

LES NOTAIRES DANS UNE EUROPE UNIE

MAÎTRE LOUIS TAUDIN,

PRÉSIDENT DU 88^e CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE

Rédiger la convention qui constate l'accord des parties ; assurer l'exécution des engagements sans subir les effets judiciaires de leur défaillances : une telle activité n'a pas d'âge. Elle s'impose en tout temps à toute société.

Ceux qui l'exercent ont la charge d'assurer son efficacité. Ils doivent, à cette fin, servir d'interface entre deux systèmes moteurs de l'activité sociale ; la dynamique des obligations contractuelles (engagement/exécution) et son adaptation à l'écosystème juridique.

323

Appliqué à la Communauté européenne, ce principe résume le cahier des charges que les notaires doivent respecter à la veille de l'ouverture des frontières.

A ce propos, si le monde juridique dans lequel évoluent les notaires impose à ces derniers de nouvelles règles pour assurer aux co-contractants la définition et l'exécution de leurs engagements (I.—), il s'avère que de nouvelles contraintes pèsent sur le notariat lui-même afin de maintenir la mission d'interface qu'il continue d'assumer (II. —).

Un tel effet de « feed-back » semble décrire la relation du Notariat avec le Marché Unique.

I. - L'initiative du notaire dans le marché unique

— Depuis de nombreuses années, au gré de la circulation des opérateurs économiques à l'intérieur de l'Europe, les conventions privées ne sont pas, en France, seulement signées par des Français. A l'inverse ces derniers n'agissent pas exclusivement dans le cadre restreint de l'hexagone. Ils opèrent hors frontières.

Sans doute la formation constitutionnelle de l'Europe doit accroître un tel

mouvement ; mais d'ores et déjà les nouvelles données économiques et juridiques règnent en Europe.

— Le Notaire constate le développement des éléments d'extranéité dans ses actes, quel que soit le lieu où se trouve situé son office en France. Son intervention doit en conséquence se diriger dans deux sens : le devoir de conseil qui s'impose à lui doit s'ouvrir sur d'autres systèmes juridiques ; les actes qu'il reçoit doivent s'exécuter dans le territoire européen comme en France.

A. - *L'élargissement du devoir de conseil*

Il existe deux catégories de systèmes juridiques en Europe : le droit communautaire et les droits nationaux.

L'élargissement du devoir de conseil à la connaissance de ces deux matières sert deux objectifs : l'anticipation des décisions que permet le droit communautaire et la synthèse des règles juridiques applicables à l'opération entreprise, issue des droits nationaux.

a -) Elargissement aux fins d'anticipation :

Le juriste ne cesse de constater que, sur le terrain, les citoyens européens n'ont pas à connaître le droit communautaire directement. Il en est ainsi du moins, lorsque l'on écarte le volet contentieux de la pratique du droit.

Le mécanisme d'incorporation des directives dans les droits nationaux, voire même la nécessité d'une intervention législative nationale pour mettre en œuvre un règlement communautaire expliquent cette constatation.

Nul n'ignore, toutefois, l'importance de la norme communautaire dans la législation de chaque Etat Membre. Néanmoins, cet apport considérable s'opère toujours, selon le point de vue du juriste utilisateur des normes, avec le nécessaire décalage chronologique qui sépare le texte communautaire de son intégration dans chaque droit national.

Ce temps de réponse de l'Etat Membre est une ressource nouvelle pour l'exercice du devoir de conseil. Il devient le moyen de fonder l'anticipation d'une décision puisque la norme communautaire devance la législation positive nationale souvent de plusieurs années.

Qu'il s'agisse du droit des entreprises et de leur restructuration par voie de fusion ou de création de réseau de société mère-filiales, qu'il s'agisse encore du monde rural avec les dispositions relatives au reboisement par exemple, le futur juridique est tracé, il n'y a plus qu'à le suivre : tel est pour le juriste exécutant l'intérêt majeur du droit communautaire.

b -) Elargissement aux fins de globalisation :

Une opération réalisée par un non français en France ne se résume pas à

l'application de la loi du for. Le devoir de conseil doit traiter globalement le projet en lui donnant les éclairages issus de l'ensemble des règles de droit applicable.

En effet, outre les questions relatives au droit des personnes, plusieurs droits nationaux, peuvent être compétents et les négliger peut dans l'immédiat ou, plus fréquemment à terme, créer une situation en même temps préjudiciable et irrémédiable.

Les règles de qualification ou de rattachement du droit international privé sont ainsi souvent mises en œuvre. On citera l'exemple simple du régime matrimonial de deux époux de nationalité britannique s'installant dès leur mariage londonien en France : la communauté légale française leur est applicable.

Le droit étranger intervient aussi dans la nomenclature des effets prévisibles d'un contrat. Le cas de l'emprunteur français proposant à l'établissement financier de même nationalité une garantie hypothécaire inscrite sur un immeuble situé en Grande-Bretagne est fréquent : les règles britanniques régissent la sûreté.

Traditionnel est aussi l'exemple d'un français achetant un immeuble en Grande-Bretagne. La succession de ce personnage est réglée selon le droit britannique pour ce qui concerne la dévolution de l'immeuble. S'il le souhaite, il privera ses enfants de tout droit héréditaire sur cet actif.

Que dire de la distribution des résultats d'une société à ses actionnaires étrangers. Retenues à la source, précompte mobilier, transmission des avoirs fiscaux : tels sont les ancrages d'une véritable gestion fiscale internationale.

Le devoir de conseil, on le voit, ne peut ignorer un tel panorama juridique sans risquer l'incompétence,

Néanmoins quand le juriste est notaire, une autre préoccupation apparaît, quittant le domaine de la prévision, et abordant celui de la nature juridique de l'acte qu'il reçoit.

B - L'exécution européenne des actes

— Par la signature qu'ils apposent sur un acte, les co-contractants s'obligent, à faire, ne pas faire ou à donner¹. La réalisation matérielle de telles obligations constitue l'exécution du contrat. Celle-ci peut être amiable ou forcée.

Selon qu'elle est spontanée ou obligée, l'exécution des engagements

¹ L'article 1101 du Code Civil établit le cadre des obligations contractuelles quant à leur objet en disant que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner à faire ou ne pas faire quelques choses ».

contractuels est plus ou moins servie par l'instrumentum². Lorsque ce dernier est un acte authentique à vocation européenne, les engagements contractuels devraient être assurés.

a — L'exécution amiable de l'acte authentique dans le territoire européen

Les effets attachés à l'exécution des obligations contractuelles s'apprécient entre parties à l'acte (1 -) mais aussi vis-à-vis des tiers (2 -). Comment l'acte authentique peut-il servir ces effets quand il doit franchir les frontières ?

1 — L'exécution amiable inter partes :

— La première qualité d'un contrat tient à sa précision. Le contenu des engagements doit être déterminé sans erreur d'interprétation possible. Le défaut d'exécution doit être sanctionné de telle manière que l'exécution amiable soit préférée aux méandres du contentieux.

Mais ce constat est d'application générale ; il vise tous les instruments et il s'applique tant aux domaines nationaux qu'aux engagements transfrontières.

— Ce qui caractérise plus particulièrement l'acte authentique à vocation européenne est qu'il doit exprimer une volonté juridiquement efficace quelle que soit la loi nationale des parties.

326

Deux catégories de situations doivent alors être distinguées : les conventions relevant de la règle d'autonomie de la volonté et celles qui appellent une règle de droit impérative.

— La convention de Rome du 19 juin 1980 concerne le premier type de convention. Le détail de ce texte importe peu. Dans la présente perspective, par contre, un principe rédactionnel s'impose aux notaires qui veulent assurer l'exécution des conventions qu'ils reçoivent : exprimer sans détour la loi que les parties ont entendu retenir pour gouverner leurs engagements.

Négliger une telle règle conduit au contentieux. Que l'on imagine, par exemple, deux personnes l'une de nationalité britannique, prêteur, l'autre français, emprunteur. La loi applicable à leur contrat étant incertaine, en raison des circonstances et de l'imprécision de la convention sur ce point, le problème est de savoir si la législation concernant le taux effectif global est britannique ou française. Les résultats concrets seront très éloignés selon qu'une loi sera préférée à l'autre. L'imprécision sur ce point contredit l'exécution amiable.

² La différence entre l'acte sous seing privé et authentique est particulièrement grande en cas d'exécution forcée. La Convention du 27 septembre 1968 réserve, en effet, un traitement particulier aux seuls conventions authentiques. L'acte sous seing privé, exécuté hors France, doit être préalablement jugé dans l'Etat de son exécution.

Le notaire opérant en Europe ne peut ignorer ce risque.

— A l'opposé de l'autonomie laissée aux parties, certains domaines d'engagements imposent l'application d'une loi.

— Les lois de police³ imposent leur contenu aux contrats passés entre personnes privées. La loi sur la protection de l'emprunteur est un exemple connu en droit français. Elle peut être applicable dans des cas où l'on ne l'attendrait pas. Un Britannique emprunte en Grande-Bretagne pour améliorer l'immeuble qu'il possède à Calais, où il réside. Une hypothèque est inscrite sur ce bien. Le domicile de l'emprunteur et la situation du gage rendent applicable la loi de police française.

— Les règles du droit international privé conduisent à ce que certaines appellent le « dépeçage », entendant par là que l'engagement contractuel se trouve enfermé dans plusieurs enveloppes juridiques dont les contraintes diffèrent entre elles.

Ainsi, un contrat de prêt pourrait être régi par plusieurs lois applicables. Par exemple, tel serait le cas si un français empruntait auprès d'un établissement de même nationalité avec la garantie hypothécaire d'un immeuble situé en Belgique et la cautionnement personnel d'un parent luxembourgeois. La loi française régit le prêt ; la loi belge régit les conditions et effets de la garantie hypothécaire ; la loi luxembourgeoise détermine les engagements de la caution.

L'exécution amiable risquerait d'être compromise si l'acte authentique négligeait l'application cumulée des règles juridiques. En effet, la validité même de l'engagement deviendrait contestable. La convention se mettrait alors à recéler de véritables tumeurs contentieuses dont l'évolution pourrait devenir fatale à la bonne fin de l'opération.

On mesure encore l'action du notaire en ce domaine, dans le prolongement du devoir de conseil qui imposait déjà la maîtrise des éléments d'extranéité. Ici, plus d'opinion, des actes ; plus d'arguments abstraits, des effets pécuniaires.

Cette réalité se traduit par la précision rédactionnelle, mais aussi le respect de certaines formes ou l'accomplissement de certaines formalités substantielles sans lesquelles les renvois aux lois applicables ne produiraient pas leurs effets⁴.

³ Ce concept apparaît en Droit International Privé comme incident de la mise en œuvre de la règle de conflit de loi. Son existence procède de l'article 3 du Code Civil français qui dispose que « les lois de police et de sûreté obligent ceux qui habitent sur le territoire » (art. 3 Al. 1^{er}). L'Etat définit un domaine d'application d'une loi et lui donne un champ plus vaste que ce que la règle de conflit aurait elle-même retenu. Voir Lagarde et Battifol « Droit International Privé » T. I numéro 251 (L.G.D.J.) ; Loussouarn et Bourrel « Droit International Privé » Ed. Dalloz p. 173.

⁴ L'article 493 du code des Obligations suisse impose que la caution ne puisse être engagée qu'aux termes d'un acte authentique contenant l'indication du montant maximum de la somme susceptible d'être exigée au titre de

Dans ce contexte on ne peut ignorer l'importance de la langue utilisée dans l'acte. En France l'ordonnance de Villers-Cotterêt, d'Août 1539, confirmée par le décret du 2 Thermidor AN II et l'arrêté du 24 Prairial AN X, interdisent toujours l'usage d'une autre langue que le français. La traduction jurée annexée à la convention reste le seul moyen d'exprimer l'engagement du non-Français selon sa culture et les significations de son langage.

Comment s'assurer d'une précision rédactionnelle équivalente dans l'acte et dans sa traduction ? L'Europe n'est-elle pas à réaliser, dans ce domaine encore ?

Le souci est de même nature quand il s'agit d'assurer l'exécution de l'acte vis-à-vis des tiers :

2 — *L'exécution amiable vis-à-vis des tiers :*

— Rendre opposables aux tiers les effets d'une convention privée, ainsi est-il possible de définir l'exécution amiable dont il s'agit.

Exprimée dans le cadre du territoire européen, la notion de tiers est indissociablement conçue en relation avec le secteur géographique où ces derniers se situent.

— Le premier « tiers » auquel une convention est confrontée est l'Etat dans lequel elle doit s'exécuter.

Ce constat s'impose à l'acte authentique lorsqu'il doit « circuler » d'un Etat dans un autre ⁵.

Originellement les caractères d'un tel acte, force probante et exécutoire, sont circonscrits aux frontières de l'Etat où il a été reçu. A l'extérieur il ne peut produire de tels effets que si l'Etat d'accueil reconnaît ses caractères. C'est ce qu'il fait en légalisant l'acte authentique dont l'exécution est envisagée.

Néanmoins, le développement des relations juridiques entre Etats et plus particulièrement la formation d'une communauté européenne, expliquent la Convention internationale de La Haye le 5 octobre 1961 et celle du 25 mai 1987 ⁶ tendant à supprimer la légalisation des actes au profit d'une procédure plus légère qui est celle de l'apostille ⁷.

cette obligation. Cette disposition a fait l'objet de contentieux importants suscités exclusivement par le caractère formaliste du texte. Voir arrêt Haaker Tribunal fédéral suisse 84-J-119 : JT 1959 I 215. Arrêt Hollenweger ATF 64 II 346, cité au *Clunet* 1970, p. 431. Par ailleurs on connaît, en France, la procédure obligée de réflexion de l'emprunteur préalablement à l'acceptation de l'offre de prêt.

⁵ L'acte sous sceing privé ne pose pas le même problème car il n'a pas les caractères de l'acte authentique : force probante et force exécutoire. Son cheminement en Europe doit être contrôlé à chaque frontière s'il impose une exécution forcée ou une publicité aux tiers.

⁶ La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprime l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers ; celle du 25 mai 1987 est adoptée par les Etats Membres des Communautés européennes ; elle a le même objet que la précédente. Seules des différences liées à l'auteur de l'acte public séparent ces deux conventions.

⁷ L'apostille est l'attestation établissant que l'acte authentique a bien été signé par un Notaire. Elle est

Malgré tout aux termes de conventions bilatérales certains pays suppriment même toute formalité en offrant ainsi l'exécution immédiate des actes authentiques⁸.

— Mais il demeure, à l'intérieur de l'Etat d'exécution de la convention, des règles d'information des tiers qui ne se satisfont pas de la seule procédure de légalisation ou de son substitut.

A cet égard, force est de constater que l'Europe n'est pas entièrement formée car des disparités de traitement de l'information des tiers subsistent entre Etat Membre.

En effet, si l'on examine la publicité foncière enregistrant les mutations immobilières, il apparaît qu'excepté le Royaume-Uni⁹, le soin d'assurer l'information des tiers est réservé aux juristes du lieu de la publicité¹⁰. Il en va dans ce domaine comme en matière de qualification de la loi applicable aux sûretés réelles : il faut laisser aux instances locales le soin de régir les événements du lieu.

Concrètement le notaire français est ici placé devant des frontières infranchissables : la convention des parties opérant en dehors de l'hexagone, l'information des tiers, nationaux de l'Etat Membre où le contrat produit ses effets réels, est assurée selon les seuls règles applicables à cet Etat.

Un notaire italien par exemple, devra déposer au rang de ses minutes l'acte français, constatant la mutation d'un immeuble en Italie afin de la publier au bureau des hypothèques. Le notaire français ne peut donc assurer lui-même cette forme d'exécution amiable de l'acte qu'il a reçu en France.

L'inverse est aussi vrai : l'acte conclu hors France, concernant un bien soumis à publicité dans ce pays, doit être déposé au rang des minutes d'un notaire français. On a même souligné le caractère « protectionniste » de l'article 2128 du Code Civil français¹¹.

délivrée par l'autorité déterminée pour chaque Etat ; en France il s'agit du Parquet Général dont dépend le notaire. (Voir I. Fadlallah « Vocation internationale de l'activité notariale, numéro 18 - 17^e Congrès des Notaires de France).

⁸ Certaines convention admettent que les actes notariés établis dans un Etat produisent leurs effets dans un autre sans formalités. Tel est le cas de la France avec la Belgique (Convention du 9 novembre 1981) de même entre la France et l'Allemagne (convention du 13 septembre 1971).

⁹ Le droit anglais se distingue de ceux de l'Europe continentale puisqu'il permet la publicité des mutations immobilières sur le fondement d'un acte sous scing privé, émanant de quelque pays que ce soit et acheminé par la poste. On note que le seul problème est alors celui de l'acquit des droits aux autorités municipales et au Land Registry. (Voir sur ce point T. Aldridge « Notariats d'Europe, p. 37 Academia/Brulyant, Journal des notaires et des avocats, Belgique, 1991).

¹⁰ Les pays européens se partagent entre deux systèmes : celui du consensualisme dans lequel la publicité est l'instrument de l'opposabilité aux tiers, le transfert de la propriété résultant de l'acte (France, Belgique, Luxembourg, Portugal, Espagne) ; celui de la prénotation qui assure le « gel » de la situation juridique de l'immeuble entre l'acte de vente et sa publicité. Cette dernière prend alors le caractère d'une formalité constitutive du droit de propriété du cessionnaire. Pas de transfert de propriété avant l'inscription au livre ou au registre foncier (Allemagne, Grande-Bretagne, Irlande, Grèce, Pays-Bas). Les notaires sont dans les desux systèmes exclusivement chargés de procéder à la publicité foncière.

¹¹ Selon le texte l'affectation hypothécaire devrait être reçue exclusivement par un notaire français. Le dépôt

— Une autre disparité de traitement du droit des tiers existe dans le domaine des sociétés : la plupart des législations voisines de la France imposent la forme authentique de l'État d'immatriculation de la société, à l'acte de constitution. Le dépôt au rang des minutes du notaire de l'État d'accueil devient encore, en cette matière, le relai obligé pour parvenir au franchissement de la frontière.

— Dans le marché unique, le Notaire doit étendre le champ de son investigation juridique, sans pour autant trouver dans l'instrument qu'il produit le véritable outil de son adaptation aux exigences de circulations qui fondent le Traité C.E.E.

L'exécution forcée de son acte relève de la même constatation, même si, en ce domaine, le principe de la circulation intracommunautaire paraît arrêté en droit positif.

b — L'exécution forcée de l'acte authentique

L'acte authentique dont la force probante est l'une des caractéristiques se voit, en outre, doté d'un effet déterminant pour son efficacité : il est exécutoire. La mention qu'appose le Notaire au pied de l'acte confère au créancier d'une obligation la faculté de requérir l'exécution sans débat judiciaire. L'exclusion de la phase contentieuse est tout à la fois efficace et dissuasive.

Mais l'exécution forcée de l'acte ne peut être poursuivie sans autre forme de procédure qu'en France. De nouveau, des frontières réduisent la portée de l'acte en présence d'un élément d'extranéité, puisqu'à l'étranger l'autorité judiciaire doit juger la demande d'exécution. Réciproquement l'acte authentique non français normalement exécutoire dans l'État Membre où il a été reçu¹², doit être accueilli par l'autorité judiciaire française pour produire ses effets dans ce pays.

Un jugement d'exequateur constitue le passage obligé de l'exécuton d'un acte authentique hors de ses frontières. En France le tribunal de grande instance est seul compétent pour connaître de la demande ; une procédure de droit commun s'impose marquée par les habituelles étapes de l'assignation, du jugement et de l'exercice des voies de recours¹³.

au rang des minutes d'un notaire français de cette affectation établie originellement par un notaire français de cette affectation établie originellement par un notaire étranger ne serait pas possible. L'article 4 du décret du 4 janvier 1955 relatif à la publicité foncière admet la procédure du dépôt au rang des minutes d'un notaire français de l'acte d'affectation reçu à l'étranger. Cette contradiction entre le Code Civil français et le décret semble se résoudre au bénéfice du second (voir M^{me} Revillard « Droit International Privé et pratique notariale » 2^e Ed. p. 245 numéro 210, voir 88^e Congrès des Notaires de France p. 565, numéro 394).

¹² Excepté le cas du Royaume-Uni, l'acte authentique présente sur tout le territoire européen les mêmes caractères : force probante et exécutoire.

¹³ Voir MM. Lagarde et Battifol, *op. cit.*, numéro 730.

Alors, l'existence d'un territoire européen aurait paru bien théorique si le sort de l'acte authentique avait été d'être contrôlé à chaque frontière.

La Convention du 27 septembre 1968 se propose donc d'améliorer l'état de droit en cette matière. Consacrée à l'exécution des jugements pour l'essentiel de ses dispositions, cette convention règle, en un seul article¹⁴ le sort des actes authentiques.

Dans un souci de transaction entre le principe de souveraineté des Etats et celui de la nécessaire « circulation des actes », il est admis qu'une procédure simplifiée d'exequatur assurera l'exécution de la convention authentique dans le pays d'accueil. Il faudra toutefois que celle-ci soit exécutoire dans son pays et ne contredise pas l'ordre public de l'Etat d'accueil.

Une plus grande rapidité est donc attendue de cette méthode qui fait l'économie de l'assignation et du débat judiciaire pour se réduire au dépôt d'une simple requête¹⁵ appelant la décision d'un magistrat.

Malheureusement le mécanisme conventionnel se heurte à deux difficultés qui le rendent encore aujourd'hui perfectible.

— Les matières sujettes à l'application de l'article 50 s'avèrent encore limitées. En sont exclues les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux et aux successions. Il en est de même de l'arbitrage et du règlement des procédures collectives¹⁶.

Certes ce sont les jugements plus que les actes authentiques qui ont à pâtir de cette restriction, mais le domaine contractuel reste toutefois marqué par la limite assignée par la Convention. L'Europe reste encore à faire à ce propos¹⁷.

— La Convention de Bruxelles a été ratifiée par les pays qui forment l'Europe d'aujourd'hui. Le cas du Royaume-Uni laisse néanmoins perplexé.

On sait les différences qui séparent le droit anglosaxon du romano-germanique. Le concept d'acte authentique ne fait pas exception à ce constat, et nul Européen continental ne retrouvera en Angleterre les instruments juridiques qu'il manipule habituellement. Malgré la ratification

14 Article 50 de la Convention du 27 septembre 1968, relatif aux actes authentiques reçus et exécutoires dans un Etat contractant.

15 Le requérant doit produire l'acte authentique à exécuter avec sa traduction dans la langue du pays d'accueil. Une requête doit être présentée au magistrat du ressort du tribunal désigné compétent par la Convention, comportant une élection de domicile. Le juge décide de plusieurs façons : il octroie l'exequatur, il la refuse, il l'accorde pour partie de ce qui est requis, ou enfin il sursoit à statuer. Voir Maître R. Crone 85^e Congrès National des Notaires de France p. 838 ; Monsieur Béraudo J.-Cl. de droit européen fasc. 3050 numéro 18 ; Dictionnaire permanent de droit européen des affaires T. II p. 1673 et ss.

16 Les exclusions conventionnelles procèdent de la nature de la convention traitant des questions relatives au droit privé ainsi que de matières également exclues par d'autres convention (par exemple la convention de Rome du 19 juin 1980).

17 Voir en ce sens Maître Jean Picard « le Notariat et la C.E.E., introduction au droit communautaire » collection de l'Institut Notarial de Formation INAFON, p. 107 numéro 177 ed. Litec. — MM. Martin et Lelièvre « Notariats d'Europe » op. cit., n. 540.

par le Royaume-Uni en 1987 de la Convention de Bruxelles il demeure donc une disparité de traitement de l'exécution forcée dans cet Etat par rapport aux autres parce que ce pays ne connaît pas la nature juridique de l'acte authentique « continental ».

Un équivalent existe, paraît-il, à l'exequatur simplifié de la Convention, avec le « judicial authorization to enforce a foreign judgement » de même qu'avec la « procédure d'enregistrement »¹⁸.

Mais le notaire face au Marché Unique constate qu'en la matière, l'harmonisation et maintenant la reconnaissance mutuelle sont des chemins sinueux et parfois embrumés...

L'action du notaire dans l'ouverture d'un territoire européen est en premier lieu l'élargissement des critères d'analyse : dans l'espace, par l'intégration au diagnostic juridique d'autres règles de droit ; dans le temps, puisque la norme communautaire lui donne l'outil de la prévision.

C'est en second lieu l'exécution européenne des conventions authentiques qu'il reçoit, même si les instruments de cette action restent encore à parfaire.

Dans le même temps l'action de l'espace européen sur le notaire est une réalité dès aujourd'hui perceptible.

II. - *La réponse du marché unique aux notaires*

332

L'obligation de répondre aux problèmes suscités par l'usage de l'espace européen entraîne le notaire dans la recherche d'une adaptation de son statut aux outils qu'il manipule dans l'exercice de sa profession :

A cet égard, l'accès à la fonction vient en premier lieu. Officier public dans l'Etat Membre dont il est un national, ne pourrait-il pas être nommé dans un autre pays, dont la zone géographique serait complémentaire de cette origine ? (A. -).

Les conditions d'exercice de la fonction viennent immédiatement après. En raison de la multitude des matières juridiques traitées, l'officier public peut-il se regrouper librement avec qui il veut ? (B. -).

A. - *L'accès à la fonction de notaire dans le marché unique*

L'ouverture d'un espace européen régi par un Traité célébrant la libre

¹⁸ Les « notaires » de Londres ne confèrent l'authenticité qu'aux conventions destinées à l'étranger, encore qu'elles ne peuvent se prévaloir du caractère exécutoire (voir Monsieur Lemaître « la circulation des actes authentiques au sein de la communauté économique européenne en vue de leur exécution » J.C.P. 1990, Ed. ; N. I. 354. On sait, par ailleurs, que le « deed » ne peut être exécutoire que présenté au juge.

circulation des personnes ne pouvait pas être sans conséquence sur le principe de la nationalité gouvernant l'accès aux fonctions de notaire.

Pourquoi le notaire en France devrait-il être exclusivement Français ? La question, encore très précautionneusement posée, n'en est pas moins l'effet obligé de deux textes européens : l'article 52 du traité posant le principe de liberté d'établissement et la directive du « 8 Décembre 1988 sur l'équivalence des diplômes ».

Il est vrai que le fameux article 55 du traité confère aux délégués ou détenteurs de la puissance publique un régime dérogatoire aux textes précités¹⁹.

Toutefois, même en excluant pour la seule fraction des activités relevant de l'autorité publique, la liberté d'établissement, ce texte n'a jamais obligé le notaire à être un national de l'Etat où il est institué. L'article 7 du traité irait même jusqu'à justifier une solution contraire²⁰.

Alors la directive du 31 décembre 1988 constitue le motif le plus fondé d'une nouvelle conception de la nationalité chez les officiers publics.

En effet, pour concevoir les conséquences prévisibles du nouvel ordre institué par la directive, il n'est que de se pencher sur deux textes français prise en vue de l'application des dispositions communautaires :

Le décret du 21 décembre 1990 exprime, en liminaire, son rattachement à l'autorité du droit communautaire européen. Au-delà de cette pétition de principe il dispose que « certains offices pourront être attribués à des français ou des ressortissants de la communauté européenne ». On s'accorde à constater que ce texte ne concernerait pas les notaires²¹.

Mais cette exclusion est-elle durable ? Assurément pas, dès lors que le principe d'une ouverture aux ressortissants européens est admise pour d'autres offices que ceux des notaires, même si les professions visées par le texte ne sont concernées que pour partie.

La loi du 26 juillet 1991 est un argument *a fortiori* du précédent. Dans la fonction publique, certaines catégories d'emplois ne doivent plus être réservées aux seuls citoyens français. Il faut toutefois que ces fonctions ne soient pas fondées sur l'exercice de la souveraineté ni ne participent à l'exercice des prérogatives de la puissance publique : brèche dans l'édifice.

La communication de la Commission du 18 Mars 1988 éclaire cette loi d'une lumière à vaste champ puisque l'exception de souveraineté ou de détention d'une partie de la puissance publique ne devrait concerner que les

19 « Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'Etat Membre intéressé, les activités participant, dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique » art. 55 al. 1 du Traité C.E.E.

20 « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité » art. 7 al. 1^{er} du Traité C.E.E.

21 Voir en ce sens Monsieur Picard, *op. cit.*, p. 49 numéro 80.

emplois rattachés aux ministères. Le notaire pourrait alors ne plus être un « emploi de la fonction publique »²² puisqu'une telle conception n'est possible que *lato sensu*.

Il demeure, enfin que l'application française de la directive du 21 décembre 1988 ne pouvait exclure le notariat. Les arrêtés du 31 décembre 1990 et du 24 juin 1991 confirment ce constat, organisent pour cette profession le régime des équivalences. Une nouvelle voie d'accès à la qualification de « notaire » est celle du postulant ayant exercé les fonctions de notaire depuis deux ans dans un Etat Membre à temps plein, sous réserve il est vrai du succès à l'épreuve devant être subie devant un jury national.

Alors si le non-Français détient le diplôme de notaire français par équivalence, même si sa nationalité est aujourd'hui incompatible avec le statut de la fonction ne doit-il jamais espérer qu'un jour il puisse être institué notaire en France et prêter serment comme les ressortissants de cet Etat ? Les lignes qui précèdent répondent suffisamment à l'interrogation.

La question vient immédiatement alors : un notaire peut-il être institué dans deux Etats Membres à la fois ? L'admettre serait certainement contrevenir aux dispositions bien conçues de l'article 55 du Traité. Aujourd'hui c'est donc non. Mais a-t-on bien perçu les conséquences de la fameuse histoire des vétérinaires auxquels la Cour de Justice a reconnu, dans l'intérêt collectif, la faculté d'exercer leur fonction publique dans plusieurs Etats Membres²³.

L'opinion est aujourd'hui faite que le Marché Unique réalisera progressivement le rêve communautaire des articles 52 et 57 : dont acte.

Mais alors en 1992, la circulation du notaire en Europe est-elle possible ? Plus qu'il n'apparaît à première vue, car l'exercice de la fonction s'est adapté aux exigences de l'espace européen.

B. - Les conditions d'exercice de la fonction

La prestation de services juridiques en Europe repose sur deux règles : la multidisciplinaire juridique (a -) et la mobilité intracommunautaire (b -). Les moyens de les appliquer sont aujourd'hui, en grande partie, offerts aux notaires.

a - La multidisciplinarité :

L'étendue du devoir de conseil et la production des actes authentiques à

²² Voir en ce sens Monsieur Th. Colin « le notariat français et le notaire suisse face à l'Europe » mémoire de D.S.N. Paris, II, p. 91.

²³ Voir Maître Pierre Roque « Les notariats de la C.E.E. se préparent-ils au Marché Unique de 1993 » p. 211 Ed. chez l'auteur.

destination intracommunautaire ont révélé l'obligation de synthèse, dans une opération déterminée, d'un faisceau de disciplines juridiques.

Le notaire dispose de plusieurs moyens pour répondre aux exigences de cette règle.

— L'investissement personnel en savoir faire est une solution qui n'appelle pas de commentaire, hormis celui qui constate une difficulté matérielle initiale ; acquérir l'expérience sans préjudice pour le consommateur de services juridiques. Passée cette barrière de corail, agrippé au « success story » qui le porte de dossiers en dossiers, le notaire construit sa multidisciplinarité au fil des ans.

Cette méthode est fréquemment celle des notaires frontaliers dont la situation géographique a imposé *ab initio* l'acquisition d'un savoir faire spécialisé avec le droit du pays voisin. Elle est souvent améliorée par les effets démultiplicateurs du regroupement en sociétés civiles professionnelles.

— La C.E.E. n'existait pas encore que ces notaires travaillaient en ce sens. Par contre, le véritable effet du Marché Unique sur les notaires est qu'il impose à ces derniers l'aptitude théorique à connaître des situations juridiques étendues à tout le territoire européen et non pas seulement à un pays voisin.

— Alors le regroupement de compétences spécialisées s'impose et se voit aujourd'hui officiellement reconnu. Il est fréquent de voir collaborer notaire et conseil fiscal, ce dernier nouvellement avocat. L'association notaire expert comptable se conçoit également. Et quand les structures de coopérations imposent des investissements pourquoi ne pas recourir à l'apporteur en capital ?

La création des Sociétés d'Exercice Libéral aux termes de la loi du 31 décembre 1990 est de nature à accueillir de telles initiatives. L'esprit de chaque profession est sauvegardé par de nombreuses dispositions concourant à ne pas exproprier le libre arbitre du juriste au profit du financier²⁴.

— Mais une autre collaboration devient inévitable : celle des notaires de différents Etats Membres entre eux. La règle de droit est le produit de la logique par la culture de l'Etat qui l'édicte. Nul autre qu'un national ne peut manier les concepts juridiques de son pays.

Le règlement d'un dossier transfrontalier n'est donc pas mieux assuré que par la collaboration des notaires des Etats Membres concernés.

Le notaire doit, pour ce faire, tisser son réseau au gré des dossiers mais en

²⁴ Ce texte prévoit deux séries de mesures destinées à éviter que l'apporteur de capitaux, dénommé « l'associé investisseur » ne prenne le pouvoir dans une société caractérisée par le souci de préserver le libre arbitre des professionnels qui la constitue : d'une part, cette catégorie d'investisseurs ne peut ni prendre la qualité de dirigeant, ni bénéficier de vote double, ni intervenir dans l'agrément en vue de procéder à une cession de parts ; d'autre part les associés professionnels doivent détenir la double majorité en capital et droit de vote.

choisissant entre deux méthodes inconciliables : l'existence ou l'absence de forme juridique de coopération.

Pour opérer son choix il devra apprécier l'importance à ses yeux de deux paramètres : la responsabilité et le coût de la structure. L'expérience montre, en effet, qu'à propos du premier la forme sociale susceptible d'accueillir la collaboration constitue un accroissement du risque. C'est l'une des principales critiques à faire au C.E.I.E.²⁵

A l'égard du second paramètre, il apparaît qu'investir pour se structurer dépend du flux de dossiers à attendre : voilà une règle commune à toute entreprise. L'ouverture d'un marché unique du droit ne fait que reposer le problème.

Mais la circulation des personnes et des capitaux dans le territoire communautaire, en même temps qu'elle explique la multidisciplinarité, impose en outre la mobilité du prestataire de services juridiques.

b - La mobilité :

— Le notaire est encore confronté, pour l'application de cette règle, au conflit qui oppose son statut national à la réalité de la vie juridique conçue par le Traité C.E.E. et son droit dérivé.

336

— L'article 55 justifie encore aujourd'hui la restriction qui atteint les notaires par comparaison avec les activités juridiques libérées. En l'état de notre droit national, mais aussi communautaire, l'exercice d'une prérogative de puissance publique a, pour corolaire l'établissement obligé, voire, si l'on ne craignait l'exagération, l'assignation à résidence.

Or, cette analyse n'est pas forcément celle du droit communautaire qui ne voit pas dans le texte cité d'interdiction absolue pour le notaire de franchir les frontières de son Etat.

En effet, dans l'esprit du Traité et dans ses formulations aussi, la notion « d'activité » l'emporte sur celle de « profession ». Ainsi le notaire est détenteur de la puissance publique lorsqu'il donne l'authenticité à un acte de son ministère. Mais il n'a plus cette qualité quand il rend un conseil. Voilà deux activités distinctes au sein d'une même profession. Seule la première se trouve placée sous l'empire de l'article 55 et non la seconde. Par conséquent rien n'interdit à un notaire de pratiquer une activité de conseil en dehors de son Etat de principal établissement.

Néanmoins, le point de vue du droit communautaire démontre, en cette matière, qu'il s'agit moins d'établissement que de prestation de service²⁶. En

²⁵ Voir les vœux de la 1^{re} commission du 88^e Congrès des Notaires de France — Grenoble 1992, dont celui destiné à reformer le régime de responsabilité des membres d'une C.E.I.E.

²⁶ Article 59 du Traité C.E.E.

effet, la pratique ne connaît pas de cas d'établissement d'un Notaire « authentificateur » dans un Etat et « conseil » dans un autre. Le critère de « l'activité » marque, dès lors, ses limites : à l'intérieur d'une profession, les activités ne sont pas forcément fractionnables.

C'est précisément le motif qui donnent aux partisans du concept de « profession » l'essentiel de leur argument : quand on constate qu'un notaire ne peut matériellement dissocier son activité de conseil de celle d'authentificateur d'une convention, comment admettre qu'il bénéficie d'une véritable liberté de prestation de services au sens de l'article 67 du Traité, laquelle ne devrait pas subir la loi de l'article 55 ?

Par ailleurs, il y aurait beaucoup à dire sur la place donnée à l'éthique dans le concept « d'activité » en comparaison de celle qu'elle tient dans le cadre de la « profession ».

Malgré cela, puisqu'il faut réduire la compétence *ratione loci* du notaire à son seul Etat Membre, comment agir pour répondre aux exigences de la vie du Marché Unique ?

De nouveau grâce à l'usage des réseaux reliant les notaires des différents Etats Membres. La circulation de l'acte pallie l'impossibilité d'une prestation de services au sens de l'article 59 du Traité.

Concrètement, le Français qui achète un immeuble en Allemagne n'est connu que de son notaire français. La conception et le projet de rédaction d'une convention sont arrêtés comme s'il s'agissait d'une opération française. Mais l'acte authentique est reçu par le notaire allemand, que son homologue français connaît bien et en présence de ce dernier qui n'a pas abandonné son client à la frontière franco-allemande.

Le service est rendu sans faille, les principes sont respectés.

Dans cette perspective, un projet est à ce jour étudié par les organes professionnels des notaires allemands et français : les deux notaires recevraient l'acte transfrontière et non le seul notaire du lieu de l'objet du contrat. Une telle réforme sera le plus éclatant signe d'intégration du notariat dans l'Europe dans le respect des conceptions de chaque Etat Membre.

S'ils ne peuvent s'établir librement à l'intérieur de l'espace européen, les notaires ont donc organisé leur libre prestation de service. Il en est ainsi par l'effet d'une construction originale : le notariat établi sur tout le territoire européen, se substitue, en qualité de prestataire d'un service juridique, au notaire individuel confiné dans les frontières de son Etat. Le contact singulier du notaire avec le consommateur est alors reconstitué par l'effet du réseau.

En définitive, l'action du notaire dans le Marché Unique et la réponse de ce dernier à la profession s'inscrivant dans une tendance lourde caractéristique de l'évolution de l'activité du droit : l'uniformisation de la prestation de service juridique.

Les disparités nationales s'effacent à l'ouverture des frontières, incompatibles qu'elles sont devenues avec la règle commune qu'impose l'existence d'un territoire fédéré. L'idée d'un monopole d'intervention se dissout dans la marée montante de la libre concurrence.

L'économie entraîne le juridique au niveau de ses interventions, ce dernier marquant sa prépondérance commerciale au service des personnes morales plus que des particuliers. Alors le service juridique, dans cette perspective, devient lui-même marchand, il se développe en taille géographique autant qu'économique. La loi du marché le lui impose.

Dans le même temps le notaire risquerait, s'il n'y prenait garde, de confiner son monopole à la seule certification de document, « privilège » qu'il tient encore de la détention d'une partie de la puissance publique. Son service perdrait toute valeur ajoutée : il aurait vécu... Alors apparaît la spécificité de l'intervention du notaire dans le service juridique européen.

Juriste du contrat, il apporte au droit des affaires l'exécution rapide des obligations et l'arbitrage des conflits. Juriste de la famille, il matérialise les avatars du patrimoine des personnes dans leur périple européen.