le notariat est au cœur du système juridique romano-germanique, qui est la norme en Europe continentale. Il constitue l'un des trois piliers de notre ordre juridique, aux côtés des magistrats et des avocats.

Le notaire intervient, selon les pays, dans les domaines les plus divers du droit : contrats de mariages, statuts de sociétés, testaments, transactions immobilières... Officier public et ministériel, il est garant de la légalité de ces actes et de l'application équitable et impartiale des textes. Son authentification implique que l'acte jouit d'une force probante renforcée et lui confère la force exécutoire d'un jugement en dernier ressort. À ce titre, le notaire occupe une place privilégiée et primordiale dans le fonctionnement des sociétés de droit continental, où il est présent, et dans la vie des familles et des entreprises. Sa mission s'inscrit aussi dans une vision égalitaire des droits des citoyens, afin que chacun par l'acte authentique puisse faire valoir équitablement les siens sans les imposer par la force ou par sa fortune.

Pourtant, le notariat européen est aujourd'hui en danger. Remettre en cause la mission et la raison d'être du notaire, comme le souhaite désormais la Commission européenne, reviendrait de fait à bouleverser profondément l'équilibre des pouvoirs judiciaires et à renoncer à l'une des expressions les plus anciennes et les plus vivantes du droit continental. Surtout, cela affecterait gravement la notion de sécurité juridique, inhérente à la justice préventive exercée par le notaire et qui constitue un des piliers de l'État de droit. Par son expertise exercée *a priori* lors de la rédaction des actes qui lui sont confiés, le notaire exerce en effet une activité de régulation en limitant les sources de litiges et les risques de procédures contentieuses. Cette sécurité juridique, à laquelle il participe, concourt tant à l'harmonie de la vie sociale qu'à la stabilité de la vie économique.

La proposition de la Commission européenne d'inclure la profession de notaire dans la future directive relative aux qualifications professionnelles ne découle pourtant d'une demande ni des États, ni des citoyens, ni des partenaires sociaux. Ces deux derniers, les enquêtes d'opinion en attestent, se montrent en effet très satisfaits du système tel qu'il est. Les États européens, Allemagne et France en tête,

mais pas seulement, ont pour leur part récusé officiellement la perspective d'une banalisation de la fonction de notaire. Comment comprendre dès lors l'offensive de la Commission européenne ?

C'est finalement parce que le notaire et l'acte authentique, dont la France est le berceau, sont au cœur du système de droit continental qu'ils sont aujourd'hui visés et stigmatisés. Il y a une fausse candeur de la part de la Commission européenne à demander l'application de la directive européenne aux notaires sous couvert de relance de l'activité économique alors que, par parti pris idéologique et sans le dire ouvertement, elle vise à une déréglementation du service public notarial qui reviendrait à terme à satisfaire la volonté hégémonique des tenants les plus vindicatifs du modèle dérégulé anglo-saxon.

N'en déplaise aux thuriféraires de l'ultra libéralisme et autres adeptes des marchés dérégulés ouverts à tous les vents, le droit continental, et l'institution du notariat qui y est liée, rivaux s'il en est, à leurs yeux, de la *Common law*, ne sont pas en perte de vitesse. C'est bien l'inverse que l'on observe. S'il prend ses racines en Europe, notamment en France et en Allemagne, le droit continental diffuse en effet bien au delà du vieux Continent et régit les deux tiers de la population mondiale. Il domine dans la sphère économique puisqu'il est celui de 13 des 20 premières économies mondiales et de 7 des 10 pays aux plus hauts revenus par habitant, démontrant par la preuve qu'il n'est nullement un frein au développement économique, bien au contraire.

Si le droit continental et le notariat connaissent un regain d'intérêt, qui va désormais jusqu'en Chine, Pékin ayant récemment nommé quelque 20.000 notaires à l'échelle du pays, ce n'est pas sans raison. Les traits caractéristiques des systèmes de droit continental (certitude des règles, accès au droit, coût de l'application du droit) présentent *a priori* des avantages pour le développement des affaires. Les exemples d'efficacité économique reconnue sont nombreux : le modèle français de l'arbitrage, la plus grande mesure des actions en responsabilité, la capacité du droit civil des contrats à gérer le long terme, l'efficacité de l'organisation du transfert de propriété...

La crise financière née outre-Atlantique est là pour attester les dérives d'une trop grande dérégulation. Pourquoi dès lors vouloir mettre à bas un système unanimement apprécié des États mais aussi, et surtout, des peuples européens ?

Une initiative mal perçue par les États et les peuples européens

UNE VOLONTÉ DE LIBÉRALISATION PORTÉE PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE

En décembre 2011, la Commission européenne a publié une proposition de modification de la directive 2005/36/CE. Cette directive, relative à la reconnaissance par les États membres de l'Union européenne des qualifications professionnelles acquises dans d'autres États de l'UE, est entrée en vigueur le 20 octobre 2007. Cette reconnaissance mutuelle est essentielle pour garantir la pleine mobilité des travailleurs au sein de l'Union européenne. Elle permet aux titulaires d'un diplôme d'exercer plus librement leur profession dans l'ensemble des États membres. En raison de sa spécificité, la profession notariale n'a pas été concernée par l'application de cette directive. La liberté d'établissement au sein de l'Union européenne est, en effet, restreinte par l'article 51 du traité de Rome, lequel en exonère « les activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ».

La crise économique actuelle a encouragé l'Europe à rechercher les moyens d'une croissance nouvelle. Dans cette optique, la Commission européenne a fait de l'amélioration du fonctionnement des règles du marché unique une de ses priorités. Un plan d'action a été défini par « l'Acte pour le marché unique ». Il prévoit notamment de renforcer la mobilité des travailleurs. Jugeant que « trop de barrières réglementaires empêchent encore les Européens de travailler où ils le souhaitent dans l'Union européenne, et ce alors que de nombreux postes hautement qualifiés ne sont pas pourvus »¹, la Commission a entrepris de réviser la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles. L'objectif de cette démarche est d'offrir aux travailleurs européens

1. « L'Acte pour le marché unique : Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance », Communication de la Commission européenne, avril 2011

la possibilité de changer d'emploi plus rapidement et plus facilement à l'intérieur de l'Union européenne.

Malgré les réticences exprimées par un grand nombre de pays européens, la Commission a inscrit dans son projet de révision l'extension du champ d'application de la directive aux notaires ². Cette proposition qui ouvre la voie à la libéralisation de l'activité notariale est une remise en cause fondamentale des spécificités de la profession. Dans un document récent, la Commission a réitéré sa requête en visant expressément la France : « les réformes qui ont été adoptées pour simplifier l'environnement des entreprises et éliminer les restrictions dans certains secteurs et professions réglementés n'ont pas permis de supprimer les barrières à l'entrée et les comportements restrictifs existant dans de nombreux autres secteurs (par exemple, vétérinaires, chauffeurs de taxi, secteur de la santé, professions juridiques, y compris notaires) » ³.

Les conséquences d'une telle décision, qui iraient bien au delà de la seule question de l'avenir des offices notariaux, n'ont absolument pas été étudiées. Pourtant, une libéralisation, ne serait-elle que partielle, des missions confiées traditionnellement aux notaires, telle que souhaitée par la Commission européenne, ébranlerait en profondeur l'organisation juridique de la société et l'activité économique en France comme dans de nombreux autres pays européens de droit romano-germanique.

UNE OPPOSITION FORTE DES GOUVERNEMENTS ALLEMANDS, FRANÇAIS ET DES PAYS CONCERNÉS

La proposition de la Commission européenne d'inclure la profession notariale dans le champ d'application de la directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles a immédiatement suscité de vives réactions de désaccord en Europe. Elles ne sont pas uniquement l'expression de la profession notariale, dont la représentation européenne a demandé que « l'inapplicabilité de la directive aux notaires » soit mentionnée « dans le texte révisé de la directive » ⁴. Elles ont été formulées au plus haut niveau de l'État tant en France

2. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur, Commission européenne, décembre 2011

3. Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2012 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour la période 2012-2016, Commission européenne, mai 2012

4. « Réponse du CNUÉ au livre vert sur la modernisation de la directive 2005/36 », Conseil des notariats de l'Union européenne

que dans de nombreux autres pays européens où les notaires occupent une place centrale dans l'organisation juridique.

Dans un courrier daté du 27 avril 2012 adressé au Commissaire européen pour le marché intérieur et les services, le garde des Sceaux français a fait part de son souhait de voir «le notariat expressément exclu de la directive (...) qui ne constitue pas un cadre adapté à cette profession». Cette position a été fermement reprise par la ministre de la Justice, le 24 septembre dernier, lors du congrès des notaires à Montpellier: «Je peux vous assurer que la France, en tant qu'État membre de l'Union européenne, ne permettra pas qu'une déréglementation désordonnée vienne fragiliser le cœur de votre mission, et par conséquent rendre vulnérable notre système juridique». Pour sa part, le Sénat français a récemment adopté une résolution argumentée qui «réitère son opposition formelle à l'inclusion des notaires dans le champ de la directive»⁵.

En Allemagne, le rejet de la proposition de la Commission européenne a été formulé avec la même vigueur. Le Conseil fédéral allemand (Bundesrat) a fait part de son opposition et de ses craintes, estimant «qu'il est indispensable d'exclure la profession de notaire des dispositions relatives à l'accès partiel à la profession»⁶. Le ministère fédéral allemand de la Justice a clairement notifié son refus dans un courrier adressé à la Commission européenne.

Lors de la session du Conseil compétitivité qui s'est tenue à Bruxelles en mai 2012, le Luxembourg, épaulé par la France, a également réclamé l'exclusion des notaires du champ de la directive révisée, eu égard aux missions de services publics qu'ils exercent. La Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen a, elle-aussi, préconisé un rejet de la proposition formulée par la Commission, estimant «qu'étant donné la faible mobilité et le caractère de la profession de notaire en termes de liberté d'établissement et de son rôle d'officier de ministère public dans la plupart des États membres, il n'apparaît pas nécessaire d'introduire des dispositions spécifiques»⁷.

L'importance de la fonction notariale dans l'organisation juridique de nombreux États membres, leur rôle clé dans la régulation de l'activité économique et de la vie des familles sont les principales raisons qui expliquent et justifient cette vigilance et cette mobilisation.

5. «Résolution européenne sur la reconnaissance des qualifications professionnelles», Résolution adoptée par la Commission des affaires sociales du Sénat, août 2012

6. «Résolution du Bundesrat sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles», mars 2012

7. «Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/36/CE», Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, juillet 2012

Le notariat au cœur de l'organisation juridique européenne

UN PILIER DU DROIT CONTINENTAL

Le notariat n'est pas une exception française. La profession de notaire, telle qu'exercée en France, est très largement répandue dans les États membres de l'Union européenne. Elle est au cœur du système juridique romano-germanique, qui est la norme en Europe continentale. Ainsi, les ex-pays du bloc de l'Est ont tous adopté le notariat de droit latin après la chute du mur de Berlin. Seuls les pays scandinaves et la Grande-Bretagne, dont le système juridique repose sur la *Common law*, font exception. Au total, la profession est représentée dans 21 des 27 États membres de l'Union européenne au sein desquels elle constitue l'un des trois piliers de l'ordre juridique, aux côtés des magistrats et des avocats, et compte environ 40 000 membres. En France, les notaires sont au nombre de 9 311 et disposent de 5 891 points de réception de la clientèle, répartis sur tout le territoire ¹.

Dans l'ensemble des pays européens où elle est présente, la profession repose sur les mêmes caractéristiques essentielles, qui font sa singularité et lui confèrent un rôle majeur dans l'organisation juridique de la société. Seuls son statut et le champ d'application de sa mission varient d'un pays à l'autre. Selon l'Union internationale du notariat, le notaire est ainsi un « professionnel du droit, détenteur d'une fonction publique, nommé par l'État pour donner le caractère d'authenticité aux actes et aux affaires juridiques contenues dans les documents qu'il rédige ainsi que pour porter conseil à ceux qui ont recours à ses services ». Il intervient, selon les pays, dans les domaines les plus divers du droit : contrats de mariages, statuts de sociétés, testaments, transactions immobilières... Officier public et

1. Notaires de France, chiffres au 31 juillet 2012

ministériel, le notaire est garant de la légalité de ces actes et de l'application équitable et impartiale des textes. Son authentification implique que l'acte jouit d'une force probante renforcée et lui confère la force exécutoire d'un jugement en dernier ressort.

À ce titre, le notaire occupe une place privilégiée et primordiale dans le fonctionnement des sociétés de droit continental, où il est présent, et dans la vie des familles et des entreprises. En France, sa mission s'inscrit dans une vision égalitaire des droits des citoyens, afin que chacun par l'acte authentique puisse faire valoir équitablement les siens sans les imposer par la force ou par sa fortune. S'il est un texte qui définit au mieux le rôle pacificateur des notaires au sein de la société, c'est celui de la loi de ventôse 1803 qui fixe les grands principes du notariat moderne : les notaires « empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi, et enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation ».

De fait, le rôle du notaire est l'héritage d'une tradition culturelle et juridique sur laquelle s'est bâtie la société française et de nombreuses autres sociétés européennes. Il constitue par ailleurs un garde-fou précieux et fiable contre les risques et les dérives contemporains inhérents à une judiciarisation de la société.

Remettre en cause la mission et la raison d'être du notaire, comme le souhaite la Commission européenne, reviendrait à bouleverser profondément l'équilibre des pouvoirs judiciaires et à renoncer à l'une des expressions les plus anciennes et les plus vivantes du droit continental. L'exemple français, que nous détaillons ci-après, éclaire l'importance du notaire dans l'équilibre et l'efficacité de notre système juridique.

LE NOTAIRE AU SERVICE DES CITOYENS : UN ACTEUR ESSENTIEL D'UN SERVICE PUBLIC JURIDIQUE DE PROXIMITÉ

En leur qualité d'officier public, les notaires français exercent une mission d'intérêt général comme l'a reconnu la Cour de justice européenne. À savoir : « garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers » en vérifiant, « avant de procéder à l'authentification d'un acte ou d'une convention, que toutes les conditions légalement exigées pour la réalisation de cet acte ou de cette

convention sont réunies»². Le notaire est donc le garant impartial de l'adéquation de l'acte authentique à la réalité des faits. Il engage sa responsabilité personnelle, professionnelle et civile dans la rédaction des actes qu'il instrumente. Dans un souci de justice, son expertise et sa responsabilité visent à protéger les personnes et à éviter ainsi les contentieux futurs. C'est en ce sens que le notaire est considéré comme le magistrat de l'amiable, exerçant la justice préventive. À cette fin, il est non seulement tenu de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes mais également d'éclairer les parties en toute neutralité.

Le ministère de la Justice a ainsi eu l'occasion de rappeler le caractère impératif et absolu du devoir de conseil désintéressé que le notaire se doit d'exercer. Ses conseils doivent être donnés en fonction de l'intérêt commun à toutes les parties au contrat, acheteur et vendeur, emprunteur et prêteur, cohéritiers dans une succession, associés dans une société, et ce quelles que soient leur compétence ou l'assistance dont ils peuvent bénéficier par ailleurs. « Cette obligation est particulièrement rigoureuse en présence de clients peu instruits, inexpérimentés ou dépourvus de connaissances juridiques »³. Le rôle du notaire est donc d'être attentif à protéger la partie la moins expérimentée face à celle plus avertie des règles juridiques, de veiller à ce que toutes les signataires du contrat aient parfaitement compris la portée de leurs engagements. Il n'est donc pas le juriste d'un client mais d'un contrat. C'est pourquoi il est d'ailleurs parfois qualifié de « magistrat du contrat ».

Cette exigence de probité et de neutralité est intimement liée à la qualité d'officier public du notaire, laquelle lui impose de privilégier l'intérêt général sur le sien. Il est en effet nommé dans un office, non dans son intérêt, mais dans celui du public au sens large. En sa qualité d'officier public investi par délégation de l'État d'un monopole pour la passation de certains actes, le notaire est également soumis à une obligation de service public. Quelles que soient sa spécialisation, la taille ou la localisation géographique de son étude, il n'est pas libre de choisir ses actes. Il a l'obligation d'instrumenter, c'est-à-dire qu'il ne peut refuser son ministère à celui qui le demande et ce, bien qu'il y ait parallèlement un libre choix du notaire par le citoyen. Cette obligation concerne tout particulièrement les missions de base de l'activité notariale, c'est-à-dire les actes pour lesquels l'intervention du notaire est obligatoire (contrats de mariage, donations, transactions immobilières...) et dont le tarif réglementé est fixé par décret. Selon la profession, les actes les plus onéreux rémunèrent les plus faibles qui sont effectués à perte. C'est notamment le cas dans le domaine des transactions immobilières où les frais sont proportionnels à la valeur du bien. Cette obligation d'instrumenter constitue ainsi un principe

2. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 24 mai 2011. Commission européenne contre République française. « Manquement d'État - Article 43 CE - Liberté d'établissement - Notaires - Condition de nationalité - Article 45 CE - Participation à l'exercice de l'autorité publique ». Affaire C-50/08.

3. Question au garde des Sceaux de M. Michel Bouvard, *Journal officiel*, avril 2007

fondamental de justice sociale qui garantit l'accès de tous aux offices notariés en les empêchant de sélectionner les clients et les contrats en fonction de la plus-value dégagée. Pour preuve : chaque année, les notaires français reçoivent 20 millions de personnes et établissent plus de 4 millions d'actes authentiques.

La bonne exécution de cette mission de service public exige une présence des services notariaux sur tout le territoire pour répondre aux besoins de la population. La répartition des offices est ainsi arrêtée par le ministre de la Justice afin de tenir compte du dynamisme démographique et de ses disparités régionales et départementales. Ces règles de fonctionnement (maillage territorial, encadrement tarifaire, obligation d'instrumenter) et cette éthique (devoir de conseil, impartialité) exigeantes constituent le fondement de la profession notariale et l'assurance d'un service public juste et efficace dans le sens de l'intérêt général. C'est au nom de la pleine participation des notaires au service public de la justice que se fonde le refus de la libéralisation de la profession.

LE NOTAIRE AU SERVICE DE L'ÉTAT : UN ÉLÉMENT DE L'OPTIMISATION DE LA GESTION PUBLIQUE

Bien qu'il soit investi de l'autorité publique par délégation et que ses tarifs soient fixés par l'État, le notaire exerce ses fonctions dans un cadre libéral. Il est rémunéré par ses clients et non par les contribuables. Cette singularité permet au notaire de remplir une mission de service public sans coût pour l'État qui va au delà des seules missions juridiques qui lui sont confiées par délégation de l'autorité publique. En effet, le notaire est également chargé de recouvrir pour le compte de l'État un ensemble d'impôts et de taxes (droits de mutation, impôt sur les plus-values immobilières...). Cette collecte, qui représente environ 22 milliards d'euros (à titre de comparaison l'impôt sur le revenu a rapporté 52 milliards d'euros à l'État en 2011), s'effectue également sans aucun frais pour l'État. Son recouvrement est assuré à 100% puisque les notaires sont personnellement redevables vis-à-vis de l'État du montant qu'ils collectent. Il n'est pas inutile de rappeler que la mission de collecte du notaire joue un rôle clé dans le financement des collectivités locales. Les droits de mutation à titre onéreux, collectés dans le cadre de chaque transaction immobilière à hauteur de 5,09% du montant, sont en effet affectés aux budgets des communes et des départements. Pour la seule année 2011, ces droits de mutation ont atteint un montant global de 10,66 milliards, dont 82% ont été versés aux départements ⁴. À eux seuls, ils représentent ainsi environ 20 % des recettes fiscales des départements.

4.« Les finances des collectivités locales 2012 », Rapport de l'Observatoire des finances locales, juillet 2012

L'action du notaire, qui reçoit de l'État la mission d'assurer un certain nombre de fonctions officielles, peut ainsi être considérée dans une perspective d'optimisation de la gestion publique comme un moyen d'améliorer le rapport coût/efficacité du service rendu aux citoyens. C'est un élément qui ne peut être négligé dans le contexte actuel de dégradation des comptes de l'État. D'autant que le pouvoir d'authentification des actes notariés répond, à lui seul, à ce besoin d'économies. Le caractère préventif de la procédure d'authentification, qui vise à identifier a priori les possibles conflits d'intérêts et à élaborer des solutions juridiquement sûres, constitue une source importante d'économies pour la société. Elle réduit fortement le contentieux post-contractuel, qui est très élevé dans les pays de *Common law*, notamment aux États-Unis, où le coût de l'administration de la justice représente 2,5% du PNB alors que dans les pays de droit civil il est de 0,5% du PNB tel qu'au Japon, à un maximum de 1,4% en Belgique.

Dans de nombreux pays, la nécessité pressante de réduire la dépense publique, et par là le coût de l'administration judiciaire, tend d'ailleurs à renforcer le rôle du notaire. De plus en plus de compétences judiciaires lui sont ainsi transférées. C'est notamment le cas pour les injonctions de payer en Hongrie ou pour les divorces en Estonie, Lettonie et Roumanie. C'est également le cas en France, où les pouvoirs publics ont récemment confié au notariat la délivrance des actes de notoriété et l'enregistrement des Pacs. Le principe qui sous-tend ce mouvement de déjudiciarisation est d'éviter d'encombrer les juridictions de litiges ou de formalités simples puisque reposant sur l'accord des parties et dont l'accumulation grève le coût de l'administration judiciaire.

Qui plus est, la transparence et la traçabilité de l'acte authentique permettent l'information de l'État sans bourse délier. Dans le domaine immobilier, le monopole confié aux notaires de la publication des mutations de biens assure ainsi à l'État de disposer d'un fichier immobilier et d'un cadastre sûrs et fiables, indispensables pour exercer un contrôle des transactions et faciliter l'établissement de l'impôt foncier par l'administration fiscale. Songeons également à l'importance du notaire pour le contrôle des activités illicites, tel que le cas du blanchiment des capitaux et de la corruption. En cas de soupçon, si, par exemple, l'origine des fonds d'une transaction lui apparaît suspecte ou si le bénéficiaire d'une vente se révèle n'être qu'un prête-nom, le notaire est tenu, comme d'autres professionnels (avocats, comptables, commissaires priseurs, agents de change, agents immobiliers, commissaires aux comptes...), d'en informer la cellule TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), rattachée au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Il remplit cette mission avec une rigueur reconnue. « Les notaires nous ont transmis plus de 1 000 déclarations de soupçon l'an dernier, ce qui signifie qu'ils se remuent réellement ! (...) Mais - je ne vous apprends sans doute rien - la principale difficulté réside dans les relations avec les avocats. Le nombre de déclarations de soupçon produites par

la profession le montre : deux en 2009, zéro en 2010 et une en 2011 !», déclarait récemment Philippe Jurgensen, président du Conseil d'orientation de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ⁵.

Par son double statut d'officier public et de profession libérale, le notaire répond aux enjeux d'un Etat moderne soucieux d'une gestion efficace et d'optimisation du service rendu aux citoyens. Au sens de l'efficience économique de l'Etat, le rôle du notaire se justifie donc pleinement.

5. Audition de Philippe Jurgensen, devant la Commission d'enquête parlementaire sur l'évasion des capitaux, avril 2012

Une offensive dangereuse et sans fondement

DES CONSÉQUENCES SANS COMMUNE MESURE AVEC LES OBJECTIFS AFFICHÉS

Les conséquences de l'application de la directive 2005/36/CE, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, et de la jurisprudence y afférente à la fonction notariale remettraient profondément en cause l'organisation judiciaire française.

À travers la proposition soutenue par la Commission européenne qui ouvrirait la voie à l'installation libre de notaires étrangers sur le sol français, c'est la notion même de service public juridique de proximité, représenté par l'organisation de la fonction notariale, qui est remise en cause. Les fondements de ce service public, que sont la nomination par l'État, le respect du maillage territorial, l'obligation d'instrumenter à des tarifs fixés par l'État, ne résisteraient pas longtemps à l'extension de la directive. C'est la compétence et l'autorité de l'État de réglementer la profession notariale en fonction de sa perception de l'intérêt général qui sont clairement contestées. C'est une atteinte directe à la souveraineté de l'État dans le domaine judiciaire.

La remise en cause de la fonction notariale, telle que souhaitée par la Commission, affecterait ainsi gravement la notion de sécurité juridique, inhérente à la justice préventive exercée par le notaire et qui constitue un des piliers de l'État de droit. Par son expertise exercée a priori lors de la rédaction des actes qui lui sont confiés, le notaire exerce en effet une activité de régulation en limitant les sources de litiges et les risques de procédures contentieuses. Cette sécurité juridique, à laquelle il participe, concourt tant à l'harmonie de la vie sociale qu'à la stabilité de la vie économique. La confiance et l'attachement, que les Français manifestent à la profession notariale, est certainement l'expression la plus vive de leur sentiment de sécurité juridique. Ainsi, 87% des Français ont une bonne

opinion des notaires, devançant, et ce parfois très largement, d'autres professions comme les avocats (81%), les banquiers (66%) et les agents immobiliers (61%). Pour les Français, le notaire est un pilier de la sécurité juridique puisque que 95% d'entre eux jugent que son intervention donne une valeur sûre aux actes qu'il établit ¹.

Dans le cadre économique, l'acte notarié, par la force que lui confère l'authenticité, concourt très largement à la création d'un environnement sécurisé pour l'investisseur. C'est dans la compétition économique globale portée par la mondialisation, un avantage compétitif important de nature à favoriser l'investissement et l'initiative. L'un des facteurs les plus probants du fort degré de sécurité pour les investisseurs induit par le système juridique français est le faible taux des primes demandé par les compagnies d'assurance dans le cadre de l'assurance-titre, qui vise à protéger contre les contestations du titre de propriété. La comparaison avec d'autres pays tourne très largement à l'avantage du système français. En effet, « l'assurance d'un titre de propriété coûte environ vingt-huit fois plus cher aux États Unis qu'en France » ². C'est le fruit et la preuve de la sécurité juridique garantie par l'institution notariale ³.

Remettre en cause la fonction notariale reviendrait donc à fragiliser l'équilibre des relations sociales et à déstabiliser l'environnement économique. On peut se demander, pour parler crûment, si le jeu en vaut la chandelle. D'autant que l'objectif originel de révision de la directive européenne n'est pas de « moderniser » le système juridique français mais de créer de la croissance et de répondre aux besoins des États membres qui sont confrontés à des pénuries croissantes de main-d'œuvre qualifiée. La profession notariale n'est nullement concernée par cet écueil. En France, il y a 5 000 personnes remplissant les conditions d'aptitude à la profession de notaire et qui ne sont pas notaires puisque ces dernières sont, certes, nécessaires mais insuffisantes pour l'exercice de cette profession. Seule la nomination par le garde des Sceaux y donne accès.

Quant à la création de croissance, la proposition de la Commission européenne a pu être présentée de façon caricaturale comme une libéralisation des services de nature à libérer l'économie. Mais qui peut raisonnablement croire que la mobilité notariale intra-européenne voulue par la Commission entraînera une relance du

1. « Baromètre d'image des notaires auprès des Français », CSA, janvier 2010.

2. « L'assurance-titre, mesure de l'insécurité », Lionel Galliez, *La semaine juridique notariale et immobilière*, juillet 2010

3. On peut aussi se reporter à l'analyse économique très fournie réalisée par le professeur Rolf Knieper (université de Brême) qui souligne la validité et la solidité du modèle de notariat européen. Voir Rolf Knieper, *Eine ökonomische Analyse des Notariats*, C.H.Beck, Munich, 2010

marché de l'immobilier et de la construction ? Les véritables motivations de la Commission sont vraisemblablement à chercher ailleurs.

UNE OFFENSIVE D'INSPIRATION ANGLO-SAXONNE CONTRE LE DROIT CONTINENTAL

L'inclusion du notariat dans la directive européenne ne découle ni d'une demande des États, ni des citoyens, ni des partenaires sociaux. Comment interpréter alors la volonté de la Commission européenne si ce n'est en y décelant une énième offensive contre le droit continental, dont le notariat est une composante essentielle ?

On ne compte plus en effet, comme le relève avec à-propos le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, « les divers rapports produits au sein de cénacles internationaux et s'efforçant de faire accroire que le droit continental dans son ensemble - et le droit français en particulier - constituaient un frein au dynamisme économique, en enserrant les acteurs présents sur les divers marchés dans des règles archaïques et tatillonnes, ultimes vestiges d'un colbertisme de mauvais aloi, au nom duquel les États s'obstinaient encore à vouloir réglementer ce qui n'avait plus lieu de l'être »⁴.

Soutenue par la puissance des grands cabinets d'avocats anglo-saxons, la prépondérance des places financières londonienne et new-yorkaise et la prédominance linguistique de l'anglais, cette volonté d'hégémonie anglo-saxonne n'en est pas à sa première manifestation. Publiés dans les années 1990 et 2000, les rapports « Doing Business » de la Banque mondiale, très largement inspirés par la pensée de l'école de Chicago, prétendaient démontrer la supériorité intrinsèque du système anglo-saxon de la *Common law* pour mieux stigmatiser l'inefficacité économique du droit français et, plus généralement, du droit romano-germanique. Cette approche manichéenne, pour ne pas dire manipulatrice, a été dénoncée par de nombreux juristes en France et dans de nombreux pays dont le système juridique s'inspire du droit civil français. Comme le fait remarquer Jean-Marc Sauvé : « ces auteurs, loin de suivre une démarche scientifique et intellectuellement rigoureuse, ne poursuivaient pas d'autre but que de justifier une conclusion déjà inscrite dans les prémices de leurs travaux, celle selon laquelle seul le droit d'inspiration anglo-saxonne constituait le cadre adapté au libre développement de l'initiative économique, à la réalisation des profits et à la croissance d'un marché désormais mondialisé »⁵.

4. « Le modèle du droit continental », Jean-Marc Sauvé, Université d'été de la Fondation pour le droit continental, juillet 2009.

5. Ibid.

C'est dans le cadre de cet affrontement idéologique et schématique entre deux systèmes de pensée juridique, construits sur des traditions et des idéaux divergents, qu'il faut lire et comprendre l'initiative de la Commission européenne. D'un côté, le système de droit romano-germanique s'appuie sur un droit très codifié, où la preuve repose sur la prééminence de l'écrit. De l'autre, le système anglo-saxon de la common law se distingue par son absence de codification et l'importance accordée à la jurisprudence comme source principale du droit. L'existence de ces deux systèmes n'induit pas la supériorité de l'un sur l'autre. Leurs particularismes reposent sur des traditions culturelles, sur des aspirations sociales et une perception de la justice différentes. Pour simplifier, au risque de caricaturer, l'approche anglo-saxonne privilégie un certain pragmatisme quand l'Europe continentale, la France en tête, s'appuie sur une vision plus idéaliste, inspirée de la pensée grecque et de la tradition judéo-chrétienne.

Il découle que l'efficacité d'un système juridique ne peut se juger qu'à l'aune d'un choix de société. Cela revient à dire que dans la conception française de la justice et de la société, héritée des Lumières, le notariat a toute sa place puisqu'il est garant de l'égalité des droits des citoyens, valeur fondatrice de la République, en protégeant le plus faible face au plus fort et de la sécurité juridique qui contribue à l'harmonie sociale et au développement économique.

Ne nous leurrions pas, c'est parce que le notaire et l'acte authentique, dont la France est le berceau, sont au cœur du système de droit continental qu'ils sont aujourd'hui visés et stigmatisés. Il y a une fausse candeur de la part de la Commission européenne à demander l'application de la directive européenne aux notaires sous couvert de relance de l'activité économique alors que, par parti pris idéologique et sans le dire ouvertement, elle vise à une déréglementation du service public notarial qui reviendrait à terme à satisfaire la volonté hégémonique des tenants les plus vindicatifs du modèle dérégulé anglo-saxon.

LA MODERNITÉ RECONNUE DU DROIT CONTINENTAL ET DU NOTARIAT

Malgré le dénigrement dont il est l'objet et contrairement à un postulat répandu, le droit continental, et l'institution du notariat qui y est liée, ne sont pas en perte de vitesse. S'il prend ses racines en Europe, notamment en France et en Allemagne, le droit continental diffuse bien au delà du vieux Continent et régit les deux tiers de la population mondiale.

Il domine dans la sphère économique puisqu'il est celui de 13 des 20 premières économies mondiales et de 7 des 10 pays aux plus hauts revenus par habitant,

démontrant par là qu'il n'est nullement un frein au développement économique ⁶. «C'est sur lui que repose la relance économique de l'après-guerre et il a contribué à la fin du rideau de fer, aux transformations de l'Europe centrale. De nombreux États du monde se sont décidés en faveur du droit codifié, et le nombre d'entreprises privilégiant le droit codifié pour leurs affaires augmente toujours plus», peut ainsi affirmer la ministre fédérale allemande de la Justice, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger ⁷.

L'intérêt manifesté par de nombreux pays en développement ou émergents, aux traditions culturelles multiples, pour le droit continental vaut aussi logiquement pour le notariat. C'est ainsi que l'Union internationale du notariat voit augmenter régulièrement le nombre de ses pays membres. Ils sont actuellement 85, dont 15 pays du G20 et 5 du G8, et représentent près des deux tiers de la population mondiale et plus de 60% de son PIB. Les pays d'Europe de l'Est issus de l'ancien bloc socialiste ne sont pas les seuls à avoir fait le choix du notariat. Le Conseil supérieur du notariat français apporte ainsi son expertise à de nombreux pays soit pour la mise en place d'une organisation foncière fiable à travers le titrement comme au Togo, à Madagascar ou au Vietnam, soit pour accompagner une réforme en profondeur du système juridique de la propriété comme en Chine. En dix ans, Pékin a ainsi nommé plus de 20 000 nouveaux notaires.

Cet intérêt renouvelé pour le droit continental et le notariat ne sont pas sans fondement comme le professent avec justesse de nombreux juristes. «Les traits caractéristiques des systèmes de droit continental (certitude des règles, accès au droit, coût de l'application du droit) présentent a priori des avantages pour le développement des affaires. Les exemples d'efficacité économique reconnue sont nombreux : le modèle français de l'arbitrage, la plus grande mesure des actions en responsabilité, la capacité du droit civil des contrats à gérer le long terme, l'efficacité de l'organisation du transfert de propriété...» ⁸. La crise financière, et les excès ainsi révélés de la dérégulation, ont d'ailleurs suscité un regain de considération pour l'équilibre, la sécurité et la tempérance du modèle tant social que juridique français.

Qu'un universitaire reconnu comme Robert Schiller, professeur d'économie à l'université de Yale, loue les vertus régulatrice et protectrice du notariat n'est pas passé inaperçu. Une «option par défaut pourrait être l'obligation, pour l'emprunteur hypothécaire, d'être assisté par un professionnel tel qu'un notaire. (...) L'intervention dans la procédure de prêt hypothécaire d'une personne nommée par le gouvernement permettrait d'éviter que des prêteurs peu scrupuleux orientent leurs clients vers des avocats qui ne les aviseraient

6. «Le droit continental», Fondation pour le droit continental, 2011.

7. Ibid

8. Jean-Marc Baïssus et Arnaud Raynouard, «Les atouts du droit continental sont réels dans un marché mondial», *Rue Saint-Guillaume*, septembre 2008.

pas correctement des dangers encourus», écrit-il et justifie-t-il dans son livre *The subprime solution*. La crise des subprimes aura ainsi démontré *a contrario* la modernité de l'acte notarial authentique et son rôle essentiel de garde fou dans un environnement juridique et économique de plus en plus complexe.

Pour une fonction bicentenaire, que d'aucuns voudraient faire passer comme une singularité française archaïque, le notariat a encore de beaux jours devant lui. À la seule condition que les pays qui l'ont adopté aient une pleine et entière conscience de ses vertus et de l'étendue des services rendus par cette institution tant aux citoyens qu'à l'État.

Table des matières

Une initiative mal perçue par les États et les peuples européens	7
Le notariat au coeur de l'organisation juridique européenne	11
Une offensive dangereuse et sans fondement	17

Institut Choiseul
16, rue du Pont Neuf
75001 Paris
www.choiseul.info
© 2012. Tous droits réservés.

ISBN : 979-10-91525-01-5
Imprimé en France
Imprimerie DUPLI-PRINT, 2 rue Descartes, ZI Sezac, 95330 Domont
Dépôt légal : octobre 2012

L'Institut Choiseul, un think tank au coeur des grands enjeux économiques, politiques et stratégiques internationaux.

L'Institut Choiseul est un centre de recherche indépendant, non partisan et à but non lucratif.

L'ambition de l'Institut Choiseul est de créer des espaces de dialogue au carrefour du monde politique et institutionnel, du monde de l'économie et de celui des idées, et de fertiliser les débats sur les problématiques internationales et stratégiques.

Partenaire des pouvoirs publics et des entreprises françaises, l'Institut Choiseul nourrit en continu les décisions des acteurs politiques et économiques, pour orienter l'action et pour contribuer au rayonnement de la France sur la scène internationale.

Institut Choiseul
16, rue du Pont Neuf
75001 Paris – France
Tél. : 33 (0) 1 53 34 09 93
contact@choiseul.info

5€

