

38^e congrès

du Mouvement Jeune Notariat

m.j.n.
Mouvement Jeune notariat



**DROIT
et ECONOMIE
San Francisco**
18 - 24 novembre 2007



www.mjn.fr/congres2007

LE DROIT ET L'ÉCONOMIE



38^e Congrès
Mouvement Jeune Notariat

SAN-FRANCISCO
18 – 24 NOVEMBRE 2007

PAUL BOCUSE



Ormis Notaires

Le savoir-faire français
d'exporte, exportez et
accompagnez vos clients
à l'étranger.

Paul Bourne
2007

L'équipe du 38^e Congrès
Mouvement Jeune Notariat

SAN-FRANCISCO
18 - 24 NOVEMBRE 2007



M^e Yvon Rose
Président du congrès
Notaire à Saint-Cyr
Mont-d'Or



M^e Denis-Pierre Simon
Rapporteur général
Notaire
Lyon

PREMIÈRE COMMISSION :
L'AUBE D'UNE RELATION NOUVELLE



M^e Annie ROLLET
Notaire à Saint-Cyr
Mont-d'Or



M^e Bertrand LACOURTE
Notaire
Paris



M^{me} le professeur
Gisela SHAW - University
of the West of England, Bristol

DEUXIÈME COMMISSION : REDESSINE-MOI UN NOTAIRE



M^{me} Marguerite GOLLOT
Coutot-Roehrig
Europe de l'Est



M^e Danièle BEAUSOLEIL
Notaire à Montréal
Québec



M^{me} M. ARENDT-MAJEWSKA
Notaire assistante
Varsovie



M. Frédéric AUMONT
Notaire assistant
France



M^e Jean PICHAT
Notaire honoraire
France



M^e Jué TANG
Juriste
Shanghai

TROISIÈME COMMISSION : LE DROIT D'IMAGINER



M^{me} Martine LACHANCE
Professeur - Université
du Québec à Montréal



M. Vivien BEAUFUME
Notaire assistant
France



M^{lle} Sabrina HADIDA
Notaire assistante
France



M. Nicolas NICOLAIDES
Chargé des notaires
LexisNexis

SOMMAIRE

Introduction

- M^e Yvon ROSE, Président du congrès 9
- M^e Denis-Pierre SIMON, Rapporteur général du congrès 21

Première partie : Contribution de personnalités

- **Sortir de la caverne pour comprendre la guerre des droits**
Olivier MORETEAU 41
- **La conception renouvelée du notariat par la perspective de régulation économique**, Marie-Anne FRISON-ROCHE 50
- **Attractivité économique du droit: le droit français dans la compétition internationale**, Bertrand DU MARAIS, Conseiller d'Etat 57
- **Approches procédurales et institutionnelles de la justice: la réponse contrastée américaine et française à l'augmentation des procès civils « orientés publics »**, Amalia KESSLER 74
- **Les fusions-acquisitions et l'analyse économique du droit: approche comparée France – Etats-Unis**, Georges CAVALIER et Thomas STRAUB 85
- **Analyse économique et le droit notarial**
Bruno DEFFAINS 90
- **Qu'évoque pour vous le sujet: droit et économie?**
M^e Bernard MONASSIER 101
- **Droit et Économie: quelques réflexions issues de la pratique du métier bancaire**, LE CRÉDIT AGRICOLE 107
- **Droit, Économie, Généalogie: résonances et dissonances**
Jean-Claude ROEHRIG 111
- *Acomparision of the english american and french laws as to the authority of precedent*, Jean-Claude ROEHRIG 127
- **L'économie du droit un exemple de loi ratée: combien ça coûte!**
Michel VAQUIE 132
- **Indications et précautions d'emploi des SEL**
Luc FIALLETOUT (INTERFIMO) 136

Première commission: A l'aube d'une relation nouvelle

■ **Droit et culture**

M^e Annie ROLLET 145

■ **Les notaires: une profession entre Etat et Marché**

Gisela SHAW 158

■ **Droit et économie La question préliminaire de l'Etat, du rapport du notariat et de l'Etat, en France**

M^e Bertrand LACOURTE 181

Deuxième commission: Redessine-moi un notaire

■ **Le notariat et l'économie en Chine**

Jué TANG 213

■ **Le notariat polonais**

Marguerite GOLLOT 231

■ **Droit et économie dans le notariat polonais**

Magdalena ARENDT-MAJEWSKA 248

■ **Le notaire du Québec: juriste de l'ère moderne**

Daniëlle BEAUSOLEIL 258

■ **Le notaire peut-il rester un généraliste du droit?**

Frédéric AUMONT 279

■ **Le notariat profession réglementée ou profession libérale**

Jean PICHAT 285

Troisième commission: Le droit d'imaginer

■ **Le notaire, un fardeau inutile? Réponse aux rapports « *Doing business* »**

Martine LACHANCE 291

■ **Le notariat et la spécialisation?**

Viven BEAUFUME 311

■ **Le notaire exportateur de droit**

Sabrina HADIDA 333

■ **Créativité et notaire. Le notaire dans l'économie**

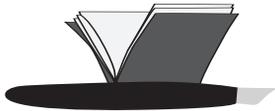
Nicolas NICOLAIDES 345

■ **Conclusion du rapporteur général** 378

■ **Remerciements** 380

INTRODUCTIONS

DU PRÉSIDENT
ET
DU RAPPORTEUR GÉNÉRAL



INTRODUCTION

M^e Yvon ROSE
Notaire à Saint-Cyr au Mont-d'Or
Président du congrès

LE DROIT, système juridique régulateur de la vie sociale est nécessairement en résonance avec l'économie, ensemble de dispositifs qui favorise et contrôle les processus de production, d'acquisition et d'échanges des ressources. Cette interaction existe depuis toujours...

De récents rapports et notamment ceux répétés de la Banque Mondiale ou de la Commission européenne indiquent que l'exigence de l'évolution économique tend à soumettre les règles de droit à ses impératifs.

Aussi les professionnels du droit sont-ils amenés à réagir devant une telle remise en question des relations entre les deux systèmes juridiques de *civil law* et de *common law* et à s'interroger sur leurs rôles, buts et fonctions futurs. Les notaires étant particulièrement visés par ces rapports, ce congrès veut mettre en lumière le débat.

C'est donc ce questionnement qui constitue le thème de ce congrès, à savoir : Dans quels contexte, cadre, but exercent les notaires si nous prenons en considération l'économie ? Quelles seront les évolutions probables du notariat, ses forces et faiblesses ? Quelles conséquences pouvons-nous tirer de l'interaction du notariat et de l'Economie ? Quelles actions engager ?

Développement historique

1 • L'interaction dynamique et créative entre Droit et Économie a existé depuis la Renaissance jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale.

Les notaires suivaient les courants d'affaires des marchands dans toute l'Europe sur les « foires » ou places commerciales. Ils ont co-inventé les instruments juridiques et financiers de l'économie moderne comme la lettre de change, le *warrant*, les garanties... avec les banquiers, fonctions qu'ils cumulaient quelquefois. Puis les notaires ont contribué à la Révolution industrielle, notamment au lancement des placements obligataires ou en concevant les statuts ou augmentations de



capitaux des principaux fleurons actuels des sociétés ou banques françaises jusqu'à la seconde guerre.

2 • Les impératifs de l'après guerre (reconstruction ; planification ; modernisation ; intervention massive de l'État) ont créé une scission profonde entre le secteur économique public et privé.

La première conséquence a été une diminution importante des domaines d'activité économique notariale. Les efforts du notariat se sont concentrés sur la volonté des pouvoirs publics de résoudre les problèmes de logement.

De plus, une « culture » du cloisonnement entre économie et droit s'est installée ainsi qu'une méconnaissance pour les deux générations des juristes de l'après guerre des grandes opérations économiques et tout particulièrement par les notaires, laissant à chaque cloisonnement une profession concurrente se créer. Cette césure pour les notaires a été cristallisée par l'enseignement : facultés de droit d'un côté facultés de sciences économiques et grandes écoles de commerce de l'autre. Ce cloisonnement, bien que datant d'une quarantaine d'années seulement, a favorisé l'oubli de quatre siècles d'interactions dynamiques et d'adaptation réciproque entre le notaire et l'économie.

3 • L'ouverture des frontières et le retrait de l'État des activités économiques tout à fait récents expliquent cette « éruption » soudaine, mais pas du tout nouvelle, de l'exigence économique et impliquent la nécessité pour les notaires de redéfinir leurs positions.

4 • Cet historique vise à démontrer que cette culture du repli et de cloisonnement touche à sa fin. Les mutations en cours exigent l'émergence d'une culture notariale de l'ouverture, du développement, de la créativité et de la mobilité. Car si la part de chiffre d'affaires du secteur encore conservé ne cesse de diminuer et si celle des initiatives privées ne cesse de croître pour les concurrents du notariat, il est légitime de considérer l'économie avec d'autres yeux.

C'est une nouvelle donne, comme un nouveau cycle.

L'Objectif du Mouvement Jeune Notariat (MJN)

Il a souhaité ne pas en rester à un simple constat et :

- 1 • **Analyser** cette nouvelle donne économique et voir quelle place le notariat a dans ce nouvel Etat ?
- 2 • **Évaluer** l'impact des changements prévisibles à court et moyen terme sur le notariat.
- 3 • Et **imaginer et proposer** des lignes d'actions possibles.

L'organisation du livre

L'organisation de ce livre reflète la volonté du MJN de s'inscrire dans un contexte culturel large, international, pluri-professionnel. Ne pas avoir une discussion hexagonale et strictement notariale a été le mot d'ordre que j'ai donné pour faire un « pas de côté ». Nous nous sommes placés dans les grands courants de pensée du droit et de l'économie. « *Le monde fini commence* » disait Paul Valéry, examinons les choses sereinement sans crispation.

1. Première partie du livre

Elle comprend l'éclairage, le regard, la réflexion de personnalités européennes ou américaines.

■ Madame Marie-Anne FRISON-ROCHE, agrégée de droit privé, professeur titulaire à Sciences-Po (Paris) en droit économique, licenciée en philosophie, dirige la chaire Régulation et le master Droit économique. Elle est l'auteur de très nombreux ouvrages en matière de régulation de l'économie par le droit et a organisé les Conférences entre l'Institut d'Etudes Politiques et la Cour de Cassation sur Droit et Economie. M^{me} FRISON-ROCHE définit une des nouvelles méthodes d'intervention de l'Etat et nous initie à la Régulation et au rôle qu'une profession pourrait jouer en tant qu'opérateur crucial de la régulation.

■ Monsieur Bertrand du MARAIS, Conseiller d'Etat, dirigeant le programme scientifique de « *L'attractivité économique du Droit* » pose les éléments de la définition de l'attractivité économique du Droit, ses critères, ses limites mais aussi les enjeux opérationnels de la qualité que doit avoir notre droit.

■ Madame Amalia KESSLER, professeur américaine à la Law School de l'université de Stanford, examine les objectifs des procédures lors de procès civils dans les deux systèmes juridiques sous deux angles : l'accès au Droit et à une solution équitable d'une part, et aussi la meilleure gestion publique de la Justice d'autre part. Elle montre en quoi chacun des systèmes n'a pas que des avantages. Leur confrontation réelle permet d'envisager des améliorations et des correctifs mutuels. Vous saurez lesquels.

■ Monsieur Olivier MORÉTEAU, professeur d'université de droit comparé à Baton Rouge (Louisiane) nous invite à sortir de notre caverne. « *Sortir de la caverne a son prix, surtout quand on reste convaincu d'être dans le plus beau pays du monde, où tout est meilleur qu'ailleurs. Qu'en savons-nous, tant que nous n'allons pas voir au dehors ? C'est pourtant la meilleure manière de voir que la France a plus d'un atout dans son jeu. Elle défendra mieux sa place quand elle*

acceptera de se comparer aux autres ». Le notariat n'échappe à son analyse et il nous dit pourquoi.

■ Monsieur Bruno DEFFAINS, professeur d'université d'économie à Nancy, spécialiste de la matière du Droit et de l'Économie, nous montre quelles sont les questions que se posent les économistes sur le droit, et ce dans les deux systèmes, et aussi sur l'efficacité du droit notarial.

■ Maître Bernard MONASSIER, notaire à Paris, qui a créé le réseau Monassier dans le monde entier, vous invite à comprendre que le droit est au service de l'économie. Il trace les enjeux pour le notariat, notamment en le situant dans le concert des autres professions juridiques. Il nous indique les capacités de rebond du notariat et les moyens de reconquête pour prendre en compte le fait économique.

■ Monsieur Jean-Claude ROEHRIG, généalogiste, président d'un grand cabinet qu'il a construit européen, a côtoyé les notaires dans toute la France. Il nous brosse quelles ont été l'évolution et l'adaptation du notariat sur un quart de siècle selon la donne économique et politique, et en tire les enseignements. Il nous montre aussi (en anglais) sa vision des différences entre *Common Law* et *Civil Law*.

■ Le CRÉDIT AGRICOLE : Comment imaginer traiter Droit et Économie sans la vue d'un banquier ? J'ai demandé au Crédit agricole, de dépasser son rôle de sponsor pour imaginer avec nous un « partenariat » intellectuel et opérationnel. Certes c'est une première, mais replaçons-nous dans notre longue histoire. Il illustre ainsi l'interaction entre Droit et Finances. Le chemin parcouru par la banque de proximité proche du notariat est à méditer et ouvre des horizons. En accompagnant partout les particuliers comme les entreprises, le Crédit Agricole a su imaginer en effet une gamme complète de services ainsi que les structures (agences de mobilité internationale) adaptées aux besoins des expatriés et « impatriés » et su trouvé les hommes et femmes, dont M^{me} Françoise HOANG, directrice de l'Agence de mobilité internationale à Marseille.

■ Monsieur Luc FIALLETOUT, de la société INTERFIMMO, nous éclaire sur les avantages et les inconvénients des nouvelles formes d'exercice professionnel adaptées au notariat.

2. Deuxième partie du livre

C'est le travail en synergie d'une équipe mixte internationale de rapporteurs. Vous bénéficierez de leurs analyses sur le thème.

Remerciements aux personnalités et à l'équipe

Une page est consacrée dans le livre à tous ceux qui nous ont reçus, écoutés, proposés des idées, des conseils, des aides et des subventions.

« Le fil rouge »

Je vous laisse apprécier la première partie du livre, mais un fil rouge se retrouve entre les deux parties du livre, il s'agit toujours en filigrane de répondre au premier cri de l'acteur économique : « mais à qui me fier ? »

De là découlent toutes les autres questions, grandes ou petites, et aussi les réponses.

Je souhaite apporter un éclairage, en tant que Président du Congrès sur le travail de l'équipe du Congrès qui procède dans la deuxième partie à trois analyses, puis je vous propose le résultat de ma réflexion personnelle à l'issue de tous les contacts établis au cours de deux années.

Eclairage sur le travail de l'équipe

Analyse 1: L'aube d'une relation nouvelle entre Droit et Économie

Thème 1: Si on veut comprendre l'évolution des interactions entre le Droit et l'Économie il faut d'abord comprendre l'évolution du contexte culturel dans lequel ils s'inscrivent.

Pas de Droit sans culture, pas d'économie sans culture, les deux évoluent en fonction. Le notariat comme l'Etat en dépendent.

Thème 2: Dans ce contexte culturel et sociologique en perpétuel mouvement se posent la question des missions de l'Etat et celle plus spécifique de la nature des relations entre le notariat et l'Etat.

Le notariat se situe « entre État et Marché », doit suivre les deux. Nous sommes passés d'un cycle d'« État providence » vers un d'« État serviteur des initiatives privées » pour partie.

Le notaire « officier public » doit aussi accompagner cette tendance notamment en jouant un rôle de régulateur de marché et d'opérateur actif sur le marché. L'anticipation est nécessaire

Thème 3: Les propositions

Nous devons défendre la culture française. Tentons de nous placer dans la mouvance de la régulation bien accueillie par les instances européennes conscientes qu'il faut des garde-fous aux marchés, d'où l'idée de « Notaire régulateur ».

Qu'est ce que l'opérateur crucial de la régulation ?

La définition adaptée au notariat est inspirée de celle donnée par M^{me} le professeur FRISON-ROCHE¹.

L'opérateur crucial de la régulation :

C'est une entité juridique et économique (une société, une profession organisée notamment) qui construit ou maintient un secteur économique dans un équilibre entre plusieurs objectifs. Celui de la concurrence d'une part et d'autres objectifs que la concurrence d'autre part ; par exemple d'assurer la sécurité du secteur mais aussi des objectifs étrangers à la concurrence comme d'assurer la prévention des litiges ou d'assurer l'accès au droit ou bien des objectifs contradictoires avec la concurrence, comme la satisfaction donnée aux petits dossiers comme aux gros. En tout cas une entité à même de résoudre ou d'amoindrir considérablement les conflits et assumant les risques.

Dans d'autres domaines que le notariat, on peut citer la régulation bancaire, la régulation de l'audiovisuel, celle du « droit à l'électricité, etc. ».

A mi parcours entre l'étatisme et le libéralisme, le notariat peut jouer le rôle économique d'« opérateur crucial » (expression de M^{me} le professeur FRISON-ROCHE) de la régulation d'un secteur que peut lui confier l'Etat dans l'avenir. C'est naturellement l'Etat qui a seul la mission de la régulation, il peut déléguer cette mission à un opérateur qu'il estime crucial pour un secteur.

Ainsi que l'indique toujours M^{me} FRISON-ROCHE en substance, l'État peut donner des droits exclusifs mais aussi des obligations particulières à cet opérateur crucial pour le marché parce qu'il porte notamment les risques du marché considéré. Ce n'est ni une faveur ni un handicap et ne suit pas la césure Public/Privé. Il s'agit à travers l'opérateur crucial de prévenir les risques du marché ou d'assurer la protection du public. Des moyens peu ordinaires comme des monopoles de droit peuvent être octroyés à l'opérateur crucial comme le brider. Exerçant des droits et des obligations qui assurent la sécurité du secteur, l'opérateur crucial est un régulateur de second rang, un « quasi-régulateur ». Cela lui donne des pouvoirs exceptionnels à l'égard des autres opérateurs, par exemple de nature disciplinaire et des devoirs d'impartialité. N'étant pas une profession ou une entreprise comme une autre, l'opérateur crucial peut se voir exiger de la part de l'Etat un contrôle interne, des garanties financières, la surveillance de sa gestion des risques. L'opérateur crucial constitue une catégorie intermédiaire entre l'entreprise soumise à la concurrence et l'entreprise étatisée.

1 • Recueil Dalloz-2006, n° 27-Doctrine, *Concurrence Distribution*: « Proposition pour une notion : l'Opérateur crucial ».

C'est en démontrant notre utilité quant à la sécurité apportée au secteur, par la confection de fichiers à destination des publics ou par le fait que nous assumons les risques, que nous pourrions être opérateur crucial. L'opération Réal par exemple est de ce point de vue stratégique pour nous, primordiale, comme l'est la confection des statistiques immobilières à destination du public ou la solidarité professionnelle.

Pour le cas où le décret de 1955 serait modifié, soit volontairement par l'Etat soit par l'effet des actions des instances européennes, il nous paraît nécessaire de préparer cette voie. La participation à la régulation de façon marquée n'exclut pas (en ce mois d'août 2007) de cultiver nos deux rôles traditionnels et tout particulièrement notre fonction de professionnel libéral.

En tout cas, coupé de relations avec l'Etat, le notariat a peu de chances de survivre sans être fondu ou absorbé par d'autres professions françaises ou étrangères.

Analyse 2 : Le notaire de demain

D'abord il est héritier partout de la capacité à éteindre préventivement les litiges. La force exécutoire devrait être la norme internationale des notariats.

Mais aussi le notaire doit acquérir un profil :

- Pluri linguiste pour appréhender la dimension internationale.
- Plus compétent en droit des affaires et de droit international privé.
- Plus entrepreneur, ouvert aux entreprises et aux nouveaux marchés.
- Plus chef d'entreprise avec une culture de l'équipe, fédérateur d'intelligences, de compétences et de talents. Ses soucis devraient être centrés sur l'équilibre et l'efficacité de son office et notamment rechercher les tailles optimales dans le contexte de son milieu économique ou les formes adéquates d'exercice.

Analyse 3 : le droit d'imaginer

Dans un univers complexe et imprévisible, il est impératif de se dégager des conceptions du passé pour envisager d'autres modes de fonctionnement, de communication, d'adaptation au réel.

Nous proposons d'élargir l'espace du notaire :

- Il s'agirait de créer le « Notaire exportateur » en proposant le texte suivant :
« Un notaire français peut recevoir un acte hors de l'Union européenne ayant force probante lorsqu'une des parties a son domicile ou son siège social en France. En outre, si l'acte porte sur un droit réel dont l'objet est en France et que toutes les parties sont françaises, l'acte a la force exécutoire ».

Nous souhaitons élargir son mode de fonctionnement et :

- Imaginer des solutions de spécialisation comme l'« office notarial spécialisé ».

- Imaginer des modes de management.
- Imaginer des améliorations des modes de partenariat, d'exercice ou d'interprofessionnalité, des outils plus performants, etc.

Ce que je retiens des contacts

De la centaine d'entretiens avec des personnalités de pays, de systèmes juridiques fort différents, pendant deux ans, je retiens une invitation pour les notaires à agir **plus vite et plus fort**.

Agir plus vite

Il faut accélérer ce qui a déjà été entrepris par toutes nos instances, à titre d'exemple :

- la qualité qui est porteuse de réflexes de chef d'entreprise et d'entraînement de l'équipe notariale,
- la confection d'indices comme celui immobilier attendu comme le guide Michelin, coup de chapeau à M^e Alain BENARD, M^e BAZAILLE,
- les fichiers notamment de testaments devraient être étendus mondialement. (Un pour les dons d'organes après décès est souvent cité et reste à créer.),
- l'acte électronique, la reconnaissance de l'acte notarié dans l'Union ou l'ex-quatur,
- Unofi, outil indispensable dans l'économie pour les notaires,
- les efforts gigantesques de la profession en matière de technologie indispensable à la confection des fichiers publics.

Tout ceci représente des enjeux et des atouts économiques considérables dans la « société de l'information » que nous commençons seulement à connaître.

Agir plus fort

Pour être au rendez-vous du Droit et de l'Économie, nous devons :

- être moteur dans l'économie et non plus acteur final,
- comprendre que nos valeurs fondamentales sont par essence des instruments économiques efficaces, c'est leur raison d'être.

Être moteurs dans l'économie

- 1• La spécialisation et l'Office notarial spécialisé, le conseil et l'article 4.
- 2• L'adoption d'une stratégie de développement et de diminution des coûts à 3 à 5 ans.
- 3• Les moyens à mettre en œuvre (Direction des Services pour notre gamme de services, *Laissez aller les gazelles* du professeur LESOURNE, axer l'innovation et la recherche aussi sur l'économie, et formation à l'étranger).

La spécialisation doit tenir une place majeure dans nos réflexions, parce que la spécialisation est porteuse de conseils de plus en plus fins demandés par nos clients et ouvre des champs inexploités.

L'article 4, honoraire du tarif qui rémunère ce conseil, devrait être un signe de bonne santé du notariat, un baromètre du beau fixe. Dans le domaine du conseil pointu, il est le nerf de la guerre économique. Adopter une politique restrictive en matière d'article 4 en menaçant ou sanctionnant les études dépassant des pourcentages maxima des produits bruts, variant comme les coutumes locales, ou au point même de prôner l'ardente obligation de parvenir à un article 4 représentant 0 % des produits, ne veut strictement rien dire dans le nouveau monde économique.

Raisonnement uniquement en terme de nombre d'actes et non de conseils nous condamne à une vision étriquée de l'économie, des compétences nécessaires et de notre développement, à la mono industrie, à la régression à terme. Nous devons donc penser autrement pour avoir les mêmes ressources que nos concurrents étrangers en France. Il est nécessaire de convaincre nos instances, notre ministère de tutelle et celui de l'Economie et des Finances.

Laissons aller les gazelles

Laissons leur chance à des confrères de faire des expériences individuelles, en dehors de nos instituts collectifs du notariat. Il est illusoire et vraiment contre-productif de vouloir que tous fassent la même chose au même moment, sauf à freiner les plus volontaires en sacrifiant le dynamisme sur l'autel de l'unité ou de la prudence, qui nivelle par le bas. « *Attention à l'invocation excessive de la prudence notariale* » soulignait le professeur Philippe MALAURIE.

Fixons une limite d'âge pour les notaires, un chiffre d'affaire par stagiaire avec des cotisations majorées en cas de non-respect.

Échangeons nos expériences lors des assemblées générales en réservant une ou deux heures pour redonner la parole à chacun ou sur le site du Mouvement Jeune Notariat. www.mjn.fr

Pensons l'innovation, la recherche et la communication en termes économiques et de production de services. Certains de nos services sont en voie d'obsolescence, d'autres doivent les remplacer (ex : les baux d'habitation, non rémunérateurs, étaient des services puissants « d'appel » vis-à-vis des jeunes Français pour 50 % locataires, réservoir naturel des futurs accédants à la propriété). Nous devons posséder des « *gammes de services* » et ce par *type de clients* et ne plus raisonner pas acte par acte. Signons des contrats annuels avec des chercheurs économistes pour étudier tel

domaine particulier en commençant par ce qui marche en Europe et couronnons autant les travaux économiques touchant le notariat que les thèses de droit. Pour cela il faut aller au-devant des instituts économiques ou grandes écoles de commerce, dont certains éléments peuvent être assimilés au notariat avec des passerelles.

Le droit international privé et l'exportation nous offrent une opportunité à ne pas manquer. C'est par l'ouverture d'un champ nouveau d'activité à certains d'entre nous spécialistes que nous réussirons à faire évoluer les mentalités. Le temps manque pour changer toutes les mentalités. Les Français qui s'exportent ont des problèmes spécifiques civils, fiscaux, patrimoniaux, de même pour les étrangers en France. Les notaires spécialisés et les offices spécialisés en droit international pourraient ainsi servir d'aiguillon à toute la profession. Souvent des problèmes financiers se posent, il est utile de pouvoir compter sur un partenaire bancaire, comme le Crédit Agricole, puisque la CDC pour l'instant n'intervient plus à l'étranger.

Comprendre que nos valeurs fondamentales sont avant tout des instruments économiques.

« Si le droit reflète avant tout un système de valeurs, le génie d'une civilisation, il constitue aussi un formidable instrument au service de nos intérêts. »

JACQUES CHIRAC, 1994.

Nos valeurs fondamentales sont des instruments économiques par essence, cela ressort de tous les entretiens obtenus et des conférences Droit et Economie à la Cour de Cassation. Elles doivent être comprises et présentées comme telles par le notariat.

1 • La confiance

L'économie est basée sur la confiance. Pas de confiance, pas d'échanges.

Tout acteur économique potentiel commence son projet en se disant : Comment le mettre en place ? A qui vais-je m'adresser ? A qui me fier ? Il sait que tout contrat présente une part d'aléa. Cet aléa est fortement diminué dans notre système juridique par l'intervention du notaire à ce stade précis. Pourquoi ?

2 • La symétrie de l'information et de conseils

Le notaire assure la symétrie d'informations et de conseils à tous les participants, en même temps, en tant que tiers impartial. L'information juridique, n'est pas une marchandise comme une autre, c'est un bien public qui a deux caractères ; elle est très coûteuse à produire, mais elle est très facile à transférer.

L'information étant produite et fournie aux deux parties une seule fois, son coût est donc divisée par deux. Ce gain, en argent et en temps, est consacré à un autre acte économique, et permet de faire beaucoup plus. Enfin cette symétrie d'information évite le surcoût de contentieux sur l'information, le défaut d'information (ex. C'est à l'aide des références immobilières qu'acheteur comme vendeur peuvent situer la valeur de leur bien).

Nos valeurs fondamentales sont un profond accélérateur invisible de transactions et de valorisation des actifs de toute nature. La symétrie de l'information de notre profession ressort de l'obligation de contracter de « bonne foi » dans notre système (et pas chacun pour soi) et forme l'équilibre du contrat. Cette symétrie des informations crée du lien social et facilite l'exécution des conventions.

3 • *Le « Binding »*

Là où il y a du lien social, du *binding*, il y a une corrélation positive prouvée entre la capacité des gens à « s'entendre » et le nombre de transactions. Les travaux de l'économiste américain Robert PUTMAN ont montré la meilleure performance économique en cas de *binding*. Si le plus malin, le plus compétent, le plus apte financièrement à obtenir l'information utile à un moment donné a raison, c'est l'ordre social qui s'écroule et accentue fortement les inégalités sociales.

4 • *Légal accès à la justice amiable*

Partager la même information juridique, à coût moindre, permet de mieux atteindre l'objectif du droit d'accès à la justice (amiable) pour tous.

La récente création d'une profession de notaire en Floride ou en Chine n'est pas un hasard. *Le notaire est une idée neuve qui s'exporte.* (Coup de chapeau au passage à M^e DECORPS et M^e KAEUFFLING, au CSN, pour leurs actions en Chine, au Vietnam et dans l'Europe de l'Est)

5 • *La qualité de l'institution est aussi un instrument économique*

C'est un rouage déterminant de l'économie à côté des hommes, des capitaux et de l'innovation. La qualité des institutions? C'est notamment leur **fiabilité**, leur **capacité à faire exécuter les conventions**, leur **adaptabilité** et leur **mission d'intérêt général**. Cette valeur fondamentale des institutions notariales n'est pas discutée par nos détracteurs. Ceci a un coût que les juristes britanniques vont avoir à connaître puisque leurs professions vont être encadrées, nouveauté signifiante.

6 • *La VOIE ROMAINE pour le notariat*

Ainsi nos valeurs fondamentales issues de la *fides publica* romaine sont par essence des instruments économiques de premier plan. Leur efficacité se mesure dans le

taux de contentieux auxquels donnent lieu les actes notariés en France; soit plus de trente fois inférieur à ceux des USA. Ces valeurs fondamentales représentent la *Voie Romaine* partagée par le plus grand nombre de nations en Europe, facteurs d'unité économique européenne et de paix sociale.

En conclusion

Le thème de ce congrès nous permet de relever la tête, car, sous l'iceberg qui fond, les notaires ont un potentiel important de femmes et d'hommes prêts à relever le défi du Droit et de l'Économie, à condition qu'on leur laisse un peu d'air et d'espace. Le Notaire Régulateur, le Notaire Exportateur, l'Office notarial spécialisé et l'art 4 forment un tout cohérent pour mettre le notariat sur ses deux jambes. Les horizons et les temps du Droit et de l'Économie ne sont pas les mêmes, les bénéficiaires non plus, il y a bien lieu de les distinguer. L'intérêt général serait le grand oublié de l'acteur économique individuel sans le Droit. Le monde marchand est incapable de produire les régulations suffisantes pour dépasser les problèmes contemporains (environnement, technologies génétiques...).

Ce congrès nous inspire un optimisme raisonné.

Allons le tester à San-Francisco qui a foi dans les idées nouvelles et aussi en pratique par les consultations PEARL auprès des expatriés.

Ce sera un premier pas... pour le notariat...

Yvon ROSE,
Président du congrès 2007,
Diplômé de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris



« On peut se demander si l'art d'acquérir la richesse [*kbrématistiké*] est identique à l'art économique [*oikonomiké*], ou s'il en est une partie ou l'auxiliaire. [...] On voit clairement que l'économique n'est pas identique à la chrématistique. Il revient à ce dernier de procurer [*porisasthai*], à l'autre d'utiliser [*kbrésasthai*]. Quel autre art que l'économie s'occupera de l'utilisation des biens dans la maison ? »¹

(Aristote, *La Politique*, I, 8-9, 1256a 3-5).

INTRODUCTION

M^e Denis-Pierre SIMON
Notaire à Lyon
Rapporteur Général

Chers confrères,
chers futurs confrères,
chers amis,

Notre travail nous apprend au quotidien l'entrelacement du droit et de l'économie. La naissance de l'Union européenne nous révèle la concurrence des autres juristes. Les rapports *Doing business* considèrent le droit de manière tellement « économique » qu'ils nous hérissent.

Alors nous vous proposons de réagir en réfléchissant ensemble à ce que peut nous apporter l'économie du droit!

La notion « d'économie du droit » attire par sa modernité: nous comprenons à peu près ce dont il s'agit: « l'incidence que peut avoir le droit sur l'économie ou l'inverse! ».

1 • Aristote distingue dans ce passage deux régimes de l'économie, l'un, qui reste proche du besoin naturel: c'est stocker, gérer et rentabiliser les produits nécessaires à la vie (*économie*); l'autre, illimité, qui ne vise que l'enrichissement (*chrématistique*) et nécessite une vigilance éthique du fait de la substitution de l'argent aux biens eux-mêmes (*commerce*).

Ces deux régimes concernent aussi bien l'économie domestique que l'économie politique. L'Économique, traité aristotélicien, reprend cette distinction, mais choisit d'accorder sa place proprement politique à l'acquisition et à l'accroissement du pouvoir par l'**appropriation** et l'accroissement des biens.



Mais définir cette notion est l'approche de toute une matière. C'est ce que nous avons fait pour préparer ce congrès. Nous nous sommes plongés dans la découverte du Théorème de COASE (ce dernier, américain, est devenu grâce à cette théorie prix Nobel de l'économie en 1991). Nous avons constaté que la matière était enseignée dans les universités sous le nom de « *Law and Economics* », ou « d'économie du droit ».

Nous avons pris acte que l'Allemagne et la Belgique avaient été les premiers pays européens à s'intéresser à l'approche de cette science. Nous avons trouvé les équipes françaises qui s'étaient à leur tour, saisies de la problématique : la plus connue est celle de M. le professeur DEFFAINS de la faculté de Nancy. Nous avons connu dans l'économie du droit, le droit de la régulation grâce aux conférences organisées à la cour de Cassation par M^{me} le professeur FRISON ROCHE de « Sciences Po » Paris, sous la présidence de M. CANIVET. Nous avons surtout appris ; qu'il s'agissait d'« une analyse du droit », comme la doctrine en était une autre, « une approche du droit » comme la sociologie du droit en était une autre. L'économie du droit sert à l'analyse du droit et peut servir à l'analyse des outils et des professionnels du droit. Nous n'allons donc pas tenter de vous expliquer cette science, mais plutôt vous démontrer que cette matière est un prisme pour une observation innovante de notre droit et de notre profession, et de notre mission.

En quelques mots, avant de vous présenter cet ouvrage et plus spécialement le travail des rapporteurs nous voudrions vous aider :

- à découvrir qu'il devient indispensable de réfléchir à la construction de notre droit sous un angle concurrentiel (I),
- à comprendre qu'il devient indispensable de réfléchir à notre métier sous un angle économique (II).

Nous définirons d'abord l'économie du droit (I-1). Nous vous aiderons à réaliser pourquoi et comment nous devons participer à la construction du droit européen (I-2). Enfin nous vous informerons de l'agressivité de la *common law* (I-3) pour non seulement réagir mais aussi pour la positiver. Nous vous dévoilerons ensuite (II) comment nous avons organisé notre réflexion autour du notaire régulateur (II-1), du notariat (II-2) et de sa mission sociale, voire créative (II-3).

Nous vous expliquerons ainsi l'articulation des trois commissions du congrès.

I – Notre droit sous un angle concurrentiel

I – 1. Définition de l'économie du droit

Selon le chercheur Thierry KIRAT, grand spécialiste en la matière, l'économie du droit permet d'éclairer la logique de la règle (le droit) par la logique du calcul (l'économie).

M. le président Guy CANIVET ancien président de la Cour de Cassation, membre actuel du conseil constitutionnel, parle ainsi de cette matière :

« L'analyse économique du droit est un mouvement, né aux États-Unis au début des années soixante, avec l'École de Chicago; elle fournit au juge une méthode critique pour apprécier l'efficacité des règles juridiques qu'il met en œuvre selon quatre points de vue :

- *fonctionnel*: la règle de droit est-elle adaptée aux fonctions sociales qui lui sont assignées?
- *dynamique*: l'évolution des institutions se fait-elle dans le sens de leur perfectionnement?
- *comparatiste*: quelle est l'efficacité respective des règles instituées dans des ordres juridiques différents?
- *et prédictif*: comment anticiper les changements jurisprudentiels nécessaires pour maintenir en adéquation système juridique et réalité? »

Il s'agit donc de construire le droit et de rendre nos règles de droit plus efficaces, plus pragmatiques!

Rappelons que pour les Américains des États-Unis, le droit n'est pas codifié. Ce sont les décisions des juges qui font évoluer leurs règles. Chaque jugement apporte une pierre à la construction de leur droit positif. La fameuse règle dite « du précédent » ne s'applique cependant (pour les premières juridictions) qu'au niveau de chaque état. (Si un fabriquant de fours à micro-ondes était condamné au motif qu'une consommatrice a occis son chat en le faisant sécher à l'intérieur du four en marche et qu'aucune étiquette ne spécifiait cette interdiction, chaque juge du même état serait tenu ensuite de faire de même dans des circonstances identiques: il est tenu par ce précédent.) Il s'agit aussi de construire le meilleur droit possible, de choisir les meilleurs outils et de retenir les meilleurs « ouvriers » du droit.

M. le professeur DEFFAINS, que vous lirez dans le présent ouvrage et M. le professeur MAC KAAY de la faculté de Montréal définissent eux aussi cette analyse du droit.

Pour le premier, l'adaptation du droit peut se faire non seulement par l'intermédiaire de la décision des tribunaux, mais peut relever également d'une autorité centrale (législative ou réglementaire). Pour lui l'évolution économique engendre un besoin constamment renouvelé de définitions des règles juridiques: la compréhension des mécanismes économiques est donc cruciale pour le juriste producteur de règles.

C'est une approche qui nous convient mieux car elle semble plus européenne. (N'oublions pas que l'Europe est principalement continentale!)

Le professeur MAC KAAY précise que l'analyse économique du droit ne se limite pas aux aspects économiques restreints de ce qui touche le commerce, la monnaie,

la banque, ou la concurrence. Elle explicite une logique dont les décideurs n'auraient pas forcément conscience. En cela l'analyse économique rejoint la mission noble de la doctrine des systèmes civilistes

L'économie du droit sera très certainement un outil de la construction européenne!

Les « *commonlawphiles* » y travaillent en *lobbyings* rapprochés!

Il est donc indispensable de connaître, et de maîtriser cet outil.

Certes nous ne vous livrerons pas ici l'analyse économique des différents droits; ce serait prétentieux de notre part. Vous pourrez retrouver cette analyse notamment dans les rapports CAPITANT et surtout dans les livres de trois de nos renommés contributeurs M. DU MARAIS d'une part sur l'attractivité économique du droit (AED) et MM. CAVALIER et STRAUB, d'autre part sur les comparaisons des fusions acquisitions.

Nous souhaitons vous sensibiliser à l'enjeu, en vous livrant quelques arguments forts.

I – 2. Se battre pour notre droit européen

Le 2 juin 2005, lors d'un petit déjeuner thématique organisé par la Caisse des Dépôts et Consignations, M. le président Daniel FASQUELLE de l'université du littoral a fait un exposé sur le droit Français dans l'Union européenne, intitulé « influences et résistances » durant lequel il exprima :

« Acceptant le principe d'un droit commun européen, notre droit pourra d'autant plus facilement influencer celui-ci, qu'il sera structuré, facile d'accès et qu'il saura faire la synthèse d'influences diverses.

[...] c'est après tout ce qui fit le succès du code civil.

A l'heure de l'eupéanisation et de la mondialisation, la France peut et doit imaginer des règles juridiques nouvelles et acclimater les règles juridiques étrangères en Europe. Le génie français a ici un terrain sur lequel il peut pleinement s'exprimer, comme l'exemple de ce qui s'est récemment passé à propos du "CORPORATE GOVERNANCE" le montre. Notre pays a en effet choisi d'acclimater les règles du corporate governance sans attendre que l'Union européenne s'empare de la question. Se sont ainsi dessinés les contours d'un modèle français qui a inspiré ensuite la commission européenne.

Les juristes français doivent être plus ouverts plus ambitieux. [...]»

Nous ne pouvons évoquer la construction du droit européen sans vous livrer un témoignage « Mouvement Jeune Notariat ».

Notre précédent président belge Olivier JAMAR, à qui nous rendons hommage, a, en son temps convié le comité directeur du mouvement à se déplacer dans différents pays d'Europe. Son souhait était de nous faire découvrir nos confrères. Il nous

a invité à rencontrer les notaires belges et hollandais à Bruxelles : à cette occasion, nos séances de travail se sont déroulées dans les locaux du CNUE. Sa directrice nous a, alors, expliqué comment œuvraient les permanents du CNUE auprès des députés Européens : rappelons que le CNUE regroupe l'ensemble des notariats européens.

Nous avons compris son exposé sur l'évolution de son influence auprès des instances européennes ainsi :

- Le CNUE dans ses premières années tentait de faire entendre la voix du notariat sur chaque directive qui pouvait concerner la profession.

- Il a ensuite été jugé avisé et les technocrates, rédacteurs des directives se sont mis à solliciter son avis, mais *a posteriori* (cad après rédaction).

- Au fur et à mesure des mois, le CNUE a été de plus en plus consulté pour la rédaction même des projets de directives.

- Aujourd'hui le CNUE est interrogé sur les questions qu'il faut se poser (exemple des livres verts distribués à tous les notaires), et sur la manière de poser ces questions.

Son expertise a été reconnue aux termes de ses interventions.

Plusieurs mois ont donc été nécessaires aux notaires continentaux pour comprendre ce mode de construction de notre droit européen, alors que cette influence est normale pour un Anglais : le *lobbying* fait partie de sa culture !

Nous avons été lents à comprendre ce mode de construction de l'Europe. Il faut rattraper le temps perdu et être présents sans arrêt sur la brèche dans les trois capitales européennes : Strasbourg, Bruxelles et Luxembourg !

L'analyse économique de notre droit nous est favorable, soyons en persuadés !

Par exemple :

- La codification est une extraordinaire simplification qui fait gagner un temps considérable, tant aux patriciens qu'aux apprentis du droit.

- L'acte authentique est de très loin, le meilleur moyen de preuve ; il fait économiser beaucoup de procès : c'est notre atout majeur !

- Le notaire garantit aux acteurs une information identique et un équilibre. Il dispense de l'intervention d'un second juriste ; les doubles minutes sont un partage (et non une multiplication d'honoraires) dont l'explication tient au devoir de conservation du notaire pour les clients !

- L'obligation de conservation du notariat est un autre de ses atouts économique, etc...

I – 3. Le *lobbying* de la *common law*

L'inventivité du code civil et l'organisation notariale ne semblent pas avoir été remarquées par les auteurs du rapport « *Doing business in 2004 understanding regulation* » !

L'objet de ce « rapport », devenu fameux, et renouvelé depuis chaque année, est une étude annuelle de l'environnement juridique dans lequel les entreprises exercent leurs activités : il s'agit semble-t-il de savoir comment faire des affaires rapidement !

Ce programme a été mis en œuvre par l'International Finance Corporation (IFC) au sein de la Banque Mondiale : cette entreprise est menée par une équipe de cette Banque Mondiale. Celle-ci travaille sur des travaux antérieurement réalisés par un groupe d'universitaires américains couramment nommé « groupe LLSV ».

Ce groupe s'est appuyé sur un concept de base : le cadre juridique d'une économie (sa législation) en commande le développement. Ce postulat donne son sens au programme. Car, ce point étant acquis, les rédacteurs du rapport cherchent alors à définir les paramètres d'une législation idéale.

Les travaux du groupe prétendent, par exemple, vérifier deux grandes propositions :

- La supériorité du Marché sur l'intervention de l'Etat.
- L'infériorité des législations issues du droit français, à celles issues de la *common law*.

Concernant la première proposition, le groupe LLSV part du postulat libéral, selon lequel une économie capitaliste ne peut se développer que si les droits de propriété, au sens économique du terme, sont protégés. La législation d'un pays doit trouver un équilibre entre deux maux :

- Le risque d'expropriation par l'intérêt privé (vol...).
- Le risque d'expropriation par l'intérêt public (expropriation, impôts...).

Le cadre institutionnel reflétera des choix d'équilibre. Selon le groupe LLSV ces choix peuvent être analysés selon une graduation composée de quatre **arrangements institutionnels** fondamentaux :

• **Le marché** : les atteintes au droit de propriété sont réparées par ceux mêmes qui se servent du marché. Ils s'entendent sur la réparation.

• **Le juge** : les droits de propriété sont protégés par un tiers impartial qui dispose d'un pouvoir de les faire respecter. C'est le règlement *a posteriori* du conflit.

• **La régulation** : les droits de propriété sont protégés, par l'intervention d'une Administration (de l'Etat), sous la forme de réglementations, de contrôles, et d'autorisations.

• **La propriété publique** : si la propriété privée ne permet plus de produire des richesses, dans les conditions normales du marché, la propriété publique s'impose.

Pour le groupe LLSV, le marché étant le mieux placé pour lutter contre la « dictature » de l'Etat, c'est lui qui s'impose comme l'idéal. S'il faillit (s'il n'arrive pas à corriger les atteintes au droit de propriété), il faut, alors, recourir au juge,

ou si celui-ci s'avère impuissant à la régulation, voire si nécessaire, à la puissance publique. Pour ce groupe, l'intervention de l'Etat dans l'économie doit donc, a priori être condamnée, d'une part parce qu'en réalité elle ne serait que la résultante de différents lobbies, et d'autre part, parce que cette intervention ne servirait qu'à corriger les défaillances du marché.

On l'aura compris, il s'agit en réalité de démontrer la supériorité de la *common law* sur les autres familles juridiques et notamment sur le droit français.

Ceci constitue donc la seconde proposition du rapport :

L'infériorité des législations issues du droit français par rapport à celles issues de la *common law*.

Cette proposition tente de s'appuyer sur une argumentation dite économétrique. Ce qui est montré du doigt est le fait que le droit français repose sur des juges professionnels (donc étatiques), sur une législation codifiée (qui minimise le rôle du juge), et une procédure écrite (moyen pour l'état de surveiller les juges).

M. le Conseiller d'Etat DU MARAIS, fait remarquer, dans son livre « *les limites méthodologiques des rapports Doing business* », que ces rapports annuels ne prennent jamais en compte l'aléa contentieux, (dimension qui pourrait être défavorable aux régimes de la *common law*!).

Le problème de la sécurité juridique est passé sous silence. Aussi, nous ne pouvons ignorer plus longtemps ces attaques. Les juristes français ont réagi ; remercions l'association CAPITANT qui a établi un rapport très riche. Chaque notaire devrait le lire pour prendre la mesure du danger.

Les juristes étrangers ont également réagi.

Les différentes sections étrangères de cette même association CAPITANT ont établi un rapport international non moins riche : il est stupéfiant de lire les critiques du représentant de l'association de Floride ; il démontre que le droit civil codifié fait, en plein pays américain, la preuve de son excellente efficacité. Vous y apprendrez de la bouche du représentant Indien l'importance de défendre la langue française, et sa culture !

M. le Conseiller d'Etat DU MARAIS a travaillé à un rapport sur l'AED (l'attractivité économique du droit). Il démontre, avec son équipe, qu'il existe de meilleurs critères que ceux utilisés dans les rapports *Doing business*, pour mesurer l'attractivité du droit civil et le rôle des notaires. Cette démonstration est corroborée par le travail de M^{es} CAVALIER et STRAUB dont vous pourrez lire quelques lignes dans cet ouvrage.

M. le Conseiller nous a confié qu'il fallait utiliser des arguments simples. Si le notariat était supprimé, il faudrait immédiatement recréer sa mission et, la confier à un autre corps de métier moins performant. Cela ne générerait que de la dépense, sans aucun gain présent ou à venir pour (presque) qui que ce soit !

Ce *lobbying* américain nous contraint par sa puissance à entrer dans la bataille. Avant le combat, il faut vérifier nos armes et dénombrer nos troupes : les notaires forment une armée peu connue des *lawyers* ; dévoilons-la !

II – Les notaires une armée (très) économique !

Tant régulateurs que producteurs de la règle, les notaires, sont directement concernés par le combat de la construction du droit.

Il est important de réagir aux rapports *Doing business*. Il nous faut profiter du choc produit pour réfléchir à l'efficacité économique de notre mission. Nous devons l'améliorer, et démontrer que le notariat est pour la régulation, le corps d'experts idoines et que notre rôle « social » peut contribuer à l'harmonisation des droits européens. Nous disons bien l'harmonisation du droit, car il n'y a pas de raison de préférer d'emblée un droit à un autre : il nous faut accepter le principe d'amalgame des droits, de manière raisonnée et bien sûr au prisme de l'économie du droit.

Parce que le notaire est un officier public, parce que l'économie se délivre de plus en plus du joug de l'Etat, le notaire doit affirmer sa place au sein de l'économie et conforter sa place de régulateur.

II – 1. Le notaire régulateur

La régulation est le troisième pilier d'équilibre institutionnel révélé par le rapport *Doing business* 2004. « *Les droits de propriété sont protégés par l'intervention d'une Administration (de l'Etat), sous la forme de réglementations, de contrôles, et d'autorisations.* »

Cette régulation est notre mission. Nous devons prendre conscience qu'elle doit demeurer notre objectif : servir !

Citons, pour mieux comprendre ce terme de régulateur un exemple de mesure législative conforme à l'économie du droit, et ayant fait l'objet d'une régulation.

Un exemple :

Nous pouvons, sans grand risque d'erreur, affirmer que la déjudiciarisation du changement du régime matrimonial est une loi conforme à la logique économique. En autorisant le changement, lorsqu'il était conforme à l'intérêt de la famille, la loi contraignait l'Etat à la surveillance de cette condition. L'Etat français

avait confié cette mission aux juges. (Il aurait pu tout aussi bien la confier aux assistantes sociales, par exemple).

Le juge est un fonctionnaire, rémunéré par l'Etat. Mais il est devenu très occupé: ses tâches sont nombreuses, et la judiciarisation des conflits le submerge. Son intervention s'est donc révélée de plus en plus longue, alors que, dans la plupart des cas, l'intérêt de la famille ne courait pas un grand risque. Forts de leur monopole, les avocats étaient les seuls habiles à présenter la requête au juge. Leur intervention n'apportait dans la plupart des cas aucune valeur ajoutée, et ne présentait que des inconvénients (majoration des délais et des coûts).

L'Etat a repensé cette mission, pour économiser à tous, temps et argent. Il a cherché et trouvé un corps d'experts capables d'assurer en toute sécurité cette mission en économisant sa dépense; les notaires: **cet arrangement institue la régulation (3^e arrangement institutionnel)**.

Chiffrons notre exemple:
(soyons pragmatiques!)

Coût d'un changement **avant la réforme** (hors frais de liquidation):

| | |
|--|--------------------|
| Frais légaux de l'acte notarié environ | 300 euros |
| Publicité dans un journal d'annonces légales environ | 250 euros |
| Frais d'avocat en moyenne environ | 1 200 euros |
| Total | 1 750 euros |

Coût d'un changement **après la réforme** et la réforme du tarif:

| | |
|--|------------------|
| Frais légaux de l'acte notarié environ | 450 euros |
| Publicité dans un journal d'annonces légales environ | 250 euros |
| Total | 700 euros |

Délai:

- Avant la réforme, durée de procédure après signature de l'acte notarié: six mois minimum
- Après la réforme, durée de la procédure après signature de l'acte notarié: trois mois

Bien sûr, je laisse de côté les cas les plus difficiles, celui où l'intérêt de la famille est contesté: mais ce sera si rare! Outre le gain de temps et d'argent, le changement de régime matrimonial est devenu, par les conseils du notaire, l'un des meilleurs outils de gestion patrimoniale.

En conclusion:

Soyons simples, si demain les élus de l'Etat supprimaient les notaires, ils seraient contraints de rechercher un autre corps d'experts pour assurer avec autant de

sécurité ce type de mission. Car il faut des régulateurs ! A nous de tout faire pour rester indispensables par nos compétences, notre organisation, notre solidité. Rappelons encore, certains de nos atouts : l'obligation de conservation, le fichier immobilier, le fichier des testaments, les statistiques immobilières INSEE, l'autorisation unique de la CNIL, etc.

« Formés comme des techniciens du droit, les futurs juristes sont généralement peu conscients des effets plus ou moins complexes et prévisibles que les normes juridiques peuvent avoir sur l'organisation des activités ou le fonctionnement des marchés. L'analyse économique du droit peut combler cette lacune. Non seulement elle fournit de nouvelles idées dans le raisonnement juridique, mais en plus, les études d'impact fondées sur les techniques économiques expliquent pourquoi les règles ne conduisent pas au résultat souhaité en mettant en évidence des effets indésirables. »

Pr. DEFFAINS

II – 1.1 Un intérêt collectif à préserver

Comprenons que le contrat, pour un économiste, est un accord qui détermine des actions à faire par les deux parties ; pour le juriste, c'est d'abord un accord de volontés, qui produira des effets de droits ; le point de départ est donc le même pour le juriste et l'économiste mais le point d'arrivée sera différent.

Pour l'économiste, le contrat est une boussole. Elle sert à orienter les solutions : il naît du contrat non plus seulement des engagements individualistes purs et durs, mais un intérêt collectif supérieur à la somme des intérêts contradictoires. L'économie rejoint donc le droit qui place quelque chose de collectif dans le contrat « Article 1134 » du code civil.

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ? Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ? Elles doivent être exécutées de bonne foi ? »

Qui doit protéger l'intérêt collectif ? L'Etat ?

M. KIRAT, spécialiste de l'économie du droit, nous révèle que les rapports qu'entretiennent le droit et l'économie sont en cours de révision. Cela se note dans trois phénomènes convergents :

- le constat de la prééminence de la logique économique dans nos sociétés contemporaines,
- le constat de perte d'influence de l'autorité publique (c.a.d. l'incapacité des institutions à peser de manière durable et efficace sur le cours de la production des échanges et la répartition des biens et de la richesse).

- le constat de la mondialisation, qui met en évidence le hiatus entre l'activité économique qui se développe au niveau mondial, et des réglementations juridiques qui demeurent rattachées au territoire de l'Etat Nation.

La réponse est-elle culturelle ?

Pour le droit latin le seul garant du contrat est l'Etat.

La *common law*, elle, reste attachée à l'*homo economicus* rationnel et calculateur. **Un type de société est en jeu !**

Rappelons, que la consommation est devenue une religion aux Etats Unis ; il suffit d'évoquer la très officielle côte Fico (qui situe aux organismes de crédit américain chaque consommateur en fonction de ses revenus, et de son passé d'emprunteur) pour comprendre que nous ne vivons pas (encore) de la même manière.

Rappelons, que les Anglais ont élevé l'individualisme au rang d'un principe, en niant toute distinction entre l'utilité privée et l'utilité publique. Pour eux, la qualité de citoyen est comme l'adhésion à une association privée dont le seul but est de permettre à ses membres de tirer un avantage individuel de leur collaboration réciproque ; ceci les a conduit à définir le monde comme un commerce.

L'erreur essentielle, dit le philosophe Spitz dans son ouvrage « Le Moment Républicain en France », est en fait de confondre l'individu (simple donnée de la nature) et la personne, qui, n'étant pas concevable sans une règle commune de légitimité, acceptée par tous, est donc douée de valeurs (sociales) Il ajoute : « La puissance publique doit veiller à l'intérêt général, à ce que la liberté de contracter des partenaires soit et demeure réelle et que certains ne soient pas contraints sous l'empire de la nécessité à accepter des échanges et des contrats auxquels ils ne souscriraient pas s'ils avaient les moyens de s'y soustraire. »

(Rappelons que selon Aristote la chrématistique nécessite une vigilance éthique !)

La voie de la raison : la troisième voie.

L'intérêt collectif, finalité essentielle, doit-il être assuré :

- Par la **Puissance publique** ? (Etatisme : doctrine politique préconisant l'extension du rôle des attributions de l'Etat à toute la vie économique et sociale.)

- Par le **Marché** ? (Libéralisme : doctrine selon laquelle la liberté économique et le libre jeu de l'entreprise, ne doivent pas être entravés.)

- Ou, **troisième voie**, doit-il être l'affaire d'experts ?

Mais alors à qui confier cette mission ? Qu'il faut, nous l'avons expliqué, **qualifier de régulation ?**

Des réponses :

M. le président CANIVET affirme qu'une phase nouvelle se développe aujourd'hui, avec l'émergence du **droit de la régulation** qui est un droit à finalité économique.

M. le Président CHIRAC, livrait au 94^e congrès des notaires à Lyon : « *il est grand temps de substituer à une régulation autoritaire, – par la loi ou le règlement quand ce n'est pas d'ailleurs une simple circulaire –, une régulation volontaire par le contrat, c'est-à-dire par les membres du corps social eux-mêmes [...] à cet égard le développement du recours à l'acte authentique constitue une voie qui mérite d'être explorée* ».

Au même congrès il ajoutait :

« mais ne l'oublions pas. C'est la concurrence qui arbitrera, en dernier ressort, entre forces et faiblesses des deux systèmes juridiques en présence. C'est l'usager des services juridiques qui déterminera, en définitive, celui qui répond le mieux à ses attentes. Pour cela, il faut qu'il puisse faire faire son choix en pleine connaissance de cause. En France, comme à l'étranger, les professionnels du droit ont ici un rôle tout à fait essentiel à jouer. C'est à eux, de se mobiliser pour déterminer les besoins du marché. A eux, de se moderniser, en tirant tout le parti des nouvelles technologies de l'information et de la communication qui leur permettent de travailler à distance en temps réel. A eux, de se développer sans cesse, avec de nouveaux services. A eux, de promouvoir le droit écrit, en faisant valoir ses spécificités qui sont aussi ses atouts. C'est à ce prix, que nous pourrions conforter nos positions sur les marchés extérieurs. C'est à ce prix, que nous contribuerons, comme par le passé à définir les règles du jeu de la compétition internationale [...] il s'agit d'une entreprise de longue haleine.

J'invite chacun d'entre vous à y prendre part. »

II – 2. Le notariat : un corps d'experts adoués pour la régulation

Sommes-nous prêts à assumer cette troisième voie ?

Il est indispensable, que nous soyons en mesure de persuader, que nous sommes les mieux placés pour remplir la finalité recherchée (= compétence, organisation/discipline, solidité (assurance collective), pérennité, etc.) Nous ne développerons pas ce point : vous êtes tous conscients que nous le sommes, et parce que les rapporteurs le rediront chacun à leur manière.

Nous rappellerons, tout de même, quelques points encore faibles :

- Où en sommes-nous, de la démarche qualité ?
- Où en sommes-nous, des entretiens annuels, des plans de formation ?
- Où en sommes-nous, des plaintes ?

- Où en sommes-nous, de télé@cte?
- Etc...

Un article, paru dans le journal *Le Monde* du samedi 26 mai 2007 « *Pourquoi TOYOTA n'est pas Français* » énonçait :

« *pourquoi la France est-elle incapable de donner naissance à un leader mondial comme TOYOTA ?*

Apporter une réponse collective à cette interrogation, permettrait de résoudre une grande partie des blocages français. [...] Le management de TOYOTA à l'origine de cette réussite, est aux antipodes des pratiques françaises [...] Les dirigeants ont mis en place trois principes essentiels :

- *le développement personnel des salariés,*
- *la lutte permanente contre le gaspillage,*
- *et la capacité de chacun à résoudre les problèmes et à participer à l'amélioration des produits. [...]* »

Ne retrouve-t-on pas, dans ces trois objectifs, ceux de la démarche qualité que notre profession s'est lancée comme défi!

Une question doit nous interpeller : Quelle est la grande finalité, recherchée par les Etats ?

Rappelons-nous. Selon le rapport *Doing business*; la législation d'un pays doit trouver un équilibre entre deux maux :

- le risque de vol,
- le risque d'expropriation.

Il s'agit, donc, pour les régulateurs, de garantir aux acteurs économiques et sociaux, qu'il n'y aura pas de conflit d'intérêts (ou le moins possible).

Répondons-nous à cet objectif?

Nous pouvons affirmer, chiffres à l'appui, que nos actes sont les plus sûrs.

Nous pouvons affirmer, sans complexe, que toute notre mission est tournée vers l'anticipation des conflits (quelque soit l'acteur économique : privé ou public).

Lorsqu'un candide achète d'un professionnel, marchand de biens, avons-nous conscience que nous mettons l'un et l'autre au même niveau d'information juridique ?

Imaginez la même transaction, réalisée par deux avocats!

Notre mission nous contraint à établir des actes équitables, équilibrés.

Nous aidons à la surveillance de l'obligation d'information.

Nous expliquons sans prendre parti.

Nous poursuivons le travail du juge qui nous commet. Etc.

Certes, nous réalisons que nous accomplissons déjà toutes ces missions, mais ce qui manque c'est la communication à l'international.

Pour beaucoup, les notaires ne sont que de simples juristes. Il faut démontrer, ce qui nous distingue des autres juristes, qu'ils soient d'entreprise, agents immobiliers, mandataires liquidateurs, avocats, commissaires-priseurs, avoués, syndics, régisseurs, experts, assureurs, banquiers, etc.

Alors bravo, au CSN qui lance des spots publicitaires dans les avions français! Avons-nous des complexes à avoir?

Nous rappellerons, pour répondre à cette question, le début des propos de M. le professeur Alan PALMER, de l'université de *Wake Forest University* en Caroline du Nord, lors du premier congrès européen des notaires à Rome (11/11/2005):

« Je souhaite faire tomber certains mythes.

Le premier mythe : il n'existe pas de notariat aux Etats-Unis !

En vérité, beaucoup de juristes privés remplissent le même rôle que les notaires européens : les transactions immobilières sont préparées par des juristes (assurance titre, ils représentent les deux parties, ils s'occupent des règles fiscales, du respect de la loi, l'assurance professionnel les couvre, ils s'occupent de création d'entreprises...) A la Silicon Valley ces juristes s'occupent de presque toutes les créations d'entreprises!

Le deuxième mythe : les juristes, qui s'occupent des transactions, travaillent tous dans des grandes structures :

En vérité, la plupart des juristes travaillent seuls, ou dans de petites entreprises (les grands cabinets ne couvrent qu'un quart de l'activité privée [...])

Troisième mythe : les juristes américains ne sont pas réglementés.

En vérité, il existe une réglementation de la concurrence, par l'Etat ou le Barreau (autoréglementation par vérification des diplômes, par autorisation d'installation, par réglementation éthique..., etc.) [...]

Notre profession est une organisation structurée, par le garde des sceaux, ce qui lui donne un rôle social qui conforte le bien fondé de la régulation, revendiquée.

II – 3. Le service notarial, une mission très sociale

Nous devons, donc, mettre en avant ce rôle social pour améliorer la lisibilité de notre profession auprès des étrangers.

Rappelons, succinctement, quelques-uns de nos atouts :

Un rôle d'information

Son devoir d'information gratuite, dans de nombreux domaines, fait du notariat un véritable service public. Rappelons, à titre d'exemple, que les notaires ne sont pas autorisés à percevoir de rémunération pour la préparation d'un avant-

contrat. Chacun d'entre vous, sait combien de temps, et de compétences, il faut donner, pour aboutir.

Un rôle de service public

Qui, certifie les signatures, lorsque les mairies ne veulent pas le faire?

Un rôle de certificateur

La certification, par un notaire, d'une signature sur un acte, par exemple sur une procuration sous seing privé assainit : la validité du consentement aura été vérifiée : c'est une anticipation du conflit!

Un rôle de pacificateur des familles

Combien de fois, avons-nous convaincu, un tel ou tel de partager le capital d'une assurance-vie entre des oncles, tantes et leurs neveux ou nièces fils ou filles de leur frère ou sœur prédécédé : assurance souscrite par le père ou la mère qui n'avaient pas précisé dans la clause bénéficiaire du contrat « enfants vivants ou représentés »

Un rôle de moteur de l'économie

- La Banque Mondiale définit la pauvreté, par l'absence de titre (de propriété). Les gouvernements des pays, en voie de développement, recherchent comment rendre la « demande solvable » : le propriétaire d'une « cabane » située dans un bidonville pourrait obtenir du crédit si son droit sur sa « cabane » était consacré et constaté. Le crédit, si petit soit-il, ainsi obtenu pourrait financer l'outil de travail ; c'est sur cette base que fonctionne le microcrédit.

- L'acte authentique, n'est-il pas le moyen adéquat par excellence?

Un rôle de créateur de la règle de droit

Les congrès de notaires qu'ils soient nationaux, ou du MJN, produisent la règle. Forts de notre expérience, nous soulignons les imperfections, nous proposons des mesures nouvelles.

Notre président de congrès, M^e ROSE, et l'une de nos rapportrices M^e ROLLET témoignent de la portée de leur travail au congrès MJN d'Evian. Il a servi de base à la réforme du divorce en contribuant à atténuer la notion de faute.

La revue *Agora*, d'UNOFI, du mois de mai 2007, publiait un article de M. PILLEBOUT intitulé « *la formule notariale créatrice de droit à propos du pacte civil de solidarité* ». L'auteur expose, avec grande clarté, ses réflexions sur le rôle déterminant des formules notariales dans les avancées du droit positif. Ce rôle pourrait encore être amélioré. Nous vous laissons le soin de découvrir, à ce sujet, les propos de M. VAQUIE du CRIDON Lyon dans cet ouvrage. Les CRIDON

sont des observatoires formidables, pour juger de la pertinence d'une loi ou de ses défauts. Le NOTARIAT doit fournir des statistiques aux Législateurs pour éviter les catastrophes économiques que nous narre M. VAQUIE.

Nous le comprenons, avec ces quelques exemples. Le notariat a su s'emparer depuis toujours d'une mission sociale, qui ne peut que le conforter dans le rôle de régulateur.

Nous devons communiquer, et expliquer cette régulation. Vous verrez, à la lecture du travail des rapporteurs, l'importance du lien avec l'Etat. Chaque Etat souhaitera conserver ou déléguer la mission de la surveillance de l'intérêt général : gageons que ce sera sur cette base que se construira l'harmonisation de la règle et notamment le Droit européen. En effet, le droit n'est, à la base, qu'un outil permettant d'atteindre un but : la paix sociale ! même si, aujourd'hui, on ajoute la réussite économique aux buts à atteindre. Il est donc probable, que l'harmonisation se fera autour de ces notions communes.

Le droit n'existe pas dans tous les pays : ainsi en Extrême-Orient on ne ressentait pas le besoin de recourir au droit puisque les règles du civisme suffisaient à régler les problèmes de différends entre les individus !

Où est le civisme dans l'économie chrématistique ?

La mondialisation a créé de nouveaux rapports qui nécessitent de nouvelles règles mais sans changer les objectifs profonds, vrais.

La convergence des droits

Rappelons, l'intervention de M. le président CANIVET, au congrès de l'Académie internationale de droit comparé de Brisbane (en juillet 2002), sur la notion de convergence des droits. Parce que, l'identité des droits s'avérait un objectif trop ambitieux, les autorités communautaires ont opté pour la voie de l'harmonisation dans le domaine du droit privé, nous livrait-il ; et de préciser :

« cela consiste, à articuler les différences autour d'un standard commun plutôt que de chercher à supprimer les spécificités de chacun »

Le président CANIVET expliquait, dans son exposé, que cette convergence se faisait tout d'abord par rapprochements : certains étaient spontanés, d'autres imposés (par les directives européennes, par les solutions, par les principes généraux du droit etc.). Il indiquait que cette convergence pouvait également, se construire dans l'affrontement (par exemple sur la notion d'ordre public !)

Alors, battons-nous, pour aboutir au respect de tous,

« La puissance publique, doit veiller à l'intérêt général, à ce que la liberté de contracter des partenaires soit et demeure réelle et que certains ne soient pas

contraints sous l'empire de la nécessité à accepter des échanges et des contrats auxquels ils ne souscriraient pas s'ils avaient les moyens de s'y soustraire »

car, il s'agit d'éviter les conflits d'intérêts!

Présentation du travail des rapporteurs

Comment étudier cette finalité, sans reprendre l'aspect historique, culturel et philosophique de notre droit, de notre profession et de son lien avec l'Etat; nous l'avons fait en donnant pour titre à cette première partie.

A l'aube d'une relation nouvelle: droit et économie

(Première commission)

M^e Annie ROLLET, notaire à Saint-Cyr au Mont-d'Or, M^e Bertrand LACOURTE, notaire à Paris, M^{me} SCHAW, Professeur Allemande (vivant en Angleterre) de la faculté de Bristol, feront part, non seulement de leurs recherches mais également de leurs propositions.

Le « meilleur » est-il le même pour tous, ou doit-il être différencié?

Annie ROLLET a travaillé l'aspect culturel: elle a bâti son propos autour d'un syllogisme:

- Le droit est une culture.
- La culture évolue.
- Le droit évolue.

Bertrand LACOURTE a décortiqué la relation qui unit le notaire à l'Etat. Son travail touche au fond du problème: nous sommes dans l'économie du droit, la pertinence du lien à l'Etat

Gisela SCHAW apporte la contradiction et une réflexion ethnocentrique, :

- Le Notaire en Europe: une profession entre l'Etat et le Marché.
- Une description du défi du Marché pour le notariat latin.
- La rupture actuelle des traditions dans les notariats d'Europe.
- Alors quel avenir pour le notariat? (vu par une Anglaise/Allemande).

L'absence de litige, recherchée par tous les Etats, constitue une finalité essentielle de stabilité pour l'économie, et suppose un interlocuteur de confiance: **Alors à qui se fier?**

C'est autour de cette question, que nous avons prolongé notre réflexion
Redessine-moi un notaire (Deuxième commission)

! La question, « à qui se fier », posée par le consommateur:

Le notaire

- Il met les parties à égalité d'information.

- Il délivre l'information et fait économiser le coût de la recherche.
- Il certifie l'information.
- Il anticipe les conflits.
- Il apporte des solutions amiables meilleures que le *lawyer*.

■ La question, « à qui se fier » posée par L'Etat :

- Le notariat européen est une organisation solide (déontologie/discipline/garantie).
- Le notariat européen est une organisation pérenne (avec une obligation et un savoir faire de conservation).
- Le notariat européen supporte bien des comparaisons.

C'est autour de ces notions que, Jean PICHAT, notaire honoraire, Martine LACHANCE, professeur au Québec, M. TANG JUE, juriste à Shanghai, M^{me} Magdalena ARENDT-MAJEWSKA, notaire assistante à Varsovie, M^{me} Marguerite GOLLOT du cabinet de généalogie COUTOT ROEHRIG, spécialisée en recherches dans les pays de l'Est, exposeront leurs points de vue, et feront des propositions.

Pourquoi le Québec, la Chine, la Pologne, l'Angleterre ?

Bien sûr, nous aurions pu ouvrir encore plus les débats, mais il nous fallait nous limiter : nous avons cherché à « faire un pas de côté » à sortir de notre caverne.

Il est judicieux d'examiner notre droit au regard des autres (M^{me} SCHAW – Angleterre) ; nous avons voulu nous rendre compte de la manière dont un pays moderne nous précédait (M^{lle} LACHANCE – Québec), comment les pays récemment ouverts à l'économie de Marché réagissaient (M^e TANG de Shanghai, M^{me} ARENDT-MAJEWSKA et M^{me} GOLLOT de Pologne).

Cet état des lieux, nous permettra d'exprimer nos perspectives, nos espérances, nos craintes et de démontrer que nous devons, encore, améliorer le service rendu à l'Etat et au consommateur afin de rester les experts régulateurs.

Le constat seul ne suffirait pas, il faut aussi proposer.

Le droit d'imaginer (Troisième commission)

- Danièle BEAUSOLEIL, notaire au Québec, racontera, pour nous galvaniser un exemple de renaissance du notariat québécois, après l'abandon du tarif.

- Nicolas NICOLAIDES, ancien notaire, directeur de l'activité « notaires » chez l'éditeur LEXISNEXIS, expliquera quel notaire doit devenir un meilleur acteur de l'économie : un chef d'entreprise parfaitement informé et créatif. Demain nous

devrons avoir un responsable marketing dans nos études, et nous devons financer la recherche : tout un programme (passionnant!).

- Sabrina HADIDA, notaire assistante à Paris, nous fera profiter de son expérience américaine et de son travail au service du droit hyper moderne dans l'immobilier. Elle nous expliquera qu'il existe de nouvelles techniques pour pratiquer le droit, et que notre métier doit encore et encore s'améliorer en utilisant des méthodes internationales et modernes inspirées de celle de la *common law*.

- Frédéric AUMONT, notaire en cours d'association, et Vivien BEAUFUME, notaire assistant à Paris, analyseront chacun à leur manière la carte de la spécialisation,

Le Notariat, profession expérimentée, profession solide, profession organisée, doit pour sa survie être une profession d'experts, un corps de régulateurs, **à qui l'Etat et les consommateurs peuvent se fier**, et confier une mission de régulateur, pour l'intérêt général et économique.

Nous rappellerons, pour conclure, nos propos liminaires un extrait du discours de M. le Conseiller d'Etat Marc GILLAUME, directeur des affaires civiles et du sceau (AG du CSN du 24 octobre 2006) :

« La France a, toujours, produit des élites de qualité. Pourtant, depuis vingt ou trente ans, elles peinent à guider le pays. Bien sûr, certains avanceront que, c'est le peuple qui ne veut pas de réforme, et n'est guère courageux face à l'avenir ;

Je rejette profondément cette idée. Ce sont nos élites qui, par souci de conserver leurs avantages, ou par incompétence, ne savent plus emmener le pays vers la voie du progrès. C'est donc, d'abord vers nous-mêmes, que nous devons nous tourner pour savoir si nous sommes suffisamment actifs, réformateurs, imaginatifs...

Or le notariat l'est.

Et il l'est, parce qu'il a su continuer à dégager une élite remarquable. Non pas une élite, repliée sur elle-même, mais une élite, tournée vers l'avenir de l'acte authentique électronique à la Chine. Bref, vous êtes l'exemple de ce que doivent faire nos élites aujourd'hui. »

Denis-Pierre SIMON
Septembre 2007

Le citoyen juste est celui qui voudra que les institutions sociales soient aménagées de manière à ce que, le droit de vivre et le droit de s'élever, par la culture, soient reconnus en principe, et assurés en fait à ses concitoyens.

RENOUVRIER

PREMIÈRE PARTIE

CONTRIBUTIONS DE PERSONNALITÉS



SORTIR DE LA CAVERNE POUR COMPRENDRE LA GUERRE DES DROITS

Olivier MORETEAU
Professeur à l'université de Baton Rouge
Rapporteur de synthèse

I – Une inspiration commune mais deux modèles

LES ETATS-UNIS et la France commémorent cette année les 250 ans de la naissance d'un héros commun de leurs révolutions respectives : le Marquis de Lafayette, né en 1757. Comment se fait-il que ces deux pays, unis il y a deux siècles par la même soif de liberté, puisant aux mêmes sources l'un sa Déclaration d'indépendance, sa Constitution et son *Bill of Rights* et l'autre sa Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹, s'opposent aujourd'hui sur des questions et des valeurs qu'ils jugent fondamentales, notamment lorsqu'il s'agit de penser la mondialisation et ses conséquences ?

C'est dans l'histoire et la psychologie des deux peuples qu'il faut chercher l'explication, sans hésiter à se projeter, les uns et les autres, en dehors de ce que nous sommes, comme nous y invitait Platon en déroulant devant nous le mythe de la caverne.

A l'heure de la révolution, les deux peuples (ou du moins leurs représentants les plus éclairés), partagent une conviction commune : l'homme est fondamentalement libre, mais ne saurait prospérer et s'épanouir seul, en dehors de la communauté des hommes, laquelle doit s'organiser sous le regard de Dieu ou de l'Être Suprême, mais sans interférence des clercs, dont on a compris de part et d'autre qu'ils ne doivent pas être associés au pouvoir temporel.

Mais voilà, à partir de là tout diffère.

Libérés du joug des Anglais, les Américains n'oublient pas qu'ils ont quitté leur pays d'origine pour fuir l'oppression politique et religieuse. Ils savent pouvoir compter sur la volonté individuelle qui les a conduit là où ils sont, sur leur terre d'émancipation, et gardent une méfiance atavique de tout appareil d'Etat, qui risque à tout moment de devenir oppresseur. Ils conçoivent donc un régime certes

1 • Textes dont le lecteur non averti et les appréhendant dans la même langue, pourrait croire qu'ils sont de la même plume.



démocratique, mais qui vise à protéger l'individu de la tyrannie d'une majorité, en créant un système de *checks and balances* établissant autant de contre-pouvoirs qu'il y a de pouvoirs, et en soumettant la décision du plus grand nombre au contrôle des juges. Les pères fondateurs de la démocratie américaine eurent en outre le génie de concevoir la fonction présidentielle de manière duale: des pouvoirs soigneusement limités et contrôlés à l'intérieur, à tel point que le pays puisse subir sans heurt les présidences les plus médiocres, et la projection à l'extérieur d'une image de pouvoir fort, concentrant en une seule personne le pouvoir de négociation, de décision, et éventuellement de frappe.

Le président des Etats-Unis est largement impuissant à l'intérieur et tout puissant à l'extérieur, ce qui protège l'autonomie des individus et des états fédérés à l'intérieur et vise à mettre le pays à l'abri des puissances extérieures, en projetant au besoin l'image d'une super-puissance. La *common law* héritée de l'Angleterre a prouvé qu'elle était un instrument efficace pour la protection des individus, tant des atteintes privées que des interférences indues des autorités étatiques. Elle occupe une place centrale, TOCQUEVILLE ayant le premier identifié la prédominance des juristes dans la société américaine².

De l'autre côté de l'Atlantique, les Français crurent qu'en se débarrassant de la monarchie et du joug de l'Eglise catholique, ils allaient créer des conditions suffisantes à l'épanouissement des libertés. Mais au lieu de faire confiance à l'individu, la foi fut placée dans la décision collective. On n'émancipe pas l'individu (du moins pas avant le XX^e siècle) mais la collectivité. La souveraineté n'est pas dans l'individu (aux Etats-Unis elle est symbolisée par le droit constitutionnel qu'a chaque citoyen de porter une arme et de veiller à sa propre sécurité; le pays est immense et le premier policier est parfois à 50 kilomètres).

Elle est dans le peuple et ses représentants. Il suffit que le peuple veuille ou accepte un homme fort, et un pouvoir autoritaire peut se remettre en place. L'individu qui s'en remettait autrefois au seigneur, au roi ou à l'asile de l'Eglise pour trouver protection fait appel aujourd'hui à l'Etat, auquel tout est demandé: non seulement la protection extérieure et intérieure mais aussi des garanties contre tous les accidents de la vie, allant des problèmes de santé au chômage, sans oublier la demande de pouvoir aux besoins en matière d'éducation, transport, logement, sport, culture, etc. L'Etat se construit sur le mode hiérarchisé et légaliste de Rome et de l'Eglise catholique, elle-même romaine, il ne faut pas l'oublier.

2 • Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, XXX. Notons au passage que le bicentenaire de Tocqueville, né en 1805, fut commémoré bien discrètement de part et d'autre de l'Atlantique.

Certes, les deux pays ont un appareil bureaucratique. Aux Etats-Unis il reste minimal et foncièrement local, assurant les fonctions essentielles comme par exemple la protection de l'identité par la délivrance d'un permis de conduire, et non l'organisation d'un service de l'état civil, inexistant aux Etats-Unis comme en Angleterre. En matière d'éducation, les états assurent un minimum pour ceux qui ne peuvent pas se payer l'école ou l'université privée. Les sports, les arts et la culture sont développés sur la base d'initiatives personnelles et financés par des sponsors privés. Personne ne souhaite l'intervention étatique, dont on sait qu'elle se fait au prix d'un contrôle que l'on veut minimal. La société est avant tout protestante: le salut de l'homme est en ses propres mains et il dialogue directement avec Dieu³. Comme le montra magistralement Alain PEYREFITTE dans *Le mal français*, ouvrage prophétique qui n'a pris aucune ride⁴, la laïcité française n'est que de surface, l'Etat s'étant construit sur le modèle de l'Eglise catholique. Nos réflexes individuels et collectifs sont construits sur l'héritage du catholicisme, ce qui se manifeste jusque dans notre manière d'excommunier ceux qui n'adhèrent pas au credo de la République indivisible, laïque, démocratique et sociale⁵ et d'accorder volontiers un pardon bon enfant à ceux qui gaspillent ou détournent les deniers publics⁶. En France, le salut vient d'en haut, et chacun accepte d'en payer le prix. Celui-ci est élevé, il est largement prélevé sur les ressources des générations futures⁷. On s'en plaint, mais qui remet en cause le système, en dehors de ceux qui quittent le pays, à défaut de pouvoir le réformer?

Ces remarques préalables, un peu longues et pourtant si condensées, sont indispensables à la compréhension de la guerre des droits qui se déroule aujourd'hui.

II – La guerre des droits

La guerre des droits n'aura pas lieu? Voire! Les systèmes juridiques, et notamment ceux issus de la tradition civiliste, souvent appelé romano-germaniques, et ceux dérivés du modèle de la *common law*, sont en concurrence depuis la colonisation des continents africain, américain et asiatique, sans oublier l'Océanie,

3 • Lorsque l'immigration irlandaise et italienne a apporté davantage de catholiques, le modèle individualiste était déjà en place.

4 • Alain Peyrefitte, *Le mal français*, Plon, 1976.

5 • L'article 1er de notre Constitution a une résonance commune avec le *Et unam sanctam catholicam et apostolicam Ecclesiam* du symbole de Nicée.

6 • En droit, se sera une impunité ou une amnistie. La liste des exemples serait trop longue, certains étant dans toutes les mémoires.

7 • Lesquelles doivent être, dans l'imaginaire collectif, aussi illimitées que la grâce divine, sans quoi on aurait peine à comprendre comment notre pays accepte de s'endetter autant non pas pour investir dans l'avenir mais faire face aux dépenses courantes.

par les puissances européennes. La décolonisation n'a pas mis fin à ces luttes d'influence. Qu'elle se fasse dans la violence ou de manière pacifique, elle procède toujours par adoption du modèle juridique du pays colonisateur, créant des situations de mixité dans les régions soumises à l'influence successive de la puissance anglaise et des pays du continent. Les décennies de la guerre froide ont occulté cette concurrence, qui ressurgit de manière beaucoup plus directe depuis la mondialisation des marchés financiers et la libéralisation du commerce mondial. Les grandes firmes juridiques anglaises et américaines eurent peu de peine à s'implanter à Paris pour offrir leurs services aux grandes entreprises se livrant au commerce international, prenant des parts de marché négligées par nos cabinets d'avocats alors peu attirés par le droit des affaires⁸. Ils ne recrutent pas que des collaborateurs anglais ou américains mais aussi des Français, pourvu que ceux-ci fussent bilingues et formés à la *common law* en plus du droit français. Mes anciens étudiants, formés à la *common law* à l'Institut de droit comparé Edouard LAMBERT avant de faire une année d'échange, voire un LLM, au Royaume-Uni, en Amérique du Nord ou en Océanie, me racontent comment les grandes entreprises françaises qui les emploient les font travailler en anglais, et leur demandent de rédiger des contrats en anglais, même s'ils doivent être utilisés avec des partenaires francophones, car il est plus économique d'avoir une seule version. Chaque année, la *common law* et la langue anglaise gagnent davantage de terrain, profitant de la relative inertie de nos milieux juridiques, qui peinent à assimiler le droit communautaire et se montrent si peu réceptifs à cette inquiétante *common law* qu'ils rechignent à découvrir.

Pour des raisons que j'ai expliquées ailleurs⁹, le modèle de *common law* est beaucoup mieux adapté au dynamisme de la vie des affaires. Contrairement au modèle de droit civil, volontiers dogmatique et basé sur une vision idéalisée de la société, la *common law* est foncièrement pragmatique et évolutive. Au XIX^e siècle, elle fut développée par les juges de Westminster, que la construction des *Law Courts* sur le *Strand*, à l'époque victorienne, rapprocha encore davantage des milieux financiers de la City. Aux États-Unis, les droits des états fédérés se trouvèrent en concurrence les uns avec les autres pour attirer les entreprises et favoriser les affaires, avec une tendance à s'aligner sur le droit

8 • Voir l'ouvrage fort documenté d'Yvon Dezalay, *Marchands de droit : La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992. Ce même auteur s'est intéressé à l'influence du libéralisme américain en Amérique latine : *La Mondialisation des guerres de palais*, avec Bryant G. Garth, Seuil, 2002.

9 • Voir mon *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n° 4 à 11 et 20 à 26.

de l'état le plus libéral¹⁰. Les entreprises des pays civilistes ne s'y trompent pas, préférant souvent la souplesse de la loi anglaise ou de celle de New York pour gérer le contrat international à la prévisibilité des codes civils continentaux ou encore aux instruments incomplets nés des tentatives d'unification du droit.

Le constat est simple : le droit des obligations et le droit des biens hérités du droit romain et du droit canonique sont adaptés à la stabilité des fortunes dans une économie encore largement rurale et basée sur la possession d'un patrimoine foncier. Notre droit civil favorise la stabilité patrimoniale plutôt que la circulation des richesses. En revanche, les cours de *common law* ont développé la *law of contract* par la voie du précédent dans le contexte de litiges principalement commerciaux, du moins à partir de la révolution industrielle, favorisant l'émergence de solutions plus souples, mieux adaptées aux besoins du commerce. De même, la *law of property* considère les immeubles comme objets commerciaux, aucun *numerus clausus* des droits réels ne venant faire obstacle aux démembrements que vient imaginer la pratique. Enfin, la technique du trust favorise une gestion et transmission souple des patrimoines par des acteurs professionnels, en évitant notamment les blocages causés par l'indivision successorale¹¹.

Le droit civil privilégie la lutte contre la fraude et utilise pour cela le rempart du formalisme. La *common law* sait que l'agent économique malhonnête sera éliminé rapidement une fois son manque de crédibilité avéré. De plus il n'échappera pas à la prison, ce qui n'est pas le cas dans les pays latins. Le danger principal dans la vie des affaires n'est pas la fraude mais le risque d'insolvabilité. Il faut donc promouvoir la confiance et la souplesse dont elle a besoin pour s'épanouir et limiter le formalisme à la circulation des effets de commerce.

Cela ne veut aucunement dire que les droits continentaux n'ont pas fait l'effort de s'adapter au dynamisme de la vie des affaires. Au contraire, les adaptations sont tellement nombreuses qu'elles perturbent l'élégance de l'ordonnement des codes et rendent le droit moins facilement accessible qu'il ne l'était au temps des grandes codifications.

Mais il y a plus. La psyché continentale, et surtout la mentalité française, qui nous intéresse ici, reste trop marquée par l'interventionnisme étatique, par cette

10 • L'exemple du Delaware, assouplissant à l'extrême son droit des sociétés pour attirer les sièges des grandes entreprises, est très parlant. L'effet d'émulation fut immédiat. Harmonisation par le bas, hurlera le français ! Le développement de la *corporate governance* est venu plus tard corriger des abus que l'excès de formalisme à la française ne sait pas éviter.

11 • On ne saurait cependant la considérer comme une panacée : elle est également vecteur de fraude fiscale et prolonge au-delà du raisonnable l'emprise que la volonté humaine peut avoir sur les biens, notamment bien au-delà du décès du titulaire originaire des droits, ce qui peut être attentatoire à la dignité humaine.

organisation de la société qui part toujours du sommet, alors que le modèle américain part toujours de la base. La mentalité américaine et le modèle juridique qu'elle a secrété à partir de l'emprunt du système anglais sont beaucoup mieux adaptés à la circulation des richesses. S'enrichir n'a rien de honteux dans le modèle américain, et n'a rien d'incompatible avec la générosité privée. En France, les gens bien élevés ne parlent pas d'argent. Le Français sait être généreux mais tend à préférer la générosité publique au don privé. Et surtout, il juge l'accumulation excessive de richesse moralement répréhensible. Qu'il soit croyant ou non, il pense qu'il n'y a pas de salut personnel ou collectif sans redistribution de la richesse.

D'où la condamnation par tant de nos compatriotes du libéralisme économique, et l'inconfort philosophique ou spirituel, depuis l'effondrement du modèle marxiste et la chute de la pratique religieuse dans un pays dont la génération qui vieillit aujourd'hui baptisait ses enfants quand elle ne votait pas à 25 % pour le parti communiste, les deux pratiques se conjuguant parfois.

Nous partons donc à la guerre des droits avec des handicaps multiples. Tout d'abord, nous refusons le modèle dominant alors que nous voulons en profiter et y participons activement par des entreprises françaises qui restent heureusement compétitives. Ensuite, nous nous accrochons à notre modèle sans accepter de nous remettre en cause ni de nous voir dans le regard des autres, préférant parler d'exception française, ce qui est une singulière marque d'orgueil. Et enfin, nous ne faisons pas l'effort de connaître le modèle que nous croyons juste de combattre, contrairement à toute bonne logique militaire qui commande de bien connaître l'ennemi.

Sur ce dernier point, je salue les efforts du programme Attractivité économique du droit, piloté depuis le Conseil d'Etat, qui contribue de manière louable à promouvoir notre modèle¹². Et pourtant, je ne vois pas d'effort significatif visant à mieux faire connaître de nos juristes les droits de la *common law*. Je me souviens avoir insisté sur cette nécessité lors d'une réunion à l'Organisation internationale de la francophonie, peu après la publication du premier rapport de la Banque Mondiale¹³. Ma proposition, tout comme mon action en matière de formation aux droits étrangers, met mal à l'aise. On reconnaît volontiers que Moréteau connaît bien la *common law*, mais on craint qu'il en fasse la promotion au détriment du modèle français, et qu'il contribue au succès déjà trop évident de la première. Finalement, il est mieux qu'il soit parti renforcer la tradition civiliste en Louisiane...

Et pourtant, au risque de me répéter, on ne peut évaluer la réalité sans connaître les deux systèmes et en apprécier tous les tenants et les aboutissants. On découvre

12 • <http://www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm> (visité le 19 mars 2007).

13 • *Doing business in 2004, Understanding Regulation*, Banque Mondiale, 2004.

alors que si la France a certaines faiblesses et se trouve dans la nécessité de se réformer, elle détient aussi des atouts puissants qu'elle ne peut valoriser qu'en connaissant bien la situation.

III – La force et les faiblesses du modèle français

Les critiques formulées par la Banque Mondiale contre le système français ont les deux particularités suivantes. Premièrement, elles fustigent un système réglementaire qui impose trop de formalités dans l'accomplissement des opérations les plus courantes de la vie des affaires. Le modèle d'un droit codifié n'est pas mis en cause, pas plus que les professions juridiques. Deuxièmement, plus que la France, ce sont les anciennes colonies françaises qui sont visées, car leur système administratif n'a pas nécessairement le haut niveau de qualité de l'administration française, ce qui fait que les formalités trop nombreuses encouragent la corruption.

Mon but n'est pas d'analyser les détails du rapport ni de répondre aux critiques visant notre système. D'autres l'ont fait avec talent¹⁴, mettant notamment en évidence les faiblesses de certaines analyses et le mal fondé de certaines approches quantitatives.

Comme dans toute analyse, il y a du vrai et du faux. En outre, il est clair que l'approche relève d'une philosophie ultra-libérale, faisant peu de place à la dimension sociale à laquelle la France, de droite comme de gauche, est très attentive.

Toute critique dont nous pouvons faire l'objet devrait être une invitation à nous considérer avec plus de lucidité, en essayant d'intégrer le regard de l'autre, ce qui ne veut pas dire que l'on partage nécessairement ses idées.

Peut-on nier la complexité excessive de la bureaucratie française? Qui ne connaît pas des exemples où l'on voit cette complexité accoucher d'incohérences ou de réponses absurdes? Qui ne connaît des entreprises prometteuses condamnées à l'échec par trop de lourdeur dans l'obtention des prêts et des autorisations nécessaires? Quelle est la finalité de tant de formalisme? Nous protège-t-il plus efficacement que l'absence de formalisme ou un système plus léger? N'est-il pas plus que temps de nous livrer à des études comparatives et interdisciplinaires, dans lesquelles nous ferons collaborer juristes, sociologues, économistes et statisticiens? C'est un premier axe de réflexion, qu'il faut trouver le courage d'engager. Tout n'est pas mauvais dans notre administration, mais acceptons de voir et d'éliminer les dysfonctionnements.

14 • Voir Bertrand du Marais (Sous la dir. de), *Des indicateurs pour mesurer le droit? Les limites méthodologiques des rapports Doing business*, La documentation française, 2006; Bénédicte Fauvarque-Cosson et Sara Patris-Godechot, *Le code civil face à son destin*, La documentation française, 2006, notamment p. 151 et s. Voir aussi Blandine allet-Bricout, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », *Rev. int. dr. comp.* 2004, 865.

Considérons maintenant notre système juridique, et là encore, acceptons la confrontation avec le système des autres. La codification n'est pas mise en cause. Une grande partie du monde continue d'admirer le superbe ordonnancement des codes napoléoniens. Nos tentatives de recodifier à droit constant donnent sans doute un résultat moins heureux, mais elles permettent au moins de s'y retrouver dans un excès de textes, dont une large proportion est d'origine européenne.

La force de la tradition française est d'appliquer à la rédaction des lois la maxime issue de *L'art poétique* de BOILEAU :

« *Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement,
Et les mots pour le dire arrivent aisément.* »

PORTALIS sut la porter à son plus haut niveau en veillant à ce que le code civil fût intelligible pour toute personne éduquée, de manière à la mettre à l'abri de toute décision arbitraire¹⁵. Même si ceux qui les forment se plaignent, nos juristes s'expriment avec beaucoup plus de clarté que leurs homologues anglais et surtout américains. Ils ont une capacité indéniable à organiser et structurer leur propos, même si j'ai pu dénoncer ailleurs un abus de formalisme, qui privilégie l'élégance et l'idée, tout en nous éloignant de la réalité¹⁶. Les étudiants français qui ajoutent à leur formation classique, par la fréquentation des écoles de droit des pays de *common law*, l'art de l'argumentation orale, sont capables de performances inouïes. Ils éblouissent les professeurs et les praticiens les plus exigeants. J'en ai vu de nombreux exemples en Australie, au Canada, aux États-Unis, en Irlande, en Nouvelle-Zélande et aux Royaume-Uni.

Notre système judiciaire n'est certes pas parfait, mais il a le mérite de rester accessible. Ce n'est pas la Rolls Royce anglaise, justice dont on a pu dire qu'elle est accessible à tous, comme l'Hôtel Ritz, mais plutôt une honorable *Deux Chevaux*, certes un peu poussive, qui s'efforce de rester abordable pour le plus grand nombre. On pourrait souhaiter des juridictions suprêmes qu'elles veuillent bien expliciter davantage leur pensée, ce qui conduirait à la rendre plus précise et perceptible et réduirait d'autant le nombre des recours. Là encore, le droit comparé est riche d'enseignements. Un autre avantage serait de rendre notre jurisprudence plus accessible aux juristes étrangers, ce qu'elle n'est pas actuellement, au détriment du rayonnement de notre droit.

15 • Olivier Moréteau, « *Codes as Strait-Jackets, Safeguards and Alibis: The Experience of the French Civil Code* », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 1995, vol. 20, N° 2, 273.

16 • Voir mon « Bilan de santé de l'enseignement du droit », à paraître in *Mélanges Jacques Vanderlinden*, 2007.

J'en viens maintenant aux professions juridiques et notamment au notariat. Les avocats manquent souvent de discipline, surtout dans le maniement des procédures. Tous ne sont pas d'anciens avoués et bien peu auraient une âme d'avoué. En revanche, le notariat donne l'image d'une profession organisée, obéissant à une éthique rigoureuse. Le notaire offre un service de proximité, financièrement abordable. Tout en restant au service du particulier, la profession a su s'ouvrir à l'entreprise. A la qualité du conseil, elle joint la sécurité juridique.

Mal connue dans les pays de *common law* où il conviendrait de la promouvoir, elle inspire confiance aux plus exigeants. Les juristes anglais tant soit peu informés disent volontiers que c'est la branche de la profession juridique se rapprochant le plus du professionnalisme à l'anglaise, lequel est certes d'une efficacité remarquable, mais terriblement coûteux. Les études de notaire grandissent par la taille, notamment à Paris et dans nos grandes villes, mais elles n'atteignent pas le gigantisme des *law firms* anglaises ou américaines, lequel s'accompagne d'hyperspécialisation et de déshumanisation, sans parler des risques de conflits d'intérêts. Nos études de notaire restent à l'échelle humaine et savent conserver les vertus d'une approche de généraliste, tout en fournissant suffisamment de spécialistes là où c'est nécessaire.

Si je devais identifier un point faible, ce serait un degré d'internationalisation trop faible. Peu de nos notaires connaissent la *common law*. Bien peu sont familiers de la technique du trust, alors que tant d'Anglais achètent des biens fonciers en France. Le jeune notariat fait un effort considérable d'ouverture, il mérite d'être encouragé. Le notariat français est un modèle à exporter. Le Vietnam est un exemple encourageant. D'autres devraient suivre. Cela nécessite aujourd'hui la maîtrise de la langue anglaise, devenue la langue véhiculaire en Europe et dans le monde¹⁷. Apprenons qu'il n'est pas si difficile d'exprimer le droit civil en anglais, ce que je découvre depuis deux ans en l'enseignant en Louisiane. Les Sud-africains, les Ecossais et les Louisianais nous offrent la terminologie nécessaire. Diffusons le code civil louisianais que si peu de nos juristes connaissent.

Sortir de la caverne a son prix, surtout quand on reste convaincu d'être dans le plus beau pays du monde, où tout est meilleur qu'ailleurs. Qu'en savons-nous, tant que nous n'allons pas voir au dehors ? C'est pourtant la meilleure manière de voir que la France a plus d'un atout dans son jeu. Elle défendra mieux sa place quand elle acceptera de se comparer aux autres.

Bâton Rouge, le 19 mars 2007.

17 • Olivier Moréteau, « L'anglais pourrait-il devenir la langue commune en Europe ? », *Les multiples langues du droit européen uniforme*, sous la dir. de R. Sacco et L. Castellani, L'Harmattan-Italia 1999, p. 143-162.

LA CONCEPTION RENOUVELEE DU NOTARIAT PAR LA PERSPECTIVE DE REGULATION ECONOMIQUE

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités – Sciences Po (Paris)

Directeur de la Chaire Régulation

LA PROFESSION DES NOTAIRES est à la croisée de deux qualités, croisée qui la rend spécifique. En effet, les notaires sont à la fois des experts du droit et des personnes aptes à délivrer de l'authenticité, c'est-à-dire de l'incontestabilité. C'est en cela que les notaires ont une puissance toute particulière. On affirme parfois que l'économie de marché « démoderait » les professions qui, comme celle des notaires, puisent dans une très longue histoire, leur naissance s'étant opérée dans un tout autre contexte que l'économie de marché.

Mais ce n'est pas parce que les conditions de contexte ont disparu que des causes rationnelles d'existence n'existent pas. Il y aura alors substitution de cause, d'utilité, de légitimité. La présente étude a pour objet de montrer que la profession de notaire, indépendamment de son passé liée fortement à l'Etat national, correspond d'une façon pertinente à une économie largement détachée des Etats, parce que la globalisation ôte efficacité aux frontières dans lesquelles les Etats continuent d'exercer leur pouvoir juridique souverain.

Poser la question en ces termes dégage immédiatement la dimension politique de celle-ci.

Cela tient au fait que, contrairement à une idée souvent répandue, les marchés ne tiennent pas tout seuls mais sur le droit. Il ne peut y avoir d'économie de marché sans droit et sans les dispositifs qui peuvent activer celui-ci. L'économie de marché ne peut fonctionner que sur des droits de propriété, des contrats pour la circulation des biens et des personnes qui garantissent l'effectivité et l'exécution, ce que l'on désigne souvent comme la puissance juridique, indice de l'existence du droit.

Reprenant ce thème général de la croisée des qualités, les notaires, en tant qu'experts du droit, se prévalent de compétences spécifiques, à laquelle correspondent par exemple des formations qui leur sont propres. En cela, les notaires

ressemblent aux avocats ou aux directeurs juridiques des entreprises. Cette part de l'intérêt qu'ont les opérateurs particuliers ou professionnels de recourir à un notaire n'est pas remis en cause par la transformation des marchés, notamment par leur ouverture internationale qui permet à tout opérateur étranger d'intervenir au sein d'un marché attrayant.

En cela, les notaires participent au mouvement général de l'importance croissante du droit dans le bon fonctionnement des marchés, basé sur les droits de la propriété et la circulation des biens par le biais des contrats. En tant qu'ils sont des experts du juridique, le droit civil étant le droit commun de celui-ci, et des spécialistes du droit civil en tant que celui-ci est aussi un droit spécial, les notaires sont efficaces, donc bienvenus dans une économie de marché.

Cela est d'autant plus exact que nous sommes de plus en plus dans une économie de la connaissance et de l'expertise, donc dans une économie de l'explication, du conseil, de l'expertise, fonctions que les notaires exercent.

Mais l'économie de marché a besoin encore d'un autre élément essentiel : la confiance. Cette confiance se dirige vers trois éléments. Tout d'abord, les *objets* qui circulent sur les marchés, ensuite les *personnes* en cause sur les marchés, enfin le *marché* lui-même. Les notaires ont dans cette perspective un rôle particulier.

L'enjeu de la profession est alors de l'assurer au regard des tiers, qui sont en droit d'obtenir un service efficace et sûr, justifiant le paiement qu'ils en font, d'une façon volontaire ou contrainte. Cela fera perdurer le système, parce qu'il sera le contraire de la rente, même dans des mécanismes d'intermédiation forcée, comme en matière immobilière.

D'une façon plus spécifique encore, les notaires peuvent se prévaloir d'un pouvoir extra-ordinaire, en ce qu'il ne vient pas de la nature ou de l'amélioration de celle-ci par la compétence professionnelle, mais du pouvoir normatif pur, dans le pouvoir de créer de l'incontestabilité. L'authenticité est une valeur économique qui ne cessera de s'accroître, l'ouverture des marchés détruisant les frontières des pouvoirs politiques.

Ce pouvoir normatif pur, que les notaires partagent avec les juges, leur permet d'offrir à des opérateurs la magie de l'incontestabilité. Voilà la source de cette valeur économique que seul le droit engendre : l'incontestabilité. Cette valeur économique, insérée dans les contrats, rapprochant ceux-ci des titres cambiaires, est entre les mains des notaires. Elle est la seconde branche de l'avenir de la

profession, conçue non pas en réaction contre les marchés, leur fonctionnement et leur ouverture, mais comme un atout nouveau de ceux-ci.

L'ensemble de ces grandes lignes sera développé dans les propos qui suivent. En effet, les marchés peuvent être une référence de fonctionnement de l'économie. Cela ne signifie pas que les marchés soient spontanés, dans leur établissement et dans leur déploiement, pas plus que cela n'implique qu'ils soient à l'abri de fêlures. C'est alors que des mécanismes de régulation sont requis, même dans les marchés ordinaires de biens et services. Il est très important de distinguer les besoins irréguliers de régulation des marchés et les besoins structurels de régulation.

Il peut n'y avoir de fêlures dans le fonctionnement des marchés que transitoirement, par exemple lorsque qu'une organisation économique monopolistique bascule dans une économie concurrentielle, ce qui ne s'opère que par la force déployée par des régulateurs, lesquels insèrent alors la concurrence au forceps. Ce fût le cas pour les marchés des télécommunications.

Il peut encore y avoir des fêlures accidentelles dans le fonctionnement des marchés, par exemple par pénuries ou excès de biens. Ainsi, des crises de liquidités peuvent advenir sur les marchés monétaires ou financiers. La crise appelle alors des régulations spécifiques, en prévention et en résolution des crises, comme s'emploient à le faire les banques centrales et les régulateurs financiers.

Le danger attaché à la crise n'est pas alors constitué par la brisure dans le marché, mais par l'effritement de la confiance de tous dans la capacité des marchés à résister, ce qui produit un effet d'autoréalisation de la crise par l'expression de la crainte que les opérateurs ont de sa survenance.

Ce bris de la confiance, qui menace les marchés, et qui produit une contamination, aux effets économiques et sociaux désastreux, le marché lui-même ne peut pas le juguler. Il s'agit donc d'une faiblesse structurelle. Il convient d'analyser le rôle que les notaires jouent au regard de cette exigence de confiance dans les marchés.

I – Le rôle des notaires au regard de l'impératif de confiance dans les marchés

Tout d'abord, la confiance peut tenir aux *objets* qui circulent sur le marché. Il convient alors que leurs utilisateurs maîtrisent leur nature, leurs effets, leurs fonctions. Cela est donc affaire d'information et de conseil. On connaît la juris-

prudence très lourde sur les obligations d'information, de conseil et de mise en garde, qui vise les notaires.

Cette jurisprudence peut se justifier non seulement dans le rapport de confiance entre le notaire et son client, mais d'une façon plus systémique au regard des impératifs de marché. Cela explique notamment que ces devoirs s'exercent également au bénéfice de la partie au contrat qui n'est pas le client du notaire en question.

Mais il a été démontré que la qualité d'un marché ne se résume pas seulement dans la confiance née de l'information que les acheteurs ont sur les produits, même si le prix est la première de ces informations. Le marché supporte aussi sur un mode subjectif une confiance intersubjective. Certains affirment même que le marché repose sur ce lien intersubjectif de confiance.

Or, structurellement, les offreurs et les demandeurs, d'intérêts opposés, ne se font pas confiance. Les offreurs, en concurrence les uns avec les autres, ne se le font pas davantage. Certes, la théorie de la co-compétition et la théorie des jeux ont nuancé ce propos. Dans ces théories, la confiance peut être une stratégie entre des conceptions plus dialectiques des intérêts opposés, et dont la satisfaction suppose des phases ou des zones dans lesquelles on s'en remet à un autre.

Il demeure que cette confiance est difficile à établir. La théorie économique des contrats incomplets s'y essaie, de la même façon que le droit de la consommation ou les obligations juridiques d'étiquetages, d'information, de pré rédaction légale des contrats, etc., y concourent.

L'autre solution est « le tiers de confiance ». Peu importe qu'il soit doté ou non de pouvoirs normatifs, l'essentiel étant qu'il s'insinue dans le rapport juridique d'échange ou d'organisation et que les parties en cause s'en remettent à lui. Se dessine alors le personnage devenu essentiel de l'intermédiaireur.

Plus la question de la confiance est primordiale sur un marché et plus ce marché devra être intermédié par une profession réglementée. C'est la crucialité de la confiance en matière monétaire qui justifie l'existence de la profession bancaire, hautement réglementée, aux barrières très fortes à l'entrée (fonds propres, garanties, agrément, discipline, etc.).

Dans cette perspective, la profession notariale est très semblable à la profession bancaire et pas plus qu'il n'est envisageable de supprimer la seconde, on ne peut songer sérieusement à supprimer la première. Il ne s'agit en rien de tirer argument du fait que ces professions puisent une légitimité dans l'histoire et

disposent d'une puissance constituée. Le faire affaiblit d'ailleurs plus que cela n'épaule la permanence de la profession, car on aura tôt fait de souligner que la puissance n'est qu'un bastion, l'enjeu étant alors une sorte de lutte entre les Anciens (les professions) et les Modernes (le marché). En rhétorique, on sait que ceux qui se placent dans le discours de la modernité ont plusieurs longueurs d'avance.

Mais précisément les marchés reposant sur la confiance intersubjective doivent d'une façon permanente être régulés par l'intermédiation. Comme cela vient d'être rappelé concernant les banques, les notaires peuvent constituer ces tiers de confiance que le marché requiert.

Mais pourquoi eux et pas moi, par exemple? Tout d'abord, parce que les notaires sont les intermédiaires requis par les marchés sur lesquels la confiance sur les *objets* est chancelante, parce que l'information n'est pas suffisamment fiable. Il en est ainsi du marché immobilier, marché de la propriété dont on sait que la preuve en est diabolique.

La question a été substantiellement réglée concernant les biens mobiliers par la certitude d'acquisition véritable de la propriété par la possession. Pour les biens immobiliers, c'est le professionnalisme des notaires qui remontent dans le temps la chaîne des propriétés, qui engendre la confiance.

En outre, en cas de crise, l'organisation de la profession, et non le notaire pris isolément, évite, comme en matière bancaire, la contamination de ce qui pourrait constituer une déstabilisation générale: la garantie de la caisse commune à la profession y pourvoit. Ainsi, le rôle des notaires dans une économie de marché, de plus en plus reposant sur la confiance, l'ouverture internationale des marchés accroissant ce phénomène, a vocation par leur compétence et leur organisation professionnelle, à s'accroître.

II – Le statut des notaires au regard de la valeur économique de l'incontestabilité

Prenons encore les phénomènes de marché. Les marchés se nourrissent de secrets et d'incertitudes. Ainsi, sur les marchés des biens et services, le secret des affaires est préservé et la concurrence par les mérites est encouragée. C'est parce que certains savent et d'autres pas que les mérites ainsi constitués par les premiers, par exemple par le savoir-faire, encouragent l'innovation et la concurrence. De la même façon, l'incertitude est au cœur de la spéculation, dont les marchés

financiers se nourrissent, en calculant les profits futurs des entreprises, profits par nature incertains.

Ce que l'on désigne comme les bulles spéculatives sont des dérives dangereuses de ces marchés d'expectative, car ces derniers sont bien rattachés à l'économie réelle, mais en projetant ceux-ci dans l'avenir, alors que les bulles consistent à jouer sur les prix de vente de titres sans connections avec ni le présent ni le futur de l'économie des biens et des services, engendrant des réajustements, désignés comme des cracks.

Ainsi, l'incertitude économique est un élément du dynamisme concurrentiel et engendre l'investissement. Mais l'incertitude juridique est malvenue sur des marchés. Cela est vrai en ce qui concerne le droit attaché aux objets à valeur économique, à savoir les droits réels, principalement par les titres de propriété, et les droits personnels, principalement construits par les contrats.

Le caractère contestable de chacun de ces droits et de chacun de ces instruments que sont les contrats et les titres, requiert la présence d'un tiers apte au besoin à trancher les revendications opposées des opérateurs, par exemple si plusieurs se prétendent acheteur ou propriétaire d'un bien. Il peut s'agir d'un tiers virtuel, c'est-à-dire accessible et efficace si on active sa fonction. La figure est alors celle du juge. Celui-ci est à la fois indispensable à une économie de marché et présente l'inconvénient de n'être que virtuel. Son efficacité suppose donc sa saisine *ex post*, avec le coût en argent et en temps que cela implique.

L'incontestabilité est un formidable « raccourci »... En effet, le titre acquiert son incontestabilité *ex ante*, recouvert de cette seconde nature, circule sur le marché. Tout le système cambiaire est construit sur cette valeur propre. Ainsi, le notaire qui crée des titres authentiques, donc incontestables, déplace la figure de la puissance juridique de l'*ex post* du juge vers l'*ex ante*.

En cela, le notaire, qui ressembla du temps des tabellions aux juges, ressemble aujourd'hui aux régulateurs, dont la sphère d'intervention sur les marchés est celle de l'*ex ante*. Comme Jean CARBONNIER a pu le dire à propos des contrats au sein desquels les contractants sont des législateurs particuliers, les notaires en sont les régulateurs particuliers.

L'authenticité que leur statut permet d'engendrer, qui constitue non pas un mode de preuve mais une façon d'éviter les preuves, une sorte d'anti-preuve, de martingale contre l'incertitude née de la contestation mais née aussi de sa résolution de celle-ci par le juge. En effet, celui-ci intervient après l'établissement

des titres, il n'apporte donc que dans un second temps une solution acquise (mécanisme *ex post* par rapport à la situation ou à l'échange économiques). Ce faisant le juge fait subir aux opérateurs ce poids économique, financier et stratégique que constituent d'une part ce décalage dans le temps et d'autre part le caractère non acquis de la solution retenue. A l'inverse le notaire qui utilise sa puissance normative pour créer avant même l'échange économique un titre incontestable, intervient donc *ex ante* et d'une façon acquise. Ce service est un atout économique considérable, que seuls les notaires peuvent offrir aux opérateurs.

L'utilité n'est plus alors tirée du rôle particulier des notaires comme intermédiaires des marchés régulés, comme le marché des biens immobiliers, mais tirée du statut particulier des notaires, source de cette valeur économique de l'authenticité, qui en fait les professionnels d'autant plus précieux que l'incertitude proprement économique s'accroît.

Ainsi pensé, hors de ses racines historiques, et hors de son rapport direct à l'Etat, le notariat est particulièrement conçu comme un atout économique essentiel en tant qu'il est professionnellement composé de tiers de confiance et en tant qu'il est normativement source d'incontestabilité. La profession notariale est alors un outil majeur d'une régulation économique internationalisée.



ATTRACTIVITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT : LE DROIT FRANÇAIS DANS LA COMPÉTITION INTERNATIONALE¹

Bertrand DU MARAIS, Conseiller d'Etat,
Coordinateur scientifique du programme de recherches
sur « L'Attractivité Economique du Droit » – Paris X (Nanterre)

De la compétitivité à l'attractivité

LA NOTION D'ATTRACTIVITÉ, longtemps utilisée en littérature, en arts, en physique et en sciences humaines et sociales, a clairement pris depuis peu un tournant sémantique à la fois économique et juridique, en particulier à partir du gouvernement de L. JOSPIN qui a entamé la réflexion en commandant plusieurs rapports officiels sur ce thème.

Avant 2000, le débat se centrait plutôt sur la notion de *compétitivité*. Celle-ci peut être définie comme la « capacité d'une entreprise, d'une région ou d'une nation à conserver ou à améliorer sa position face à la concurrence des autres unités économiques comparables. La notion de compétitivité est, le plus souvent, vue sous l'angle de la nation et associée à la concurrence internationale. Elle est alors définie, de façon plus précise, comme son aptitude à produire des biens et des services qui satisfont au test de la concurrence sur les marchés internationaux et à augmenter de façon durable le niveau de vie de la population »¹. Il renvoie donc à la notion de balance commerciale, solde entre les exportations et les importations.

Cependant, avec la mondialisation des flux des investissements étrangers et commerciaux naît le problème des délocalisations qui a suscité le renouveau de la réflexion et l'apparition du concept « d'attractivité ». Ce ne sont plus seulement les biens et services qui s'échangent, mais les activités qui migrent et se localisent en fonction de critères qu'il devient important d'analyser.

En effet, depuis le début des années 2000, plusieurs rapports abordant la question de l'attractivité de notre économie ont été publiés à la demande des pouvoirs publics français. Ce terme s'emploie alors de plus en plus pour qualifier un territoire, voire un pays. Ainsi, les performances des pays s'expriment aujourd'hui en termes d'attractivité : attractivité territoriale, locale, européenne.

I • L'auteur s'exprime à titre strictement personnel.

1 • Voir Dictionnaire des sciences économiques (PUF, 2001)

De manière générale, l'enjeu de l'attractivité est particulièrement important pour toutes les questions commerciales et financières.

Qu'entend-on désormais par attractivité? Quel est le sens de ce terme aujourd'hui et ce sens est-il consensuel et/ou critiquable? Comment s'applique-t-il également au droit? Et surtout faut-il, à la vue du mauvais classement international de la France, céder à la démotivation ou à l'imitation?

1. La notion générale d'attractivité

1.1 L'attractivité selon les rapports officiels

La question a même été considérée comme suffisamment importante pour donner lieu à une véritable politique publique, avec la création en 2003 d'un Conseil de l'attractivité de la France, placé auprès du Premier ministre, réuni à intervalles réguliers par les gouvernements RAFFARIN et de VILLEPIN ainsi que des séminaires gouvernementaux annuels².

Les rapports officiels récents s'inscrivent dans une double filiation: celle, remontant au début des années quatre-vingt-dix, des travaux du Commissariat général au Plan sur les enjeux du marché unique et de la mondialisation pour l'économie française³ et celle, plus récente, sur la compétitivité fiscale⁴. Ces rapports insistent sur les dimensions multiples de l'attractivité. Ainsi, le « Rapport sur l'attractivité du territoire français » – dit Rapport « Charzat » – indique que les fondements de l'attractivité sont constitués⁵:

- du territoire, de la qualité des hommes et des femmes, de la qualité de vie (« les atouts »);
- de la recherche-développement et de la formation professionnelle (« les positions à assurer »);
- de la fiscalité et de l'environnement juridique et social (« les faiblesses »).

Ce sont souvent les acteurs en charge du développement local, notamment au niveau régional, qui se sont intéressés à l'attractivité. Ainsi, les Conseils économiques et sociaux régionaux ont dénombré six composantes de l'attractivité: l'environnement économique, les ressources humaines, le dynamisme et la réactivité des acteurs économiques, les réseaux de transport, la qualité de la vie et l'image des régions.

2 • Voir le Séminaire de mai 2006: http://www.premier-ministre.gouv.fr/chantiers/attractivite_708/les_grands_axes_709/favoriser_investissement_entreprises_france_54781.html?var_recherche=séminaire+attractivité.

3 • Exemple: « France, le choix de la performance globale », *Rapport de la Commission compétitivité française*, présidée par Jean Gandois, décembre 1992.

4 • F. Marini, *Rapport parlementaire*, 1999.

5 • M. Charzat, *Rapport au Premier ministre sur l'attractivité du territoire*, juillet 1991.

Le Droit peut être alors attiré dans la problématique de l'attractivité comme paramètre de l'attractivité générale d'une économie, et notamment comme paramètre du choix des prescripteurs d'IDE. Ainsi, la plupart des études disponibles sur les déterminants de la localisation des entreprises internationales intègrent le facteur juridique à travers plusieurs éléments : la stabilité générale du système réglementaire, la fiscalité, le droit du travail, mais aussi le droit de la protection sociale dans la mesure où il détermine la compétitivité-coût du facteur travail, et enfin certains droits spécifiques à l'activité particulière de l'investisseur (notamment le droit de l'environnement et le droit de la santé)⁶.

On peut d'ores et déjà noter que ces définitions font coexister des facteurs qui sont endogènes, voire sur lesquels les acteurs peuvent agir directement à court terme, et des facteurs exogènes, quasiment intangibles. Ces rapports donnent des définitions générales et implicites de l'attractivité, mais pas de définition précise et consensuelle. Ainsi, l'avis du Conseil économique et social du 23 janvier 2003 en donne dans son introduction, la définition suivante :

« (...) Depuis plusieurs années, des appréciations sensiblement divergentes sont régulièrement émises sur la capacité de la France à conserver sur son territoire les entreprises nationales et étrangères qui y sont installées ou à attirer les investisseurs étrangers afin qu'ils contribuent à la croissance et à l'emploi dans notre pays ».

Dans ce cadre, les politiques d'attractivité visent à agir sur les « (...) conditions dans lesquelles se déroule cette compétition internationale pour l'implantation et le contrôle des activités productives... ». En outre, attirer et retenir des entreprises sur un territoire donné est associé à des objectifs intermédiaires. Les plus fréquemment cités sont le renforcement de la « compétitivité »⁷, le développement des secteurs de hautes technologies⁸ et la recherche d'une meilleure spécialisation internationale, sur des activités à haute valeur ajoutée⁹.

Ces différents objectifs se recoupent, au moins en partie, mais ils recouvrent une gamme tellement variée d'actions publiques qu'il est difficile d'en extraire

6 • Voir A. Bénassy-Quéré, M. Coupet, T. Mayer, *Institutional Determinants of Foreign Direct Investments*, Paris, CEPII Working Paper, N° 2005 – 05 April.

7 • Voir M. Debonneuil et L. Fontagné, *Compétitivité*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique (CAE).

8 • Voir par exemple Rapport Charzat, chapitre 2.1 : « Renforcer l'effort de recherche et développement », et M. Debonneuil et L. Fontagné, *Compétitivité*, Rapport du CAE précité, chap. VI « La compétition est technologique ».

9 • Voir par exemple Rapport du CAE, chap. V, pour l'analyse de la problématique de la spécialisation sur les services à faible valeur ajoutée.

un fil conducteur. Une définition plus précise de l'attractivité constitue une étape préalable.

1.1.1. Définition du point de vue macroéconomique

Les économistes COEURÉ et RABAUD¹⁰ (2003) définissent l'attractivité comme « *la capacité d'un pays à attirer et retenir les entreprises* ». Cette définition est appropriée pour mener une réflexion sur les informations statistiques nécessaires pour évaluer l'attractivité de la France, mais les auteurs reconnaissent qu'elle intègre mal une autre dimension de l'attractivité, la mobilité des hommes. Du point de vue du facteur travail, l'attractivité pourrait se définir comme l'aptitude à retenir et attirer la main-d'œuvre hautement qualifiée.

1.1.2. Définition du point de vue microéconomique

Pour donner une définition rigoureuse de l'attractivité, certains se réfèrent à deux cadres d'analyses complémentaires : la nouvelle géographie économique¹¹ et l'économie industrielle.

La « nouvelle géographie économique » vise à expliquer les choix de localisation des activités. Dans une économie globalisée – c'est-à-dire fondée sur l'échange généralisé des biens et services et la mobilité des hommes –, la localisation des activités n'est que partiellement dépendante de la dotation initiale en facteurs de production. Elle est également conditionnée par des effets d'agglomération. L'intérêt de cette approche est qu'elle prend en compte la dissociation croissante entre ce qui a trait à la compétitivité des territoires et ce qui concerne celle des entreprises, objet exclusif des travaux de l'économie industrielle.

En effet, l'économie industrielle explique les modes d'organisation et de développement des entreprises, soit au niveau individuel de la firme, soit en les agréant au niveau du secteur. Elle apporte un éclairage complémentaire pour comprendre les choix de localisation, dans la mesure où les ressorts de la compétitivité d'une entreprise ne sont pas liés uniquement aux caractéristiques de son territoire d'élection, mais dépendent aussi de caractéristiques spécifiques.

10 • B. Coeuré et I. Rabaud (2003) : « Attractivité de la France : analyse, perception et mesure », *Economie et Statistique* n° 363-364-365.

11 • Nous retenons ce terme par traduction de « *New Economic Geography* », terme employé dans les revues américaines qui sont à l'origine de ce courant de pensée – tout en reconnaissant à l'école géographique allemande la paternité des concepts fondateurs. Certaines publications françaises – notamment *Economie et Statistique* – ont opté pour cette appellation. On trouve également l'expression « nouvelle économie géographique ».

Le rapprochement des cadres d'analyse de la nouvelle géographie économique et de l'économie industrielle conduit alors certains à remarquer qu'il y a trois dimensions principales à considérer : le territoire, l'entreprise, et les hommes. Le facteur humain – notamment la présence d'une main-d'œuvre hautement qualifiée – paraît jouer un rôle particulièrement structurant dans l'une et l'autre approches.

Compte tenu de ces éléments, la présente étude propose de définir l'attractivité comme la capacité à y attirer et y retenir les activités à contenu élevé en travail très qualifié.

Après avoir abordé les instruments de mesure de l'attractivité en général, il est intéressant de voir comment et dans quelle mesure le droit peut contribuer à atteindre cet objectif.

2. L'attractivité quantifiée d'un point de vue statistique

Deux types d'indicateurs de nature très différente sont habituellement utilisés pour rendre compte de l'attractivité d'un pays : les flux et stocks d'investissements directs étrangers (IDE) et les indicateurs synthétiques. **La valeur de ces indicateurs est d'ailleurs davantage à trouver dans l'analyse de leurs évolutions que dans leurs valeurs absolues.**

2.1. La mesure de l'attractivité par les investissements directs étrangers

Le premier type d'indicateurs utilisés pour appréhender la capacité à attirer les entreprises est constitué par les flux d'IDE. Les statistiques d'IDE sont établies depuis de nombreuses années, et avec une rigueur certaine, par les organismes publics nationaux puis sont synthétisées annuellement par la CNUCED dans son « Rapport sur l'investissement dans le monde ».

Pourtant, malgré cette qualité, l'analyse des données en termes de flux d'IDE n'est pas exempte d'ambiguïtés. Comme le montre le cas de la France, le flux sortant peut être considéré comme une indication de l'importance des « délocalisations », et donc un signe de la faible attractivité du pays. D'un autre côté, la vigueur des flux sortants d'IDE constitue un signe de la volonté d'internationalisation des entreprises nationales, et donc une preuve de dynamisme.

Plus finement, l'évolution des IDE est difficile à analyser à court terme, tant d'une année sur l'autre ces flux sont volatiles. Ils sont sensibles à la conjoncture macroéconomique mondiale, mais aussi aux variations des taux de change, voire aux marchés des fusions acquisitions.

La France se situe en général entre les 4^e et 6^e places pour les flux entrants¹².

12 • 4^e place en 1980 avec 8,8 % du stock mondial d'IDE ; 6^e en 2000 avec 4,1 % du stock mondial et au maximum ; 2^e place en 2002 et 2003, 3^e en 2006.

Sa part relative, sur longue période, a eu tendance à diminuer. Il faut cependant tenir compte de deux phénomènes structurels :

- l'apparition de la Chine parmi les premiers destinataires d'IDE, ce qui est justifié par la taille et le potentiel de ce pays ;
- la situation particulière de la Belgique et du Luxembourg, dont la fiscalité privilégiée entraîne la localisation des sièges sociaux et des supports financiers de certaines opérations internationales.

Globalement, on assiste depuis une décennie aux évolutions suivantes en matière de flux mondiaux d'IDE :

- polarisation croissante sur la zone OCDE, qui représente près des 2/3 des flux d'IDE mondiaux en 2000 ;
- émergence des pays d'Europe centrale et orientale ;
- très forte chute des IDE vers les PVD à l'exception de la Chine.

Une autre façon de quantifier l'attractivité d'un pays réside dans l'analyse du **stock de capital d'origine étrangère** et son influence sur quelques grandeurs macroéconomiques. Ainsi, les IDE entrants créent chaque année environ 25 à 30 000 emplois en France, soit un flux cumulé de 225 000 emplois entre 1993 et 2002, selon l'AFII.

À la lecture de ces chiffres et de ces évolutions, on peut en déduire :

- que la France est plutôt un pays ouvert aux capitaux étrangers ;
- qu'elle joue un rôle important dans la circulation des IDE en étant un pays structurellement exportateur de capitaux ;
- que sa position comme pays d'accueil reste solide, malgré les aléas conjoncturels.

2.2 Les indicateurs synthétiques

Depuis une dizaine d'années, se sont développées des études qui cherchent à donner aux investisseurs étrangers une image synthétique de la qualité d'un pays. Dans une certaine mesure, ces travaux fournissent des indicateurs synthétiques de l'attractivité d'une économie. Malgré les critiques dont ils commencent à faire l'objet, ces travaux se poursuivent et les indicateurs qu'ils produisent continuent à être très largement diffusés.

Ces travaux s'expriment soit par un indicateur global, soit par un classement des pays. Les plus célèbres sont le « *World Competitiveness Yearbook* » de l'IMD et le « *Global Competitiveness Index* » élaboré par le *World Economic Forum* de Davos. Ces indicateurs combinent en général des agrégats statistiques et des indices de perception, voire plusieurs indices de perception entre eux. Ces derniers sont élaborés à partir de sondages d'opinion, auprès de chefs d'en-

reprises étrangers ou de personnes censées représentées les prescripteurs en matière d'IDE.

Les indicateurs de la base de données *Doing business* de la SFI (Groupe Banque Mondiale) procèdent d'une telle approche, combinant données objectives et agrégation de plusieurs indices de perception.

Outre des critiques de nature idéologique, les critiques d'ordre méthodologique se sont multipliées au cours des années récentes contre les indicateurs synthétiques d'attractivité d'une économie¹³.

Ces travaux ont cependant le mérite de nous aider à affiner la définition de l'attractivité. La plupart s'accorde ainsi pour définir **l'attractivité comme l'application, à des caractéristiques intrinsèques de l'offre (comme indiqué plus haut : territoire, main-d'œuvre, etc.) d'une appréciation subjective des déterminants de la localisation pour les entreprises internationales et de leur hiérarchie pour leurs décideurs.**

Cette seconde approche renvoie donc à l'idée que les économies nationales ou les territoires sont des offreurs sur un marché des capitaux internationaux en situation de concurrence, face à des demandeurs d'offre territoriale qui sont rationnels. Le droit est alors l'un des éléments qui est mis sous tension dans cette concurrence.

L'enjeu des indicateurs de « qualité » du Droit ou de Gouvernance : le « cas *Doing business* »

La publication annuelle, à partir de l'automne 2003, des rapports DB par la Société financière internationale (SFI- Groupe Banque Mondiale), filiale de la Banque Mondiale, a lancé au niveau mondial une forte polémique sur la capacité du Droit en général, et du Droit français en particulier, à favoriser la croissance économique.

Le premier rapport *Doing business in 2004* avait en effet troublé les juristes français en formulant trois jugements plutôt tranchés. En premier lieu, la tradition juridique française (« *French civil Law* ») constituerait un obstacle aux développements des transactions économiques. En deuxième lieu, ce système juridique serait intrinsèquement corruptogène. Enfin, il conviendrait de standardiser

13 • Voir par exemple F. Hatem, *L'investissement international à l'horizon 2002*, Paris, DII-Cnuced-Arthur Andersen, 1998, « Les indicateurs comparatifs de compétitivité et d'attractivité : une rapide revue de littérature », *Les Notes Bleues de Bercy*, n° 273, juin 2004 et *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, Economica, 2004. S. Grégoir et F. Maurel, « Les indices de compétitivité des pays : interprétation et limites » in *Compétitivité*, Rapport du CAE précité, p. 97-132.

le droit après avoir déterminé la meilleure pratique juridique, selon le principe de la taille uniforme: « *One size can fit all* » (*Doing business* 2004, p. XVII).

Les rapports suivants, sans reprendre le débat sur la supériorité relative de grands systèmes juridiques se fondent néanmoins sur la même méthodologie et poursuivent le même objectif: évaluer comparativement l'effet du droit sur la vie des affaires grâce à un indice synthétique « de facilité à faire des affaires » (« *ease of Doing business index* »).

1. Les fondements théoriques: de COASE à DE SOTO ou la corrélation entre les institutions et le développement économique

L'on ne saurait évoquer l'impact du droit sur l'économie sans relever la contribution déterminante de Ronald COASE¹⁴. Il indique qu'en l'absence de coûts de transaction, les institutions, comme les systèmes juridiques, importent peu: des solutions optimales peuvent être atteintes par les agents quelles que soient les institutions. Cependant, dès que l'on est dans un système où les coûts de transaction sont positifs, les institutions ont un rôle **décisif** à jouer, en ce qu'elles modèlent la forme et les coûts des échanges. Dans ce contexte, l'impact des systèmes juridiques ne peut plus être ignoré. Adoptant cette démarche comme point de départ, même s'il s'intéressait davantage aux systèmes politiques qu'aux systèmes juridiques, Douglass NORTH (prix Nobel d'économie en 1993) développa, avec le courant de l'économie néo-institutionnelle, une analyse portant sur le rôle décisif des institutions au cours du temps pour expliquer le développement et la croissance.

Il est d'autant plus intéressant de rappeler cette genèse intellectuelle que les référents théoriques des rapports *Doing business*, l'équipe LLSV¹⁵, se réclament de l'héritage de R. COASE et, dans une moindre mesure, de celui de D. NORTH. Or, les rapports DB véhiculent une approche plutôt réductrice du droit, largement opposée à l'enseignement de l'École de l'Économie néo-institutionnelle.

C'est toutefois un praticien et un intellectuel formé à l'école de COASE, Hernando DE SOTO (*The other path*, 1989), qui contribua de la façon la plus significative au changement d'attitude des agences de développement¹⁶. Il importe cependant de souligner que si les rapports *Doing business* s'inspirent du modèle

14 • Prix Nobel 1991 d'Économie.

15 • Pour R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R.W. Vishny, qui ont fondé le mouvement dit « *Law and Finance* ».

16 • Voir B. du Marais, « Au-delà de Hernando De Soto, du Kiribati et de la Jamaïque: réflexions d'un juriste sur la relation entre le Droit et la croissance économique », in A. Mérieux (dir.), *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2006*, Paris, Association d'économie financière, p. 267-276.

analytique d'Hernando DE SOTO et bénéficient des conseils techniques de celui-ci, leurs auteurs se démarquent assez sensiblement de sa méthode. Comme nous le verrons plus bas, ces rapports privilégient la collecte de données standardisées sur le plus grand nombre de pays et l'exploitation de la base qui en résulte. Au contraire, DE SOTO procédait à des expérimentations en grandeur nature – créer une véritable entreprise au Pérou, par exemple – pour calculer le temps et le nombre de procédures nécessaires¹⁷.

Ces idées se mêlèrent à d'autres dans le cadre analytique qu'ont développé LA PORTA, LOPEZ DE SILANES, SHLEIFER et VISHNY (« LLSV ») à la fin des années 90¹⁸.

2. La continuation : De LLSV à *Doing business* ou des corrélations vers la causalité pour arriver aux prescriptions

Initialement, les articles originaux de LLSV avaient pour objectif de déterminer s'il existait une corrélation entre le cadre légal d'un pays donné et le développement de son système financier. Il était présupposé que : (a) il existe un test de performance pour définir un « bon » marché financier – sur le modèle américain –, (b) les marchés financiers à long terme commandent la croissance. Ce modèle fut progressivement étendu à une théorie plus générale sur le développement des marchés, pour devenir ce que l'on a appelé la « *New Comparative Economics* », ou Nouvelle Economie Comparative (DJANKOV et ALII, 2003), qui a inspiré l'approche normative de *Doing business*. S'est opéré ainsi le passage d'un cadre large, essentiellement inductif, à une série de propositions normatives relatives au cadre juridique, en insistant sur cette seconde dimension.

2.1 « *Legal origins* » : le développement est inscrit dans les traditions juridiques

La recherche de LLSV a progressivement conduit à développer des instruments destinés à hiérarchiser l'efficacité relative des différents systèmes, et notamment des différents systèmes juridiques ou « *legal origins* » (GLAESER & SHLEIFER, 2002). Selon cette théorie très en vogue parmi les économistes du développement, l'appartenance à un système juridique serait l'un des principaux instruments du développement. Ce changement s'est concrétisé le premier rapport de la Banque Mondiale, *Doing business* 2004. Les rapports successifs visent cependant à concevoir un instrument sophistiqué permettant de mesurer les perfor-

17 • Voir *Doing business* 2005, p. 14.

18 • Voir La Porta, Rafael, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer and R. Vishny, (1998), « *Law and Finance* », *Journal of Political Economy*, 106, 1998, p. 1113-1155.

mances complètes des différents systèmes, et notamment des systèmes juridiques, sans toutefois les hiérarchiser officiellement. Ces rapports ambitionnent clairement d'obtenir, à partir des recherches de LLSV, des propositions normatives afin de définir un test de performance pour comparer et évaluer les systèmes légaux dans le monde entier, et établir des recommandations sur les politiques à conduire¹⁹.

2.2 Une pression en vue de la standardisation du droit

Le programme défini par la Banque Mondiale au travers de ses rapports est peu ambigu : il s'agit de formuler des recommandations pour permettre un développement identique à celui des pays développés, et ce en vue de soutenir la croissance. Afin d'atteindre ce but, il conviendrait de mettre en place une standardisation du droit après avoir déterminé la meilleure pratique juridique : « *One size can fit all* »²⁰. Le nouveau système juridique doit présenter deux caractéristiques principales. Premièrement, il vise à faciliter les affaires : il est orienté vers la création d'entreprises, notamment afin d'attirer les investisseurs étrangers. En second lieu, il doit être extrêmement simple et imposer des coûts de transaction les plus bas possibles. Ces deux caractéristiques permettent de formuler une proposition essentielle : les systèmes juridiques doivent être évalués et classés selon leur capacité à minimiser les délais de création d'entreprise, maximiser la mise en œuvre des droits de propriété, et minimiser les coûts nécessaires à l'obtention de ces résultats. La recherche du meilleur système juridique en fonction de ces critères est alors empirique, ce qui explique l'importance de la méthodologie adoptée pour mesurer et comparer les performances des différents systèmes juridiques.

2.3 Des avantages trompeurs

La banque de données établies pour *Doing business* réunit des caractéristiques très attrayantes. Tout d'abord, elle comprend un nombre très significatif de données, très souvent collectées directement pour les besoins de l'enquête, concernant 10 procédures différentes dans 175 pays (*Doing business 2007*), et avec l'aide de plusieurs indicateurs partiels, soit plusieurs milliers d'observations. Ensuite, les indicateurs retenus sont simples à utiliser et à diffuser. Enfin, les données et

19 • Le programme de recherche et les objectifs politiques traduits à travers les rapports *Doing business* sont présentés dans le rapport *Doing Business 2004*. Bien que la terminologie des rapports postérieurs (2005 à 2008) soit plus nuancée et affinée, ces rapports procèdent tous du cadre initial et doivent donc être lus à la lumière de l'exposé méthodologique fait dans le rapport de 2004.

20 • *Doing business 2004*, p. XVII.

les indices pertinents sont résumés dans un tableau général qui peut être aisément rendu public dans les journaux à grand tirage.

Une réception sans aucune réserve est cependant porteuse de risques, compte tenu des nombreuses limites méthodologiques que l'on a pu mettre en évidence dans le rapport *Doing business* 2006²¹.

3 Les limites de la méthode *Doing business*: l'indicateur sur l'enregistrement de la propriété

Par exemple, les limites de l'indicateur « Enregistrement de la propriété » (« *registering property* ») sont nombreuses, ne serait-ce que dans le choix du vocabulaire et la rédaction des questionnaires.

La définition de l'unité de mesure est ambiguë dans la mesure où le calcul du nombre de « procédures » – prête à équivoque. La procédure y est définie comme le moment à partir duquel « *the contract has been signed and money paid* ». **L'attention des destinataires n'a été attirée sur cette définition qu'à partir du questionnaire utilisé pour le rapport 2006.**

Ainsi, la plupart des répondants qui connaissent le « notariat latin » – qui s'oppose au notariat américain, simple certification conforme de la signature – ont pu se méprendre sur l'objet de l'ensemble du questionnaire: celui-ci ne concerne que la procédure d'*enregistrement* du titre de propriété. Il semble que les répondants français, voire des pays de notariat latin, aient pris en compte la procédure dans son intégralité, *à partir de la promesse de vente*: les délais en sont considérablement rallongés.

C'est du moins ainsi que l'on peut expliquer les résultats largement aberrants de cet indicateur pour les pays développés de droit civil.

Si les résultats de *Doing business* sont relativement conformes à l'observation des praticiens en ce qui concerne le nombre de procédures, en revanche, le *délai* nécessaire laisse apparaître des divergences considérables. Ainsi, l'Union internationale du notariat latin (UINL) a réalisé un test de cohérence avec les chiffres de *Doing business* sur un échantillon de 23 de ses pays membres²².

Le résultat en termes de nombre de procédures n'est cohérent à +/- 20 % que pour 3 pays sur 23 et l'écart dépasse +/- 50 % pour 5 pays sur 23 inter-

21 • B. du Marais (dir.), D. Blanchet, A. Dorbec, *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing business*, Paris, La Documentation Française, (Coll. Perspectives sur la justice), 2006, 153 p.

22 • Voir Conseil supérieur du notariat, *Analyse des réponses des notariats membres de l'UINL au questionnaire Doing business*, 2005, Miméo.

rogés. L'écart est plus du double pour 11 pays sur 23 interrogés entre le délai calculé par *Doing business* et celui calculé par l'UINL. Les écarts aberrants sont très nombreux : par exemple, en Belgique, 132 jours pour *Doing business* contre 15 pour les notaires belges ; en Roumanie, 170 (*Doing business*) contre 15 (notariat roumain) et en sens inverse : au Mexique, 74 (*Doing business*) contre 200 (notaires mexicains), Cameroun, 93 jours (*Doing business*) contre 150 (notaires camerounais).

Troublés par les ambiguïtés du questionnaire, les répondants y ont sans doute décrit la réalité de leur pratique et donc l'ensemble des opérations auxquelles procède un notaire, de la promesse de vente à la délivrance du titre, et non la seule phase, administrative et ultime, de l'enregistrement qui devrait être pourtant le seul objet de la mesure, d'après la méthodologie présentée dans les rapports eux-mêmes.

Pour la France également, l'erreur est substantielle. Elle est classée dans le rapport *Doing business* 2006, 144^e pour cet indicateur, avec notamment un nombre de 9 procédures, pour **un délai de 183 jours** et un coût de 6,5 % de la valeur du bien et pour 2007, 160^e avec les mêmes chiffres (sauf 6,8 % de la valeur du bien). Cependant, les statistiques exhaustives de l'administration fiscale française en charge de l'enregistrement (direction générale des impôts) affichent pour la seule phase qui est concernée par le questionnaire *Doing business*, **un délai de 10 jours**. En toute rigueur, si l'on remplit le questionnaire à la lettre et compte tenu des chiffres publiés par *Doing business* 2007 pour d'autres pays, les performances de la France devraient être les suivantes : nombre de procédures : 1 ; délai de procédure : 1 journée ; coût de la valeur du bien : 6,32 %.

Si l'on considère l'ampleur en valeur absolue de ces divergences, même sur un échantillon limité des membres de l'UINL (23/71 pays membres) et compte tenu du faible nombre de sous-indicateurs (3) qui composent cet indicateur et de sa méthode de construction (moyenne des classements issus des 3 sous-indicateurs), **cette simple erreur de lecture peut très sérieusement entacher l'ensemble de cet indicateur** et par là l'indice synthétique ²³.

Enfin, mais cela est moins déterminant, certains biais de traduction ont pu induire en erreur les répondants. Ainsi le terme anglais d'« *Execution* » ne signifie-t-il pas exécution, mais signature ; un « *Notary* » ne désigne pas un notaire au

23 • Ceci serait encore plus le cas si le taux d'erreur identifié dans cet échantillon se retrouvait sur l'ensemble des pays de l'UINL, ce qui nécessiterait néanmoins de mener un test de cohérence plus large.

sens français du terme. Certaines notions sont totalement intraduisibles car elles ne correspondent à aucun équivalent en droit français voire pour l'ensemble des pays de droit civil (par exemple les « *Private Title Insurance Companies* »).

Les enjeux des indicateurs synthétiques de « qualité » du Droit

1. Sortir de l'alternative entre diversité et efficacité

En réalité, les enjeux d'un débat avec les auteurs des rapports *Doing business* transcendent les différences entre traditions juridiques et sont considérables.

La première dimension de ce débat est d'ordre scientifique. Certains économistes ont montré combien les institutions et le droit avaient d'influence sur le développement économique. Dès lors, créer un indicateur synthétique de l'effet économique du droit et des institutions devrait faire accompli à la connaissance des comportements sociaux un progrès prodigieux. Parallèlement aux autres tentatives en ce sens dues à des institutions privées, le mérite des rapports *Doing business* est d'avoir placé ce débat au niveau des institutions internationales. Encore faut-il que cette mesure soit rigoureuse et irréprochable, en particulier pour fonder des recommandations de politiques publiques.

Or, la première étude publiée par « Attractivité économique du droit », qui s'appuie sur un groupe d'experts issus de la tradition civiliste mais également de la *common law* montre, au minimum, que les questionnaires utilisés par *Doing business* nécessiteraient d'être considérablement modifiés pour pouvoir participer utilement à la construction d'un tel indice. Surtout, celui-ci souffre de **deux limites qui sont insurmontables puisqu'elles constituent le cœur de la méthode *Doing business*.**

D'une part, le codage du droit en variable binaire n'est pas adapté à la fonction même du droit qui est de *qualifier*, juridiquement, une infinité de situations pour les faire entrer dans une catégorie juridique prédéfinie. En outre, le résultat de cette opération reste structurellement dépendant de l'appréciation que le juge portera en aval sur le cas pratique qui lui est soumis. D'autre part, l'utilisation par *Doing business* de « cas types hypothétiques » pour asseoir la comparaison des droits nationaux constitue en définitive une source importante de biais dans ces mesures.

En définitive, les rapports *Doing business* constituent **une analyse de l'écart entre le droit national et un modèle juridique préétabli** – parfois géographiquement identifiable, le plus souvent totalement abstrait – mais dont l'efficacité économique n'est jamais effectivement démontrée.

Le deuxième enjeu du débat est opérationnel et économique, les classements publiés à partir du *Doing business* 2006 ayant indiqué clairement la direction à suivre pour les praticiens et les investisseurs. Les responsables de la SFI n'ont ainsi pas seulement opéré un changement de degré dans les tentatives de « mesure du droit », ils ont aussi changé la nature de ce débat. Celui-ci revêt une ampleur inégalée lorsque, fort du label de la Banque Mondiale, ce classement est repris par les agences de notation financière (voir dans le troisième ouvrage de l'AED : B. DU MARAIS (dir) « agences de notation, immobilier et contrats publics », « *Le droit et la note* », Paris, *La Documentation française*, septembre 2007).

Plus précisément, la reprise des indicateurs synthétiques d'efficacité du droit et des institutions par les agences de notation pose problème : au-delà du relativisme affiché en matière de prise en compte du droit des défaillances d'entreprise, elles s'inscrivent dans un paradigme pro-créancier qui n'est pas argumenté, ce qui laisse craindre l'existence d'une sous-notation des droits volontairement pro-débiteurs comme le droit français des défaillances d'entreprise. Des pays aux performances similaires connaissent ainsi des traitements divergents qui ne se justifient pas économiquement, comme pour la France et les États-Unis. Or, l'influence importante et grandissante qu'ont les agences de notation sur le fonctionnement des marchés financiers laisse penser que ces traitements divergents pénalisent un grand nombre de pays en détériorant notamment les conditions de financement auxquelles font face les entreprises des pays concernés. Celles-ci reprennent les classements de la base de données de *Doing business*, voire les « *Maps of World Financial Law* » de Philip WOOD.

Enfin, le troisième enjeu de cette discussion avec les commanditaires de *Doing business*, relève du politique. Les auteurs des rapports déduisent en effet de leurs mesures des recommandations de politique publique. Celles-ci servent également pour orienter la politique de prêt de la Banque Mondiale²⁴.

Si l'approche théorique et les mesures sont erronées, il y a peu de chances que leurs prescriptions soient justifiées, sauf par le hasard. Bien au contraire, ces recommandations risquent fort de mener à des échecs.

Dans les pays développés, les réformes seront en définitive plus difficiles car mal dirigées. A l'égard des pays en voie de développement, l'argent dépensé en assistance technique à la réforme juridique sera gaspillé. Dans tous les cas, le gâchis humain pourra être considérable.

24 • Bakvis P., *How the World Bank & IMF use the Doing Business Report to promote labour market deregulation in developing countries*, Mimeo, 2006, ICFTU/Global Unions, www.icftu.org

2. L'alternative proposée par le Programme international de Recherches « Attractivité Economique du Droit »

Face à ces enjeux, les experts et les scientifiques rassemblés dans le programme « Attractivité économique du Droit » (AED – <http://www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm>) ont décidé d'adopter une démarche constructive et de participer au débat entre diversité et efficacité économique, plutôt que de l'abandonner ou de sombrer dans la vindicte.

Structure légère – deux emplois au total – originale car pluridisciplinaire et sans personnalité morale, AED est un partenariat public privé dont la date de péremption est fixée au 1^{er} septembre 2007²⁵. Il explore à titre général deux principales hypothèses de travail :

- Peut-on mesurer les effets du droit et des institutions au moyen d'un indicateur synthétique standardisé, ou est-il plus rigoureux, et finalement plus riche d'enseignements, de partir des réalités juridiques locales, de les comparer puis de les évaluer ?
- Peut-on, en pratique, faire des affaires de façon rentable et efficace avec des modes de régulation juridique diversifiés ?

Paru le jour même du rapport *Doing business* 2007, le premier ouvrage du programme « Attractivité économique du Droit »²⁶ vient apporter une contribution sur le premier de ces deux thèmes en faisant l'analyse critique de la méthode de mesure conduisant à l'indice synthétique de « facilité à faire des affaires » publié dans les rapports *Doing business*.

Le programme AED a en outre réuni les principales équipes d'économistes produisant des indicateurs de gouvernance ou de « qualité des institutions » lors d'un séminaire sur le thème « La mesure du droit et des institutions » qui s'est déroulé les 15 et 16 décembre 2006. Il était stimulant de voir rassembler pour la première fois au monde, et au Palais Royal sous le buste de Cambacérès, le *World Economic Forum*, plusieurs équipes de la Banque Mondiale et de l'OCDE, la CEPEJ du Conseil de l'Europe, le Trésor français et la *Millenium Challenge Corporation* (Agence de développement du gouvernement américain). Elles ont

25 • Le programme est financé par le Ministère de la Justice, le Ministère de l'Economie, de Finances et de l'Industrie, le Ministère des Affaires Etrangères, le Conseil national des barreaux, le Conseil supérieur du notariat, la Conférence des bâtonniers, le Barreau de Paris, la Chambre nationale des huissiers de justice, le Conseil national des administrations et mandataires judiciaires, la Caisse des dépôts et Consignations, la Mission de recherche Droit et Justice, la Banque de France et l'Organisation internationale de la francophonie.

26 • B. du MARAIS (dir.), D. Blanchet, A. Dorbec, *op. cit.*

été soumises à la critique d'autres économistes et surtout des juristes, venus de toute l'Europe²⁷.

On aura noté l'inquiétude partagée par beaucoup de participants sur la fiabilité de ce type d'indicateurs. L'autre enseignement majeur de ces deux journées aura été le consensus au sein des utilisateurs de ces données sur le besoin de les remettre dans leur contexte juridique et institutionnel. En quelque sorte, le juriste, et le droit comparé notamment, sont ainsi remis au premier plan de cette problématique.

Enfin, parce que la problématique dont s'est saisi le programme AED dépasse largement le cadre hexagonal, tous ses travaux sont par essence comparatifs. Plusieurs portent directement sur les situations juridiques et institutionnelles étrangères, y compris de *common law* et notamment en Asie²⁸.

Conclusion : patriotisme juridique ou diversité bien comprise ?

L'explication des réformes récentes et l'intérêt rencontré par ces travaux à l'étranger, y compris aux États-Unis²⁹, démontre que cette démarche à la fois rigoureuse et sans parti pris, était la bonne, dans un dialogue à la fois sans concession mais de plus en plus ouvert. Les corrections (inchangé jusqu'à 2007) que le programme a pu suggérer aux auteurs de *Doing business*, ont contribué à faire gagner à notre pays 4 places dans le classement de *Doing business* 2007. Une progression suffisamment rare dans un classement international pour devoir être signalé... Pour lutter à armes égales contre le dénigrement dont notre Droit est l'objet, mais aussi disposer en France d'une véritable capacité d'expertise en matière d'évaluation de notre système juridique, il reste qu'il faudrait compléter les décisions prises par Raymond BARRE à l'issue du rapport rendu en 1979 par MM. LENOIR et PROT³⁰.

En effet, à l'époque, la compétition entre pays développés et les causes de la crise économique se situaient sur le terrain de la macroéconomie. Le Premier

27 • Voir les débats sur le site : <http://economix.u-paris10.fr/fr/activites/ws/> ; rubrique « archives ».

28 • Voir l'ouvrage AED : *Réformes juridiques et développement économique en Asie : enseignements des cas de la Chine, de l'Indonésie et de la Thaïlande*, La documentation française, à paraître, juillet 2007.

29 • Voir les Actes du cycle de conférence « Attractivité économique du Droit : regards croisés franco-américains », *Les Petites Affiches*, à paraître automne 2007.

30 • Joël Bourdin, « L'information économique aux États-Unis », *Rapport d'information*, n° 326 (2000-2001), Délégation du Sénat pour la planification.

ministre d'alors avait entrepris de créer, par le soutien public, plusieurs centres indépendants de prévision macroéconomique (dont le CEPII, l'OFCE, etc.). Aujourd'hui, la marge de manœuvre des Etats en matière macroéconomique est singulièrement réduite. Comme nous le signalent de façon brutale les rapports *Doing business*, la compétition – et les freins à la croissance – se sont déplacés sur le terrain de la microéconomie, de l'organisation de la société, et notamment des interfaces ente les institutions et le système productif, et donc sur le terrain des effets économiques du Droit. Il faut sûrement, dans ces domaines, imiter le mouvement effectué à la fin des années 1970 et susciter le développement d'une capacité d'analyse rigoureuse et indépendante, qui puisse alimenter les décideurs politiques français et surtout européens.

Le patriotisme est généralement associé à un sentiment d'honneur. Mais être patriote signifie également avoir envie que son pays prospère, qu'il soit une terre d'accueil d'investissements et exporte des biens et des services, notamment juridiques. Lorsqu'on s'attaque au droit, on s'attaque donc à tous ces éléments, et notamment au mode de gouvernance de la société. Il peut donc y avoir un patriotisme juridique.

Mais pour être patriote, il faut d'abord connaître son identité, afin de pouvoir la comparer à celle des autres. Cette comparaison n'est pertinente que si l'on connaît bien les différents systèmes et que l'on est capable de quantifier leurs forces mais aussi leurs faiblesses. Ceci permet alors de n'être dupe ni des lacunes du sien, ni des prétendus avantages des autres. Au contraire, ceux-ci doivent être démontrés à l'aide d'une comparaison rigoureuse donc chiffrée de différentes solutions juridiques existantes.

Le gouvernement issu des élections de ce printemps 2007 a bien compris tout l'intérêt de développer l'évaluation des politiques publiques en général et l'évaluation du droit notamment, à travers la nomination d'un Secrétariat d'Etat à l'évaluation des politiques publiques auprès du Premier Ministre. Il reste néanmoins à préserver l'intérêt l'outil et les équipes qui ont fait leurs preuves, malgré le scepticisme qui a entouré leur installation et les oppositions dont ils ont fait l'objet, y compris de certains défenseurs les plus ardents du droit français ou de la palnce de Paris.

A titre d'exemple, la « fondation pour le droit continental », annoncée par le Président CHIRAC, dès le bicentenaire du code civil en mars 2004, et créée par décret du 11 mai 2007 pourrait participer au soutien de la structure qui succède, à partir de l'universtié Paris X Nanterre, à la direction du programme « Attractavité Économique du droit », et qui devrait poursuivre son action.



APPROCHES PROCÉDURALES ET INSTITUTIONNELLES
DE LA JUSTICE :
LA RÉPONSE CONTRASTÉE AMÉRICAINE
ET FRANÇAISE À L'AUGMENTATION DES PROCÈS CIVILS
« ORIENTÉS PUBLIC »

Amalia KESSLER
Professeur à l'université de Stanford

I – Les systèmes juridiques de l'Ouest se débattent avec une tension profonde dans les deux modèles différents

COMME les gens sont de plus en plus conscients de leurs droits, les systèmes juridiques de l'Ouest se débattent avec une tension profonde dans les deux modèles différents de procès civils privés.

Implicitement dans ce nouveau modèle de procès civil orienté vers le public, se trouve l'idée que le jugement à propos de demandes privées peut et doit être déployé :

- pour permettre d'atteindre l'objectif plus large en terme de politique publique,
- et que le système juridique doit être accessible au plus grand nombre d'individus qui cherchent à l'utiliser et ainsi font la promotion à la fois de leur intérêt et de celui de la société.

Ce nouveau modèle est intéressant mais il pose de sérieux défis procéduraux et institutionnels quant à son application. Les procédures doivent s'assurer que les intérêts de demandes privées peuvent promouvoir et atteindre des objectifs plus larges d'une politique publique. De même les structures institutionnelles doivent être établies pour permettre aux tribunaux de traiter un maximum de cas et de le faire selon des impératifs démocratiques.

Les *common law* et *civil law* ont répondu différemment à ces défis soulevés par ce nouveau modèle de procès civils « orienté vers le grand public ». Je m'intéresserai à deux exemples paradigmatiques de la tradition de la *common law* et de la *civil law*, respectivement aux Etats-Unis et en France (deux exemples qui intéressent tout particulièrement les participants de ce congrès) et j'explore leurs différences.

Bien sûr je ne peux pas traiter ce vaste sujet en un article très bref. Cependant avec quelques exemples choisis, j'espère transmettre les grandes lignes de mon argumentation.

En particulier, je pense que le système juridique américain, contrairement au français, a réussi à développer des techniques procédurales qui facilitent l'usage des procès civils pour promouvoir les objectifs plus larges des politiques publiques. Inversement, à cause de sa bureaucratie, de sa structure institutionnelle, le système juridique français est bien mieux loti que l'américain pour assurer un accès à la justice ouverte et équitable.

Approchons la Procédure

Les conceptions américaine et française de la procédure sont fondamentalement différentes. Le système juridique américain a tendance à s'appuyer sur la procédure, le système juridique français lui a tendance à mettre l'accent sur les droits importants, renforcé par la bureaucratie et les institutions de la réglementation. Par exemple dans le cas de la protection des droits des employés : le système français accentue des droits importants, par ex : des conditions de travail des employés en tant que *groupe* (avec comme appui les syndicats), le système américain a tendance à se concentrer en revanche sur les droits procéduraux d'un employé *individuel*.

Ces différentes approches révèlent une différence profonde dans l'attitude des Américains et des Français face à la procédure, ce qui explique, à son tour, l'habileté de chaque système juridique à déployer avec succès une procédure au service du modèle de procès civils « orienté vers le grand public ».

Le point de vue américain

C'est que la procédure est en partie (et en partie seulement) un **ensemble de techniques nécessaires au fonctionnement du système juridique**, nécessaire à l'application et l'imposition des droits des lois importantes. De plus, selon les Américains, la procédure est un **moyen de responsabilisation**, une opportunité pour le plaideur avec l'aide d'avocats dans un contexte de confrontation de **faire l'expérience de la satisfaction psychique de se faire entendre**.

En outre, alors qu'officiellement, on s'attend à ce que la « loi substantive » plus que la loi procédurale détermine l'issue d'un procès, il est largement admis parmi les avocats américains, que la procédure joue, en fait, un rôle déterminant. Il faut intégrer la croyance américaine : *les décisions judiciaires sont elles-mêmes des formes de lois*, et cette reconnaissance que parfois la procédure influence l'issue du procès est l'aveu que cette procédure peut influencer le développement

de la « loi substantive ». Pour toutes ces raisons, la procédure occupe une place de choix dans le psychisme juridique américain.

L'importance largement reconnue de la procédure civile est reflétée par l'obligation qui est donnée aux étudiants en droit de l'étudier pendant leur premier semestre d'école de droit. En fait, aux Etats-Unis, même l'enseignement des cours de « loi substantive » est imprégné de ce qu'on pourrait appeler une *vénération de la procédure*. Ceci ne veut pas dire que les cours qui concernent les contrats ou la propriété se concentrent sur les règles techniques et procédurales concernant la juridiction, le plaidoyer et les choses de ce genre. Ce que je veux dire, au contraire, c'est que la manière traditionnelle américaine d'enseigner la loi (la méthode des cas = de jurisprudence je crois) est fondée sur l'hypothèse que la doctrine de la loi « substantive » est fondamentalement indéterminée et c'est donc le processus même du procès (ou de la procédure) qui finalement détermine l'issue d'un procès donné. Conformément à la loi par l'étude de cas, les étudiants doivent apprendre des cas particuliers de procès, qui dressent *certain aspects particuliers de la doctrine* pertinente, plutôt que d'étudier le traité qui explique dans les détails la doctrine dans sa totalité.

Ainsi la décision de se priver de la compréhension de la totalité de la doctrine est basée sur la croyance que *ce qui définit les talents d'un avocat* (et ainsi ce qui définit le bon entraînement juridique pour les étudiants) est *sa capacité à tenir un raisonnement juridique* et à argumenter. On pense que la doctrine juridique substantive, est simplement le produit de tels raisonnements et argumentations et en tant que tel, est d'importance secondaire pour être dominée pleinement par les étudiants quand il entre dans leur première fonction professionnelle. Dans la même lignée, les professeurs de droit américains ne donnent pas de cours aux étudiants sur les procès qu'ils ont lus ou vus. À la place, ils demandent aux étudiants de s'imaginer être l'avocat du plaignant ou de l'accusé et de défendre leur cas. En faisant ainsi, les professeurs cherchent à *mettre en valeur l'indétermination de la loi*, le fait que de bons arguments peuvent être évoqués des deux côtés et que, finalement, *c'est le processus juridique lui-même qui détermine l'issue* du procès. Dans ce sens, fondamentalement, la pensée juridique américaine est la pensée procédurale.

La contribution majeure à cette vénération caractéristique pour la procédure, est la méfiance très marquée que les Américains ont vis-à-vis du pouvoir de l'Etat. Comme il est largement admis, les USA ont toujours été bien plus réticents que les Européens d'adopter le modèle du XX^e siècle d'un Etat activiste en tant qu'entité responsable, non seulement pour l'établissement des règles de base pour faciliter les initiatives privées, mais aussi, plus ambitieusement, pour promouvoir une vision substantive de la prospérité humaine.

Le résultat est que le système juridique américain a tendance à privilégier la procédure comme alternative à l'établissement et l'expansion d'institutions de régulation. En fait, les mécanismes procéduraux qui traitent des exercices du pouvoir de l'Etat ont quelque chose de distinctement légitimes dans la culture juridique et politique américaine, précisément parce qu'ils fonctionnent à travers des initiatives privées. Pour cette raison, les USA ont prouvé qu'ils étaient particulièrement adeptes des développements de modes de procédures qui peuvent être utilisées à des fins politiques.

L'exemple prototype typique de ce phénomène est bien sûr la création de procédures américaines par excellence, la poursuite judiciaire de classe (=action de groupe). Le génie de cette poursuite est qu'alors qu'elle est structurée comme une poursuite judiciaire classique, comme un procès privé, c'est aussi une forme de régulation publique. Structurellement, la poursuite judiciaire de classe est un outil d'unification qui permet à un grand nombre de plaignants à revendication similaire (aucune d'entre elles étant suffisante pour intenter quoique ce soit individuellement) de mettre leurs demandes en commun. Dans ce cas, la poursuite judiciaire de classe est simplement une méthode efficace qui permet à chaque individu de faire valoir ses intérêts. Mais en revendiquant leurs intérêts privés, les plaignants d'une poursuite judiciaire de classe cherchent à forcer un changement dans le comportement des accusés, qui autrement pourraient faire du mal, en toute impunité, à un nombre plus large d'autres personnes.

Malheureusement, dans la pratique certains aspects du paysage institutionnel américain ont servi à miner, ou au moins à contrarier, cette conception de la poursuite judiciaire de classe en tant qu'instrument de la politique publique. La clé parmi ces faits est que les avocats de la poursuite judiciaire de classe ne sont en général payés que s'ils gagnent. Alors qu'il est jugé nécessaire de s'assurer qu'il y a assez de motivation pour les avocats à accepter ces procès très laborieux, cette dépendance du paiement au succès du procès a tendance à encourager les arrangements injustes et à démunir les poursuites judiciaires de classe de leur pouvoir de faire les règles. En particulier, le fait que les avocats des poursuites judiciaires de classes soient payés au pourcentage s'ils gagnent, les ont poussés à accepter n'importe quel arrangement, même si cela n'était pas dans le meilleur intérêt de leurs clients. De tels arrangements, à leur tour, permettent aux accusés d'éviter la connaissance officielle par le public de leur propre responsabilité, et ainsi, minent sérieusement l'impact de réglementation de la poursuite judiciaire de classe. De même, le système juridique américain a définitivement une inclination à traduire les demandes privées en des règles publiques via les procédures.

Le point de vue français

La même chose ne peut pas être dite du système juridique français où l'attitude envers la procédure diffère beaucoup de celle qui prévaut aux USA. Dans l'idée traditionnelle française, la procédure est un corps de règles techniques, qui doivent servir de *véhicule neutre* pour que la cour applique des lois statutaires promulguées. Dans les décennies récentes, sous le poids de nouvelles demandes publiques de procès en tant que méthode de revendications de certains droits, cette conception de la procédure en tant qu'« un ensemble de règles secondaires, purement techniques, » dans un sens a donné plus de reconnaissance à l'importance des procédures en tant qu'instrument de réalisation d'un droit fondamental, « *le droit au juge* ». Quoi qu'il en soit, même conçue à nouveau de la sorte, la procédure n'occupe pas la place centrale dans le psychisme du système juridique français comme elle l'occupe aux USA.

Dans le système juridique français, les décisions judiciaires ne sont pas considérées comme exerçant la force de la loi. Ainsi dans la mesure où la procédure joue un rôle déterminant dans l'issue du procès, c'est un fait à déplorer (une indication claire que la procédure a dépassé ses limites cause un affrontement avec l'autorité législative). De plus, comme les Français sont attachés à une vision robuste et activiste de l'État, ils sont heureux d'assigner à la bureaucratie des tâches que les Américains préféreraient voir confier aux Cours de justice et donc au bon vouloir d'initiatives privées. Dans la lignée de cette mentalité, les étudiants en droit français apprennent des procédures en dernière année d'école seulement, après avoir acquis les fondamentaux de la loi substantive. En fait, la méthode française d'enseigner le droit est plus généralement caractérisée comme ayant un objectif substantif plutôt que procédural. Ainsi des cours magistraux dominent au détriment de la discussion, la compréhension superficielle est privilégiée au lieu de la compréhension profonde sélective. Le poste d'observation, que l'on demande aux étudiants d'avoir, est plus souvent celui du législateur que celui du plaideur. Dans les facultés de droit françaises, en somme, la loi est présentée non pas comme un produit de quota d'un processus légal, mais comme un ensemble de vérités substantives et transcendantes.

Parce que la culture légale et politique française continue d'adhérer à une conception relativement étroite et technique de la procédure, le système juridique français a été réticent à accepter pleinement la procédure comme méthode de large promotion des objectifs de politiques publiques. Cette réticence est reflétée dans la loi sur les actions de groupe qui est étudiée à l'Assemblée nationale française. Initialement proposée par le Président CHIRAC en janvier 2005, l'idée d'établir une forme d'action de groupe provient de l'inquiétude qu'il y a certains maux

publics (en particulier vis-à-vis des consommateurs) que la bureaucratie française, que les institutions réglementaires ne peuvent suffisamment pallier ou redresser. Mais alors que l'action de groupe française est inspirée de la « *class action* » américaine, les deux modes de procès diffèrent énormément dans un sens qui met en évidence les attitudes bien distinctes des systèmes juridiques français et américain face à la procédure.

L'action de groupe américaine est un vrai outil de procédure, par le fait qu'elle est entièrement neutre face au contenu substantif du procès et donc utilisée régulièrement dans de nombreux cas de disputes allant de la discrimination à l'embauche jusqu'au procès anti-monopole.

Au contraire, l'action de groupe proposée par les Français, ne peut être utilisée que par des consommateurs et ainsi a pour objectif d'établir des règles substantives identifiées par la loi plutôt que par les plaideurs. De plus, alors que l'action de groupe américaine peut être défendue par n'importe quel avocat qui a identifié une classe de clients intéressés, l'action de groupe française ne peut être défendue que par des associations de consommateurs reconnues par le gouvernement.

Cette limitation de ceux qui peuvent déposer une action de classe en justice découle pour partie de l'absence de système de versement d'honoraires seulement en cas de succès au procès. Ce système de paiement en cas de succès est interdit par la forte éthique de l'indépendance d'avocats. Les avocats ordinaires seraient fortement obligés de financer de telles poursuites. Mais comme le marché lui-même peut avoir aisément déterminé si oui ou non les avocats ont la volonté de financer les procès d'actions de groupes, il est peu probable que de telles questions de financement soient les seules (ou même les premières) motivations pour en limiter l'accès rigoureusement. Ces limites reflètent en fait plutôt une préférence de toujours des Français pour tout ce qui est centralisé, pour les règles venant du haut vers le bas et donc une éternelle hésitation à développer pleinement un pouvoir de régulation sur des acteurs privés par voie procédurale. De même, si les Français tentent d'adopter la procédure afin de faciliter le modèle « orienté vers le public » de procès civils, ils font cela d'une manière qui continue à rendre prioritaire les approches par les institutions centralisées de défense des droits.

Les structures institutionnelles

Les structures institutionnelles respectives des systèmes juridiques américains et français sont aussi différentes que leurs approches vis-à-vis de la procédure. Comme dit précédemment, l'engagement américain envers une conception forte du rôle de la procédure découle en partie de la détermination à vouloir déployer

une procédure contrôlée par un groupe comme une alternative aux structures institutionnelles contrôlées par l'Etat. De même, le point de vue étriqué et technique du rôle de la procédure, que la culture juridique française adopte, est intégralement lié à une foi concomitante dans les institutions réglementaires contrôlées par l'Etat. Cette foi tend à limiter leur intérêt à vouloir développer *la procédure comme une alternative à de telles institutions*.

Ces deux attitudes différentes des deux systèmes juridiques vis-à-vis des institutions impliquent leur habileté de chacun à disposer d'un large nombre de cas (de procès), et de le faire d'une manière égalitaire.

II – Les plaideurs civils français ont une bien meilleure chance de recevoir une justice relativement équitable

Comparés à leurs homologues américains, les plaideurs civils français ont une bien meilleure chance de recevoir une justice relativement équitable. Bien qu'il n'y ait pas de panacée, un conseil financé par l'Etat est disponible pour les indigents en France et aide à aplanir significativement le terrain de jeu. De plus, mis à part le fait que la France possède un gouvernement unitaire plutôt que fédéral comme aux USA, **la structure institutionnelle du système juridique français** (et donc le processus de jugement français lui-même) **est bien plus standardisée** que n'importe laquelle de ses homologues américaines (d'Etat ou fédérales). Alors que **les poursuites civiles privées américaines sont décidées soit par un juge soit par un jury**, seul les juges sont autorisés à rendre un jugement dans les cours de juridiction civile générale.

Les juges américains obtiennent leur position par nomination ou élection, après avoir travaillé dans une variété d'autres occupations juridiques dans le secteur privé et/ou public, les juges français tendent à consacrer toute leur carrière au judiciaire, qu'ils intègrent après avoir reçu le même entraînement judiciaire de base à travers lequel ils avancent dans la bureaucratie.

À cause de cette différence clé institutionnelle entre les structures des systèmes juridiques français et américain, **le système français est bien plus à même d'atteindre des résultats similaires dans des cas similaires et ainsi de donner un accès ouvert et équitable aux cours de justice. La mesure par laquelle le système juridique américain, contrairement au français, manque (et échoue activement) de standardisation des institutions est illustrée par son engagement continué dans les procès de confrontation.** Même si l'Angleterre a abandonné les procès de confrontation dans les poursuites civiles, les USA continuent à utiliser cette forme de *common law* par excellence, comme une sorte de standard doré du

jugement. Par le procès de confrontation, un citoyen privé qui est membre du jury supporte la responsabilité de trouver des faits et de prendre l'ultime décision, assisté par les avocats du plaignant, qui sont dotés de par la procédure d'avant procès de remarquables pouvoirs pour rassembler des preuves. De cette manière, le jury de confrontation minimise énormément le besoin de juges professionnels contrôlés par l'Etat pour servir ces preuves et rendre ces jugements.

Quoi qu'il en soit, **les Américains paient chèrement leur dédain des institutions** contrôlées par l'Etat et la standardisation que cela permet. Le revers de la médaille du procès de confrontation, c'est **qu'il donne le pouvoir de décision à des hommes choisis au hasard** et ainsi **encourage l'irrégularité** dans l'application de la loi. C'est précisément parce que **la délibération du jury met en échec les prédictions rationnelles** qu'elle est communément caractérisée comme « **boîte noire** ».

L'opacité et l'irrégularité de la décision du jury sont particulièrement troublantes, surtout parce qu'il y a de bonnes raisons de suspecter que **les disparités sont liées à la richesse des plaignants** (et donc dans leur aptitude à payer des avocats compétents ou un quelconque avocat) et correspondent aux disparités de l'issue des jugements. **Et parce que les Américains prônent un Etat minimaliste, il y a un manque certain d'intervention de l'Etat pour redresser ces inégalités.** Alors que quelques aides financières de l'Etat ou fédérales existent aux USA pour donner des services gratuits ou moins chers aux pauvres, de tels services sont relativement limités si on les compare à ceux disponibles en France. Cela signifie que comme le modèle du procès civil : « orienté public » devient prédominant, un nombre de plus en plus grand de personnes entrent dans le système des cours américaines, beaucoup sans aucun conseiller et donc (dans ce système qui dépend tellement des avocats) **sans réelle opportunité de défense.** Cette impossibilité de donner des conseillers à ceux qui en ont besoin est particulièrement problématique.

L'inconsistance de la justice liée à la pauvreté, qui empoisonne le système juridique américain, est de plus profondément enracinée. Cela découle non seulement de la décision du jury, mais aussi plus essentiellement, du fait que le procès de confrontation ne peut absorber les demandes importantes et grandissantes sans cesse, qui lui sont soumises. Alors que des statistiques de qualité sont difficiles à obtenir, il est évident que la majorité des poursuites aux USA aujourd'hui ne se finit pas en procès. Elles sont résolues en dehors des cours, à l'amiable ou avec des arrangements. Alors qu'en réalité le procès de confrontation est rare, il occupe une place centrale dans le psychisme du système juridique américain, ce qui a servi à en décourager certains et à considérer l'alternative de procédure sans procès.

Résultat, comme les procédures sans procès ont augmenté, elles sont largement le produit de tintement ad hoc plus que celui de réforme et tendent à exacerber certaines des pires inclinations du système juridique américain, notamment le problème de la disparité des jugements liée à l'argent. Considéré dans ce contexte, une procédure d'avant procès de jugement sommaire s'est développée dans les cours fédérales américaines depuis quelques dizaines d'années. Avec cette technique de jugement sommaire, les juges ont le pouvoir de déterminer si les preuves sont tellement en faveur d'un des deux parties qu'il est inutile d'engager des recherches de preuves pour un procès (i.e. l'examen oral des témoins devant un jury). Les jugements sommaires évitent ainsi les procès de confrontation très coûteux en les remplaçant par cette méthode plus rapide et moins chère que beaucoup ont caractérisés comme un procès sur papier contrôlé judiciairement. Parce qu'il économise du temps et de l'argent, le jugement sommaire est devenu très populaire depuis quelques dizaines d'années, et c'est un moyen pour les juges de maintenir à jour les statistiques grandissantes des jugements rendus.

Le problème avec le jugement sommaire, comme il s'est développé, n'est pas tellement la pratique, mais le fait qu'il diffère tellement du procès de confrontation. En fait, **ce jugement sommaire n'est pas tellement différent du « procès » français**. Comme pour le jugement sommaire, le « procès » tenu par le tribunal de grande instance, donne pouvoir aux juges (plutôt qu'au jury) guidés par les avocats des plaignants, de juger sur les bases de preuves *sur documents*, plutôt que sur des témoignages oraux. Et comme le jugement sommaire, le « procès » évite des coûts élevés associés à la venue d'un jury et au rassemblement de témoins. De manière cruciale, dans le système français contrairement au système américain, le même processus de jugement de base est donné à tous les plaideurs civils. Alors que le *Tribunal de grande instance* a le pouvoir de déterminer qu'un cas en particulier ne nécessite pas de développement supplémentaire sous la supervision d'un *juge de la mise en état* et ainsi peut être décidé plus rapidement, cette forme sommaire de la procédure française (ou *circuit court*) ne semble que rarement utilisée.

De plus, il ne diffère pas significativement du procès grandeur nature. En effet les deux, le procès et le circuit court s'appuient essentiellement sur les juges, qui ont le pouvoir de rendre un jugement sur la base de preuves sur document plutôt que sur preuves vivantes (témoins et témoignage oral), les différences entre les procès et circuit court ne sont pas aussi grandes que celles entre le jugement sommaire américain et le procès de confrontation.

Les différences entre les deux systèmes américains ci dessus, ont généré des inégalités d'accès à la justice auxquelles le système juridique américain a fait

largement référence en prétendant qu'elles n'existaient pas. Marié à une méthode de jugement qui ne peut tout simplement pas fonctionner comme il faut, les Américains se sont reposés énormément sur le jugement sommaire, et en même temps ils insistent sur le fait que le procès de confrontation reste la norme. De même, le jugement sommaire est le juge disponible, non pas dans les cas ordinaires, mais seulement dans les cas qui manquent de valeur.

Quoi qu'il en soit, en pratique, cela ne se voit pas si facilement qu'un cas dépende du jugement sommaire ou non. En fait, le juge doit considérer si les preuves entrent en conflit avec un quelconque fait matériel, et ce n'est qu'alors qu'il doit retenir la nécessité de chercher plus de faits à travers le procès via un jury. Mais combien et quel type de preuves est nécessaire pour constituer un conflit? Qu'est-ce exactement qu'un fait matériel? Comme les statistiques de jugements rendus augmentent, la pression sur les juges pour lire les preuves également dans un sens qui minimisera le besoin d'un procès coûteux avec jury (et ainsi de se poser et de répondre à ces questions). **Le résultat malencontreux, c'est que les plaignants avec des ressources financières significatives (et donc avec la possibilité d'engager de bons avocats et pouvant se payer les enquêtes nécessaires pour identifier les preuves en leur faveur) sont plus à même d'obtenir le droit à un procès de confrontation que ceux qui n'ont pas tant d'argent. Cela veut dire qu'en fait le système juridique américain a développé deux voies de procédure, et les ressources financières jouent souvent un rôle qui détermine sur quelle voie les plaignants se trouvent.**

Ce problème du système à deux voies est exacerbé par le fait que les juges anxieux de rendre les jugements sommaires, le font fréquemment très tôt dans la poursuite, et ainsi court-circuite la possibilité pour le plaignant d'avoir le temps de trouver des preuves supplémentaires qui pourraient démontrer l'existence d'un véritable conflit et donner lieu à un procès avec jury. Le système de la découverte du préprocès, permet aux plaignants de se forcer les uns les autres, à fournir un grand nombre d'informations liées à la poursuite.

Alors que malheureusement, la découverte du préprocès est souvent trop utilisée pour harceler l'adversaire, et ainsi forcer un arrangement injuste, s'il est correctement utilisé: cela permet aux plaignants d'obtenir des preuves vitales qui seraient autrement inaccessibles. Le processus de découverte de préprocès impose généralement le coût du rassemblement d'informations à la charge du camp qui a les informations. Pour cette raison, il est particulièrement bénéfique aux plaignants ayant peu de ressources, qui ne pourraient pas sinon se permettre de faire cette activité d'investigation.

Dans le même ordre d'idée, quand les juges accordent le jugement sommaire avant que les deux camps n'aient eu la chance de suivre une découverte de préprocès, ils désavantagent de manière disproportionnée les plaignants qui ont peu de ressources financières (et ainsi rendent très probable le fait que les plaignants les moins riches se voient refuser le droit à un procès avec jury). De nouveau le système du procès de confrontation génère un accès non égalitaire à la justice, ce qui est fondamentalement incompatible avec le modèle de procès civil « orienté public ».

Dans quelle mesure, et précisément de quelles manières, les systèmes juridiques américains et français continueront à répondre aux défis procéduraux et institutionnels importants posés par l'augmentation des procès civils de modèle « orienté public » reste une question ouverte. C'est, en revanche, une question importante car la nature de la réponse aura probablement un impact significatif sur la perception de légitimité de chaque système ainsi que sur sa capacité de s'adapter avec succès aux conditions sociales et économiques qui changent très rapidement.

En conclusion

Une chose est sûre, c'est que plus la pression monte sur ces deux systèmes américains et français pour qu'ils inventent de nouvelles méthodes déployées dans les procès civils au service du bien du grand public, on peut s'attendre à ce que chacun d'entre eux réponde en fonction de leur inclination procédurale et institutionnelle qui leur est propre (avec le système américain à mettre l'accent sur la procédure et celui français sur les institutions de réglementation).

Alors qu'une réponse idéale combinerait judicieusement un peu des deux systèmes, le **poids de l'héritage des pratiques et des valeurs de chaque système**, tend malheureusement à militer contre cet idéal. Ceci dit, il devrait être quand même possible d'atteindre un objectif plus modeste, mais néanmoins important, qui a été récemment évoqué par Antoine GARAPON et Ioannis PAPADOPOULOS. Ces auteurs conseillent vivement aux systèmes français et américains **d'apprendre à s'engager dans une « correction mutuelle », « chaque culture cherchant dans l'autre des correctifs à ses excès. »**



LES FUSIONS-ACQUISITIONS ET L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : APPROCHE COMPARÉE FRANCE – ETATS-UNIS PRÉSENTATION D'UNE RECHERCHE

Georges CAVALIER
Maître de conférences
Université Lyon 3 – Jean Moulin

Thomas STRAUB
Professeur
Haute Ecole de Gestion Bernoise

I – Introduction

« *Les droits de tradition anglo-saxonne sont plus efficaces au plan économique que les droits de code civil* ». C'est le message qui transparait, de manière brutale et peu nuancée, à la lecture des rapports *Doing business* publiés par la Banque Mondiale¹. Celle-ci s'est intéressée à des opérations élémentaires de la vie des affaires (constitution de société, licenciement d'un salarié, etc...) en examinant le temps et le coût nécessaires à leur réalisation. En 2007, la France a gagné 4 places pour se situer au 31^e rang, juste après la Corée. Dans ce sillage, un consortium composé de partenaires publics – sous l'égide du Ministère français de la justice – et de l'ensemble des professions juridiques françaises, placé sous la direction de B. du MARAIS, professeur associé à l'Université Paris 10 Nanterre, a lancé une série de recherches visant à évaluer l'attractivité économique du droit français comparé au droit américain et relativement à des opérations plus complexes². Ainsi, une équipe réunissant des chercheurs français et étrangers s'est vu confier la mesure de l'attractivité économique des opérations de fusions-acquisitions. En d'autres termes, l'affirmation selon laquelle « *Les droits de tradition anglo-saxonne sont plus efficaces au plan économique que les droits de code civil* » est-elle également valide lorsque sont en cause les rapprochements d'entreprises?

1 • V. les rapports depuis 2004 sur <<http://www.doingbusiness.org>>. V. S. Valory, *Promouvoir le droit français*, Droit & Economie 2005, n° 93, p. 6, et l'interview de M^{me} E. Filiberti (p. 9) ; rapp. *Entretien avec Bertrand du Marais*, Rev. Lamy dr. aff. 2005, n 9, p. 3, et F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français, un obstacle au développement économique?*, Paris, Dalloz, 2005.
2 • V. le programme « Attractivité économique du droit » sur <<http://www.gip-recherche-justice.fr/aed/publications.htm>>

C'est l'hypothèse de départ que le groupe de chercheurs dirigé par les Professeurs Y. REINHARD (Université Lyon 3 – Jean Moulin) et O. MORÉTEAU (*Louisiana State University*) s'est attaché à vérifier. Certes, lorsque l'on aborde les règles françaises régissant les fusions-acquisitions, on voit poindre ici et là des raisonnements économiques qui ne sont pas purement légalistes.

Ainsi, et concernant un contrat d'acquisition de société, la chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait reconnu une « cause réelle » à la cession de 90 % des actions d'une société en difficulté pour un prix négatif correspondant à la prise en charge d'un excédent de passif³. En effet, même si le prix était absorbé par le passif à assumer, l'intérêt des cédants demeurait puisque la cession leur avait été avantageuse. Mais une chose est d'affirmer que le droit français utilise l'analyse économique pour interpréter un concept contractuel, comme celui de cause ou de bonne foi, une autre est de dire qu'il existe une analyse économique menée *a priori* de façon générale, des contrats portant sur les fusions-acquisitions⁴.

En définitive, et même si les considérations économiques ne sont pas étrangères au juriste français faisant face à une acquisition d'entreprise, elles demeurent accessoires, et n'ont pas donné lieu à une étude menée à titre principal. C'est précisément l'objet de celle ayant cours actuellement, en France et aux Etats-Unis, qui vise une analyse comparée *common law* - droit civil du point de vue juridique et économique des opérations de fusions-acquisitions. Pour ce faire, il a d'abord été identifié les améliorations susceptibles d'être apportées à la méthodologie des rapports *Doing business* (II) avant de développer un modèle propre aux opérations de fusions acquisitions (III) dont les résultats sont en cours d'analyse (IV).

II – Identification des améliorations au modèle existant

La méthode d'approche – ou méthodologie – des rapports *Doing business* a le mérite d'avoir porté sur le devant de la scène publique les intérêts de l'analyse économique du droit. Elle présente des limites qui sont expressément mentionnées dans les rapports et supporte d'être enrichie⁵.

3 • Cass. com., 22 fév. 1983, Bull. civ. IV, n° 72, p. 61 ; JCP G 1983 IV 150, rejet du pourvoi contre Paris, 3^e ch., 24 juin 1981, D. 1983, somm. comm. 71, J.-C. Bousquet ; rappr. parmi une littérature abondante C. Freyria, *Le prix de vente symbolique*, D. 1997, p. 51.

4 • Rappr. J. Mestre, *La distinction du fait et du droit en matière économique*, Droit et technique de cassation, Cour de cassation, oct. 2005, invitation disponible sur <<http://www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm>>.

5 • B. du Marais (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, La Documentation Française, Paris, 2006, 153 p.

Par exemple, les rapports *Doing business* se sont limités aux facteurs « temps » et « coût » pour mesurer la performance économique des opérations juridiques retenues. Or MM. DATTA⁶ et STRAUB⁷, avec d'autres auteurs, ont montré – s'agissant des opérations de fusions-acquisitions – que bien d'autres variables influencent la création de valeur dans l'entreprise, et en particulier leur impact sur la performance de cette dernière⁸. Plus généralement, les « *changement dans l'environnement de l'entreprise au cours du temps, y compris les changements réglementaires, jouent un rôle essentiel dans le choix de la stratégie de l'entreprise et déterminent les conséquences de diverses décisions stratégiques* »⁹.

Bien que les facteurs « temps » et « coûts » soient assurément nécessaires pour mesurer la performance économique, il est possible qu'ils ne soient pas suffisants pour déterminer le niveau de succès de telles opérations. Plus simplement, une opération « longue » et « chère » peut être un succès économique, et inversement. Aussi, M. VEIGA, avec d'autres auteurs, mesurent la performance économique en interrogeant des dirigeants et responsables de fusions-acquisitions pour connaître leurs perceptions du niveau de la performance depuis (et à cause) de la fusion ou de l'acquisition¹⁰.

Enfin, les rapports *Doing business* se fondent exclusivement sur une poignée de questionnaires pour chacun des pays considérés, adressés à des experts. Ces résultats sont néanmoins subjectifs et ne sont pas suffisamment représentatifs. Une méthode quantitative pourrait mener à des résultats davantage objectifs et statistiquement représentatifs. Ce sont donc ces améliorations qui ont été visées par le modèle développé par l'équipe dirigée par les professeurs Y. REINHARD et O. MORÉTEAU.

III – Développement du modèle pertinent

Le modèle développé par l'équipe s'est inspiré d'un modèle existant utilisé par la Banque Mondiale dans ses rapports, mais en l'améliorant sur certains de

6 • D. K. Datta, G. Pinches, *Factors Influencing Wealth Creation from Mergers and Acquisitions: a Meta-analysis*, Strategic Management Journal, 1992.

7 • T. Straub, *Reasons for frequent failure in Mergers and Acquisitions: A Comprehensive Analysis*, Gabler Verlag 2007. 8 • D. K. Datta, G. Pinches, *Factors Influencing Wealth Creation from Mergers and Acquisitions: a Meta-analysis*, Strategic Management Journal 1992,

9 • Idem.

10 • J. Veiga, M. Lubatkin, R. Calori, P. Very, *Measuring Organizational Culture Clashes: A Two-Nation Post-hoc Analysis of a Cultural Compatibility Index*, Human Relations, Sage Publications, Ltd. 2000, vol. 53, p. 539.

ses aspects. En effet, s'agissant des opérations de fusions-acquisitions, le défi de l'analyse économique a été de quantifier l'impact de chaque système juridique sur la performance à long terme de ces transactions économiques.

La méthodologie suivante a été adoptée. En considérant les fusions-acquisitions, trois méthodes juridiques de réalisation de ces opérations économiques ont d'abord été identifiées: « l'achat d'actions », « l'achat d'actif » et « la fusion ». Chacune de ces méthodes a ensuite été artificiellement décomposée, par les universitaires et praticiens de l'équipe, en onze étapes principales: (1) la phase d'information préliminaire, (2) la lettre d'intention, (3) l'audit financier, (4) l'audit juridique, (5) le contrat d'acquisition/de fusion, (6) les documents annexes, (7) les autorisations réglementaires, (8) la réalisation des conditions suspensives ou « *closing* », (9) la phase « *post-closing* », (10) les litiges sans assignation formelle, et (11) les litiges avec assignation formelle. La performance a été mesurée compte tenu de chacune de ces étapes et en fonction des facteurs « temps » et « coûts ». Le facteur « temps » – à lui seul insuffisamment représentatif – a été décomposé en « jours-hommes » et « semaines ». Un facteur supplémentaire, « la satisfaction » de l'opération de fusion-acquisition, a été pris en compte en se basant sur l'approche de M. VEIGA¹¹. Un questionnaire a été développé incluant deux phases de pré test. Plus de 1 000 répondants en France et aux Etats-Unis ont été contactés par méls¹². Le questionnaire a été rendu disponible sur Internet¹³ et les données ont été récoltées directement sur une base Excel.

Les réponses ont été reportées sur une échelle de type « Likert », numérotée de 1 (« très insatisfaisant ») à 5 (« très satisfaisant »), chaque chiffre correspondant le mieux à la perception des répondants. Les raisons principales pour lesquelles est utilisé le format de l'auto perception sont que les informations secondaires et objectives sur les fusions et acquisitions sont rarement disponibles. De plus, la recherche démontre que les mesures de performance par l'auto perception sont fiables, en particulier quand elles sont faites par des « *top managers* »¹⁴.

Enfin et bien entendu, le type d'entreprises visées par ces opérations (notamment s'agissant de l'activité, du chiffre d'affaires, du nombre de salariés) a été soigneusement précisé dans les hypothèses de départ de l'étude. Selon la métho-

11 • Idem.

12 • En France, en coopération avec l'association française des juristes d'entreprise (<<http://www.afje.org>>).

13 • Il est disponible en français et en anglais à l'adresse Internet suivante: <<http://fdv.univ-lyon3.fr/fusac/>>.

14 • P. R. Nayyar, *On the Measurement of Corporate Diversification Strategy: Evidence from Large U.S. Firms*, Strategic Management Journal 1992, vol. 13, p. 219.

dologie adoptée, les facteurs juridiques représentent des variables, *indépendantes* entre elles, qui influencent la performance économique post fusion ou acquisition. Les résultats de cette étude seront publiés prochainement.

IV – Restitution et valorisation des résultats

La synthèse incline à penser que, si les conclusions des rapports *Doing business* ne sont pas dénuées d'objectivité, dans le domaine particulier des opérations de fusion ou d'acquisition l'impact économique résultant de l'application d'un droit issu d'un système de code civil plutôt que celui issu d'un système de *common law* est relatif. En effet, les opérations de fusion ou d'acquisition sont menées selon des procédures standardisées, au terme d'un processus contractuel largement commun, et s'il existe quelques différences selon les systèmes, en raison notamment de règles impératives, elles demeurent à la marge, y compris dans leur impact économique.

Outre une publication, en français et en anglais, de la synthèse des travaux dans une revue internationalement reconnue, deux colloques en France et aux Etats-Unis sont envisagés.



ANALYSE ECONOMIQUE ET LE DROIT NOTARIAL

Bruno DEFFAINS
Professeur à l'université de Nancy 2

SANS DOUTE parce que la mondialisation peut aussi se traduire par une mise en concurrence des systèmes juridiques, la question de l'efficacité relative, en terme de performance économique, des différents systèmes juridiques se pose aujourd'hui de façon de plus en plus pressante. Les récents rapports de la Banque Mondiale dans le cadre du programme *Doing business*, s'inspirant de travaux théoriques sur l'efficacité de la *common law* l'a d'ailleurs posé de manière extrêmement directe. La question sous-jacente est de savoir dans quelle mesure un régime juridique constitue un frein ou un facteur favorable au développement économique, *i.e.* dans quelle mesure il est, pour les acteurs économiques – les entreprises comme les particuliers - un coût ou une ressource. Elle s'inscrit néanmoins dans un questionnement plus global qui est de savoir si l'on peut accroître la contribution du droit à la performance économique sans pour autant sacrifier le bien-être des individus, ce qui conduit alors à s'interroger sur « l'impact des règles juridiques sur les comportements des acteurs » : comment les règles sont-elles reçues ? Lesquelles sont privilégiées ou, au contraire, écartées ? Quel est leur impact réel au regard des objectifs initiaux ?

Ces questionnements, qui mettent l'accent à la fois sur l'effectivité du droit (s'applique-t-il ?) et sur son efficacité (atteint-il son objectif ?), et les travaux qu'ils ont suscités, inspirés notamment par l'approche *Law and Economics*, ignorent largement le rôle du notariat, au moment même où celui-ci fait l'objet de débats récurrents, sinon de mises en cause, sur sa place, et ses effets, notamment économiques. Dès lors, l'approche économique du droit semble de nature, d'une part à combler une lacune, d'autre part à renouveler les débats juridiques et politiques.

Parmi les champs juridiques étudiés par l'analyse économique, le droit notarial n'a guère reçu d'attention à ce jour. La raison tient certainement pour partie au fait que les relations droit économie se sont surtout développées dans le cadre de systèmes de *common law* qui ne se préoccupent guère du rôle du notaire. De surcroît, même dans les systèmes civilistes, peu d'analyses ont été proposées, ce qui peut

paraître surprenant au regard de la place du notariat. Il convient donc de combler rapidement ces lacunes. Pour y parvenir et après avoir rappelé les principales caractéristiques de l'analyse économique du droit, nous proposons de poser quelques jalons en concentrant l'attention sur trois grands types de question auquel des réponses à la fois théoriques mais surtout empiriques devraient être apportées.

I – L'approche économique du droit

Pourquoi s'intéresser à l'analyse économique du droit ? La réponse est simple : il s'agit d'une discipline qui met en évidence l'importance du cadre juridique pour le bon fonctionnement de l'économie. La définition des règles de droit est en effet ce qui permet, dans une société nombreuse, de rendre prévisible le comportement des agents et donc de savoir apprécier à l'avance les conséquences de leurs décisions. Lorsque les droits sont mal définis, les ressources sociales sont gaspillées. Dans une société élémentaire, les coutumes et traditions peuvent suffire à assurer chacun des comportements d'autrui. Mais lorsque la dimension du groupe social et sa richesse augmentent, ces procédures informelles perdent leur efficacité. Les comportements individuels deviennent plus difficiles à contrôler, notamment parce que les informations sur les actes de chacun deviennent plus difficiles à acquérir. C'est alors qu'apparaît l'avantage social d'un pouvoir judiciaire spécialisé. Ainsi certains individus se consacrent à temps complet à la recherche de l'information et à la tâche qui consiste à faire respecter les droits des autres. Une définition plus précise et formelle de ces droits devient avantageuse et ce, en dépit des coûts qu'elle comporte. La création d'un système de droit centralisé est donc vue par l'économiste comme une innovation institutionnelle qui permet le développement économique et le progrès du niveau de vie. L'Etat est de surcroît indispensable puisqu'il garantit l'établissement et le fonctionnement du cadre juridique nécessaire.

Les avantages d'un droit précis et stable ont été abondamment soulignés par l'analyse économique du droit. Définie comme l'application des outils d'analyse et des critères de jugement des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques, l'économie du droit propose en fait de comprendre ces règles comme des mécanismes de « sanctions sociales » des relations interpersonnelles. Ces relations sont elles-mêmes définies comme des normes de comportement des agents les uns par rapport aux autres relativement à l'usage des « biens », et plus généralement de toutes les ressources rares. On entend par là tout ce qui procure satisfaction à un individu. Il peut donc s'agir de l'expression de son opinion ou de sa

pensée au même titre que de biens matériels. L'important est donc d'établir la distribution des droits dans la société afin de permettre les calculs économiques individuels et d'anticiper leurs résultats. Cependant, si l'on comprend bien qu'une modification permanente des droits dans la société est nuisible à ce type de calculs, il ne s'ensuit pas pour autant que l'analyse économique prône le conservatisme juridique. En effet, l'évolution économique et sociale rend nécessaire la définition de nouveaux droits. L'émergence de nouvelles technologies fait par exemple apparaître de nouveaux risques qui posent la question de l'efficacité des règles juridiques au regard des objectifs que la société se fixe. L'idée qui s'impose pour l'économie du droit est alors celle de la nécessité de concevoir des instruments d'analyse permettant d'identifier la plasticité optimale du droit à travers la différenciation et la hiérarchisation des règles. Dans cette perspective, il apparaît de surcroît intéressant de comparer les modalités retenues par des systèmes différents, par exemple la *common law* et le droit civil de tradition romano-germanique.

L'adaptation du droit peut se faire de façon décentralisée par l'intermédiaire des décisions des tribunaux et de l'évolution de la jurisprudence. Elle peut également relever d'une autorité centrale, législative ou réglementaire, qui fixe alors la loi et le dosage approprié des procédures plus ou moins souples. Dans tous les cas, l'évolution économique et sociale engendre un besoin constamment renouvelé de définition des règles juridiques. Cependant, cette définition entraîne dans le même temps des gains et des pertes pour tout ou partie de la société. C'est précisément l'ambition de l'analyse économique du droit que de déterminer ces coûts et bénéfices pour éclairer le choix du décideur.

Il n'est pas question de parer l'analyse économique de toutes les vertus. L'outil doit être utilisé prudemment. Mais il convient dans le même temps de ne pas lui imputer tous les maux. En particulier, l'économie ne prétend en aucune manière dicter au droit les valeurs que celui-ci doit privilégier. Son ambition est de mettre en évidence les conséquences produites par le droit et d'explicitier la rationalité économique qui est à l'œuvre dans les textes et les décisions de justice. En cela, elle constitue une aide à la décision et à une meilleure adéquation par rapport aux objectifs assignés au droit par la société. Si on admet que les destinataires du droit sont rationnels, il convient de considérer le fait qu'ils intègrent les décisions juridiques dans leurs comportements. La contribution des économistes à l'étude du droit est donc principalement l'apport d'une théorie qui fait comprendre les effets des règles juridiques sur ces comportements.

L'économie du droit se propose dans ce sens d'appliquer les outils d'analyse et les critères de jugements des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques.

Ce mouvement présente à la fois une dimension positive et normative. La première cherche à rendre compte du comportement des individus participant à des activités en relation avec le droit, comme les juges, les législateurs, les avocats, les victimes de préjudices, les parties aux contrats, les propriétaires ou encore les inventeurs et les pollueurs. L'analyse économique permet d'étudier les changements de comportements résultant de l'application des règles de droit. La seconde dimension de l'économie du droit repose sur une critique des doctrines et des institutions juridiques existantes et avance des propositions de réformes afin de les rendre plus efficaces. Ces questionnements ont jusqu'à présent porté leurs fruits dans des domaines aussi variés que la législation antitrust, la réglementation des marchés financiers, la protection de l'environnement, l'organisation du système judiciaire ou encore les méthodes de réparation des préjudices en matière de responsabilité civile.

En examinant les effets des différentes solutions juridiques les économistes contribuent à produire des informations au législateur et aux juges qui permettront d'augmenter la qualité du droit. Ceci vaut aussi bien pour les questions de justice que pour les questions d'efficacité. En aucune manière il ne faut en déduire que l'efficacité est ou doit être l'objectif du droit. La contribution des économistes pour l'étude du droit résulte principalement de la reconnaissance d'un outil relativement simple à manier avec lequel on peut analyser le droit aussi bien dans les questions de détails que dans les grands principes. La discipline s'est développée surtout aux Etats-Unis à partir du début des années soixante avec les travaux précurseurs de RONALD COASE, lauréat du Prix Nobel d'économie, et ensuite de RICHARD POSNER, maintenant juge fédéral. Dans le prolongement de leurs travaux, l'économie du droit est devenue une discipline foisonnante dans les pays anglo-américains mais également en Allemagne, Hollande ou Belgique et dans une moindre mesure dans les autres pays européens dont la France.

En réalité, tous les domaines du droit et tous les systèmes juridiques se prêtent aux techniques de l'économie même si c'est surtout le droit anglo-américain qui a été au départ soumis à l'analyse. Il est vrai que le droit américain est plus conçu comme un instrument permettant d'atteindre des résultats là où les droits européens se conçoivent plus comme un système de valeurs.

Pour autant, l'économie du droit est une des innovations les plus significatives dans la pensée juridique au cours des dernières décennies tous systèmes confondus. L'originalité du cas américain provient du fait que l'économie du droit n'est pas seulement reconnue dans des cercles universitaires, mais qu'elle affecte aussi la pratique juridique. Formés comme des techniciens du droit,

les futurs juristes sont généralement peu conscients des effets plus ou moins complexes et prévisibles que les normes juridiques peuvent avoir sur l'organisation des activités ou le fonctionnement des marchés.

L'analyse économique du droit peut combler cette lacune. Non seulement elle fournit de nouvelles idées dans le raisonnement juridique, mais en plus les études d'impact fondées sur les techniques économiques expliquent pourquoi les règles ne conduisent pas au résultat souhaité en mettant en évidence des effets indésirables. La compréhension des mécanismes économiques est donc cruciale pour le juriste, le législateur, le magistrat ou l'avocat. Les producteurs de règles doivent être informés des conséquences de leurs décisions sur le bien-être collectif.

On estime souvent que le rôle des tribunaux consiste seulement à identifier des solutions « justes » dans des cas d'espèce qui n'auraient aucun impact sur des individus autres que les parties impliquées dans le litige ; en réalité les jugements produisent des effets pour une catégorie entière de cas semblables.

Les bénéfices pour les économistes ne sont pas moins significatifs qui doivent comprendre que les systèmes juridiques contribuent à produire de la cohérence économique et sociale. Une théorie économique robuste doit impérativement tenir compte des institutions et des règles juridiques. La valeur de l'échange dépend essentiellement des droits qui sont transférés.

De ce fait, l'étude des normes juridiques et des institutions permet aux économistes de participer aux débats normatifs sur la construction et l'évolution des normes et des institutions juridiques. Elle contribue ainsi à briser une vision trop étriquée qui les maintient en dehors de domaines de recherches passionnants.

II – Comparaison entre les systèmes juridiques

L'une des principales questions relatives aux relations droit – économie concerne l'explication des écarts de revenus entre pays riches et pays pauvres. Si les théories traditionnelles de la croissance mettent l'accent sur trois déterminants que sont le capital physique, l'accumulation du capital humain et le changement technologique, une nouvelle approche insiste sur l'importance des institutions, en particulier la définition des droits de propriété et la reconnaissance de l'état de droit. Il ressort de ces travaux que la qualité des institutions serait de premier ordre dans la mesure où elles contribuent à l'efficacité des marchés et au soutien de la croissance économique. Le mécanisme serait d'ailleurs vertueux dans la mesure où le développement économique renforcerait lui-même la qualité des institutions à travers l'élévation du niveau de richesse des citoyens.

Un tel constat nous renvoie logiquement aux travaux insistant sur la relation entre institutions et développement économique. Ces travaux font aujourd'hui l'objet de prolongements intéressants à travers les analyses empiriques du développement institutionnel. ACEMOGLU, JOHNSON et ROBINSON (2001) parviennent par exemple à mettre en évidence une relation causale entre la qualité des institutions et la prospérité des nations.

Reste à définir précisément ce que recouvre la notion de qualité institutionnelle. Le Prix Nobel d'économie DOUGLAS NORTH distingue les *contracting institutions* et les *property rights institutions*. Les premières supportent la mise en œuvre des contrats entre les agents privés alors que les secondes visent à limiter les risques d'expropriation par les autorités publiques ou les élites. Reprenant cette distinction à leur compte, ACEMOGLU et JOHNSON (2003) montrent comment les *property rights institutions* jouent un rôle déterminant dans la croissance à long terme, l'investissement et le développement financier des pays alors que les *contracting institutions* joueraient plutôt un rôle sur les caractéristiques des contrats entre agents économiques.

Même s'il n'est pas question de limiter le rôle des institutions au seul système des droits de propriété, force est de constater que ces travaux rejoignent les préoccupations de l'analyse économique du droit et ouvrent d'intéressantes perspectives sur la prise en compte du cadre juridique dans la question du développement économique. Il s'agit ici de s'intéresser aux règles formelles – consacrées par le droit – qui régissent les relations entre les agents économiques. L'analyse économique du droit s'efforce depuis quelques décennies de comprendre comment les individus réagissent aux changements de règles, ces dernières étant interprétées comme un ensemble de prix implicites. Sur cette base, certains auteurs ont tenté d'évaluer l'efficacité des dispositifs juridiques. La tentative la plus aboutie est sans conteste celle de POSNER de décrire le système de la *common law* comme un système globalement efficient. En d'autres termes, le système de droit anglo-saxon présenterait des caractéristiques (comportement des juges, production décentralisée des règles via la jurisprudence...) allant dans le sens de la maximisation de la richesse sociale.

Même si ce travail s'inscrit dans une démarche statique, il revêt un intérêt particulier pour la question du développement et de la croissance économique. Une question intéressante est en effet de savoir si la présence d'un code civil – caractéristique des systèmes juridiques de tradition romano-germanique – facilite ou au contraire freine l'émergence de règles efficaces. Dans le prolongement de la thèse de POSNER, on peut être tenté de considérer que si la *common law* est efficiente, cela signifie implicitement que le système de droit codifié ne l'est pas.

Cette idée semble avoir inspiré un certain nombre de travaux récents menés par des chercheurs américains. Dans une série de publications, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES, SHLEIFER et VISHNY ont tenté de mettre en évidence les effets des règles du droit de l'entreprise sur les performances des systèmes financiers dans les pays de l'OCDE. Ils montrent que l'origine du système juridique (anglo-saxon, français, allemand ou scandinave), le contenu des règles et leurs conditions d'application influencent le degré de protection accordée aux investisseurs ainsi que le niveau de développement des marchés financiers.

Ces études comparatives décrivent une situation dans laquelle les pays de *common law* offriraient une meilleure protection aux investisseurs que les pays de droit civil. Cette particularité expliquerait pourquoi les pays anglo-saxons ont des marchés financiers plus développés, une propriété du capital plus dispersée et des capitaux propres plus importants que ceux relevant de la tradition civiliste. Ces travaux cherchent également à démontrer que la composante du développement financier expliquée à partir de l'environnement juridique serait positivement corrélée à la croissance économique.

Il ressort de ces analyses qu'en assurant une protection juridique supérieure, le système de *common law* dominerait le(s) système(s) de droit civil. L'actionnariat dispersé et le système de gouvernement d'entreprise fondé sur les marchés seraient « supérieurs » à un système où l'actionnariat est concentré et où le gouvernement d'entreprise repose sur des blocs de contrôle. L'explication résiderait dans le fait que la dispersion de l'actionnariat irait de pair avec des marchés financiers développés. En effet, la garantie offerte aux investisseurs que l'argent apporté ne sera pas détourné, conditionnerait le développement des marchés de capitaux et, par conséquent, la croissance économique, surtout dans les phases d'innovation où les besoins financiers pour des investissements « risqués » sont importants. A contrario, lorsque le système juridique offre une protection insuffisante aux petits actionnaires, la seule solution pour assurer le financement des entreprises serait le recours à la concentration de l'actionnariat ou au système bancaire afin de pallier l'absence d'un environnement légal performant.

Il est intéressant de remarquer que la Banque Mondiale dans ces rapports successifs « *Doing business* » (de 2004 à 2007) a largement repris à son compte les travaux de l'équipe américaine. On imagine sans peine les conséquences d'un tel message à destination des pays en développement désireux de réformer leurs systèmes juridiques en s'inspirant de solutions élaborées dans le cadre de la *common law* ou de la tradition civiliste...

La « supériorité » du système de droit anglo-saxon est évidemment contestable. Elle se fonde sur l'idée que la qualité institutionnelle se résume au contenu des règles

de droit (en l'occurrence au niveau de la protection des investisseurs). De ce point de vue, il n'est pas certain que le constat de la possibilité pour un actionnaire américain de voter à distance alors que la plupart des actionnaires en Europe se voient dépourvus de cette possibilité suffise à décrire correctement les différences entre les systèmes juridiques. Étudier le rôle du droit suppose d'intégrer dans l'analyse les conditions de production des règles ainsi que leurs modalités de mise en œuvre.

C'est d'ailleurs plus à ce niveau que se situent les principales différences entre les traditions juridiques (degré de formalisme, rôle des tribunaux, place du législateur, traitement de l'information,...). Force est de constater que de ce point de vue, rien ne permet de valider la thèse de la supériorité de la *common law*. En guise d'illustration, on peut sans aucun doute mentionner le fait que le système jurisprudentiel est un système particulièrement coûteux à mettre en place. Il a fallu des siècles pour faire de la *common law* un système stable et unifié. La formation de magistrats capable de fonctionner dans un cadre purement jurisprudentiel est longue et difficile là où l'introduction d'un droit codifié apparaît simple et peu onéreuse. Par ailleurs, on peut discuter des risques de corruption dans des systèmes où les juges sont nommés par opposition aux systèmes où les juges sont élus.

De surcroît, les analyses de la Banque Mondiale reposent sur la construction d'indicateurs de qualité du droit qui s'avèrent très fragiles. Les cabinets d'avocats ou les investisseurs sont interrogés sur la sécurité des investissements dans un pays donné et doivent attribuer une note pour définir la qualité du cadre juridique. Une difficulté importante provient du fait que les indices ainsi obtenus correspondent plus à la perception du système considéré qu'à la « véritable » qualité des institutions juridiques. Il est ainsi probable que les investisseurs seront d'autant plus incités à considérer que la qualité du droit est bonne que l'économie fonctionne bien, indépendamment du sens de la relation causale.

En définitive, les relations droit-économie doivent être envisagées sous un nouveau jour mettant en évidence l'importance de l'histoire et des cultures juridiques. Face à la thèse développée par les chercheurs américains (la tradition juridique romano-germainique favoriserait la mise en place d'institutions juridiques renforçant le pouvoir des États au détriment des droits individuels alors que la *common law* irait dans l'autre sens contribuant ainsi au développement économique), une autre piste intéressante considère la capacité d'adaptation des systèmes juridiques aux changements de l'environnement économique.

Selon la thèse de « l'adaptabilité », les traditions juridiques qui évoluent rapidement pour réduire l'écart entre les besoins de l'économie et les capacités du système juridique contribueraient significativement au développement économique et financier des nations. De ce point de vue, la *common law* de nature,

fondamentalement dynamique, serait bien adaptée aux innovations économiques. Comme elle ne relève pas d'un raisonnement purement logique, les juges peuvent apporter leur pierre à l'édifice du droit lors de chaque décision en s'inspirant de l'expérience des jugements passés. En revanche, le code civil, né avec l'objectif de créer un système parfait et immuable, serait de nature plus statique. Compte tenu de la prééminence du législatif, un système de droit codifié serait donc plus long à modifier face à la nouveauté. Outre l'importance du coût d'organisation d'un système jurisprudentiel (expérience des magistrats, délais d'harmonisation de l'ensemble du système), cette vision sous-estime en réalité grandement la capacité d'adaptation d'un système de droit codifié. Le système de droit civil n'est pas statique et il évolue notamment sous l'impulsion des professionnels du droit.

Quoi qu'il en soit le débat reste ouvert et appelle des réflexions spécifiques, en particulier au regard du système du droit notarial.

III – Articulation du droit notarial et des autres droits ?

Nous venons de voir que la mondialisation se traduit par une complexité croissante des systèmes juridiques qui brouille les frontières traditionnelles entre les branches du droit (la distinction entre droit civil et droit commercial ; droit privé et droit public...) tout en favorisant l'essor de nouvelles branches – droit des sociétés, droit de la régulation, droit de la concurrence, droit des affaires etc – souvent mise en œuvre de manière privilégiée au niveau européen voire mondial (droit comparable). La question posée est alors de savoir comment le droit notarial, lui-même en cours d'europanisation et d'internationalisation s'insère dans un paysage juridique en constante évolution. Cette question ne peut d'ailleurs pas être dissociée du développement d'un « droit économique », à l'image de la loi NRE en France.

Ces différents droits sont-ils convergents ou imposent-ils des normes peu compatibles entre elles ? Comment se solutionnent les conflits de légitimité entre droits ? Comment certaines obligations présentes dans certains droits se concilient-elles avec les normes issues d'autres domaines (par exemple le droit boursier et le droit pénal, ou encore le droit des affaires) ? Voilà certainement des questions illustrant l'urgence d'une réflexion approfondie sur les effets économiques du droit notarial.

Concernant le volet pénal par exemple, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} février 2004, les notaires sont étroitement associés, avec d'autres corps professionnels, à la lutte contre le blanchiment de fonds provenant de la criminalité organisée (cf. art. L. 562-1 et suivants. C. mon. et fin.). Dans ce cadre, ils ont l'obligation de dénoncer à TRACFIN les sommes et opérations qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des

communautés européennes, de la corruption, d'activités criminelles organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme (art. L. 562-2).

Lorsque cette déclaration de soupçon a été faite de bonne foi, aucune poursuite pour violation du secret professionnel ne peut être intentée et la réalisation de l'opération suspecte les dégage de toute responsabilité, sauf concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes.

Si l'omission de déclaration de soupçon à TRACFIN n'est pas pénalement sanctionnée, elle peut donner lieu à des poursuites disciplinaires lorsque cette omission résulte notamment d'un grave défaut de vigilance (art. L. 562-8).

En revanche, le fait de porter à la connaissance du propriétaire des sommes l'existence de la déclaration ou les suites qui lui ont été données est puni d'une amende de 22 500 euros (art. L. 574-1 C. mon. et fin.).

Pour donner une lecture économique, on peut remarquer que se pose dès lors la question du caractère véritablement incitatif d'un tel dispositif car les notaires doivent prendre en considération plusieurs paramètres tels que :

- Le maintien de la relation de confiance avec leur(s) client(s) : les notaires sont contraints de violer le secret professionnel, même si la loi les exempte de peines sous certaines conditions mais quelle sera l'attitude du client notamment si des poursuites pénales sont engagées et qu'elles se soldent par un non-lieu ou une relaxe ?

- L'effectivité des poursuites disciplinaires en cas d'omission de déclaration : l'autorité disciplinaire est-elle toujours informée et fait-elle preuve d'indulgence ou de sévérité ?

- Le montant peu dissuasif de l'amende encourue pour la révélation au client de la déclaration de soupçon faite à TRACFIN ; le notaire n'est-il pas contraint à un arbitrage économique entre le paiement de l'amende et le maintien du lien de confiance avec son client ?

Concernant d'un autre côté, le droit des affaires, une attention particulière doit être accordée au rôle du notaire dans la création d'entreprises. L'intervention du notaire, comme celle d'un autre professionnel du droit, garantit à tout créateur d'entreprise, la conformité à la réglementation de chacun des articles des statuts de sa société, leur adéquation avec la commune volonté des associés, dont les intérêts peuvent être parfois différents.

Le notaire français exerce sa fonction de juriste, rédacteur de contrat pour les entreprises, en concurrence avec les autres professionnels du droit. Le créateur d'entreprise a donc le choix de ses conseils, voire même de n'en consulter aucun, et à lire le rapport *Doing business* de la Banque Mondiale, on peut même conclure que cette solution de n'imposer aucun conseil, de

réduire au minimum le formalisme lié à la création d'entreprise, a plutôt la faveur des auteurs du rapport. Mais l'intervention du notaire, comme celle d'un autre professionnel du droit, garantit à tout créateur d'entreprise, la conformité à la réglementation de chacun des articles des statuts de sa société, leur adéquation avec la commune volonté des associés, dont les intérêts peuvent être parfois différents. Enfin, le notaire assure, comme les autres professionnels, le suivi des formalités liées à la création de l'entreprise. La question importante semble donc celle de l'organisation de la profession de notaire (par rapport aux autres professionnels du droit comme les avocats) et, plus généralement, la question de l'efficacité du droit notarial.

IV – L'efficacité du droit notarial en question

La question de l'efficacité du notariat pose le problème de la mesure de sa capacité à assurer une réponse aux besoins du marché. Le droit notarial s'est en effet constitué, historiquement, dans un but de sécuriser les transactions. Un des premiers résultats attendus serait de pouvoir disposer d'un jugement évaluatif sur l'impact réel du notariat : quelles méthodes (suivi de l'évolution du contentieux?) permettraient de fonder une telle démarche? Quelle a été – ou quelle est – la contribution du droit notarial à l'amélioration du niveau de protection des transactions? Dans quelle mesure a-t-il été une ressource utilisable pour garantir leur sécurité? Ces effets sont-ils différenciés selon le type de relations envisagées (foncier, immobilier, successions,...).

Le premier rapport de la Banque Mondiale en 2004 a mis fortement en cause le recours au système notarial (en particulier français) comme un frein au développement économique dans la mesure où il serait à l'origine de coûts de transaction élevés, et donc d'un mauvais fonctionnement des relations de marché entre acheteurs et vendeurs.

On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de cette analyse en relevant que le contentieux lié aux quatre millions et demi d'actes notariés dressés en France chaque année ne s'élève qu'à 0,04 %. Comment un système inefficace pourrait-il ne susciter qu'un si faible niveau de contentieux? L'analyse économique considère en effet que les règles et les institutions inefficaces sont en principe celles qui sont le plus contestées.

De ce point de vue il serait particulièrement utile de pouvoir chiffrer le coût « complet » du droit notarial en tenant compte à la fois des frais notariés mais aussi de la valeur sociale de l'intervention du notaire dans les relations de marché. Cette question renvoie à la fois à l'efficacité privée de l'intervention du notaire (du point de vue des parties) et à son efficacité sociale (du point de vue de la collectivité).

QU'ÉVOQUE POUR VOUS LE SUJET : DROIT ET ÉCONOMIE ?

M^e Bernard MONASSIER
Notaire à Paris

CONTRAIREMENT à ce que l'on pourrait penser et en parodiant une maxime juridique célèbre : l'économie tient le droit en l'état. Le droit est en effet la conséquence de l'économie, au service de l'économie, le résultat de l'économie. Il n'y a que dans la sphère privée (le droit de la personne ou plutôt de la personnalité humaine) où l'économie n'intervient pas et encore, la diffamation se résout fréquemment par des dommages et intérêts.

Pour illustrer mon propos, je prendrai deux exemples :

1• La renaissance économique du monde occidental au Moyen-Âge a été l'œuvre des financiers Lombards implantés à Gênes, Florence, Venise, Pise. Ils ont inventé la comptabilité en partie double, la sécurité sociale, le chèque, la lettre de change, le droit commercial et... institutionnalisés le notariat.

Dans leur expansion économique à travers l'Europe, d'abord dans la France du midi (Aix en Provence, Avignon, Montpellier) puis Lyon et Paris, et enfin dans les pays du Nord, ils ont eu besoin d'être accompagnés de juristes. Ces juristes étaient des notaires. Sans ces marchands, ni le droit romain, ni le notariat, ne se seraient implantés en Europe occidentale. Les notaires ont suivi les financiers lombards en Europe. Il suffit pour s'en rappeler, de relire les *Rois Maudits* de Maurice DRUON. Cette histoire de l'Histoire démontre que la puissance économique induit le modèle juridique et que ce modèle s'impose aux pays économiquement moins développés.

2• La première puissance économique du monde, sans conteste, aujourd'hui, c'est la puissance américaine. L'importance des sociétés américaines, leur pouvoir économiques, leur implantation multinationale, est sans comparaison avec les entreprises du reste du monde. Ces firmes ont investi, pour commercer, la quasi-totalité de la planète. Elles ont amené avec elles leurs juristes¹. En s'implantant,

1 • Le rapport de la Banque Mondiale « *Doing Business* » est une illustration presque caricaturale de la volonté d'une économie dominante d'exporter son système juridique et... ses juristes.

ces juristes ont importé également des façons de travailler, des conceptions, des manières d'être, propres à l'Amérique.

Ces deux exemples historiques et macro économiques peuvent sembler très loin de nos préoccupations. Pour étayer ma thèse de la primauté du fait économique sur le droit, je prendrai des exemples franco-français récents. Une profession, un métier, qui méconnaît la règle et le jeu économique, est amené à quitter le marché. Son utilité sociale est remise en cause et son existence est remise en question. Ainsi, par exemple, les avoués de Grande Instance de Paris, dans les années 60, avaient des études prospères, totalement coupées de la clientèle, puisqu'ils ne travaillaient qu'à partir de correspondants avocats apporteurs de dossiers. Ils étaient coupés du marché juridique. Sur la pression des avocats parisiens, le gouvernement prenant en compte le fait parisien les a supprimé purement et simplement en 1971, au motif qu'ils n'avaient plus de lien avec le marché juridique, ce qui était vrai, simplement pour partie, à Paris².

Pour conforter ma théorie, on peut s'interroger sur la place, le rôle, la fonction du notariat dans le marché juridique, car le droit est un marché où il y a des acteurs qui essaient d'améliorer, chaque année, leur position.

Il y a un siècle, si l'on en croit les historiens de l'époque, le notariat français était la première profession juridique, la plus importante, la mieux implantée, rédigeant plus de 4 millions d'actes notariés pour une population de 35 millions d'habitants. On peut dire, sans risque de se tromper, qu'au début du XX^e siècle, le notariat réalisait 80 % du chiffre d'affaires du marché. Les effectifs des professions d'avocats et de notaire étaient totalement comparables. Il y avait 800 avocats à Paris, en activité, contre 120 notaires. Le marché du droit des affaires, le marché de la fiscalité, de la transmission d'entreprises, le marché de la gestion de patrimoine, celui de l'immobilier, le marché financier, étaient totalement dans les mains des études de notaires. Les plus grandes sociétés françaises, constituées à la fin du XIX^e siècle, ont eu leurs statuts établis par acte notarié et leurs capitaux, très souvent, collectés par des notaires.

Aujourd'hui comment se situe le notariat dans le concert des professions juridiques ?

Le marché juridique, selon une étude récente, voit la part du notariat tomber à 32 % et pourtant, depuis 6 ans, le notariat français, grâce au marché immo-

2 • La non exclusion de la Directive Services des Avoués à la Cour m'amène à me demander si l'histoire ne va pas se répéter pour cette profession.

bilier, a une croissance annuelle à deux chiffres³. Au niveau des effectifs, le notariat ne joue plus dans la même cour que les avocats : un peu plus de 8 000 notaires contre 40 000 avocats. La disproportion est encore plus grande à Paris : 17 000 avocats contre 525 notaires. Dans le domaine des affaires, le marché de l'entreprise a été quasiment perdu par le notariat, le marché fiscal, totalement abandonné, le marché de la transmission d'entreprise en passe d'être perdu par le notariat, le marché de l'immobilier complexe et de l'urbanisme est passé, en dix ans, du notariat parisien à 90 % dans les grands cabinets d'avocats, les notaires étant des prestataires de service des cabinets d'avocats. Le marché de la gestion de patrimoine est en train d'être totalement perdu au profit d'une nouvelle profession : les gestionnaires de patrimoine. Le marché de la négociation immobilière a été perdu à 90 %. Il reste le domaine du droit de la famille et là encore les successions les plus importantes échappent, dans leur majorité, au notariat. Près de 30 % des droits de successions ne sont pas réglés par l'intermédiaire des notaires. Il reste, bien sûr, l'acte courant pour lequel le décret de 1955 protège le notariat.

On peut se demander pourquoi le notariat a perdu des parts de marché de manière aussi considérable dans ce laps de temps relativement court. Il a pourtant fait des efforts de formation, de modernisation, de libéralisation. Les raisons sont multiples.

Cependant, la raison essentielle n'est-elle pas que les notaires ont raisonné uniquement en juristes sans se préoccuper des problèmes économiques ? Un exemple récent conforte cette interrogation ; la loi SRU oblige les copropriétaires à modifier leur règlement de copropriété. Jusqu'à une date récente, ces actes étaient établis à 99 % par le notariat. Pour des raisons diverses et variées, le notariat s'est désintéressé de ce type d'activité. La loi imposant une refonte des règlements de copropriété, il y a un besoin économique. La nature a horreur du vide, des spécialistes « autoproclamés », ont démarché les syndics ; ils ont proposé des règlements standards moyennant une rémunération très supérieure à celle des notaires. Une fois le marché emporté, ils font la tournée des notaires pour trouver celui qui accepte de déposer au rang de ses minutes ledit acte qui généralement comporte de nombreuses erreurs. Les copropriétaires sont mécontents, ne comprennent pas le rôle et la fonction des notaires et surtout le coût de leur intervention. Ainsi, le notariat s'est coupé, ces derniers mois, d'un de ses marchés traditionnels : la copropriété.

Au niveau de nos études, la dimension économique est également un fait incontestable sur deux plans :

3 • Le nombre d'actes notariés ne dépassant par le chiffre de 4 500 000 pour une population de 60 millions d'habitants.

- Tout d'abord au plan de nos clients : leur demande, leur attente est essentiellement économique. Le client veut acheter un appartement, transmettre un patrimoine à des héritiers. Il recherche l'outil juridique et son spécialiste pour atteindre son objectif de nature économique.
- Quant à nos offices, ils dépendent de l'économie : sans chiffre d'affaires, mais surtout sans bénéfice, ils sont condamnés à la disparition. Nous exerçons un métier de service public jamais à perte, toujours nécessairement avec bénéfice.

La marginalisation de l'économie au sein du notariat est-elle irréversible?

Une telle affirmation serait une hérésie. Rien n'est irréversible sauf la mort. Le notariat a toujours su, depuis des siècles, s'adapter aux mutations sociologique, politique, économique de son époque. Néanmoins, en ce début de siècle, il semble qu'une réflexion stratégique doit être engagée sur le rôle, la place de l'économie dans le notariat.

La prise en compte du fait économique n'est-elle pas en contradiction avec les prises de position sur le rôle social du notaire, le caractère humaniste du droit, le refus d'une société libérale de type anglo-saxon ?

■ Il serait difficile de ne pas défendre le « civil system ». De même, la mission sociale du notariat tient à son statut, à son monopole : le réformer serait demander la suppression de la profession. C'est notre honneur d'accueillir, conseiller la veuve et l'orphelin, d'être au service de tous quelque soit son patrimoine et sa capacité contributive. Si nous n'existions pas, cette fonction devrait être prise en compte directement ou indirectement par l'État, par l'impôt. Cependant, cela ne condamne pas ni la prise en compte du fait économique dans le notariat, ni la société libérale. Si les notaires ne raisonnent pas en économistes et n'essayent pas de sortir d'une mono activité (l'immobilier), à la première crise, leur compte d'exploitation va s'écrouler et ils ne pourront plus donner gratuitement des conseils, s'occuper d'activités déficitaires, etc...

Pour assurer de façon pérenne la mission de service public, le notariat se doit d'avoir une politique marketing, d'être représenté par des offices structurés, organisés et donc rentables.

■ Quant au refus d'une société libérale de type Anglo-Saxon, il doit lui aussi être nuancé. Tout d'abord, le libéralisme ne signifie pas société anglo-saxonne. Le libéralisme économique a été inventé pour partie par des penseurs français ; il est autant le fils de la révolution française que la solidarité nationale. Il fait partie intégrante de notre devise nationale. On peut conserver une société libérale mais

solidaire. On condamne la société libérale au nom de la solidarité, or, seule une société libérale peut entraîner création de richesse et permettre ainsi la solidarité.

■ Sur le plan microéconomique, la dimension économique doit être une obsession permanente de chaque notaire. Il ne doit jamais oublier sa position de chef d'entreprise. Il doit gérer son office comme une entreprise, être soucieux de son compte d'exploitation, avoir une politique constante d'investissements, être à l'écoute de son personnel mais aussi de son marché, savoir prévoir l'avenir par la mise en place d'indicateurs, de clignotants.

Aujourd'hui tout est rose, la croissance est à deux chiffres depuis plus de 7 ans ; demain, lorsque la crise immobilière sera là, l'absence d'une politique entrepreneuriale, fondée sur les grands principes du marketing, de ressources humaines, fera croire aux notaires au crépuscule du notariat, alors que la cause essentielle, sinon unique, du déclin, sera la conséquence du refus de prendre en considération le fait économique.

■ Cependant le notaire ne peut seul, quelle que soit sa compétence, ouvrir la profession sur le fait économique. C'est aux politiques du notariat d'entreprendre cette révolution intellectuelle, « l'art de la politique étant de rendre possible ce qui est souhaitable ».

■ La profession se doit, en premier lieu, de réformer sa conception du marché. Le capitalisme, le profit doivent être réhabilités dans le discours politique. Pour cela, les succès économiques des notaires les plus entreprenants doivent être montrés en exemple et encouragés. Réussite financière ne doit pas signifier obligatoirement non respect de l'éthique. Il y a 25 ans, notre profession défendait cette conception libérale du notariat. Il suffit de se souvenir du rapport LESOURNE préconisant l'aide, l'assistance à des « Gazelles »⁴ du notariat, facteur de développement, d'innovation dans le respect de la tradition notariale.

Il faut encourager les notaires à raisonner en conseil plus qu'en rédacteur d'actes, car c'est la demande essentielle du client et en plus c'est une activité où la valeur ajoutée est la plus importante.

Pour réformer notre profession dans sa pratique, la formation du notaire doit être repensée : une distinction doit être opérée entre le diplôme du notaire juriste et le diplôme de notaire chef d'entreprise. Cela signifie qu'un diplômé notaire pour devenir associé ou titulaire d'un office, devrait subir un examen sur la gestion d'un office. Mais pour que le notariat ne devienne pas une profession sans âme, les éléments constitutifs de notre mission de service public devraient être renforcés,

4 • Pour reprendre un mot à la mode pour les PME les plus dynamiques.

comme par exemple : âge de retraite obligatoire ? Nombre obligatoire de notaires par tranche de chiffres d'affaires dans les Etudes ? Obligation d'accueil de stagiaires dans les Etudes ? Service civique de chaque notaire pour le compte de la profession ? Etc...

Le notariat peut-il reconquérir des parts de marche par une seule réforme des mentalités ?

Le capitalisme est le fils de la liberté. La profession a besoin d'être plus libre. Comme le proclamait la chambre des notaires de Paris en 1840... le notariat est essentiellement une profession libérale. Aussi, j'ai envie de dire « laissez la vivre, laissez la faire » dans le respect d'une éthique. Que les politiques réforment les mentalités, la réforme des structures suivra naturellement. Nous deviendrons ainsi, régis par une déontologie particulière, des prestataires de service, par délégation de l'Etat, au service des clients et non les détenteurs d'une mission de service public ne rendant compte qu'à son autorité de tutelle.

Conclusion

Le notariat constitue-t-il une exception française ? Les Français refusent de voir le monde tel qu'il est, veulent le voir tel qu'ils croient qu'il devrait être. Il en est de même pour les notaires. Ils refusent souvent de voir la réalité. Les Français ne changeront pas le monde, c'est le monde qui les changera. C'est la même chose pour le notariat. Nous ne changerons pas nos clients. Ce sont eux qui nous changeront. Mais je ne suis pas inquiet. Notre profession, à travers les siècles, a toujours su, à temps, s'adapter :

- elle a mis en exergue son côté profession libérale dans les turbulences socialistes,
- elle a mis en avant son aspect service public face à des politiques de libéralisme manichéen.

Les récentes réformes (divorce, succession, tutelle, société de droit européen, plus values, etc...) ont reconnu le rôle essentiel du notariat et ont accru notre sphère d'intervention obligatoire : c'est un atout considérable pour le notariat.

L'arrivée du papy-boom va obligatoirement rajeunir la profession. Cela sera un facteur d'innovation, d'adaptation et de progrès. Je suis prêt à parier que dans 30 ans, le notariat, rajeuni, rénové, sera toujours un des facteurs clefs du monde juridique.



DROIT ET ÉCONOMIE : QUELQUES RÉFLEXIONS ISSUES DE LA PRATIQUE DU MÉTIER BANCAIRE

LE CRÉDIT AGRICOLE

QUE L'ON ADOPTE une perspective historique, politique ou moraliste, il est difficile d'évoquer les relations entre Droit et Économie sans penser immédiatement au lien naturel, quasi-essentiel entre ces deux notions. Plusieurs articles de cet ouvrage soulignent d'ailleurs ce lien et la façon dont il détermine les formes de vie en société et l'évolution des communautés humaines.

Si l'Économie peut se définir simplement comme tout ce qui a trait à la production et à l'échange de biens et de services entre des individus ou des groupes d'individus – les « agents » économiques –, il apparaît évident qu'il ne saurait exister d'Économie sans Droit. Plus précisément, le Droit est indispensable pour préciser les règles nécessaires à un fonctionnement efficace de la production et des échanges, en clair garantir la liberté économique: celle de travailler, de consommer et d'échanger librement. C'est bien à travers cette notion de liberté, profondément liée aux règles qui en garantissent l'exercice, que s'articule la relation entre Droit et Économie.

On le constate à travers l'enrichissement progressif des formes de droit, indispensable pour que la machine économique puisse continuer à fonctionner sans se gripper. La fiscalité, la propriété intellectuelle, les délégations de service public, la concurrence, le travail... : le droit gagne tous les domaines de la vie de l'*homo economicus*, au rythme du développement de la sphère économique. Il est d'ailleurs frappant de constater que l'approche économique, notamment à travers les questions liées à la propriété et à sa transmission, a conduit très tôt les hommes à réguler les relations entre les individus, en dehors même de tout échange commercial. On songe à l'institution du mariage, qui a codifié dès le Moyen Âge les règles de mise en commun des patrimoines (et de scission en cas de séparation), bien avant de protéger la mariée des comportements de son époux. On peut également évoquer la notion de réparation d'un préjudice: l'atteinte au droit de l'individu est réparée par le versement d'une compensation censée représenter la valeur économique du préjudice créé.

Droit et Économie sont donc profondément liés et ne sauraient fonctionner l'un sans l'autre. Trop d'Économie, c'est-à-dire trop de place accordée au développement de la production et des échanges au détriment de la sécurité individuelle et collective, et voilà les sociétés inéluctablement vouées à une lente apocalypse, sous l'effet d'un marché omnipotent, de plus en plus gouverné par la loi du plus riche et donc, du plus fort. Partout où l'Économie progresse trop vite et trop loin sans droits ni devoirs, le risque est réel et il n'est pas couvert. Comment aborder par exemple le problème que pose la pollution par un navire échappant à toute convention internationale d'une partie d'océan située en dehors des eaux territoriales? Comment déterminer les responsabilités, évaluer le préjudice, prévenir les futurs sinistres?

À l'inverse, trop de Droit, trop de règles, c'est le risque d'un formalisme excessif qui restreindrait la liberté d'initiative des individus. Si l'excès de règles décourage les individus et menace la liberté d'entreprendre, alors l'aversion pour le risque va prendre le pas sur l'initiative, la seule source spontanée d'accroissement de richesses: c'est un phénomène que les banquiers connaissent bien. C'est bien en effet au cœur de cette notion de risque que naît et se développe l'activité économique. Et c'est bien dans l'activité bancaire que l'appréhension de ce risque, dans toute sa diversité, est primordiale pour assurer le financement de l'économie en garantissant un niveau de sécurité acceptable. Rien d'étonnant dès lors que juristes et économistes travaillent de plus en plus étroitement en commun dans les institutions financières pour mieux définir le risque et l'intégrer dans la décision économique.

Pour se développer de façon harmonieuse, les sociétés ont par conséquent besoin de règles juridiques et économiques qui forment un système clair, cohérent et efficient. Un équilibre subtil et nécessairement fragile puisqu'il doit être de surcroît capable d'accompagner sans à-coup les évolutions permanentes, lentes ou brutales, de nos sociétés. Les crises récentes nées de la mondialisation et les interrogations collectives qu'elles suscitent nous en donnent un exemple éclatant. En bousculant nos repères traditionnels d'espace et de temps, la mondialisation met en question le (ou les?) système juridique et économique et, surtout, leur aptitude à assurer la régulation (un mot qui symbolise à lui seul l'union nécessaire et tumultueuse du Droit et de l'Économie!) de nos sociétés.

Comment concilier liberté d'initiative et sécurité des individus? Comment garantir accès à l'information et protection de la vie privée? Comment assurer l'équilibre entre la stabilité nécessaire et la capacité d'adaptation des règles qui doit être de plus en plus rapide?

Autant de questions, autant de défis posés non seulement aux juristes et aux économistes, mais aussi aux États et aux entreprises, et en particulier, aux banques.

Que ce soit par leur rôle dans le financement de l'économie au sens large, ou par le caractère à la fois dématérialisé et essentiel de leur activité, les banques ont naturellement une responsabilité et un rôle majeurs dans ce débat. Première banque de détail en France et largement présente en Europe, le Crédit Agricole s'implique largement dans ce débat en s'appuyant, comme il le fait depuis plus d'un siècle, sur ses valeurs fondatrices de proximité, de solidarité et de responsabilité.

En participant activement aux mouvements qui ont permis l'extension progressive du marché des services financiers, d'abord en France puis en Europe, le Crédit Agricole a toujours privilégié des principes simples et clairs :

- le pragmatisme, avec ce qu'il implique de prudence et de progressivité, mais aussi de réalisme et de culture de l'efficacité ;
- le travail collectif, c'est-à-dire la volonté systématique de rechercher un accord durable entre toutes les parties prenantes, la puissance publique, les clients, les associations représentatives, les partenaires... et les concurrents
- la transparence, qui se traduit notamment par le droit à l'expérimentation et par son corollaire, la recherche systématique d'évaluation des actions entreprises, pour mesurer l'efficacité du système juridique et économique qu'on cherche à améliorer.

Deux exemples pour illustrer la mise en pratique concrète de ces principes.

Le **premier** concerne un sujet majeur, aussi bien pour les banques que pour les citoyens et les entreprises européennes : la création d'un espace unifié européen des services financiers. L'harmonisation du cadre juridique des services financiers de détail est une question infiniment complexe et qui semble même insoluble, sauf à créer un monstre juridique inefficace et inapplicable. En réalité, la question centrale est bien la protection du consommateur et elle impose de dépasser le seul angle du régime juridique pour s'intéresser à l'ensemble du processus dans lequel les différents acteurs, consommateurs, banques et régulateurs, ont chacun leur rôle et leurs responsabilités. En matière par exemple de crédit à la consommation, il serait peut-être préférable de renoncer à une harmonisation impossible du cadre juridique global pour se concentrer d'abord sur un aspect du processus, notamment l'information pré-contractuelle.

Cette démarche pragmatique permettrait à des consommateurs européens raisonnablement avertis de comparer de façon transparente les offres et de stimuler ainsi la concurrence.

Le **deuxième** exemple est au cœur de ce congrès organisé par le Mouvement Jeune Notariat à San-Francisco.

En s'associant à la démarche PEARL de rencontres entre les notaires et les expatriés, le Crédit Agricole a souhaité approfondir ses relations historiques avec la profession des notaires et travailler étroitement avec eux pour améliorer les services à leurs clients.

Cette initiative s'inscrit dans le travail en commun mené depuis plusieurs décennies et conjugue les expertises des différentes filiales du Crédit Agricole spécialisées dans les services de banque et d'assurance. La participation à ces consultations des équipes de la Caisse Régionale Alpes-Provence marque notre volonté forte de placer cette démarche sous le signe de la proximité. Elle est également exemplaire de la capacité du Crédit Agricole à conjuguer ses savoir-faire pour innover et accompagner ses clients, en France et dans le monde entier, dans l'évolution permanente de leurs besoins.



DROIT, ECONOMIE, GENEALOGIE RÉSONANCES ET DISSONANCES

Jean-Claude ROEHRIG
Généalogiste
Président de COUTOT-ROEHRIG SA

« Nos lois civiles ne seront jamais assez souples pour
s'adapter à l'immense et fluide variété des faits ».

Tellus stabilita
Mémoires d'Adrien. Marguerite Yourcenar

AVEC LE TEMPS qui passe, l'être humain est, selon le cas, plus fragile ou plus fort, obligé qu'il est d'avancer de toute manière pour aller à l'essentiel. La soixantaine largement atteinte a, sans aucun doute, son rite de passage obligatoire qui nous incite à faire le point, à esquisser quelques souvenirs personnels ou professionnels, toile de fond de l'avenir.

Lorsque le Président de votre Congrès, notre ami Yvon ROSE, m'a demandé de réfléchir au thème choisi par vous au travers de ma propre expérience professionnelle, c'est sans hésitation aucune que j'ai accepté d'être associé, une fois encore, à vos travaux.

La profession que j'ai la joie quotidienne d'exercer est, en effet, un observatoire privilégié pour mieux comprendre les rapports complexes qui se nouent entre ces pôles en apparence antinomiques que sont le droit et l'économie.

Afin d'aller au fond des choses et de distinguer ce qui doit être distingué pour penser juste et agir adroitement, sans bouleverser ce que Pascal appelait « *Les Ordres* », rappelons tout d'abord quelles sont les caractéristiques essentielles du droit et de l'économie. Le droit est constitué d'un ensemble de règles générales et impersonnelles assorties de sanctions en cas de non respect. Destiné à régir la vie en société, il a aussi pour objet de définir le statut des personnes qui la compose et de réglementer les rapports qu'elles ont entre elles. Quant à l'économie, disons simplement - puisque sa définition n'est pas consensuelle, ses contours et son contenu variant au gré des auteurs et des courants de pensées - que c'est une science sociale qui étudie la production, la répartition, la distribution



et la consommation des richesses d'une société. En une création continue, au fur et à mesure que progresse l'organisation de la société, le droit et l'économie, après avoir longtemps évolué de manière autonome, se croisent et s'interpénètrent toujours plus étroitement.

Quand je suis « entré » en généalogie, dans le courant des années 1960, le Général de GAULLE était encore au pouvoir et les femmes venaient tout juste d'obtenir le droit de travailler sans avoir à demander l'autorisation à leur mari. La contraception et l'avortement étaient interdits.

La France était en retard sur ses voisins européens avec lesquels, le 25 mars 1957, sous les ors du Capitole à Rome, elle avait signé les traités de Rome institutionnalisant la Communauté Européenne Economique (CEE) et la Communauté Européenne de l'Énergie Atomique (EURATOM) : pourtant la génération du baby-boom s'apprêtait à prendre le pouvoir et notre pays s'engageait résolument d'abord, sur le plan économique, plus tardivement sur le plan juridique, dans de profondes réformes. Dans les quarante années suivantes nous allions voir l'économie- et plus particulièrement la finance- prendre une part croissante dans nos activités. Jusqu'alors, les lignes ne s'étaient déplacées qu'à la marge alors que brutalement nous allions passer du canton au département puis à l'Europe. Ce changement d'échelle s'est accompagné d'une accélération de l'intégration européenne au sein d'un nouvel espace aux frontières régulièrement repoussées.

Les centres de décisions allaient alors se déplacer vers des institutions européennes, réduisant peu à peu les marges de manœuvre des responsables nationaux. Nous allions tous prendre conscience que l'économie faisait désormais peu de cas des limites territoriales des uns et des autres pour laisser la part belle à de puissantes multinationales voulant à tout prix réduire leurs coûts de production, suivies en cela par des fonds de pension à l'insatiable appétit d'investissement et de rentabilité à tout prix.

Mais le droit allait lui aussi devoir affirmer sa dimension transfrontalière au travers de directives et des décisions des juridictions européennes. Celles-ci allaient peu à peu inventer un droit novateur régi par les grands principes fondateurs que leurs Etats membres – et ce n'est pas là le moindre paradoxe – ont parfois bien des difficultés ou des réticences à transposer dans leurs propres législations intérieures. Telle par exemple « *la societas europaea* » (SE) créée par un règlement et une directive européenne de 2001. Dotée d'une double citoyenneté, à la fois nationale et européenne, elle bénéficie d'une grande mobilité intra européenne mais n'a encore séduit que bien peu de nos sociétés. Pourtant la multiplicité des flux du commerce international offre au droit des affaires un champ infini de possibilités au fur et à mesure que les patrimoines s'internationalisent et que les

mouvements de population apportent une nouvelle dimension au droit international privé. Mais il est vrai que, malmené par les avancées de la mondialisation et l'irruption d'un capitalisme d'actionnaires peu enclins au compromis social, l'affaiblissement des Etats Nations déstabilise les relations internationales.

Deux grands ordres juridiques issus des profondeurs de notre culture semblent se mettre progressivement en ordre de bataille sur le champ de la mondialisation du droit en bousculant l'ordre des professions libérales contraintes de s'accommoder de nouvelles règles en pointillé.

Ces évolutions contribuent à rendre encore plus complexes les réponses aux questions que nous nous posons tous « Qui sommes-nous? D'où venons-nous? Où allons-nous? » et qui, plus que jamais, concernent notre environnement juridique et économique.

I – Des mutations économiques et juridiques en gestation

1. D'un notaire à l'autre

■ Entre la fin XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle, le notariat français n'a pas radicalement changé.

L'ordre des choses semble immuable et apaisé à l'image des campagnes qui produisent l'essentiel des richesses. Le temps n'a guère de valeur ; tout au contraire prendre son temps, laisser le temps aux affaires de se réaliser est une promesse de sécurité et de réussite. Les notaires, successeurs de leurs père et grand-père, notables respectés, instrumentent, sous la poussière des panonceaux, autour d'un droit qui semble figé. La priorité est donnée à la matière traditionnelle faite de contrats de mariage, de successions et d'actes courants. Dans un monde juridique encore très stable, les qualifications demandées, valorisent avec succès l'expérience plutôt que les formations diplômantes. La compétition des savoirs juridiques n'existe pas. Souvent seul, le notaire, enraciné dans son canton, exerce son ministère au profit de familles conservatrices qu'il connaît bien et, qui, dans le secret de l'office, déposent entre ses mains tous leurs intérêts, du mariage jusqu'à la mort, avec une fidélité non démentie sur plusieurs générations. Dans sa dynamique propre le notariat français tend à privilégier l'héritage, qu'il soit direct – sous la forme de la transmission successorale- ou sociologique, sous la forme de la reproduction sociale par le diplôme et le statut. C'est là un système d'organisation qui a sa logique propre et qui doit se comprendre comme le fruit d'une histoire.

■ A partir des années 1960, l'essor de l'immobilier urbain et périurbain en même temps que l'exode rural ouvre de nouvelles perspectives. Les transactions

se concentrent dans les grands centres urbains et augmentent considérablement en nombre tandis que les réseaux immobiliers se développent. De ce fait, une différenciation s'amorce entre les études des grandes métropoles et le reste du pays. On assiste à une marginalisation des petites études rurales devenues les bureaux annexes d'offices plus importantes. Tandis que l'effectif de la profession augmente constamment depuis les années 1980, le nombre d'offices diminue depuis la même date alors qu'un programme d'implantation de nouveaux offices est énergiquement mené depuis 1989 dans les agglomérations importantes sous l'impulsion du Conseil supérieur du notariat avec la CLON et le concours du ministère de la Justice.

L'arrivée des sociétés civiles professionnelles dont le nombre a doublé en 20 ans réduit l'isolement du notaire tout en répondant à la nécessité de regrouper, en toute sécurité, les moyens et les compétences au moment où la concurrence avec d'autres professions du droit redouble et s'intensifie. Le nombre de collaborateurs augmente sensiblement. Des spécialisations au sein d'un même office apparaissent au fur et à mesure que la législation se densifie et se complexifie.

Pourtant d'autres domaines sont laissés en jachère ou sont abandonnés. C'est le cas du marché de cession des fonds de commerce ou de celui de la cession des marques et brevets. Après le télex et avant Internet qui promet la société « zéro papier », la télécopie vient transformer le rythme des échanges.

Le temps réel devient un facteur prépondérant et l'espace s'efface.

- Ces dix dernières années ont été marquées de manière significative :
- En premier lieu, par l'affirmation du poids de l'immobilier qui devient nettement prépondérant dans l'activité notariale. Plus de la moitié du chiffre d'affaires réalisé, en 2006, par les 4 500 offices correspond aux produits des ventes et des constructions immobilières. Avec la négociation immobilière et les actes liés au crédit, nous approchons des trois quarts. Les successions et actes de famille ne représentent plus que le quart du chiffre d'affaire tandis que le droit des entreprises (conseils, expertise, conseil patrimonial) culmine autour de 7 %. La différenciation entre les études de Paris et de sa banlieue ou des grandes métropoles de province et les études situées en zone rurale est de plus en plus marquée, les premières bénéficiant d'une activité deux fois plus importante que les autres. Elle se retrouve au niveau des revenus qui sont trois fois supérieurs dans les grandes villes par rapport à ceux générés en zone rurale.
 - Ensuite, avec la prolifération des ordinateurs personnels et la multiplication des réseaux permettant leur interconnexion, une véritable révolution, comparable à l'avènement de l'écriture ou l'invention de l'imprimerie, celle

de l'électronique et du virtuel, se poursuit à un rythme accéléré pour finalement mettre fin au monopole papier pour les actes établis par les notaires. Deux décrets du 10 août 2005 organisent, en effet, à partir du 1^{er} février 2006 la possibilité d'établir des actes sur support électronique qui bénéficient d'un système de traitement, de conservation et de transmission de l'information agréé par le CSN et garantissant l'intégralité et la confidentialité de leur contenu.

- Enfin, par la volonté de déréglementer les services professionnels au regard des règles du droit européen de la concurrence à laquelle les notaires français ont répondu en invoquant l'exception de l'article 45 du traité de la Communauté européenne. En fin de compte, si les professions juridiques réglementées obtiennent, comme elles le souhaitent, que soient exclues de la directive européenne sur les services leurs activités liées à l'autorité publique, les professions elles-mêmes restent, en revanche, incluses.

Que seront les conséquences définitives de ce choix communautaire guidé par le sens du compromis? Peut-on concevoir que les contours de la profession de notaire se voient redessinés dans un avenir plus ou moins proche ou que certaines de ses activités entrent dans le champ de la libre concurrence par une distinction entre les activités de conseils et celles liées au service de la preuve et de la conservation des conventions?

Quoi qu'il en soit, le lien direct que la Commission Européenne a établi entre la dérégulation des professions libérales et l'amélioration de la compétitivité du secteur des services, principal moteur de la croissance de l'Union, tout comme l'invitation faite par la Commission de la Concurrence à repenser le monopole des notaires en matière immobilière témoignent de l'importance des enjeux et de la difficulté à trouver des alternatives susceptibles de ménager l'ensemble des intérêts et des impératifs en présence.

2. Il était une fois la généalogie de demain

Pendant longtemps la généalogie a été perçue comme une science auxiliaire de l'histoire et comme un instrument privilégié de connaissance du passé au travers de prestigieux ancêtres auxquels chacun souhaitait se rattacher. La finalité de cette activité s'est heureusement quelque peu déplacée.

Contrairement à ce que l'on croit communément, nous connaissons généralement fort peu ou fort mal nos familles. Et cette méconnaissance s'accroît au fil du temps. Chaque jour, comme l'a rappelé la vague de chaleur caniculaire que notre pays a connu au mois d'août 2003, meurent des vieillards solitaires qui ont perdu leurs proches ou négligé depuis longtemps toute relation avec eux.

Il y a encore les secrets et brouilles de famille, les divorces et remariages qui sont à l'origine de nombreuses ruptures tant et si bien que la génération suivante ne soupçonne même pas l'existence de ceux qui sont pourtant du même sang et n'a qu'une connaissance limitée et fragmentaire de ses proches et lointains parents.

De toutes manières, et qu'elles qu'en soient les causes, les cas dont s'occupe le généalogiste successoral sont devenus suffisamment nombreux pour justifier l'existence d'une profession dont l'utilité s'affirme chaque jour davantage.

Depuis ces trente dernières années son champ d'action s'étend et se diversifie pour tenter d'ouvrir de nouveaux horizons et répondre à une exigence de vérité de plus en plus attendue. Qu'il me soit permis de dire quelques mots de notre propre parcours. Entré aux côtés de Maurice COUTOT durant l'année 1966, je devais lui succéder au début de l'année 1979. En 1994, pour répondre au double défi de l'euro- juridisme et de l'inter- professionnalité nous donnions à l'entreprise individuelle une nouvelle impulsion en adoptant la forme sociétaire qu'elle a aujourd'hui avec l'appui de mes deux fils Guillaume et Tristan.

Riche d'une expérience de plus d'un siècle, notre société s'est peu à peu dotée d'outils modernes de gestion grâce à la compétence de ceux et celles qui la composent et qui ont tous acquis, tant dans les services de recherches que dans les services de règlement, des connaissances juridiques et pratiques qui s'affirment et se renforcent au fil des années en s'adossant à un ambitieux programme de formation permanente. Avec la constitution d'un fonds d'archives privées de plus d'un demi-milliard de données, numérisées et consultables par chacune de nos 27 succursales, nous pouvons désormais rechercher, vérifier et faciliter les règlements successoraux tant en France que dans tous les pays de la Communauté européenne, dans la plupart des pays de l'Est et sur le continent américain alors que nos bureaux à l'étranger s'étoffent peu à peu et gagnent en importance.

Habité par des convictions européennes reçues en héritage d'un père qui fut juge au tribunal pénal international de Nuremberg, après la seconde guerre mondiale, comment ne pas vouloir mettre en pratique une culture dont j'ai déjà éprouvé la richesse durant les quatre années que j'ai eu le bonheur de vivre à la Cité Universitaire Internationale de Paris, boulevard Jourdan, comme au séminaire d'études américaines à Salzbourg en 1964. L'évolution conjuguée du paysage familial et de l'environnement législatif explique pour une bonne part ces transformations et cette internationalisation de nos activités.

2. 1 Le paysage familial

Il s'est considérablement modifié ainsi qu'en témoignent ces quelques observations. Le couple n'est plus une fin en soi. A chacun de choisir la formule qui

lui convient le mieux puisque l'institution du mariage consacre moins la formation d'un couple que sa transformation. Ainsi les unions sont-elles de moins en moins institutionnelles et de plus en plus contractuelles. Près de cinq millions de personnes vivent en concubinage. L'engouement de nos concitoyens pour le PACS, inauguré en 1999 et modifié par la loi du 23 juin 2006, se confirme depuis son introduction puisqu'au total 263 000 contrats ont été signés, 12 % d'entre eux seulement ayant été dissous. Désormais 280 000 unions, le plus souvent précédées d'une période de cohabitation, sont célébrées chaque année. Le nombre de mariages en 2000 est inférieur à celui de l'année 1900 alors que, dans le même temps, la population a augmenté de près de la moitié. Lors du premier passage en mairie, la mariée est maintenant âgée de 28 ans en moyenne et le marié de 30 ans. 16 % des nouveaux mariés sont des divorcés. La part des divorces croît régulièrement puisque quatre couples sur 10 en moyenne sont touchés et les divorces après 25 ans de mariage sont trois fois plus nombreux en 1998 qu'en 1978.

Le nombre de familles monoparentales augmente de 63 % en 20 ans tant et si bien que 1,2 millions d'adultes élèvent seuls 2 millions d'enfants. Plus de 48 % des enfants naissent de parents non mariés et, bien que le taux de reconnaissance ait augmenté de façon significative à partir de 1972, 8 % d'entre eux ne sont jamais reconnus : la famille ce n'est donc plus un couple marié ayant des enfants, mais des enfants avec un ou deux adultes qui s'occupent d'eux. L'espérance de vie croît tous les ans : le nombre de grands parents augmente tout autant que celui des arrières grands parents. En 2000, 12,6 millions de français ont atteint les 60 ans. En 2050, selon les prévisionnistes, la France comptera plus de 22 millions de sexagénaires soit une augmentation de 80 %. La famille autrefois solidaire, ramassée sur quelques cantons, se disperse désormais sur des aires géographiques de plus en plus éloignées du lieu d'origine. Les migrations de population accentuent l'internationalisation des familles et des patrimoines. La concentration urbaine, renforce l'anonymat et l'isolement tandis que les causes de ruptures avec la société et avec la famille se multiplient, offrant ainsi l'occasion de disparaître pour mieux reconstruire « une nouvelle vie » tandis que pour d'autres, il n'y a d'autre alternative que de glisser vers une marginalité sociale quasi définitive.

2. 2 L'évolution du paysage législatif

Sur trente ans, il a également connu de profonds changements.

- La loi du 3 janvier 1972 avait affirmé le principe d'égalité des filiations légitimes et naturelles tout en maintenant pour partie un statut discriminatoire, notamment à l'encontre des enfants incestueux et adultérins, les

premiers ne pouvant établir leur filiation qu'à l'égard de l'un des parents, les seconds voyant leurs droits réduits de moitié s'ils se trouvent en concours avec la famille légitime de leurs auteurs.

- Sous la pression de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la loi du 3 décembre 2001 a supprimé pour l'essentiel les dernières discriminations entre les deux filiations. Enfants légitimes, naturels, adultérins ont à présent les mêmes droits dans les successions de leurs auteurs. Elle apporte également d'appréciables éléments de sécurité quant à la véracité de la qualité d'héritier dont la preuve, reste au demeurant libre. En responsabilisant l'héritier, elle a ainsi renforcé la responsabilité du généalogiste qui intervient à l'acte de notoriété – dont l'institution est consacrée – du fait de l'incertitude ou de la complexité de la dévolution, l'affirmation de la vocation à hériter étant le résultat partiel ou total de ses seules recherches.
- La loi du 4 mars 2002 relative à la dévolution du nom de famille a permis aux père et mère de choisir le nom de leur enfant, mais en dépit des correctifs apportés par la loi du 31 octobre 2004, elle laisse planer bien des interrogations qui conduisent à se demander si le nom patronymique restera toujours le lien qui unit les membres d'une même famille.
- Enfin la loi du 22 janvier 2002 en maintenant la possibilité pour une femme d'accoucher dans le secret et en interdisant le droit à la levée de ce secret s'est faite l'allié objectif de la rupture des filiations tout comme les lois sur la bioéthique du 29 juillet 1994, révisées en 2004, réglementant la procréation médicalement assistée de nature exogène, qui édictent l'anonymat des dons d'ovocytes privant ainsi l'enfant de tout droit à connaître ses origines génétiques.

L'ensemble de ces évolutions associées à l'environnement notarial, qui se transforme de fond en comble, a ainsi modelé nos propres activités, l'univers professionnel qui se profile ne ressemblant guère à celui que nous connaissons encore aujourd'hui.

En fait, c'est toute notre société qui est sans doute parvenue à *la fin d'un cycle*.

Une nouvelle société frappe à notre porte dont le développement sera aussi rapide que considérable et le véritable défi sera de savoir si la France et l'Europe vont être capables de s'adapter aussi vite que les Etats-Unis d'Amérique, sans oublier dans la réflexion économique et juridique, l'arrivée météorique de l'Inde et de la Chine qui s'appuient sur l'anglais langue vernaculaire devenu l'espéranto commun à toute l'espèce humaine.

II – A l'écoute des évolutions de notre société

Nos contemporains et singulièrement nos concitoyens semblent vouloir classer l'Europe dans la catégorie de ces « demi – maîtresses » qu'on aime sans inquiétude et qu'on quitte sans chagrin. Alors que le premier mai 2004 dix nouveaux pays européens faisaient leur entrée dans l'Union européenne, le projet de constitution prévoyant notamment de renforcer l'unification du droit des Etats membres a été rejeté, en 2005, par le peuple français et quelques autres électors nationaux. Il faut peut-être chercher la cause de cet échec dans la crainte de la mondialisation perçue plutôt comme une source de menaces que comme une mine d'opportunités. Pourtant, l'activité juridique, devenue un marché à part entière avec la spectaculaire libéralisation des échanges au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce, n'y échappe pas. La matière juridique est désormais une composante de la compétitivité économique et au sein même du marché du droit une compétition chargée d'enjeux économiques se fait jour entre les deux grands systèmes juridiques existants. Celui des deux qui saura démontrer sa plus forte attractivité aura toutes les chances, sans anéantir l'autre, de le rabaisser à un rang inférieur ou du moins de l'amoindrir fortement alors qu'aujourd'hui les rapports de forces sont à peu près égaux.

1. La cohabitation de deux grands systèmes juridiques: le droit écrit dit romano germanique et la *common law*.

Tentons de rappeler ce qui les caractérise en substance.

1. 1 Le droit continental

Un tel système est venu au jour et a continué à exister indépendamment de toute visée politique. Fondé sur une communauté de culture entre des pays tous aujourd'hui dotés de codes, le secret de son rayonnement paraît incontestablement reposer sur l'humanisme qui le sous-tend et lui permet d'atteindre ainsi à l'universel. Les autres branches de ce droit n'ont été que plus tardivement et moins parfaitement développées, en partant des principes du droit civil qui est demeuré longtemps le siège par excellence de la science du droit dont la trame résultait non de décisions jurisprudentielles mais de principes soigneusement posés et élaborés par les juristes.

Il trouve sa source :

- d'abord dans la loi, source de droit par excellence, règle abstraite et permanente qui peut être impérative ou supplétive. Elle s'impose à l'ensemble des citoyens d'un Etat.
- en second lieu dans les règlements (décrets, arrêtés, circulaires) et les ordonnances qui tiennent à la fois des lois par leur domaine et des règlements par leur origine.

- dans la jurisprudence c'est-à-dire l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux et les cours qui, en la matière, jouent un triple rôle : appliquer la loi, l'interpréter et la compléter.
- enfin dans la doctrine constituée par l'ensemble des travaux des juristes qui influence à la fois le législateur et la jurisprudence et dans la coutume que l'on peut définir comme une pratique généralisée de longue durée, confortée par la croyance à son caractère obligatoire.

Ajoutons que le droit écrit, comme dans tous les pays de la famille romano-germanique, groupe ses règles dans les mêmes grandes catégories. Partout s'établit comme la grande division de base, la distinction du droit public et du droit privé fondée sur l'idée que les rapports entre gouvernants et gouvernés posent des problèmes propres et appellent une réglementation différente de celle qui doit s'appliquer aux rapports entre personnes privées. A l'intérieur du droit privé comme du droit public, on retrouve par ailleurs les mêmes branches fondamentales qu'il s'agisse du droit constitutionnel, du droit administratif, du droit international public, du droit civil ou du droit commercial.

Enfin la même correspondance dans les catégories reçues se manifeste dans les institutions et dans les concepts tant et si bien qu'aucune difficulté majeure, en règle générale, n'est éprouvée pour traduire du français en allemand, espagnol, italien ou grec, les mots du vocabulaire juridique. Il en résulte que le juriste qui connaît l'un de ces droits, a par suite de cette similitude, des facilités pour comprendre les autres droits fondés sur les mêmes enseignements à base de droit romain et de droit canonique.

Si les codes bonapartistes ont aussi été incontestablement source d'inspiration pour de nombreuses législations étrangères, il apparaît néanmoins qu'aujourd'hui la *common law* anglo-saxonne les concurrence en raison de la primauté donnée au droit des affaires.

1. 2 La *Common Law*

Notons tout d'abord que ce système né en Grande-Bretagne s'est développé de façon autonome. Il n'a, en effet, que fort peu subi l'influence du continent européen et n'a connu aucun renouvellement que ce soit par le droit romain ou par une quelconque codification.

A bien des égards, la structure du système anglo-saxon est totalement différente des droits de la famille romano-germanique. Ainsi au niveau des grandes divisions du droit, pas de distinctions du droit public et du droit privé, pas de catégories de droit civil et de droit commercial. A la place, nous trouvons la

distinction entre la *common law* et l'*equity* ainsi qu'une conception tout à fait différente de la « *legal rule* ».

Le corps du droit est d'essence jurisprudentielle : la jurisprudence a pour rôle de dégager d'abord des règles de droit, pour ensuite et seulement les appliquer sans interdire pour autant grâce à la technique dite des « distinctions » l'élaboration de règles nouvelles. Dans la logique d'un tel système, l'obligation de s'en tenir aux règles posées par les juges (*stare decisis*) et de respecter par conséquent les précédents judiciaires s'est imposée.

Toutefois, alors que le droit écrit forme un « système fermé » où toute question peut et doit en théorie être résolue par l'interprétation d'une règle juridique préexistante, la *common law* s'avère être à l'inverse un « système ouvert » comportant une méthode permettant de résoudre toute espèce de question sans règles de fond préétablies. Le juge doit apporter la solution la plus raisonnable en la tirant de l'expérience du passé, d'un magma de précédents, d'usages, voire d'opinions qui ensemble réunis forment la règle du précédent. Celle-ci n'a donc d'autre but que de donner des cadres au droit en conservant une structure jurisprudentielle conforme à sa tradition. Le droit anglo-saxon tel qu'il est issu des procédures de la *common law* reste ainsi essentiellement un droit jurisprudentiel même s'il y a aujourd'hui de plus en plus de lois pour régler les divers aspects de l'activité juridique.

Le juge émet en effet des opinions qu'il est toujours possible de remettre en cause car elles ne constituent pas des règles de droit. La *legal rule* se place en conséquence au niveau de l'espèce à l'occasion de laquelle elle a été dégagée, tant et si bien que les règles formulées par le législateur, pour peu qu'elles demandent une interprétation, ne sont adoptées que lorsqu'elles ont été préalablement interprétées par la jurisprudence.

Alors que la règle de droit continental a pour vocation de s'appliquer dans une généralité de cas sans rapport avec un litige particulier, la règle de droit anglo-saxonne est une règle apte à donner de façon immédiate sa solution à un litige à propos duquel elle a été affirmée. C'est que la technique du droit anglais n'est pas une technique d'interprétation des règles juridiques. Elle consiste tout au contraire en partant des *legal rules* déjà dégagées à découvrir la *legal rule* peut être nouvelle qui devra être appliquée à l'espèce, en examinant minutieusement les raisons qu'il y a de distinguer la situation qui se présente de celle du passé.

Cette conception de la *legal rule* plus étroite et plus stricte que notre conception de la règle juridique trouve là encore son explication dans l'histoire, dans le fait que la *common law* s'est formée dans les tribunaux et que les règles juridiques sont en conséquence, plus souples et plus nuancées au sein d'un droit qui s'avère ainsi plus inductif que déductif et plus empirique que logique.

Qu'en conclure, sinon que les fondements culturels de ces deux systèmes dans leur modernité actuelle se réclament l'un et l'autre d'une dogmatique de leurs sources qui adhère implicitement à des postulats en apparence antinomiques.

Faut-il pour autant continuer à mettre en valeur une impossibilité de cohabitation voire une opposition entre les deux systèmes ?

1. 3 Des convergences possibles

En réalité, il apparaît bien que ces différences – sensibles il y a encore quelques dizaines d'années – vont aujourd'hui en s'amenuisant, les deux systèmes ayant dû s'adapter aux changements et faire face aux besoins de sociétés qui à tout prendre sont quelque peu semblables. Qu'il s'agisse des classifications applicables, des codifications ou encore du rôle de la jurisprudence, des convergences apparaissent.

La distinction du droit civil par rapport au droit commercial paraît devoir s'estomper au profit d'un droit des affaires – amalgame des deux droits – qui les vivifie et les enrichit tout à la fois. C'est ainsi qu'en France tout particulièrement ce droit s'est développé en dehors du code de commerce tant et si bien que paradoxalement il est aujourd'hui moins codifié que dans les pays anglosaxons où existe, notamment aux USA, l'*Uniform Commercial Code*. Le mouvement en faveur de l'utilité des codifications publiques ou privées qui permettent de se familiariser avec des concepts aujourd'hui établis et reconnus s'est, par ailleurs, considérablement amplifié et, dans tous les pays, à quelque système qu'ils appartiennent, lois et règlements rendus nécessaires par la volonté de transformer en profondeur les sociétés ont pris une importance démesurée. De nombreuses législations de circonstance telle la protection des consommateurs ou les défenses apportées à la propriété industrielle, se sont ainsi développées en marge des codes favorisant, notamment aux USA, un vaste mouvement en faveur des *Restatements* et une réflexion approfondie sur la nécessaire réglementation de méthodes anarchiques souvent mal sanctionnées.

Parallèlement dans tous les pays de droit écrit, le rôle de la jurisprudence dans la création du droit va grandissant depuis qu'ils subissent beaucoup moins fortement l'hypnose de la légalité pour tendre vers un droit plus judiciaire. Le droit international privé est ainsi pratiquement totalement d'essence jurisprudentielle.

2. De la tentation d'un système juridique de supplanter l'autre

Pendant longtemps, les deux systèmes se sont développés parallèlement, sans chercher, à s'éliminer mutuellement à l'exception de quelques tentatives limitées localement comme au Québec ou en Louisiane. Depuis peu, la loi continentale et, plus particulièrement le droit français, fait face à un assaut d'envergure.

Le rapport (« *Doing Business in 2004* ») que la Banque Mondiale a consacré à la pratique des affaires dans plus de 130 pays en fournit la meilleure illustration. Ce document, suivi par d'autres rapports annuels à peine moins sévères, prétend, en effet, démontrer que le droit français et, plus généralement le droit civil, est intrinsèquement défavorable au développement économique. A l'opposé, la *common law* bénéficierait de solides atouts dans le domaine des relations économiques internationales ce qui expliquerait, entre autre, que pour les grands contrats internationaux, les acteurs du commerce international la préfèrent au droit continental qui répondrait moins bien à leurs besoins. A l'appui de cette démonstration, des indicateurs de comparaison sont fournis dont plusieurs placent la France derrière des pays tels le Nicaragua et le Zimbabwe, ... Au classement général, la France se hisse péniblement à la 44^e place... entre la Jamaïque et... le petit archipel micronésien de Kiribati ! C'en fut trop pour nos gouvernants qui, irrités, invitèrent l'un des plus éminents représentant de la Banque Mondiale à venir s'expliquer sur place !

L'assaut eût pu être, plus simplement, contré par la formule de TALLEYRAND : « tout ce qui est excessif est insignifiant » mais admettons que le jeu des mots eût été trop faible face à l'enjeu.

Au-delà de la susceptibilité nationale qu'il convient de ménager et de respecter, et sans rentrer dans le fond du débat sur les mérites de chacun des deux systèmes ni faire sienne les conclusions de la Banque Mondiale, ne peut-on pas convenir, en toute objectivité, qu'il existe en France, des conditions favorables à pareille démonstration ?

Ainsi, trop de lois ne tue-t-il pas notre droit ?

Nous savons la France confrontée à une inflation de lois. Avons-vous cependant véritablement conscience de l'ampleur de ce mouvement inflationniste qui trouve ici sa traduction par quelques données édifiantes ?

D'une longueur moyenne de 15 000 pages au cours des années 1980, notre Journal Officiel compte plus de 23 000 pages annuelles au cours de ces dernières années. Aux 9 000 lois et 12 000 décrets en vigueur en 2000 sont venus s'ajouter en moyenne depuis lors 70 lois, 50 ordonnances et 1 500 décrets par an.

A titre de comparaison, aux USA, le nombre de textes à valeur législative adopté chaque année par le Congrès, tout en restant supérieur à 850 en 2004, a diminué de 40 % depuis 1970. A cette inflation normative, qui contribue à rendre encore plus fictif le célèbre adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », s'ajoutent l'allongement et la complication croissante des textes. Plusieurs lois, comme la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dépassent, les 100 pages. Le code général des impôts compte plus de 2 500 pages et regroupe

4 500 articles législatifs et réglementaires. Pire encore, en 2005, selon le Sénat, 222 des 1 000 textes législatifs promulgués depuis 1981 n'avaient pas encore reçu application à la fin 2005 faute d'adoption de l'ensemble des décrets indispensables. C'est ainsi que la loi du 24 janvier 1984 sur les établissements de Crédit n'a toujours pas vu la publication de tous les textes réglementaires sans pour autant qu'une nouvelle loi ne soit venue la supprimer.

Enfin, notre droit est devenu instable.

En moyenne, plus de 10 % des articles d'un code changent chaque année.

Inévitablement de tels inconvénients réduisent l'attractivité de notre droit et par voie de conséquence de notre économie car tout ce qui laissera à penser à un agent économique qu'il est défavorisé l'incitera à se déplacer. Il est vrai toutefois que ces désavantages ne sont pas l'apanage exclusif de la France : bien d'autres Etats de l'Europe possèdent une législation complexe. Il n'en demeure pas moins qu'ils ont des incidences économiques non négligeables. En 2000, le coût et la complexité des normes et des procédures ont été évalués pour l'ensemble des pays membres de l'O C D E à 3 ou 4 % du PIB selon les pays.

Autre caractéristique de notre environnement juridique national qui ne peut être négligée : la poussée, non démentie depuis une dizaine d'années, des avocats anglo-saxons. Le marché français connaît une restructuration en profondeur provoquée tant par l'émergence massive d'une nouvelle clientèle de grandes entreprises que par les nouveaux besoins exprimés et stimulés par la croissance constante du nombre d'opérations financières, la globalisation des marchés et des places boursières, le niveau de liquidité des fonds d'investissement. C'est dire que s'opère une convergence de plus en plus affirmée avec le secteur financier dans l'offre de services. Il n'est de jour sans que la fusion, le rachat, la prise de participation de sociétés le plus souvent cotées ne soient évoqués. Le groupe des Banques Populaires acquiert l'administrateur de biens FONCIA. La Banque américaine LEHMAN BROTHERS achète à la société UNIBAIL les tours de la Défense qui elle-même annonce son intention de se marier avec RABAMCO pour créer un géant de l'immobilier européen. ALBERTIS se porte acquéreur d'un tiers du capital d'EUTELSAT. Le promoteur NEXITY et le Crédit Foncier sont en voie de rapprochement. Des rumeurs circulent autour d'un projet de cession de KAUFMAN AND BROAD à des fonds d'investissements...

Ces opérations de recomposition du paysage économique à forte valeur ajoutée s'effectuent de plus en plus fréquemment par le canal de cabinets anglo-saxons. Le chiffre d'affaires des professions juridiques françaises, qui se situe aux alentours de 13 milliards d'euros, se partage entre les avocats dont l'effectif atteint les 44 000 et les 8 400 notaires. Mais force est de constater que le droit des affaires est devenu

massivement le marché des avocats, et plus spécifiquement de 9 000 d'entre eux majoritairement à Paris qui collaborent essentiellement avec des entreprises dont le chiffre d'affaires oscille entre 50 et 100 millions. La moitié du chiffre d'affaires du droit des affaires est réalisé par les seuls cabinets d'origine anglo-saxonne qui par ailleurs absorbent de plus en plus de cabinets français tandis que ces derniers peinent, à de rares exceptions, à s'implanter à l'étranger.

A titre d'exemple, un cabinet d'avocats comme CLIFFORD CHANCE réalise un chiffre d'affaires mondial de 1,47 milliards d'euros et de 100 millions d'euros pour son seul établissement parisien, en conseillant COLONY CAPITAL, VIVENDI, APAX, le groupe ARNAULT etc.

En 2005, selon THOMSON FINANCIAL, il fallait attendre la septième place pour découvrir le premier cabinet d'avocats d'affaires français alors que des cabinets comme FRESHFIELDS, connaissaient au cours de leur exercice 2005-2006 une progression de 20 %. Naturellement, cette poussée étrangère n'empêche pas les avocats nationaux d'être aussi prisés par les entreprises étrangères. Nombre d'entre eux internationalisent d'ailleurs leurs activités, comme GIDE LOYRETTE NOUËL dont plus de 30 % du chiffre d'affaires proviennent désormais de l'international.

Il est, cependant, frappant de relever que pour élargir leurs compétences et compléter leurs équipes de tels cabinets se tournent souvent vers des avocats d'origine anglo-saxonne. Le droit anglais trouve sans doute dans ce contexte un terrain favorable à son affirmation.

Ni la mondialisation de l'économie, ni l'influence plus ou moins visible de la culture juridique anglo-saxonne au travers de nouveaux acteurs juridiques sur le marché national, ni les handicaps de notre droit ne doivent cependant pas nous faire oublier les atouts dont la France et son système juridique bénéficient.

M^{me} Christine LAGARDE Ministre Délégué au Commerce Extérieur, tout en soulignant que la mondialisation du droit est une « chance formidable » dont il fallait tirer parti de toutes les opportunités, rappelait lors d'une conférence internationale sur la place du droit que :

- Plus de la moitié de l'humanité vit dans un système juridique inspiré du droit romano germanique contre 41 % pour le droit anglo-saxon.
- La moitié du produit intérieur brut mondial est produit dans des pays de droit romano germanique contre 45 % pour le droit anglo-saxon.
- Le droit continental reste attractif: entre 2000 et 2005, 54 % des investissements directs étrangers ont été destinés à des pays de droit romano-germanique comparé à 39 % pour le droit anglo-saxon.
- La France reste l'une des premières destinations des investissements étrangers derrière le Luxembourg, les Etats-Unis, la Chine et le Royaume-Uni.

Autrement dit, la France n'est pas devenue une déviation sur la route du commerce international.

III – Et pour ne pas conclure...

Le notariat à l'anglaise s'avère des plus rudimentaires. Le *lawyer* anglo-saxon se contente d'apposer sa signature pour attester le contenu de l'écrit déclaré devant lui et que les parties l'ont signé en sa présence. Sa garantie ne va pas au-delà.

Cela peut suffire à quelques-uns. Mais, il est évident qu'un tel système minimaliste ne peut convenir à tous dans le cadre de transactions économiques d'importance. Notre système français, qu'il s'agisse de la publicité foncière ou d'activité notariale, assure, en revanche, une réelle protection à tous ses intervenants évitant les acquisitions hasardeuses et tout le contentieux qui en découlerait.

Redisons le encore une fois, au risque de nous répéter. En matière économique, la France est confrontée à un immense défi : celui de la mondialisation et des efforts d'adaptation qu'elle exige. C'est cette mondialisation qui est l'enjeu majeur non seulement du moment mais aussi des vingt prochaines années.

Rares pourtant sont ceux qui ont le courage de nous convier à regarder cette réalité en face. On peut en dénoncer les supposés effets néfastes, telles les délocalisations mais il faut aussi en voir les bienfaits ou, à tout le moins, les réformes qu'elle impose alors que nous sommes aujourd'hui confrontés à l'incohérence d'un système capitaliste et concurrentiel qui privilégie le capital sur l'humain.

La France est aussi bien la fille aînée de l'Église que l'héritière de la Révolution. Tentons au moins d'en retenir le second héritage pour comprendre qu'en matière juridique comme en matière économique le moteur de la croissance et de l'avenir c'est d'abord celui de la création de richesses qui permet alors les politiques de redistribution et la lutte contre toutes les inégalités.

Ayons enfin le courage de reconnaître que le bilan laissé par une politique étatiste s'appuyant sur un modèle social économiquement et juridiquement dépassé qui fait fuir les riches et appauvri le plus grand nombre doit aujourd'hui nous inciter à l'autocritique et à la lucidité pour tenter alors de réconcilier nos concitoyens avec l'esprit d'entreprise et les règles de l'économie de marché. En quelques années tout peut encore changer.



A COMPARISON OF THE ENGLISH AMERICAN AND FRENCH LAWS AS TO THE AUTHORITY OF PRECEDENT

Jean-Claude ROEHRIG

Doctor at Law

Chairman Coutot-Roehrig

Former participant of the Salzburg Seminar in American Studies

The Commentaries of Blackstone were first published in 1765. They expressed concisely the Doctrine of Precedent : “It is a well established rule to follow judicial precedents when points of law already settled, come into issue, in a later proceeding. When an issue of law has been clearly decided and declared, it is not in the power of any judge to change or to modify it according to his feelings... The judicial doctrine is the following : the precedents and judicial rules have to be followed unless they are clearly absurd or unjust”.

The same rules of “stare decisis” can be found in the United States, in the Commentaries of Kent first published in 1826 : “A judicial decision made after mature consideration on an issue of law which arose in the course of litigation, becomes the rule in a similar case because it is the truest proof that one can get of the law applicable to such a case”.

This theory of precedent has been described as follows : “The judges refer to a previous decision or decisions in order to adjudicate the case presently at issue and this personifies continuity of binding the present with the past”.

So formulated it has been one of the fundamental differences between Common law countries and written law continental countries.

It can be submitted that this distinction seems to-day to be outmoded. A survey of the respective laws of Great Britain, United States and continental laws (more peculiarly from the point of view of the French law) is interesting in the connection.

As a matter of fact, if the existence of the precedent as an origin of law is not found in any written rule of the continental laws, nor even admitted (as it is in Anglo American law), nevertheless, there exists a “de facto” situation which leads, implicitly, to the recognition of judicial precedent. This largely reduces the distinction that one has been able to make between Anglo-American laws and continental laws.

Some writer, such as Professor Goodhart in his essays on the common law, even come to the conclusion that, from the point of view of the authority of

precedent, the American common law acquired a real autonomy and tends to assume a distinct position from the English common law, in order to draw nearer to the French law.

In order to investigate the issues in a more detailed way, two questions may be posed :

- I – Firstly, can the rule of law be fixed at least temporarily, by a single judicial decision, or can it result only from an established jurisprudence ?
- II – Secondly, can a rule of law whether it has been established by a single decision or by an established jurisprudence, be overruled by a new judicial decision ?

I – It is by the answer to the first question that one usually opposes continental and Anglo-American law.

But it seems that on this point, English common law and continental laws are, in reality, on a same side, and the American law on the other side.

In the English common law

A rule of law is incontestably established by a single judicial decision. This rule does not have to be repeated in later decisions : it has its whole authority as soon as it is declared. Two important landmarks in this development are :

- a• the judgement of the House of lords “*London Street Tramway Co. v. London County Council*” in 1898 which state that, court cannot reverse what it has already decided.
- b• the decision of the English Court of Appeal “*Young v. Bristol Aeroplane Co*” in 1944, which decided that it was bound by its own precedents and that those precedents bind all inferior Courts. So the precedent is strictly binding on the Courts that issued it and on the inferior Courts within its jurisdiction.

And this rule of law is quite strict because a decision has value as precedent only in cases involving similar facts.

What has authority of precedent is less the decision itself, that the fundamental principal, or principles, – the ratio decidendi – which are the basis of this decision. Once this principle is clear, the judge will refuse to extend it beyond the facts of the case which constituted the precedent, (this is indeed a principle quite different from that of the continental jurist who would use this, or those principles, in the Cartesian manner, in applying them to other facts if the ground for deciding were the same and in grouping these principles with other principles).

In the continental law

In France, according to a generally received opinion, a rule of law is established only if there is a series of like decisions given by the Court of Cassation (the Supreme Court of Appeal). On some points, the decisions increased, and one finds so, in the presence of series of decisions relating to one issue, particularly at the level of the Courts of Appeal. But, in fact, *when a judicial issue has been much discussed, it is sufficient that the Court of Cassation makes a decision in a single case in order to settle the issue definitely.*

For example, for a long time, the interpretation of the Article 2 of the law of the 16th of November 1940 forbidding, in joint-stock companies, executives holding the offices of director, has been discussed, until the Court of Cassation declared its opinion in the judgment of 25th of February 1957.

One finds exceptions only in fields where the large body of litigations makes law uncertain, especially in subjects of liability or of claims of Social Security. It is true, nevertheless, that the making of the rule of law is decided by the judges progressively up the hierarchy of Courts to the Court of Cassation.

In the U.S. law

If we, now, look at the American law, it seems certain that in many cases, a single decision, even by the Superior Court of the State is not regarded as settling the issue, whereas a series of decisions on the point would.

If it is a recent decision which is involved an which is intended to overrule a prior rule of law it seems, indeed, that it will be followed, but if it is a decision which clearly does not go against a prior rule of law, or if it is a decision several decades old and which, indeed, remained an isolated decision, it appears quite certain that it will be considered with some suspicion and will not be regarded as having authority. In this way, quite a number of judicial precedents are usually cited, as if, their number constituted their strength and those decisions are never individually analysed as the English ones are.

II – It is by the proper answer to the second question that the American law also differentiate from the English law.

And the French law is closer to the English law than the American law.

In England

In England it is clear that the rule of law laid down by a judicial precedent cannot be overruled, either by the Court of the jurisdiction which made it, nor, *a fortiori*, by inferior courts of that jurisdiction. (Moreover, a judgment “Sauttons

Ltd v. Midland Silicate Ltd.” in 1962 seems to question that the House of lords is bound by its own decisions).

The judge made-law can evolve only in two ways.

- On the one hand, by the fact that the Superior Courts have the possibility to reverse the decisions of the inferior courts, which they do with the utmost care.
- On the other hand, the judge can free himself from a too strict doctrine of precedent by distinguishing cases on their facts = (stating that the precedent on which one of the parties relies is not similar in the facts, to the case which is submitted to him). A striking example is the doctrine of consideration under which any contractual engagement must have a counterpart (“consideration”) this is an artificial distinction which is a way to neutralize the effects of a doctrine which fetters the Court unduly.

In the U.S.

On the contrary, in the United States, it is quite certain that *no jurisdiction is bound by its own judicial precedents*. In fact, the precedent enjoys only a relatively feeble authority, which several facts ascertain. First the very conception that the judge has of the dissents: theoretically the dissent is not an expression of an opinion. It is a means of contest to try to obtain that in the future, the decision of the Court may be reversed. In the same way one will notice the complete absence of the creation of new law where a judge declares himself compelled to follow judicial precedents, in giving an unfair solution.

On the other hand, one will notice the diversity of the arguments by which the judge justifies his decision. He is not satisfied with pointing out that such precedents from his State induce him to such solution. He also points out the precedents on the laws of the other states and, particularly the practical results of his decision. He usually furnishes social or policy arguments which show well that the only prior judicial rule of law would not be adequate for him in coming to his decision.

The Federal Supreme Court has many times given the example of reversals in constitutional or political matters (indeed in at least ninety decisions between 1810 and 1957 the Supreme Court of the U.S. overruled its own previous determinations) and other Courts have done the same, though in a less spectacular way.

Moreover the great volume of decisions with conflicting precedents in different jurisdictions has detracted from the authority of individual decisions. The Courts faced with the abundance of precedents will be inclined merely to search for the fairest solution and to add a precedent to a prior large mass.

So, if the doctrine of precedent is still firmly entrenched in the United States, it is less rigidly applied than in England, since the Supreme Court is not bound by its own previous decisions.

In France

In French law, the principle is similar to the American one: i.e. that the Court of Cassation is never bound by its own previous determinations. It is a principle firmly entrenched that every judge must decide according to this conscience and every judge would have the complete right to hold that the does not yield to the interpretation given to the law by the Court of Cassation on the ground that this interpretation is wrong.

If such is the theory one must recognize that the practice is quite different and certainly closer to the English law than to the American law.

The Court of Cassation follows very tightly its prior jurisprudence and it is very uncommon to see it overrule itself. One must nevertheless make two exceptions: First when the Courts are faced with the Social Security cases. Secondly in cases where the law remains mobile because one has completely moved apart from the law. (For example in the matter of liability owing to inanimate things).

Except those two particular cases it is unquestioned that the Court of Cassation sees itself as very tightly bound by its own precedents, and its jurisprudence is very steady (and, in the same way the inferior Courts follow that jurisprudence of the Supreme Court).

This, one is brought to the conclusion that from the point of view of the authority of precedent the United States law is further from the English law than the French law is.

This does not mean that the French and the English laws are, generally speaking, particularly close to each other in their techniques and that they are very distant from the United States law. In fact, it is quite unquestioned that English and American laws are much more similar than French and English laws, for, whereas French law is mainly statute-law, English and American laws are essentially case-law.

But, there will perhaps in the future be a development towards a rapprochement of those laws: As Dean Roscoe Pound stated it, one must not fasten on the precise solution hold by a judgment. One must understand the general idea of it. The solutions are only the application of principles which can remain more or less implicit... Those principles have to be respected. They will lead to new solutions when applied in different circumstances, and it is what will permit the evolution of the law. If this evolution seems insufficient it falls to the legislation to intervene and in that case the reversals of jurisprudence, which will happen, will be of limited extend, for they will be only variations on a fixed scheme = a law.

L'ECONOMIE DU DROIT UN EXEMPLE DE LOI RATEE : COMBIEN ÇA COÛTE !

Michel VAQUIE
Ancien chercheur CRIDON Lyon

NOUS AVONS REÇU en héritage du droit romain une définition culturelle-ment enracinée de la propriété foncière. Elle est consacrée par la Constitution de la France ainsi que par nos lois civiles fondamentales. C'est la faculté pour le propriétaire de faire de son terrain tout usage possible, notamment celui d'affouiller ou de construire dans le respect des limites dictées par l'intérêt général. Il n'est au pouvoir de personne de changer ces racines millénaires, seul l'écoulement du temps préside aux lentes modifications génétiques d'une civilisation.

Pourtant assez récemment, approximativement après le dernier conflit mondial s'est installée dans nos administrations ministérielles une technostucture portée, au faux prétexte de modernité, à s'affranchir de la logique profonde de l'ordonnement de nos lois ressenti comme un carcan dans la mesure même ou ce microcosme ne connaît ni même ne comprend un tel héritage. Le ministère de l'équipement est progressivement devenu la chasse gardée des polytechniciens tandis que le ministère des finances devenait celle des énarques. Ces deux forteresses ont assez rapidement accaparé la vocation à rédiger des projets de loi les concernant notamment en accroissant leur complexité technique, et il ne faut pas se faire beaucoup d'illusions sur la capacité actuelle du Parlement lors de leurs votes à amender ces textes d'origine administrative. On peut même relever que ce « syndrome » a atteint une importance telle que la « plume » est actuellement réservée au sein de ces ministères à quelques personnes dont le nombre se compte sur les doigts de la main qui jouissent de ce plaisir solitaire qu'il y a à concevoir les lois de la future cité radieuse et dont chacun défend ses « œuvres » avec l'énergie de l'initié éclairé face aux « forces conservatrices aveugles » avec lesquelles il faut surtout éviter toute concertation.

Ainsi après avoir milités en faveur de grands travaux publics permettant de réaliser de vastes réseaux : d'assainissement, d'eau, d'électricité, de voirie pour de nobles motifs de sécurité ou de salubrité publique, nos polytechniciens ont

conçu d'instaurer et de faire respecter le postulat selon lequel dans un pays moderne la constructibilité d'un terrain ne résulte que de ses capacités de raccordement aux réseaux publics. D'abord on viabilise ensuite seulement on peut construire. Tout ce qui était contraire à ce nouveau dogme devait désormais être considéré comme vieillerie à supprimer tôt ou tard.

Les mathématiques sont dès lors entrées dans le code de l'urbanisme avec l'apparition du coefficient d'occupation du sol (COS) qui conceptualise ce nouveau postulat d'une part en identifiant un bâtiment par sa superficie de plancher d'autre part en définissant la capacité de construction par rapport à la surface du terrain desservi qui lui sert de support. A mesure des réformes successives ces même polytechniciens se sont enfermés dans leur syllogisme trompeur convertissant subrepticement la limite administrative à apporter au droit de construire en le droit lui même. Pourtant présenter le COS comme un droit transmissible sur un autre terrain est tout aussi incongru que d'assimiler une limitation de vitesse avec la vitesse elle-même !

Et les députés obéissants ont validé diverses règles de la même veine par exemple le plafond légal de densité quant à lui destiné tout simplement à exproprier sans indemnités la France entière du droit de construire un terrain et à charge pour l'usager du sol « d'acquérir » des possibilités de construction auprès de l'autorité publique ou à la rigueur auprès du voisin qui en serait titulaire. Le sophisme poussé toujours plus avant, il a fallu engager le contrôle des possibilités de construction résiduelles en cas de division de l'unité foncière déjà en partie bâtie. Je puis témoigner que cette préoccupation est née à l'issue d'une réunion du CNEIL au cours de laquelle la difficulté avait été soulevée.

L'article L 111-5 du CU dans sa rédaction de 1975 qui imposait un certificat de minoration de densité à peine de nullité de l'acte de division a ainsi été rédigée sur la nappe d'un restaurant par le polytechnicien de service (il s'agissait à l'époque de M. Antoine GIVAUDAN) en charge cette année la de l'une de ces si fréquentes réformes du droit de l'urbanisme. Ce texte rédigé à la hâte a aussitôt ressurgi sous la forme d'un amendement déposé in extremis par un parlementaire complaisant lors du vote de la loi de 1975. Il s'agissait bien, à entendre ses péroraisons de fin de repas, d'accoutumer les notaires à la mise en place imminente d'une véritable autorisation systématique de division foncière qui seule allait permettre enfin de faire un bon urbanisme bien maîtrisé! et dans l'immédiat de les faire participer bon gré mal gré à la police administrative des COS en créant artificiellement une nullité civile des mutations dépourvues de ce certificat de minoration. Ah quelle belle habileté!

Au demeurant ce système conçu sur le seul plan intellectuel n'a jamais été suivi des très lourds aménagements administratifs qui auraient été nécessaires pour qu'une nouvelle organisation ait quelque chance de fonctionner en pratique. Ainsi le fichier immobilier national de la publicité foncière n'a jamais été adapté aux contraintes qu'imposait l'information des tiers sur ces minorations de densité par ailleurs sujette à évolution. En outre les très lourds inventaires de base tels que celui de l'ensemble du parc immobilier bâti mesuré en mètres carrés ou encore le grand puzzle des unités foncières d'un seul tenant à un instant donné, n'ont jamais été établis ni même mis en chantier. Les notaires ont ainsi stoïquement subi pendant rien moins qu'un quart de siècle des contraintes inutiles et ruineuses avant que l'obligation ne soit enfin supprimée en 2000 (et nos technocrates se sont à cette occasion congratulés vigoureusement pour la simplification apportée après tant d'années de surdité aux critiques et objections les plus incontestables).

Qu'on en juge: des ventes ont été annulées pour une raison dont on n'a reconnu l'inutilité que trop tard pour les sauver. Tel a été le cas d'une vente importante de 2 000 000 euros et que le régime d'assurance notariale a dû supporter.

- Des milliers de certificats d'urbanisme spécifiques ont été inutilement sollicités aux frais des notaires et de leurs clients. Il n'est pas exagéré d'estimer leur coût global à 15 000 000 euros par an (100 euros x 150 000 demandes).
- La transmission des prix ou des soultes des actes concernés a été retardée en moyenne d'une quinzaine de jours consacrée à attendre un document inutile ce qui au prix de l'argent représente environ 40 000 000 euros par an (20 milliards euros x 5 %).

En outre il subsiste pour encore 25 ans (responsabilité contractuelle moins les cinq ans écoulés depuis la suppression) un risque non négligeable: celui de la contractualisation des minorations de densité d'origine administrative, source de contentieux menaçant entre voisins dont les terrains ont une origine commune.

Le triste bilan économique de cet échec est donc vertigineux d'autant que les erreurs juridiques contenues dans les textes enfin supprimés n'ont pas encore été éradiquées des têtes pensantes et des mentalités administratives.

C'est ainsi que le COS concept dont les effets pervers sont maintenant connus n'a pas encore été extirpé de l'ensemble du doct de l'urbanisme et que l'on prétend même l'appliquer à d'autres références territoriales qu'une unité de propriété.

On ne peut malheureusement pas appeler au secours le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une réforme technocratique ratée puisque seuls les parlementaires peuvent le saisir. Mais pourquoi ne pas conférer à l'ordre des notaires comme à d'autres ordres professionnels, le droit de saisir le Conseil pour que ces rappels

à l'ordre juridique soient plus fréquents et ainsi plus écoutés de la part de nos apprentis rédacteurs de lois qui en ont tant besoin. Par ailleurs ne serait-ce qu'économiquement, que la profession notariale qui œuvre à longueur de journée, d'année et même de siècle pour l'intérêt général, dont les instances constituent de loin le meilleur observatoire des pathologies juridiques, soit suspecte de corporatisme et si peu écoutée lors de l'élaboration des lois.

A partir du petit exemple que l'on vient de décrire et pris parmi d'autres ratées magistrales, on voit bien que la France ne peut plus supporter financièrement les dommages collatéraux des erreurs de notre technocratie. L'aide et l'assistance à fournir au pouvoir législatif doivent être restituées aux sages, aux légistes, à ceux qui ont l'art de concevoir des lois pour l'éternité ou qui ne touchent à l'ordre législatif que d'une main tremblante. Elle doit être refusée à ceux qui s'imaginent que rédiger une loi n'est qu'une simple technique accessible à tous ceux qui sont poly-techniques et se permettent d'établir des textes bâclés, confus, contradictoires, expérimentaux, qui ruinent peu à peu l'Etat de droit. Il fut un temps où les regards du Monde se tournaient vers la France dont les codes inspiraient ceux des autres pays.

Ce temps ne pourrait revenir que si on trouvait en nous la force de dépolluer nos lois et de retrouver un droit durable. On peut douter, mais après tout, c'est le propre de ceux qui ont encore la foi.



INDICATIONS ET PRÉCAUTIONS D'EMPLOI DES SEL

Luc FIALLETOUT
INTERFIMO

I NTERFIMO, en sa qualité de premier organisme spécialisé dans le financement des professions libérales, se doit de porter attention à l'évolution de l'environnement juridique et fiscal de ses clients.

La loi du 31/12/1990 instituant les sociétés d'exercice libéral (SEL) ne pouvait donc nous laisser indifférents puisqu'elle a entraîné des changements dans les comportements et les stratégies de nombreux professionnels. La SEL est d'ores et déjà la structure d'exercice de référence chez certaines professions libérales telles que les avocats d'affaires, les biologistes, les pharmaciens, les radiologues (et par analogie les experts comptables qui disposent depuis l'après-guerre de SARL et de SA dont les caractéristiques sont proches). Cet engouement s'est d'ailleurs nettement accentué au cours des cinq dernières années.

A titre indicatif, plus d'un pharmacien sur deux achète aujourd'hui son fonds d'officine sous couvert d'une SEL. Force est de constater que le notariat n'a pas connu ce bouleversement, puisque la SEL y reste marginale.

Il n'est donc pas inutile de rappeler quelques fondamentaux qui caractérisent la SEL, puis de passer en revue ses principaux scénarios d'utilisation chez d'autres grandes professions libérales, avant de tenter une réflexion prospective sur l'avenir des SEL dans le notariat.

Rappel des fondamentaux

Un mythe et deux caractéristiques expliquent cet engouement. Tentons d'abord d'éliminer le mythe.

Y aurait-il des économies d'impôts et de charges sociales à réaliser en prélevant le bénéfice d'une activité libérale dans le cadre d'une SEL (sous le régime de l'I.S.), plutôt qu'en nom propre ou en société de personnes (sous le régime de l'I.R.)?

Il n'en est rien : pour un même excédent d'exploitation, appréhendé directement par « un BNC », ou décomposé en rémunération du travail et en dividendes via une SELARL, les prélèvements fiscaux et sociaux sont extrêmement proches.

Quant aux SELAS et SELAFA, elles sont immédiatement disqualifiées de ce type de comparatif en raison de leurs surcoûts sociaux – puisque les associés dirigeants ne peuvent échapper au statut de salariés (et aux charges liées) dans ces catégories de SEL – contrairement aux SELARL dont les gérants ou co-gérants majoritaires peuvent conserver le statut économique de « travailleur non salarié » (TNS).

Au sein d'une SEL, il est toujours possible d'optimiser la répartition entre rémunérations et dividendes (sans oublier toutefois que ces derniers ne seront disponibles qu'après la clôture de l'exercice), mais les effets sont minces et provisoires :

- les assiettes et les taux d'impôt sur le revenu et de CSG sur les dividendes changent d'une loi de finances à l'autre,
- l'économie de charges sur la part du bénéfice distribué en dividendes conduira aussi à des prestations retraite réduites dans le futur,
- certaines caisses de retraite de professions libérales commencent à prélever des cotisations sur les dividendes...

D'ailleurs depuis le 1^{er} janvier 2007, avec l'intégration dans le barème de l'impôt sur le revenu de l'abattement de 20 % pour adhésion à une AGA et, par voie de conséquence, le déplafonnement de cet abattement (auparavant limité à 120 000 euros de bénéfice), la situation d'un « gros BNC » devient même un peu plus favorable, à revenus équivalents, que celle de l'associé d'une SELARL répartissant au mieux son bénéfice entre rémunération de gérant et dividendes.

Il est en outre difficile de faire des comparatifs exhaustifs : par exemple un BNC employant moins de cinq salariés économiserait sur sa taxe professionnelle en passant à l'I.S. (du fait du changement d'assiette de la TP), mais supporterait des taxes et frais nouveaux (TVTS, Taxe d'apprentissage, ORGANIC, IFA...).

Insistons sur le fait que ce genre de comparatif :

- ne conduit pas à des différences significatives,
- reste toujours très provisoire dans l'attente de la prochaine loi de finances.

Il ne serait donc pas raisonnable de passer en SEL à seule fin d'économiser des impôts et des charges sociales sous le régime de l'I. S... mais les mythes ont parfois la vie dure.

En revanche, deux caractéristiques bien réelles et pérennes justifient l'engouement de ceux qui sont en situation d'en tirer parti :

- 1• la SEL est une société d'exercice assujettie à l'I.S.
- 2• la SEL peut accueillir d'autres associés que les professionnels qui exercent en son sein.

En sa qualité de société d'exercice, la SEL est propriétaire du fonds libéral (ou du fonds de commerce pour les pharmaciens) – ce qui suppose que le dit fonds peut lui être apporté, vendu, loué ou mis à disposition... sous réserve des règles déontologiques et des précautions usuelles pour prévenir des abus juridiques ou fiscaux. Or, chaque fois que la SEL est en situation d'emprunter pour acquérir cet actif incorporel qu'est un fonds libéral ou commercial, l'I.S. s'avère très avantageux.

Cette SEL, qui exerce donc, encaisse le chiffre d'affaires (les honoraires de ses associés et collaborateurs), assume les frais généraux (parmi lesquels figurent les rémunérations des associés exerçant) mais, puisqu'elle est assujettie à l'I.S., elle supporte son propre impôt sur ses bénéfices (15 % sur les 38 112 premiers euros, 33,33 % sur le solde).

Une fois l'I.S. réglé, les bénéfices de la SEL peuvent avoir trois destinations :

- soit ils sont distribués en dividendes (et l'on revient aux observations ci-dessus : l'économie d'impôts est un mythe),
- soit ils restent en réserves dans la SEL,
- soit ils sont consacrés, par la SEL, à rembourser le capital de ses emprunts.

Pour ces deux dernières destinations, la différence de traitement fiscal et social avec les autres sociétés d'exercice au régime de l'I.R. est considérable : dans une SCP dite « fiscalement transparente » (ou une SNC chez les pharmaciens) les associés paient impôts et charges sociales sur les bénéfices, même si ceux-ci sont conservés en réserves ou consacrés à rembourser des emprunts.

Dans une SEL, dès lors que les associés ne touchent pas aux bénéfices, seule la société paie l'impôt (à 15 % ou 33,33 %) et celui-ci est très faible au regard du taux de prélèvement marginal d'un gros contribuable BNC/BIC (I.R. + CSG + charges sociales déplafonnées... on est bien au-delà de 50 % de prélèvements).

En d'autres termes, le régime de l'I.S. ne présente pas d'intérêt fiscal pour des professionnels libéraux désendettés qui entendent prélever l'intégralité du bénéfice (sous forme de rémunération et/ou de dividendes) ; il est en revanche très intéressant pour faire des réserves ou pour financer à crédit des actifs incorporels (sans amortissement fiscal pour compenser les remboursements en capital) : les intérêts sont alors déductibles et les remboursements en capital imposés à 15 % ou 33,33 %.

Deuxième originalité : la SEL peut associer, aux côtés des praticiens qui y exercent,

- des anciens associés ou leurs ayants droit (temporairement),

- des membres de la même profession et des professions proches (y compris sous couvert d'autres sociétés d'exercice),
- des tiers dans la limite de 25 % du capital (sauf chez les professions juridiques et chez celles qui ont exclu cette possibilité dans leurs décrets d'application),
- et, depuis la loi MURCEF (2001), des Sociétés de Participation Financière de Professions Libérales (SPFPL)... qui ne sont rien d'autres que des holdings inscrites à un Ordre.

Cette souplesse, ajoutée au fait que dans certaines Professions les décrets autorisent une même SEL à exploiter plusieurs cabinets (ce qui n'était pas toujours autorisé aux SCP), a permis des regroupements, des croisements ou prises de participation, de l'essaimage, la filialisation de certaines activités, la sortie en douceur d'anciens associés... pour les entrepreneurs libéraux qui entendent se développer au-delà de leur pratique personnelle.

Quant à ces nouvelles associées que sont les SPFPL, elles pourront non seulement organiser un groupe de SEL, mais surtout permettre à de jeunes professionnels d'intégrer ou de reprendre des SEL sous couvert de leurs « holdings personnelles », qui porteront les emprunts à leur place.

Cette utilisation de la holding, devenue usuelle en matière de transmission des PME, permet au repreneur de ne pas payer d'impôts sur les dividendes qui lui servent à rembourser son emprunt d'acquisition (voire même, en cas de holdings actives ou « fiscalement intégrées », d'en déduire les intérêts) – une « société mère » (la SPFLP) étant exonérée d'I.S. sur 95 % des dividendes perçus de sa « fille » (la SEL).

Principaux scénarios d'utilisation de la SEL

Quatre modes d'utilisation se dégagent, mais de manière plus ou moins accentuée selon les Professions, leurs modes d'exercice et le cadre réglementaire et déontologique qu'elles ont adopté (21 décrets d'application de la loi du 31/12/1990 et autant de codes de déontologie ne facilitent pas ce type d'analyse!).

1• L'achat d'un actif incorporel coûteux pour s'installer: c'est de manière flagrante ce qui se passe chez les pharmaciens; avec un apport personnel donné, le jeune pharmacien préfère acheter son officine sous couvert d'une SEL à l'I.S. (en SELARL unipersonnelle ou avec un associé investisseur qui est souvent son ancien patron) pour accéder à un fonds plus important ou mieux placé que celui qu'il aurait pu acquérir en exercice individuel ou via une SNC sous le régime de l'I.R.

2• La transmission progressive d'un cabinet à un ou plusieurs associés, appelés à devenir des successeurs : le cabinet est cédé à une SEL qui réunit pendant quelques années les deux générations d'associés ; ce mode de transmission est particulièrement judicieux dans les Professions où l'*intuitu personae* fait obstacle à une cession du cabinet en bloc par un professionnel qui prend sa retraite.

Chez les avocats, par exemple, il est usuel d'intégrer des collaborateurs qui deviennent des associés, puis des successeurs. L'apport « en nature » du cabinet à une SCP dont les parts étaient rachetées progressivement par la nouvelle génération était le mode opératoire classique. Mais il est souvent bien plus intéressant de créer une SEL qui contractera un emprunt pour financer un apport « à titre onéreux » : ainsi les jeunes associés acquièrent les parts d'une société dont l'actif net est réduit d'autant, et ils n'ont pas besoin d'emprunter eux-mêmes sous le régime fiscal de l'I.R., défavorable pour financer des actifs incorporels.

3• Le développement d'entreprises libérales propriétaires de lieux d'exercice multiples : chez les biologistes et les radiologues notamment, l'exercice isolé tend à devenir l'exception ; la faculté d'exploiter en SEL, dans le cadre d'une fiscalité d'entreprise, jusqu'à cinq laboratoires ou cabinets médicaux et de prendre des participations externes dans d'autres SEL, a reconfiguré ces professions en quelques années. Sous la pression des gains de productivité imposés par les mesures d'économie de santé, du coût des équipements et de l'exigence de permanence des soins, les spécialités médicales techniques utilisent massivement des SEL réunissant plusieurs associés ou croisant des participations.

4• Le refinancement : ce dernier scénario, à visées patrimoniales et défiscalisantes, est paradoxalement le plus commenté et critiqué, alors qu'il est statistiquement marginal. Il s'agit pour un professionnel libéral, en cours de carrière, de céder son cabinet à une SEL dont il restera l'associé unique ou très majoritaire – la SEL contractant un emprunt pour cette acquisition. Ce montage permet de financer par un crédit professionnel un arbitrage entre actifs professionnels et privés. Mais le coût initial de l'opération est élevé (plus values, droits de mutation, frais de constitution), les contraintes de la société de capitaux ne sont pas anodines (fût-elle unipersonnelle) et certains spécialistes estiment que les risques d'une requalification fiscale ne sont pas à exclure (surtout en cas de surévaluation du cabinet). Il y a donc peu d'opérations de ce type ; à titre indicatif, nous estimons chez INTERFIMO que moins de 10 % des SEL pour lesquelles il nous est demandé un financement seraient à ranger dans cette catégorie.

Néanmoins la Chancellerie et le Conseil Supérieur du Notariat semblent craindre que les notaires s'y adonnent, puisqu'ils ont prévenu les Présidents de Chambres

(par une circulaire du 13/11/2003) contre « *le risque que présentent les projets qui s'articulent autour d'une cession à la société, ou qui d'une manière ou d'une autre aboutissent à faire payer par cette dernière le droit de présentation* ».

Ce sont les montages de « ventes à soi-même » qui semblent visés par la circulaire pré-citée mais, en généralisant l'interdiction de faire financer la valeur d'un droit de présentation par une SEL quelles que soient les circonstances, on élimine aussi de facto les trois autres scénarios d'utilisation, puisque chacun repose sur la capacité de remboursement d'une société d'exercice à l'I.S.

Il est donc important de creuser cette question et INTERFIMO se tient à la disposition du notariat pour contribuer à cette réflexion.

Les indications des SEL dans le notariat

Dès lors qu'auront été encadrées ses utilisations patrimoniales, la SEL pourra être à l'évidence un outil d'avenir pour les notaires.

Voici 5 indications majeures qui mériteraient d'être développées dans d'autres circonstances :

- 1• Rigueur de la comptabilité d'engagement pour clarifier les relations entre associés, dans une Profession où les « créances acquises » et les « travaux en cours » sont lourds.
- 2• Possibilité de constituer des réserves peu fiscalisées pour lisser les revenus, face aux cycles conjoncturels de l'immobilier.
- 3• Distinction entre les revenus du capital professionnel (dividendes) et les revenus du travail, profitable à l'image de la Profession.
- 4• Forte amélioration de la capacité de remboursement des acquéreurs permettant de réduire les durées d'emprunt (et donc l'endettement global de la Profession), tout en préservant la valeur des études.
- 5• Développement des associations/transmissions progressives – au profit des cédants, des acquéreurs et de la clientèle.

Mais la plupart de ces indications supposent que la personne morale elle-même puisse contracter l'emprunt principal.

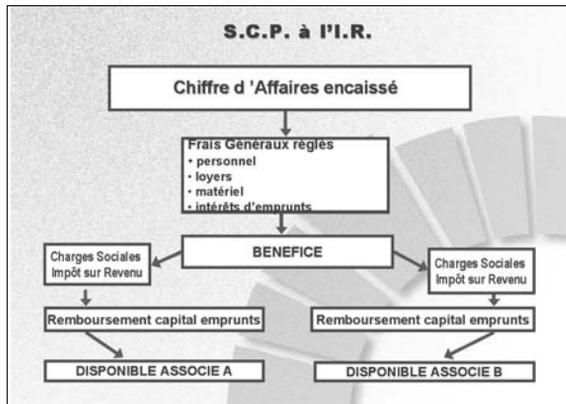
Cette modification des usages du notariat en matière de financement serait de toute façon nécessaire pour que soient utilisables les Sociétés de Participation Financière de Professions Libérales (SPFPL), dont les notaires ont été parmi les premiers à obtenir un décret d'application.

Comparatif SCP – SEL en matière financière

L'intérêt de la fiscalité d'entreprise pour financer l'acquisition d'un actif incorporel, tel qu'un fonds libéral ou un fonds de commerce, est illustré par ces graphiques qui retracent les flux financiers et les bases imposables dans une SCP et dans une SEL – étant présumé que c'est la société qui rembourse l'emprunt... ce qui ne semble pas aller de soi dans le notariat.

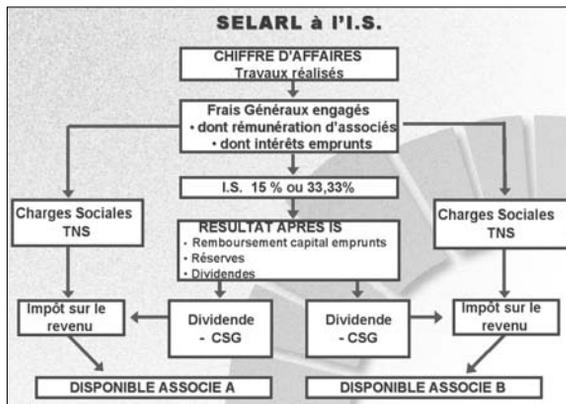
Les formes d'exercice dans lesquelles les bénéfices sont directement imposés à l'I.R. au niveau des associés, présentent un inconvénient majeur en phase de remboursement d'emprunt :

l'essentiel de la valeur d'un cabinet portant sur des actifs incorporels, seuls les intérêts du crédit d'acquisition sont déductibles (il n'y a pas ou peu d'amortissement d'actifs corporels pour compenser les remboursements en capital); la distorsion entre la trésorerie disponible et le revenu imposable s'accroît donc au fil des années.



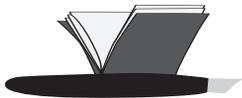
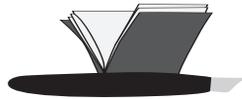
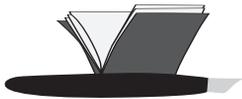
Dans le cadre d'une SEL à l'I.S., les bénéfices mis en réserves ou consacrés au remboursement des emprunts ne supportent qu'un taux d'imposition de 15 % (jusqu'à 38 112 euros) ou 33,33 % (au-delà de 38 112 euros); les associés ne payent alors ni impôt sur le revenu, ni charges sociales, sur cette fraction des bénéfices.

Il s'ensuit, à marge bénéficiaire identique, une capacité de remboursement accrue par rapport à une SCP ou à un exercice individuel – d'autant que le plafond de 38 112 euros pour bénéficiaire du taux réduit de l'I.S. est rarement ou faiblement dépassé dans la plupart des cabinets, puisqu'il s'entend après rémunérations des associés.



DEUXIÈME PARTIE

LE RAPPORT



PREMIÈRE COMMISSION

A L 'AUBE
D'UNE RELATION NOUVELLE



DROIT ET CULTURE

M^e Annie ROLLET
Notaire à Saint-Cyr au Mont-d'Or

LE DROIT comme l'Économie agissent dans un contexte qu'il faut appréhender. Débattre du Droit et de l'Économie en niant ce contexte est contre-productif tant ce contexte influe sur chacune des notions de Droit et d'Économie. Ce contexte est la Culture.

Nous allons voir en effet que l'économie n'est pas la seule clé de notre thème. Si l'on veut comprendre l'évolution de la relation Droit et Économie, face notamment à l'internationalisation des échanges, il faut savoir sur quel socle nous raisonnons, avec quels réflexes conditionnés nous pensons la relation Droit et Économie.

« Saisir une culture revient à s'efforcer de formuler ce qui est si évident pour ses membres que cela va sans dire. »

ANTOINE GARAPON magistrat,
secrétaire général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice

Si la notion de culture est délicate à appréhender, dans notre réflexion, c'est dû au fait que le terme culture fait référence à beaucoup d'éléments à la fois, à savoir la langue et les croyances religieuses d'un peuple, ses valeurs sociales et politiques, ses représentations de ce qui est bien et mal, correct et incorrect, ainsi qu'aux institutions.

L'internationalisation des échanges nous conduit à nous poser la question de l'évolution de la règle mais aussi de la pratique du droit. Deux possibilités sont à envisager :

- Ira-t-on vers une généralisation, une uniformisation des règles de droit, celles en vigueur chez les puissances dominantes ?
- Ira-t-on vers une pluralité, une hybridation des règles de droit ?
Qu'est ce qui sera déterminant pour répondre à cette question ?

Notre raisonnement se déroulera en trois temps :

I – Le droit c'est de la culture

II – La culture évolue

III – Donc le droit évolue

I – Le droit c'est de la culture

La règle juridique a pour fonction, notamment, de réguler les relations entre les membres d'une communauté humaine. Nous verrons que s'il existe deux conceptions possibles du droit (1), le droit est avant tout une manifestation culturelle (2).

1. Les deux conceptions possibles du droit

1. 1 La première conception : le droit est un ensemble de techniques

Nous sommes habitués à penser et vivre le droit comme un ensemble de techniques. C'est vrai que le droit recèle un côté technique évident, voire important, envahissant. Certains jugeront peut-être que cette finalité du droit épuise sa définition. Le droit serait un outil. En ce cas, si un système juridique, à un moment de son histoire, n'est plus adapté à l'évolution de la société, on peut, sans états d'âme, lui en substituer un autre. Ainsi, si un système juridique n'est pas le plus performant sur le plan économique, on pourrait sans inconvénient le remplacer par un autre système juridique. Cependant, cette vision a des défauts : avec elle, la pensée juridique se trouve appauvrie. S'il n'y avait qu'un côté technique, c'est-à-dire si les systèmes juridiques pouvaient s'analyser simplement en un agencement de catégories de règles, le critère de l'évolution des droits pourrait être exclusivement l'économie : compte tenu de l'évolution et de l'internationalisation des échanges, on irait vers une uniformisation des droits, comme un simple compromis entre les différentes règles existantes.

1. 2 La deuxième conception du droit : le droit est le reflet d'une culture

D'autres analystes au contraire, considèrent que chaque système juridique est le reflet de l'identité profonde d'une communauté, le mode d'expression d'une certaine culture. Pour eux, le droit ne peut pas être compris sans un va-et-vient entre l'ordre juridique et l'ordre social, il ne peut être séparé des phénomènes culturels localisés dont il est le reflet.

Ces deux conceptions du droit, simple agencement de catégories de règles, ou reflet d'une culture profonde, induisent deux attitudes distinctes face à la situation contemporaine.

Pour les tenants de la première analyse le stade ultime de l'évolution serait l'avènement d'un droit uniforme, réalisation d'un rêve éternel des hommes : abolir les obstacles dressés par la coexistence de plusieurs systèmes juridiques antagonistes et parvenir enfin à l'harmonie universelle des systèmes juridiques, au règne sans partage d'un système juridique unique.

Pour les tenants de la seconde analyse, la diversité des systèmes ne doit pas être considérée comme une erreur. Elle apparaît plutôt comme une richesse essentielle à conserver : chaque système est par nature le miroir d'une nation et de ses représentations, de sa culture. Dès lors la domination d'un seul système, loin d'être une promesse, constitue une menace.

2. Le droit est une manifestation culturelle

Bien sûr le droit comporte un côté technique indéniable, mais, dans la réflexion qui nous occupe, nous devons y voir la **manifestation d'un phénomène culturel**. Derrière les règles techniques, il y a des choix et déterminismes à caractère culturel ancrés pour chaque peuple dans son histoire, sa langue, ses croyances, ses héros et ses méchants, ses victoires et ses défaites, ses institutions politiques.

C'est ce qu'exprime Mireille DELMAS-MARTY (Professeur au Collège de France, chaire « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit »)

« ce qui me tient le plus à cœur c'est de parvenir à traverser cette immense technicité du droit... le travail technique est évidemment indispensable. Mais il obscurcit très souvent une question. Il faut lire des tonnes de textes... la masse empêche de discerner les éléments essentiels et de comprendre leur signification au-delà du sens technique. »

Ainsi le droit fait référence à un ensemble de connaissances, techniques et de valeurs ayant cours dans la société où ce droit s'exerce.

Nous allons le montrer à travers différents exemples : nous citerons les règles, puis nous dégagerons le caractère culturel exprimé par ces règles.

Le droit social :

- *Les allocations de chômage*, au début des années deux mille, sont versées pendant deux ans en France, et six mois aux états unis.
- Le nombre moyen d'heures travaillées par actif : à la fin des années 1990 : il est de 1666 en Amérique, 1656 en France, 1399 en Norvège.

Le caractère culturel est clairement exprimé par Samuel HUNTINGTON (dans son ouvrage, *Qui sommes nous ? Identité nationale et choc des cultures*, publié aux éditions Odile JACOB) :

« d'une manière générale par rapport à ce que l'on constate dans les sociétés comparables, les Américains qui travaillent sont plus nombreux, ont des journées de travail plus longues, moins de vacances... ils mettent plus de fierté dans leur travail, tendent à considérer les loisirs avec ambivalence et parfois culpabilité, méprisent ceux qui ne travaillent pas et considèrent la morale du travail comme un élément fondamental de l'identité américaine »

Le caractère culturel est encore clairement affirmé par Edmund PHELPS, professeur d'économie à l'Université de Columbia, Prix Nobel d'Économie en 2006 :

(le travail est) « l'activité humaine principale, essentielle à l'intégration sociale. Le travail est en outre source de stimulation mentale pour les individus, la construction d'une carrière étant le moyen pour chacun de réaliser son potentiel et d'exprimer ses talents »

Entretien accordé au journal *Le Monde*, le 24 février 2007

• *Le congé maternité*

La *Family and Medical Leave Act* de 1993, loi fédérale, prévoit un minimum. Les États peuvent prévoir un régime plus généreux, ou encore une convention collective ou un contrat de travail individuel peuvent être plus généreux. La loi fédérale prévoit douze semaines de congé **non rémunéré** sur une période de douze mois pour la salariée qui a un an de service et un nombre assez important d'heures travaillées dans l'année dans une entreprise de plus de cinquante employés. **Quant à la rémunération, s'il en existe une**, elle dépend du régime de sécurité du revenu ou de « benefits » privé ou public qui s'applique au salarié et des congés payés (vacances, congés familiaux) prévus au contrat collectif ou individuel du travail ou par la loi. (*Stephanie Bernstein, professeure – Faculté de Science Politique et Droit – Université du Québec à Montréal*)

En France, le congé maternité, qui est de quatorze semaines, ne peut même pas s'imaginer non rémunéré.

Les techniques naturelles de fabrication et la mise au monde d'un enfant étant la chose la plus partagée au monde, la différence de traitement du congé parental traduit la manière différente de considérer, la maternité, la carrière professionnelle. C'est une culture différente.

• *Les lois sur le divorce*

En France, l'introduction d'un cas de *divorce objectif* n'a eu lieu qu'avec la loi de 2004, alors que le divorce objectif existait depuis 1971 en Hollande, depuis 1973 en Suède, depuis 1976 en Allemagne.

Yvon ROSE, dans une remarquable étude (*Rapport du Congrès du Mouvement Jeune Notariat d'Evian en 1998*), a démontré que la règle de droit du divorce est l'émanation de la « culture » du pays : « *les pays attachés à la faute comme cause de divorce sont essentiellement les pays de l'Europe du Sud, à prépondérance catholique... les pays d'Europe du Nord, ont fait le choix du divorce objectif : ce choix implique une volonté politique très claire de rompre avec le principe de l'indissolubilité du mariage, d'origine religieuse ou morale très marquée...* »

Dans tous ces exemples de législations différentes d'un pays à l'autre, les différences sont beaucoup plus que de simples différences de règles de droit positif, ce sont des différences de culture. Ce sont les circonstances dans lesquelles la culture s'est affinée qui expliquent les différences entre les différents droits.

Les différences entre les droits sont profondément liées aux contextes culturels dans lesquels ils s'exercent. Ainsi Il existe une **solidarité organique** entre le droit et la culture. Il y a donc deux niveaux :

- le droit qui exprime la règle (niveau 1),
- le droit qui est l'émanation de la culture nationale (niveau 2).

II – La culture évolue

Le droit étant essentiellement la manifestation d'une culture, il convient de faire un pas de côté, et d'analyser les processus culturels en cours depuis la seconde moitié du XX^e siècle et qui se poursuivent aujourd'hui. C'est en comprenant l'évolution de la culture que nous pourrions envisager l'évolution du droit et des systèmes juridiques.

Le sociologue Edgar MORIN a analysé cette évolution des phénomènes culturels. Elle comporte cinq phases successives selon lui :

- 1 • l'élargissement planétaire de la sphère culturelle,
- 2 • la standardisation,
- 3 • le déploiement d'un folklore planétaire,
- 4 • le déploiement de grandes vagues d'hybridation,
- 5• le développement concurrent de la standardisation culturelle et de l'individualisation culturelle.

1. Elargissement planétaire de la sphère culturelle

Avant le XX^e siècle, les grandes sphères culturelles étaient fermées les unes aux autres, et, pour les Européens, la culture « universelle » était la culture des œuvres européennes, tant en littérature (CERVANTÈS, SHAKESPEARE, MOLIÈRE, BALZAC, DICKENS, etc.) qu'en poésie et musique. Au cours du XX^e siècle, une sphère vraiment universelle se constitue. Les traductions en plusieurs langues se multiplient. Les romans japonais, latino-américains, africains sont publiés dans les grandes langues européennes, et les romans européens sont publiés en Asie et dans les Amériques. Les musiques occidentales trouvent des interprètes dans tous les continents et l'Europe s'ouvre aux musiques d'Orient Arabe, Inde, Chine, Japon, Amérique latine, Afrique.

C'est seulement au XX^e siècle que les philosophies et mystiques de l'Islam, les textes sacrés de l'Inde, la pensée du Tao, celle du bouddhisme deviennent des sources pour l'âme occidentale.

2. Standardisation

Avec l'avènement du cinéma, de la radio et de la télévision, le ^{XX}^e siècle a inventé l'industrialisation et la commercialisation de la culture, la standardisation du produit et la recherche de la rentabilité. On assiste à une explosion de la sphère médiatique, avec la mise en relation des continents, la diffusion des nouvelles et des cultures, l'industrialisation de la librairie qui permet l'exportation massive d'ouvrages, le tout dans un grand moment d'alphabétisation dans le monde.

Edgar MORIN démontre cependant que l'industrie culturelle non seulement n'a pas éliminé l'originalité et l'inventivité, mais qu'elle en a un besoin essentiel. Dans le domaine du cinéma, par exemple, même si la production d'un film est faite selon quelques recettes standard (intrigue amoureuse, *happy-end*), le film doit avoir sa propre personnalité, son originalité.

L'auteur souligne qu'Hollywood a fait appel à William FAULKNER, écrivain extrêmement créateur et que même si le génie de FAULKNER est rarement passé dans les films, du moins une partie de son génie s'y est exprimée.

« Ainsi dans tout ce qui relève de l'industrie culturelle il y a un conflit permanent et en même temps une complémentarité permanente entre l'individuel, l'original, la création et le produit standardisé... Donc, l'industrie culturelle est animée par une contradiction qui à la fois détruit en elle des germes de créativité et en même temps les suscite. »

3. Déploiement d'un folklore planétaire

Au cours de ^{XX}^e siècle, les media ont produit, diffusé et brassé un folklore mondial à partir de thèmes originaux issus de cultures différentes.

La formidable « usine à rêves » d'Hollywood a créé et propagé un nouveau folklore mondial avec le western, le film criminel « noir », le thriller, la comédie musicale, le dessin animé.

Un folklore planétaire s'est constitué et enrichi par intégrations et rencontres. Le tango né dans le quartier portuaire de Buenos Aires, le mambo cubain, la valse de Vienne, le rock américain, ont produit des variétés différenciées dans le monde entier

Quand il s'agit d'art, de musique, de littérature, de pensée ; *la mondialisation culturelle n'est pas homogénéisante*, même s'il se constitue de grandes vagues transnationales.

4. Déploiement de grandes vagues d'hybridation

L'hybridation, le métissage ont toujours recréé de la diversité, tout en favorisant l'inter-communication. Alexandre LE GRAND, à chaque ville d'Asie conquise,

mariait quelques centaines de jeunes filles indigènes à ses guerriers macédoniens. La civilisation romaine elle-même fut très tôt métisse, assimilant en elle tout l'héritage grec.

Les USA constituent également une illustration parfaite de l'utilisation de cette technique du métissage et de l'intégration, tant par leur histoire, connue de tous, que par les projections dans l'avenir

La création artistique se nourrit d'influences et de confluences

L'exemple du jazz

Le jazz fut d'abord un hybride afro américain, produit singulier de la Nouvelle Orléans, qui se répandit aux Etats Unis en connaissant de multiples mutations, sans que les nouveaux styles fassent disparaître les styles précédents ; et il devint une musique nègre/blanche, écoutée, dansée puis jouée par des Blancs, et, sous toutes ses formes. Il se répandit dans le monde, tandis que le vieux style New Orleans, apparemment délaissé à sa source, renaissait dans les caves de Saint-Germain-des-Prés, revenait aux USA et se réinstallait à la Nouvelle Orléans. Puis, après la rencontre du rythm and blues, c'est dans la sphère blanche que le rock apparaît aux Etats Unis, pour se répandre dans le monde entier puis s'acclimater dans toutes les langues, prenant à chaque fois une identité nationale. Aujourd'hui, à Pékin, Canton, Tokyo, Paris, Moscou, on danse, on fête, on communique, et la jeunesse de tous les pays va planer au même rythme dans lequel viennent s'entre épouser les cultures musicales du monde entier

Nous pouvons entendre et voir dans le jazz la fécondité et les périls du double impératif, préserver l'origine et s'ouvrir à l'étranger

Tout métissage crée de la diversité. Aussi, il faut laisser aller les hommes et les cultures vers le métissage généralisé et diversifié, lui-même diversifiant en retour, selon l'analyse d'Edgar MORIN.

5. Il y a développement concomitant et paradoxal de la standardisation culturelle et de l'individualisation culturelle.

Le jazz est un exemple à la fois de retour aux sources et de métissages, deux processus apparemment antagonistes, en fait complémentaires. Ainsi les cultures singulières résistent et se défendent. Mais précisons ici qu'une culture riche est une culture qui à la fois sauvegarde et intègre. C'est une culture à la fois ouverte et fermée. L'idée que chaque culture comporte en elle-même une plénitude est erronée.

Les cultures sont imparfaites en elles-mêmes. Toutes les cultures, comme la nôtre, constituent un mélange de superstitions, fictions, fixations, savoirs accumulés et non critiqués, erreurs grossières, vérités profondes. D'où ce paradoxe

qui sera celui du XXI^e siècle : il faut à la fois préserver et ouvrir les cultures. A la source de toutes les cultures, y compris celles qui semblent les plus singulières, il y a rencontre, association, métissage. Toutes les cultures ont une possibilité d'assimiler en elles ce qui leur est d'abord étranger, du moins jusqu'à un certain seuil, variable selon leur vitalité, et au-delà duquel elles se font assimiler et/ou désintégrer.

Nous devons donc en même temps défendre les singularités culturelles et promouvoir les hybridations : il nous faut lier la sauvegarde de nos identités et la propagation d'une universalité métisse ou cosmopolite, qui tend à détruire ces mêmes identités. Comment intégrer sans désintégrer ?

Ce schéma d'évolution culturelle est aussi celui de l'évolution du droit (le droit étant de la culture, et la culture évoluant, le droit évolue de la même manière).

III – Donc le droit évolue

Démarche saugrenue ou audacieuse ? Partir de l'analyse des processus d'évolution du cinéma, de la musique, de la littérature et les appliquer au droit ? Et pourtant, nous trouvons une justification dans les propos de Mireille DELMAS MARTY :

« Ce qui me tient le plus à cœur, c'est de parvenir à traverser cette immense technicité du droit et de faire un pas de côté, de me placer à l'extérieur afin d'apercevoir les voies d'évolution possibles. J'ai effectivement besoin d'auteurs non-juristes, ou d'images, ou de structures musicales. Pour libérer les forces imaginantes il me faut ce décalage. Les leçons de Paul Klee au Bauhaus, ou les compositions de Pierre Boulez, par exemple, m'ouvrent un horizon possible pour imaginer des figures juridiques à géométrie variable et à plusieurs vitesses qui peuvent paraître utopiques mais sont sans doute nécessaires. »

On retrouve, sur le plan juridique, les problèmes soulevés par le respect de l'identité culturelle et le souci de préserver un réel pluralisme. La différence tient à ce que l'enchevêtrement des enjeux économiques, politiques, éthiques, est encore bien plus complexe que dans le domaine culturel.

Le droit étant un phénomène culturel, les différentes étapes de l'évolution des phénomènes culturels analysées par Edgar MORIN semblent donc applicables au droit, à savoir :

- 1 – L'élargissement planétaire de la sphère
- 2 – La standardisation

- 3 – Le déploiement d’usages planétaires
- 4 – Le déploiement de grandes vagues d’hybridation
- 5 – Le développement concurrent de la standardisation de la culture juridique et de son individualisation

Le professeur Jean DU BOIS DE GAUDUSSON constate le résultat de ces évolutions dans les termes suivants (Travaux du Colloque de l’université de Toulouse, septembre 2006 « *Existe t il une culture juridique francophone ?* »)

« La recherche d’une culture autonome et sa distinction d’avec les autres sont rendues plus délicates encore par l’accélération de ces mouvements que sont les migrations juridiques, les métissages culturels ou encore ce chalandage, on dira magasinage, auquel les Etats, gouvernements, institutions et entreprises se livrent sur ce qu’il faut bien appeler le marché international du droit. Le droit est de moins en moins un phénomène national, lié à une tradition, une histoire ; il est aussi, Georges del Vecchio dira “surtout”, un phénomène humain. La distinction entre les grands systèmes juridiques est de moins en moins figée ; tous les comparatistes l’enseignent depuis longtemps. Dans l’espace de la Francophonie, on observe des ouvertures de plus en plus nombreuses aux techniques du droit anglo-américain. Des mouvements inverses existent auxquels ne sont pas étrangères les actions des institutions de la Francophonie ou de certains Etats membres. On pourrait voir dans ces évolutions l’émergence d’un système juridique commun suivie progressivement d’une culture juridique commune. Mais n’est-ce pas aussi une des manifestations de processus de plus grande ampleur, d’eupéanisation et de mondialisation du droit qui touchent de plein fouet Etats et systèmes juridiques de la Francophonie, jusqu’à interdire de distinguer ce qui pourrait être un fonds culturel commun francophone par rapport à un système beaucoup plus large, globalisé?... »

Au bout du compte, l’analyse de l’évolution des processus culturels nous amène à constater, dans la dernière phase d’évolution, un développement concurrent de la standardisation culturelle et de l’individualisation culturelle, et non une uniformisation des règles de droit, l’un des systèmes (common law ou civil law) ayant totalement évincé l’autre.

Cependant, comme nous l’avons dit, le système juridique de la *common law* occupe une position dominante, peut être en voie de le devenir davantage encore.

Pour que soit préservée la diversité des droits et des cultures, nous devons donc surmonter un certain nombre d’écueils (1). En cela, encouragés par un certain nombre de signes encourageants (2), nous serons amenés, à formuler différentes propositions (3).

1. Les écueils

Les cabinets anglo-saxons forts

L'internationalisation galvanise la vigueur et l'expansion du système de *common law*. La puissance de ce système s'accroît notamment d'un fait : les juristes et les cabinets conseils auxquels font appel les entreprises ou les particuliers dans les échanges internationaux sont en majorité anglo-saxons

Le phénomène de mode

Les milieux d'affaires sont les organes de transmission de l'hégémonie du système anglo-saxon, parvenant à créer des phénomènes de mode, à donner aux usagers du droit l'illusion que le dynamisme, la technicité, la performance, sont associés au système anglo-saxon.

Le snobisme

De la mode au snobisme il n'y a qu'un pas : l'usager du droit (juriste ou consommateur), étourdi, par ce qui brille et qui est présenté comme nouveau et plus performant en vient à récuser les techniques (donc les valeurs) dans lesquelles il a été formé puisqu'« on » juge celles par lesquelles il est attiré plus performantes, plus « attractives », moins désuètes. (cf. : rapport *Doing business*). Dès lors existe le risque que le système juridique à la mode prenne une place prépondérante, dont la raison ne serait pas une analyse argumentée. La raison en serait que les usagers du droit, jouets des forces de pression, et de la fascination face au triomphe universel du système anglo-saxon, emprunteraient à ce système non seulement ses techniques et ses méthodes, mais aussi sa langue. Ce risque est d'autant plus grand, qu'en dehors des phénomènes de mode et de snobisme, l'anglais comme langue dispose d'outils d'expansion autres.

Les logiciels en anglais

L'anglais est massivement présent dans les dépôts de données et dans les logiciels qu'utilisent les industriels et les professionnels en général. Or la langue (l'anglais) n'est pas seulement un outil, elle représente bien autre chose, bien plus.

La solidarité organique entre le culturel et le linguistique

La pensée et le langage sont interactifs.

Pour le professeur ABDELHAMID : « *la langue est... un principe actif qui impose à la pensée un ensemble de distinctions et de valeurs* ».

Pour Claude HAGEGE, (linguiste, professeur au Collège de France), il existe une « *solidarité organique entre le culturel et le linguistique* ». Il apparaît que « *si l'on dépasse les apparences, ce qui est premier est cela justement que la langue véhicule.*

Le choix de langue est solidaire d'un choix de civilisation, s'il n'en est pas, même, la conséquence naturelle ».

Pour C. JAKUBYSZYN, (professeur à l'université du Caire, Egypte, dans un article intitulé « *la langue du vainqueur* », travaux du Colloque de l'université de Toulouse): « *L'histoire des nations prouve que le vainqueur assoit définitivement sa domination lorsque le vaincu finit par adopter sa langue* ».

« *La conquête matérielle n'est rien sans la conquête morale, et les indigènes placés sous notre protectorat ne pourront devenir français de cœur s'ils n'ont appris à parler notre langue.* » (secrétaire général de l'Alliance Française en 1889)

2. Les signes encourageants

A titre d'illustration nous citerons

En ce qui concerne Internet

Tout le monde craignait l'avènement d'un monde de la communication unifié qui aurait pour langue dominante l'anglais. En réalité l'anglais est loin d'être dominant sur Internet: selon le cabinet d'études Global Reach, les messages Internet rédigés en Anglais, qui étaient majoritaires au début des années 1990, n'ont cessé de décliner depuis, et sont aujourd'hui en nombre nettement inférieur à 50 % de l'ensemble des échanges planétaires

Selon Mireille DELMAS MARTY:

« *on assisterait (avec Internet) au contraire à l'émergence d'un monde tribal, avec des valeurs et des cultures propres. Bien sûr les grands sites sont anglophones, mais dans tous les pays du monde des communautés internet devenues très populaires se créent dans la langue d'origine. Une encyclopédie comme WIKIPEDIA est disponible dans 80 langues.* »

L'exemple de l'Organisation Internationale de la Francophonie.

OIF, créée en 1997, qui, par une promotion du français, sert en réalité la cause du plurilinguisme et du multiculturalisme. En effet, la fondation de l'OIF a été suivie d'autres fédérations, également inspirées par le partage d'une même langue comme véhicule de modes de pensées homologues, ce qui prouve que l'effort accompli en faveur de la francophonie possède un pouvoir de rayonnement. (Conférences au sommet des pays hispanophones, depuis 1991, des pays musulmans et turcophones, des pays lusophones, depuis 1996.)

La convention de l'Unesco sur la diversité culturelle, en 2005, reconnaît l'importance des savoirs traditionnels en tant que source de richesse. La convention reconnaît notamment les systèmes de connaissance des peuples autochtones, leur contribution positive au développement durable et la nécessité d'assurer leur

protection voire leur promotion. Mireille DELMAS MARTY : constate à propos de cette convention qu'« *On en arrive dans cette convention au constat que les processus de mondialisation qui sont facilités par les nouvelles technologies (info communication) crée des conditions inédites d'interaction entre les cultures.* » Le maintien de la diversité des systèmes juridiques trouve une vérification dans l'adoption récente par la Chine (pays dont le poids économique mondial ne cesse d'augmenter), d'un système de code proche de notre code civil.

3. Les préconisations : promouvoir sans complexe

Il nous faut prendre conscience que notre culture, et donc notre droit, qui en est une des manifestations, sont profondément ancrés en nous, que si nous les nions, si nous acceptons qu'ils soient niés, nous nous détruisons. Ainsi, dans les grandes entreprises françaises dans lesquelles l'usage de l'anglais est imposé à tout le personnel, les syndicats soulignent le sentiment d'insécurité et les troubles psychologiques que cause chez les plus fragiles la pression d'une langue non choisie.

Nous devons donc défendre nos valeurs et notre culture, dans le cadre de la préservation de la diversité des cultures.

Promouvoir plutôt que combattre

Il ne s'agit pas d'un combat de la culture anglo-saxonne contre la culture européenne, de *common law* contre le système de droit latin, avec pour résultat l'hégémonie d'un système, et la disparition de l'autre. Il s'agit au contraire de promouvoir la diversité des cultures, et donc de promouvoir la culture française (dont notre système juridique fait partie intégrante). La promotion de la diversité culturelle est aujourd'hui la seule alternative face au défi de l'uniformité.

Les signes encourageants que nous avons soulignés prouvent que la promotion de la diversité n'est pas une utopie, et que si l'on agit on obtient des résultats. La promotion de notre culture juridique, dans le cadre de la diversité des systèmes, a un rôle essentiel à jouer. Il s'agit d'un objectif politique.

Sans arrogance mais sans complexe

Face à la promotion très active de la culture anglo-saxonne, nous ne devons pas nous résigner, nous devons au contraire avoir une véritable politique de promotion de notre culture. La promotion de notre culture se déroule sur trois terrains au moins : politique, scolaire et professionnel. Nous devons assurer cette défense de la pluralité des cultures sans arrogance mais sans complexe.

Comme moyens d'assurer cette défense, nous suggérons notamment d'accorder un intérêt tout particulier et des moyens accrus aux lycées français à l'étranger,

aux services culturels des ambassades de France, et aux Alliances françaises installées en divers points du monde.

Sur le plan strictement professionnel, nous proposons d'inclure dans le parcours de nos étudiants une partie de cursus effectuée obligatoirement à l'étranger. Cela participe du nécessaire brassage culturel. Les différents systèmes recelant chacun leur part de vérité, s'influenceront ainsi les uns les autres. Les étudiants français s'imprégneront ainsi d'une culture (juridique notamment), autre que la leur.

Mais cette proposition ne nous paraît pas suffisante.

Nous proposons donc que l'imprégnation culturelle ait une autre origine, s'effectue dans l'autre sens. Nous tenons à saluer les efforts du Conseil Supérieur du Notariat pour accueillir des délégations étrangères, notamment à l'Université du Notariat, à Jouy en Josas (création du Mouvement Jeune Notariat) Mais il s'agit d'aller beaucoup plus loin.

Compte tenu de la pénurie évidente d'étudiants étrangers dans les facultés de droit par rapport aux filières ou grandes écoles scientifiques, il s'agit de proposer des formations et stages de longue durée, par opposition à des stages ponctuels de quelques jours ou semaines.

Nos écoles, universités, centres de formation professionnelle, et offices notariaux doivent accueillir des étudiants, stagiaires, collaborateurs étrangers, tout particulièrement anglo-saxons, de manière à ce que les générations futures de professionnels étrangers soient également imprégnées de notre culture.

Les conditions d'accueil et d'hébergement des jeunes juristes étrangers, des bourses, des reconnaissances d'équivalences, des propositions de stages doivent être suffisamment intéressants pour attirer les plus brillants, en nombre significatif. C'est ainsi que pourront rayonner nos valeurs et notre culture.

Faire ce choix d'accueil signifie sur le plan psychologique, que nous ne considérons pas notre culture, notre système juridique, comme une quantité négligeable. Cela signifie que nous avons conscience de pouvoir faire autre chose que jouer le rôle de suiveurs. Cela signifie que nous ne nous mettons pas a priori en position vassale.

Nous démontrerons ainsi que notre attitude, loin de tout défaitisme, scepticisme ou morosité, sait être forte, audacieuse, conquérante et porteuse d'avenir.

C'est l'attitude que nous suggère l'équipe de ce congrès qui, montrant l'exemple, inverse le cours attendu des événements, et vient porter les consultations des notaires Français dans le Nouveau Monde.



LES NOTAIRES : UNE PROFESSION ENTRE ETAT ET MARCHÉ

Gisela SHAW
Professeur d'études germaniques et européennes
University of the West of England
Bristol (Royaume Uni)

Résumé

LES NOTARIATS DE DROIT CIVIL se retrouvent face à un défi d'une ampleur jamais rencontrée auparavant. Ce défi a deux origines principales : d'une part, la mondialisation économique, de l'autre, le projet de libéralisation de la Commission européenne. Les notaires, une profession très réglementée et spécifique à chaque nation, doivent désormais réévaluer leurs chances d'une croissance continue, et même, de survie dans ce tout nouveau contexte. Ce document analyse l'environnement élargi dans lequel tout ceci est en train de se produire, c'est-à-dire le conflit existant entre deux cultures socio-politiques, économiques et juridiques : la culture de droit civil d'Europe continentale et la culture de droit coutumier (*common law*) qui existe en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis et dans les anciens pays du Commonwealth, cette dernière étant clairement privilégiée par la Commission européenne ainsi que par le milieu des affaires internationales et le commerce mondial.

I – Le défi du marché

Parmi les professions juridiques, les notaires de droit civil (latin) occupent une position très particulière. Ils sont agents de l'Etat nommés par le gouvernement pour fournir certains services publics juridiques. Cependant, non seulement ils agissent en tant que professionnels indépendants mais ils sont également autorisés, dans la plupart des pays, à fournir des services juridiques, en concurrence avec d'autres professionnels du droit. Ceci a contribué à une ambivalence ancrée de longue date et à créer des opportunités uniques d'action.

Jusqu'à une époque récente, les notaires de droit civil préféraient, pour la plupart, se présenter comme des agents de l'Etat – une stratégie qui leur a été profitable, étant donné l'intérêt personnel et éclairé que les gouvernements nationaux tiraient des services de la profession. Aujourd'hui, dans un contexte souvent qualifié de « mondialisation anglo-américaine », la pérennité de cette constellation ne peut plus être tenue pour acquise, car le contrôle de l'avenir de cette profession est en train de passer peu à peu des gouvernements nationaux à des agents économiques et supra-nationaux.

Les menaces qui pèsent sur la fonction et la nature traditionnelles du notariat latin peuvent être synthétisées de la manière suivante :

- l'expansion d'un marché international déréglementé, au détriment des marchés nationaux réglementés, à la fois au niveau mondial et au sein de l'Union européenne
- la domination croissante des marchés des services juridiques nationaux et internationaux par des gros cabinets internationaux et inter-professionaux
- les risques inévitables qu'encourt une petite profession strictement réglementée mise en concurrence avec des professions de bien plus grande envergure et de plus en plus déréglementées
- la forte influence de la culture anglo-américaine de droit coutumier au détriment de la culture de droit civil qui s'applique en Europe continentale.

Au cours des dernières années, les professions libérales réglementées en général, et les systèmes de réglementation nationale qui gouvernent la profession des notaires, en particulier ont fait l'objet d'attaques répétées. Les attaques les plus notables provenaient d'organisations économiques telles que la Banque Mondiale et de la Commission européenne. Au cœur de la controverse : les mesures réglementaires telles que l'obligation de nationalité, les honoraires prédéterminés (fixes) et les restrictions à l'accès à la profession, la publicité, le choix de l'emplacement et des structures d'organisation. Tout ceci, d'après les partisans de la libération économique, a tendance à profiter à la profession elle-même, tout en ralentissant l'économie des pays et en ignorant l'intérêt des consommateurs. Suite aux rapports *Doing business* publiés par la Banque Mondiale depuis 2004 et une étude initiale commissionnée par la Commission européenne¹, des économistes ont entrepris une étude approfondie afin d'évaluer la contribution économique – réelle ou non- de professions réglementées, en général et du notariat, en particulier. Sans surprise, les recommandations tendaient, du moins dans une certaine mesure, à refléter les attentes des organisations commissionnaires, que ce soit la Commission de l'Union européenne², les gouvernements nationaux³ ou des organisations professionnelles⁴.

1 • Institut des Etudes sur le Progrès, Vienne, *Economic Impact of Regulation in the Field of Liberal Professions in Different Member States* (2003).

2 • Centre du Droit et de la Politique Européens (ZERP), Université de Brême, *Conveyancing Services Regulation in Europe* (2007).

3 • Benito Arrunada, *Managing Competition in Professional Services and the Burden of Inertia* (2004); *Is There a Need for Lawyers in Conveyancing?* (2004).

4 • Roger Van den Bergh & Yves Montagnie, *Theory and Evidence on the Regulation of the Latin Notary Profession. A Law and Economics Approach*, commissionné par les fédérations des notaires de France, de Belgique et des Pays Bas (2006) <http://mediaecri.neon.estrategie.nl/theory-and-evidence-regulation-latin-notary-profes.pdf>

Des généralisations hâtives du type de celles trouvées dans l'étude de Vienne font progressivement place à des arguments plus approfondis. Il semble que toutes les parties soient à présent d'accord sur trois points essentiels: (I) le fait que toutes les réglementations professionnelles ne sont pas à écarter, (II) la nécessité d'obtenir des données empiriques, solides, détaillées et complètes, (III) et l'importance de remplacer les critiques généralisées et stériles par des observations sur des réglementations spécifiques s'appliquant à des professions spécifiques dans des contextes sociaux spécifiques.

Même si les professions réglementées voient d'un mauvais œil l'attention internationale braquée sur leur travail, rares sont celles qui contesteraient le fait que cela a au moins eu le mérite d'agir comme un signal d'alarme: ces professions sont désormais conscientes que l'auto-satisfaction et une simple stratégie de réaction ne sont plus suffisants pour leur assurer une place pérenne dans la société. En ce qui concerne les notaires, ils commencent à prendre conscience de la nécessité d'un regard critique et réaliste sur leur mission statutaire, ainsi que sur leur propre interprétation de cette mission – qui a évolué avec l'histoire – pour assurer l'avenir de la profession dans un contexte économique et socio-politique en évolution constante. Les débats tournent fréquemment autour de la question de savoir si la profession peut se permettre de continuer à mettre tous ses œufs dans le panier du gouvernement qui les soutient et leur garantit des secteurs d'activité réservés, au lieu de choisir une économie mixte avec aussi une expansion dans des domaines où règne la concurrence avec d'autres fournisseurs de services juridiques.

Le Mouvement Jeune Notariat a été un important et efficace contributeur à ces débats dès sa création en 1956. Le fondateur de ce mouvement, Louis REILLER, résume ainsi les choses: « *Une profession qui n'épouse pas son siècle est une profession condamnée* », affirmation qui n'a rien perdu de sa pertinence pour nous aujourd'hui. Même si les attaques les plus récentes et les plus menaçantes de la Commission ont été repoussées, du moins pour le moment, certains défis de taille ne vont pas disparaître du jour au lendemain. Par exemple, jusqu'à présent, rien n'a été décidé au niveau européen en ce qui concerne les activités des notaires qui ne sont pas couvertes par leur fonction officielle: une question d'importance majeure dans des pays où, soit le monopole est très limité (i.e. Autriche, Hongrie), soit les notaires ont, du moins potentiellement, un champ d'action considérable pour les activités commerciales (France). De plus, les gouvernements nationaux pourraient bien décider, individuellement, de limiter ou même d'abolir tout bonnement les monopoles notariaux. Troisièmement, le débat sur la clause de nationalité remis à l'ordre du jour de façon inattendue par la Commission européenne en 2006 a peu de chance de s'apaiser, sans déclencher des réactions. Finalement et c'est le

plus important, la mondialisation économique a acquis sa propre dynamique et il est généralement reconnu que rien ne peut l'arrêter. En résumé, il y a peu de place pour l'auto-satisfaction et il n'est pas question de se voiler la face.

II – Le rôle de l'histoire et de la culture dans l'évolution des professions

Les études de l'impact du droit et des institutions juridiques sur l'économie – ainsi que l'affirment les partisans de l'institution du notariat de droit civil – souffrent d'un handicap essentiel inhérent. C'est-à-dire que, par leur nature même, elles ne sont pas conçues pour prendre en compte l'importance du contexte élargi historique, socio-politique et culturel au sein duquel les systèmes juridiques évoluent et opèrent. Au lieu de cela, ces études tendent à partir d'une position néo-classique en se concentrant plus ou moins exclusivement sur un choix de groupe ou d'individus, fondé sur l'utilité rationnelle et la maximisation du profit.

Trois aspects conceptuels sont d'importance notable dans le contexte des débats européens actuels sur le rôle des professions libérales en général, et des notaires en particulier: (I) les traditions très différentes des professions et de la professionnalisation en droit civil, par comparaison avec les cultures de droit coutumier; (II) les contrastes qui existent dans les stratégies de protection des droits individuels dans ces cultures; (III) le changement des dynamiques de développement qui s'opère dans ces professions aujourd'hui, par rapport aux siècles précédents.

2.1 Professions et Professionnalisation

Il existe des caractéristiques communes généralement acceptées pour distinguer les professions libérales – telles qu'avocats, médecins, enseignants, ingénieurs et notaires – d'autres activités. Parmi ces caractéristiques, on relève: un haut niveau de qualification, une compétence spécialisée, une certaine forme de monopole du marché, un degré minimum d'auto-régulation et de code éthique auto-imposé, un statut socio-économique relativement élevé et un service rendu à la société qui se place au-dessus et au-delà d'un service purement commercial⁵. Il y a aussi un consensus général reconnaissant l'existence de liens étroits entre le processus de professionnalisation et le processus de division accrue du travail dans les sociétés

5 • Voir par exemple Hannes Siegrist (ed.), *Bürgerliche Berufe. Zur Sozialgeschichte der freien und akademischen Berufe im internationalen Vergleich*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1988; Werner Conze et Jürgen Cocka (eds), *Bildungsbürgertum im 19. Jahrhundert. Part 1: Bildungssystem und Professionalisierung im internationalen Vergleich*, Klett-Cotta, Stuttgart 1985; Michael Burrage et Rolf Torstendahl (eds), *Professions in Theory and History. Rethinking the Study of the Professions*, Sage, London etc., 1990. Pour toute définition, généralement, le point de référence commun est: "The Rise of Professionalism", *A Sociological Analysis*, Berkeley 1977, par M. Sarfatti Larson.

modernes. Cependant, les sociologues et les socio-historiens qui étudient les professions sont depuis longtemps perplexes et gênés par leur incapacité à réaliser ceci : la compréhension anglo-américaine de ce qui fait d'une activité une profession, n'est en aucun cas synonyme de la conception que l'on s'en fait en Europe continentale.

Dans ce contexte, l'un des critères clé est la réponse divergente à la question : Quels sont les liens des professions avec le marché, d'une part, et avec l'Etat, d'autre part ? Dans le monde anglo-américain, les professions évitent traditionnellement toute dépendance avec leur gouvernement et au contraire, s'efforcent de maintenir une autonomie professionnelle, soutenue par la consolidation de leur propre position économique, à l'exclusion d'autres groupes. L'auto-régulation s'est concentrée dans des domaines tels que la formation et l'accès à la profession, ainsi que dans des domaines disciplinaires, comportant des critères pratiques et pragmatiques qui prévalent sur les critères académiques et conceptuels. Le succès d'un projet professionnel était mesuré en terme de degré d'autonomie acquise par rapport à la réglementation étatique, et de l'étendue des monopoles gagnés sur le marché et des profits maximisés. Historiquement, le marché s'est développé plus tôt dans ces pays qu'en Europe continentale. Il avait également tendance à être plus solide que l'Etat et à agir comme un moteur essentiel des réformes professionnelles.

Si l'on prend comme exemple les professions juridiques en Angleterre et au Pays de Galle, on remarque que les « *barristers* » (avocats) un petit groupe soudé basé dans la capitale du pays, ont particulièrement bien réussi, et ce, très tôt, à consolider et à défendre à la fois leur indépendance et le monopole du marché qu'ils détenaient : la plaidoirie à la cour.

En revanche, les « *solicitors* » (avocats-conseil et juristes à la fois), se trouvaient dans une position quelque peu différente, étant une profession bien plus répandue, manquant aussi de cohésion interne, de concentration géographique et d'un profil professionnel clairement défini. Ce n'est qu'au XIX^e SIÈCLE qu'une législation d'état les a aidés à créer leur propre organisation statutaire nationale : la *Incorporated Law Society* à Londres. Cependant, une fois mise en place, la *Law Society* se renforça de plus en plus, étendant et consolidant le marché des *solicitors* en éliminant de nombreux concurrents et en augmentant de façon importante les pouvoirs d'auto-régulation de la profession⁶.

6 • Michael Burrage, « *From a gentlemen's to a public profession : status and politics in the history of English solicitors* », *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 3, n^{os} 1/2, March 1996, 45-80 ; David Sugarman, « *Bourgeois collectivism, professional power and the boundaries of the State. The private and public life of the Law Society, 1825-1914* », *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 3, n^{os} 1/2, 1996, 81-135.

La profession juridique la plus ancienne en Angleterre et au Pays de Galle, celle de « *notary public* » (notaire), connut une division interne quelque peu similaire à celle survenue entre *barristers* et *solicitors*. Une fois encore, cette division se basait sur une répartition géographique, et un certain niveau d'autonomie et de statut socio-économique.

D'une part, on distingue le très petit groupe des notaires de Londres qui sont depuis 1373 membres de la *Worshipful Company of Scrivener Notaries*: de façon traditionnelle ils contrôlent fermement leur propre destinée professionnelle, y compris la sélection des personnes en formation, les critères de qualification et les sujets disciplinaires. Pendant plus de 700 ans ce régime a assuré la stabilité du nombre (environ 25 à 30 membres, dont une concentration dans certaines familles bien établies) et un monopole géographique statutaire sur tous les travaux notariaux de la City de Londres. Au cours des siècles ils ont consolidé leurs réseaux dans le pays et à l'étranger et se sont constitué le marché notarial le plus lucratif du pays.

Contre toute attente, les notaires *scrivener* ont su défendre l'indépendance de leur statut, et ce, même envers la *Law Society*. Comment y sont-ils parvenus? Voici la réponse: non seulement leur taille restreinte et leur travail hautement spécialisé les rendent relativement insensibles aux attaques de prédateurs, mais leurs clients principaux – commerçants et banquiers de la City de Londres faisant affaire à l'étranger – formaient un lobby difficile à écarter.

C'est ainsi que nous avons ici un exemple frappant du pouvoir du marché établi de longue date dans le monde du droit coutumier⁷. En revanche, rien ne poussait les notaires du reste du pays – qui formaient la plus grande partie de cette profession – à se regrouper en une entité cohérente. Ils étaient géographiquement dispersés dans tout le pays, travaillaient beaucoup de façon isolée et sans les conseils et l'autorité d'une organisation professionnelle statutaire, et ne tiraient qu'un modeste revenu de leurs activités notariales. Le fait qu'ils aient même survécu en tant que profession séparée et qu'ils n'aient pas été engloutis par la *Law Society* (comme le furent les « *attorneys* » [avoués] et les « *proctors* » [fondés de pouvoir] en 1884) est sans doute dû aux pouvoirs de lobbying exercés, non par leurs propres rangs, mais par leurs collègues de Londres, les notaires *scrivener*.

On trouve un exemple extrême du pouvoir des forces du marché sur la professionnalisation, aux Etats-Unis d'Amérique. En ce qui concerne les services juridiques, le rôle de l'Etat se limite à produire des « *lawyers* », la seule profession juridique du pays, détenant un monopole attribué par l'Etat. Les notaires (*notaries*), qui exercent sous ce nom, ne sont traditionnellement pas membres d'une

7 • Ready (1992), 19.

profession mais des laïcs, cependant dotés du pouvoir de certifier des signatures et des documents. La marque de fabrique des avocats américains est leur esprit d'entreprise en évolution constante, toujours prêt à capter des nouveaux segments du marché et à saisir les opportunités économiques que représentent certains problèmes juridiques particuliers. Ni les contraintes géographiques ou politiques, ni même les contraintes de leurs propres corporations professionnelles n'ont mis un frein à l'élan d'expansion de leurs activités à travers le monde, saisissant les opportunités commerciales lorsqu'elles se présentent⁸.

En Europe continentale, les professions dans leur forme moderne, ont évolué essentiellement dans le sillage de la formation d'Etats-nations modernes survenue au cours du XIX^e SIÈCLE. Ce processus a précédé l'évolution d'un marché fort, et les professions ont été définies et se sont définies elles même, beaucoup moins par leur autonomie et pouvoir sur le marché que par leurs relations avec les gouvernements.

Ce sont les gouvernements qui exerçaient des pouvoirs de réglementation dans tous ou dans la plupart des secteurs clés, tels que la formation, l'accès à la profession, les matières disciplinaires, les honoraires et les structures commerciales. Les qualifications professionnelles reposaient sur des connaissances académiques acquises dans des institutions d'enseignement supérieur publiques et non sur des compétences acquises par le travail au niveau local. En échange de la loyauté envers l'Etat et de l'acceptation de limitations strictes de leurs pouvoirs d'auto-régulation, les professions ont acquis des monopoles de marché statutaires qui leur assuraient un statut socio-économique relativement privilégié.

Il faut reconnaître que, dans ce cadre général commun, la situation des pays d'Europe continentale variait grandement en termes de niveau de dépendance vis-à-vis de l'Etat, d'orientation vers le marché ou d'autonomie, par rapport à des groupements professionnels comparables. D'une manière générale, les professions en France ont toujours bénéficié d'une indépendance d'action particulièrement grande⁹. Ainsi, les liens entre le barreau et l'Etat étaient étroits mais ils se basaient sur une assistance et une interdépendance mutuelles, une sorte de cogestion institutionnelle. Il en va de même pour les notaires français, qui ont également réussi à consolider leur statut économique et social en cultivant des alliances et des soutiens politiques et en s'assurant de la protection de leur

8 • Robert L. Nelson et al. (eds), *Lawyers' Ideals/Lawyers' Practices. Transformation in the American Legal Profession*, Cornell UP, Ithaca and London, 1992.

9 • Gerald L. Geison (ed), *Professions and the French State, 1700-1900*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1984; Lucien Karpik, *Les Avocats. Entre l'Etat, le public et le marché (XVIII^e – XX^e siècle)*, Collection Bibliothèque des Sciences humaines, Gallimard 1995; Ezra N. Suleiman, *Les notaires. Les pouvoirs d'une corporation*. Seuil 1987.

monopole de marché par l'Etat, tout en conservant une autonomie professionnelle considérable. En Italie, la professionnalisation a été le résultat d'un mélange de pressions venant d'en haut et d'en bas, l'Etat fournissant le cadre statutaire mais laissant aux professions le soin de le développer et de l'adapter selon leurs vœux¹⁰. En revanche, la professionnalisation en Prusse a été le résultat d'un processus largement initié par l'Etat en suivant un modèle bureaucratique. La réforme a été menée sous la conduite de l'Etat essentiellement, les forces libérales ne gagnant lentement du terrain qu'une fois que la Prusse fut absorbée dans une Allemagne unie en 1871¹¹.

Dans l'ensemble, cependant, il existe une division claire et historique, entre les traditions de professionnalisation dans les pays de droit coutumier et dans ceux de droit civil, en termes de relations avec le marché, d'une part et de relations avec l'Etat, d'autre part : une division qui ne peut pas être ignorée si nous devons comprendre et gérer les tensions d'aujourd'hui sur le marché international des services juridiques.

2.2 La protection des droits des individus

Il existe un second problème de grande importance culturelle, qui apporte une explication pour comprendre la situation des notaires dans les principales cultures juridiques d'Europe d'aujourd'hui et doit être pris en compte. Ce second problème est étroitement lié au premier et concerne l'attitude des sociétés envers la protection du droit des citoyens, un aspect directement lié à l'existence ou non d'un notariat de droit latin.

Dans les pays de droit coutumier, priorité est donnée à la responsabilité propre des individus devant leurs actes et décisions. Dans son ouvrage de 1689 intitulé : *Traité du gouvernement civil bien connu des Américains et des Anglais du XVIII^e siècle*, John LOCKE rédigeait le texte fondateur du libéralisme anglo-américain. Il se base sur l'existence de lois de la nature qui sont accessibles à notre intellect rationnel. La philosophie politique de LOCKE se retrouva bientôt sous son expression la plus connue dans la Déclaration d'Indépendance de 1776 rédigée par Thomas JEFFERSON :

Nous considérons ces vérités comme allant de soi : tous les hommes naissent égaux, ils sont tous dotés par leur Créateur de certains Droits inaliénables,

10 • Maria Malatesta (ed.), *Society and the Professions in Italy, 1860-1914*, Cambridge University Press, 1995, transl. by Adrian Belton.

11 • Charles E. McClelland, « *Escape from Freedom? Reflections on German Professionalization, 1870-1933* », in Rolf Torstendahl and Michael Burrage (eds), *The Formation of the Professions. Knowledge, State and Strategy*, Sage, London etc, 1990, 97-113 ; Geoffery Cocks et Konrad H. Jarausch (eds), *German Professions, 1800-1950*, Oxford University Press, 1990.

parmi lesquels : la Vie, la Liberté et la recherche du Bonheur. Pour garantir ces droits, des Gouvernements sont instaurés parmi les Hommes, qui tiennent leurs justes pouvoirs du consentement des gouvernés...

Si le pouvoir originel est détenu par les gouvernés, il en est de même de la responsabilité qui leur incombe du bon fonctionnement et du bien-être de la société. La prise de risque a toujours été une caractéristique essentielle de la culture anglo-américaine et le libéralisme de LOCKE fournit une explication à la notion de responsabilité individuelle inscrite dans le système juridique anglais. Si l'ordre social est le résultat d'un contrat social qui, si besoin est, peut être révoqué, alors, les pouvoirs de l'Etat ne doivent intervenir que si tout le reste a échoué. Ceci place le système judiciaire au cœur du système juridique mais laisse peu de place à une institution telle que le notariat dont la mission est d'éviter tout conflit juridique.

Le caractère redondant d'une telle institution dans le système anglais est souligné davantage encore, par la priorité donnée à la preuve orale dans les tribunaux de droit coutumier. Si les documents notariaux sont acceptés comme preuves dans tous les tribunaux anglais, on leur accorde, au mieux, une crédibilité accrue, mais ils ne sont jamais exécutoires. Ceci explique pourquoi le déclin du rôle du droit romain dans les tribunaux anglais et gallois depuis le Moyen Âge, s'est accompagné d'une diminution progressive des recours aux notaires.

Ayant, en 1533, remis à l'Archevêque de Canterbury le pouvoir de nommer les notaires, les gouvernements et dirigeants britanniques se sont désintéressés de l'existence et du destin de la profession qui a cessé d'évoluer et s'est peu à peu figée dans le temps. Les notaires se contentaient désormais presque exclusivement, d'exécuter des actes répondant à des exigences de certification notariale, pour des juridictions étrangères de droit civil. La nationalité britannique n'a jamais été un critère de nomination des notaires, et il n'y aurait jamais eu de raison non plus pour qu'elle en devienne un, étant donné le type de travail qu'ils effectuaient. Il en allait de même de toute réglementation statutaire sur le nombre de notaires, les honoraires ou la publicité. Les individus et le marché, voilà tout ce qui comptait. Il n'est pas surprenant de noter que pratiquement aucun notaire établi en dehors de Londres ne pouvait se permettre de ne pas exercer en tant qu'avocat conseil (*solicitor*) également, un état de choses qui ne mena pas à l'évolution vers une forte identité corporatiste. Ce qui maintenait l'attrait pour cette activité de notaire résidait dans un sens de l'appartenance à une profession exclusive et mystérieuse, quelque peu similaire à l'image que renvoie l'appartenance à un club ou un cercle privé.

En revanche, dans les systèmes de droit civil, le risque et la prise de risque ne sont pas des priorités, alors que la sécurité et la fiabilité des contrats

en sont. C'est à l'Etat et non aux individus qu'incombe la responsabilité de garantir les droits des citoyens. En général, on considère que c'est à l'Etat de protéger les individus contre d'inutiles préjudices, coûts et recours à la Justice. Dans ces systèmes, le système judiciaire est complété par une autre juridiction, le notariat étant l'une de ses pierres angulaires. Les notaires sont chargés par les gouvernements de fournir une sécurité juridique aux parties contractantes, dans des domaines tels que le droit de la propriété, des successions, de la famille, du commerce et des entreprises. Les actes notariés rédigés de manière très formelle et strictement réglementée n'ont pas seulement un poids ayant force de preuve, mais sont aussi exécutoires. Les notaires combinent le caractère officiel de l'Etat à un professionnalisme indépendant, et sont, à des degrés divers, libres de fournir des services juridiques sur le marché privé¹². Le caractère officiel de l'Etat va de paire avec un monopole statutaire, un *numerus clausus* imposé par l'Etat et une protection contre la concurrence, tandis que le professionnalisme indépendant offre des opportunités de satisfaire des ambitions motivées par un certain esprit d'entreprise. La combinaison des deux tend à assurer une base de revenus souvent confortables. Il est surprenant de relever une caractéristique que les notaires de droit civil, du moins en Europe occidentale, partagent avec leurs collègues de droit coutumier, à savoir qu'il s'agit d'une profession qui demeure essentiellement masculine¹³.

Il existe un troisième type de système notarial qui se base sur le principe suivant : ce qui nécessite d'être protégé par des mesures statutaires n'est pas le droit des individus mais le droit de l'Etat. Dans les notariats d'Etat, ainsi nommés, les notaires sont des employés du gouvernement, ne disposant, ni d'autonomie professionnelle, ni d'une exposition à des opportunités de marchés. C'est traditionnellement le modèle privilégié par les régimes autoritaires dans le monde du droit civil, par les dirigeants de systèmes féodaux, modèle qui a été rétabli au XX^e siècle, par LÉNINE en Russie et Antonio SALAZAR au Portugal. LÉNINE a été le premier à l'introduire en Union Soviétique en 1922. Bien qu'il ait, à l'origine – étant donné ses fortes affinités avec le capitalisme et les droits des individus – complètement aboli l'institution du notariat, il découvrit, par la suite, son utilité potentielle dans un système politique centralisé et la réintroduisit, après lui avoir retiré

12 • Dans certains pays, notamment en Autriche, les notaires sont même chargés d'une petite catégorie de tâches relevant du domaine du contentieux.

13 • La proportion de femmes notaires : Autriche (2002) : 3,6 % ; France (2004) : 18,3 % ; Allemagne (2003) : 18,1 % de notaires à plein temps (*Nurnotare*) (à l'Ouest : 6,1 % ; à l'Est : 46,1 %) et 9 % de notaires-avocats (*Anwaltsnotare*) ; Pays-Bas (2001) : 9,1 % ; Espagne (2005) : 30 % ; et une rare exception : Grèce (2004) : 85 %.

son indépendance et l'avoir transformée opportunément en une profession bureaucratique contrôlée par l'Etat¹⁴. Après la deuxième guerre mondiale, une variante du système notarial d'Etat soviétique fut mis en place dans tous les Etats membres du bloc soviétique d'Europe centrale dans lesquels un notariat indépendant avait existé auparavant¹⁵. Par opposition avec les notaires latins traditionnels, indépendants, majoritairement masculins et jouissant d'un statut social et économique élevé, les notaires d'Etat de tous ces pays étaient essentiellement des femmes et leurs revenus étaient les plus bas de tous les professionnels du droit.

2.3 Les dynamiques fluctuantes de l'évolution professionnelle : les forces centrifuges contre les forces centripètes

Depuis ses origines romaines, le contrôle exercé sur la profession de notaire et la forme de la profession ont évolué selon un schéma fluctuant déterminé par des forces respectivement centrifuges ou centripètes. Ce schéma s'observe encore aujourd'hui. L'unité d'objectifs et le cadre législatif, qui caractérisaient la profession à l'origine, ont largement disparu depuis le Moyen Âge, sous l'impact de pressions centrifuges. Tandis que le système s'étendait vers le nord de l'Europe, des traditions juridiques et des priorités politiques propres à chaque pays ont été absorbées et intégrées, produisant ainsi toute un éventail de variantes du modèle d'origine. Au niveau de l'ensemble des pays, on remarque la séparation des Îles Britanniques – adoptant le système de droit coutumier –, du continent européen et son système de droit civil. Au niveau des Etats, la différenciation a résulté d'évolutions démographiques et socio-économiques (des zones urbaines par rapport aux zones rurales) et d'une interférence politique de la part de princes féodaux désireux de contrôler cette profession, en particulier sur le territoire du Saint Empire Romain. La fragmentation a atteint un pic à la fin du XVIII^e siècle. Elle cessa quand elle fut exposée à des contre-pouvoirs politiques puissants, parmi lesquels on note en particulier la conquête militaire (par la France, l'Autriche et la Prusse) et la création d'Etats-nations. Les deux processus impliquaient la transplantation et/ou la restructuration des systèmes notariaux. Il en résulta une image générale bien plus homogène en Europe. Globalement, la colonisation et ses conséquences ont fait qu'à la fin du XIX^e siècle les systèmes européens s'étaient largement implantés dans le monde entier.

14 • Friedrich-Christian Schroeder, Das Notariatswesen in der Sowjetunion, *Deutsche Notarzeitschrift* 1964, 645-671.

15 • La seule exception était la République de Yougoslavie nouvellement constituée où le notariat n'a survécu sous aucune forme.

Cependant, des fractures profondes, même à l'intérieur des frontières nationales, ont persisté et ont peu perdu de leur actualité et de leur potentiel à créer des tensions intra-professionnelles. Ceci est particulièrement vrai des pays dotés d'une structure fédérale établie de longue date, tels que la Suisse et l'Allemagne.

En Suisse, la diversité des types de notariats est devenue la norme, étant donné que les pouvoirs de réglementation sont détenus par les 26 cantons : dans les régions de l'ouest et du sud on trouve le modèle franco-italien de la profession libérale, tandis que dans les régions germanophones existe un notariat de service civil dans sa forme pure (les membres de la profession sont des fonctionnaires locaux, majoritairement non diplômés en droit) qui cohabite avec des mélanges variés intégrant le notariat de style français. Cette situation ne posait pas tellement de problème dans un contexte de faible mobilité démographique, mais en pose davantage aujourd'hui dans notre société mobile et dotée du progrès technologique, où l'on s'attend normalement à une standardisation.

D'autre part, l'existence de toute une série de régimes notariaux différents en Suisse a également attiré des chefs d'entreprise et une clientèle d'affaires, venus de l'étranger pour profiter de l'opportunité de réduire les coûts, en évitant les honoraires notariaux (fixes et indexés sur la valeur du bien) en vigueur dans leur propre pays. Il en a résulté une tendance croissante au « tourisme notarial », donnant un sérieux mal de tête, en particulier aux professionnels du pays voisin : les notaires allemands.

Tandis que la Suisse s'est déterminée en faveur d'un contrôle cantonal sur la profession notariale, avec des pouvoirs centraux minimaux, l'Allemagne tente, depuis le début du XX^e siècle, de créer une structure unifiée. Cependant, le notariat allemand également, porte toujours la marque d'une tradition particulariste.

Aujourd'hui encore, il existe une division en deux branches principales : d'une part, on trouve des notaires à temps complet dotés d'une structure organisationnelle largement inspirée du modèle français (*Nurnotare*) – héritage des conquêtes et alliances napoléoniennes ; d'autre part, dans les anciens territoires prussiens la tradition des notaires à temps partiel (*Anwaltsnotare*) a perduré comme étant la norme, celle des avocats qui, plus tard dans leur carrière, se voient accorder le droit d'ajouter des fonctions notariales à leur profil professionnel.

De plus, dans l'Etat du Bad-Württemberg dans le sud ouest de l'Allemagne, un troisième type d'organisation (englobant lui-même deux variantes), le notariat de service civil, a survécu au côté des deux autres formes. Au cours des deux derniers siècles, les efforts entrepris à maintes reprises pour créer en Allemagne une profession totalement intégrée et unie ont échoué, parce que le notariat à

temps plein – à l'origine de ces tentatives – n'a pas pu surmonter les forces particularistes. Ils gagnèrent, certes, une large victoire en 1990, quand leur campagne de politique concertée aboutit en l'instauration d'un notariat à temps plein dans les régions de l'ex-Allemagne de l'Est en remplacement du modèle socialiste ; mais le camp des notaires juristes plus large et moins bien organisé n'a pas oublié sa défaite, et l'accord tacite de tolérance mutuelle fondée sur l'intérêt personnel éclairé qui régnait auparavant sur les relations entre les deux parties, accusa un sérieux coup.

La fragilité de l'unité de la profession allemande est due à la force des lobbies régionaux et à l'absence d'un engagement fort de la part du gouvernement national : elle a encore été démontrée, lorsque des négociations récentes entre les gouvernements régionaux et Berlin concernant une réforme complète du système de gouvernement fédéral allemand ont quasiment abouti à la transmission des pouvoirs réglementant la profession, aux *Länder*. Etant donné le processus – désormais inéluctable – de déréglementation du métier d'homme de loi en Allemagne, on craint, à juste titre, que cela ne déteigne sur le notariat, si les membres qui cumulent les deux activités professionnelles à la fois, découvrent les avantages de la libéralisation et commencent à plaider en faveur de mesures similaires dans leur travail notarial.

Même en France, des fractures structurelles dont l'origine se trouve dans le passé du pays, ont survécu jusqu'à notre époque. Deux modèles d'organisation continuent à coexister : un notariat de type allemand à Metz, Colmar et Strasbourg (systèmes maintenus après que ces territoires aient été rendus à la France en 1918) et le modèle napoléonien standard dans la majeure partie du pays. Ce qui différencie le premier système du second réside, entre autres, dans son système méritocratique qui gouverne l'accès à la profession et la stricte concentration sur des fonctions officielles, excluant toute activité commerciale.

Si en Europe continentale l'évolution de la profession des notaires s'est déroulée dans un contexte d'instabilité politique et été façonnée par ce contexte, l'évolution en Angleterre s'est produite dans un environnement politiquement et culturellement stable, dans lequel les forces du marché et les efforts des professions pour acquérir une autonomie ont pris le pas sur l'action gouvernementale. Malheureusement pour les notaires, ceci a causé leur marginalisation progressive mais inexorable au sein du marché national, les laissant à une activité quasi exclusive de traitement d'affaires provenant de l'étranger et – à l'exception des notaires *scrivener* de Londres, l'obligation de travailler essentiellement en tant que *solicitors* (notaires juristes).

III – Une rupture avec la tradition : la déréglementation sur le continent européen, la re-réglementation en Grande-Bretagne

Depuis dix ou quinze ans, une vague de changement déferle de chaque côté de la Manche en affectant les professions juridiques en général et les notaires, en particulier. De manière assez ironique, les évolutions se produisent en sens inverse de leur parcours traditionnel. Dans les pays situés sur le continent, dans lesquels les gouvernements détenaient traditionnellement un contrôle plus ou moins ferme sur les régimes réglementés, la nécessité de prendre en compte le marché se fait plus pressante et les gouvernements relâchent progressivement leur emprise exclusive sur la réglementation. En revanche, en Angleterre et au Pays de Galles, ainsi qu'en Irlande, où le marché est traditionnellement la force instigatrice, ce sont les gouvernements nationaux qui proposent maintenant des réformes radicales dans l'organisation des professions fournissant des services juridiques, aux dépens de l'autonomie de réglementation des professions.

En Europe continentale, un certain assouplissement des règles professionnelles est tout d'abord apparu en France, initiative purement nationale. Celui-ci s'est produit avec le soutien de la profession elle-même, lors de sa tentative fructueuse pour gérer et contrôler des mesures de libéralisation plus radicales, envisagées à l'origine par le gouvernement français. A cette occasion, les notaires français ont acquis une plus grande flexibilité et de nouvelles opportunités au sein d'un environnement économique en évolution, sans perdre leur cadre de base réglementée et traditionnelle chassée gardée.

Depuis 1966/7, ils ont le choix entre deux, et à partir de 1990, entre trois types de structures organisationnelles, en conséquence de quoi, seulement un tiers d'entre eux environ, pratiquent toujours seuls. Les partenariats peuvent être, soit mono-professionnels (la norme), soit pluri-professionnels, offrant des opportunités de spécialisation et d'expansion dans de nouveaux domaines de travail. Une nouvelle ouverture vers la spécialisation, couplée à un assouplissement du rigoureux *numerus clausus* a été introduite en 1990 avec la création du poste de « notaire salarié » (termes considérés dans la plupart des autres systèmes nationaux comme contradictoires).

En 1986 l'échelle des honoraires a été rendue libre pour toutes les transactions commerciales et les activités impliquant des entreprises, et les activités des notaires ont cessé d'être liées à une situation géographique particulière. Depuis cette date, la négociation des honoraires est devenue la norme pour les transactions juridiques d'un montant supérieur à 500 000 francs (80 000 euros), et les individus sont libres de pratiquer en tant que notaires dans tout le pays (compétence

nationale). Ces mesures ont contribué à renforcer la profession grâce à une modernisation de l'intérieur et ont offert des opportunités de développement que n'ont pas leurs collègues dans la plupart des autres pays. Il faut dire également que ces mesures ont accentué la fracture du notariat français en terme de région, de clientèle et d'approche stratégique.

Conséquence notable de l'assouplissement de la réglementation : la création de réseaux de notaires mono-professionnels nationaux. Le Groupe Monassier en est un exemple remarquable¹⁶. Il a été fondé en 1992 par le notaire parisien Bernard Monassier, un visionnaire déterminé à rester en phase avec l'évolution du marché international et national et les exigences de la corporation. En 2006, le Groupe Monassier comptait 28 études notariales réparties dans toute la France, comprenant un total de 85 notaires et 650 employés. Son image est celle d'une entreprise moderne engagée dans des domaines de pointe et soutenue par une recherche active et spécialisée dans toute une catégorie de domaines d'activité ouverts aux notaires. En 1993 est venu rejoindre au groupe un réseau de quelques 1 000 juristes à l'heure actuelle, comprenant, non seulement des notaires, mais aussi des membres de professions juridiques d'autres pays.

D'autres regroupements mono-professionnels nationaux sont apparus ces dernières années. Ils ont tendance à se concentrer sur un domaine spécifique auparavant négligé par les notaires et nécessitant un degré élevé de spécialisation. Le plus connu d'entre eux est Pharmétudes, un réseau créé pour traiter tous les aspects du conseil juridique nécessaires aux pharmaciens, allant au-delà de l'acte notarié classique authentifiant la vente ou l'achat d'une pharmacie¹⁷. Un autre groupe, Nôtel, a été créé en 1998 pour l'industrie hôtelière (hôtels, bars, restaurants) inspiré du modèle de Pharmétudes¹⁸. Un troisième groupement national, Jurisvin, traite toutes les demandes juridiques émanant de viticulteurs¹⁹.

C'est aux Pays-Bas qu'est survenue ensuite une rupture avec la tradition, rupture bien plus importante et radicale qu'en France. En 1999 une législation fut adoptée, abolissant le *numerus clausus* et qui introduisait l'option d'associations interdisciplinaires avec des conseillers fiscaux et des juristes (même de l'étranger) ; cette législation assouplissait aussi l'échelle des honoraires, finalement abolie en avril 2003, donc soumis aujourd'hui à des tarifs libres. En 2003, environ un cinquième des études notariales avaient saisi l'occasion de devenir partenaire d'un groupement inter-disciplinaire. En août 2006, le groupement de ce type le plus

16 • <http://www.groupe.monassier.com>

17 • <http://www.pharmetudes.com>

18 • <http://www.notel.org>

19 • <http://www.jurisvin.fr>

important, LOYENS & LOEFF, se prévalait d'un nombre de notaires, juristes et conseillers fiscaux, dépassant les 700 personnes. Il opérait via 7 bureaux répartis entre les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg et comptait 10 bureaux situés dans les principaux centres financiers internationaux²⁰. Les membres étrangers d'associations de ce type sont essentiellement britanniques – une opportunité bienvenue pour les *solicitors* (avocats-conseils) britanniques qui souhaitaient établir un premier contact avec le notariat de droit civil²¹. Les résultats d'une étude récente montrent que, d'une part, ces réformes ont eu peu d'impact sur l'accroissement de la concurrence. D'autre part, les coûts, notamment en matière de droit de la famille, ont augmenté plutôt que diminué et on note une détérioration de la qualité des services notariaux, montrée par des résultats objectifs et par les impressions des clients²².

Si les évolutions aux Pays-Bas ont été observées avec une grande inquiétude par les notaires d'autres pays de droit civil d'Europe, les récentes campagnes de libéralisation initiées par la Commission européenne, visant notamment les professions libérales, y compris les notaires, ont rendu beaucoup plus réelles la menace de déréglementation. Déjà, les autorités nationales chargées de la concurrence répondent avec un enthousiasme plus ou moins grand à la requête de la Commission : elle demande que lui soient soumis des rapports sur les régimes nationaux réglementés des professions libérales et leur adéquation ou inadéquation. Parmi les pays les plus ouvertement et fortement critiques, on remarque les autorités en charge de la concurrence des pays récemment devenus membres de l'UE, où, ironie du sort, les professions libérales réglementées venaient d'être réimplantées.

En 2004, le Bureau de la concurrence et de la protection du consommateur en Pologne a publié un rapport critiquant violemment les professions juridiques en général et les notaires, en particulier. Ce rapport recommandait la déréglementation de l'accès à la profession, de la publicité, de l'échelle des honoraires et des structures d'organisation. La même année, le monopole des notaires (très étendu, il faut bien le reconnaître) a été réduit lors de l'assouplissement des conditions d'authentification pour des crédits hypothécaires.

De même, on a introduit un plafonnement des honoraires. D'autres mesures drastiques sont attendues. C'est aussi en 2004 que l'Autorité hongroise de la

20 • <http://www.loyensloeff.com>

21 • François Boucher, « *Pays-Bas : des notaires très très libéraux* », *Notaires. Vie professionnelle*, n° 240, 2003, 50-1.

22 • Richard Nahuis et Joëlle Noailly, « *CPB Document 94 : Concurrence et Qualité dans la Profession de Notaire* », <http://www.cpb.nl/eng/pub/cpbreesen/document/94>; Roger Van den Bergh & Yves Montangie, « *Competition in Professional Services Markets : Are Latin Notaries Different?* », *Journal of Competition Law and Economics*, 2 (2)/2006, 189-214.

concurrence recommandait dans son rapport annuel, la déréglementation des notariats, tandis qu'en Slovénie, le régime réglementé des notaires était vigoureusement critiqué par l'autorité nationale en charge de la concurrence; ces critiques étaient étayées par des références à des cas d'abus de pouvoir des notaires lors d'affaires qui avaient défrayé la chronique et par le fait qu'en 2003, sur les 68 notaires du pays (le total équivalent à un notaire public pour 30 000 habitants!), 22 étaient désignés comme faisant partie des 100 revenus les plus élevés de Slovénie²³.

L'Autorité portugaise chargée de la concurrence a entrepris une étude détaillée des restrictions existant dans le cadre de la profession de notaires depuis la privatisation des services notariaux en 2004. Elle a conclu que les réglementations nouvellement établies régissant les 543 notaires indépendants étaient excessivement restrictives en ce qui concerne l'entrée dans la profession, les honoraires, la publicité et les structures d'affaire, et recommandait que ces réglementations soient amendées ou supprimées²⁴.

Enfin, le rapport biennuel de 2004/2005 de la Commission allemande sur le Monopole intitulé « *Plus de Concurrence aussi dans le Secteur des Services!* », inclue une section à part sur les professions libérales²⁵. Bien que les notaires ne soient pas spécifiquement mentionnés, toute action entreprise, en riposte aux critiques visant les professions juridiques aura probablement aucun effet direct ou indirect sur leurs collègues notaires.

En résumé, en seulement quelques années, la déréglementation a effectué de profondes intrusions dans les systèmes réglementés qui gouvernent les notaires dans bon nombre d'Etats membres de l'UE d'Europe continentale. En France, où traditionnellement les notaires bénéficient d'une large catégorie d'activités réservées tout en profitant de larges opportunités d'activités commerciales, la libéralisation a commencé tôt et a progressé de façon remarquablement prudente, régulière et discrète; elle se base sur un consensus soigneusement négocié entre les différentes parties concernées. Il reste à voir si cette approche demeure possible, dans un climat où la pression économique s'accroît au niveau national et international, et face à la détermination de la Commission européenne d'entraîner la profession dans son mouvement de libéralisation.

23 • Marco Kranjec, « Slovenia » in CUTS International, *Competition Regimes in the World – A Civil Society Report* (<http://www.competitionregimes.com>)

24 • Organisation for Economic Co-operation and Development, *Annual Report on Competition Policy Developments in Portugal*, 1 July 2004 – 30 June 2005 (<http://www.oecd.org>)

25 • *Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!* 2006 (<http://www.monopolkommission.de/haupt.html>)

En Angleterre et au Pays de Galles, la réforme sur la réglementation du marché des services juridiques a été entreprise sous le gouvernement du Premier Ministre Margaret THATCHER mais était concentrée essentiellement sur la profession de *solicitor*. La loi sur les tribunaux et les services juridiques de 1990 visant à éliminer les réglementations non concurrentielles, démodées et discriminatoires, ne consacrait qu'une seule section (n° 57) aux notaires. Elle réduisait (sans la supprimer totalement) la fragmentation de la profession notariale qui était jusque-là divisée en trois groupes distincts, et procurait un tremplin statutaire en vue d'un processus de modernisation, de la formation notariale en particulier. Tout ceci se produisit avec le soutien de l'organisation des notaires travaillant en dehors de Londres, la *Notaries' Society*, désireuse de moderniser la profession et d'aligner la formation sur celle des notaires de droit civil et avec les conditions d'application de la Directive européenne sur la reconnaissance mutuelle des Diplômes d'Enseignement supérieur de 1989.

Sous le gouvernement travailliste de Tony BLAIR, le projet de libéralisation a été étendu aux professions libérales au sens large. Cependant, son impulsion évolua moins en déréglementation qu'en re-réglementation centralisée visant à améliorer la transparence, pour le bien du client. Ainsi, le « labyrinthe de réglementation » actuel est en voie de se transformer en un système moderne, flexible, simplifié, transparent et responsable de ses actes. Les pouvoirs de réglementation sont actuellement retirés des mains de 18 régulateurs professionnels pour être confiés à une entité nationale indépendante, le Conseil des Services Juridiques (*Legal Services Board*). Même si la gestion des affaires courantes est alors déléguée à des entités professionnelles « placées en première ligne », telles que le Conseil du Barreau (*Bar Council*) qui regroupe les *barristers*, la Société du Droit (*Law Society*) qui réunit les *solicitors* et le Tribunal des Facultés (*Court of Faculties*) qui rassemble les *notaries*, le *Board* conservera un contrôle important sur l'ensemble. De plus, toutes les questions disciplinaires sont confiées à un Bureau central des plaintes juridiques (*Office for Legal Complaints*).

Ces nouvelles mesures ébranlent sérieusement le principe d'autonomie si cher à ces professions dans le monde anglo-saxon. Bien qu'elles visent particulièrement le *Bar Council* et la *Law Society*, et – souci majeur pour le gouvernement – bien que les pouvoirs disciplinaires et les fonctions représentatives du notariat – par opposition aux deux autres professions – soient déjà clairement séparés, le nouveau système de réglementation pourrait bien servir à éroder le sens identitaire des notaires en tant que profession indépendante et distincte. Malheureusement pour eux, une entité et un lobby représentatifs forts leur font défaut dans la défense de leurs intérêts. Ainsi perdue le cauchemar du travail notarial

qui pourrait finir par n'être rien d'autre qu'une des nombreuses spécialisations possibles pour les *solicitors*. Des réformes très similaires sont en cours en Irlande.

Ce qu'on observe donc, c'est une accélération du changement des dynamiques dans des directions opposées, au sein du notariat de droit civil, d'une part et du notariat de droit coutumier en Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande, d'autre part. Tandis que les premiers, façonnés traditionnellement par les forces politiques nationales et les groupes d'intérêt, doivent réagir de plus en plus aux forces du marché, les seconds, après une longue tradition d'autonomie professionnelle et de stratégies déterminées par les forces du marché, sentent venir le désir de réglementation de leurs gouvernements. On pourrait suggérer que c'est le moment idéal pour que les deux types de notariat fassent connaissance, tirent profit de l'expérience de l'autre et explorent l'étendue de leur territoire commun. Se pourrait-il qu'une telle convergence progressive mène à terme à des chances de création d'une profession notariale européenne ?

IV – Etat ou Marché ? La réponse de la profession

Pour les notaires anglais ou gallois, le champ d'action est réduit et il n'y a pas grand-chose à perdre ou à gagner. Ils sont (et ce depuis longtemps) partie intégrante du marché national concurrentiel des services juridiques et ne peuvent compter sur aucune protection de l'Etat en cas de concurrence. Leur seule (et très modeste) chasse gardée est due à l'existence et aux exigences des systèmes notariaux latins dans les pays de droit civil et est donc, indépendante des arrangements de leur propre gouvernement.

Leur principal ordre du jour politique est et sera d'argumenter en faveur de la revalorisation des actes notariaux au sein de leur propre système afin de créer une parité et une crédibilité avec le monde de droit civil. Un pas a été fait dans cette direction en octobre 2005, lors de l'adoption d'un amendement aux règles de procédure civile en Angleterre et au Pays de Galles : il précise « *qu'un acte ou instrument notarial peut être reçu comme justificatif sans preuve supplémentaire, en tant qu'élément dûment authentifié selon les critères du droit, sauf preuve du contraire* »²⁶.

Cette nouvelle règle souligne la force probatoire des actes notariaux anglais et gallois, bien qu'elle n'aille pas jusqu'à leur conférer la force exécutoire des actes authentiques de droit civil. Celle-ci serait inenvisageable car elle irait à l'encontre de deux principes fondamentaux du droit coutumier, à savoir : le principe d'oralité et la règle qui s'oppose à la rumeur. Mais les notaires se réjouissent de voir se profiler

26 • <http://www.opsi.gov.uk/SI/si2005/20053515.htm>

au moins une occasion de changement culturel progressif, étant donné que des tribunaux anglais et gallois sont déjà de plus en plus enclins à accepter les preuves écrites, tendance qui devrait faciliter l'acceptation de documents notariés.

Les deux organismes professionnels : la *Society of Scriveners Notaries* et la *Notaries' Society* saisissent depuis les 15 dernières années, toutes les occasions de renforcer leur position dans leur pays et à l'étranger. Les *Scriveners* ont vu leur candidature acceptée et sont devenus membres à plein titre de la UINL et continuent à cultiver des contacts et à entretenir une collaboration avec des collègues de pays de droit civil. La *Notaries' Society* se concentre sur l'amélioration des qualifications des nouveaux membres. Elle s'applique à faire prendre davantage conscience aux membres existants des évolutions professionnelles plus grandes qui les affectent, renforce l'esprit corporatiste de la profession et signifie à tous les membres l'importance de critères professionnels élevés. Il ne fait aucun doute que la professionnalisation des notaires en Angleterre et au Pays de Galles a considérablement évolué. Dans un climat favorable et face à l'expansion quasi inexorable de leurs principaux concurrents – les *solicitors* –, ils ont tiré le meilleur parti de leurs armes clés : un regard aigu sur l'amélioration de la qualité, un renforcement de leur position dans le pays, la solidarité avec les notariats de droit civil, et une action de lobbying habile sur des soutiens potentiels au gouvernement : le barreau et la branche judiciaire. Mais, alors que les revenus principaux de la plupart d'entre eux proviennent quand même de leur activité de *solicitor*, le nombre de notaires qui passent des nuits blanches à s'inquiéter pour l'avenir de leur profession, est certainement négligeable.

La situation est très différente dans les pays d'Europe continentale. Ici les notaires s'identifient traditionnellement à leur statut d'officier public et, selon la règle, ne sont pas incités à s'investir dans des activités sur le marché concurrentiel. La réponse des notaires de droit civil aux récents changements apparus dans leur environnement économique et aux campagnes de libéralisation, a tendance à osciller de l'auto-satisfaction vers une réaction défensive. On peut affirmer que c'est en Autriche que l'on trouve l'organisation notariale la plus vigilante, la plus imaginative et la plus innovante. N'ayant jamais connu la sécurité que procurent des relations proches avec le gouvernement, ni de monopole substantiel, les notaires autrichiens ont appris, très tôt au cours de leur histoire, à rester sur le qui-vive. Il suffit de se rappeler que le premier système statutaire d'un notariat public dans le pays, créé en 1850 suite à l'abolition de la propriété terrienne féodale, a été décrit comme un « jumeau atrophié de son modèle français »²⁷. Il offrait peu d'autonomie professionnelle, seulement

27 • Christian Neschwara, *Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa*, Manz, Vienna, 2005, 5

une gamme limitée de fonctions monopolistiques, aucune force exécutoire attachée aux actes authentiques et pas de séparation claire entre les notaires et les hommes de loi. Bien que l'authenticité des actes notariaux soit accordée dans une version révisée et introduite en 1871, le monopole notarial reste modeste par comparaison avec celui, par exemple, de la France (Autriche : 20 %, France : 80 %). La concurrence avec les hommes de loi est féroce, étant donné que l'authentification peut souvent être remplacée par une simple certification, et que les hommes de loi font pression pour que le statut d'authenticité soit accordé aux contrats privés rédigés par leurs soins. La principale stratégie de défense des notaires autrichiens – actuellement au nombre de 460 – comparée à celle des hommes de loi – plus de 5 000 –, est de démontrer la haute qualité de leurs services ainsi que la valeur ajoutée économique et sociale qu'ils représentent pour la société. La liste de leurs initiatives est impressionnante, et va de consultations gratuites et de projets sociaux importants à toute une série d'innovations technologiques audacieuses qui placent le notariat autrichien à la pointe du progrès technologique.

Le notariat autrichien a aussi prouvé sa capacité d'anticipation et sa participation active dans le cadre de l'union européenne, depuis son entrée dans l'UE en 1995. Les notaires autrichiens ont, non seulement agi comme un moteur dans la restauration du système notarial de droit civil dans les anciens pays socialistes frontaliers ; ils ont également été à l'origine de l'établissement d'un bureau notarial national à Bruxelles, dès 1997.

En Allemagne, les notaires se reposent traditionnellement et plus ou moins exclusivement sur les tâches attribuées par le gouvernement et montrent généralement peu d'entrain à s'aventurer sur le marché libre des services juridiques. Ce n'est pas non plus le cadre réglementaire étroit dans lequel ils opèrent, qui les encourage à s'y aventurer. Cependant, les évolutions qui se produisent autour d'eux commencent à influencer l'attitude de certains notaires dans la manière dont ils souhaiteraient aborder leur travail. Ceci concerne en particulier les *Anwaltsnotare* dans les régions urbaines. Dans une ville telle que Francfort, centre d'une activité économique et juridique internationale, les notaires ont du mal à accepter que le maintien du *statu quo* soit dans l'intérêt de la profession, bien qu'ils ne soient absolument pas d'accord entre eux, sur la nature des réformes – si réformes il y a – qui profiteraient à la profession à moyen et même long terme.

Les organisations notariales nationales allemandes sont largement aux mains des représentants du notariat à temps plein (*Nurnotariat*). Souligner l'unité de leur profession, telle que définie par leur statut d'officier public, et éviter de faire

gêter le bateau d'aucune manière, telles sont leurs priorités. Cependant, même au sein du *Nurnotariat*, en particulier dans la ville de Hambourg, certains appellent à un assouplissement des réglementations professionnelles pour permettre aux notaires de répondre de façon plus adéquate aux besoins d'une clientèle d'affaires.

Par comparaison avec d'autres notaires de droit civil en Europe, les notaires français, comme nous l'avons vu, sont relativement bien placés pour s'investir dans des activités commerciales sur le marché libre des services juridiques et pour profiter pleinement de leur double rôle d'officiers publics et de membres d'une profession libérale. Mais, comme on peut s'y attendre, les positions diffèrent grandement sur cette question : jusqu'à quel point les demandes du marché doivent-elles déterminer leurs stratégies professionnelles ? Nombreux sont ceux qui restent peu convaincus du besoin d'envisager un changement qui les éloignerait d'un statu quo actuellement confortable.

A l'autre extrémité de l'éventail des opinions, on découvre que dès 1989, Gérard Julien SAINT-AMAND, Deuxième Président du Mouvement Jeune Notariat (1972-1974), élaborait les grandes lignes d'une proposition radicale pour « un grand plan de développement » du notariat français, afin de lui assurer une position concurrentielle sur le marché international des services juridiques²⁸.

Il appelait à :

- l'abolition du *numerus clausus*,
- l'abolition des tarifs fixes, excepté pour les activités couvertes par le monopole des notaires,
- de l'espace pour une spécialisation,
- la création d'entreprises notariales puissantes et actives au niveau international capable de concurrencer les cabinets juridiques anglo-américains,
- des modifications structurelles dans l'organisation de la profession, avec, en particulier, d'une part, la création de chambres interdépartementales, et d'autre part, la création de ministères dotés de portefeuilles spécifiques au sein du Conseil Supérieur, visant à développer des aspects particuliers du rôle de la profession.

En fait, sur tous ces fronts, les choses ont commencé à bouger, produisant un processus progressif, encore qu'inégal, de modernisation et de réactivité aux demandes du marché. Le problème est le suivant : les choses progressent et elles progressent rapidement. Donc :

28 • Pierre Argney, *Histoire du Mouvement Jeune Notariat*, Les Imprimeurs Associés, Maubeuge (Nord), 1996, 111-122.

V – Quel avenir ?

Pour l'instant, les premières craintes ont été apaisées, étant donné que deux directives de la Commission européenne qui ont soulevé la plupart des craintes parmi les notaires de droit civil – la Directive sur les services du marché interne et la Directive sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles – n'affecteront pas directement le travail central des professionnels qui les effectuent en tant qu'officiers publics.

Ceci crée un espace de liberté que la profession utilisera avec sagesse pour initier un processus d'analyse autocritique, à la lumière de l'évolution des besoins des clients et de l'évolution des perceptions des régulateurs.

Chaque aspect de son cadre réglementaire nécessite une analyse et une justification de sa pertinence, de sa proportionnalité et utilité, à la fois pour la société et pour la profession.

Ceux qui s'investissent pour assurer une bonne place à la profession semblent s'acheminer vers un consensus sur les points suivants :

- persuader les gouvernements et le public de la valeur économique et sociale de l'acte notarial authentique se fera le plus facilement par le biais de preuves concrètes,
- ceci nécessite une coopération entre les chercheurs universitaires et la profession,
- il serait contre-productif de n'insister que sur le statu quo de la réglementation,
- une modernisation réussie présuppose à la fois une autoévaluation critique et un respect des différences culturelles historiques,
- une solidarité et une coopération interprofessionnelle et internationale sont essentielles à la survie de la profession,
- la diversité au sein de la profession ne devrait pas être considérée comme une barrière mais plutôt comme une stratégie complémentaire à la solidarité et à la coopération.

S'il existe un notariat doté de l'expérience, la compétence, la main-d'œuvre, les ressources organisationnelles et financières ainsi que le champ d'action statutaire nécessaire pour adopter une approche équilibrée et tournée vers l'avenir, c'est bien le notariat français.

Pour reprendre les mots de Louis REILLER : « *Une profession qui n'épouse pas son siècle est une profession condamnée* ». Le Congrès du MJN de San-Francisco sur le Droit et l'Économie est la preuve que cette organisation prend au sérieux le message de Louis REILLER.

DROIT ET ÉCONOMIE LA QUESTION PRÉLIMINAIRE DE L'ÉTAT, DU RAPPORT DU NOTARIAT ET DE L'ÉTAT, EN FRANCE

M^e Bertrand LACOURTE
Notaire à Paris

Plan

01 – La problématique

- La question de la crise de l'Etat, de la crise d'un système, et d'une profession par rapport à cela.
- Le droit sans l'Etat? Les deux approches possibles de la question « droit et économie ».

La question (posée de façon comparative entre les Etats-Unis et la France) par un juriste de droit français, il y a 20 ans : le droit sans l'Etat?

- Les critiques contenues dans les rapports *Doing business* de la Banque Mondiale
Droit et économie. La pertinence de la question. L'émergence de la question de l'Etat

La question ; rappels

Quelle crise? Celle de professions juridiques? Celle de systèmes juridiques?

Face à cela, la question de l'efficacité et de la sécurité à assurer, par le Droit et l'Etat.

Droit et Etat – Les deux approches (droit et économie ; l'efficacité économique du droit)

- 1/*Droit et économie*
- 2/*L'efficacité économique du droit*

De ce point de vue là, montrer :

- *Descriptivement, la question du rôle assigné à la profession notariale*
- *Comme une interrogation critique, celle des enjeux des évolutions, avec les exigences mais aussi les « possibles » que cela peut représenter*

I S'agissant du notariat, spécifiquement :

(I) – En premier lieu, donc, considérer la question du notariat français dans l'évolution de la société française.

(II) – En second lieu, nous plaçant dans la discussion critique sur l'efficacité économique des institutions juridiques françaises et du notariat en son sein, nous interroger sur la pertinence effective et possible (capacité à répondre aux besoins) de notre profession.

I – L'Etat et les pouvoirs publics et le notariat. Le notaire, officier public.

1. Rappel historique, de principes, sources et évolution
2. Faire l'analyse de l'évolution à l'œuvre

II – L'efficacité économique du notariat dans le système français ; réalités actuelles (assumer une fonction), évolutions effectives ou possibles.

Du double point de vue de :

1. Economie (de coût et de charges)
2. Efficacité économique (résultat) : ce que cela permet d'atteindre et d'obtenir

III – Les développements effectifs (et à l'œuvre) ou possibles

1. Soit au niveau de l'ensemble de la profession
2. Soit au niveau des pratiques individuelles

01 – La problématique

En guise d'introduction, quelle problématique : la question de la crise de l'Etat, de la crise d'un système, et d'une profession par rapport à cela.

En se posant la question du droit et de l'économie, du rapport du droit et de l'économie, ce n'est certainement pas de façon académique que les notaires français notamment, du Mouvement Jeune Notariat, se la sont posée ; en effet.

Le remue-ménage de ce que l'on a l'habitude d'appeler la mondialisation, avec ce que cela recouvre de destruction des traditions, des habitudes, des façons – avec la financiarisation, et, en tout cas, un effet « dématérialisant » – et, en tout cas de nouveaux décalages, de nouveaux modes... en est sans doute la raison majeure. Mais au-delà de cela, pourquoi ?

S'agit-il de ce qui résultait des rapports faits par la Banque Mondiale, *Doing business*, depuis 2004, et de ce qu'il en ressortirait de critique pour les notaires – qui seraient, selon les termes du rapport de 2004, *unnecessary burden* (une charge inutile) ! – ou encore de ce qu'il ressortirait, à nouveau, de ces rapports que les systèmes juridiques de Common law seraient plus efficaces à la pratique des affaires à travers le monde, sans se préoccuper de frontières à cet égard, que ceux de *civil law* ?

S'agit-il de l'inquiétude de voir les professions et pratiques de *civil law* menacées jusque dans ce qui ne relève même pas du droit des affaires – de cette « universalité » là – ? Jusque dans quel recoin ?

Souci européen plus loin, de laisser la concurrence jouée librement, toujours plus librement, avec la pression des autorités européennes (la Commission européenne¹ en l'occurrence, la directive service, dite BOLKENSTEIN, suivie en tout cas de la pression, sous forme d'injonction, mise par la Commission pour voir le critère de nationalité quant aux notaires – celui de l'Etat et de la nation – dans divers pays européens qui le connaissent encore, écarté).

Toutes ces raisons en sont. Certes.

Pendant, il m'a semblé qu'en préalable, et afin de pouvoir ainsi bien poser la problématique en cause, nous avions, positivement (et aux deux sens du mot

1 • En tout cas, de la part des deux directions générales de la Commission – Marché intérieur et Concurrence – comme en fait la distinction M^e Bernard REYNIS, président actuel du Conseil Supérieur du Notariat (CSN) dans un entretien récent donné à la *Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 11, 16 mars 2007, 1127 « La fonction notariale répond à un besoin d'authenticité ». Bernard REYNIS ajoutant qu'il faut distinguer à l'intérieur de la Commission qui est aussi, selon lui, pluri-culturelle, se félicitant ainsi du travail poursuivi, sur le plan juridique, avec la direction générale Justice, liberté et sécurité actuellement dirigée par le commissaire italien Franco FRATTINI.

peut-être), à nous interroger d'abord sur la question de l'Etat, de notre rapport à l'Etat.

A raison de ce que l'Etat, cette question si importante, si liée à l'histoire occidentale, était lui-même en crise, et, peut-être tout particulièrement en France, peut-être un des Etats européens forgé le plus anciennement (avec la Grande-Bretagne, chacun de ces deux grands pays à leur façon d'ailleurs) ; crise de l'Etat – avec cette figure française plus particulièrement sans doute – confronté à toutes ces évolutions, crise du notariat par rapport à cela, non pas dans une dépendance mécanique, et manichéenne, mais en résonance tout de même.

Dans son livre paru il y a 20 ans, *Les Notaires, les pouvoirs d'une corporation*, le sociologue américain Ezra SULEIMAN (voir ci-après) n'avait pas ménagé alors ses critiques à l'égard du notariat qu'il voyait comme une survivance tenace. C'était aussi pour s'étonner – et tenter, selon lui, d'analyser – comment toutes les tentatives de l'Etat français pour réformer (sinon abroger!) le notariat, ce notariat, avaient toutes échoué, sur une vingtaine d'années, depuis la constitution de la ^ve République en 1959 jusqu'à celle de la gauche arrivant au pouvoir (début des années 80).

On pourrait dire que, depuis ces 20 ans, tant d'évolutions se sont accomplies et que nous ne sommes plus dans le même contexte du tout ; certes ; et, pourtant, les enjeux de la place de cette profession dans la société contemporaine demeurent, avec la régression de la place qu'elle occupe qui s'est très vraisemblablement poursuivie ; notre confrère Bernard MONASSIER qui a eu de nombreuses responsabilités professionnelles et accompli un modèle du genre en termes de réseau notarial en particulier, n'a cessé, ne cesse, de le souligner, et d'alerter, alerte pour les professionnels que nous sommes, alerte aussi pour les autorités publiques ; ses propos font en quelque sorte écho à ceux de responsables de notre profession, comme les avait cités Ezra SULEIMAN dans son ouvrage, sur la nécessité de l'ouverture, voire d'être libérés de contraintes encombrantes.

Il ne s'agit pas de porter, d'aucune façon, de jugement, ni de s'enfermer dans aucun a priori, mais de tenter de prendre la mesure des choses, afin de comprendre la situation, et de s'efforcer à la pertinence des réponses, des adaptations, des évolutions ; et pour cela de se poser la question de la « chose publique », la *res publica*, la république ; tant il est vrai que, notaires – et de façon peut-être tout particulièrement en France d'ailleurs (la loi de Ventôse an XI, l'ordonnance de 1945), cette notion *d'officier public* – nous, notaires,

demeurons liés à cela, alors que cette chose publique², et la pratique démocratique qui va ou devrait aller avec, est en question.

Mon hypothèse, c'est donc qu'on ne peut comprendre – et en rendre compte ce souci, et cette épreuve, de réalisme, et de considérer ainsi droit et économie³, sans considérer l'épreuve, également, de cette crise de l'Etat, et de l'autorité publique, et que c'est en regard de cela qu'il faut considérer celle du droit, de notre droit – tradition de droit civil écrit, *civil law* – et nos professions du droit, et du notariat notamment (avec ces notions fortes de force probante, de force exécutoire, ou celles,

2 • Sauf à suivre Philippe SIMONNOT, *L'économie du Droit, tome 1, l'invention de l'Etat*, les Belles Lettres, 2003, économiste, directeur de l'Observatoire économique du droit à l'université de Versailles, qui fait une critique appuyée de l'État, avec aussi une défense récurrente des physiocrates; il y soutient que, contrairement à l'idée convenue selon laquelle l'Etat, quel qu'il soit, serait préférable à l'anarchie – Etat et Etat de droit étant ainsi confondus-, l'Etat serait en fait le premier système d'exploitation de l'homme par l'homme et aurait été inventé à cette fin; invention que l'économie du droit expliquerait et ceci mieux que les considérations traditionnelles des sciences politiques, sociales ou juridiques. Par rapport aux Etats-Unis, notamment, où l'analyse économique du droit est enseignée depuis 40 ans, la France aurait, selon lui, un immense retard. Philippe SIMONNOT présente ici les principaux outils dont l'économiste se sert pour analyser le droit et qui sont indispensables à la compréhension de l'Etat; il ajoute d'ailleurs que, selon lui, si le droit est indispensable, l'Etat ne serait pas, lui, nécessaire. Deux siècles après (au début du XIX^e siècle) les Principes de la Philosophie du droit de GWF HEGEL, où l'Etat apparaissait comme l'étape ultime de l'évolution du Droit, une telle thèse – deux siècles terribles, il est vrai, où la figure de l'Etat a été mise à rude épreuve, et ce à divers titres en effet- vient à une remise en question radicale de l'Etat; même s'il ne s'agit manifestement pas d'une opinion établie dominante, pour autant cela fait penser à la radicalité de ce que l'on appelle ultralibéralisme – libéralisme économique, à tendance antiétatiste.

3 • Programme de recherche en économie et droit (Université de Nancy; www.univ-nancy2.fr/RECHERCHE/EcoDroit/presentation.htm). Le droit et l'économie ont longtemps évolué isolés l'un de l'autre. Aujourd'hui, l'économie du droit constitue un important vecteur de convergence entre ces deux disciplines. Il a déjà été consacré par le prix Nobel de R. COASE en 1991 et nombreux sont ceux qui ont fait une incursion dans le domaine, de G. BECKER à W. VICKREY en passant par D. NORTH. L'économie du droit peut se définir comme l'application des outils d'analyse et des critères de jugement des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques. Plus précisément, l'économiste du droit attache une grande importance à la façon dont les agents économiques s'adaptent aux modifications de leur environnement juridique. On pourrait s'en étonner: souvenir de la façon dite « marxiste », avec un droit du côté de la superstructure, et l'économie, essentiellement, de l'infrastructure (ce qui compterait vraiment, serait déterminant en dernière instance); mais on n'est sans doute pas au même niveau de raisonnement, probablement. Depuis plusieurs années, un pôle d'excellence a émergé à Nancy dans le domaine des relations « Droit-économie » en Europe et en dehors de la *common law*. Ces recherches seront l'occasion de confronter les points de vue dans deux directions: d'une part, la possibilité théorique de transposer la démarche et les catégories de la *law and economics* anglo-saxonne aux pays de Droit civil et d'autre part la production d'analyses plus empiriques (statistiques, économétriques ou expérimentales) du contenu et des effets économiques des règles de droit dans les pays de tradition romano-germanique.

plus récentes, de régulation, peut-être aujourd'hui une façon renouvelée quant à l'autorité, et au besoin d'autorité).

Le Droit sans l'Etat? Les deux approches possibles de la question « droit et économie ».

La question (posée de façon comparative entre les Etats-Unis et la France) par un juriste de droit français, il y a 20 ans: *le Droit sans l'Etat*.

« *Le Droit sans l'Etat* » avait en effet osé dire Laurent COHEN-TANUGGI dans cet ouvrage⁴ brillant, et à mon sens hélas un peu sans lendemain; sans effet en tout cas.

4 • PUF, 1985.

De cet ouvrage, il a pu être dit plus récemment (en 1998):

1. Société américaine et Etat à la française constituent l'envers et l'endroit d'un modèle d'organisation et de régulation de la vie politique, économique et sociale.

- A. De la régulation contractuelle à la régulation étatique (pas comme une direction, mais plutôt comme un positionnement; ici et là).

- B. Contrairement aux Etats-Unis, le Droit en France est toujours perçu comme « *un instrument de tutelle de l'Etat sur la société civile* »; restant ainsi sous le pouvoir du politique censé œuvrer au nom de l'intérêt général.

2. La société française de 1998 donne les signes d'une évolution telle que la préconisait Laurent COHEN-TANUGGI en 1985.

- A. La présence de la France et de ses entreprises en Europe et sur les marchés internationaux a provoqué un accroissement de l'importance du pôle juridique tel que l'auteur le préconisait.

- B. Treize ans après la parution du *Droit sans l'Etat*, la place du droit, des règlements et de la négociation ont considérablement évolué.

- C. Si « l'Etat de droit » s'est renforcé en France ces dernières années, c'est aussi avec des textes européens qui ont continué d'augmenter, d'une part, mais aussi avec une pratique juridique qui a également continué de s'accroître (et, vraisemblablement, de certains cabinets d'avocats, en puissance).

Dans cet ouvrage, Laurent COHEN-TANUGGI défendait une nouvelle vision de l'Etat en France, une vision qui laisserait plus de place au droit, à l'autorégulation de la société tout en réduisant l'omniprésence d'un Etat sclérosant, à la mesure de son expansion, du dynamisme et des forces vives de la société française. C'est en fait en analysant à la manière de TOCQUEVILLE le système américain d'autorégulation de la société ou plutôt de régulation par le Droit et l'implication de tous les citoyens au sein d'une société contractuelle mais aussi « juridicisée », qu'il entrevoyait les changements nécessaires dans la société française en 1985.

Le même Laurent COHEN-TANUGGI, dans un article récent, 2 mars 2007, du quotidien Le Monde, à propos de la campagne électorale présidentielle alors en cours « Une campagne autiste. Ce débat politique centré sur la proximité dénature la fonction présidentielle. », dénonçant chez les deux principaux candidats, même en y mettant des nuances, la tentation, pour cette fonction, de la « démo-réalité » soutient qu'au « tournant du xxie siècle... [il n'est plus temps pour la démocratie de proximité (qu'on a pu concevoir dans la parenthèse illusoire de l'après guerre froide dit L. COHEN-TANUGGI)] [alors que] se dessine un monde incertain, voire dangereux, marqué par le retour en

Non pas qu'il n'y ait pas d'évolution, certes, mais le « système », en France, reste, essentiellement, le même, celui d'un droit qui reste très dominé par l'Etat (la conviction qu'il faut lois et décrets pour régler les questions); avec ce rapport au Droit qui caractérise la France et les Français, à savoir d'un droit « brillant », universitaire, intellectuel, nacré..., ancré dans une culture historiquement marquée, côtoyant, comme le soulignait alors Laurent COHEN-TANUGI, la continue tentation de mépris du droit, et d'évitement du droit. Ce qui est une difficulté, mais aussi, je l'espère d'une certaine façon, un défi qui reste à relever, pour la pratique, avec des praticiens du droit restant encore souvent partagés entre le respect, pouvant aller jusqu'à l'agacement, sinon pour ce qu'il s'agirait plus particulièrement d'inévitable – celui du fiscal, de l'exigence « chiffres », de la contrainte pénale –, et l'absence de considération.

Ce défi, je l'ai à l'esprit quant à l'évolution des pratiques, celle de notre métier de notaires y compris. Il peut désespérer, ou, tout au contraire, stimuler.

Ce qu'a dit en son temps Ezra SULEIMAN (voir ci-après) quant aux notaires, à l'évolution qu'ils ont connue à la suite de la critique drastique qui ressortait du rapport ARMAND RUEFF, est, je crois, un exemple remarquable en la matière, et à méditer; même si, d'une certaine façon, cela montre que beaucoup reste encore à faire pour parvenir à un rapport, tout à la fois plus fort et plus paisible, des praticiens du droit en France vis-à-vis de la société française dans son contexte actuel.

Les critiques contenues dans les rapports *Doing business* de la Banque Mondiale

Cette question de l'Economie et du Droit nous envahit, résonne. Comme un trouble, terrible. L'importance des deux. Du réel (et de son souci: le « réalisme ») de l'un, et de l'obsession de la règle de l'autre. Et les réflexions roulent, celles sur la régulation, sur l'efficacité économique du droit (sa place, son utilité, son enjeu) celle de son influence, celle de la confrontation des systèmes juridiques (*common law* / *civil law*) probablement jusqu'à l'excès de la caricature, ou de celle de l'attractivité économique du droit. Les expressions sont affichées, les colloques, les écrits, les ouvrages, les contre-rapports – critiques des désormais célèbres « *Doing business* » – scrupuleusement, se suivent.

4 • (suite) force de la géopolitique, des stratégies de puissance et des nationalismes, dont aucun Etat aspirant à conserver un minimum d'influence sur la scène internationale ne saurait s'abstraire. Cette nouvelle donne, qui est aussi un retour à la grande politique des Etats, requiert plus de leadership... On peut le déplorer mais c'est ainsi... Mais que dire du style adopté depuis par le président élu? J'y vois comme un appel au retour d'une conception d'un « grand » Etat, ou d'une « grande » conception, à dimension stratégique mondialisante, de l'Etat; un Etat fort à ambition stratégique. J'y vois aussi un grand risque, et donc la nécessité d'une mobilisation d'intelligence démocratique.

Qu'est-ce qui a déclenché ça ?

- Les rapports *Doing business* produits par les équipes sollicitées par la Banque Mondiale, tous les ans depuis 2004 ?
- L'inquiétude plus loin, réactive, en France en tout cas, de cette mise en cause d'un système juridique (la *civil law*; le système de droit romano-germanique), avec des professionnels du droit préoccupés de leur rôle, leur place, sur fond d'une mondialisation dont les règles du jeu, le sens... s'affolent, en tout cas complexifient, et de sociétés troublées, chamboulées... remises en cause, et où les ambitions comme les repères sont dans l'errance... ?

Droit et économie. La pertinence de la question. L'émergence de la question de l'Etat

Droit et économie. Mais, au fond, où est la pertinence de la question, de l'un, de l'autre, l'un par rapport à l'autre, l'exclusivité, ou pas, d'une telle confrontation, soudaine dans son importance ? Nouvelle banalité ou vraie nouveauté... ?

La question ; rappels

J'ai pensé : il faut, passée une rapide réflexion de principe sur « *Droit et économie* », considérer la question, radicale à mon sens, de l'Etat, et du notariat par rapport à l'Etat ; en France en tout cas. Car c'est là que la question se noue. Sans même avoir à entrer dans la question de savoir si entre Ancien Régime et Révolution il y avait eu rupture et création, ou au contraire (comme l'avait considéré Alexis de TOCQUEVILLE, ou, de nos jours, un François FURET, historien moderne de la Révolution) une poursuite,

S'agissant de la question particulière du notariat, la Révolution (la Grande Révolution, comme on disait au XIX^e siècle) s'y était confrontée, pour, après une remise en cause initiale, finalement le consacrer dans un texte fondateur, dans l'année (la loi de Ventôse, de 1803, An XI) précédant celle qui verra l'adoption du code civil des Français.

Un peu moins de 150 ans plus tard, après la grande destruction qu'a représenté la Deuxième Guerre mondiale, un nouveau texte fondateur (ordonnance du 2 novembre 1945⁵) a consacré à nouveau la profession de notaire (avec, et

5 • Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945, relative au statut du notariat (qui a évolué à de nombreux titres depuis, et notamment entre 1967 et 1971, 1990, 2004). Ce texte, après avoir rappelé, en préambule, la volonté des pouvoirs publics en 1939 de faire évoluer la profession, commence par une définition renouvelée du notaire (article 1) « *Les notaires sont les officiers publics, établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions.* »

pour la première fois, l'emploi de cette expression, remise en avant avec force ces dernières années, d'*officier public*).

Aujourd'hui, de nombreuses années après l'*aggiornamento* gaulliste, puis, vingt-deux ans plus tard, de cette, au fond curieuse, façon dont la gauche a été au pouvoir en France, deux moments (de la ^ve République), l'un comme l'autre, deux manifestations, deux figures de la puissance de l'Etat, de sa magnificence, nous sommes, aujourd'hui dans la crise de l'Etat. Cette crise de l'Etat est plus ou moins expresse, plus ou moins vive, plus ou moins rapide... c'est la crise de la grande figure de l'Etat, sa fatigue en somme, son usure... et puis sa remise en cause, par l'évolution profonde de la société, mondialement... ; la société bouge, évolue, à vive allure, comme quelque chose de rapide et de quasi inconscient en quelque sorte...

D'une certaine façon, l'évolution de position de L. COHEN-TANUGI entre 1985 et aujourd'hui (de l'invitation à l'auto-régulation, pour dire d'un mot, à celui d'un appel à la nécessité d'un nouvel Etat, fort) est frappante ; je l'entends comme en résonance avec le besoin de la dimension « publique », et celle encore (car c'est peut-être différent) de la régulation.

Quelle crise? Celle de professions juridiques? Celle de systèmes juridiques?

Alors..., eh bien, cette vieille figure du notariat paraît à la fois emportée par l'évolution, les nouvelles générations, les actions conduites..., un travail puissant, considérable, tout, en même temps, en étant, cette figure, engloutie, sinon réduite, en tout cas menacée par les défis qui la cernent. Et alors que mon pari, mon hypothèse est que, face à la probable crise de l'Etat – dont les marques sont visibles jusqu'à déranger les plus obstinés conservatismes – le notariat, sans doute confronté à des opportunités, des niches favorables, etc., dans son rapport si fort avec cet Etat, se trouve lui-même mis en doute, en défi en tout cas.

Lié à l'Etat, la crise de celui-ci entraîne sa propre crise. La même crise, crise de l'Etat, crise du public et de ce que c'est, de ce que cela représente... Est-ce que cela s'y réduit? Non, pas littéralement ; curieusement, la figure des autres professions juridiques, paraît elle-même en crise..., la profession juridique française paraît « *mal* », et ainsi, nombre des avocats (sur les quelques 20 000 avocats à Paris, 2 000 environ seraient en « faillite »). On est « soufflés » de penser qu'il y a environ 135 000 *solicitors* anglais et 25 000 *barristers* et que malgré les vives critiques parfois faites – rapport Clementi – avec l'éventualité de nouvelles remises en cause (des années après celles faites sous la conduite de Madame THATCHER, alors Premier Ministre) ils paraissent, eux, aller assez bien !

J'y vois cependant, non un vague réconfort, mais une circonstance qui, sans conduire pour autant à un raisonnement réducteur, inviterait, selon moi, plutôt à une confirmation : il y a comme deux cercles en résonance... :

- celui de la question Etat/notariat, qu'il faudrait considérer plus en détail dans une double observation disons,
- et celui, plus loin, et plus grave peut-être encore, de la crise de la profession juridique française *lato sensu*, elle-même sur fond de celle du droit français, du système de droit – et, forcément, de société – que constitue le Droit français.

Face à cela, la question de l'efficacité et de la sécurité à assurer, par le Droit et l'Etat

Et, pourtant, en face, les questions, essentielles, de l'efficacité et de la sécurité à assurer, mais aussi à observer, sont là, se manifestent...

Et c'est toute la question de « l'édifice » juridique et de l'Etat.

Avec, plus précisément peut-être, au-delà des manifestations épisodiques d'ordre politique qui se succèdent, la question de l'efficacité, et puis du traitement des questions d'une part par la théorie économique, d'autre part par le droit.

Les questions comme elles se posent ou pourraient se poser.

Droit et Etat – Les deux approches (Droit et économie ; l'efficacité économique du Droit)

Avant donc d'y venir (la confrontation Etat/notariat, Etat/professionnels du droit, en France), quelques hésitations et réflexions sur les rapports Droit et Etat.

Il me semble, en effet, que :

- plutôt qu'une simple supposée comparaison entre la façon de traiter les questions par les juristes ou par les économistes, par une théorie juridique ou une théorie économique, quelles qu'elles soient en somme,
- ou encore, une prétendue infériorité (?) de réalisme du Droit, qui serait maladroit, inapproprié, que sais-je..., par rapport à la (seule) « vérité » économique.

Il y a deux approches, deux soucis, deux séries d'exigences possibles à ce sujet qu'on pourrait en effet appeler :

Droit et économie

La question de l'efficacité économique du Droit (ou, plutôt, de tel ou tel Droit, *civil law*/*common law* dans la culture nord occidentale disons, essentiellement).

1/ Droit et économie

Cette *première* approche (Droit et économie) est large, faisant l'examen, en comparaison, des solutions du Droit – systèmes complexes voulus par les hommes, avec les solutions, en effet, que cela apporte ; la figure d'une société « juridicisée », celle, comme il est d'usage de dire, d'un Etat de Droit –, par rapport à ce que l'on appellerait la théorie économique.

On ne s'arrêtera pas ici à une sorte de confrontation entre ce qui serait une construction idéologique discutable, voire faible – par rapport à la réalité – que constituerait le *Droit*, et la dimension de l'*économique* qui serait le « réel », la réalité ; la construction « idéologique » ou, en tout cas, la pratique même du droit, contre le « réel » ou la réalité de l'économie, dans un raisonnement caricaturant donc quasiment l'articulation « marxiste » de l'infrastructure (ici l'économie) par rapport à la superstructure qu'elle génère (ici le droit).

On s'en tiendra, plus simplement, à la confrontation du système juridique créé, voulu, comme de la pratique juridico-judiciaire dans ledit système par rapport à celle de la théorie économique⁶.

Cette approche, intellectuelle, s'en tient ainsi à un comparatif : analyse du droit et de ses solutions, analyse de la théorie économique.

Sans récuser cependant une telle démarche, nous ne l'emprunterons pas véritablement ici plus avant, car il s'agit pour nous, avec le souci de pertinence et d'efficacité, de considérer le système juridique dans lequel nous évoluons et les pratiques, institutions et professions qui en sont les acteurs ou les praticiens, et de tenter (au moins comme une contribution) de les confronter avec les finalités pour lesquels ils sont faits, dédiés : est-ce que « tout ça » (systèmes juridico-judiciaire et hommes qui en sont les acteurs à un titre ou l'autre), ça « colle », ça « répond », c'est adapté...

C'est une interrogation, on le voit, d'efficacité et de pertinence – droit et ses solutions/hommes du droit, par rapport aux questions de la société humaine dans la complexité de ses réalités –. C'est, en tout cas, dans ce cadre que l'on abordera les questions qui se posent sur l'évolution de notre société (France, Europe, mondialisation...) et de nos institutions (instances publiques, droit, professions juridiques et judiciaires...).

Ces questions sont vastes, très vastes.

Elles résonnent en plusieurs sens, et on le voit par exemple dans les réflexions les plus récentes à l'occasion du bicentenaire de la Cour de cassation (qui manifeste de l'évolution du judiciaire en général, et de la Cour de cassation en particulier,

6 • C'est ce travail à quoi se livrent juristes et économistes, dans un cycle de conférences conjointes (à la Cour de cassation, www.courdecassation.fr) sur le thème général *Droit, économie, justice*, entrepris en 2003 à l'initiative conjointe de la Chaire Régulation de Sciences-Po (dont Madame le professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE a la responsabilité) et de la Cour de Cassation, appliquée en 2005 au secteur bancaire et l'année suivante aux mécanismes contractuels. L'exposé et la discussion des théories économiques applicables au droit se poursuivent en 2007 par un cycle de conférences consacrées au Droit et à l'économie du procès civil. L'ensemble donnera lieu à un ouvrage, mené sous la direction du professeur Dany COHEN, à paraître comme les précédents volumes dans la collection *Droit et Economie* (LGDJ).

depuis la Révolution française, tournant fondateur en quelque sorte, en tout cas décisif) ou du centenaire de l'Affaire DREYFUS (et de ce que ça a représenté pour le *judiciaire*) ou, de nos jours, de l'affaire d'Outreau (de grave défaillance judiciaire) ; on le voit aussi sur les interrogations sur la mondialisation, sur l'évolution de l'Europe ou de la crise de la place des collectivités publiques ; et plus particulièrement de la première d'entre elles, l'Etat.

Plus particulièrement, il y aurait lieu d'examiner la question de la place de notre profession de notaires, qui, dans la tradition latine, de témoins, d'écrivains publics même (hérités des tabellions romains), et du rapport à l'Etat comme *officiers publics* comme l'avait donc adopté le texte re-fondateur du notariat français de 1945 (après celui de la loi du 25 Ventôse an XI, mars 1803, et qui, lui, semble-t-il, parlait de « fonctionnaires publics »).

Par rapport à l'évolution et à la crise du *public*, et de l'Etat en particulier en France, comment évolue le notariat français, sa position – et sa qualification – d'*officiers publics*, délégués de l'autorité de l'Etat dans l'exercice de leurs métiers, les actes et les copies, exécutoires plus particulièrement, qu'ils dressent – au service du public qui constituent leurs clientèles – ?

Cette question, elle est celle d'une réalité, d'une confrontation ; si la forme et la dénomination – celle d'*officier public*, créé en 1945 – sont toujours là, quelle est leur réalité pratique aujourd'hui, et surtout leur pertinence dans les pratiques sociales que nous connaissons ? Avec la réalité, et la portée, du lien avec l'appareil d'Etat, son utilité sociale etc.

2/ *L'efficacité économique du Droit*

La deuxième approche (l'efficacité économique du droit, et d'un système de Droit donné) est plus précise, et dans le fil d'une telle confrontation et de son souci – efficacité et pertinence – ; le mot « économique » y est un qualificatif cette fois, dans une question directement posée au droit, ses solutions, ses pratiques.

C'est dans ce cadre que nous nous trouvons, confrontations des systèmes juridiques (droit civil/*common law*) voire compétition, confrontations des pratiques et des professions qui les vivent et les font vivre. De façon plus particulière peut-être, les rapports annuels (depuis 2004) dits *Doing business* émis par la Banque Mondiale⁷, critiquent les obstacles supposés à la croissance, dont le système français de publicité foncière en matière immobilière et les notaires français qui en sont les acteurs, facteurs selon les auteurs de ces rapports de lenteur et de coûts excessifs. Ces rapports ont fait l'objet d'une importante réplique de la part de

7 • 2004 « *Understanding regulation* », 2005 « *Removing obstacles to growth* », 2006 « *Creating jobs* », 2007 « *How to reform* ».

l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture française (« *les Droits de tradition civiliste en question* » en 2006⁸ ; en réplique aux rapports de la Banque Mondiale *Doing business* de 2004 *Understanding regulation* et 2005 *Removing obstacles to growth*).

Il s'agit cette fois plus particulièrement encore d'efficacité, efficacité sociale, compétitivité économique, tant d'un système juridique et institutionnel, que d'une pratique professionnelle et d'une profession...

Il s'agit de savoir si notre système, et les professionnels du droit qui ont à en traiter sont efficaces pour cela⁹, tant du point de vue social (réponse aux besoins du public) qu'économique (coût de cela, par rapport à l'efficacité attendue et en comparaison d'autres droits ou pratiques) ; c'est ce que s'est efforcé de démontrer – systèmes et hommes – le rapport en réplique de l'Association CAPITANT.

De ce point de vue là, il y a lieu de montrer :

- descriptivement, la question du rôle assigné à la profession notariale (tel que cela ressort d'une tradition et des textes) ; à la fois comme un rappel, comme une exigence, avec les évolutions, technologiques et de pratiques qui vont avec ça,
- comme une interrogation critique, celle des enjeux des évolutions, avec les exigences mais aussi les « possibles » que cela peut représenter. Est-ce qu'en particulier, la réflexion critique sur la régulation, avec le repositionnement de la pratique juridique et des conflits, ne met – ou peut mettre – le notariat dans une évolution effective ou possible lui permettant de répondre aux exigences et attentes que cela comporte ?

On le voit bien : les évolutions sont fortes et vives, et contradictoires aussi.

8 • *Le droit de tradition civiliste en question. À propos des Rapports Doing business de la Banque Mondiale*, Vol. 1, mars 2006, rapports (de 2004 et 2005) louant la culture juridique dite de *common law* et critiquant celle de droit civil (dite romano-germanique ou latine, ou encore de *civil law*), par l'Association Henri Capitant (le groupe français de cette association) qui y réplique aux attaques de ces rapports tout en livrant une réflexion sur les mérites de la tradition juridique civiliste. Celui-ci a été suivi d'un Vol. 2 (réalisé par les autres groupes de l'association en décembre 2006). www.henricapitant.org ; www.legiscompare.com. On notera en particulier, ce qui est dit à propos de « *registering property* » (le transfert de propriété immobilière et la Publicité foncière), leurs délais, leurs coûts, sur le crédit et les sûretés également, sur le droit du redressement judiciaire, sur les métiers du droit.

9 • Voir aussi ci-après *Mesurer l'efficacité économique du Droit*, et encore *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?* (colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, publié par Dalloz en 2005) à quoi ont notamment participé Laurent COHEN-TANUGI, Bruno DEFFAINS, économiste, Bernard REYNIS, actuel président du Conseil Supérieur du Notariat. En particulier, L. COHEN-TANUGI y dénonce dans l'opposition Droit civil contre *common law* un faux débat, tant il lui semble, complexité, internationalisation, que toutes les pratiques et réalités ont changé ; au plus, parle-t-il d'hybridation.

Guy CANIVET, alors encore premier président de la Cour de cassation, avait pu ainsi inviter – et s'interroger – (intervenant il y a quelques mois lors du centenaire de l'Affaire DREYFUS) à ne pas recourir au judiciaire (faisant d'ailleurs à cette occasion, des distinctions dans les pratiques, civiles, pénales; particuliers, Entreprises...), le non-recours au judiciaire pouvant être vu comme le signe d'un succès, d'un bon fonctionnement en effet. Une société qui s'assume.

Entre un « judiciaire » qui change de rôle (plus arbitre, plus à l'écoute de la société dont les analystes viennent jusqu'à s'exprimer devant ou pour les conseillers de la Cour de cassation plus soucieuse de réel) et une société (la société civile; encore...) qui s'assume plus, malgré le consumérisme, ses exigences voire ses excès. (« *En cette aurore du XX^e siècle, alors que sévit l'instinct grégaire du "politiquement correct" et que l'Histoire se teinte à nouveau de tragique* », R.-Pol DROIT, à propos de F. NIETZSCHE, pour qui rien n'est extérieur à la vie, dans sa multiplicité, sa complexité; *Le Point*, n° spécial, 2006.)

S'agissant du notariat, spécifiquement

(I), en premier lieu, donc, considérer la question du notariat français dans l'évolution de la société française; la question « public » et « public/privé » et du notariat par rapport à cela.

(II), en second lieu, nous plaçant dans la discussion critique sur l'efficacité économique des institutions juridiques françaises et du notariat en son sein, nous interroger sur la pertinence effective et possible (capacité à répondre aux besoins) de notre profession dans sa réalité ou dans les évolutions où elle s'inscrit ou pourrait s'inscrire.

Et ceci donc sur fond d'un questionnement plus général :

- Celui d'un système juridique reposant sur la tradition civiliste (Etat législateur à la manière consacrée, au fond, par la Révolution française il y a 200 ans, avec la codification effectuée à la suite).

Nous interroger sur la position actuelle – et l'efficacité tant sociale qu'économique (l'un étant d'une acception plus large que l'autre) – de notre profession, et, plus spécifiquement encore, sur la question de savoir si elle remplit son rôle assigné avec précision, tient sa place, et si, dans la perspective, elle est bien prête et préparée aux évolutions attendues ou possibles.

- Nous efforçant d'y répondre utilement, c'est-à-dire spécifiquement (cette profession, sa réalité actuelle, ses possibles effectifs).

Mais tout en ayant le souci, dans un monde de mouvement, « d'ailleurs » et de mondialisation, de resituer toujours, d'élargir sans cesse la question, afin de laisser non seulement la place à l'inattendu possible mais même tout simplement d'une pertinence, d'un intérêt, tout court.

Car, la question, particulière, de la pertinence et de l'efficacité effectives ou possibles de cette profession qu'est le notariat français, au-delà de celui d'une érudition actuel comme historique n'a d'intérêt qu'ainsi, en situation, en perspective, celle de cette société qu'est la France actuelle dans sa façon de fonctionner, dans la mouvance mondialisante, et le *benchmarking* universel qui, jusqu'à un certain point, nous « talonne » tous ; que ce soit bien ou pas.

I – L'Etat et les pouvoirs publics et le notariat. Le notaire, officier public.

L'Etat français, le notariat et la foi publique

Il s'agirait tout à la fois :

- D'un rappel historique, de principes, sources et évolution.
- Et de faire l'analyse de l'évolution à l'œuvre.

Ce terme de foi publique (reprise de l'expression latine de *publica fides* – actes écrits munis de cette *publica fides*¹⁰ –) avait été utilisé avec force par Robert LION, alors directeur général de la Caisse des Dépôts et Consignations, avec l'idée que c'était comme un fondement, celui de l'action et de la raison d'être de la CDC, Etablissement financier public créé en 1816, à la « sortie » de la période révolutionnaire, et héritière de la Caisse d'amortissement (de la période révolutionnaire).

J'y fais référence ici pour les deux sens (endroit et envers, en somme) d'une même raison, essentiellement :

■ « *positivement* », cette référence à une certaine fondation ou re-fondation « révolutionnaire » de nos institutions (la CDC 1816, le notariat, avec la loi de ventôse an XI, mars 1803) du système étatique qu'a connu la France dans son accomplissement contemporain, moderne. « Nous » venons tous de cela ; de ce socle, dont l'Etat est le pilier, le référent, et alors encore que, comme on le sait, les liens entre la CDC et le notariat français sont forts, pour cette raison sans doute, mais aussi dans l'évolution plus récente : celle venue dans la foulée du « gaullisme », les années 60, d'un nouveau redéploiement de l'Etat comme acteur public de développement ; et qui s'est même marqué plus récemment encore, rendant encore plus « public » le notariat, avec le placement des fonds « clients »

10 • V. *La conception du rôle du notaire dans les Pays de l'Union européenne*, B. REYNIS, Petites Affiches 1998, 20 avril 98 n° 47, p. 5 et s. : « A Rome, en 337, l'empereur Constantin rend obligatoire, en vue de leur transcription sur les registres publics l'établissement d'actes écrits lorsqu'ils constatent la vente ou la donation d'un immeuble, actes écrits munis de la publica fides, lesquels ne nécessitent pas la comparution de témoins pour prouver en justice le droit de celui qui comparait... »

désormais exclusivement effectué au plan national à la CDC, et non plus auprès de divers Etablissements – Poste, Crédit Agricole – comme jusqu'alors.

■ Mais aussi, « négativement », référence à une formulation paraissant « dater » aujourd'hui ; car, même si le « système » n'a pas changé, formellement, ces dernières années, nous sommes déjà ailleurs, et il est frappant de ressentir que des responsables, sinon même des dirigeants dans la « maison » CDC ne paraissent parfois plus se reconnaître, voire plus, dans ce langage. Et on a appris que du signifiant au signifié, on n'est pas si loin... ! On peut craindre qu'il n'en aille de même pour nombre de notaires : cela ne leur « parle » plus, semble-t-il ; et de là à penser que la « foi publique » cela n'aurait plus de sens, serait-on loin ?

On pourrait se promener dans cette interrogation là. Sans aller trop loin, on entend bien que les dirigeants et responsables du notariat français (CSN, Chambre de Paris) n'ont peut-être jamais tant proclamé les notaires comme Officiers publics – délégués de la puissance publique – que ces dernières années.

Peut-être depuis qu'est passé le « souffle » du « trouble » de gauche, il y a maintenant bien des années (la première partie des années 80, jusqu'à la 1^{re} « cohabitation » – d'un Président d'une tendance, de gauche alors, et d'un Parlement d'une autre, majorité de droite alors-, mettant d'ailleurs ainsi probablement fin à ce qu'il faut considérer comme des illusions...)?

Pourtant, avec ou sans propos d'ailleurs, nombre de notaires français (et peut-être plus particulièrement parmi les plus jeunes, forts de leur formation accentuée, celle-ci fruit de l'évolution produite par les efforts entrepris en la matière par la profession) n'ont de cesse d'affirmer qu'ils seraient des professionnels libéraux à part entière.

J'ai pu l'entendre soutenu ainsi, au cours d'un colloque récent *solicitors*/notaires parisiens, à la *Law society* à Londres, en novembre 2004. Désir de s'affranchir ou d'en donner l'image (?), ils seraient, ces jeunes notaires, à leurs yeux, significativement, des professionnels libéraux (« oubliant », ou marginalisant le côté « public »).

D'autres notaires, plus encore, soulignent que, pratiquement (leur pratique professionnelle en témoignant), ils sont, ou seraient devenus en tout cas, de véritables spécialistes d'un droit, ou d'une branche d'un droit, celui de « l'immobilier » pour le dire vite, celui de la vente immobilière, avec le savoir et le savoir faire propres à ce qui y est plus ou moins directement rattaché : publicité foncière – dont le « monopole » notarial demeure un pilier essentiel, certes –. Cette spécialité s'est trouvée accrue de tout ce qui accompagne cela désormais (avec la formidable évolution de la réglementation en France, dans un souci de contrôle et de sécurité *a priori*), tels que :

- Droit de l'urbanisme.

- Surveillances et expertises diverses liées à l'analyse de la « chose » dont les règles impératives et protectrices, selon la logique française (du contrôle *a priori*), sont venues « truffer » d'exigences d'informations nécessaires désormais dans la formation des contrats immobiliers, la vente en particulier.

Le tout sur fond des plus classiques et traditionnels droit des contrats et droit des biens, eux-mêmes cernés ou envahis par l'apparition de ces nouvelles exigences (ainsi la récente réforme du droit français des sûretés¹¹), sans parler de très nombreuses autres réformes ou projets de réforme.

Ainsi encore des nombreuses tentatives pour réformer les règles relatives à la copropriété pour, sur ce point, « objectiver » le dispositif, etc. le tout pesant du coup sur le rapport vendeur-acquéreur...

Toutes ces exigences pèsent donc, de tout leur poids, de vérification, et ce probablement aux dépens d'un mode qui avait été, jusqu'à l'irruption de toutes ces exigences, plus généraliste disons, dans la façon de préparer les dossiers en matière immobilière.

Les tenants d'une telle conception (de spécialistes de ce droit immobilier), témoignent, de façon plus ou moins discrète peut-être, d'une réalité: ils seraient donc devenus des spécialistes de ce droit là, de cette pratique là, cessant par là d'être le notaire dans son rôle traditionnel, avec la différence qu'il marquait, attachée à la nécessité d'un rôle social.

Ces « réalistes » là se disent (voire affirment) que demain ils pourraient être des juristes d'une profession unique, avec cette spécialité là, pas plus pas moins, et non plus des notaires avec leurs caractéristiques d'*officiers publics* et la nécessité d'avoir à être attentifs à l'intérêt de toutes les parties à l'acte qu'ils reçoivent ou participent.

Faudrait-il aller plus loin alors sur une telle voie?

Et aller ainsi dans la pente d'une « évidence » qui serait l'obsolescence de cette marque « publique »?

Et, puisqu'il était question de F. NIETZSCHE et de sa pensée roborative dénonçant en particulier la « bien-pensance », avec, à l'inverse de ce qu'elle prétend proclamer, jusqu'à la férocité y compris, ce que cela peut cacher, se résigner à

11 • Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, mais aussi celle réformant la saisie immobilière (ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 et décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006), en venant la faciliter. On peut penser qu'à la suite de la reconnaissance enfin survenue en droit moderne de la fiducie en droit français, par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, de nouveaux rôles à travers les pratiques induites devraient voir le jour pour les professionnels du droit et, notamment, les notaires; à suivre donc.

un réalisme dont le consumérisme, la mondialisation, l'uniformisation... seraient des manifestations, des symptômes... ?

Je forme le pari que la réponse, ample et subtile à la fois, de l'Association Henri CAPITANT (voir ci-dessus) aux attaques brutales, sans ménagement, des rapports *Doing business* de la Banque Mondiale, entre autres, et notamment sur le *removing obstacles to growth*, est juste; et ceci essentiellement pour les quelques raisons suivantes:

1. Tant quant au fond, comme le démontre ce rapport;

2. Que quant à la méthode utilisée par les auteurs de ces rapports de la Banque Mondiale:

- soit les rapports n'ont pas été établis par des juristes, mais par des économistes (hypothèse émise par Madame le professeur FRISON-ROCHE, lors d'un entretien que nous avons eu avec elle, relativisant la portée de ces rapports – une relativisation de « pertinence » disons –), qui n'ont pu ainsi prendre la mesure véritable ou pleine en tout cas des questions propres à ce qui relève des exigences juridiques (quelque jugement que l'on porte sur le droit, ou les droits, d'ailleurs, car c'est pratiquement une autre question, en effet),

- soit le véritable objectif (cyniquement disons¹²) de ces rapports est ce fonctionnement, sous les apparences d'une analyse de sachant, en « cheval de Troie » pour une logique impérialiste américaine (anglo-saxonne comme on persévère à dire en France) s'affichant « libérale », et qui ne serait qu'une nouvelle version, en plus hypocrite, de l'exhortation du Premier Ministre du Roi Louis-Philippe, François GUIZOT, « enrichissez-vous ». Ce serait la motivation d'un « enrichissons-nous » qui conduirait à cette entreprise de démolition et de démoralisation de toutes expressions autres (obstacles supposés à ces objectifs de conquêtes, obstacles à une libre concurrence, « non-libéraux »; « *removing obstacles to growth* » titre du rapport *Doing business* de 2005).

Dans tous les cas, la méthode serait à corriger, ou inacceptable sans une attention simplement respectueuse des véritables enjeux: que défend-on, pourquoi, dans quelles pratiques, et dans quelles évolutions s'inscrit-on? Et non pas: disparaîsez, pour que nous occupions votre place et vos profits, comme les récentes

12 • Dans le texte critique, susvisé, de l'Association Henri Capitant, sur la valeur du Droit (IV de ce document) il est rappelé le reproche fait par Oscar WILDE aux économistes de connaître le prix des choses mais non leur valeur « *Cynic knows the price of everything and the value of nothing; a sentimentalist knows the value of everything and the price of nothing* », ajoutant ainsi que le juriste d'aujourd'hui peut y voir une mise en garde prémonitoire, une pressante invitation à toujours s'attacher à la valeur des choses plus qu'à leur prix.

attaques cette fois quasiment *ad hominem* au bord du ridicule et d'un absurde suspect de certains *solicitors* britanniques contre les notaires européens pourraient le faire penser ; c'est, dans ce dernier cas, quasiment de rire – toujours et encore NIETZSCHE! – qu'on aurait envie ne serait le sérieux des enjeux¹³.

Pourtant la question de l'Etat, et plus généralement celle du « public » se pose bien en France. On le voit à de nombreux signes.

Et cette question, les notaires français (français plus particulièrement, car c'est, bien sûr, une des caractéristiques du notariat en général, dit « notariat latin » que de connaître le lien à la puissance publique¹⁴), nommés, contrôlés par le Ministère de la Justice, hommes de l'écrit « authentique » (écrire, représenter, garder...), y sont nécessairement confrontés. Encore une fois, cette évolution, voire cette crise de l'Etat – de sa position, de son autorité, de son efficacité précisément – ne peut pas ne pas avoir d'incidence sur les notaires, sinon pour disparaître (!) en tout cas pour évoluer, leur réalité de notaires, leur rôle, leur évolution, et la nécessité – l'exigence – de leurs évolutions.

L'analyse critique faite par le sociologue américain Ezra N. SULEIMAN en 1987¹⁵

Entre deux logiques, ou légitimités en somme, sur fond de la « société bloquée » (A. de TOCQUEVILLE), Ezra N. SULEIMAN, tout en y faisant référence (et comme il le fait toujours d'ailleurs) disait alors que la France « ne peut pas être définie » ainsi (p. 9). Il « avouait » d'ailleurs un « inattendu » à ses yeux : comme une rencontre lors d'un détour.

13 • Comme le rappelait dans un récent article de la Gazette du Palais (15 au 15 avril 07, p. 6 et s.) M^e Bernard CHAMBEL, avocat, ancien bâtonnier, ancien président de la Conférence des bâtonniers, à propos de la fondation européenne pour la promotion du Droit, les USA pratiquent, et depuis longtemps, des actions tant publiques que privées d'ailleurs, tant sur le plan économique (dans le cadre de l'OMC, notamment) que sur le plan du Droit ; plus particulièrement, l'American Bar Association a fondé en 1990 le *Central European and Eurasian and Eastern Europe Law Initiative (CEELI)*, dont le budget annuel est de 20 millions US\$, l'objectif étant de privilégier notamment les relations des nouveaux membres de l'Union européenne avec le gouvernement des USA (en matière judiciaire, législative et de développement de la profession d'avocat), avec 200 permanents, recours au service d'environ 200 personnes, la disposition de 30 bureaux dans 24 pays (Europe centrale, Eurasie, Moyen-Orient), la participation ayant été depuis sa création de 5 000 magistrats, avocats, professeurs et professionnels du Droit à diverses actions à travers le Monde

14 • Jusqu'à le suppléer, comme j'avais pu l'entendre de notaires de nombre de pays d'Amérique latine lors d'un congrès du notariat latin, à Montréal en 1986, et en tout cas à l'accompagner plus ou moins selon les nuances et versions d'un pays à l'autre.

15 • « Les notaires. Les pouvoirs d'une corporation », Seuil, 1987 E. N. SULEIMAN. Celui-ci, qui enseigne en sciences politiques tant aux USA (Princeton) qu'en France (IEP), a notamment poursuivi sa réflexion sur l'Etat démocratique et son évolution (dernier ouvrage paru en 2005

Il plaçait son sujet dans la dualité « la coexistence et la dualité du traditionalisme et de la modernité ».

S'il reste préoccupé aujourd'hui (la crise de l'Etat « démocratique », objet de sa dernière étude publiée), il demeure, me semble-t-il, du bord de cet Etat là en tout cas : pas un libéral (au sens du mot tel qu'il est conçu en Europe, antiétatiste) avec cette hypothèse de sa part qu'un tel Etat, qu'un tel système, est « bon », et estimant préoccupant qu'il soit en crise ; au fond considérant que cela n'est pas (et ne sera pas) « bon » pour la société, la fameuse « société civile » – depuis au moins cette formulation du grand philosophe allemand de la fin 18^e début 19^e, G.W.F. HEGEL –, notion conçue manifestement en même temps que celle moderned'Etat.

A côté des bienfaits d'une telle dialectique, d'une telle dualité –dont une autre figure est celle du pouvoir d'un Etat centralisé, incitatif (vis-à-vis des divers groupes sociaux, en particulier) et des capacités d'adaptation de ces groupes– il se préoccupe de ses limites, de ses écueils. Ces limites, dit-il, « qui l'empêchent d'exiger des transformations complémentaires ».

La France, un Etat centralisé, disait-il, « mais que veut dire en réalité cette constatation ? L'étude du pouvoir des notaires fournira, disait-il, des éléments de réponse ».

Au fond, il nous mettait devant ces questions essentielles que sont :

- celles de l'Etat ; c'est quoi, ça représente quoi (dans la ligne de réflexion depuis le début du XIX^e siècle, celle du marxisme ayant sans doute été l'une des plus radicales, et celles à connotation soit plutôt juridique soit plutôt d'ordre « social », sociologique),
- et dans le débat actuel, sans doute pas toujours très clair (très compliqué, très lourd, très intriqué de tant d'enjeux et d'exigences) du type « étatsisme/libéralisme » (pour aller à l'essentiel, car il faut trier, distinguer infiniment, bien sûr) dans quoi nous patageons un peu actuellement, partagés entre le propos « idéologique », pour ne pas dire le « slogan », et le souci tout de même d'y voir plus clair et d'apporter, sinon une plus ample transformation, des solutions

15 • (suite) « *Le démantèlement de l'Etat démocratique* », *Seuil, l'Histoire Immédiate*). Ainsi encore, en juin 2005, participant à une émission de radio (« *les Matins* », France Culture) : « *A l'heure de la mondialisation, l'Etat n'est-il pas dépassé ? Ne doit-on pas tendre à plus d'efficacité dans la chose publique pour servir le citoyen devenu client, sur le modèle de l'entreprise ? Non, dit Ezra Suleiman faisant un plaidoyer en faveur de la bureaucratie comme expression de la volonté démocratique. Pas de démocratie sans Etat, certes, mais pas d'Etat pérenne sans réformes. Des réformes d'autant plus indispensables que les expédients actuels, qui consistent à déléguer le service public à des entreprises privées, hypothèquent gravement l'éthique de la responsabilité propre aux agents qui servent l'intérêt général.* »

pratiques à une vie sociale aussi harmonieuse et efficace que possible tout en laissant la meilleure place possible aux destins de chacun.

Face à cela, quant à sa « rencontre » d'abord avec le notariat français, et au « phénomène » de l'Etat en France (son histoire, son caractère marqué...), il revenait sur la fameuse dualité notariale, peut-être plus marquée en France (et, en tout cas, très réussie; jusqu'à présent; avec la question peut-être de la pérennité d'un tel « modèle »... ?), dualité alors¹⁶ affichée par les notaires, et ceci au moins formellement, car le désir de contrôle, de pouvoir, de la part d'instances étatiques – Justice, Budget – « rôde » autour de la matière: nous, notaires, ne serions que les titulaires transitoires d'une charge publique permanente. Dimension publique d'une part donc: *officiers publics* depuis la redéfinition du notariat par l'Ordonnance de 1945; mais et d'autre part dimension privée également: professionnels libéraux, dans la pratique de leur exercice, voire la cession, la transmission de leurs Etudes. Au fond, pourrait-on soutenir, ce serait, selon ce qu'on en ferait, une dualité « heureuse » (« solaire », à la « façon » nietzschéenne) ou « honteuse », bâtarde (qui ne choisit pas, pas bien). Voilà la question que certains voudraient peut-être traiter en un « *ya qu'à*... » « négatif » (au moins – des quatre rendus à ce jour – les deux premiers rapports *Doing business* de la Banque Mondiale, 2004, 2005, le 3^e, de 2006, étant sinon plus sournois, en tout cas plus discret), alors qu'il y a, certainement, un « positif », non seulement celle de l'Histoire encore une fois (celle de cette profession, par rapport à celle des sociétés qui la connaissent), mais aussi celle de ce que cela recouvre de réel, et de possible. Nous y reviendrons encore.

Ezra SULEIMAN montrait dans son ouvrage la résistance réitérée, en quatre étapes, de la profession notariale française, aux successives tentatives de réformes depuis la naissance de la 5^e République (en commençant par le rapport ARMAND RUEFF) jusqu'à l'arrivée de la gauche au pouvoir et ses suites (les années 80):

16 • L'est-elle encore (voir ce qui est dit ci-dessus)? Depuis une dizaine d'années environ, les propos des présidents successifs du Conseil Supérieur du Notariat mettaient l'accent exclusivement ou presque sur la qualité d'Officier public du notaire, soulignant à l'envi que nous ne sommes que des occupants temporaires de charges publiques, avec une mission publique. Le président de la Chambre des notaires de PARIS (mai 2007) vient cependant, à nouveau, de rappeler à cette ambivalence – pas une ambiguïté! – officier public/profession libérale: souci vraisemblablement de convaincre de jeunes confrères forts de leur remarquable, et forte en tout cas, formation, et tentés de déployer leur compétitivité, dans un souci de concurrence pure, qu'il ne fallait pas oublier notre identité (comme l'avait déjà souligné, il y a peu, un précédent président de Chambre), faite de cette dualité caractéristique. Tout en restant soucieux d'apporter réponse à la demande impérative de la Direction des Impôts quant à une communication électronique sécurisée des données notaires/Conservations des Hypothèques (lesquelles tiennent, sauf en Alsace Moselle, les fichiers de la Publicité Foncière) – opération dite Télé@ctes –, les propos de l'actuel président du CSN, Bernard REYNIS, paraissent exprimer la même inflexion, le même souci; d'une telle dualité, et de l'équilibre que cela représente probablement

■ Au début de la v^e République, dans leur rapport sur les obstacles à l'expansion économique, Paris, Imprimerie Nationale, 1960, messieurs Louis ARMAND et Jacques RUEFF, chargés à cette fin par le gouvernement, faisait la critique des « professions fermées » ; cependant s'ils considéraient leur abolition comme justifiée, ils jugèrent impossible la suppression de la vénalité des charges notariales (p. 46 du rapport) en raison de ce que représenterait pour l'Etat l'indemnisation des notaires. La critique, sans appel, de la part du rapport ARMAND RUEFF, du notariat (rigidité, archaïsme, incapacité de s'adapter au changement, facteur d'inflation...) fut, rappelle E. SULEIMAN, un choc pour la profession (p. 102 et s., p. 210 et s.), qui, tout d'abord, commanda un rapport de 5 tomes (achevé en 1970) effectué par une firme de consultants extérieurs, la SEMA, reposant sur une large enquête auprès des notaires, et qui servit de guide à la rénovation de la profession (durant une seconde décennie) ; décennie sinon décisive en tout cas d'une grande importance, où le notariat français se confronta à l'enjeu de la modernisation (à l'appui de cette réflexion magistrale), avec la création des moyens de cette modernisation (formation, avec les écoles nécessaires à cette fin, la Conférence du Plan, CRIDON, engagement, avec le CNI, de l'informatisation – d'une première informatisation – de la profession).

■ Malgré cela, sous la présidence de Valéry GISCARD D'ESTAING, et Raymond BARRE alors premier ministre, de nouvelles critiques se firent jour (rapport de Michel JEOL, « *Changer la justice* », J.-C. SIMOEN, 1977) poussant soit à une intégration dans le service public soit à une libéralisation. Un rapport (1978 ; p. 211) fut établi, à la demande de R. BARRE, par la Direction de la concurrence du ministère des Finances. A la fin des années 70, le ministère des Finances fit ainsi un certain nombre de propositions sur la structure des honoraires de la profession notariale (1979, p. 1 ; ES p. 274) que le ministère de la Justice récusait alors.

■ Enfin, après l'élection de F. MITTERAND en 1981, il y eut de nouvelles critiques (« *Toujours plus* » de F. de CLOSET, Paris, Grasset, paru en 1982) et une réflexion de la part des pouvoirs publics de transformer la profession profondément, reprenant les propositions dans un débat entre le Ministère des Finances ou du Budget (la question du tarif) et le Ministère de la Justice (qui ne s'intéressait qu'à la question du *numerus clausus* et au droit de présentation, mais, surtout, souligne E. SULEIMAN, p. 276 et s., ce ministère apparaissant comme le protecteur de la profession).

■ Finalement, une réforme, plus « libérale », (p. 256 et s.) fut adoptée, à la suite du retour de la droite au pouvoir (période dite, donc, de la 1^{re} cohabitation) en mars 1986, par les décrets des 11 mars et 29 avril 1986, dont il ressortait notamment que, s'agissant de prestations par les notaires, tout le « commercial »

et l'essentiel des actes de société (hors monopole) n'étaient plus tarifés (honoraires libres), d'une part, et que, d'autre part, les émoluments des actes « tarifés » devenaient négociables, librement, au-delà de 500 000 francs.

La situation actuelle

Sans même aller jusqu'à l'extrême de cette vision pessimiste d'un Jacques ATTALI ¹⁷, on ne peut que souligner :

■ Que, depuis les critiques et rappels d'il y a 20 ans d'E. SULEIMAN, les réformes ont été, et de toutes sortes d'ailleurs, nombreuses ; on n'en est donc plus à la situation critique qu'il décrivait. Car si on a beaucoup fait reproche à « l'immobilisme social » de la présidence de Jacques CHIRAC, à contre courant de ce qui aurait pu en être attendu, on doit souligner, pourtant, le grand nombre de réformes adoptées ces dernières années : divorce, succession, sûretés, saisie immobilière..., banalisation de la fiscalité française..., création d'instruments financiers facilitant le fonctionnement du marché (tels qu'en matière immobilière, les OPCI, SII), et observer que sur certaines de ces réformes (divorce, succession, hypothèques, saisie immobilière), le rôle du notaire a été renforcé (ou comme une possibilité, en tout cas) ; un rôle d'expert (divorce, succession), une sécurité (le notaire, et l'acte authentique comme une garantie, dans ces matières généralement, mais dans des institutions imaginées à cette occasion, telles que le mandat posthume ou la renonciation à la réserve héréditaire). On doit cependant souligner que cela paraît ne pas recouvrer (sans le fermer pour autant : cela reste un *possible*) un rôle social de facilitateur, voire de régulateur, mais plutôt disons d'autorité (la sécurité que l'on peut attendre de la réception d'un acte par un notaire ; voire de deux, comme pour la renonciation à la réserve héréditaire) à côté d'ouvertures (comme, par exemple, la possibilité d'une dimension amiable dans la vente sur saisie immobilière, ou, dans la réforme des sûretés, la reconnaissance de la pratique notariale de la prudence amiable).

Mais encore...

■ Que l'évolution de la société contemporaine s'est en somme accélérée :

- à la fois du plus vite, et du plus technique, notamment l'impact considérable de ce que l'on appelle les « nouvelles technologies » ; ainsi la signature

17 • Dans *Une brève histoire de l'avenir* (Fayard), Jacques ATTALI décrit un univers sombre, celui de la prochaine génération. En 2050, la terre comptera 9,5 milliards d'habitants, le marché l'aura emporté sur la démocratie et la superpuissance américaine ne sera plus qu'un souvenir. Dans la nouvelle lutte des classes à l'échelle planétaire, des « hyper nomades » dirigeront un « hyper empire » qui n'aura ni centre ni frontière. Ils feront la guerre aux « infra nomades », les opprimés, les miséreux et les exclus de la mondialisation de demain. Dans « *les Matins* » de France Culture du 7 décembre 2006, Jacques ATTALI expliquait les raisons de son pessimisme (demain, ainsi, la « *liberté ce sera la norme* » nous dit-il ainsi, presque étrangement) et les alternatives qu'il envisage.

électronique a été reconnue¹⁸; particulièrement, intéressant le domaine des mutations immobilières, ce qu'on a appelé l'informatisation des fichiers publics (cadastre et registres fonciers tenus par les Conservations des Hypothèques, fichier FIDJI) même si l'opération Télé@ctes¹⁹, avec la télétransmission entre notaires et fichiers des registres fonciers reste encore à accomplir pleinement, à l'échelle du pays;

- mais sans doute aussi du plus dur: des écarts qui tendent à se creuser; l'intégration est, plus que jamais, un défi.

Et encore...

■ Que les confrontations européennes, entre les Etats et la commission européenne en particulier²⁰ se sont probablement banalisées, et accrues. On doit remarquer qu'après qu'il ait finalement été admis que la directive sur les services (dite BOLKENSTEIN) tendant à l'ouverture à la concurrence, à la dérégulation (au moins sous cet aspect) ne soit pas applicable au notariat, on voit maintenant la Commission européenne s'attaquer à cette « fermeture » qu'est la condi-

18 • Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, qui, après avoir fait l'objet d'un premier décret d'application n° 2001-272, du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, et décret n° 2002-535, du 18 avril 2002, relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, a fait l'objet de décrets d'application pour les huissiers de justice (10 août 2005) puis pour les notaires (décret n° 2005-973, du 10 août 2005, modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires); avec ce dernier décret, c'est d'une véritable consécration de la signature électronique de l'acte authentique – l'acte authentique électronique-, entrée en vigueur le 11 février 2006, qu'il s'est agi. Cette pratique sur quoi le notariat français s'est beaucoup investi, reste à réaliser cependant. En permettant la certification, le notariat français (sous l'initiative de son CSN-REAL) vient, et de façon pionnière en somme, de s'en donner les moyens: brillante réalisation qu'il restera aux notaires à « vivre ».

19 • Cette opération lancée à l'initiative de la Direction Générale des Impôts (DGI) afin de moderniser les pratiques relatives aux fichiers immobiliers (cadastre, fichiers fonciers tenus par les Conservations des Hypothèques) devrait déboucher, à la suite de pratiques expérimentales toujours en cours, sur la mise en place de l'interrogation des fichiers fonciers par voie électronique (opération dite « Télé-réquisition ») puis de la publication par cette voie (opération dite « Télépublication »); la lenteur de la mise en place, qui paraît préoccuper les Pouvoirs publics, est sans doute l'expression de l'ampleur de la tâche, concernant l'ensemble de la profession, ainsi que l'ensemble des bureaux des Hypothèques.

20 • Etude du professeur Cyril NOURISSAT, professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, avis motivé sur la condition de nationalité des notaires, Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5, 10 novembre 2006, 1347, à propos de cet « avis motivé » de la Commission européenne du 12 octobre 2006 mettant en demeure 8 pays dont la France de supprimer la condition de nationalité quant à l'accès à la profession de notaire. Demain, ainsi, la « *liberté ce sera la norme* » nous dit ainsi, presque étrangement, Jacques ATTALI.

tion de nationalité dans certains pays européens, dont la France. Plus loin, à l'occasion de l'accord qui vient d'être établi entre les dirigeants des 27 Etats de l'Union européenne (23 juin ; voir note ci-après) sur les principes d'un Nouveau Traité (afin de régler la question restée inachevée du fait des 2 référendums négatifs français et néerlandais) et devrait se traduire sur la base du travail que doit rendre une Commission intergouvernementale, par un Traité à adopter fin 2007, la question de la concurrence, toujours au centre des réflexions, paraît devoir être repensée plus comme un simple souci d'abolir des barrières... : c'est peut-être un tournant sur ce point qui est en train de se prendre à cet égard.

Face à cela on doit remarquer :

■ et la position des instances notariales françaises, soucieuses de défendre la profession, et de répondre aux exigences des pouvoirs publics français, en particulier aux autorités de tutelle (direction des affaires civiles et du sceau au Ministère de la Justice, en particulier). La relation de proximité entre eux étant toujours très marquée, y compris dans le débat avec la Commission européenne, le pendant étant le souci constamment exprimé de voir le notariat assumer son devoir de service public ;

■ avec l'attention d'augmenter le nombre des notaires (comme souhaité par les Pouvoirs publics français), tout en protégeant la profession ;

et aussi (sans parler même de ce que l'ensemble des notaires français, au quotidien assument, à quoi ils font face – tant les besoins de leurs clientèles, que les exigences d'Entreprises que leurs Etudes sont –), la capacité de cette profession à mettre sur pied :

- tant l'enjeu de l'électronique (et notamment, mais pas seulement, Télé@ctes) ;
- que l'effort (et la structuration) de la formation (celle des études en vue de l'accès à la profession, celle aussi des formations permanentes, tant des personnels du notariat que des notaires eux-mêmes tenus dorénavant de se plier eux-mêmes à des actions de formation permanente) ;
- que la capacité de profondeur de réflexion qui conduira par exemple une équipe conduite par M^e Dominique LARRALDE (président), et de Gabriel VIDALENC (rapporteur général) à oser aborder la question – question de défi, véritablement – du développement durable (Congrès des notaires de France de 2008), avec une intuition et un courage qu'il y a lieu de souligner.

II – L'efficacité (et économique en particulier) du notariat dans le système français ; réalités actuelles (assumer une fonction), évolutions effectives ou possibles.

Du double point de vue de :

- l'économie (de coût et de charges),
- l'efficacité économique²¹ (résultat) : ce que cela permet d'atteindre et d'obtenir.

En outre d'affirmer²² une préférence pour un système de contrôle a priori à un système où la vente est exposée à des contestations a posteriori appelant une assurance « dont le coût pourrait bien dépasser celui de l'acte notarié », M^e REYNIS, dans un article déjà cité de 1998²³ avait livré des tableaux comparatifs des notariats européens faisant notamment apparaître l'importance particulière du notariat français. Dans un colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique²⁴, il y soulignait en outre que la question n'était pas seulement des montants à comparer (mais d'un rôle et d'une conception) que les contentieux auxquels donnent lieu les quelques 4,5 millions d'actes dressés par les notaires en France chaque année ne s'élève qu'à 0,04 %, chiffre non relevé par les rapports de la Banque Mondiale.

Au cours de cette même conférence, Monsieur le professeur Bruno DEFFAINS²⁵, tout en soulignant qu'il y a « *effectivement beaucoup de choses à retirer d'un dialogue entre économistes et juristes sur cette question de l'efficacité de la réglementation* » et après avoir rappelé que les questions débattues (partant des rapports de la Banque Mondiale en question) étaient relativement anciennes (il cite notamment le travail de Georges RIPPERT sur l'influence du code civil français sur l'émergence de la grande entreprise capitaliste, ainsi que l'ancienneté, selon lui une quarantaine

21 • Le souci de l'efficacité économique, et de celui du Droit en l'occurrence : *Mesurer l'efficacité économique du Droit* (LGDJ - novembre 2005) de Guy CANIVET, alors premier président de la Cour de cassation, Marie-Anne FRISON-ROCHE, professeur des Universités à Sciences-Po, et Michael KLEIN, vice-président du groupe de la Banque Mondiale pour le développement du secteur privé et économiste en chef de la SFI (Société financière internationale). Les auteurs, partant du travail de la Banque Mondiale, centrent ici le débat sur la mesure des effets économiques du droit (ici, en particulier, en droit de la faillite, droit du travail, et droit de la procédure).

22 • « *Les droits de tradition civiliste en question* », *op. cit.*, B. REYNIS, vice président du CSN, p. 52 à 56.

23 • « *La conception du notaires dans les pays de l'Union européenne* », *Petites Affiches* du 20 avril 1998, n° 47 p. 5.

24 • « *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique?* » du 30 novembre 2004, Dalloz 2005.

25 • « *Réglementation et inefficacité : quelle corrélation?* » par Bruno DEFFAINS, professeur d'économie à l'Université de Nancy, *op. cit.* note précédente et 3 et 9.

d'années, sur l'efficacité économique des institutions et des règles juridiques – l'économie du droit –, conclut que le débat est ouvert. Entre une logique très « politique », production des règles dans un système centralisé – une logique productiviste d'Etat en somme – et une vision plus dynamique du droit. Bruno DEFFAINS, y voyant un système dynamique en perpétuel mouvement, estime que c'est sur ce terrain que le débat doit se situer, et permettre la rencontre entre économistes et juristes, « *pour engager le dialogue avec les experts de la Banque Mondiale* ».

Nous avons eu, dans la suite de l'intervention de Bruno DEFFAINS au cours de l'une des conférences à la Cour de cassation sur le thème général *Droit, économie, justice*²⁶, un entretien avec celui-ci. Il soulignait l'importance du travail à faire à cet égard. Je forme l'hypothèse que les données collectées par le CSN (mais aussi, par la Chambre des notaires de Paris) devraient constituer un élément capital dans la réalisation de ce travail quant à cet aspect particulier qu'est le notariat.

III – Les développements effectifs (et à l'œuvre) ou possibles

- soit au niveau de l'ensemble de la profession,
- soit au niveau des pratiques individuelles.

1/ Au niveau de l'ensemble de la profession (au niveau « *macro* »)

Il y a l'opération Tél@ctes (de communication électronique – de l'ensemble des Etudes de notaires françaises – exclusive et sécurisée, avec les Conservations des Hypothèques). Opération voulue comme dit ci-dessus par la DGI française, et conçue en accord avec les instances notariales. Comme dit également ci-dessus, la volonté des Pouvoirs publics français est impérative et pressante. Partant d'une expérience convenue avec le Conseil supérieur du Notariat, et le concours des 6 sociétés d'informatique (SSII) travaillant pour les différentes Etudes de notaires français (et à l'issue d'une épreuve préalable et de l'agrément donné par suite à cet égard), et d'une expérimentation avec une quinzaine d'Etudes choisies à cette fin, avec les deux phases successives prévues de mise en place, savoir :

- Téléréquisition (demandes de renseignements hypothécaires).
- Puis télépublication (publication des actes de vente, puis dans un second temps, de l'ensemble des actes devant être également publiés).

Cette opération, présentée comme une mesure de modernisation quant aux opérations concernant la publicité foncière (suite à l'informatisation du cadastre puis des fichiers hypothécaires -FIDJI-) devrait conduire, pratiquement, à une nouvelle prise

26 • Voir note ci-dessus 6.

en charge fonctionnelle de la part du notariat français pour le compte des Pouvoirs publics français (avec diminution des besoins d'effectifs devant en résulter).

Cette mise en œuvre a connu quelque retard, l'entrée en vigueur devant se faire Etude par Etude, en fait. Vraisemblablement, ceci (pour les actes de vente en tout cas) devrait intervenir courant 2008, avec l'accomplissement des stages d'initiation nécessaires à cette fin entre temps.

■ *Mécanotaires*, recherche conduite par le Crédit Agricole, qui permettrait la communication électronique sécurisée entre les banques et les notaires (documents et fonds).

■ Mise à disposition par la Chambre des notaires de Paris d'un *extranet* dit « *Espace notarial* », permettant la facilitation de la communication des Etudes de notaires avec les clientèles en la décloisonnant.

■ Aide à la mise en place du télétravail (à Paris, pour celles des études qui en font la demande, auprès des services de la Chambre des notaires de Paris),

■ Acte authentique électronique (sur la base du décret susvisé, entré en vigueur le 11 février 2006), et minutier électronique central. Etc.

Il y a aussi, ici simplement énoncées, toutes les formations dispensées (de façon systématique; et, en premier lieu, outre celles permettant les différents accès aux métiers du notariat, celles de la formation permanente, depuis plus de 30 ans, par INAFON, organe de cette formation), les recherches poursuivies, mais encore la perspective possible de nouvelles utilisations de la ressource CRIDON (comme une base de données de type « *jurisprudentielle* ») etc.

2/ Au niveau des pratiques individuelles

Sous réserve encore de toute nouvelle facilitation législative sur les SEL – sociétés d'exercice libéral (conçues par une loi du 30 décembre 1990), ou les holdings – SPFPL (sociétés de participations financières de profession libérale; loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite « loi MURCEF »), juridiquement et fiscalement,

Il faut citer :

■ Les pratiques de collaborations interprofessionnelles, avec tout rapprochement possible à cet égard (sous diverses formes juridiques possibles).

■ Les pratiques inter-Etudes

Jusqu'à la perspective aussi de toutes constitutions de réseau (y compris l'intégration capitalistique éventuellement, avec le renforcement financier que devraient permettre les SEL et SPFPL) de type thématique tel que; regrouper des Etudes (fut-ce de façon cantonnée, dirais-je) autour du thème du crédit aux Entreprises, et permettant la spécialisation...

Le travail sur la « qualité », dans le cadre d'un renforcement de l'Entreprise, de l'esprit d'entreprise, et, partant, de son efficacité...

Conclusion

Comme l'avait justement fait observer E. SULEIMAN (ouvrage susvisé), le notariat français se trouve pris entre deux tendances de l'Etat français, deux autorités, deux figures de l'Etat (en France), celles du Ministère du Budget et du Ministère de la Justice (même s'il y a, bien sûr d'autres ministères concernés, comme l'équipement, le logement, les affaires étrangères...).

Ces deux tendances ne se recouvrent pas, sont, fréquemment (et essentiellement) différentes. L'une fonctionne dans le souci de l'efficacité, des économies, et de la concurrence (en phase, en cela, avec l'approche jusque récemment²⁷ de la Commission), l'autre protège ou cherche à protéger contre les tentatives « libérales » (ouverture à la concurrence, ouverture à tous les nationaux européens, etc.) affichant un souci de faire persévérer un notariat proche et au service de l'Etat et des finalités publiques qui y sont attachées.

Quoiqu'il en soit, je forme l'hypothèse de :

■ Le notaire comme un « passeur », dans la tradition du service, millénaire (l'exemple des notaires lombards...); non pas du service public, mais au service du public (de publics, disons).

■ Et ainsi, l'authenticité mise au service: cette particularité essentielle du notaire (recouvrant, en France la force probante d'une part, la force exécutoire de l'autre), serait mise, plus encore qu'aujourd'hui peut-être, plus systématiquement, et, en particularité, à travers des pratiques interprofessionnelles diverses, au service d'autres pratiques (leur apportant la possibilité de l'une ou l'autre de ces particularités).

■ La possibilité de la pratique d'offices de notaires spécialisés, comme de réseaux (de notaires) soit généralistes (comme l'est le réseau MONASSIER) soit spécialisés (comme celui relatif au droit relatif aux pharmacies; ce pourrait être sur le sujet de l'entreprise et du crédit de ses financements, par exemple).

■ De l'impulsion politique qui pourrait être donnée (ou au contraire laissée à l'initiative des pratiques et des praticiens; entre initiative d'Etat ou parapublique et initiatives de professionnels).

27 • (Voir aussi la note 19 ci-dessus); l'accord des chefs des 27 Etats de l'Union européenne, en juin 2007, à propos d'un nouveau traité, devant prendre la place du traité constitutionnel rejeté par les référendums français et néerlandais en 2005, sera peut-être un tournant à cet égard quant à la conception, et la prise en compte, de la concurrence; une conception moins strictement « libérale », et plus « finaliste ». La discussion sur le traité sur la base du travail de la commission intergouvernementale devrait montrer ce qu'il en ira véritablement à cet égard.

■ Permettre la circulation sécurisée des engagements et conventions: accentuée et facilitée par ce que permet l'électronique sécurisée. Offrant par là, renforcé et facilité par l'électronique sécurisée, la circulation « authentique » avec ce qui peut y être attaché de force probante et de force exécutoire (selon ce que les droits permettent, donc avec, et malgré, la relativité de la dimension internationale, le cas échéant; on sait les progrès qui ont été faits au sein de l'Europe à cet égard, on sait aussi qu'il reste beaucoup à faire par contre sur le plan mondial, hors Europe).

Depuis l'enquête, et le rapport, qui avait été fait à la suite du rapport ARMAND RUEFF, sous l'impulsion d'un récent président du CSN, Alain LAMBERT, un projet pour le notariat avait été élaboré²⁸. A nouveau un travail d'enquête, de la même ampleur est lancé maintenant, dont on peut attendre une analyse et une réflexion nécessaires à ce que doit être et devenir le notariat français du xxième siècle²⁹.

Pour finir, tout en faisant l'éloge de la dialectique (l'*aufhebung* – cette tension, et cette assomption des contradictions dont elle est faite – de la dialectique), de l'autonomie, et de l'ambivalence.

Et en espérant que vitesse des transformations des pratiques sociales aidant, on ne soit pas dans le « trop tard » fatal ou le « bien tard » difficile en tout cas, avec le risque de l'indifférence des clientèles qui, et depuis longtemps sans doute, ayant fait leur « marché »; sans attendre, afin d'avoir réponse à leurs besoins, et sans égard à la division et la faiblesse de la division professionnelle, et notamment des professions du droit.

Une réflexion trop brève ici sur le thème de la régulation, comme nous y invite Marie-Anne FRISON-ROCHE. Celle-ci, dans un article qualifie de dimension triviale et téléologique la régulation, dimension (complexité d'une part, responsabilité de l'autre) que le notariat peut et doit, vraisemblablement, assumer, comme une figure possible attendue. Marie-Anne FRISON-ROCHE poursuit ainsi une réflexion tout à la fois sur le thème droit et économie, et sur celui de la régulation; travail d'approfondissement sur ce dernier thème, depuis des années; régulation dont elle rappelle qu'il y a été fait recours par la Cour suprême des USA, pour la première fois dès le début du xx^e siècle; elle croit y voir un dispositif aux antipodes de l'esprit « abolitionniste » de ce que l'on qualifie d'ultra-libéralisme, ou de néo-libéralisme.

28 • « *Le projet des notaires de France* », 1997.

29 • Une nouvelle consultation auprès des notaires de France, à l'initiative du CSN, pour une 2^e édition qui devrait être communiquée aux notaires cet été (enquête) et ce dans une perspective 2015 de la société française; il est ainsi prévu la diffusion de ce document, « *Horizon 2015* », en février 2008.

Cette pensée, cette référence, j'y vois tout à la fois un danger et un très grand intérêt (une perspective qui s'ouvre peut-être). Un danger, en ce sens, qu'ambiguïté du mot, cela peut être la tentation d'un simple repli conservateur (une aubaine conservatrice!).

Mais et surtout probablement, un très grand intérêt, à cause, précisément, de ce souci du réalisme (ce que Marie-Anne FRISON-ROCHE qualifie de trivialité, en somme) d'une part, et de ce qu'elle qualifie de « téléologie » d'autre part : souci de produire, fut-ce sans doute à les improviser parfois, à les créer, des solutions, des réponses à des questions comme elles se posent ; avec cette part d'improvisation d'autorité attachée à cela, et par rapport à l'Etat, librement (jusqu'où, jusqu'à quel point, de quelle façon ?). Le souci de la déontologie avec ? Probablement.

Bertrand LACOURTE,
Juillet 2007



DEUXIEME COMMISSION

REDESSINE-MOI
UN NOTAIRE



LE NOTARIAT ET L'ECONOMIE EN CHINE

Jué TANG
Juriste à Shanghai

LES NOTAIRES, une profession récemment créée en Chine, ont pour vocation de prévenir les différends, réduire les contentieux, promouvoir les opérations économiques et maintenir la stabilité sociale¹. Ils doivent jouer un rôle essentiel pour la garantie des opérations économiques en particulier pour l'établissement du droit de propriété, acquis ou transféré, ou pour la protection du créancier face à la défection de son débiteur.

Introduction

La nouvelle politique chinoise se définit comme une économie de marché socialiste. Or, le marché ne connaît qu'un maître : les bénéficiaires.

Depuis que l'homme a introduit les notions de valeur et de richesses, il cherche à toute occasion l'optimisation de ses possessions. C'est pourquoi viendront s'opposer sa richesse et leurs richesses. Dans une société purement altruiste, la loi ne serait d'aucune utilité car la loi n'a lieu d'être que lorsque les intérêts communs vont primer sur ceux des particuliers. Les penseurs chinois ont tous offert selon leurs doctrines un constat et des solutions : pour ceux de l'Ecole taoïste le retour à la nature supprimait les crimes et donc supprimait les lois ; les Confucianistes espéraient préserver du crime par l'éducation pour les meilleurs et la loi pour les hommes de peu ; les légistes, plus réalistes, recommandaient la sanction sévère pour sanctionner le crime et les récompenses pour les hommes de bien.

Partout, c'est parce que l'homme connaît ses propres défauts qu'il cherche à en amoindrir les effets.

Pour ne pas se perdre dans les embuscades ou les batailles que ses alter ego égoïstes lui tendra ou lui imposera, la société a su désigner en son sein des tiers, des tiers neutres et désintéressés.

Dans les sociétés modernes, ces tiers neutres sont les notaires et les juges. Pour les aider dans leurs épreuves, les juges arrêtent les hommes dans les batailles qu'ils se livrent, les notaires arrêtent les hommes devant les embuscades.

1 • Art. 1, Loi du Notariat.

Si la société chinoise de 1949 au début des années 1980 n'a pas connu le besoin du recours aux notaires, le développement économique et l'apparition des lois du marché et du jeu social ont conduit tout naturellement à l'apparition de cette profession.

Le notariat chinois

Le notariat contemporain n'a qu'une vingtaine d'années d'existence en Chine. Mais déjà il n'est plus un bureau d'Etat qui délivre simplement des actes civils et adressés la plupart à l'étranger : c'est ainsi qu'il était pourtant réapparu. Aujourd'hui, son rôle dans la vie économique est évident et incontournable. Le notaire intervient dans des domaines tant publics que privés : immobilier, finance, appel d'offres, consignation, cession des parts sociales, propriété intellectuelle, etc. Le notariat chinois, comme souhaité par le Parti communiste chinois, est devenu un « agent du marché »².

Si l'on doit remonter un peu plus loin que ces réformes dues à l'ouverture des années 1980, le premier texte sur le notariat contemporain a été publié en 1935 sous la République nationaliste³. Cependant, la période de troubles internes et de guerre avec le Japon a rendu peu efficace cette réforme. Après la deuxième guerre mondiale et la conquête du pouvoir par le Parti communiste, la République populaire a réinstallé le notariat en 1951. Sa fonction principale a été l'authentification des contrats économiques passés entre les organes publics et les entreprises d'Etat avec les entreprises privées. Toutefois, ce notariat très rudimentaire a été supprimé en 1959. A cette même date c'est l'ensemble du système inspiré des Soviétiques qui disparaissait ; le Ministère de la Justice était lui-même supprimé.

C'est vingt ans après que le notariat a été réintroduit par la publication du règlement provisoire du Conseil des Affaires d'Etat sur le notariat du 13 avril 1982. De nombreux textes vont ponctuer cette construction : les uns visant la pratique, les autres les conditions d'accès à la profession : on notera tout particulièrement la décision de recruter les futurs notaires sur les mêmes critères que les autres professions juridiques ou judiciaires (2002) : le passage du concours d'accès unique aux professions de la justice. Le jeune notariat voit

2 • Article 3.14, Décisions sur quelques questions relatives à l'établissement du système de l'économie du marché socialiste, Comité Central du Parti Communiste de la Chine, 14 novembre 1993.

3 • Règles provisoires sur la notariation, 1935/07/30.

sa position confirmée par son adhésion à l'Union Internationale du Notariat Latin le 14 mars 2003 puis la promulgation de la Loi du notariat le 28 août 2005⁴.

À l'heure actuelle, la Chine dispose de 3 182 des études notariales et d'environ 19 000 notaires qui réalisent plus de 10 millions d'actes par année⁵.

Le sujet du notariat chinois

L'établissement notarial ou le notaire?

La question trouve sa réponse dans la définition du notariat (art. 2, Loi du notariat) :

« *La notariation⁶ est l'activité des établissements notariaux qui, à la demande des personnes physiques, des personnes morales ou autres organisations, attestent conformément à la procédure légale, l'authenticité et la légalité des actes juridiques en matière civile, des faits et des documents ayant portée juridique.* »

Une lecture attentive de cet article montre que les activités notariales ne relèvent pas du notaire, mais de l'établissement notarial,

« *un établissement d'attestation créé conformément à la loi et sans but lucratif, qui, conformément à la loi, exerce indépendamment les fonctions notariales et assume la responsabilité civile.* » (art. 6, Loi du notariat)

Qui donc est le notaire?

« *Le notaire est un professionnel qui exerce l'activité notariale dans un établissement notarial en répondant aux conditions prévues par la présente Loi.* » (art. 16, Loi du notariat)

4 • S'il faut chercher dans l'histoire de la Chine un « notaire » privé, un tiers qui constate la manifestation parfaite de la volonté des parties au contrat, on remarquera qu'il existait dès le III^e siècle avant Jésus-Christ des « témoins » ou « assistants » qui signaient les contrats comme les parties.

5 • Statistiques pour l'année 2004 : 0.6 % de croissance par rapport à l'année 2003, dont 2.4 % d'actes relatifs à l'économie. Hausses pour les domaines suivants : ventes aux chères, 52,7 % ; coopération technologique, 133,7 % ; procuration relevant de la personne morale, 30 % ; statuts sociaux, 65,8 % ; procès-verbal des réunions sociétaires, 106 %.

Domaines d'intervention : adoption, succession, testament, convention de donation et pension, mandat, conservation de preuves, certificat de décès, l'utilisation de terrain d'habitation, convention de relogement, contrôle des naissances, convention d'alimentation, convention d'association, convention sur le régime matrimonial, contrat de vente, contrat de gestion, location, location industrielle, consignation, hypothèque, déclaration, curriculum vitae.

6 • En chinois, *gongzheng* est un nom ou un verbe pour désigner l'activité du notaire ; la notariation est l'ensemble des activités notariales (authentification, attestation et conseil, législation, certification).

Le statut du notaire

Fonctionnaire ?

Selon le règlement provisoire du Conseil des Affaires d'Etat de 1982, les études notariales dépendent administrativement de l'Administration de justice, et les notaires et les assistants sont nommés et révoqués selon les règles applicables aux cadres fonctionnaires (art. 7, al. 3).

Ce statut de fonctionnaire a été modifié en 2000 par un projet du Ministère de la Justice sur la réforme du notariat⁷. L'étude notariale est devenue établissement public indépendant, et le notaire son salarié contractuel. Il a le droit de démissionner. Pourtant il ne peut être destitué ou sanctionné sans cause légale et sans procédure légale (art. 22, al. 2, Loi du notariat). Les premiers pas de cette modification de statut se sont exercés dans la responsabilité financière puis dans la responsabilité civile et pénale.

Professionnel libéral réglementé ?

Les notaires chinois, comme leurs collègues en Europe, exercent une profession de Droit. Ils doivent respecter des règles déontologiques strictes et sont soumis au contrôle de leurs instances professionnelles. Leur titre est protégé par la loi⁸.

Pourtant, le notaire chinois n'est pas titulaire de son office, au moins dans la pratique. Bien que la loi ait arrêté les conditions pour la création d'une étude notariale⁹, les notaires jusqu'à ici n'ont fait qu'hériter les études créées sous le régime administratif.

Statut mixte ?

Cette profession en Chine trouvera une meilleure définition en sortant des cadres de la pensée occidentale : ni officier public, ni profession libérale. Et ce en raison de la genèse de cette fonction et de la politique chinoise. Il sera plus exact de le définir comme « *un professionnel du droit au service de l'intérêt public, des intérêts du public, dont l'exercice est soumis au contrôle de son administration de tutelle* ». Cette définition s'applique parfaitement au « notaire des villes » : il faut cependant distinguer dans la profession les notaires qui exercent à la campagne ou dans les zones pauvres. Là il fait plus que dépendre administrativement de son autorité de tutelle, il est resté un salarié de cette administration car son activité

7 • Si Fa Tong (2000) 099, 10/08/2000.

8 • Un notaire ne peut être révoqué par le Ministère de la Justice que dans quatre cas : perte de la nationalité chinoise, retraite (65 ans) ou raison de santé, démission ou perte de la licence professionnelle (art. 24, Loi du Notariat).

9 • Conditions de fond : nom, local, au moins 2 notaires et fonds nécessaires. Condition de forme : approbation de l'Administration de la Justice au niveau provincial (arts. 8 et 9, Loi du notariat).

ne peut générer les revenus nécessaires pour une indépendance financière. Rappelons-le, c'est par l'indépendance financière que le notaire des villes s'est détaché de son statut de fonctionnaire.

Dans cette définition, il ne faut cependant pas se méprendre : l'indépendance financière ne crée pas la recherche des profits. La loi dispose clairement que l'établissement notarial est à but non-lucratif. De là aussi se déduit une dépersonnalisation de la fonction notariale : c'est l'établissement qui est le sujet.

Acquisition de la qualité de notaire

Conditions de fond

Les conditions d'accès à la profession sont définies dans l'article 18 de la Loi :

- 1 • Être de la nationalité chinoise ;
- 2 • Agé de plus de 25 et de moins de 65 ans ;
- 3 • Être impartial et honnête, respecter la discipline et observer les lois, avoir de bonnes mœurs ;
- 4 • Avoir réussi à l'examen national pour l'accession aux professions juridiques et judiciaires ;
- 5 • Avoir réussi un contrôle d'évaluation au terme de deux ans au moins de stage dans un établissement notarial, ou avoir une expérience de plus de trois ans dans une autre profession juridique et avoir effectué au moins un an de stage dans un établissement notarial¹⁰.

Condition de forme

Un candidat qui répond aux conditions de fond peut, avec la recommandation d'une étude notariale, déposer sa candidature. Lorsque sa candidature est approuvée par l'Administration de la Justice au niveau provincial, il peut être nommé par le Ministère de la Justice. En ce cas, il lui sera remis la licence professionnelle. Il est à noter qu'un candidat doit être recommandé par une étude notariale, ce qui confirme le statut de sujet de l'établissement et non du notaire dans le notariat chinois.

Ce constat est renforcé par la modification de l'appellation de l'association : avant la loi de 2006, elle était désignée « Association des Notaires de Chine », depuis la loi elle est l'« Association du Notariat chinois » (art. 4).

10 • Ils convient de remarquer que les personnes chargées d'enseignement et de recherche en Droit et les titulaires des titres professionnels supérieurs, ou les fonctionnaires, les avocats titulaires au moins d'une licence en Droit et ayant au moins 10 ans d'expérience au tribunal, au parquet, aux affaires législatives ou au service juridique peuvent être nommés notaires après avoir subi un contrôle d'évaluation et avoir quitté leurs anciennes fonctions (art. 19, Loi du Notariat).

Responsabilité professionnelle

Lorsqu'une partie à l'acte notarié ou une personne intéressée subit un préjudice provoqué par une faute soit de la part de l'étude notariale ou du notaire, il est à l'étude notariale d'assumer la responsabilité d'indemnisation. L'étude notariale, après avoir indemnisé, peut recourir contre le notaire qui a commis une faute volontaire ou fait preuve d'un manquement grave à ses devoirs. Le texte publié en mai 2006 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006 détaille l'ensemble des moyens de recours

Caractéristiques des activités du notaire

Les activités du notaire en Chine se caractérisent par un champ plus large que ce qui est connu sur le continent européen : en effet, à côté de l'authentification, le notaire chinois doit aussi assurer la légalité des actes qui passent devant lui.

Authenticité

Aucun texte en Chine ne dit explicitement que, dans les domaines où le notaire intervient en France ou ailleurs pour la sécurité des transactions, ils doivent intervenir. Seule la pratique et l'information permettent au public de recourir au notaire et de bénéficier de l'effet de cette intervention. Pour se développer, c'est justement sur cette démonstration que le notaire chinois s'appuie. Les représentants de la profession appellent cela « *gagner la confiance du public* ».

■ Un cas pour illustrer notre propos :

Début septembre 2006, A entend à vendre son appartement à B. Cet appartement a été acheté à crédit, et le prêt est en cours de remboursement. En vérifiant le statut marital de A, le notaire découvre que celui-là est divorcé, et que selon leur convention de divorce, l'appartement appartient à A et qu'il doit rembourser le prêt.

Toutefois, puisque la convention de divorce a été signée sous seing privé, le notaire exige qu'elle soit notariée, ce qui a été refusé par la partie A. Dans ce cas, le notaire demande que l'ex-épouse de la partie A se présente et confirme la convention ; alors que la partie A prétend alors qu'il ne peut plus retrouver son ex-épouse.

Le notaire vérifie alors auprès de l'administration des affaires civiles qui a délivré le certificat de divorce et il a été révélé que, selon la convention de divorce déposée, l'appartement appartient aux deux fils issus de son mariage avec l'ex-épouse ; ainsi, il est manifeste que A n'a pas de droit de disposition sur l'appartement.

Grâce à cette vérification, le notaire a pu éviter à l'acheteur et aux deux enfants un préjudice important.

Légalité

Rappelons en effet l'article 2 de la loi sur le notariat :

« *La notariation¹¹ est l'activité des établissements notariaux qui, à la demande des personnes physiques, des personnes morales ou autres organisations, attestent conformément à la procédure légale, l'authenticité et la légalité des actes juridiques en matière civile, des faits et des documents ayant portée juridique.* »

Le notaire est chargé de vérifier la légalité des actes juridiques : il doit refuser de passer des actes illégaux mais on doit la légalité au sens large, non simplement au niveau des contenus doivent se conformer aux dispositions légales mais aussi vérifier l'équilibre des intérêts entre les signataires du contrat et les tiers intéressés. Cela se déduit directement de la loi des contrats chinoise : selon le principe d'équité énoncé par l'article 5 de la loi des contrats de 1999. Le notaire devra mettre en garde les parties car en cas de défaillance, le juge s'appuiera sur ce principe pour aménager la relation créancier-débiteur.

Effets des actes notariés

Le rôle du notaire ne peut être ignoré dans la vie économique, la vie sociale. Il est difficile d'imaginer qui autre peut être un gardien des intérêts de deux parties et même des personnes qui ne sont pas parties à l'acte.

Force probante

Les effets des actes notariés sont définis par la loi :

« *Les actes juridiques civils, les faits et les documents ayant portée juridique passés devant notaire doivent être considérées comme des preuves soutenant la réalité, sauf s'il y a une preuve contraire suffisant pour renverser cet acte notarié.* »¹²

Cet article dispose sur la force probante des actes notariés. Un acte notarié est considéré comme une preuve directe. En raison de la qualité de l'agent qui établit cet acte et de la procédure sous lequel l'acte est établi, la loi l'accorde une force probante particulière.

Une discussion a été entamée par des experts étrangers pour dire que de la formulation de l'article 36 de la loi la force probante de l'acte passé par le notaire ne pouvait être déduite. Pour répondre à ce doute, il suffit de se reporter aux différents textes réglementaires publiés à la suite de cette Loi : en particulier le texte « procédure notariale » entré en vigueur en juillet 2006 : il détaille la procédure à suivre pour renverser cet acte.

11 • En chinois, *gongzheng* est un nom ou un verbe pour désigner l'activité du notaire ; la notariation est l'ensemble des activités notariales (authentification, attestation et conseil, légalisation, certification).

12 • Article 36, Loi sur le notariat. Article 67, Loi de procédure civile.

Force exécutoire

La force exécutoire est la qualité d'un acte, d'un document revêtu d'une formule exécutoire qui impose ou permet le recours à la force publique pour en assurer l'exécution. La loi du notariat chinois dispose clairement par son article 37¹³ quel acte notarié peut être doté de cette force exécutoire : un acte notarié de créance qui a pour l'objet une prestation et qui comporte explicitement l'engagement de la part du débiteur d'accepter l'exécution forcée.

La Cour suprême a ajouté une autre condition : la relation de créance-obligation est claire¹⁴. De plus, elle a fait une liste indicative des actes ayant pour objet une prestation :

- Prêt d'argent, prêt à usage, bail sans garantie réelle,
- Achat à crédit,
- Toute reconnaissance de dette,
- Tout accord portant sur une pension, une indemnité ou une compensation.

Bien que la loi dise que l'acte notarié doit « comporter explicitement l'engagement de la part du débiteur d'accepter l'exécution forcée », et que cela puisse nous conduire à croire que le débiteur peut bien refuser son accord sur l'exécution forcée, la Cour suprême oblige les études notariales d'établir un acte avec force exécutoire lorsque les conditions légales sont réunies¹⁵. Toutefois, lorsqu'un contrat est d'origine sous seing privé et que le créancier cherche la force exécutoire auprès d'une étude notariale, il faut une « manifestation » de volonté de la part du débiteur.

Cette qualité de force exécutoire accorde au contrat la même valeur qu'un jugement. Il est indiscutable que, grâce à l'intervention du notaire, le créancier est non seulement conforté lors de la signature du contrat, mais aussi lors de l'inexécution du contrat par son débiteur. Cette diminution de risques, cette économie d'énergie, d'argent ont des retombées immédiates sur le recours à la justice, et sur l'ensemble de l'économie sociale. Ainsi, les banques recourent régulièrement à l'acte notarié pour financer l'achat immobilier même si l'immeuble fait en soi objet de l'hypothèque. Sans doute, c'est une raison principale pour laquelle le marché immobilier en Chine a pu se développer si rapidement.

Par ailleurs pour comprendre la réalité de la portée de l'acte passé devant notaire et sa force exécutoire il faut rappeler qu'en Chine il existe deux juges : le juge de la décision et le juge de l'exécution. La loi sur le notariat dit que le créancier

13 • Art. 218, Loi de procédures civiles.

14 • Art. 1.1, Avis communs sur des questions relatives à l'exécution des actes de créance dotés de la force exécutoire par les organes notariaux, 2000/09/01, Si Fa Tong n° (2000) 107, Cour populaire suprême et Ministère de la justice.

15 • Art. 3, Ibid.

peut demander à la Cour l'exécution : donc l'acte se trouve au même niveau que le jugement, il ne s'agit pas de juger mais d'exécuter.

Champs d'interventions

Du point de vue des notaires, la législation chinoise est très décevante : la loi n'impose l'acte notarié que pour des situations très limitées. Il appartient aux notaires de développer leur marché.

Marché accordé par la loi

Enregistrement des hypothèques

L'organe d'enregistrement des hypothèques est l'étude notariale du lieu du débiteur hypothécaire lorsque l'hypothèque porte sur des biens autres que le droit de superficie¹⁶, les constructions, les bois, les véhicules et les moyens de production des entreprises. De plus, cet enregistrement, même s'il produit l'effet d'opposabilité contre les tiers, n'est pas obligatoire¹⁷. Et c'est le seul texte du niveau de la loi qui accorde expressément au notaire un domaine d'intervention¹⁸.

- **L'appel d'offres pour les marchés publics**
- **La mise en concession ou en vente des entreprises d'Etat ou de ses actifs**
- **Donations, successions ou destruction des actions sociétaires, titres nominatifs**
- **Procuration de vote faite par un actionnaire d'une société cotée**
- **Donation, succession ou compensation conventionnelle portant sur un véhicule à moteur**
- **Les statuts des cabinets de comptables à responsabilité limitée, l'accord de fusion des cabinets de comptables**
- **Réunion des porteurs des fonds par télécommunication**

Démolition et relogement

Dans les opérations de démolition et relogement, trois situations nécessitent un acte notarié¹⁹ :

- Lorsque l'administration chargée du relogement est aussi le gestionnaire des logements à démolir, la convention d'indemnité doit être notariée.
- En cas d'expulsion, il faut faire appel au notaire pour constater l'état des lieux.
- En cas de démolition d'un immeuble sans propriétaire identifié.

16 • Entendu que le droit de propriété des terrains appartient à l'Etat.

17 • Arts. 42 et 43, Loi des sûretés.

18 • Si l'on attend que les créanciers hypothécaires des biens innommés, les notaires auraient du mal même se rouler les pouces. Les frais d'un enregistrement sont de 30 à 100 euros à Shanghai.

19 • Règlement sur la démolition des maisons en ville, Conseil des Affaires d'Etat, 2001/06/13.

Actés liés au transfert immobilier

- Vente, lorsqu'une partie est étrangère (physique ou morale, Chinois résidents à Hongkong, Macao, Taiwan, ou dans un pays étranger et ne possédant pas de carte d'Identité chinoise sont assimilés à un étranger) ;
- Donation, succession ou legs. Ces faits ou actes n'exigent pas d'acte notarié en soi. Pourtant, le transfert de propriété exige un acte notarié ;
- Dans toute vente ou hypothèque, lorsqu'une partie est représentée, le mandat doit être notarié.

De là on peut constater que l'enregistrement du transfert immobilier ne suppose pas nécessairement un acte notarié.

Les notaires peuvent être appelés pour faire le constat dans une réclamation contre pollution maritime²⁰.

Marchés développés par les notaires

Les notaires peuvent, conformément à la loi sur le notariat, intervenir dans :

- **Le contrat ou la convention ;**
- **Le mandat, la donation ou le testament ;**
- **Partage ou cession des biens ou renoncement aux droits de biens ou droits de succession ;**
- **Emission des valeurs ;**
- **Vente aux enchères, appel d'offres, loterie ;**
- **Sûretés ;**
- **Recouvrement ou reconnaissance de dettes ;**
- **Contrat de mariage ;**
- **Adoption et sa révocation, reconnaissance d'enfant ;**
- **Droits de propriété intellectuelle (possession, cession, licence) ;**
- **Etat civil (naissance, décès, éducation, expérience, parenté, domicile, mariage, casier judiciaire, etc.) ;**
- **Le statut, les statuts, l'état financier des personnes morales, procès-verbal des sociétés limitées par actions ;**
- **Événement de force majeure ;**
- **Evaluation des préjudices d'assurance ;**
- **Constat de l'auteur d'une œuvre anonyme ;**
- **Constat de la date, la signature des actes ;**
- **Conformité des copies, des photocopies, des traductions ;**

20 • Article 18, Règlement sur l'administration de versement de polluants dans la mer, Conseil des Affaires d'Etat, 1985/03/06.

- **Succession (établissement du droit de succession, inventaire et conservation des biens, exécution du testament) ;**
- **Consignation ;**
- **Surveillance de l'exécution des actes notariés et médiation.**

En pratique, le notariat chinois constate un accroissement de leurs activités dans les domaines facultatifs, en particulier dans les régions développées.

Le notaire est appelé en raison de sa crédibilité – la qualité qui fait que le notaire mérite de recevoir la confiance. Par exemple, deux partenaires d'affaires achètent un appartement en commun. Lorsque la confiance se perd, et que l'un veut céder sa part à l'autre, la solution la plus fiable sera de confier l'ensemble de l'affaire à un notaire : paiement du prix et transfert de titre de propriété. Sans un agent qui garantit la sécurité d'opération, l'un n'osera pas payer même s'il veut l'appartement, l'autre n'osera pas lâcher le titre de propriété même s'il veut le transférer en argent liquide. Le notaire est un agent chimique, une enzyme mesurée de l'établissement et du maintien des bonnes relations, de la paix du contrat et de la société.

Fonctions des notaires dans les affaires

Nous présenterons trois domaines.

Immobilier

Sauf dans les situations indiquées en 8.1.10 ci-dessus, une opération immobilière n'exige pas d'intervention du notaire. On pourrait penser que si une autre institution assure ces fonctions, le problème est simplement celui de l'attribution ou non d'un champ d'intervention. Mais les administrations concernées ne sont pas uniques et les procédures ne sont pas homogènes : la toute récente loi sur les droits réels vise cette unification²¹ mais en même temps doit reconnaître qu'elle est « future »²².

Ce régime hétérogène pose des problèmes très graves dans la pratique.

Prenons exemple la vente d'un appartement par un propriétaire chinois. Lorsque l'acheteur est un étranger, il faut une vente passée devant notaire pour qu'elle puisse être enregistrée. En revanche, lorsque l'acheteur est aussi un chinois, un acte sous seing privé suffira entre les parties pour constater leur volonté et leur permettre ensuite de se présenter devant l'organe d'enregistrement. C'est bien cette disparité qui peut faire qu'un acte notarié perd tout effet.

21 • Article 10 : L'Etat applique un système unique d'enregistrement sur les biens immobiliers.

22 • Article 246 : Avant que la loi et les règlements administratifs disposent sur l'étendue, l'organisme et la modalité d'enregistrement unifié des biens immobiliers, les règlements locaux peuvent les prévoir en vertu de la présente Loi.

Un cas pratique va nous éclairer.

Un étranger locataire achète un appartement que possède son voisin chinois à Shanghai et a passé un acte notarié avec un terme suspensif – l'acte produira ses effets lors du paiement des acomptes par l'acheteur. Une semaine a été accordée à l'acheteur pour réunir la somme des acomptes.

Toutefois, une semaine après le vendeur refuse de recevoir le paiement des acomptes car entre-temps il a vendu l'appartement à un voisin chinois, et curieusement pour un prix inférieur. Puisque la deuxième vente est déjà enregistrée, le premier acheteur, étranger, doit accepter tous les inconvénients de l'achat inachevé, y compris l'amertume. La valeur de l'acte passé devant notaire est mise à mal par le système de l'enregistrement administratif qui produit l'effet de transfert du bien. L'acte a seulement constaté l'effet entre les parties.

S'il y avait un système unifié d'enregistrement des actes, on aurait moins de possibilité de rencontrer des cocontractants de mauvaise foi, et l'on aurait moins d'occasions d'utiliser la notion de tiers de bonne foi.

En comparant avec son confrère français, le notaire chinois a encore un long chemin à faire puisque la loi ne lui accorde pas d'occasion d'intervention automatique et obligatoire²³.

Sociétés

Sauf pour les statuts des cabinets de comptables à responsabilité limitée qui doivent être établis par acte notarié, l'intervention d'un notaire dans l'organisation d'une société n'est possible que sur invitation.

Pour les sociétés en général, le service du notaire peut être demandé lorsque

- La société investit à l'étranger et l'administration du pays destinataire requiert une authentification de l'existence légale de l'investisseur ;
- Les statuts sont mal rédigés lors de la constitution de la société, et au lieu de recourir à un avocat qui prendrait en général parti pour son client, les associés demandent à un notaire d'améliorer les statuts. Dans ce cas, le notaire intervient d'abord comme conseil juridique, puis comme notaire.
- Réunions des actionnaires, des conseils et des superviseurs des sociétés cotées. Rien n'oblige l'intervention d'un notaire. Toutefois, afin de décharger la responsabilité vis-à-vis des dispositions protégeant les intérêts des actionnaires minoritaires, le notaire est souvent appelé pour constater la légalité de ces réunions. Dans ce cas, le notaire joue un rôle moins de conseiller

23 • Les avocats attaquent régulièrement les réglementations locales qui prévoient un recours automatique et obligatoire au notaire : à KunMing une décision a été annulée car les avocats ont contesté la base légale de l'obligation de passer devant notaire pour une revente d'appartement.

juridique que d'un contrôleur juridique, ou assureur juridique. Le notaire doit connaître parfaitement toutes les règles applicables aux sociétés cotées.

Propriété intellectuelle

En fait, le Droit chinois offre une protection précise des droits de propriété intellectuelle. Pourtant, l'intervention du notaire peut être utile avant qu'un droit ne soit reconnu par la loi. Par exemple, avant qu'une invention ne soit qualifiée de brevet, si son auteur entend de la céder ou d'autoriser un tiers de l'exploiter, puisque le contenu de l'invention n'est pas encadré en droit, il est opportun de recourir à un acte notarié.

Encore, lorsqu'une découverte non enregistrée fera l'objet d'une communication scientifique, l'auteur recourra au notaire pour protéger cette communication afin de constater l'existence du manuscrit à la date où le document sera visé par le notaire. De la même manière un manuscrit littéraire pourra être protégé avant son envoi à un éditeur, ou un jeu nouveau à un éditeur. Il jouera alors le rôle de l'« enveloppe SOLEAU » connue en France: il n'établit pas le droit de propriété intellectuelle mais une preuve à une date certaine. Pourtant, dans les domaines d'investissement ou de gestion de patrimoine, les notaires trouveront comme concurrents les banques, les experts fiscaux, les conseillers et surtout les avocats. Les avocats ainsi que les notaires offrent un service juridique directement à leurs clients, les justiciables.

Les notaires et les avocats

A la base, les notaires et les avocats ont de la même formation. Le 31 octobre 2001, la Cour suprême, le Parquet suprême et le Ministère de la Justice ont promulgué conjointement les « mesures provisoires sur l'application du Concours national judiciaire ». Il est prévu que les candidats de trois professions: juges, procureurs et avocats sont soumis à ce concours unifié. Le notariat a abandonné leur propre examen d'entrée qui a été en pratique depuis 1992.

Pourtant, la différence dans leurs natures fait que les candidats de ces deux professions bifurquent même à partir de leur stage, même s'ils se croisent dans l'exercice de leur profession.

Natures

En Chine comme ailleurs la nature du notaire et de l'avocat est fondamentalement différente. Les notaires sont des juges volontaires, conseils désintéressés et rédacteurs impartiaux au service des parties et du contrat.

Avocat, *advocatus*. LITTRÉ le définit comme « celui dont la profession est de plaider en justice ». Il a son synonyme « défenseur » – expert de procès.

Tableau de comparaison

| | Notaires | Avocats |
|--------------------------------------|---|--------------------------------------|
| Statut | Mixtion de profession libérale et officier public | Profession libérale |
| Position dans une relation juridique | Tiers impartial | Commis d'une partie |
| But de son intervention | Recherche de l'équilibre | Protection de son client |
| Nature des actes établis | Acte authentique | Acte sous seing privé |
| Honoraires | Réglémentés/négociables | Négociables |
| Obligation de recevoir un client | Oui | Non |
| Supervision par l'Etat | Fort | Moins Fort |
| Lieu d'exerce | Nomination à lieu déterminé | Libre |
| Numerus clausus | Oui | Non |
| Opération des offices | Non-lucrative | Commerciale |
| Publicité | Non | Oui pour le cabinet et pour l'avocat |

Concurrence ou collaboration ?

Il serait imprudent pour le notaire d'intervenir dans un contentieux en tant que défenseur. Cette intervention, représenter les intérêts d'une partie, dénature le rôle du notaire. Il faut ainsi laisser à l'avocat ce terrain. Pourtant, cela ne veut pas dire que le notaire doit s'écarter de tous les litiges. Au contraire, il peut toujours jouer un rôle de médiateur en raison de sa qualité accordée par la loi – agent public.

L'intervention des notaires et les affaires

La sécurité et l'efficacité

La notarisation se dit en chinois « *Gong Zheng* », littéralement « attestation publique » ?

La sécurité juridique apportée par le notaire ressort sans aucun doute du pouvoir public investi en lui. Afin de rester fidèle à cette puissance publique, le notaire doit contrôler l'authenticité et la légalité de l'acte qu'il dresse.

Le marché est un océan de bénéfices et de risques. Celui qui gère le mieux les risques dégagera le plus de bénéfices. Toutefois, on manque souvent des informations décisives ou essentielles, soit par ignorance, soit parce que le cocontractant se garde de donner la bonne information. Le notaire, gardien de l'authenticité,

est là pour garantir l'accès aux informations nécessaires, garantir une manifestation de la vraie volonté, éliminer les incertitudes d'une opération.

Pourtant, ici, lorsque le notaire intervient dans les domaines des affaires, il trouve des concurrents bien établis : les avocats, les comptables certifiés. Par exemple, dans une opération d'acquisition de parts sociales, les avocats offrent une « due diligence » qui sert à éclaircir la situation juridique de la société objective.

Néanmoins, le notaire, en raison de sa neutralité, cherche des informations afin de protéger non seulement les droits des parties mais aussi des tiers intéressés.

Les coûts et les bénéficiaires

Quels sont les coûts d'une opération ?

Ce sont seulement le prix stipulé dans le contrat ? Tous les dépens grâce auxquels on a pu conclure le contrat ? Ou faut-il aussi ajouter les dépens pour l'exécution du contrat et encore pour son inexécution ?

On a tendance à ignorer surtout les dépens pour l'inexécution d'un contrat : le professeur Jean Marc MOUSSERON distinguait bien le prix du contrat et le prix d'un contrat.

Une opération ne doit pas être considérée achevée lorsque toutes les obligations sont parfaitement exécutées. Dans une opération d'achat d'un appartement, le transfert du titre de propriété ne signifie point la fin de l'opération pour l'acheteur. Il faut encore constater qu'il puisse jouir de l'appartement dans la paix – nul tiers ne viendra réclamer un droit sur l'appartement, ni une personne ni un termites, sur la base d'une relation avec le vendeur.

Prenons l'hypothèse d'achat d'un appartement pour un prix de 1 million yuans.

Les frais pour passer l'achat devant un notaire sont de 0,25 %, soit 2 500 yuans.

Si l'acheteur choisit de ne pas recourir à l'acte notarié, en cas de contentieux :

- Frais de justice : $(\text{prix} \times 1 \% + 5\,010)$, soit 15 010 yuans ;
- Honoraires de l'avocat : en général 3 %, soit 30 000 yuans.

Sans compter les débours de l'avocat, d'autres dépens éventuels tels que les frais d'experts, les frais de justice et les honoraires de l'avocat font déjà 18 fois de ceux de l'acte notarié.

S'il faut une semaine pour passer un acte notarié, il faut au moins six mois pour qu'un jugement soit rendu. Il sera plus difficile de comparer sur le « préjudice moral » : retards et conflits ont des conséquences importantes sur la vie de tous les jours.

Conclusion

Toute société qui cherche une justice sociale, un équilibre social, une stabilité sociale doit garantir ces notions par un agent « fort et impartial », qui est au service du public et non par une personne particulière au service d'un projet ou d'une partie à l'opération économique.

Le notariat en Chine est nouvellement établi en répondant aux exigences sociales, aux besoins économiques. Son intervention assure la paix sociale, rapproche les acteurs du marché en les aidant à établir la confiance, en diminuant les risques entre eux.

Toutefois, son intervention dans les secteurs économiques est encore irrégulière car relevant de la volonté des parties bien informées. Les notaires chinois doivent d'un côté renforcer leur dialogue avec le législateur, et de l'autre côté fortifier les liens techniques avec les institutions d'intérêts publics, permettant à ce professionnel du Droit de garantir la validité et les fondements des engagements que les institutions qui retranscrivent ou enregistrent.

En même temps, ils doivent faire savoir au public la valeur unique du service notarial par tout moyen légal et prendre une position offensive au lieu de défensive pour développer leur marché.



ANNEXE

Il a été arrêté lors de notre réunion en septembre 2006 que l'on fasse une comparaison des coûts sur la vente d'un appartement, une succession et la transmission d'une société de 200 000 euros. Puisqu'en Droit chinois actuel, toutes ces trois matières n'entrent pas dans le champ de notariation obligatoire, nous ne pouvons que donner des indications.

1. Le coût de vente d'un appartement.

Tous les chiffres ne sont donnés qu'à titre indicatif puisqu'ils sont variables dans le temps ainsi qu'à travers l'espace.

| | Vendeur | Acheteur |
|----------------------------------|--|--|
| Frais d'opération | 1,5 - 3,0 yuans/m ² | |
| Droits de timbre | 0,05 % | 0,05 % |
| Droits d'opération | 5,55 % | |
| Droits d'entretien de la ville | 1 %, 5 % ou 7 % du montant des droits d'opération. | |
| Droit d'éducation | 3 % des droits d'opération ²⁴ | |
| Droits d'acte | | 1,5 %, log. normal ²⁵ ; 3 %, log. luxe |
| Impôt sur le | 20 % de la différence entre le prix de vente et le prix d'achat, si le propriétaire peut justifier le prix d'achat, frais d'achat, frais de décoration, etc. Sinon, 1 %, log. normal, 2 %, log. luxe. | |
| TVA sur le terrain ²⁶ | 30 %, VA ≤ 50 % ; 40 %, 50 % < VA ≤ 100 % ; 50 %, 100 % < VA ≤ 200 % ; 60 %, 200 % < VA. | |
| Frais d'enregistrement | | 80 yuans |
| Timbre sur titre de prop. | | 5 yuans |
| Frais du titre de prop. | | 4 yuans |
| Frais de plan | | 25 yuans |

24 • Le taux dépend le lieu de l'immeuble : compagnie, chef-lieu de canton, ville.

25 • Un logement normal répond aux 3 critères : 1-le ratio de construction est supérieur à 1,0 pour le parcel de terrain où se situe le logement, 2-Une surface inférieure à 140 m²,3-Le prix de vente est inférieur à 1,44 fois du prix moyen des logements sur des terrains de la même catégorie.

26 • VA = Prix de vente – Frais déductibles (prix et frais d'achat – frais de vente, etc).

Frais des notaires qui peuvent être occasionnés lors de la vente d'un appartement²⁷ :

| Frais en yuans | Emolument |
|----------------------------|---------------------|
| <= 500 000 | 0,3%, min. 200 ¥ |
| 500 000 – 5 millions | 0,25 % |
| 5 millions – 10 millions | 0,2 % |
| 10 millions – 20 millions | 0,15% |
| 20 millions – 50 millions | 0,1% |
| 50 millions – 100 millions | 0,05% |
| > 100 millions | 0,01% |

Dans les grandes villes, telles que Beijing et Shanghai, les frais des notaires pour la vente d'un appartement normal sont à 0,25 % du prix de la vente.

- Hypothèque pour la partie du prêt basé sur le fonds de logement: 100 ¥ par acte;
- Hypothèque pour prêt commercial: 150 ¥ par acte;
- Consignation du prix: 0,3 %, minimum ¥ yuans;
- Acte exécutoire: 0,3 %;
- Mandat: 200 yuans pour personne physique, 500 yuans pour personne morale.

2. La notarisation d'un contrat économique

| Prix du contrat en yuans | Emolument |
|--------------------------|-----------|
| 20 000 | 1 % |
| 20 000 – 50 000 | 0,8 % |
| 50 000 – 100 000 | 0,6% |
| 100 000 – 500 000 | 0,5% |
| 500 000 – 1 million | 0,4% |
| 1 million – 2 millions | 0,3% |
| 2 millions – 3 millions | 0,2% |
| 3 millions – 4 millions | 0,1% |
| > 4 millions | 0,05% |

Admettons un taux d'échange 1 euro/10 ¥, 200 000 euros font 2 millions yuans. Ainsi les frais pour passer un acte notarié de cession d'une société de 2 millions yuans pourraient être de 7 740 yuans, soit 0,387 %. Lorsqu'il y a consignation du prix, on peut ajouter une somme de 6 000 yuans, soit 0,3 %.

3. Succession *ab intestat*

- Inventaire des propriétés, 500 – 1 000 yuans,
- Frais d'investigation, 50 – 200 yuans,
- Copie d'acte notarié, 10 yuans par copie.

27 • <http://www.sh-notary.com/cn/certificate/charge.asp>



La Sécurité Nouvelle

**assureur conseil
du notariat**

LSN Assurances
société de courtage d'assurance
81, rue Taitbout, 75431 Paris cedex 09
téléphone : 01 53 20 50 50
courrier électronique : ugpl@lsngroupe.com

Équilibrer Valoriser Transmettre un patrimoine

Photo : Unesco building - Paris - SuperStock

UNION NOTARIALE FINANCIÈRE

SIÈGE SOCIAL : 7, RUE GALVANI | 75809 PARIS CEDEX 17 | TÉL. : 01 44 09 38 70 | FAX : 01 45 74 68 10
WWW.UNOFI.FR | E-MAIL : UNOFI@UNOFI.FR

AIX-EN-PROVENCE 04 42 16 03 00 | BORDEAUX 05 56 44 78 64 | CLERMONT-FERRAND 04 73 93 66 05 | DIJON
03 80 28 05 90 | GRENOBLE 04 38 49 87 40 | LILLE 03 20 57 91 11 | LYON 04 37 24 99 70 | MONTPELLIER 04 67 15 60 40
NANTES 02 40 14 58 30 | ORLÉANS 02 38 22 16 90 | PARIS - ILE-DE-FRANCE 01 44 09 38 71 | REIMS
03 26 79 07 70 | RENNES 02 99 65 24 00 | ROUEN 02 35 89 14 89 | STRASBOURG 03 88 60 46 46 | TOULOUSE 05 61 29 02 90



UNOFI