

NOTE DE SYNTHÈSE

Le notariat : passé, présent et avenir

Responsable scientifique : Mustapha Mekki

Auteurs :

M. Mekki, Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité, Directeur de l'IRDA
J.-P. Andrieux, Maître de conférences à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)
N. Laurent-Bonne, Professeur à l'Université de Clermont-Ferrand
J. Sirinelli, Professeur à l'Université Paris 12 (Saint-Maur Créteil)
Fr. Blanc, Maître de conférences à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)
J.-Chr. Saint-Pau, Professeur à l'Université de Bordeaux, Doyen de la Faculté de droit
J. Lagoutte, Maître de conférences à l'Université de Bordeaux
G. Rabut-Bonaldi, Docteur en droit privé à l'Université de Bordeaux
N. Blanc, Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité, membre de l'IRDA
R. Boffa, Professeur à l'Université Paris 12 (Saint-Maur Créteil)
V. Mikalef-Toudic, Maître de conférences HDR, Université Caen Normandie, Membre de l'Institut Demolombe et membre associé de l'IRDA
M. Latina, Professeur à l'Université de Nice – Sophia-Antipolis
M. Jaouen, Professeur à l'Université de Valenciennes
Chr. Vernières, Professeur à l'Université de Grenoble
N. Dieu le Fit, Docteur de l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité, Membre de l'IRDA
B. Deffains, Professeur à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)
C. Delmas, Maître de conférences à l'Université Lille 2
A. Fusaro, Professeur à l'Université de Gênes (Italie)
M. Benedetta Carosi, Docteur en droit de l'Université de Gênes (Italie)
I. Olaru, notaire public (Roumanie)
L. Cochior, notaire stagiaire (Roumanie)
M. Yokoyama, Professeur à l'Université de Kyoto (Japon)
N. Chikoc Barreda, Notaire à Montréal (Québec)
L. Brandelli, Professeur à l'Université de Sao Paulo (Brésil, Chili, Argentine)
J.-B. Seube, Professeur à l'Université de la Réunion, Doyen honoraire (Océan Indien)
M. Hautereau-Boutonnet, Maître de conférences à l'Université Aix-Marseille
A. Etienney, Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité, membre de l'IRDA
S. Amrani-Mekki, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre la défense (Paris 10).

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

30 janvier 2016

1. Problématique et objectifs de la recherche

Lorsque ce projet a vu le jour, soutenu par la mission Droit et justice et les éditions Lexisnexis, l'objectif était avant tout de dresser le bilan d'une profession qui avait su résister à l'effet du temps et avait réussi à s'adapter à son époque. Le modèle que constitue le notariat français à l'étranger, comme en attestent dans ce rapport les contributions de nombreux spécialistes du notariat en Asie, en Amérique et en Europe, donnait tout son sens à ce projet qui était l'occasion de revenir sur ce qui fait l'identité, l'ADN, le marqueur génétique de cette profession afin de mieux comprendre sa place dans ce qu'Emile Durkheim appelait la division du travail social.

L'ambition de cette étude était également, à l'origine, de croiser les regards en amenant des juristes dogmatiques, des économistes, des sociologues et des historiens à dialoguer afin de dégager des trames de réflexion communes et enrichir ainsi notre connaissance d'une profession mal connue du grand public et en conséquence malmenée par l'opinion publique.

A ce premier intérêt scientifique s'est adjoint avec le temps un intérêt pratique : la réforme du notariat par la loi « Macron » du 6 août 2015 qui a donné un nouveau sens et d'autant plus d'intérêt à ce projet. Véhiculant une image caricaturale de la profession, partant du postulat que la libéralisation s'applique à toutes les professions réglementées, y compris le notariat, réduisant le notariat à une prestation juridique comme les autres, la loi Macron, après les rapports de Jacques Attali de 2008 et de Jean-Michel Darrois en 2009, allait impacter les fondements mêmes de la profession et, partant, du système juridique français. Grâce ou à cause de la réforme Macron, la réflexion menée de manière pluridisciplinaire sur le notariat ne se justifiait plus uniquement par des causes exogènes, la globalisation, la concurrence entre les systèmes juridiques et l'idéologie du marché, mais également par des causes endogènes, modification des structures fondamentales du notariat par le législateur français.

L'idéologie du marché, les mutations de l'Etat, les modifications apportées par la loi Macron, renforcent la pertinence d'une interrogation sur l'avenir du notariat. Le notariat n'aura à vrai dire d'avenir qu'à la condition d'avoir une singularité, de trouver sa place dans l'échiquier social et économique. Seule l'existence d'une identité notariale justifie à l'avenir le maintien de cette profession. C'est la singularité du notariat qui devrait lui permettre de surmonter les assauts de la loi Macron et les mutations causées par le phénomène de globalisation. Cette identité du notariat, cet ADN de la profession, ces valeurs communes qui conditionnent sa survie, supposent nécessairement un voyage dans le temps mêlé de rétrospective et de prospective. C'est en s'appuyant sur le passé du notariat, qu'on peut mieux expliquer son présent et envisager son avenir. Cette étude a été, à travers ces trois temps de la réflexion, l'occasion de mettre en exergue cette singularité, cette identité du notariat, base fondamentale de sa pérennité et de sa légitimité. Pour rendre compte des contributions de l'ensemble du groupe de travail qui s'est réuni régulièrement depuis deux ans, il a été fait le choix de mettre en exergue la structure de l'ADN notarial. Cette structure repose sur deux piliers : le statut et les fonctions. Ces deux composantes de l'identité notariale sont consubstantielles l'une de l'autre. En d'autres termes, ce qui fait la singularité du notariat dans les fonctions qui lui sont attribuées et dans celles qui lui sont réservées, c'est son statut. Le statut et les fonctions du notariat français constituent, selon la terminologie bourdieusienne, les éléments structurant le « champ » du notariat et caractérisant son autonomie et donc sa force.

Le rapport général, fruit des réflexions menées par l'ensemble des membres du groupe de travail, est enfin une invitation adressée aux instances dirigeantes afin qu'elles puissent se livrer à un travail de « légitimation ». L'avenir du notariat réside dans la capacité des instances dirigeantes à convaincre, forme de « violence symbolique », de la légitimité du notariat. Préserver l'avenir du notariat c'est communiquer sur les valeurs du notariat, sur sa culture et sur sa structure.

2. Choix méthodologiques

Pour rechercher l'essence du notariat, le groupe de travail a fait le choix d'une démarche pluridisciplinaire, au-delà des seuls juristes dogmatiques, et chronologique, s'appuyant sur le passé pour mieux comprendre le présent et s'incliner vers l'avenir.

Démarche sociologique :

Confronté à de nombreuses idées-reçues, une démarche sociologique supposait une analyse empirique menée par un sociologue des professions afin de dresser une cartographie de la profession (âge, composition socio-économique, féminisation, lieux géographiques...).

Démarche historique :

L'Histoire est souvent un argument fort dans le discours du notariat. Cependant, elle est trop souvent instrumentalisée au détriment d'une approche rigoureusement scientifique. Il fallait inviter certains historiens à revenir sur le passé et à ne pas trop en faire dire aux faits. Cette démarche historique a permis de mettre en lumière certaines « relations » entretenues par le notariat avec certaines activités ou certaines institutions.

Analyse économique :

L'analyse économique était au cœur de la réflexion. Le notariat est parfois considéré, dans certains rapports tels que *Doing business*, comme un frein au développement économique. Appartenant aux professions réglementées les arguments d'ordre économique pour « libéraliser » ces professions ont eu un impact non négligeable sur la réforme du notariat opérée par la loi Macron. L'objectif a été dans une démarche rétrospective et prospective de s'interroger sur le contenu et les limites du discours de l'analyse économique à l'aune du notariat.

Approche de droit public :

La question la plus polémique et la plus sensible sur le plan politique a été le statut du notariat à l'égard de l'Etat : est-ce un service public et, dans l'affirmative, dans quelle mesure cette profession peut-elle échapper, partiellement ou totalement, aux exigences du droit communautaire. Il fallait le regard de deux spécialistes du droit public, interne et européen, pour faire le bilan des multiples qualifications retenues et de leurs conséquences juridiques.

Approche de droit privé :

Ce statut du notariat, et le lien singulier qu'il entretient avec l'Etat, n'est pas sans incidence sur le volet pénal du notariat. Cette question renvoie tant au statut pénal du notaire qu'au rôle du notaire dans la mise en œuvre des politiques criminelles. Au regard du droit privé, le notariat est un relais de l'Etat et constitue une interface entre l'intérêt général et les intérêts particuliers. Par son action, il renforce la sécurité juridique des actes qu'il instrumente pour lesquels il prête son concours. Il fallait donc revenir sur la spécificité des actes authentiques, sur l'adaptation de cet acte aux nouvelles technologies et sur les responsabilités civiles et disciplinaires très lourdes qui en découlent. Au-delà de l'acte authentique, il fallait également s'interroger sur le rôle central que le notariat était amené à jouer dans des activités symboles d'une privatisation de l'intérêt général. Trois exemples méritaient d'être approfondis comme les symboles d'un acteur constituant une « cheville » entre l'Etat et la société civile : la famille, l'environnement et la médiation.

Approche comparatiste :

Pilier du système de droit continental, enfin, le notariat devait faire l'objet d'une approche comparatiste afin de mettre à l'épreuve les conclusions provisoires des différents membres du groupe de travail : lien avec l'Etat, contribution à la sécurité juridique, domaine d'activités, valeur des actes accomplis, lien avec le développement économique... Le regard comparatiste a permis d'exposer la diversité des systèmes et la spécificité ainsi que la valeur ajoutée d'un notariat à la française.

3. Terrains et données qui ont servi de support à la recherche

Pour mener à bien cette recherche pluridisciplinaire, les membres du groupe de travail se sont réunis régulièrement, une réunion tous les deux mois, la première année et une réunion tous les 3 mois la deuxième année. Un compte-rendu des séances a permis de susciter une discussion continue par un échange collectif de mails.

Ces réunions régulières ont été ponctuées de plusieurs workshop et colloques sur des thèmes majeurs du projet de recherche en France et à l'étranger afin de mettre à l'épreuve les conclusions provisoires.

La méthode de recherche a varié en fonction des disciplines. Les sociologues ont privilégié une démarche empirique (enquêtes et entretiens sur tout le territoire de la Métropole). Les historiens se sont également appuyés sur les archives (Paris et Porte des Lilas). Les analyses économiques se sont appuyées sur les données chiffrées à leur disposition (notamment rapports diligentés par l'administration ou par le notariat). Certains entretiens ont été réalisés auprès de prestataires de services travaillant avec le notariat. L'essentielle de la recherche fournie par les autres membres du groupe est de nature fondamentale (études des projets, des textes, des décisions de justice, des ouvrages généraux et spéciaux).

4. Principales conclusions

L'ensemble des recherches a confirmé l'existence d'une identité notariale qui en renforce la légitimité et justifie sa pérennité. Cet ADN du notariat s'articule autour de plusieurs axes fondamentaux, qui confirment le lien inextricable qui se tisse entre le statut et les fonctions du notariat.

Causes exogènes et causes endogènes d'une recherche de l'identité notariale :

La recherche de l'identité notariale est destinée à cerner les contours singuliers de la profession et à justifier sa pérennité pour l'avenir. Cette question se pose tant en raison des changements qui affectent son environnement economico-politique (globalisation, mutations de l'Etat, idéologie du marché, pression des instances européennes, privatisation du secteur public et de l'intérêt général...) qu'en raison des changements qui affectent sa structure (réforme opérée par la loi du 6 août 2015, dite loi Macron). L'avenir du notariat est conditionné par la détermination d'une identité notariale nécessaire à la détermination de la place de la profession dans la « division du travail social ».

Consubstantialité entre le notariat et l'Etat :

Un lien consubstantiel existe depuis les origines du notariat avec l'Etat. Les historiens du droit le confirment tant à la première époque (J.-P. Andrieux) qu'à l'époque moderne (N. Laurent-Bonne). Les analyses menées par les chercheurs italiens et roumains confortent cette idée en Europe et l'extension du notariat au Vietnam, en Chine, en Thaïlande et au Cambodge est directement liée à

la place de l'Etat. Les spécialistes du droit pénal soulignent également ce lien inextricable qui unit Etat et notariat (v. J.-Chr. Saint-Pau (dir.)). Le droit public du notariat conforte cette idée (J. Sirinelli et Fr. Blanc). Or, l'Etat connaît, sous l'effet de la globalisation, une crise de légitimité. Moins qu'une crise, il s'agit, par nécessité, d'une mutation. Il devient difficile, face à la dispersion des centres de pouvoir, à la diffusion des centres de décision et à la dilution des informations dans un contexte de globalisation, de concevoir un système centralisé au sein duquel l'Etat viendrait « coloniser » la société civile.

Cette « crise » de l'Etat se traduit par l'essor corrélatif de la société civile. L'Etat ne décline pas, il se réorganise. Ne pouvant exercer une emprise verticale sur un monde néolibéral dominé par le modèle du marché et emporté par le phénomène de globalisation qui relativise de jours en jours son pouvoir, l'Etat décide en quelque sorte d'investir les rapports sociaux de manière horizontale en s'appuyant sur des acteurs-relais. L'officier public est un de ces relais privilégiés entre l'Etat et les individus. Les officiers publics, et principalement les notaires, créent le lien, lien social, lien de droit, mission fondamentale de l'Etat. Le rôle des officiers publics est le signe d'une autre forme d'action publique, en installant au cœur même de la société civile des acteurs à même de veiller au maintien du lien entre l'intérêt général et les intérêts particuliers.

Une profession sociologiquement « ouverte »

Les analyses sociologiques et les enquêtes de terrain menées par Corine Delmas démontrent que l'image du notariat repose sur un ensemble d'idées-reçues que véhiculent les médias et qui expliquent ce regard critique de l'opinion publique. L'étude révèle que le notariat présente de nombreux signes d'une profession moderne et en aucun cas fermée : fort taux de féminisation, population relativement jeune, diversité sociale comparable à d'autres professions, ouverture plus forte de cette profession que les autres entreprises...

Mise en exergue d'un statut juridique original tant en droit public qu'en droit privé

La question sur le statut du notariat en droit public a été de nouveau au cœur des débats sur la réforme « Macron ». De multiples qualifications sont utilisées. Si la loi Macron a évoqué l'existence d'un service d'intérêt général, sans en tirer la moindre conséquence, le Conseil d'Etat depuis longtemps lui a refusé la qualité d'agent public, pourtant défendue par le passé par d'illustres publicistes. Le notaire n'a pas non plus un emploi public. Une telle qualification aurait exclu toute possibilité de présenter un successeur. Les notaires « *exercent une profession réglementée dans un cadre libéral* » (sur les aspects historiques de cette question, v. le rapport de N. Laurent-Bonne). En revanche, les notaires « *participent à l'exercice de l'autorité publique* », qualification qui n'est pas sans incidence en droit européen comme le fait observer M. Fr. Blanc dans son rapport. La qualification de service public en revanche est constante comme le rappelle Fr. Blanc car cette profession en réunit tous les critères. Fr. Blanc fait le point sur ces qualifications controversées et rappelle les critères du service public et les conséquences d'une telle qualification. L'auteur en conclut que le notariat a un lien avec la fonction publique et est soumis au droit administratif en qualité de service public. Cette fonction publique vient du pouvoir qu'ils ont de conférer l'authenticité à certains actes. Cet ensemble renforce encore l'identité singulière de cette profession.

Qu'il s'agisse des objectifs d'intérêt général ou du service d'intérêt économique général, un contrôle de proportionnalité devra désormais être opéré par les instances européennes confortant le statut singulier du notariat, y compris auprès des instances européennes. Le notariat, à défaut de pouvoir convaincre par un argument d'autorité qu'il est un service public échappant au droit de l'Union, va devoir développer l'argument de la proportionnalité et justifier de sa spécificité de manière pragmatique pour y échapper. D'une spécificité « naturelle », l'europanisation du droit oblige aujourd'hui le notariat à défendre sa « spécificité rationnelle ».

Notariat, droit continental et développement économique :

Toute réflexion sur le notariat est également liée à la question de la concurrence entre les systèmes juridiques. Si le notariat est le pilier d'un modèle de droit, qu'est le droit continental, repenser la place du notariat c'est impacter sur l'avenir du modèle romano-germanique. Le système juridique français et le notariat ont à ce titre été vilipendés par les différents rapports *Doing business*. L'un des reproches récurrents fait au système juridique français est l'existence de professions réglementées qui constitueraient une entrave, non démontrée et posée de manière dogmatique comme un postulat, pour le développement de l'activité économique. L'affirmation est erronée à plus d'un titre. D'abord, le critère choisi *a priori* par les rapports *Doing Business* est celui de l'efficacité des droits du créancier. En changeant le critère de référence, comme le font de nombreux anthropologues lorsqu'ils veulent démontrer qu'il est difficile de hiérarchiser les cultures, on modifie également le résultat. Si le critère n'est plus le droit du créancier mais la sécurité juridique, il s'avère que la mission et les fonctions du notaire y contribuent largement, comme le démontre le rapport de la fondation pour le droit continental qui a mis en place un index de la sécurité juridique. Ensuite, même en conservant le critère de l'efficacité des droits du créancier, la détention d'un acte authentique, la gestion d'un service de publicité foncière et le conseil d'un notaire, renforcent sans aucun doute l'efficacité des droits du créancier. Encore une fois, l'acte authentique est aussi un « acte du marché ». Quel que soit le parti adopté, l'existence d'une profession ayant pour principale mission et fonction de sécuriser les actes est un facteur de développement économique. Il faut garder à l'esprit, en tout état de cause, que la démocratisation du droit ne passe pas nécessairement par sa « marchandisation » à outrance. L'authenticité est également un contrepoids à l'idéologie du marché au nom d'une certaine conception de la justice sociale.

Contribution de l'acte authentique à la sécurité juridique des droits subjectifs et du droit objectif

Sans tomber dans le sensualisme pessimiste de la période post-révolutionnaire, comparant les citoyens à des personnes irresponsables et manipulables et justifiant ainsi le rôle du notaire, le notariat en général et l'acte notarié en particulier sont facteurs de sécurité juridique. La mutation de l'Etat, le déclin de la loi, l'idéologie du marché et l'individualisme exacerbé sont autant de facteurs qui viennent renforcer la légitimité de l'acte authentique comme instrument de sécurité juridique. L'acte authentique est historiquement lié à cette valeur qu'est la sécurité juridique (J.-P. Andrieux et N. Laurent-Bonne). L'authenticité ne s'oppose ni à la liberté, ni aux droits subjectifs, ni aux initiatives individuelles. La sécurité de l'authenticité en est une condition *sine qua non* (v. les problèmes de sécurité juridique que pose l'absence de notariat à la française au Japon, Mika Yokoyama). Pas de liberté sans sécurité et point de sécurité sans authenticité, telle est l'équation qu'il faut défendre. L'authenticité contribue surtout à la sécurité des droits subjectifs selon le rapport remis au CSN.

Par le contrôle de la légalité des actes, vérification des faits relatés et des données de droit, par le devoir de conseil en vertu duquel le notaire rappelle aux parties l'existence et le sens des règles de droit, l'officier public contribue à l'accessibilité, à l'intelligibilité et à l'effectivité de la règle (rôle particulièrement mis en exergue dans le rapport roumain rédigé par Ioana Olaru et Loredana Cochior). L'authentification est donc aussi un instrument au service de la sécurité du droit objectif.

Chimère d'une profession unique et valeur ajoutée de l'intermédiation notariale :

Le lien entre le statut du notariat et les fonctions qui lui sont attribuées expliquent également que l'objectif d'une profession du droit unique est une chimère. L'activité du notariat, relais de l'Etat et interface entre intérêt général et intérêts particuliers, n'est pas commune aux autres professions. La

singularité de cette profession réside dans la valeur-ajoutée que le notaire apporte lors de l'élaboration d'un acte juridique. Cette valeur ajoutée suppose de repenser le champ d'action du notariat et d'insister sur les activités d'intérêt général pour lesquelles son intermédiation est fondamentale. C'est à ce prix que le notariat trouvera toute sa place dans cette division du travail social.

Intermédiation fondamentale du notaire dans les activités d'intérêt général et réponse à la privatisation de la sphère publique

De nombreux domaines sont aujourd'hui l'objet d'un phénomène de privatisation alors qu'ils relevaient auparavant de la sphère publique ou du moins se rapportaient davantage à des considérations d'intérêt général. La privatisation de la sphère publique et la privatisation de l'intérêt général amènent à repenser la place des notaires comme interface entre les intérêts publics et privés. Trois domaines fournissent une parfaite illustration de ce mouvement : le droit de l'environnement, le droit de la famille et la question de la médiation.

5. Pistes de réflexion :

La recherche menée sur « le notariat : passé, présent et avenir » a permis de mettre en lumière l'ADN de la profession. L'identification des valeurs communes du notariat, de ses fonctions essentielles et des caractéristiques fondamentales de son statut doit permettre de mieux comprendre la place qui revient à cette profession dans le système juridique français. L'objectif n'est pas de « sauver » le notariat, ce qui en soi n'est pas un argument pertinent et serait une démarche purement partisane. L'objectif est de comprendre, dans la division du travail clairement théorisée par Emile Durkheim, quelle est la place qui revient légitimement dans notre société civile à cette profession. Cette carte d'identité notariale doit éclairer le législateur sur les réformes ayant pour objet ou pour effet l'organisation de cette profession. Cette identité notariale doit éclairer les institutions européennes sur la singularité de cette fonction pour adapter la réglementation tant professionnelle qu'économique (liberté d'installation, liberté de circulation, liberté de l'entreprendre, liberté de concurrence...). L'objectif de cette identification est de mieux comprendre pour mieux légiférer. Enfin, cette ADN notarial doit permettre de comprendre pourquoi la mise en place d'une profession unique du droit n'est ni possible ni opportune. Le notariat par son statut et par ses fonctions apporte dans ses attributions une sécurité juridique plus forte, sécurité juridique qui est le marqueur axiologique du système de droit continental.

Cette étude a été également l'occasion de conforter ou d'infirmer certains principes rattachés à cette profession. Le notaire est principalement un officier public, délégataire de la puissance publique, et accessoirement une profession libérale. Le notariat évolue avec les mutations de l'Etat, Etat qui exerce son *imperium* et garantit le maintien de l'ordre social de manière horizontale et non plus seulement de manière verticale, en raison d'une privatisation de la sphère publique. L'acte notarié et le notariat sont des atouts pour un système où domine l'idéologie du marché par la sécurité qu'il apporte aux actes juridiques, moteurs de toute activité économique. Enfin, un message est adressé aux instances dirigeantes du notariat. Si le notariat a toute sa place dans la division du travail social c'est parce qu'il apporte une valeur ajoutée aux actes instrumentés ou pour lesquels il apporte son concours. Le notaire doit intervenir dans les domaines économiques et non économiques parce qu'il apporte une plus value normative aux actes qu'il instrumente. C'est ce curseur de la « valeur ajoutée » qui doit servir à l'avenir à délimiter le champ d'action des notaires. Le choix relève de la décision politique. A ce titre, il faut veiller à ce que le notariat continue de garantir une parfaite proximité, qu'il continue à offrir des services gratuits (notamment par le conseil qu'il prodigue en dehors de tout acte) et qu'il évite d'encourager des activités purement économiques et lucratives (on pense en particulier à la négociation immobilière quand bien même elle serait une source de revenus importante pour certaines études).

Cette étude permet de proposer l'équation suivante : le notariat est un service d'intérêt général, dérogeant pour des raisons impérieuses à certains principes du droit européen, qui garantit un service de proximité et contribue, marqueur essentiel du droit continental, à instaurer et/ou à renforcer la sécurité juridique des droits subjectifs tout en contribuant à l'efficacité et à l'effectivité du droit objectif, au moyen de l'acte notarié, acte normatif et acte du marché, qui apporte une valeur ajoutée aux actes instrumentés ou pour lesquels le notaire a prêté son concours.