

L'ACTE AUTHENTIQUE : UNE MINUTE DANS L'AIR DU TEMPS

34^{ème} CONGRES DU MOUVEMENT JEUNE NOTARIAT

CANCUN 2003

AVANT PROPOS

+++++

Patricia JEANSON
Présidente du Congrès
Notaire à BOUTIGNY EN PROUAIS

SOMMAIRE

Page

AVANT PROPOS
INDRODUCTION
PREMIERE COMMISSION : De la bible à la formule ou de la
formule à la bible

PREMIERE PARTIE : la préparation de l'avant contrat

CHAPITRE PREMIER : définition du mot minute

Section I - d'engagements unilatéraux

A] La promesse unilatérale de vente :

B] La promesse unilatérale de d'achat :

Section II - d'engagements synallagmatiques

A] La promesse synallagmatique de vente :

B] Le compromis de vente

CHAPITRE DEUXIEME : la formation de l'avant contrat

Section I - les conditions de fonds

A] Le consentement

B] L'objet en cause

Section II - les conditions de forme

A] La signature

B] Les particularités de la loi du 13 Décembre 2000

1) Le champ d'application de l'Article L 271-1 du C.C.H. :

2) L'interdiction de versement de somme d'argent :

a) : Acte sous seings privés :

b) : Acte authentique :

C] : L'enregistrement

CHAPITRE TROISIEME : la constitution du dossier

Section I - les pièces relatives aux clients

A] Pour le vendeur :

B] Pour l'acquéreur

Section II - les pièces relatives a l'immeuble

A] Un audit juridique

B] Un audit technique

1) Les données cadastrales

2) Le règlement de copropriété

3) La garantie de superficie du lot de copropriété

a : : Champ d'application de la garantie

b : Domaine d'application de l'article 46

c : La mise en œuvre de la garantie

d : Les sanctions

α : Absence de mention

β : La superficie mentionnée est inexacte ou erronée

χ : La superficie réelle est supérieure

4) L'état des risques d'accessibilité au plomb

5) La recherche d'amiante

a : Le champ d'application

b : Les obligations des propriétaires et copropriétaires

α : La position de la doctrine

β : L'interprétation ministérielle

χ : La discussion

6) L'état parasitaire

7) Certificat concernant le gaz naturel

CHAPITRE QUATRIEME : les liens entre l'avant contrat et l'acte authentique de vente

Section I - Cas où l'établissement de l'acte authentique est une simple mesure d'exécution d'une vente formée

Section II - Cas où l'établissement de l'acte authentique conditionne certains effets de la vente

Section III - Cas où l'établissement de l'acte authentique conditionne la formation de la vente

DEUXIEME PARTIE : l'analyse critique de clauses

CHAPITRE PREMIER : le pacte de préférence

CHAPITRE DEUXIEME : Les clauses de garanties d'un acte de vente d'immeuble

CHAPITRE TROISIEME : Traduction de certaines clauses

Section I – La clause de remploi

Section II – La clause d'accroissement

CHAPITRE QUATRIEME : réflexion sur le document hypothécaire normalisé et l'acte notarié

CHAPITRE CINQUIEME : Réécriture de l'acte de vente

DEUXIEME COMMISSION : l'authenticité : une sécurité européenne ?

L'acte authentique hors de nos études

PREMIERE PARTIE : L'AUTHENTICITE : une sécurité européenne ?

CHAPITRE PREMIER : les vertus de l'acte authentique

Section I - date certaine

Section II - force probante

Section III - la force exécutoire

CHAPITRE DEUXIEME : l'acte authentique : sa libre circulation, l'acte authentique européen

Section I - Au regard du droit de la preuve

Section II - Au regard de la langue

Section III - Au regard de la présence simultanée des parties et du Notaire

Section IV - Au regard de la conservation de la minute et des copies exécutoires

Section V - Au regard de la publicité foncière

Section VI - Au regard du droit communautaire

DEUXIEME PARTIE : l'acte authentique européen

CHAPITRE PREMIER : Les règles du droit européen susceptibles de déterminer directement le contenu de l'acte authentique, l'effet et la primauté du droit communautaire

Section I – Les normes européennes : droit des traités et droits dérivés

Section 2 – Le contrôle exercé par la Cour de Justice : l'effet direct et la primauté du droit communautaire

A] Le principe de la primauté du droit communautaire

B] Le principe de l'effet direct

Section III – Perspectives d'harmonisation du droit civil : les principes de subsidiarité et de proportionnalité

A] Limites de l'action communautaire : subsidiarité et proportionnalité

B] Les perspectives d'harmonisation : l'impulsion du Tempere

CHAPITRE DEUXIEME : Les règles du droit européen déterminant l'exécution directe des actes et des contrats dans l'ensemble de l'espace européen : les Conventions et règlements de Bruxelles

Section I – Les conventions dites « Bruxelles I » et « Bruxelles II »

Section II – Les règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles II »

A] Objet

B] Mise en œuvre d'un double mécanisme : compétence et reconnaissance exécution

C] La dimension particulière de l'acte authentique

Section III : La proposition de règlement portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées

CHAPITRE TROISIEME : Le statut du notaire au regard du droit européen

TROISIEME PARTIE : le notaire et l'institution judiciaire

CHAPITRE PREMIER : le notaire et l'envoi en possession

CHAPITRE DEUXIEME : le notaire et le changement de régime matrimonial

CHAPITRE TROISIEME : le notaire et l'homologation d'un partage concernant un incapable

CHAPITRE QUATRIEME : le notaire et le divorce

A] La convention d'indivision (articles 1873-1 et suivants du code civil)

B] Les hypothèses d'intervention obligatoire du notaire

C] la liquidation et le partage du régime matrimonial

CHAPITRE CINQUIEME : le notaire et le juge des tutelles

Conclusion

Conclusion générale

INDRODUCTION

Lorsque Patricia JEANSON m'a adressé un mail me faisant part de sa candidature à la Présidence du 34^{ème} Congrès du Mouvement Jeune Notariat, voilà ce que je lui ai répondu, également par mail :

« Chère Patricia

C'est avec grand plaisir que je prends connaissance de ta candidature pour le Congrès Jeune Notariat de 2003 vers une destination que je ne peux que soutenir, comme ta candidature bien sûr.

En ce qui concerne les bonnes volontés, tu sais que tu peux compter sur ma modeste contribution, ne serait ce que pour donner un coup de main pour l'organisation matérielle du congrès.

Bon courage

Amicalement

Michiel»

Ce à quoi, dans la minute qui a suivi, elle m'a répondu :

« Patricia à Michiel,

C'est avec grand plaisir que je note ta proposition, et te prie de considérer que tu fais partie de l'équipe 2003.. en qualité de Rapporteur Général.. A bientôt donc, amicalement Patricia »

Voilà comment, en consultant régulièrement sa boîte aux lettres électronique, sans jamais avoir rien demandé à personne, l'on devient rapporteur général d'un Congrès du Mouvement Jeune Notariat.

Un Congrès c'est tout d'abord une idée, un thème, un sujet puis un débat, parfois passionné, toujours passionnant.

L'idée retenue par Patricia JEANSON ne pouvait pas me laisser indifférent : « L'Acte Authentique : une Minute dans l'Air du Temps », ce titre avait pour moi un doux parfum de nouveauté : traiter enfin de notre travail quotidien : l'acte authentique.

Un Congrès c'est ensuite et bien évidemment une équipe, soudée, unie, ayant la même volonté de travailler, de réfléchir et d'émettre des idées, novatrices, voire parfois « révolutionnaires ».

Cette équipe nous l'avons constituée avec Patricia JEANSON. Très vite des noms nous sont venus à l'esprit : « tiens tu crois qu'Olivier JAMAR et Maria Antonietta COSSU seraient intéressés pour apporter une vision internationale à ce Congrès ? Je suis sûr que Jean Michel SEGURA voudra travailler sur le rapport entre les Notaires et les

Magistrats...et puis Henri BOSVIEUX, il me semble qu'il a déjà beaucoup réfléchi sur la simplification de nos formules. Tiens tu ne connais pas Martine ZAOUI, il me semble qu'elle a écrit un mémoire intéressant, il va falloir la contacter. Et puis il ne faut pas oublier Alain BISCALDI, qui je suis sûr pourrait apporter un regard neuf sur le sujet».

Et voilà, c'est ainsi, qu'au fil des semaines nous avons pu réunir une équipe motivée et des liens d'amitié se sont noués entre les rapporteurs qui bien souvent ne se connaissaient pas avant de travailler ensemble.

Et oui, il a fallu travailler ... !

Patricia JEANSON était partie de l'idée, fort juste, que nos actes étaient illisibles, tant par nos clients que par nous même parfois, et qu'actuellement, bien souvent nous nous cantonnions à faire de l'explication de texte lorsque nous recevions nos clients.

Le foisonnement des textes relatifs au droit de la consommation nous a conduit à rédiger des actes de plus en plus longs et complexes.

L'avènement de l'électronique, le développement des nouveaux logiciels et l'apparition de nouvelles sociétés de prestataires informatiques au service du notariat, ont parfois eu pour effet pervers de nous faire perdre notre autonomie de rédaction d'actes, de nous faire oublier l'essence même de notre fonction : l'écriture, la réflexion avant l'écriture.

Nous constatons tous aujourd'hui qu'il suffit bien souvent d'entrer des données dans un logiciel, de procéder à quelques manipulations, pour, au bout de quelques instants, appuyer sur une touche de son clavier informatique et imprimer un acte « clef en main ».

Sommes-nous donc devenus des rédacteurs du « prêt à porter » d'actes ?

Ne faut-il pas revenir à un temps où, avant de faire signer un acte, ce dernier avait été travaillé, étudié, en un mot ne devons nous pas redevenir ce que nos prédécesseurs étaient, à savoir les rédacteurs du sur mesure ; il faut redécouvrir la haute couture notariale !

Bien entendu, en aucun cas nous ne voulons revenir en arrière en oubliant l'apport considérable de l'informatique dans notre profession, une informatique dont nous sommes de plus en plus friands, et qui nous permet de travailler de plus en plus rapidement, de façon plus efficace. J'en veux pour preuve que notre profession a été l'une des premières à se servir de façon approfondie de l'outil que constitue l'Internet et l'Intranet, que nous sommes demandeurs du développement de la signature électronique. Mais avant d'être informaticiens, nous sommes tout d'abord rédacteurs, rédacteurs de contrats qui doivent clairement exprimer la volonté de nos clients, qui doivent être inattaquables parce qu'ils font force de loi entre les parties et ont la valeur d'un jugement en dernier ressort.

L'un des domaines de prédilection du notariat est la rédaction des actes de vente de biens immobiliers, il est vrai que cet acte tient du domaine du « monopole » des notaires, monopole fragile puisqu'il ne résulte que du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

En 1955, les pouvoirs publics nous ont fait confiance en nous attribuant le monopole de la publicité foncière et donc de la rédaction des actes de vente. Il faut garder cette confiance en restant des rédacteurs sûrs, en continuant ou en réapprenant à rédiger un acte.

Sommes-nous tous aujourd'hui, notaires ou collaborateurs, capables, sans bibles informatiques, uniquement au moyen d'un traitement de texte, voire d'une feuille de papier blanche, de rédiger intégralement un acte de vente ? Je ne le crois pas.

Je ne le crois pas simplement parce que nous sommes raccrochés à nos bibles informatiques comme un mollusque à son rocher, « zut il ne me manque pas un paragraphe quelque part ? il faut que j'aille voir ce que la bible prévoit... ».

C'est pourquoi nous avons décidé, de façon un peu arbitraire, d'étudier, dans la première commission, un acte de vente d'un bien immobilier tel qu'il nous est proposé dans nos « bibles » informatiques.

Bien sûr le rôle du notaire n'est pas cantonné à la rédaction proprement dite, la rédaction de l'acte en lui même n'est que l'aboutissement du travail préalable, la partie émergée de l'iceberg.

Alors, même si certains pourraient penser en lisant ce rapport que nous ne faisons qu'énoncer des évidences, il nous a semblé indispensable de rappeler tout le travail préalable à la rédaction d'un acte de vente.

Notre deuxième commission a voulu sortir de nos études, étudier nos rapports avec les autres professionnels du droit que sont les avocats, les commissaires priseurs et surtout les magistrats.

Ces professionnels, dont parfois nous nous méfions, dont parfois nous avons peur, peur qu'ils ne s'arrogent nos prérogatives, ne sont-ils pas indispensables à une bonne administration de la justice, du droit ? Certes oui, alors pourquoi continuer à traiter le Barreau en ennemi, en concurrent ? ne faut-il pas au contraire améliorer notre collaboration avec ces autres acteurs judiciaires pour un meilleur service clientèle ?

Et que dire alors de la « concurrence » internationale ? Nos confrères européens ne peuvent-ils pas nous apporter leur savoir faire et ne doit on pas arriver à une compétence européenne ? quel est le rôle du notaire dans les pays de l'Union Européenne ?.

L'acte authentique : une sécurité européenne, telle a été l'idée lancée par Maria Antonietta COSSU, une idée forte, une idée à défendre.

Enfin Olivier JAMAR a voulu lancer l'ébauche de ce que pourrait être l'acte authentique européen.

Voilà donc brièvement esquissé le tableau de notre Congrès, il suffit de le peindre, et pour ce faire nous avons besoin de vous tous !

Michiel VAN SEGGELEN
Rapporteur Général
Notaire à CONDE SUR L'ESCAUT

PREMIERE COMMISSION

**DE LA BIBLE A LA FORMULE
OU DE LA FORMULE A LA BIBLE**

Il nous a semblé intéressant de prendre pour modèle, un acte de vente type, tel que nous le connaissons tous, issu de nos logiciels informatiques, pour l'étudier, analyser les clauses redondantes, les phrases inutiles et les mots incompréhensibles, pour vous proposer ensuite, le même acte, lisible, retravaillé, relu, et surtout ayant la même valeur juridique.

Voici donc l'acte que nous vous proposons :

*L'AN DEUX MILLE TROIS
ET LE DIX MARS*

A PARIS (15^{ème} arrondissement), 10, Place des Clercs, au siège de l'office notarial, Maître Albert TABELLION, notaire associé en société d'exercice libéral à responsabilité limitée a reçu le présent acte contenant VENTE, à la requête des personnes ci-après identifiées.

IDENTIFICATION DES PARTIES

Les personnes requérantes, parties au présent acte sont :

VENDEURS

*1°) Monsieur Andreas Johannes Maria VAN DEUR, Commerçant, célibataire majeur demeurant à PARIS (14^{ème} arrondissement), 45, rue Baillou.
N'ayant pas conclu de pacte civil de solidarité.
Né à LA HAYE, le 05 juin 1942.
De nationalité Néerlandaise.*

*2°) Mademoiselle Angèle Mathilde Marthe DUBUIS, sans profession, célibataire majeure, demeurant à PARIS (14^{ème} arrondissement), 45, rue Baillou.
N'ayant pas conclu de pacte civil de solidarité.
Née à VIENNE, le 16 juin 1944.
De nationalité Française.*

La ou les personnes identifiées ci-dessus étant dénommées dans le corps du présent acte "Le VENDEUR".

ACQUEREUR

La société DELACHAT, société civile immobilière, au capital de 5 402,00 Euros, ayant son siège social à PARIS, (17^{ème} arrondissement) 95, rue des Pirouettes, identifiée sous le numéro SIREN 931546892 et immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de la ville de PARIS.

La ou les personnes identifiées ci-dessus étant dénommées dans le corps du présent acte "L'ACQUEREUR".

Il est ici précisé que, dans le cas de pluralité de VENDEURS ou d'ACQUEREURS, il y aura solidarité entre toutes les personnes physiques ou morales formant l'une des parties contractantes, lesquelles obligeront également leurs héritiers et ayants cause, solidairement entre eux.

DOMICILE

Pour l'exécution des présentes et de leurs suites, il est fait élection de domicile, en leur demeure respective ;

PRESENCE ou REPRESENTATION

Toutes les personnes identifiées ci-dessus sous les vocables "VENDEUR" ou "ACQUEREUR" sont présentes, à l'exception de Monsieur VAN DEUR, lequel est représenté par Monsieur Jean Claude TRUC, Clerc de Notaire, demeurant à 75015 PARIS, 10, Place des Clercs.

La personne morale dénommée sous le vocable "ACQUEREUR", est représentée par Monsieur Jean Edouard PATRICK, Gérant, né à STRASBOURG (67000), le 16 Juin 1965, demeurant à PARIS (8^{ème}), 85, rue de Val d'Isère, ayant tous pouvoirs à l'effet des présentes, en vertu d'une délibération de l'assemblée générale de ladite société en date du 16 Janvier 2003, dont une copie certifiée conforme demeurera ci-annexée après mention.

Précision étant ici faite que le vocable "ACQUEREUR" s'applique tant à la personne morale elle-même qu'à son représentant au présent acte.

OBJET DU CONTRAT

Le VENDEUR vend par ces présentes, à l'ACQUEREUR qui accepte, les biens ci-après désignés sous le vocable "L'IMMEUBLE", tel que celui-ci existe avec toutes ses dépendances, tous immeubles par destination qui en dépendent et tous droits y attachés, sans aucune exception, ni réserve.

L'ACQUEREUR déclare parfaitement connaître lesdits biens pour les avoir visités en vue des présentes et s'être entouré de tous les éléments d'informations nécessaires à tous égards.

DESIGNATION

Commune de MALAUCENE (VAUCLUSE)

Une maison d'habitation sise dite Commune, comprenant :

** Au rez-de-chaussée : salle de séjour, cuisine, salle à manger,*

** A l'étage : trois chambres, salle de bains, buanderie, WC*

Cour

Ledit immeuble ayant été construit en 1945

Ledit immeuble cadastré savoir :

- Section BC numéro 24 lieudit « Le Village », pour une contenance de QUATRE VINGT DIX CENTIARES (0a 90ca)

- Section BC numéro 25 lieudit « Le Village », pour une contenance TROIS ARES VINGT CENTIARES (3a 20ca)

DELAI DE RETRACTATION

Le présent acte authentique ayant pour objet l'acquisition par un non professionnel de l'immobilier, d'un immeuble à usage d'habitation, entre dans le champ d'application de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. Il est ici précisé qu'un avant-contrat sous seing privé en date du 16 Février 2003 a précédé les présentes, et que conformément aux dispositions de l'article L. 271-1 du Code susvisé, cet acte a été notifié à l'ACQUEREUR par la remise qui lui en a été faite contre récépissé, le même jour, ainsi qu'il résulte du récépissé qui demeurera ci-annexé après mention.

L'ACQUEREUR reconnaît :

- avoir pris connaissance de l'acte qui lui a été notifié.
- avoir bénéficié du délai de rétractation de sept jours prévu à l'article L. 271-1 du Code susvisé.

En conséquence, il requiert expressément le notaire soussigné de régulariser la présente vente.

EFFET RELATIF

Acte de vente reçu par Maître Donat UNBONCONSEIL, Notaire à PRIVAS, le 2 mars 1963, dont une expédition a été publiée au Bureau des Hypothèques d'AVIGNON, le 1er avril 1963, vol.437, n°16.

CHARGES ET CONDITIONS

La présente vente a lieu sous les charges et conditions ordinaires et de droit en pareille matière et notamment sous celles figurant ci-après en seconde partie que l'ACQUEREUR s'oblige à exécuter et à accomplir.

PROPRIETE-JOUISSANCE

L'ACQUEREUR sera propriétaire de l'immeuble au moyen et par le seul fait des présentes à compter de ce jour.

Il en aura la jouissance également à compter de ce jour par la prise de possession réelle, l'immeuble étant libre de toute location et occupation ainsi que le VENDEUR le déclare.

PRIX

Cette vente est consentie et acceptée moyennant le prix principal de : QUATRE CENT MILLE EUROS (400 000,00 EUR.)

Lequel prix a été payé comptant à l'instant même par l'ACQUEREUR au VENDEUR qui le reconnaît et lui en consent bonne et valable quittance entière et définitive.

DONT QUITTANCE

Ce paiement a eu lieu par la comptabilité du Notaire soussigné.

DECLARATIONS POUR L'ADMINISTRATION

*Pour la perception des droits, les parties déclarent que la présente mutation n'entre pas dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée, l'immeuble ci-dessus désigné étant achevé depuis plus de cinq ans.
En conséquence, la présente mutation se trouve soumise à la taxe de publicité foncière au taux prévu par l'article 1594 D du C.G.I.*

IMPOT SUR LA PLUS-VALUE

Le notaire soussigné a spécialement averti le VENDEUR des dispositions légales relatives aux plus-values immobilières.

A cet égard, le VENDEUR déclare :

1) Que son domicile est bien celui indiqué en tête des présentes.

Et que le service des impôts dont il dépend est celui de PARIS 14^{ème} Petit Montrouge.

2) Qu'il en est propriétaire, ainsi qu'il a été dit ci-dessus sous le paragraphe "EFFET RELATIF", savoir :

Par suite de l'acquisition qu'il en a faite suivant acte reçu par Maître Donat UNBONCONSEIL, Notaire à PRIVAS, le 2 Mars 1963

Moyennant le prix principal de NEUF CENT QUATRE VINGT MILLE FRANCS.

CALCUL DES DROITS

<i>Sur la somme de :</i>	<i>400 000,00 Euros</i>
<i>Taxe départementale 3,60%</i>	<i>14 400,00 Euros</i>
<i>Taxe communale 1,20%</i>	<i>4 800,00 Euros</i>
<i>Frais de recouvrement (Etat) 2,50%</i>	<i>360,00 Euros</i>
<i>TOTAL</i>	<i>19 560,00 Euros</i>

FIN DE PARTIE NORMALISEE

URBANISME - VOIRIE

*En ce qui concerne les divers certificats relatifs à l'urbanisme et à la voirie, les parties déclarent se référer à ceux qui sont demeurés annexés aux présentes.
L'ACQUEREUR a pris connaissance desdites pièces, tant par lui-même que par la lecture que lui en a donnée le notaire soussigné.
Lesquelles pièces consistent en :*

NOTE DE RENSEIGNEMENTS D'URBANISME

*Il a été obtenu en vue de la présente vente une note de renseignement d'urbanisme.
Aucun certificat d'urbanisme n'a été demandé, en effet l'acquéreur a déclaré ne pas avoir l'intention dans un avenir prévisible d'effectuer dans l'immeuble vendu des travaux nécessitant la délivrance d'un permis de construire.*

Il résulte de ladite note de renseignements d'urbanisme ce qui suit :

** Droit de préemption : droit de préemption urbain simple*

** Nature des dispositions d'urbanisme applicables au terrain : Néant*

** Zone : UB*

** C.O.S. : habitation : 3,00 ;*

** Réglementation particulière : néant*

- * *Nature des servitudes d'utilité publique applicables au terrain : périmètre de protection d'un monument historique, périmètre de site inscrit*
- * *Opération concernant l'immeuble : néant*
- * *Observations et prescriptions particulières : zone à risque d'exposition au plomb*

RENONCIATION EXPRESSE AU DROIT DE PREEMPTION URBAIN

L'IMMEUBLE étant situé sur une portion de territoire soumise au droit de préemption en application de l'article L. 211-1 du Code de l'urbanisme, son aliénation donnait ouverture à ce droit de préemption en vertu de l'article L.213-1 dudit code, car elle n'entraîne pas dans les prévisions d'exemption figurant aux articles L.211-4 et L.213-1 du même code.

En conséquence, la déclaration d'intention d'aliéner prescrite par l'article L.213-2 du Code de l'urbanisme et établie conformément aux prescriptions de l'article R.213-5 du même code a été régulièrement notifiée au maire de la commune de situation de l'immeuble, en quatre exemplaires.

Un exemplaire de la renonciation au droit de préemption, en date du 18 Février 2003, est ci-annexé.

L'aliénation dudit immeuble peut donc, en vertu du premier alinéa de l'article L.213-8 du Code de l'urbanisme, être réalisée au prix indiqué dans la déclaration d'intention d'aliéner.

ORIGINE DE PROPRIETE

Les biens et droits immobiliers ci-dessus désignés appartiennent pour moitié indivise à Monsieur VAN DEUR et pour moitié indivise à Mademoiselle DUBUIS Par suite de l'acquisition qu'ils en ont faite dans lesdites proportions De Monsieur Jean Albert Georges Frédéric LAFLEUR et Madame Marie Hélène Patricia TONDUE, son épouse,

Aux termes d'un acte reçu par Maître Donat UNBONCONSEIL, Notaire à PRIVAS, le 2 mars 1963

Moyennant un prix principal payé aux moyens d'un prêt consenti par la CAISSE REGIONALE DE CREDIT AGRICOLE DE LA LOIRE, avec réserve de privilège de prêteurs de deniers prise au Bureau des Hypothèques d'AVIGNON le 1^{er} avril 1963, Volume 5985 n° 23 et affectation hypothécaire complémentaire prise au Bureau des Hypothèques d'AVIGNON le 1^{er} avril 1963, Volume 5985 n° 24 Une expédition dudit acte a été publiée au Bureau des Hypothèques d'AVIGNON, le 1^{er} avril 1963, Volume .437, n°16.

Antérieurement lesdits biens et droits immobiliers appartenait à Monsieur Jean Albert Georges Frédéric LAFLEUR et Madame Marie Hélène Patricia TONDUE, son épouse, et dépendaient de la communauté de biens ayant existé entre eux Par suite de l'acquisition qu'ils en avaient faite aux termes d'un acte reçu par Maître Georges GARREAU, alors Notaire à PARIS, le 18 Juillet 1961, publié au Bureau des Hypothèques d'AVIGNON le 24 Août 1961, Volume 3245 numéro 145.

ORIGINE ANTERIEURE

Les parties dispensent le notaire soussigné d'établir plus longuement ici l'origine de propriété de L'IMMEUBLE, déclarant vouloir s'en référer à celle ci-annexée.

CHARGES ET CONDITIONS GENERALES

a) A la charge de VENDEUR

Le VENDEUR

- Supportera les conséquences de l'existence des servitudes qu'il aurait conférées sur les biens et qu'il n'aurait pas indiquées aux présentes.

- Devra, s'il existe un ou plusieurs créanciers inscrits de son chef ou celui des précédents propriétaires, régler l'intégralité des sommes pouvant leur être dues, supporter les frais de purge s'il y a lieu, et rapporter à ses frais les mainlevées des inscriptions au plus tard dans un délai de six mois des présentes et les certificats de radiation correspondants dans les meilleurs délais.

- Fera son affaire personnelle du paiement de la totalité de la taxe d'habitation, si elle est exigible. Réglera l'impôt foncier, sauf à tenir de la convention de répartition ci-après. Il est précisé en tant que de besoin qu'il reste seul tenu du paiement des taxes foncières relatives aux années antérieures de manière que l'ACQUEREUR ne puisse être recherché à ce sujet.

- Ne pourra se retrancher derrière les clauses d'exonération de garantie envers l'ACQUEREUR s'il venait à être considéré comme un professionnel de l'immobilier.

b) A la charge de l'ACQUEREUR

L'ACQUEREUR, sauf à tenir compte de ce qui peut être dit par ailleurs.

- Prendra les BIENS vendus dans l'état où ils se trouveront le jour de l'entrée en jouissance sans aucune garantie de la part du VENDEUR pour raison :

- soit de l'état du sol ou du sous sol de l'IMMEUBLE à raison de fouilles ou excavations qui auraient pu être pratiquées.

- soit de l'état des BIENS vendus de l'IMMEUBLE dont ils dépendent, des vices de toute nature apparents ou cachés dont ils peuvent être affectés, de mitoyenneté d'erreur ou d'omission dans la désignation ;

- soit même de l'état parasitaire de l'immeuble vendu notamment concernant les termites ou autres insectes xylophages et ennemis des matériaux dans la mesure ou les prescriptions de la loi numéro 99-471 du 9 juin sont respectées.

- soit même de la surface du terrain sur lequel l'IMMEUBLE est édifié et, le cas échéant, de la surface des BIENS vendus n'entrant pas dans le champ d'application de la loi Carrez, la différence en plus ou en moins, s'il en existe, entre la contenance sus-indiquée et celle réelle devant faire le profit ou la perte de l'ACQUEREUR sans aucun recours contre le VENDEUR

- Souffrira les servitudes passives, apparentes, occultes, continues ou discontinues pouvant grever les BIENS ou L'IMMEUBLE, sauf à s'en défendre et à profiter de celles actives, s'il en existe, le tout à ses risques et périls, sans aucun recours contre le VENDEUR sauf en ce qui concerne les servitudes créées par le VENDEUR et non indiquées aux présentes, sans que la présente clause puisse donner à qui que ce soit plus de droits qu'il n'en a en vertu de titres réguliers non prescrits ou de la Loi

- Acquittera à compter du jour de l'entrée en jouissance tous les impôts, taxes et autres charges de toute nature auxquels les BIENS peuvent et pourront être assujettis; il remboursera au VENDEUR le prorata de la taxe foncière couru de la date fixée pour l'entrée en jouissance au 31 décembre suivant.

- Paiera tous les frais, droits et émoluments du présent acte, de ses suites et des ses conséquences.

- Fera son affaire personnelle de la continuation ou de la résiliation de tous les traités et abonnements relatifs à l'eau, au gaz à l'électricité et autres fournitures s'il y lieu qui ont été contractés par le VENDEUR relativement aux BIENS.

- Ne continuera pas, s'il en existe les polices actuelles complémentaires garantissant les BIENS souscrites directement par le VENDEUR et confère mandat à ce dernier, qui accepte, de résilier lesdits contrats lorsqu'il avertira son assureur de la réalisation des présentes.

- Etant ici précisé que les biens et droits immobiliers vendus garantis contre l'incendie par une police souscrite par le syndicat des copropriétaires de l'immeuble, l'acquéreur devant se conformer à toutes les décisions régulièrement prises par ce syndicat concernant cette assurance.

DECLARATIONS

I/ Concernant l'état civil et la capacité des parties

A - Concernant LE VENDEUR

Le vendeur déclare confirmer les énonciations figurant en tête des présentes relatives à son état civil, son statut matrimonial, la conclusion ou non d'un pacte civil de solidarité et sa résidence.

Il ajoute ce qui suit :

- Il est de nationalité française ; à l'exception de Monsieur VAN DEUR, de nationalité néerlandaise

- Il se considère comme résident au sens de la réglementation française des changes actuellement en vigueur

- Il n'est pas placé sous l'un des régimes de protection des incapables majeurs ;

- Il n'est pas et n'a jamais été en état de règlement judiciaire, liquidation de biens, cessation de paiement, redressement judiciaire ou autres.

- il n'est pas en état de règlement amiable ou de redressement judiciaire civil, ni susceptibles de l'être, selon la loi numéro 89-1010 du 31 décembre 1989

relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

B - Concernant L'ACQUEREUR

Le représentant de la société acquéreur déclare :

- que la société est une société française et a son siège social en France ;*
- que la société n'a fait l'objet d'aucune action en nullité et ne se trouve pas en état de dissolution anticipée ;*
- que le mandataire social ne se trouve pas frappé d'incapacité légale d'exercer ses fonctions ;*
- que la société n'est pas en état de règlement judiciaire, de liquidation de biens, cessation de paiement, redressement judiciaire ou autres.*

2/- Concernant l'IMMEUBLE vendu

Le VENDEUR déclare, sous sa responsabilité, concernant l'IMMEUBLE vendu :

- qu'il n'est pas actuellement l'objet d'expropriation,*
- qu'il est libre de toute inscription, transcription, publication ou mention pouvant porter atteinte aux droits de l'ACQUEREUR, à l'exception de :*
 - * Inscription de privilège de prêteurs de deniers au profit de la CAISSE REGIONALE DE CREDIT AGRICOLE DE LA LOIRE prise au Bureau des Hypothèques d'AVIGNON, le 1^{er} Avril 1963, Volume 8752 n° 23*
 - * Inscription d'hypothèque conventionnelle au profit de la CAISSE REGIONALE DE CREDIT AGRICOLE DE LA LOIRE prise au Bureau des Hypothèques d'AVIGNON, le 1^{er} Avril 1963, Volume 8752 n° 24*
- qu'à sa connaissance, il n'existe pas d'autres charges ou restrictions susceptibles de porter atteinte au droit de propriété.*

Le VENDEUR déclare s'obliger à obtenir mainlevée et justifier de la radiation.

ETAT PARASITAIRE

L'immeuble se trouve dans une zone délimitée par arrêté préfectoral comme étant une zone contaminée ou susceptible de l'être.

Cet arrêté préfectoral est en date du 14 février 2001.

En conséquence, une attestation sur l'état parasitaire du BIEN objet des présentes a été délivrée par... en date du ...

- pas de présence de termites décelées.

L'ACQUEREUR déclare en avoir pris parfaite connaissance et en faire ainsi son affaire personnelle.

Etant observé que cette attestation a été établie depuis moins de trois mois, par suite, l'exonération ci-dessus stipulée de garantie pour vice caché relativement aux parasites du bois trouvera à s'appliquer, sauf si le VENDEUR est considéré comme un professionnel de l'immobilier.

DECLARATIONS SUR L'AMIANTE

Le VENDEUR déclare :

- Que l'IMMEUBLE vendu est à usage d'habitation et ne comporte qu'un seul logement.

- Que cet immeuble ayant fait l'objet d'un permis de construire délivré avant le 1er Juillet 1997, il entre dans le champ d'application des dispositions du décret numéro 96-97 du 7 février 1996 modifié.

En conséquence, et conformément aux dispositions prévues par les articles L. 1334-7 du Code de la santé publique et 10-1 du décret du 7 février 1996 susvisé, un constat précisant la présence, ou le cas échéant, l'absence de matériaux et produits de la construction contenant de l'amiante ainsi que la localisation et l'état de conservation de ces matériaux et produits, est ci-annexé.

- Que le constat susvisé consiste en un rapport technique établi par la Société EXPERTENTOUT, dont le siège social est à AVIGNON, 14 Rue du Pont, le 15 Janvier 2003 dont il résulte : absence d'amiante.

LUTTE CONTRE LE SATURNISME

Le VENDEUR déclare que l'immeuble objet des présentes est situé dans une zone d'exposition au plomb telle qu'elle a été déterminée par le préfet du département.

Conformément aux dispositions de l'article L. 1334-5 du Code de la santé publique, un état des risques d'accessibilité au plomb établi le 15 Janvier 2003 par la Société EXPERTENTOUT, dont le siège social est à AVIGNON, 14 Rue du Pont,, soit depuis moins d'un an, est demeuré ci-annexé après mention.

Cet état faisant apparaître un risque d'accessibilité au plomb dans l'immeuble objet des présentes, le VENDEUR devra, conformément aux dispositions de l'article L. 1334-5 du Code précité, en informer le préfet du département. L'ACQUEREUR reconnaît être parfaitement informé des obligations pouvant être mises à sa charge du fait de la situation de l'immeuble au regard de ce risque. Il s'engage expressément à assumer seul tous les frais liés à cette situation (diagnostic, travaux), sans aucun recours contre le VENDEUR qui ne devra jamais être inquiété ni recherché à ce sujet.

L'ACQUEREUR supportera tous les inconvénients, notamment de jouissance, liés à ce risque, sans aucun recours contre le VENDEUR et sans aucune indemnité.

FORMALITE DE PUBLICITE FONCIERE

Une copie authentique de l'acte de vente sera publiée au bureau des hypothèques de la situation de l'IMMEUBLE.

Le VENDEUR sera tenu de rapporter les mainlevées et certificats de radiation à ses frais, dans le mois de la dénonciation amiable qui lui en sera faite au domicile ci-dessus élu, des inscriptions, transcriptions, publications ou autres empêchements révélés par l'état hypothécaire délivré suite à cette formalité.

REMISE DE TITRES

Le VENDEUR ne sera pas tenu de délivrer les anciens titres de propriété mais l'ACQUEREUR sera subrogé dans tous ses droits pour se faire délivrer à ses frais ceux dont il pourrait avoir besoin concernant le bien vendu.

POUVOIRS

Les parties, agissant dans un intérêt commun donnent pouvoirs à tous clercs et employés de l'étude du notaire soussigné, à l'effet de faire dresser et signer tous actes complémentaires, rectificatifs ou modificatifs des présentes, pour mettre celles-ci en concordance avec les documents hypothécaires, cadastraux et avec ceux d'état civil.

INFORMATION RELATIVE A LA REPRESSION DES INSUFFISANCES ET DISSIMULATIONS - AFFIRMATION DE SINCERITE

Les parties affirment, sous les peines édictées par l'article 1837 du Code Général des Impôts que le présent acte exprime l'intégralité du prix convenu, elles reconnaissent avoir été informées par le notaire soussigné des sanctions encourues en cas d'inexactitude de cette affirmation.

En outre, le notaire soussigné affirme qu'à sa connaissance le présent acte n'est ni modifié, ni contredit, par aucune contre-lettre contenant une augmentation du prix.

DONT ACTE rédigé sur ++++ pages.

Fait et passé au siège de l'office notarial dénommé en tête des présentes.

A la date sus indiquée.

Et, après lecture faite, les parties ont signé avec le notaire.

Les parties approuvent :

- Renvois :*
- Mots rayés nuls :*
- Chiffres rayés nuls :*
- Lignes entières rayées nulles :*
- Barres tirées dans les blancs :*

Voici donc notre acte de vente qui sera le fil conducteur de notre analyse.

Mais, avant sa rédaction, il a fallu pour le notaire et ses collaborateurs, réunir un certain nombre de pièces et de documents indispensables pour assurer la sécurité juridique des parties. Ces pièces et documents sont en règle générale demandés dès la signature de l'avant contrat, voire avant la signature de cet avant contrat.

PREMIERE PARTIE :

LA PREPARATION DE L'AVANT CONTRAT

Par Alain Biscaldi et Martine ZAOUI

Chapitre Premier : DEFINITION DU MOT MINUTE

Aux termes du lexique des termes juridiques la minute est l'original d'un acte rédigé par un officier public, ou d'un jugement conservé au greffe et revêtu de la signature du président et du secrétaire-greffier.

Les minutes sont conservées en l'étude du notaire rédacteur ou par le greffe. Il en est délivré des copies exécutoires ou de simples copies certifiées conformes. L'article premier de la loi de Ventôse dispose que les notaires doivent conserver le dépôt des actes qu'ils ont authentifiés. Cette disposition résulte aujourd'hui de l'article 13 du décret 71-941 du 26 Novembre 1971. Les notaires doivent veiller à la conservation des minutes et éviter toute détérioration. En ce qui concerne la conservation des minutes et des archives, il convient de se reporter à la loi du 3 Janvier 1979 et du décret du 19 Décembre 1979 sur les archives.

Le délai de conservation par les notaires des minutes et répertoires avant de les reverser aux archives publiques est de 100 ans. Le notaire qui a perdu une minute par sa faute ou l'a laissée détruire est exposé à une action en responsabilité. Il peut même encourir une peine criminelle s'il a soustrait lui-même une minute ou une peine correctionnelle en cas de négligence (Code pénal art. 173, 254 et 255).

Un notaire a fait l'objet d'une démission d'office pour avoir en autres négligences, laissé la minute d'un acte au domicile de l'une des parties (C.A. Reims 16/12/1998 Juris-data n° 049921). Le notaire doit conserver non seulement ses propres minutes mais encore celles de ses prédécesseurs.

Le mot minute est-il approprié à un langage « moderne » ou doit-il être remplacé ?

Le titre de notre congrès emploie directement le mot minute aux termes de l'expression « une minute dans l'air du temps » et l'associe à l'acte authentique. Certes la minute est l'original d'un acte rédigé par un officier public qu'est le notaire mais ce terme est-il perçu par les néophytes comme tel ou est-il uniquement employé par les notaires ?

Au XXIème siècle ne devons-nous pas veiller à une simplification, voire l'emploi d'un terme du langage commun pour être entendu et compris par tous ?

Depuis la naissance du mouvement « consommériste » à la fin des années 1970 (loi du 13 Juillet 1979 relative à l'information et protection des emprunteurs dans le domaine de l'immobilier) les mesures législatives et réglementaires dont le but est l'information et la protection du consommateur d'immobilier n'ont cessé de se multiplier.

Ce droit spécial a trois effets principaux :

- * création d'obligations à la charge d'une partie au contrat (le plus souvent le vendeur),
- * impose au notaire une recherche ou une formalité préalable à la vente,
 - * rend le plus souvent nécessaire une clause particulière à l'acte.

La volonté du législateur s'oriente depuis la seconde moitié du XXème siècle vers une protection du consentement du consommateur, mais aussi vers un contrôle de la sphère contractuelle.

La vente immobilière qui subit cette influence s'élabore aujourd'hui par étapes successives jusqu'à sa formation et sa réitération par acte authentique.

L'information préalable et générale due au consommateur, la purge des droits de préemption, le mesurage, l'obtention du prêt, la recherche d'amiante, de plomb, de termites empêchent le notaire, d'ailleurs tenu de garantir la sécurité et l'efficacité de l'opération, de passer à l'acte immédiat.

Devant l'accomplissement de toutes ces formalités, le notaire recourt à des actes préalables dits « avants contrats ».

Le législateur, dont le livre de chevet en matière d'avant-contrat doit être le Jurisclasseur, a fait sienne ce que nous indique ce dernier à savoir "qu'en matière de vente immobilière, comme dans bien d'autres domaines, la précipitation n'est plus une vertu", puisque nous le savons, il impose pour l'acquéreur d'immeubles à usage d'habitation, un délai de réflexion de sept jours à compter de la réception de l'avant contrat.

Cet avant contrat peut revêtir plusieurs formes. Il peut s'agir :

Section 1 - D'ENGAGEMENTS UNILATERAUX

A | La promesse unilatérale de vente :

Monsieur le Professeur Denis MAZEAUD en donne la définition suivante : "Contrat en vertu duquel une personne, le promettant s'engage à vendre un bien à une autre personne, le bénéficiaire, qui, pendant un certain délai fixé dans la promesse dispose d'une option qu'elle peut librement lever". Il est nécessaire de compléter le formule en indiquant la nécessité du prix.

B | La promesse unilatérale de d'achat :

En plagiant Monsieur le Professeur Denis MAZEAUD, on peut dire : « Contrat en vertu duquel une personne, le promettant s'engage à acquérir, moyennant un prix déterminé, un bien appartenant à une autre personne, le bénéficiaire qui pendant un délai indiqué dans cette promesse dispose d'une option qu'elle peut librement lever. »

Section 2 - D'ENGAGEMENTS SYNALLAGMATIQUES

A | La promesse synallagmatique de vente :

Nos confrères Maîtres Pierre-Jean MEYSSANS et Dominique RADOT de l'équipe du 99ème CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE ont proposé de la qualifier ainsi : « Convention par laquelle les parties conviennent que, nonobstant un échange de consentements réciproques et symétriques de vendre et d'acheter, portant sur la chose et sur le prix, la vente ne sera valablement formée que par la signature, avant un certain délai, d'un acte notarié dont les conditions sont arrêtées à la promesse ».

B | Le compromis de vente

C'est un contrat en vertu duquel deux personnes, vendeur et acquéreur, s'engagent l'une à vendre, l'autre à acquérir un bien, à un prix convenu, sous certaines conditions suspensives, ce qui entraîne un transfert de propriété reporté, bien qu'il y ait accord sur la chose et sur le prix.

Observation étant ici faite que ces divers contrats peuvent être établis sous seings privés ou en la forme authentique.

Chaque région de FRANCE possède ses coutumes notariales, plus particulièrement pour le sujet qui nous intéresse présentement, on peut assez schématiquement dire que la région parisienne utilise plus fréquemment la promesse unilatérale de vente alors que dans le reste du territoire national le compromis semble le plus répandu. Je n'entamerai pas le débat de savoir quelle est la meilleure solution. Je me bornerai à constater les diverses possibilités.

Chapitre Deuxième : LA FORMATION DE L'AVANT CONTRAT

Section 1 - LES CONDITIONS DE FONDS

A | Le consentement

Il nécessite l'émission d'une offre ferme et définitive, le propriétaire doit offrir de consentir à la vente de son bien si le destinataire de l'offre accepte de l'acquérir pendant la durée de l'option en s'interdisant pendant ce même délai de vendre à une autre personne.

Rappelons rapidement que pour que le consentement soit valable, il est nécessaire que les contractants aient la capacité de s'engager et que le promettant ait les pouvoirs nécessaires pour conclure (époux communs en biens, logements de la famille...)

B| L'objet en cause

Pour être valable le contrat doit comporter les éléments essentiels d'une vente : l'accord sur la chose et le prix.

Section 2 - LES CONDITIONS DE FORME

Du formalisme fiscal de l'article 1840-A du Code Général des Impôts il résulte qu'est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble (.....) si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seings privés

enregistré dans un délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire.

Il en est de même de toute cession portant sur ces promesses qui n'ont pas fait elles-mêmes l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seings privés enregistré dans les dix jours de sa date.

Le point de départ du délai de dix jours s'entend non par l'acceptation de la promesse en tant que telle, mais de la levée d'option par le bénéficiaire.

Ces conditions de formes contraignantes ne jouant que pour la promesse de vente, expliquent sans doute que le compromis soit si répandu dans l'Hexagone.

L'article 1325 du Code Civil dispose que "les actes sous seings privés qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Il suffit d'un seul original pour toutes les personnes ayant le même intérêt".

Un exemplaire supplémentaire est à prévoir pour l'enregistrement éventuel.

Dans tous les cas, il y a toujours lieu de préciser le nombre d'exemplaires originaux qui sont établis.

Il est admis de longue date que le dépôt d'un compromis entre les mains d'un tiers, mandataire constitué, dispense de la pluralité d'originaux, si ce dépôt recueille l'accord de toutes les personnes contractantes et si le dépositaire est une personne neutre et de confiance.

Bien qu'il ne soit pas obligatoire que figure la mention du dépôt entre les mains d'un tiers, en pratique, il est souhaitable que figure cette mention dans l'acte sous seings privés.

A] La signature

La signature de toutes les parties est obligatoire pour la validité de l'avant contrat (la signature électronique n'est toujours pas valable).

Bien que le "sous seings privés" n'oblige pas, à la différence de l'acte notarié, le paraphe de chaque page, il est plus prudent de le conseiller.

Les mentions "bon pour achat ou pour vendre" et "lu et approuvé" ne sont nécessaires à la validité du contrat.

B] Les particularités de la loi du 13 Décembre 2000

L'article L 271-1 du Code de la Construction et de l'Habitation (applicable depuis le 1^{er} juin 2001) prévoit que "tout acte sous seings privés ayant pour objet l'acquisition ou la construction d'un immeuble neuf d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'habitation, les contrats préliminaires de vente d'immeuble à construire ou de location, accession à la propriété immobilière, ne devient définitif qu'au terme d'un délai de sept jours pendant lequel l'acquéreur non professionnel a la faculté de se rétracter, chaque fois que la loi ne lui donne pas un délai plus long pour exercer cette faculté".

1) Le champ d'application de l'Article L 271-1 du C.C.H. :

Cet article concerne les immeubles à usage d'habitation neufs ou anciens.

Le délai de sept jours s'analyse comme :

- Un droit de rétractation si l'accord est constaté dans un acte sous seings privés notifié par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout autre moyen représentant des garanties équivalentes (remise en mains propres contre reçu). Ce délai court au lendemain de cette date. L'exercice du droit de rétractation doit revêtir les mêmes formes que la notification.

- Un droit de réflexion si l'accord résulte d'un acte authentique : le délai courant dans ce cas durant les sept jours suivant la notification ou la remise du projet d'acte.

2) L'interdiction de versement de somme d'argent :

a) : Acte sous seings privés :

Le principe est l'interdiction de tout versement d'une somme d'argent sauf deux exceptions :

- Disposition législative expresse : souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation et les contrats préliminaires de vente d'immeubles à construire.

- Conclusion de l'opération par un intermédiaire disposant d'une garantie financière tel que le notaire par exemple.

b) : Acte authentique :

Interdiction absolue de tout encaissement d'argent durant les sept jours de réflexion.

Comme les anciens et les modernes, les partisans de l'acte authentique ou de l'acte sous seings privés s'opposent.

Les tenants de l'acte authentique font remarquer que le notaire a pour vocation première de conférer l'authenticité aux conventions décidées par les personnes contractantes.

Ceux qui défendent l'acte sous seings privés rétorquent que l'acte authentique génère des frais (timbres fiscaux, droit d'enregistrement fixe, ...).

Le problème de la rémunération du notaire rédacteur ayant été - si l'on veut - tranché par le Conseil Supérieur du Notariat qui a indiqué que l'avant contrat étant une partie de la vente, il ne peut être rémunéré qu'au cas où l'acte définitif ne serait pas régularisé.

Il faut toutefois rappeler que le Conseil Supérieur du Notariat n'a pas de compétence en matière de tarif des notaires et qu'ensuite cette interdiction paraît être contraire à la règle essentielle : « que tout travail mérite salaire ».

L'avant contrat n'est pas systématique et le travail qu'il demande, lorsqu'il existe, s'ajoute à celui de la rédaction de l'acte vente.

Non seulement le tarif des notaires ne couvre pas le compromis mais en refusant sa rémunération, on dénigre le travail du notaire.

Car il y a bien un acte différent de la vente qui est rédigé.

Il est paradoxal de voir afficher dans toutes les études notariales que le conseil peut être rémunéré et d'interdire dans le même temps toute rémunération pour un acte aussi important que l'avant contrat.

En outre, le notaire engageant sa responsabilité lors de la rédaction de l'avant contrat dans les mêmes conditions que pour celles de la vente, cette interdiction semble encore plus inadmissible.

C] : L'enregistrement

L'article 660 du Code général des Impôts "fait défense aux comptables des impôts d'accomplir la formalité de l'enregistrement à l'égard des actes sujets à publicité dans un bureau des hypothèques en exécution du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 modifié et qui ne seraient pas dressés en la forme authentique, conformément aux prescriptions de l'article 4 de ce texte. Le refus est constaté sur le registre du bureau, à la date de la présentation de l'acte sous seing privé à la formalité de l'enregistrement. La mention de refus, datée et signée par le comptable, apposée sur chacun des originaux, donne date certaine à l'acte ; un des originaux est conservé à la recette des impôts".

Cette façon de procéder peut permettre par exemple de bénéficier d'un régime fiscal favorable dont on craindrait la disparition à la date de la régularisation de l'acte authentique.

Il n'y a pas lieu, dans ce cas, de s'occuper de la situation de l'immeuble ou du domicile des parties, l'avant contrat pouvant être présenté à n'importe quelle recette des impôts.

Il faut toutefois tenir compte de l'article 676 du CGI qui précise qu'en matière fiscale, le régime applicable est celui en vigueur lors de la réalisation d'une condition suspensive par exemple. Le recours de cette formalité n'a donc d'intérêt que lorsque la vente est parfaite et que pour des raisons diverses, il n'est pas possible d'établir directement l'acte authentique.

Il est important de ne pas oublier que les droits dus doivent être payés lors du refus d'enregistrer (Le receveur peut toujours accorder un délai pour ce paiement qui ne pourra toutefois dépasser deux mois à compter du refus).

Chapitre Troisième : LA CONSTITUTION DU DOSSIER

La constitution du dossier préalable à la rédaction du compromis ou de la promesse est un dossier générique comportant dans tous les cas d'acquisition d'immeuble les pièces suivantes, savoir :

Section 1 - LES PIECES RELATIVES AUX CLIENTS

A] Pour le vendeur :

En fonction de la qualité du vendeur, personne physique ou personne morale, les pièces diffèrent.

Pour la première, une pièce d'identité ou un passeport s'il est résident français, s'il est non résident une carte de séjour ou une carte de résident. S'il est célibataire ces pièces seront suffisantes, à défaut s'il est marié il devra produire son livret de famille. Toute indication sera donné au notaire quant au lieu et à la date du mariage.

Pour la seconde, les statuts de la société, la délibération de la société nommant le gérant avec les pouvoirs qui lui sont attribués, un extrait K BIS , et la pièce d'identité du

gérant. Notons qu'une délibération extraordinaire de la société a pu donner pouvoirs à un associé ou à un tiers pour la signature du compromis.

B | Pour l'acquéreur

En fonction de la qualité de l'acquéreur, personne physique ou morale les pièces à demander seront les mêmes que celles exposées ci-dessus.

Section 2 - LES PIECES RELATIVES A L'IMMEUBLE

A | Un audit juridique

Dans tous les cas de figure, quel que soit l'objet de la vente ou de l'acquisition, que l'on se place du côté du vendeur ou de l'acquéreur, le titre de propriété est indispensable pour la rédaction de l'avant-contrat.

Il permettra au notaire de vérifier que le vendeur a bien la qualité de propriétaire de l'immeuble, si sa seule présence permet la signature de l'avant-contrat ou s'il est nécessaire de faire intervenir d'autres personnes (conjoint, autres propriétaires pour une quote-part indivise, etc...)

Le terme immeuble est ici entendu au sens large.

L'objet de l'avant-contrat peut être une maison individuelle, un lot de copropriété aussi bien dans une copropriété verticale qu'horizontale, un terrain, un bâtiment à usage rural, commercial.

B | Un audit technique

L'audit technique dépendra de la nature du bien immobilier objet de l'avant-contrat.

1) Les données cadastrales

Les informations cadastrales nous seront, en principe, données par le titre de propriété. L'extrait cadastral qui sera réclamé au titre des formalités préalables à l'acte de vente nous permettra d'assurer la publicité à la conservation des hypothèques par le jeu des fiches de propriétaires et d'immeubles.

2) Le règlement de copropriété

Il conviendra également de demander au vendeur de nous fournir, le cas échéant, le règlement de copropriété et ses modificatifs, qui devront être remis à l'acquéreur le jour de la signature de l'avant contrat. A défaut le notaire devra en réclamer une copie par l'intermédiaire de la Conservation des Hypothèques et en faire supporter le coût au vendeur.

De plus le vendeur devra remettre à l'acquéreur les procès verbaux des dernières assemblées générales de la copropriété, lorsque le bien vendu porte sur un lot de copropriété.

3) La garantie de superficie du lot de copropriété

La loi 96-1107 du 18 décembre 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété dite « Loi Carrez » a imposé depuis le 19 juin 1997 l'obligation de mentionner la superficie privative du lot dans tout avant-contrat et dans tout acte authentique de vente d'un lot de copropriété.

Cette loi a introduit dans la loi du 10 juillet 1965, un nouvel article 46 qui dispose : « Toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un lot ou d'une fraction de lot mentionne la superficie de la partie privative de ce lot ou de cette fraction de lot. La nullité de l'acte peut être invoquée sur le fondement de l'absence de toute mention de superficie ».

Cette superficie est définie par décret en conseil d'état prévu à l'article 47.

Les dispositions du premier alinéa ci-dessus ne sont pas applicables aux caves, garages, emplacements de stationnement ni aux lots ou fraction de lots d'une superficie inférieure à un seuil fixé par le décret en conseil d'état à l'article 47.

Le décret du 17 mars 1967 a été complété par les articles 4-1 (qui fixe le mode de calcul de la superficie), 4-2 et 4-3.

Ces nouvelles dispositions sont d'ordre public.

En conséquence, les clauses contraires aux dispositions de l'article 46 sont réputées non écrites. C'est une sanction plus rigoureuse qu'une nullité car elle s'apparente en réalité, à une inexistence.

L'objectif de cette réforme a pour but d'assurer l'information de l'acquéreur quant à la superficie du lot vendu et garantir sa superficie.

a : Champ d'application de la garantie

L'obligation de mentionner la superficie va s'imposer à toute personne vendeur c'est à dire personne publique ou privée, personne physique ou morale, ou encore particuliers ou professionnels. Le bénéficiaire de la garantie n'est que l'acquéreur. Lui seul peut invoquer l'absence ou l'insuffisance de superficie.

La protection établie par l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 n'est donc pas réciproque et ne profite pas qu'à l'acquéreur mais à tous les acquéreurs. Le vendeur ne peut pas en bénéficier.

b : Domaine d'application de l'article 46

L'article 46 s'applique à tout immeuble bâti soumis au régime de la copropriété et plus précisément au lot ou fraction de lot de copropriété, qu'il s'agisse d'une copropriété verticale ou d'une copropriété horizontale.

En cas de vente d'un lot de copropriété horizontale seront soumis à l'obligation de superficie les locaux annexes audit lot c'est à dire les caves, garages, emplacements de stationnement.

L'article 46 s'applique quelque soit la destination de l'immeuble. Il est donc applicable à tous les immeubles, peu importe leur affectation passée, présente ou future.

La cession de tous les lots d'un immeuble en copropriété : ce type de cession est exclue de la loi Carrez, car tous les locaux appartiendront dorénavant à une seule personne, l'immeuble ne sera plus soumis au statut de la copropriété. L'opinion paraît discutable. En effet, la disparition de la copropriété n'est qu'une conséquence seconde de la cession. Au moment où celle-ci intervient, elle porte bien sur des lots de copropriété. Elle entre donc bien dans le champ d'application de la loi, par application littérale de l'article 46.

Sont exclus du domaine d'application de l'article 46, les lots secondaires ou accessoires : les caves, garages, emplacements de stationnement ou bien encore les lots dont la superficie est faible, inférieure au seuil fixé par décret d'application, soit 8 m².

Mais comment peut on savoir que le lot vendu a une superficie plus ou moins égale à 8 m² alors même qu'il n'a pas été mesuré ?...

Peut on envisager l'hypothèse d'un acquéreur qui regrettant son acquisition trouve le moyen de faire annuler l'acte de vente s'il constate que les biens par lui acquis ont une superficie supérieure à 8 m² et qu'ils auraient ainsi du faire l'objet d'un mesurage ?

Il nous semble nécessaire de maintenir l'obligation de déclarer la superficie d'un lot de copropriété quelle que soit sa taille, mais réserver l'action en nullité pour les lots d'une superficie supérieure à 8 m².

La loi impose de porter la mention de la superficie dans les promesses de vente, les promesses d'achat ou tout contrat réalisant ou constatant une vente.

Pour la doctrine sont visés les promesses synallagmatiques de vente appelées aussi compromis, l'acte authentique de vente, le cahier des charges d'une vente aux enchères volontaires ou judiciaires.

En conséquence sont exclus les cessions de parts de société attribution, les apports en société, les partages, les cessions de droits indivis au profit de co-indivisaires et généralement tout acte à titre gratuit.

c : La mise en œuvre de la garantie

Le régime d'application de la loi Carrez tient en deux prérogatives fondamentales :

- * l'obligation d'indiquer la superficie,
- * la possibilité pour l'acquéreur de demander éventuellement une réduction du prix de vente ou sa nullité

Avant de mentionner la superficie du bien vendu dans l'acte, il faut la déterminer. La loi renvoie à son décret d'application du 23 mai 1997, lequel a retenu la définition issue de l'article L 211-2 du code de la construction et de l'habitation modifié sur un point de détail :

«La superficie de la partie privative d'un lot ou d'une fraction de lot mentionnée à l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 est la superficie de planchers des lots clos et couverts après déduction des surfaces occupées par les murs, cloisons, marches et cages

d'escalier, gaine, embrasures de portes et de fenêtres. Il n'est pas tenu compte des planchers des parties des locaux inférieurs à 1,80 mètres ».

La technique de mesurage est fixée par l'article 4-1 du nouveau décret.

Au vu de ces définitions on peut se rendre compte et regretter que seuls des professionnels sont à même de calculer une telle superficie (géomètres, architectes ou encore métresseurs). En effet, les erreurs ou approximations sont lourdes de conséquences.

En pratique, au stade de la promesse unilatérale ou synallagmatique, le vendeur n'est pas nécessairement conscient des obligations qui pèsent sur lui. Si un mesurage doit être effectué, il peut d'ores et déjà, être conseillé de solliciter l'intervention d'un professionnel.

Lors de la régularisation de l'acte authentique, le notaire qui n'a pas reçu l'avant-contrat, s'il ne peut là encore exiger l'intervention d'un professionnel, doit pour le moins avertir le vendeur des conséquences d'une indication erronée.

d : Les sanctions

α : L'absence de mention

En cas d'absence de mention la sanction consiste en la nullité relative de l'acte. Le titulaire de l'action en nullité est le bénéficiaire en cas de promesse de vente, le promettant en cas de promesse d'achat ou encore l'acquéreur.

L'action doit être intentée avant l'expiration d'un délai d'un mois courant à compter de la signature de l'acte authentique constatant la vente (article 46 §4). Le délai d'un mois est un délai préfix. Il peut être interrompu mais non pas suspendu.

L'action en nullité pourra être intentée au plus tôt dès la signature de l'avant-contrat et ce quelque soit le type d'avant-contrat.

β : La superficie mentionnée est inexacte ou erronée

Si la superficie réelle est inférieure à celle indiquée, la sanction pour le vendeur sera l'exercice d'une action en diminution du prix de vente (article 46 §7) si la superficie réelle est inférieure de plus d'un vingtième à celle exprimée dans l'acte de vente.

γ : La superficie réelle est supérieure

Si la superficie réelle est supérieure à celle indiquée dans l'acte de vente, il n'y aura aucun supplément de prix pour le vendeur (article 46 § 6).

L'erreur de mesurage commise par le vendeur à son détriment ne lui ouvre aucun recours. La loi ne protège que l'acquéreur.

Nous pouvons raisonnablement se poser la question de savoir si aujourd'hui la superficie constitue un critère déterminant pour un acquéreur d'un bien immobilier. Si tel est le cas, pourquoi ne pas appliquer l'obligation déclarative du vendeur pour tous biens immobiliers bâtis ?

4) L'état des risques d'accessibilité au plomb

L'article L 1334-5 alinéa 1^{er} du code de la santé publique dispose que :

«Un état des risques d'accessibilité au plomb est annexé à toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, à tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un immeuble affecté en tout ou partie à l'habitation construit avant 1948 et situé dans une zone à risque d'exposition au plomb délimitée par le représentant de l'Etat dans le département. »

L'article 123 de la loi du 29 juillet 1998 (n° 98-567) comporte des mesures d'urgence contre la saturnisme. Cet article relève d'une section 2 intitulée « Amélioration des conditions de vie et d'habitat, qui s'inscrit dans un chapitre III de la loi portant le titre « *Mesures relatives au maintien dans le logement* ».

Si le saturnisme est une grave question de santé publique nécessitant des mesures d'urgence de lutte contre ce phénomène, force est de constater que les textes ne reflètent pas l'ambition affichée par les pouvoirs publics. Seuls les immeubles d'habitation ont été au centre des préoccupations, et on ne peut s'empêcher de penser en particulier aux écoles, aux crèches, lieux où les jeunes enfants passent une partie de leur journée.

Le législateur a, en 1998, édicté une obligation spécifique de renseignement pesant sur le propriétaire en cas d'acte réalisant ou constatant la vente d'un immeuble à usage d'habitation, construit avant 1948, et situé dans une zone à risque d'exposition au plomb. Le non respect de cette obligation est sanctionné par l'impossibilité pour le propriétaire vendeur d'invoquer toute clause d'exonération de la garantie des vices cachés à raison des vices constitués par l'accessibilité au plomb.

Si l'usage professionnel des peintures à la céruse a en effet été interdit à partir de 1948, rien ne garantit cependant que tous les immeubles dont la date du permis de construire est postérieure au 31 décembre 1947 soient totalement soustraits aux dangers du plomb.

On sait que la peinture au plomb peut constituer un danger pour l'Homme et spécialement pour les petits enfants qui portant tout à leur bouche peuvent trouver un goût légèrement sucré à des particules de peinture ancienne que le mauvais entretien ou l'humidité rend accessibles.

La prise de conscience par les pouvoirs publics que les peintures contenant du plomb emportent un risque de saturnisme (nom générique donné à l'ensemble des affections réversibles ou irréversibles que peut entraîner l'ingestion de plomb) n'est pas assez récente puisque la fabrication de peinture contenant du plomb est interdite depuis plusieurs dizaines d'années.

Mais il restait à prévenir les dangers présentés par les peintures des murs, des plafonds ou des huisseries quand bien même elles seraient recouvertes de peintures superficielles ou de papiers peints quant à eux sans danger.

A défaut de production de cet état des risques d'accessibilité au plomb, le vendeur, sans distinguer selon sa qualité de vendeur professionnel ou occasionnel demeurerait garant des vices cachés au titre de la peinture contenue dans les parties privatives. Le syndicat

des copropriétaires assumera quant à lui la charge de travaux éventuels sur les parties communes et réalisés soit à son initiative, soit sur injonction préfectorale après diagnostic de l'intégralité du bâtiment.

La loi édicte bien une mesure de prévention permettant de porter à la connaissance de l'acquéreur les éventuels dangers liés à la présence de plomb dans l'immeuble qu'il est susceptible d'occuper ensuite. Si l'état d'accessibilité au plomb s'avère positif, des travaux devront être engagés visant à supprimer le risque constaté. La charge de ces travaux ainsi que leur coût pèsent en principe sur le propriétaire vendeur, mais des modalités différentes peuvent être convenues entre les parties.

On comprenait de la loi elle-même et des premiers commentaires de l'administration (circulaire du 30 août 1999) que l'objectif était d'identifier les risques immédiats d'accès au plomb en raison de la dégradation des peintures. A la lecture d'une nouvelle circulaire du 16 janvier 2001, la position de l'administration a visiblement évolué puisque l'état des risques doit maintenant relever non seulement le risque actuel mais encore le risque potentiel que présente une peinture au plomb entièrement recouverte et dès lors inoffensive au jour de la vente.

L'état des risques n'est donc plus uniquement un certificat d'accessibilité immédiate puisqu'il comprend également un examen en profondeur permettant d'identifier la présence de plomb non accessible. Cette récente circulaire en déduit que l'état des risques identifiant la présence de plomb « en profondeur » doit être communiqué à l'acquéreur qui le transmettra à son tour aux occupants actuels et aux entrepreneurs éventuels tandis que celui identifiant la présence de plomb « en surface » immédiatement accessible par suite de dégradation doit être communiqué en outre au Préfet. Le tout en application de l'article R32-12 du code de la santé publique.

Le notaire devrait assurer cette dernière transmission au Préfet non pas spécialement en tant que mandataire du vendeur mais plus généralement en exécution de son obligation de conseil.

On rappellera qu'un état des risques mentionnant la présence de plomb (accessible ou non) ne doit être joint à une vente que pendant sa période de validité d'un an tandis qu'un état mentionnant l'absence de plomb doit être considéré comme définitif.

On ne peut dès lors qu'être surpris, à la lecture de l'ensemble des textes pris pour lutter contre la saturnisme, qu'aucune obligation similaire et préalable d'information ne pèse sur le propriétaire bailleur.

Une protection préventive de la santé des locataires, en particulier au regard des risques liés à la présence de plomb, pourrait toutefois être mise en œuvre aujourd'hui au travers de l'obligation du bailleur de délivrer un logement « décent ». Cette obligation, à la charge du bailleur d'un logement loué à titre de résidence principale, a été introduite par l'article 187 de la loi Solidarité et renouvellement urbains (S.R.U) du 13 décembre 2000.

Dans un rapport de février 2001, le Conseil National de l'Habitat a proposé une définition du logement décent ; Celle-ci prend notamment en compte le respect de la santé des

occupants ; ainsi le logement décent serait celui qui «ne comporte» pas de substances dangereuses pour l'homme, notamment plomb, amiante (que nous verrons dans la suite de nos développements), ou (qui) garantit, dans le cas contraire, leur inaccessibilité ». L'adoption d'une telle définition contraindrait alors, indirectement, les propriétaires bailleurs à faire procéder à un diagnostic de recherche du plomb dans l'immeuble loué et le cas échéant à engager des travaux visant à supprimer le risque d'accessibilité.

5) La recherche d'amiante

Une autre nouvelle mesure a été prise en 1996 dans les immeubles soumis au régime de la copropriété, dans un souci de protection de l'acquéreur : la recherche d'amiante.

En raison des risques sanitaires encourus par la population, du fait d'une exposition à l'amiante, les pouvoirs publics ont mis en place une réglementation obligeant les propriétaires d'immeubles à y rechercher la présence d'amiante et à les traiter en conséquence. Ces obligations résultent du décret n° 96-97 du 7 février 1996, tel que modifié par le décret n° 97-855 du 12 septembre 1997.

a : Le champ d'application

La réglementation s'applique à tous les immeubles bâtis, qu'ils appartiennent à des personnes privées ou publiques, à l'exception des immeubles à usage d'habitation ne comportant qu'un seul logement (article 1^{er} du décret).

Sont concernés, du fait de la généralité du texte, les immeubles soumis au régime de la copropriété.

La recherche d'amiante est actuellement limitée aux matériaux et produits qui, du fait de leur dégradation, sont susceptibles d'émettre spontanément des fibres dans l'atmosphère. Il s'agit de flocages, calorifugeages, et des faux plafonds.

b : Les obligations des propriétaires et copropriétaires

Deux principales obligations incombent désormais aux propriétaires :

* l'obligation de rechercher la présence d'amiante et de faire établir un diagnostic
* et l'obligation de faire procéder aux travaux si cela est nécessaire, afin que l'amiante ne présente plus de danger pour les occupants des immeubles concernés.

Un diagnostic est établi par un professionnel au moyen d'une grille d'évaluation normalisée qui constitue «le carnet de santé» du bâtiment. Ce carnet doit être conservé par le propriétaire. Celui-ci doit tenir les résultats à la disposition des occupants de l'immeuble et il doit pouvoir le communiquer aux personnes appelées à réaliser des travaux dans l'immeuble.

La recherche d'amiante ainsi que l'exécution d'éventuels travaux peuvent devenir coûteux pour un propriétaire. Dès lors le vendeur peut être tenté de faire supporter à l'acquéreur l'obligation de rechercher la présence d'amiante et celle d'exécuter les travaux appropriés.

La formulation de l'article 10 du décret autorise sans aucun doute le transfert à l'acquéreur de l'obligation d'effectuer les travaux, à la condition bien entendu, que ce dernier ait été averti de la présence d'amiante dans l'immeuble et qu'il ait accepté d'acheter l'immeuble en connaissance de cause.

S'agissant des immeubles soumis au statut de la copropriété, il résulte d'une circulaire en date du 26 avril 1996 (n° 290) que l'obligation de recherche d'amiante concerne tant les parties communes que les parties privatives.

Le syndicat des copropriétaires qui a notamment pour objet la conservation de l'immeuble et l'administration des parties communes, devra assumer les obligations du propriétaire prescrites par le décret précité concernant les parties communes.

Les diagnostics et travaux éventuels qui résultent de ces recherches doivent être décidés en assemblée générale selon la majorité de l'article 25. Il s'agit en effet d'adopter une décision concernant les modalités de réalisation et d'exécution de travaux rendus obligatoires en vertu de dispositions réglementaires (article 25 de la loi du 10 juillet 1965).

Le syndic de copropriété, chargé de conserver les documents et archives du syndicat, semble naturellement désigné pour conserver ultérieurement les rapports d'évaluation et les diagnostics effectués par les techniciens. Bien que les textes ne soient pas explicites, le syndic devra informer les copropriétaires des obligations qui leur incombent, en vertu des nouvelles dispositions réglementaires.

Les copropriétaires doivent, quant à eux, faire effectuer le diagnostic et les travaux éventuels sur les parties privatives.

Un récent décret du 3 mai 2002 (n° 2002-839) précise que le constat amiante est produit au plus tard à la date de la promesse de vente (ou d'achat) ; néanmoins, le propriétaire vendeur peut-il fournir ce document seulement au moment de la signature de l'acte authentique de vente ?

Sur cette question les avis divergent.

Complétant la réglementation existant en matière de lutte contre les risques sanitaires liés à une exposition à l'amiante, une obligation spécifique de renseignement a récemment été édictée par le législateur à la charge du propriétaire vendeur de certains immeubles bâtis (loi n° 2000-1208 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (S.R.U)).

Libellée dans ces termes à l'article L 1334-7 du Code de la Santé Publique :

« Un état mentionnant la présence ou, le cas échéant, l'absence de matériaux ou produits de la construction contenant de l'amiante est annexé à toute promesse unilatérale de vente ou d'achat et à tout contrat réalisant ou constatant la vente de certains immeubles bâtis. En l'absence de l'état annexé, aucune clause d'exonération de la garantie des vices cachés ne peut être stipulée à raison des vices constitués par la présence d'amiante dans ces éléments de construction (...) », son entrée en vigueur restait subordonnée à la

publication d'un décret en Conseil d'Etat. Celui-ci est paru le 3 mai 2002 ; il précise notamment le champ d'application de l'obligation de renseignement et les modalités d'établissement de l'état amiante.

L'article 10-1 du décret du 7 février 1996 modifié impose à tous les propriétaires, personnes privées ou publiques, vendeurs d'immeubles bâtis dont le permis de construire a été délivré avant le 1^{er} juillet 1997, de produire « *au plus tard à la date de toute promesse de vente ou d'achat, un constat précisant la présence ou, le cas échéant, l'absence de matériaux et produits contenant de l'amiante(...). Ce constat indique la localisation et l'état de conservation de ces matériaux et produits. Ce constat ou, lorsque le dossier technique amiante existe, la fiche récapitulative contenue dans ce dossier, constitue l'état mentionné à l'article L 1334-7 du Code de la Santé Publique* ».

A la lecture de ces deux textes, l'un législatif, l'autre réglementaire, on peut déjà noter certaines différences dans leur rédaction.

Concrètement, l'obligation légale de renseignement qui pèse sur le propriétaire vendeur est matérialisée au travers de la production d'un document dénommé « état amiante » ou « constat amiante ». Aux termes de l'article 10-1 du décret du 7 février 1996 modifié, ce constat amiante peut être remplacé par la fiche récapitulative contenue dans le dossier technique « amiante » qui est obligatoire pour certains types d'immeubles.

La mise en œuvre, depuis le 1^{er} septembre 2002, des dispositions figurant à l'article L 1334-7 du code de la santé publique soulève une interrogation à laquelle sont attachées des conséquences juridiques non négligeables, notamment pour le vendeur. Ainsi, il convient en particulier de se demander à quel moment celui-ci est tenu de produire le constat amiante exigé par la loi .

Selon la réponse donnée, peut être confortée ou non la pratique de l'introduction d'une condition suspensive dans l'avant-contrat de l'obtention d'un constat amiante.

On peut légitimement s'interroger sur le sens, en droit de la phrase « *tout contrat réalisant ou constatant la vente* », inscrite dans l'article L 1334-7 précité.

α : La position de la doctrine

Deux courants doctrinaux se dessinent ; le premier considère que le constat amiante doit être obligatoirement annexé à l'avant-contrat *et* au contrat de vente ; à défaut, le vendeur ne pourrait valablement insérer dans l'acte de vente définitif une clause d'exonération de la garantie des vices cachés.

Un second courant défend la thèse selon laquelle le constat amiante peut ne pas être produit lors de la promesse de vente. Dans ce cas, il convient d'insérer dans la promesse une condition suspensive de l'obtention d'un constat amiante négatif stipulée dans l'intérêt des deux parties. Si la condition se réalise, le constat amiante négatif étant annexé à l'acte authentique de vente, le vendeur pourra s'exonérer de sa garantie des vices cachés.

Les arguments mis en avant pour soutenir cette thèse se fondent tant sur la lettre que sur l'esprit des textes ; ainsi il ressort que la production d'un constat amiante n'est pas une condition de validité de la vente ; Si ce constat n'est pas fourni par le vendeur lors de la conclusion de la promesse de vente, celle-ci n'est pas nulle. La sanction du défaut de constat amiante repose uniquement sur l'impossibilité pour le vendeur de se soustraire à la garantie des vices cachés.

β : L'interprétation ministérielle

Une circulaire n° 2001-3 du 18 janvier 2001 qui commente notamment l'article 176 de la loi S.R.U du 13 décembre 2000 précise que le vendeur a «une obligation d'informer l'acquéreur sur la présence de matériaux de construction contenant de l'amiante à l'occasion de tout contrat ou promesse de vente sur certains immeubles déterminés en Conseil d'Etat »

Ainsi, le constat amiante peut être produit au moment de la promesse de vente (quid de la promesse d'achat ?) ou lors du contrat de vente (qui doit être ici l'acte authentique).

Toutefois un communiqué récent de la Direction Générale de l'Urbanisme, de l'Habitat et de la Construction du Ministère de l'Equipement, fait prévaloir une autre analyse. C'est ainsi que l'on peut lire dans ce communiqué que le constat amiante doit « être dressé dès avant la signature de la promesse de vente afin que l'acquéreur ait la meilleure connaissance possible du bien objet de la vente. Il doit être annexé à l'acte authentique(..) »

La circulaire et le communiqué précités sont non seulement juridiquement dépourvus de toute force obligatoire mais également contradictoires.

γ : La discussion

L'articulation des articles L 1334-7 du code de la santé publique et 10-1 du décret du 7 février 1996 modifié pourrait bien être à l'origine de contentieux.

Il convient de procéder à une analyse grammaticale et logique de l'article L 1334-7 du code de la santé publique.

Les premières lignes de ce texte disposent : «un état mentionnant la présence ou, le cas échéant, l'absence de matériaux ou produits de la construction contenant de l'amiante est annexé à toute promesse unilatérale de vente ou d'achat et à tout contrat réalisant ou constatant la vente de certains immeubles bâtis ».

Seule l'hypothèse de la promesse unilatérale (de vente ou d'achat) est évoquée par le législateur. Dès lors faut-il en conclure que l'état amiante n'a pas à être annexé à une promesse synallagmatique de vente ?

En effet, si la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique de vente relèvent des contrats préparatoires à la vente d'immeuble, ces deux conventions demeurent distinctes en droit, notamment au regard de leurs conditions de formation et de leurs effets. Toutefois, cette allégation ne saurait être assise sur une lecture fragmentaire de l'article L

1337-4, le législateur ajoute en effet que l'état amiante est également joint «à tout contrat réalisant ou constatant la vente ».

Cette expression n'est pas nouvelle.

On la retrouve dans d'autres dispositions dont la finalité est la protection de l'acquéreur d'un bien immobilier.

C'est ainsi qu'elle apparaît dans l'article L 1334-5 du Code de la Santé Publique relatif à la production d'un état des risques d'accessibilité au plomb ; ou encore dans l'article 1^{er} de la loi du 18 décembre 1996, dite « loi Carrez ». Mais dans ces deux cas le législateur n'a pas précisé d'avantage le sens de l'expression.

Un peu plus éclairante est la formule qui figure à l'article 8 de la loi du 8 juin 1999 relative aux termites (tendant à protéger les acquéreurs et propriétaires d'immeubles contre les termites et autres insectes xylophages).

Ce texte dispose qu'en cas de vente d'un immeuble bâti situé dans une zone infestée de termites, la clause d'exonération de garantie pour vice caché (constitué par la présence de termites) « ne peut être stipulée qu'à la condition qu'un état parasitaire du bâtiment soit annexé à l'acte authentique constatant la réalisation de la vente ».

Il semblerait donc que les mots « contrat constatant la vente » visent l'hypothèse du contrat définitif de vente dressé en la forme authentique.

Ainsi, les promesses synallagmatiques de vente sont des contrats réalisant la vente, dès lors qu'il existe un consentement réciproque sur la chose et sur le prix. L'état amiante doit donc également être annexé à ce type de convention. Ajoutons que le décret du 3 mai 2002 mentionne que le constat amiante doit être produit « à la signature de toute promesse de vente ».

L'analyse littérale de l'article L 1334-7 du code de la santé publique conduit donc à soutenir que le propriétaire vendeur conserve la possibilité de ne produire le constat amiante qu'au moment de la signature de l'acte de vente.

En conclusion le constat amiante doit être annexé à toute promesse unilatérale et synallagmatique de vente (la promesse synallagmatique étant un contrat réalisant la vente) ou à l'acte définitif de vente établi en la forme authentique (contrat constatant la vente).

Compte tenu de la différence de rédaction entre le décret du 3 mai 2002 et l'article L 1334-7 du code de la santé publique, il convient de faire prévaloir, au regard du principe de la hiérarchie des normes, l'interprétation de l'article L 1334.7.

Dès lors, et sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, le propriétaire vendeur devrait pouvoir valablement introduire dans l'acte de vente définitif une clause d'exonération de la garantie des vices cachés alors même que le constat amiante n'a pas

été produit au moment de la signature de la promesse de vente, mais qu'il l'a été lors de l'établissement de l'acte authentique de vente.

Comme certains l'ont déjà suggéré, il demeure toutefois prudent d'insérer dans l'avant-contrat une condition suspensive, stipulée dans l'intérêt des deux parties, de l'obtention d'un constat amiante négatif, et ce pour éviter tout contentieux ultérieur.

A l'appui de ces propos, il est intéressant de noter que la réglementation existant en matière de termites, comporte certaines dispositions qui ont également pour objectif d'assurer une meilleure information des acquéreurs, lors de transactions immobilières portant sur un bien situé dans une zone contaminée. A cet effet, le propriétaire vendeur est tenu de produire un état parasitaire. Toutefois, l'article 8 de la loi du 8 juin 1999 n'impose nullement la production de cet état lors de la signature de la promesse de vente ; ce texte dispose en effet que l'état parasitaire est « annexé à l'acte authentique constatant la réalisation de la vente ».

Il semble donc que la délivrance d'un état parasitaire ici, au plus tard lors de la signature de l'acte de vente définitif, assure de manière satisfaisante l'information de l'acquéreur. Dès lors, par analogie, la même solution doit, à notre sens, être retenue à propos du constat amiante, à fortiori quand celle-ci est confortée par la lettre du texte de l'article L 1334-7.

6) L'état parasitaire

La loi du 8 juin 1999 complétée par le décret n° 2000-613 du 3 juillet 2000 ont pour effet de mettre à la charge des propriétaires d'immeubles situés dans des zones contaminées par les termites ou susceptibles de l'être, des obligations particulières.

La loi pose le principe de la déclaration obligatoire en Mairie des foyers d'infestation qui seront découverts. Lorsque dans une ou plusieurs communes, des foyers de termites sont identifiés, un arrêté préfectoral, pris sur proposition ou après consultation des conseils municipaux intéressés, délimite les zones contaminées ou susceptibles de l'être à court terme.

Le propriétaire qui vend un tel immeuble devra, soit fournir un état parasitaire établi depuis moins de trois mois, soit garantir à l'acquéreur la garantie du vice caché qui constituerait la seule présence de termites, puisque la loi nouvelle écarte la possibilité d'une clause d'exonération de garantie pour vice caché telle qu'elle est prévue par l'article 1643 du Code Civil dans le cas où un état parasitaire n'est pas annexé à l'acte authentique de vente.

La loi implique un changement notable dans la rédaction de l'acte de vente en conditionnant la validité de la clause d'exonération de garantie des vices cachés à l'existence d'un état parasitaire établi depuis moins de trois mois et annexé à l'acte authentique de vente.

L'absence d'un état parasitaire n'entache pas la vente de nullité, elle prive simplement d'efficacité la clause (stipulée en faveur du vendeur) d'exonération de la garantie du vice caché constitué par la présence de termites.

Seul le vendeur non professionnel est concerné par l'efficacité d'une clause de non garantie des vices cachés, en effet le vendeur professionnel ne peut pas stipuler une telle exonération de garantie quelque soit le vice caché.

Lorsqu'un immeuble bâti est situé dans une zone contaminée ou susceptible de l'être, identifiée par arrêté préfectoral, un état parasitaire doit être annexé à l'avant-contrat ou à l'acte de vente. A défaut, il ne peut y avoir exonération de la garantie du vendeur pour le vice constitué par la présence de termites

L'acte authentique de vente et l'avant-contrat seront donc conclus sous la condition suspensive d'obtention d'un état parasitaire au vu duquel les parties conviendront de la prise en charge des travaux d'éradication éventuellement nécessaires.

La déclaration du vendeur ayant connaissance de la présence de termites sera consignée dans l'acte et il lui sera rappelé qu'il a l'obligation d'en faire la déclaration en Mairie.

Quand l'immeuble est en copropriété il faut compléter l'état parasitaire par un interrogatoire au syndic en ce qui concerne les parties communes. Si l'immeuble est situé dans une zone contaminée le syndic sera invité à préciser s'il a reçu une injonction de travaux et dans l'affirmative si ces travaux ont été chiffrés et les suites données ou à donner à cette injonction.

L'exigence d'un état parasitaire comme condition d'efficacité d'une clause d'exonération de la garantie des vices cachés ne joue qu'en cas de vente d'immeuble bâti.

7) Certificat concernant le gaz naturel

La loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie a prévu une nouvelle obligation pour le vendeur ou personne assimilé, propriétaire d'un immeubles à usage d'habitation consistant en l'établissement d'un diagnostic de l'installation intérieure de gaz naturel. Cette obligation est uniquement imposée en cas de vente et d'acte ayant cette même nature.

Cette obligation est à respecter au plus tard à l'instant de l'établissement de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente ; Le certificat doit avoir été établi au plus tard depuis moins d'un an à cette date.

La garantie due à ce sujet par le vendeur reste appréciée selon le droit commun au jour de l'avant-contrat ; c'est au stade de l'acte authentique que l'information est impérativement due à l'acquéreur au moyen du certificat, selon le régime prévu par le Code Civil en matière de vices cachés.

Dans l'attente du décret d'application de cette loi qui n'est, à ce jour, toujours pas publié et qui rend cette loi non encore effective, force est de constater que cette loi est encore en faveur de l'information de l'acquéreur et qu'une nouvelle formalité va encore alourdir le travail préparatoire du notaire en vue de l'établissement de l'acte authentique de vente.

Afin de terminer ce tour d'horizon des obligations de recherche et de détection des risques qui s'imposent au vendeur d'immeuble bâti à usage d'habitation que le notaire doit vérifier, il faut encore ajouter un projet de loi quant à la prévention des risques technologiques et naturels. Dans l'attente de ce projet de loi, nous pouvons d'ores et déjà dire que des zones couvertes par un plan seront instituées et que la personne tenue à cette obligation sera le vendeur ou personne assimilée ou le bailleur. Un état des risques sera annexé à toute promesse unilatérale de vente ou d'achat et à tout contrat réalisant ou constatant la vente ; en cas de location cet état sera annexé au contrat de location écrit. Les sanctions prévues ne relèveraient pas du régime prévu par le Code Civil en matière de vices cachés, mais pourraient consister en une résolution du contrat ou une diminution du prix.

Nous constatons que tous ces textes qui ont été adoptés en vue de l'information et de la protection de l'acquéreur, savoir : le certificat de la loi Carrez, l'état d'accessibilité au plomb, le constat amiante, l'état parasitaire, le futur certificat en matière de gaz naturel et peut être le futur état des risques technologiques et naturels, ont largement contribué à alourdir le travail préparatoire du notaire en vue de la signature de l'acte authentique de vente. Le contrat de vente n'est plus une rencontre instantanée de volontés présumées égales. Le notaire doit adapter ses pratiques en anticipant.

Sous l'influence du consumérisme, le vendeur est désormais débiteur d'une obligation d'information.

Chapitre Quatrième : LES LIENS ENTRE L'AVANT CONTRAT ET L'ACTE AUTHENTIQUE DE VENTE

Le contentieux concernant les avant contrats est pour la quasi totalité un contentieux d'interprétation. Souvent, il résulte du fait que la volonté des personnes contractantes est mal exprimée.

Dans ce cas le juge s'interroge pour savoir quels rôles elles désirent faire jouer à l'acte authentique. La vente est-elle d'ores et déjà formée, ou bien la formation de celle-ci est-elle subordonnée à la signature de l'acte authentique ?

Normalement la vente est parfaite et oblige les parties dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix.

A partir du moment où les vendeurs et acquéreurs ont signé l'acte sous seings privés constatant cet accord, il vaut vente par lui-même. La constatation de cette vente par acte authentique n'est nécessaire que pour procéder aux mesures d'exécution de la vente et pour les besoins de la publicité foncière.

Mais les parties peuvent aussi dans l'avant contrat reporter certains effets de la vente ou même la formation de la vente elle-même à la date de l'établissement de l'acte authentique.

Il est important pour le rédacteur de l'avant contrat d'interroger ses clients et de choisir judicieusement les termes qu'il va employer pour concrétiser leurs accords.

Section 1 - CAS OU L'ETABLISSEMENT DE L'ACTE AUTHENTIQUE EST UNE SIMPLE MESURE D'EXECUTION D'UNE VENTE FORMEE

Il est nécessaire de fixer un délai pour la signature de l'acte authentique. Les parties conviennent d'une date butoir pour cette signature, mais la vente est formée lors de la signature de l'avant contrat et ses effets se produisent sans attendre l'acte définitif, soit immédiatement s'il n'y a pas de conditions suspensives (cas rare), soit à la date de la réalisation de la dernière des conditions.

Comme conséquence, lorsqu'il est ainsi fait simplement référence à l'établissement ultérieur d'un acte authentique, on ne doit pas considérer (sauf volontés des parties clairement exprimées) que la formation et l'efficacité de la vente, sont subordonnées à l'établissement de cet acte.

En outre, l'établissement de l'acte authentique n'ayant été prévu que comme une simple modalité d'exécution d'une vente existante, l'expiration ou le dépassement du délai convenu n'entraîne pas, en principe, la caducité de l'avant contrat.

Section 2 - CAS OU L'ETABLISSEMENT DE L'ACTE AUTHENTIQUE CONDITIONNE CERTAINS EFFETS DE LA VENTE

L'hypothèse envisagée ici est celle d'une vente déjà formée où les parties décident que certains de ses effets ne se produiront qu'à la date de la signature de l'acte authentique. Cette possibilité est utilisée en pratique pour reculer à la date de cet acte le transfert de propriété et l'entrée en jouissance de l'acquéreur. Cette façon de faire est parfaitement licite.

Bien que le fait de prévoir une date butoir pour la signature de l'acte authentique soit généralement analysé par la jurisprudence comme la stipulation d'un terme suspensif, il est toujours loisible aux parties de décider que le dépassement de la date prévue entraînera la caducité de l'avant contrat et jouera donc comme un terme extinctif. Encore faut-il que leur volonté soit clairement exprimée.

En ce cas, l'absence d'authentification de la vente dans le délai prévu jouera comme une condition résolutoire. L'acquéreur qui est devenu propriétaire perd de ce fait sa propriété. Cette vente présente l'inconvénient de générer une double mutation sur le plan fiscal. Les droits sont dus sur la vente elle-même et ils ne seront pas restitués si la vente devient ultérieurement caduque.

Bien entendu la responsabilité du notaire sera engagée si le dépassement du délai prévu lui est imputable.

La signature de l'acte authentique peut-elle constituer une condition résolutoire de la vente ?

En l'état actuel du droit positif, compte tenu des réticences doctrinales, et tant que la question n'aura pas été expressément tranchée par la jurisprudence, il est prudent d'éviter de faire de la signature de l'acte authentique une condition suspensive de la vente, pour éviter tout contentieux.

Section 3 - CAS OU L'ETABLISSEMENT DE L'ACTE AUTHENTIQUE CONDITIONNE LA FORMATION DE LA VENTE

Bien que l'article 1583 du Code Civil prévoit que la vente est parfaite à la suite du seul accord des parties sur la chose et le prix, alors même que l'immeuble n'est pas délivré et le prix n'est pas payé, rien n'interdit aux contractants de déroger à cette règle.

Ils peuvent notamment décider que la vente ne se formera que lors de la réception de l'acte authentique. Mais la volonté des parties doit être clairement exprimée dans l'avant contrat.

Il existe deux formules permettant de reporter la formation même de la vente à la date de conclusion de l'acte authentique :

- la première consiste à exiger après accord sur la chose et le prix, l'établissement d'un acte authentique pour que la vente soit formée,

- la seconde consiste en une simple promesse aux termes de laquelle les parties conviennent de ne s'engager que lors de la signature ultérieure de l'acte authentique.

Il convient donc aux praticiens que nous sommes de proposer à nos clients des engagements unilatéraux ou synallagmatiques en fonction de leurs besoins, car l'avant contrat est avant tout une "coutume" sur mesure, en ne perdant jamais de vue le NON DIT ; C'est à dire en insistant auprès des clients pour que la clarté de l'accord soit la plus parfaite possible.

Il serait également souhaitable dans l'absolu que leur soit adressée entre l'avant contrat et l'acte de vente définitif une notice explicative indiquant tout le travail important que le notaire accomplit entre ces deux périodes, car les clients ne comprennent pas pourquoi un si long délai s'écoule entre ces deux dates.

Pour conclure, permettez-moi cette comparaison osée en vous disant que : l'avant contrat est à la vente ce que les fiançailles sont au mariage.

Et comme le disait Michel COLUCCI (dit COLUCHE)
"COMPROMIS.....CHOSE DUE"

DEUXIEME PARTIE :
L'ANALYSE CRITIQUE DE CLAUSES

Par Henri BOSVIEUX

Il faut maltraiter le texte, se plaisait à dire Roland BARTHES. Voilà qui est vrai pour les formules notariales.

Voici quelques exemples.

Chapitre Premier : LE PACTE DE PREFERENCE

Il convient, d'abord, de donner la définition du pacte de préférence : c'est « *la convention par laquelle le propriétaire d'un bien, pour le cas ou il le vendrait, le réserve au bénéficiaire de la clause, de préférence à toute autre personne, pour un prix déterminé ou déterminable* »¹

Voici une formule extraite d'un ouvrage largement diffusé que nous avons trouvé dans notre acte de vente servant de fil conducteur à notre rapport :

« Le vendeur déclare prendre l'engagement à compter du jour de la réitération des présentes par acte authentique et pour une durée de dix années, pour le cas ou il se déciderait à vendre l'immeuble ci-après désigné, même par fractions, de gré à gré ou aux enchères publiques qu'il ait ou non reçu des offres de tiers, de faire connaître à l'acquéreur aux présentes, le prix demandé ou offert, ainsi que les modalités de paiement et toutes autres conditions auxquelles il serait disposé à traiter. »

(Cette phrase reprend la définition du pacte de préférence en y introduisant une division de l'immeuble ce qui n'a pas lieu d'être pour une formule générale ; elle est trop détaillée ; il suffit de d'écrire le mot pacte de préférence).

« A ces prix, modalités de paiement et conditions, il s'engage à donner la préférence sur tout autre amateur à l'acquéreur aux présentes qui en conséquence, aura le droit d'exiger que l'immeuble ou la fraction d'immeuble dont s'agit lui soit vendu pour ces mêmes prix, modalités de paiement et condition. »

(C'est l'effet du pacte de préférence : la phrase est inutile).

« Désignation de l'immeuble *(ce dernier mot est de trop)*

¹ Lexique des termes juridiques

Le présent pacte de préférence porte sur l'immeuble ci-après désigné :

(cette phrase est inutile)

Commune d'AVIGNON (84000), 4 Rue du Dome,

Une parcelle de terre cadastrée section DI N° 761, lieudit « 4 RUE DU DOME » pour une contenance de VINGT ET UN ARES SOIXANTE ET ONZE CENTIARES (21a 71ca). »

(175 mots, 14 chiffres)

Voici la traduction de ce texte que nous proposons :

Le vendeur promettant s'oblige à consentir, dans l'acte de vente, un pacte de préférence à l'acquéreur bénéficiaire pour une durée de dix ans sur une parcelle à 84000 AVIGNON, section DI, n° 761(2a 71ca) aux prix et conditions de la vente.

(36 mots, 11 chiffres)

Soit une économie de 139 mots et 3 chiffres ! Mais surtout et avant tout un texte lisible, compréhensible par tous, un texte qui devrait permettre de diminuer le contentieux lié à des actes peu clairs, dont les parties, souvent de bonne foi, n'ont pas toujours compris la portée, ayant parfois été peu informé par son rédacteur...qui peut être n'a lui même pas compris la formule proposée dans sa bible informatique mais après tout, c'est une bible, dont c'est juste...

« Modalités d'exercice du droit de préférence

Dans l'hypothèse où le VENDEUR (pourquoi mettre en majuscules ce mot ? Il n'y a aucune raison) se déciderait à vendre (cela va de soi, s'agissant d'un pacte de préférence) l'immeuble ci-dessus désigné (de quel autre immeuble pourrait-il s'agir ?) en totalité ou par fractions, il notifiera à l'ACQUEREUR, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à son domicile (c'est évident) le prix, les modalités de paiement et les conditions auxquels il est disposé à traiter ». (c'est superflu)

(49 mots y compris le titre, inutile)

Nous vous proposons le texte suivant :

Le promettant notifiera au bénéficiaire le prix, les modalités de paiement et les conditions de la vente par lettre recommandée avec accusé de réception.

(24 mots)

« A compter de la date de l'avis de réception, l'ACQUEREUR disposera alors (l'adverbe est inutile) d'un délai franc de dix jours pour faire connaître, également par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée (la même voie postale) au domicile du VENDEUR, (à qui d'autre doit il répondre ?) son intention de faire usage de son droit de préférence (plus simplement, exercer).

Passé ce délai, sans manifestation de sa part, l'ACQUEREUR sera définitivement déchu de ce droit, si la vente intervient aux conditions

notifiées. Dans le cas contraire, le vendeur devra purger à nouveau le droit de préférence selon les modalités ci-dessus définies. »

(87 mots)

Le bénéficiaire devra, dans le délai de dix jours franc de l'avis de réception et par la même voie postale, exercer son droit de préférence ; sinon, il en sera déchu . Le vendeur sera tenu de faire une nouvelle notification, si la vente est faite à des conditions différentes.

(48 mots)

« En ce qui concerne les délais ci-dessus indiqués, il est précisé d'une part qu'en cas de refus de réception de la lettre recommandée adressée à l'ACQUEREUR, le point de départ dudit délai sera la date de l'avis de refus de la lettre et d'autre part que pour la notification de la réponse au VENDEUR sera retenue la date portée sur le récépissé de dépôt de cette lettre à la Poste. »

(que signifie cette dernière phrase ?)

Formule proposée :

Si le bénéficiaire refuse la lettre, le point de départ du délai sera la date de l'avis de refus.

« En cas de vente aux enchères publiques, le VENDEUR (*promettant*) sera tenu (*devra*), dix jours au moins (*l'adverbe est inutile*) avant la date retenue pour (*deux mots que l'on peut supprimer*) l'adjudication, de faire sommation à (*sommer, conviendrait mieux*) l'ACQUEREUR (*le bénéficiaire*) dans les mêmes conditions que ci-dessus (*quatre mots inutiles*) de prendre connaissance du cahier des charges avec indications des date et heures fixées pour l'adjudication. »

(49 mots)

Formule proposée :

En cas de vente aux enchères, le promettant devra, dans les dix jours qui précède l'adjudication, sommer par voie d'huissier le bénéficiaire de prendre connaissance du cahier des charges en précisant les date et heures de l'adjudication

(37 mots)

« Dans ce cas, le délai ci-dessus prévu pour l'exercice du droit de préférence ne jouera pas. L'ACQUEREUR, pour bénéficier de son droit, devra déclarer son intention de se substituer au dernier surenchérisseur après l'extinction du dernier feu et avant la clôture du procès verbal. A défaut, le droit de préférence sera définitivement éteint et purgé, même s'il survient une surenchère. »

(61 mots)

Formule proposée :

Le bénéficiaire devra, s'il veut exercer son droit de préférence, se substituer au dernier enchérisseur après l'extinction du dernier feu.

(20 mots)

« Il est en outre précisé ce qui suit :

- le présent (*ça va de soi*) droit de préférence ne jouera (*est-ce le mot juste ?*) pas en cas d'échange ou d'apport en société ;

- le VENDEUR pourra disposer à titre gratuit de l'immeuble faisant l'objet du présent pacte de préférence mais à la condition d'imposer au bénéficiaire de la libéralité (*n'est ce pas le donataire ?*) l'obligation de respecter ledit pacte en cas de vente par ce dernier avant le délai fixé ci-dessus.

- En cas de décès du VENDEUR au cours du délai ci-dessus fixé (*lequel ?*) les héritiers seront tenus solidairement et indivisiblement (*c'est conjointement, qui convient*) de respecter pour le délai restant à courir les obligations résultant des présentes (*qu'est ce que ça veut dire, pour le commun des mortels, qu'est le signataire ?*)

- Le présent droit de préférence est strictement (*l'adverbe est inutile*) personnel à son bénéficiaire (*à qui d'autre pourrait il l'être ?*), l'ACQUEREUR aux présentes et par conséquent incessible et intransmissible. »

(Pourquoi en rajouter, c'est un pléonasme, puisque « un droit personnel est le droit subjectif d'exiger d'une personne une prestation » ?²

(119 mots)

Formule proposée :

Il est convenu :

- *qu'en cas d'échange ou d'apport, le droit de préférence ne s'exercera pas*

- *que, si le promettant donne l'immeuble ou s'il décède, se(s) héritier(s) ser(ont) conjointement des mêmes obligations ;*

- *que le droit de préférence est personnel.*

(39 mots)

« Les parties requièrent le jour de la signature de l'acte authentique le notaire soussigné de procéder à la publication du présent acte de préférence au bureau des hypothèques compétent (*cela va de soi*) de la manière et dans les conditions et délais fixés par la loi.

Pour le calcul du salaire de Monsieur le Conservateur, les parties évaluent le présent pacte de préférence à ... Euros .» (*ne serait-ce pas plutôt l'immeuble ?*)

(60 mots)

Formule proposée :

² Lexique des termes juridiques

*Le pacte de préférence sera publié ; l'immeuble est évalué à...
(9 mots)*

Chapitre Deuxième : LES CLAUSES DE GARANTIES D'UN ACTE DE VENTE D'IMMEUBLE

« CONDITIONS GENERALES (À la vérité, il s'agit d'obligations)

a) A la charge de VENDEUR (*pourquoi écrire ce mot en majuscules ?*)

Le VENDEUR (*répétition inutile*)

- Supportera (*pourquoi une majuscule ? Ce n'est pas le début d'une phrase.*) les conséquences (*ce ne peut être qu'une action en justice de l'acquéreur pour nullité de la vente ou une transaction*) de l'existence des servitudes qu'il aurait conférées (*le mot est impropre, c'est consentir qui convient*) sur les biens (*le Code civil ne connaît que les meubles et les immeubles*) et qu'il n'aurait pas indiquées aux présentes.» (*mais ou donc ailleurs ?*)

Cette clause est inutile : le vendeur est tenu à la garantie d'éviction. Il doit réparer le préjudice. C'est la conséquence de la loi.

« - Devra, s'il existe un ou plusieurs créanciers inscrits de son chef ou celui des précédents propriétaires, régler l'intégralité des sommes pouvant leurs être dues, (*il lui suffit d'obtenir les mainlevées, peu importe que les créances soient payées ou non*), supporter les frais de purge s'il y a lieu, (*il faut éviter ce mot incompréhensible pour un profane*) et rapporter à ses frais les mainlevées des inscriptions au plus tard dans un délai de six mois des présentes et les certificats de radiation correspondants dans les meilleurs délais. » (*cela va de soi, c'est la suite de la mainlevée*)

Formule proposée :

Le vendeur s'oblige à obtenir, à ses frais les mainlevées de toutes les inscriptions inscrites sur l'état dans les plus brefs délais.

« Fera son affaire personnelle du paiement de la totalité de la taxe d'habitation, (*elle n'est jamais partielle et étant personnelle reste à la charge du propriétaire ou du locataire*), si elle est exigible (*si elle ne l'est pas pourquoi en parler*). Réglera l'impôt foncier, sauf à tenir de la convention de répartition ci-après (*pourquoi ne pas préciser ici la convention de répartition, n'est ce pas plus simple ?*) Il est précisé en tant que de besoin qu'il reste seul tenu du paiement des taxes foncières relatives aux années antérieures de manière que l'ACQUEREUR ne puisse être recherché à ce sujet. »

(c'est un parfait exemple de patois juridique, et de surcroît, la clause est inutile puisqu'il n'y a pas de solidarité entre le vendeur et l'acquéreur pour le paiement de l'impôt foncier)

« Ne pourra se retrancher derrière les clauses d'exonération de garantie envers l'ACQUEREUR s'il venait à être considéré comme un professionnel de l'immobilier. »

(Convenons ici que nous sommes au sommet de l'absurde juridique : s'il est professionnel, à quelles garanties est-il tenu ? La formule ne le dit pas et les comparants n'en savent rien ? A quoi ça sert un contrat ?)

« b) A la charge de l'ACQUEREUR

L'ACQUEREUR, sauf à tenir compte de ce qui peut être dit par ailleurs (*ou ça ?*)

- Prendra les BIENS vendus dans l'état où ils se trouveront (*pourquoi le futur si la prise de possession est immédiate ?*) le jour de l'entrée en jouissance sans aucune garantie de la part du VENDEUR pour raison :

- soit de l'état du sol ou du sous sol de l'IMMEUBLE (*deux lignes au dessus on parle de biens : pourquoi ce changement ?*) à raison (*on se répète : pour raison est déjà employé plus haut*) de fouilles ou excavations qui auraient pu être pratiquées. (*Le verbe est impropre : ont fait des fouilles et on ne pratique pas des excavations*)

- soit de l'état des BIENS vendus (*l'adjectif est de trop*), de l'IMMEUBLE dont ils dépendent (*?*), des vices de toute nature apparents ou cachés (*ce n'est pas conforme à la loi : il faut être précis. Sont ils connus du vendeur ou non ?*) dont ils peuvent être affectés, de mitoyenneté d'erreur ou d'omission dans la désignation ;

- soit même de l'état parasitaire de l'immeuble vendu (*pourquoi pas user du mot bien ? Pourquoi tantôt l'un, tantôt l'autre ?*) notamment concernant les termites ou autres insectes xylophages et ennemis des matériaux (*qu'on les cite !*) dans la mesure ou les prescriptions de la loi numéro 99-471 du 9 juin sont respectées. (*on lit dans le marc de café et comprenez qui pourra !*)

- soit même de la surface du terrain sur lequel l'IMMEUBLE est édifié et, le cas échéant, de la surface des BIENS vendus n'entrant pas dans le champ d'application de la loi Carrez, la différence en plus ou en moins, s'il en existe, entre la contenance sus-indiquée et celle réelle devant faire le profit ou la perte de l'ACQUEREUR sans aucun recours contre le VENDEUR. »

(qu'une âme bien née dise ce que ce jargon signifie et quelle image donne le notariat à ce degré d'incongruité ?)

Permettez moi deux remarques : un commentateur avisé dit de ce genre de formule « *En revanche, négativement, la litanie des exclusions parle d'elle-même par sa précision trop méticuleuse* » Cela va de soi ; ce qui est énonciatif est limitatif et il suffit qu'une des causes d'exonération ne soit pas prévue pour que la clause soit sans effet et que la responsabilité du rédacteur soit mise en cause.

Au moment même où j'écris ces lignes, un client qui avait signé une promesse de vente s'inspirant ce type de formule, n'avait pas informé l'acquéreur d'un vice caché affectant l'immeuble, croyait pouvoir se retrancher derrière la clause d'exonération générale pour contraindre son acquéreur à signer, qui, bien conseillé... par son avocat, avait répondu qu'une telle clause était nulle dès lors que le vendeur était de mauvaise foi. Quelle

déconvenue pour le signataire qui avait fait confiance à son notaire ! Et ce genre de clause se trouve dans presque toutes les formules sans que les notaires ne se préoccupent de la modifier.

« - Souffrira les servitudes passives, apparentes, occultes, continues ou discontinues pouvant (*pourquoi ce verbe ?*) grever les BIENS ou L'IMMEUBLE, sauf à s'en défendre et à profiter de celles actives, s'il en existe, le tout à ses risques et périls, sans aucun recours contre le VENDEUR sauf en ce qui concerne les servitudes créées par le VENDEUR et non indiquées aux présentes, sans que la présente clause puisse donner à qui que ce soit plus de droits qu'il n'en a en vertu de titres réguliers non prescrits ou de la Loi. »

(pourquoi cette majuscule et les autres mots ci-dessus ?)

Ne dites pas que cette clause est compréhensible : c'est du sabir. Et son auteur et ceux qui la recopient témoignent d'un profonde méconnaissance du droit : toutes les servitudes non apparentes doivent être déclarées et le vendeur ne peut pas s'en exonérer en prétendant qu'il s'agit d'un vice caché alors que la servitude non déclarée relève de la garantie d'éviction (art.1638 du Code civil). Les conséquences juridiques sont différentes.

C'est le type même de la clause de style, qualifiées par M.J.G.RAFFRAY de « clauses magiques censées chasser les mauvais esprits et les rédacteurs de formules qui connaissent ce fâcheux penchant en truffent littéralement leurs productions » On ne peut mieux dire !

« - Acquittera à compter du jour de l'entrée en jouissance (*pourquoi à compter de cet événement, qu'en est-il alors de la prise de possession ? Car la jouissance est l'utilisation d'une chose dont on perçoit les fruits.*) tous les impôts, taxes et autres charges de toute nature auxquels les BIENS peuvent et pourront être assujettis (*que vient faire ce verbe inapproprié au présent et au futur ? Il va de soi que le transfert de propriété fait, le vendeur ne peut être tenu de payer des impôts ou des charges et il n'a pas de solidarité pour le paiement des impôts entre le vendeur et l'acquéreur*) ; il remboursera au VENDEUR le prorata de la taxe foncière couru de la date fixée pour l'entrée en jouissance au 31 décembre suivant.

- Paiera tous les frais, droits et émoluments du présent acte, de ses suites et des ses conséquences. »

(Le Code civil les met à la charge de l'acquéreur : faut il dire ce que la loi prévoit, sinon à titre d'information et l'article 1953 du Code civil ne parle que des frais et accessoires qui inclut, cela va de soi, les droits frais et émoluments ; les suites et les conséquences, qu'est ce à dire, puisque les frais de mainlevée sont à la charge du vendeur)

« - Fera son affaire personnelle de la continuation (*il ne peut l'être, puisqu'un nouveau contrat est souscrit au nom de l'acquéreur*) ou de la résiliation de tous les traités (?) et abonnements relatifs à l'eau, au gaz à l'électricité et autres fournitures s'il y lieu qui ont été contractés par le VENDEUR relativement

aux BIENS. » (*Il serait plus simple de parler de tous les contrats de fournitures sans les énoncer et il ne peuvent l'être que relativement aux BIENS !*)

« - Ne continuera pas, s'il en existe (*pour les continuer... il faut qu'elles existent : le dire est inutile*) les polices actuelles complémentaires garantissant les BIENS souscrites directement par le VENDEUR (*peut on les souscrire autrement et si elles le sont indirectement, comment faire ?*) et confère mandat à ce dernier, qui accepte, de résilier lesdits contrats lorsqu'il avertira son assureur de la réalisation des présentes. » (*Si vous avez compris ce charabia, dites le moi !*)

« - Etant ici précisé que les biens et droits immobiliers (*on parle plus haut des BIENS ; ont-ils changé de nature entre temps ?*) vendus (*évidemment*) garantis contre l'incendie (*et les autres risques ?*) par une police souscrite par le syndicat des copropriétaires de l'immeuble (*par qui d'autre pourrait elle l'être ?*), l'acquéreur devant se conformer à toutes les décisions régulièrement prises par ce syndicat concernant cette assurance. » (*ce n'est plus du français, mais du patois juridique*)

« C) Etat parasitaire

L'immeuble se trouve dans une zone délimitée par arrêté préfectoral comme étant une zone contaminée ou susceptible de l'être.

Cet arrêté préfectoral est en date du 14 février 2001.

En conséquence, une attestation sur l'état parasitaire du BIEN objet des présentes a été délivrée par... en date du ...

- pas de présence de termites décelées.

L'ACQUEREUR déclare en avoir pris parfaite connaissance et en faire ainsi son affaire personnelle. (*heureusement*) .

Etant observé que cette attestation a été établie depuis moins de trois mois ;(*Faut il vraiment faire cette observation : c'est une obligation légale. Il suffit de vérifier que ce délai n'est pas dépassé.*) par suite, l'exonération ci-dessus stipulée de garantie pour vice caché (*il n'est pas caché : il n'y a pas de termite*) relativement aux parasites du bois (*serait-ce la nouvelle appellation de ces petites bêtes ?*) trouvera à s'appliquer (*quel style !*) , sauf si le VENDEUR est considéré comme(*ces deux derniers mots sont de trop*) un professionnel de l'immobilier. »

(*Ici nous sommes aux confins de l'absurde rédactionnel : puisqu'il n'y a pas de termite, la cause est entendue ,l'acquéreur prend l'immeuble dans son état sans recours contre le vendeur ;si le vendeur est un professionnel, qu'est ce que ça change, puisqu'il n'y en pas.*)

Chapitre Troisième TRADUCTION DE CERTAINES CLAUSES

Certaines formules sont écrites dans un style si abscons qu'il est nécessaire de les traduire.

Section 1 – LA CLAUSE DE REMPLOI

« L'acquéreur déclare qu'il s'est acquitté du prix stipulé ci-dessus au moyen de deniers lui appartenant en propre ainsi qu'il va en justifier qu'il fait la présente acquisition pour lui tenir lieu de emploi de ses deniers propres afin que l'immeuble désigné ci avant lui demeure propre par l'effet de la subrogation en application des articles 1406 alinéa 2 du Code civil. Les deniers présentement remployés proviennent à l'acquéreur du prix principal de ... payé comptant suivant acte de Me.... Notaire à ...le... »
(96 mots)

On peut écrire cette clause de la manière suivante :

« L'acquéreur remploie (une partie ou) le prix de la vente d'un bien propre reçue par Me.X.. notaire à...le... dans cette acquisition qu'il finance en totalité, y compris les frais(art.1406.al.2 et 1434 du Code civil »
(23 mots)

Section 2 – LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT

« A titre de clause aléatoire, le premier mourant d'entre eux sera considéré comme n'ayant jamais eu droit à la propriété de cet immeuble qui sera censé avoir toujours été la propriété du survivant depuis le jour de la présente acquisition, la présente clause conférant ainsi à chacun de M.X ou M.Y la propriété de l'immeuble tout entier à partir du jour de son acquisition sous condition suspensive de sa survie et sous condition résolutoire de son prédécesseur et, en vertu de la rétroactivité de la condition celui de M.X ou de M.Y qui survivra étant censé tenir directement et dès l'origine ses droits du vendeur.
(105 mots)

Voici un texte compréhensible :

« L'acquisition est faite en clause d'accroissement de telle sorte que le survivant sera propriétaire de l'immeuble à compter de ce jour, la vente étant subordonnée à la condition suspensive de sa survie et à la condition résolutoire du décès du prémourant »
(35 mots)

Il faut maintenant tirer la leçon : Jules RENARD disait qu' « *un mauvais style, c'est une pensée imparfaite* ». Les rédacteurs des formules examinées sont-ils de bons juristes ? Peut-on aussi affirmer que « Mon notaire rend mes projets plus sûrs » en présence de telles clauses ? On en doute, d'autant que la première critique de l'acte notarié date de 1644 et qu'un notaire écrivait, en 1944, « *Dans un acte, il faut viser à la précision en quelque sorte géométrique de l'ensemble, à la simplicité, à la clarté en évitant les détails* »

inutiles qui se retournent souvent contre celui qu'on a voulu protéger » On ne peut mieux s'exprimer et qu'attend on pour mettre ce principe en application ?

Il n'est plus possible de différer l'aggiornamento de l'acte notarié.

Chapitre Quatrième : RELEXION SUR LE DOCUMENT HYPOTHECAIRE NORMALISE (DHN) ET L'ACTE NOTARIE

*« Le langage est la cristallisation la plus élevée de la civilisation humaine »
Gao Xinjiang Prix Nobel.*

Qu'un notaire écrive, en 1644, que les actes contiennent trop de mots inutiles qui en « *gastent et corrompent le sens* »³, que, trois cents ans plus tard, un autre dise qu'il faut « *viser à la précision géométrique de l'ensemble, à la simplicité* »⁴, révèle que le notariat éprouve une grande difficulté à les rédiger avec concision. Cette déviance, stimulée par le traitement de texte, s'accroît aujourd'hui, au point qu'un sénateur suggérait, en 1997, de ne publier que l'extrait d'acte afin de simplifier le travail du bureau des hypothèques en « *limitant le temps consacré à l'analyse des actes* »⁵. C'est avouer qu'ils sont trop longs et que les critiques évoquées sont toujours pertinentes. Comment expliquer la persistance de ce défaut, alors que nous sommes les héritiers d'auteurs qui ont porté notre langue à un niveau de perfection dont le Code civil a été un modèle ? Un style prolixe est toujours la marque d'une pensée imparfaite. Reconnaissons enfin que, dans l'acte notarié, la lettre l'emporte sur l'esprit.

La recherche de la concision n'est pas une quête esthétique, mais répond à une nécessité : réussir l'informatisation du fichier immobilier. Informatiser, c'est normaliser, normaliser, c'est condenser⁶. Il faut qu'il y ait adéquation entre la forme et le fond : écrire avec le moins de mots possible le document hypothécaire normalisé (DHN) et n'y inclure que les informations indispensables à la constitution du fichier immobilier. C'est une technique qui ne s'accommode pas de bavardages. De surcroît, la mémoire des ordinateurs n'est pas infinie : il serait inopportun de la surcharger de mots superflus. Cela augmenterait inutilement le coût du traitement et la saturerait rapidement. Une règle d'or : traquer et supprimer tous les mots et les clauses inutiles ainsi que celles de style. Il faut araser l'acte notarié.

Le DHN rédigé par les notaires ne répond pas aux critères de concision : une instruction administrative précisait qu'il devait tenir sur six pages au maximum. Ce seuil est très souvent dépassé. Il est cependant possible d'écrire la première partie de ce document de manière à satisfaire à la fois les impératifs de l'administration (normalisation) et celui du

³ Claude BERGUERE : Le parfait Notaire 1644

⁴ Me Gérard LHOTTE : Le style notarial et la clause de style, Thèse de Doctorat Aix 1944 p. 29/31

⁵ L'Année Politique 1996-1997 ouvrage édité par la Caisse des Dépôts et Consignations p. 231

⁶ Henri BOSVIEUX : Informatisation et normalisation des actes authentiques JCP N.I. Doctrine 1983 p. 177

notariat (validité juridique) sans qu'il y ait non plus de redondances dans la suite de l'acte. La qualité juridique du contrat ne dépend pas de sa longueur. Les formules brèves que l'on propose maintenant ne révèlent-elles pas une prise de conscience de la proximité de celles habituelles ?

Condenser, c'est possible et nous prendrons, à titre d'exemple, l'intitulé :

L'an deux mille trois

et le dix mars

A PARIS (15^{ème} arrondissement), 10, Place des Clercs, au siège de l'office notarial, Maître Albert TABELLION, notaire associé en société d'exercice libéral à responsabilité limitée a reçu le présent acte contenant VENTE, à la requête des personnes ci-après identifiées.

(45 mots)

Peut être rédigé de la manière suivante :

Le dix mars deux mille trois,

Maître Albert TABELLION, Notaire à 75015 PARIS, 10, Place des Clercs, a reçu l'acte de VENTE(17 mots).

L'article 6 du décret du 26 novembre 1971 précise que « tout acte doit énoncer le nom et le lieu d'établissement du notaire qui le reçoit ». Il ne paraît pas nécessaire, même s'il y a plusieurs notaires associés, de mettre l'intitulé complet de la société. Il suffit de n'indiquer que « *son titre de notaire associé d'une société titulaire d'un office notarial* » (D n° 87-172, 13 mars 1987, art.20)

Pour l'état civil, il est superfétatoire d'indiquer : *identification*, suivi de vendeur, mot repris ensuite, de préciser *Monsieur ou Madame*, la profession, qui n'est plus significative, mais que les textes imposent encore (on notera que l'article 7 du décret n° 71.941 du 26 novembre 1971 n'en fait pas état... mais que l'article 5.al. 1^{er} du 4 janvier 1955 le requiert) ; *son épouse*, s'ils sont mariés, car cela va de soi ; demeurant *ensemble* ; de préciser le régime légal : il appartient au lecteur, professionnel du droit, de le déduire en fonction de la date ; ou encore, *à défaut de contrat préalable à son union célébrée à la mairie de ...* Si c'est le régime légal, à quoi sert cette phrase, car il ne peut pas en être autrement. Enfin, on se marie à la Mairie et rarement ailleurs : en ce cas, il faudra préciser le lieux. Si les comparants n'ont pas changé de régime, pourquoi le dire : le notaire doit le vérifier sur les documents d'état civil. Il ne peut accorder de croyance aux déclarations des parties. Tous ces mots sont inutiles.

On s'interrogera sur l'opportunité d'indiquer, dans l'extrait, la capacité et la représentation. qui relèvent du droit Civil et ne participent pas au DHN. D'autant que le contrôle de l'identité des parties se limite aux noms, deux premiers prénoms, date et lieu de naissance (article 34 §1 a nouveau du décret du 14 octobre 1955). Quant à la représentation, elle est une invention récente sans aucune justification : cette rubrique n'existe pas dans les actes « anciens » : si un comparant signe, il est présent : le dire est un truisme. S'il est représenté, il suffira de compléter la comparution par la date et la nature du pouvoir habilitant le mandataire. Il en est de même pour *vendeur et acquéreur*,

nommé aussi et en même temps, *ancien et nouveau propriétaire*. L'élection de domicile est maintenant inutile, puisque le droit de préemption du Trésor a été supprimé. De même, pourquoi indiquer, sur la minute, *Document hypothécaire normalisé, fin de la première partie, rubriques*, suivi du numéro, de manière systématique, de telle sorte que le rédacteur y ajoute, si elle est inutile, rubrique non concernée. Il suffit que la copie authentique, qui est publiée, soit conforme au DHN. Enfin, l'exposé est toujours superflu, quoiqu'on en pense.

La désignation doit être concise : l'indication du lieudit ne semble plus se justifier; le cadastre, présenté sous la forme d'un tableau, prend une place importante, alors qu'il peut l'être de manière linéaire. Elle est toujours suivie de la phrase précisant que « *l'immeuble est vendu tel qu'il se poursuit et comporte* » dont on se demande le sens et qui, de surcroît, est une clause de style⁷. L'effet relatif doit s'en tenir à la seule publication de l'acte; pour la nature et quotité, des droits vendus l'extrême brièveté suffit ; s'il y a des baux, il suffit de préciser que l'immeuble est loué, les informations seront données dans la seconde partie. Le mandat de percevoir le prix par les deux époux n'a pas sa place dans l'extrait, puisqu'il constitue un pouvoir donné au notaire de le distribuer. Dans les déclarations fiscales, il est inopportun de statuer sur les exonérations de plus values.

Ce ne sont que des observations éparses, mais les rubriques des formules notariales n'ont aucune rigueur textuelle et l'opportunité de leur place n'est pas toujours justifiée.

A l'évidence, l'acte notarié est dénaturé : s'il scelle l'accord des signataires, il est devenu le lieu privilégié de la transcription, souvent intégrale, des articles du Code civil concernant l'acte en même temps qu'un registre des formalités ou de clauses de précaution informant l'acquéreur des formalités à effectuer sans que cela corresponde à une nécessité.⁸

Il contient des clauses inutiles. Il est d'usage de préciser si le bien vendu est ou non l'objet d'un droit de préemption. S'il ne l'est pas, que cela résulte des textes ou d'un droit de préemption simple, il est inutile de le dire : c'est un effet de la loi ou c'est la conséquence d'une décision de la commune. De même, lorsqu'il en existe un et que le bénéficiaire ne l'exerce pas, il suffit de conserver au dossier la réponse. Si un contentieux naît, il suffit de présenter le document qui justifie de la non existence de ce droit ou du refus de préemption ou se référer aux textes. Les preuves seront apportées par les pièces et non par les déclarations contenues dans l'acte qui ne doit pas être un registre des formalités. Que viennent faire ces clauses, dites d'information, précisant notamment pour une vente de parcelle à bâtir, qu'il faut souscrire une assurance de dommages ouvrages, que le constructeur doit délivrer un dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage, tout à fait inutile et qui alourdissent l'acte inutilement ? Au notaire qui le désire d'informer son client de ces obligations en lui communicant les textes.

⁷ Notarial Répertoire, vente, fascicule 250 p. 5

⁸ Henri BOSVIEUX : Plaidoyer pour la rénovation de l'acte authentique JCP N.I. Doctrine 1981 p. 391

Est-il nécessaire de rapporter la note de renseignement d'urbanisme *in extenso* surtout lorsqu'elle ne contient aucune servitude légale ou administratives ?

Ne devrait-on pas la faire signer par les acquéreurs et la conserver en précisant, dans l'acte, qu'il n'en n'existe pas mais dans le cas contraire, les retranscrire dans l'acte ? S'il s'agit des certificats des articles L.410-1 et 315-54 du Code de l'Urbanisme, il suffirait de les annexer à l'acte après qu'ils aient été approuvés par les vendeurs. Il en va de même pour celui de l'article L 111-5 : il n'y a aucune raison de l'inclure dans la première partie du DHN, car il n'en est pas un élément constitutif du fichier immobilier.⁹

Les clauses de style sont incompatibles avec le droit de la consommation.

Elles ne sont valables que si elle correspondent à une volonté réelle des parties. Celle concernant les servitudes peut souvent être qualifiée de telle ; quel acquéreur peut admettre d'être « *tenu de supporter les servitudes passives et apparentes ou non apparentes, sauf à s'en défendre à ses risques et périls, et à profiter de celles actives, s'il en existe* » ? Cette formule a ses limites et l'acquéreur, consommateur protégé, est en droit d'avoir une information plus complète.¹⁰ On se demande comment une telle clause peut encore figurer dans un acte de vente. Le vendeur doit en effet déclarer les servitudes non apparentes (art.1638 du Code civil), les charges (art.1626), les servitudes actives, les servitudes légales de portée particulière.¹¹ Elle pourrait être rédigée ainsi: *l'acquéreur s'oblige à supporter les servitudes apparentes et légales de portée générale, le vendeur déclarant qu'à sa connaissance il n'en existe aucune autre et que personnellement, il n'en a crée aucune réelle ou personnelle* » Il va de soi que le notaire vérifiera que l'état hypothécaire n'en révèle pas.

Il est erroné de dire que les contrats de fournitures seront transférés à l'acquéreur ; au vendeur de les apurer.¹² Certaines formules contiennent encore une clause de transfert de ligne téléphonique, bien qu'elle soit nulle. Le contrat d'assurance peut soit être poursuivi, soit être résilié : la continuation étant automatique, il convient d'informer l'acquéreur que, s'il n'en prend pas la suite, il devra le résilier, sinon il sera contraint de payer les primes échues.¹³ Les clauses habituelles sont équivoques et se bornent souvent à retranscrire l'article L.210-10 du Code des Assurances. On peut la rédiger ainsi : *l'acquéreur fera son affaire personnelle de la continuation ou de la résiliation des*

⁹ L'indication du contenu de ce certificat a été fait à la demande du Conseil Supérieur du Notariat. Le conservateur n'est pas tenu de l'accepter: BOI 10 E- 2- 83 :JCP 1983,Ed.N.pratique.On notera que la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains supprime le certificat de l'article L.111.5,C.urb auquel se substituera celui de l'article L.410-1 qui devra être reproduit dans la convention. Ne pourrait-on pas saisir l'occasion de l'annexer ? Le cahier des charges du lotissement a été longtemps inclus dans l'acte ; aujourd'hui il ne l'est plus.

¹⁰ Notarial Formulaire : avant contrat fasc. 102 p 11

¹¹ La vente volontaire d'immeuble : 77^{ème} Congrès des Notaires de France : Montpellier 1981 - Les garanties de l'acquéreur. J.P. Decorps p. 358

¹² VION Rép. Defr. 1974 art. 30535

¹³ Cass Civ 1^{er} Juin 1977 JCP N p 54 (1^{ère} espèce) note Besson

contrats d'assurance, ayant été informé que, s'il ne les résilie pas, il sera tenu de payer les primes échues.

Les clauses concernant la capacité ont elles une portée juridique ? Le notaire peut-il s'en tenir à la déclaration des parties ? Suffit-elle à l'exonérer de sa responsabilité, si elle est mensongère. On en doute.

La sauvegarde de justice n'est pas une incapacité puisque le majeur, placé sous ce régime, peut vendre. Cette protection fait l'objet d'une publicité confidentielle. La déclaration, faite par le vendeur, qu'il n'y est pas soumis n'est pas nécessaire : elle est contraire à l'esprit de cette protection qui présume la majeur capable.¹⁴ Le même raisonnement peut être tenu pour le règlement amiable ; mais la vente n'est pas possible et en ce cas, le notaire ne pouvant pas vérifier si le vendeur est sous le coup de cette protection, il devra déclarer qu'il n'y est pas soumis.

La tutelle et la curatelle, mesures d'incapacité, font l'objet d'une publicité par une mention en marge sur l'acte de naissance; le redressement et la liquidation judiciaire, la faillite personnelle - mesure de dessaisissement et non d'incapacité - le sont au greffe du tribunal de commerce. La déclaration mensongère du vendeur ne décharge pas le notaire de sa responsabilité. Il en va de même pour les signataires qui ont conclu un PACS. Il lui appartient de vérifier les déclarations des signataires et non pas de les faire confirmer.¹⁵

On se plaît à consacrer une rubrique, *Situation hypothécaire*, qui ne peut être exacte dès l'instant où, seul, l'état sur formalité constitue le document de travail. Elle ne présente aucun intérêt pour les signataires et n'est utile au notaire qu'au titre des formalités préalables. Enfin, le paragraphe précisant que le notaire effectuera les formalités - il y est tenu par la loi - ou celui de la remise des titres - le fichier immobilier est opposable à tous -, sont superflus.

Il faut rédiger un acte de vente concis : le signataire et le bureau des hypothèques y trouveront leur compte, le premier en en prenant connaissance - car le projet, qu'il sera nécessaire de lui envoyer tôt ou tard, sera lisible - et le second, en ne saisissant que les informations indispensables et suffisantes.

Un ancien Garde des Sceaux disait, à propos de la réforme des acte d'huissiers « *qu'une rénovation aussi profonde de la présentation des actes judiciaires pourra, dans un premier temps, surprendre par sa nouveauté* ». Cette réaction sera, sans nul doute, celle des notaires. Ils y seront d'abord hostiles, jusqu'au jour où elle leur sera imposée, s'il ne la font eux mêmes. Le consumérisme fait fi de l'ésotérisme.

L'indispensable modernisation de l'acte notarié passe par une critique textuelle radicale. Le notariat y est condamné s'il veut aider à l'informatisation du fichier immobilier et surtout, en être l'initiateur. C'est affirmer, une fois encore, l'étroite collaboration entre

¹⁴ O. Farthouat : Capacité protection et sauvegarde de justice : quels risques en droit civil ? JCP N 1999 n° 21

¹⁵ Cass Civ 1^{ère}, 9 Novembre 1999

cette profession et l'administration. A la condition, bien entendu, de réformer profondément le style des actes.

Ce ne sera pas chose aisée, car « *la simplicité exige bien du talent* »¹⁶.

Chapitre Cinquième : LA REECRITURE DE L'ACTE DE VENTE

Après l'analyse de l'acte formant le fil conducteur de nos travaux, voici ce que pourrait être le même acte, lisible, simplifié :

*Le dix mars deux mille trois,
Maître Albert TABELLION, Notaire à 75015 PARIS, 10, Place des Clercs, a reçu l'acte de :*

VENTE

Par :

*Andreas Johannes Maria VAN DEUR, demeurant PARIS (14^{ème}), 45, rue Baillou, né à LA HAYE,(Pays Bas) le 05 juin 1942.
Et Angèle Mathilde Marthe DUBUIS, demeurant à PARIS (14^{ème}), 45, rue Baillou, née à VIENNE, le 16 juin 1944.*

Nommés LE VENDEUR, s'obligeant solidairement,

A :

La société civile immobilière DELACHAT, au capital de 5 402,00 Euros, ayant son siège social à PARIS, (17^{ème}) 95, rue des Pirouettes, n° SIREN 93154689, immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de PARIS, représentée par Jean PATRICK, son gérant aux termes d'une délibération du 16 Janvier 2003.

Nommée L'ACQUEREUR

De l'immeuble dont il donne la

DESIGNATION

A MALAUCENE (VAUCLUSE) une maison d'un étage comprenant au rez-de-chaussée : salle de séjour, cuisine, salle à manger et au premier étage 3 chambres , salle de bains, buanderie et WC avec une cour, construite en 1945, cadastrée section BC , n° 24 (90 ca), 25 (5 ca) et 26(3a20).

Désigné L'IMMEUBLE,

Avec ses dépendances

REFERENCE DE PUBLICATION

Le titre du vendeur a été publié à AVIGNON, le 1er avril 1963,vol.437, n°16.

NATURE ET QUOTITE DES DROITS VENDUS

Vente de la pleine propriété.

¹⁶ F. de Clostes - B. Lussato : L'Imposture Informatique (Ed. Fayard)

aux condition suivantes :

PROPRIETE - JOUISSANCE

Effet immédiat, l'immeuble n'est ni loué ni occupé.

PRIX

QUATRE CENT MILLE EUROS (400 000 EUROS) payé comptant à la comptabilité du notaire soussigné par l'acquéreur au vendeur qui lui en donne QUITTANCE.

DECLARATIONS - DROITS

Les comparants sont résidents français .

Régime du droit commun (CGI.art.1594 D)

Domicile fiscal du vendeur : PARIS 14^{ème} Petit Montrouge

L'immeuble a été acquis le 25 février 1963 au prix de 980 000 Francs

$$400\ 000 \times 3,60\ \% = 14\ 400,00$$

$$400\ 000 \times 1,20\ \% = 4\ 800,00$$

$$14\ 000 \times 2,50\ \% = 350,00$$

$$19\ 560,00$$

OBLIGATIONS

L'acquéreur s'oblige à :

- prendre l'immeuble dans son état actuel sans recours contre le vendeur pour quelque cause que ce soit,¹⁷ sauf le(s) vice(s) caché(s) connu(s) du vendeur et non déclaré(s) à l'acquéreur.

- supporter le(s) servitude(s) apparente(s) et le(s) servitude(s) légales de portée générale ,s'il en existe ;

- payer les frais, droits et honoraires et l'impôt foncier, dès ce jour ;

- faire son affaire personnelle de la continuation ou de la résiliation des contrats d'assurance, ayant été informé que, s'il ne les résilie pas, il sera tenu de payer les primes échues.

ORIGINE DE PROPRIETE

Les biens et droits immobiliers ci-dessus désignés appartiennent pour moitié indivise à Monsieur VAN DEUR et pour moitié indivise à Mademoiselle DUBUIS

Par suite de l'acquisition qu'ils en ont faite dans lesdites proportions

Acte de Me Donat UNBONCONSEIL, Notaire à PRIVAS, le 2 mars 1963 publié comme il est dans l'extrait de VENTE moyennant un prix payé comptant.

DECLARATIONS

Le vendeur et acquéreur déclarent avoir reçu, avant la signature, un projet d'acte.

Le vendeur,

** ne pas être en état de règlement amiable ou redressement judiciaire civil ;*

¹⁷ Mieux vaut une formule générale - ce qui est énonciatif est limitatif - si le vendeur est de bonne foi : Cass Civ 3^{ème} 12 novemvre 1975, JCP 1978 II p 163

- * qu'il n'a consenti aucune servitude personnelle ou réelle et, qu'à sa connaissance, il n'en existe pas; la note de renseignement d'urbanisme n'en révèle aucune ;*
- * qu'il n'a pas effectué des travaux relevant de l'assurance de dommages ouvrage ;*
- * qu'il n'a pas constaté la présence de termites, l'immeuble n'étant pas situé dans une zone infestée ayant donné lieu à un arrêté préfectoral et qu'il n'a reçu du maire aucune injonction de rechercher des termites ou de procéder à des travaux préventifs.*
- * que le diagnostic technique ne fait apparaître aucun état des risques d'accessibilité au plomb;*
- * que l'immeuble est raccordé au tout à l'égout ; qu'il n'est frappé d'aucune mesure d'indisponibilité et qu'il n'a pas de vice caché.*
- * qu'il a résilié tous les contrats d'abonnement de services.*
- * qu'il s'oblige à payer les frais inscriptions que l'état hypothécaire révélerait.*

POUVOIRS

1°) Les comparants donnent pouvoir à un clerc de l'étude pour signer les actes rectificatifs nécessaires à l'exécution des formalités.

2°) Chacun des époux donne pouvoir à l'autre de percevoir la totalité du prix de vente.

AFFIRMATION DE SINCERITE

Les parties affirment, sous les peines édictées par l'article 1837 du Code Général des Impôts, que l'acte exprime l'intégralité du prix; elles reconnaissent avoir été informées par le notaire des peines encourues en cas d'inexactitude de cette affirmation.

Le notaire affirme qu'à sa connaissance le prix n'est modifié par aucune contre lettre.

Les comparants ont lu l'acte, rédigé sur ++++ pages et l'ont signé en présence du notaire.

ANNEXES

Certificat de non accessibilité au plomb.

Note de renseignement d'urbanisme.

Origine trentenaire.

Renonciation au droit de préemption urbain.

8. Mieux vaut une formule générale - ce qui est énonciatif est limitatif - si le vendeur est de bonne foi : Cass.civ.3 éme. 12 novembre 1975.J.C.P 78,II,p.163.

DEUXIEME COMMISSION

**L'AUTHENTICITE : UNE SECURITE
EUROPEENNE ?**

L'ACTE AUTHENTIQUE HORS DE NOS ETUDES

PREMIERE PARTIE :

L'AUTHENTICITE : UNE SECURITE EUROPEENNE ?

Par Maria Antonietta COSSU

La première réglementation générale du Notariat a été mise en place par le roi François Ier, en 1539, avec l'ordonnance de Villers-Cotterêts.

Le Notariat n'a cessé ensuite de se développer jusqu'à la fin du 18^{ème} siècle et les archives notariales conservées permettent de constater la diversité des actes notariés passés sous l'Ancien Régime.

Ces archives constituent une extraordinaire mine de renseignements sur l'histoire de la société française et montrent la place et l'importance du Notariat dans la vie de tous les jours que la Révolution française de 1789 n'a pas abrogé puisqu'au contraire, cette profession se trouve réorganisée et modernisée.

La loi organique du Notariat moderne datée du 25 Ventôse An 11 (16 mars 1803) a donc consacré cette brillante institution ; l'emblème du Notariat est d'ailleurs, depuis le 17^{ème} siècle, le "GNOMON", figuré par un cadran solaire qui donne "l'heure vraie", symbolisant la vérité qu'expriment les Notaires, et, par là même, l'authenticité.

Depuis l'instauration, sous l'égide de Napoléon 1^{er}, du Code Civil en 1804, l'institution notariale s'est diffusée dans de nombreux pays qui l'adopteront.

Depuis le 19^{ème} siècle, le Notariat n'a cessé de participer à la transformation profonde de la société passant ainsi d'une France rurale à une société industrielle moderne pour arriver de nos jours à l'ère électronique.

Descendant des scribes et des tabellions de l'Antiquité, le Notaire est aujourd'hui :

« Un officier public ayant reçu délégation de l'autorité de l'Etat pour conférer l'authenticité aux actes dont il est l'auteur, tout en assurant la conservation, la force probante et la force exécutoire desdits actes.

Cette définition du Notaire a été prise par une résolution approuvée à l'unanimité des Notariats membres de l'Union Européenne les 22 et 23 mars 1990 à Madrid.

Cette même définition figure dans le Code Européen de Déontologie Notariale adopté par l'Assemblée de Naples les 3 et 4 février 1995, modifié lors de l'Assemblée de Graz, les 20 et 21 octobre 1995 et ratifié par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas.

Le Notariat, présent dans diverses nations, est une institution universelle.

Rappelons ici quelques dates :

- 1948 : Participation des Notaires français à la création de l'Union Internationale du Notariat Latin (UINL), fondée le 2 octobre 1948 ;
- 1955 : Création au sein de l'UINL d'une commission des affaires européennes qui œuvre en faveur de l'harmonisation du droit européen, notamment dans le domaine du droit de l'entreprise et du droit de la famille ;
- 1992 : Adoption d'un panonceau commun à tous les notariats de l'Union Européenne ;
- 1993 : Création de la Conférence des Notariats de l'Union Européenne (CNUE) émanation de l'UINL et dont le 10^{ème} anniversaire a été fêté le 17 septembre dernier à Bruxelles ;

Précisons que la présidence de cette Conférence est assurée en 2003 par la France, elle-même représentée par Maître Armand ROTH, président du Conseil supérieur du notariat français.

La même année : signature d'un protocole d'accord entre le Notariat français et le Notariat chinois, afin d'assurer une garantie juridique aux entreprises qui investissent en Chine ;

- 1995 : Adoption d'un Code Européen de Déontologie Notariale qui rappelle les principes suivants : indépendance, impartialité, secret professionnel, haut niveau de formation juridique, responsabilité professionnelle.

Rappelons également :

- la coopération internationale du Notariat français avec notamment la *Maison du Droit à Hanoi*, créée à l'occasion d'une visite du Président de la République française au Vietnam en 1993, et qui s'est vu impartir divers objectifs dont la participation du Notariat français au Comité d'orientation de la Maison du Droit en assurant des formations sous forme de séminaires et colloques.
- que, dans le cadre du partenariat avec le Consortium d'appui au collège juridique et à l'Institut du droit des affaires roumain, les Notaires français assistent les représentants roumains en vue de la mise en place des institutions notariales dans ce pays.
- les nombreux accords de jumelage entre Notaires français et étrangers donnant lieu à des échanges de délégations et d'informations,
- la présence du Notariat en Amérique latine, en Afrique et dans de nombreux pays qui s'ouvrent à l'économie de marché,
- le développement de l'institution notariale dans certains pays de droit anglo-saxons tels que Malte par exemple ou l'Ile Maurice.

Les citoyens d'Europe, de plus en plus d'ailleurs dans le cadre de la mondialisation des échanges, concluent entre eux, un nombre de contrats chaque jour de plus en plus nombreux, importants et complexes.

Les Notaires se sont donc posé la question de savoir quelles pouvaient être les conséquences de ce développement des relations ou des transactions hors des frontières pour la sécurité juridique d'autant qu'à l'ère électronique, de nouvelles habitudes s'installent et quelle place l'acte authentique qu'est l'acte notarié peut-il ou doit-il occuper en Europe et ailleurs ?

En tant que délégataire de l'autorité de l'Etat, le Notaire authentifie les conventions pour lesquelles il est investi d'un devoir de conseil tout en respectant les

valeurs de neutralités et d'objectivité, et donne force de loi à ces contrats dont il se doit de respecter l'équilibre.

L'acte notarié est ainsi un instrument de sécurité juridique des contrats et des relations privées en quelque domaine qu'il s'applique : familial, patrimonial ou des affaires.

« LEX EST QUODCUMQUE NOTAMUS »
« Les actes notariés ont force de loi »

L'acte notarié ou acte rédigé sous le sceau de l'Etat est également appelé acte authentique.

Certes, l'acte notarié n'est pas le seul acte authentique existant. Mais l'acte notarié est souvent considéré comme un modèle type et sûrement le plus important des actes authentiques.

Le Code Civil français précise dans son article 1317 (issu de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 art. 1 et art. 2 Journal Officiel du 14 mars 2000). L'acte authentique est celui qui a été reçu par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Contrairement à l'acte sous seing privé, rédigé par les parties elles mêmes sans l'intervention d'une quelconque autorité publique, l'acte authentique présente divers avantages permettant d'assurer une sécurité dans la rédaction de l'acte : le Notaire, tiers assermenté, librement choisi par les parties, a pour mission de garantir la légalité des actes qu'il reçoit, et leur conformité avec les lois et règlements.

Cette faculté pour le Notaire d'offrir aux clients l'authenticité des actes qu'il reçoit est également précisée dans l'article 1 de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Le Notaire, lorsqu'il est requis, est tenu d'instrumenter dès lors que l'acte demandé n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs.

Témoin neutre et impartial, gardien de la légalité, le Notaire assure la défense des intérêts personnels et patrimoniaux de ses clients, veille à l'équilibre du contrat tout en favorisant le règlement amiable des conflits.

Il effectue tous les contrôles nécessaires et assume son devoir de conseil, il vérifie la capacité et le libre consentement des contractants permettant ainsi dans le strict respect des lois et du secret professionnel, de parvenir à une commune intention dont il assumera la formulation juridique exacte par la rédaction claire des clauses de l'acte.

Nommé par le ministre de la Justice, détenteur du sceau de l'Etat et ayant le pouvoir de l'apposer sur les actes qu'il reçoit, homme ou femme de confiance par excellence, le Notaire exerce toutes les prérogatives de puissance publique déléguées par l'Etat, et assume l'entière responsabilité tant de la véracité que de l'efficacité de l'acte qu'il reçoit,

financièrement et personnellement responsable lorsqu'il commet une erreur de droit et qu'un préjudice, en résulte pour son client.

Précisons cependant que dans les pays de « common law », la puissance publique n'interfère que pour les actes de gouvernement et les décisions des tribunaux.

Le Notaire, par son intervention, donne toute son ampleur à l'authenticité, l'acte authentique ayant la même force et la même valeur qu'un jugement rendu en dernier ressort, assurant ainsi une réelle sécurité juridique aux parties.

Il existe un « monopole de l'acte authentique » et, pour comprendre la portée de cette expression, il convient de préciser que fréquemment le Notaire se trouve en concurrence avec des fonctionnaires habilités à dresser des actes authentiques en la forme administrative mais qu'il détient l'exclusivité de l'acte authentique dans la mesure où cet acte contient un acte juridique.

Dans la plupart des pays européens, le Notaire est officier public institué pour recevoir les actes authentiques, leur donner une force publique, les conserver en dépôt, en délivrer des copies, des certificats et des extraits.

Dans d'autres états membres comme l'Irlande ou l'Angleterre, la fonction de Notaire est exercée par le notary public qui est souvent un solicitor spécialisé, le solicitor étant lui-même le généraliste du droit : celui qui exerce certaines des activités de l'avocat et du Notaire français mais qui joue essentiellement un rôle dans le domaine de la procédure.

Le notary public a souvent été rapproché du Notaire français car il authentifie, certifie, atteste les contrats ou autres documents qui lui sont soumis, destinés à l'étranger.

Cependant le notary public ne peut être l'équivalent du Notaire français du fait que la fonction d'authentification qui lui est confiée, dans un pays où les actes ne sont pas authentiques, consiste en une légalisation des actes ou une simple certification de signatures, sans la « valeur ajoutée » que représente l'intervention du Notaire dans sa mission de conseil, la rédaction des acte ou encore leur enregistrement.

Le Notaire exerce une fonction préventive des litiges et des conflits en supprimant ou réduisant tous risques de contentieux.

En réalité, la suprématie de l'acte authentique vient de la protection que la loi accorde à ce type d'acte.

L'acte authentique établi en un seul exemplaire original, la minute (*de minuta scriptura*, car, naguère, ce document était rédigé en petits caractères), qui est conservée par le Notaire rédacteur de l'acte, dans la plupart des pays pendant 100 ans, avant d'être déposée aux Archives de l'Etat (Archives Départementales), ou confiée à une autorité responsable nommée par l'Etat, ne peut ni disparaître ni être falsifié. Son contenu et sa date sont indiscutables. Il permet d'obtenir le concours de la force publique lorsqu'une partie au contrat ne tient pas son engagement

Il présente la meilleure garantie contre les falsifications ou les détériorations du temps.

Les parties contractantes reçoivent une copie (la copie authentique) et dans le cas de contrat à exécution successive, le créancier se voit remettre une copie exécutoire. Ces copies délivrées par le Notaire sont elles-mêmes authentiques.

C'est le Notaire et lui seul, en sa qualité d'officier ministériel, qui confère in fine, l'authenticité aux actes, par l'apposition de sa signature et de son sceau.

Cette mission du Notaire ne se limite ainsi pas à la rédaction des actes, elle comporte également le pouvoir de conférer l'authenticité, spécifique aux pays latins, et joue donc un rôle essentiel, le régime de la preuve reposant sur l'écrit.

Tout en étant un document officiel l'acte authentique est couvert par un secret professionnel absolu.

Chapitre Premier : LES VERTUS DE L'ACTE AUTHENTIQUE

Le recours à l'acte authentique emporte les effets essentiels suivants que l'on considère comme les principales vertus de ce type d'acte :

- date certaine
- force probante
- force exécutoire.

Section I - DATE CERTAINE

Il importe, que ce soit au plan civil qu'au plan fiscal, de pouvoir déterminer la date à laquelle l'engagement ou la disposition est intervenue.

La mention de la date fait foi entre les parties jusqu'à preuve du contraire mais elle se trouve être une formalité nécessaire pour rendre l'acte opposable aux tiers.

Les dispositions de l'article 1328 du Code civil précisent :

« les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire ».

Il en résulte donc que la date d'un acte sous seing privé ne peut pas être opposée de plein droit aux tiers.

La date certaine permet d'établir certes la date réelle de l'acte, mais aussi son antériorité par rapport à certains faits déterminés.

Dans le cas des actes sous seing privé, la date est rendue certaine par le biais d'un dépôt au rang des minutes d'un Notaire ou par la formalité de l'enregistrement.

L'acte notarié nous l'avons vu plus haut, et conformément aux dispositions de l'article 1328 du Code Civil, *« fait par lui-même pleine foi de sa date jusqu'à inscription de faux »*

alors que pour avoir date certaine, un acte sous seing privé doit avoir été enregistré ou être relaté dans un acte authentique ou après le décès de l'une des parties ».

Donc, en premier lieu, et pour éviter toute ambiguïté ultérieure l'acte notarié doit comporter la date à laquelle est apposée chaque signature.

La date doit figurer en toute lettres.

Cependant, parfois lorsque interviennent plusieurs actes en chaîne signés le même jour, ou encore dans de cas très particulier, et là encore pour éviter toute ambiguïté, il conviendra de préciser outre la date, l'heure à laquelle l'acte a été signé.

A cet égard, la mention de l'heure est prévue dans les procès-verbaux rédigés après la tenue des assemblées de copropriété ou de société, pourquoi exiger un tel formalisme pour des actes susceptibles de contestation alors que l'indication de l'heure dans les actes authentiques pourrait parfois être bien utile ainsi qu'il a été dit.

Dans les autres pays européens, l'acte authentique a également une date incontestable.

Section II - FORCE PROBANTE

L'article 1319 du Code Civil français (Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 art. 1 Journal Officiel du 14 mars 2000) dispose :

« L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. »

Toute personne produisant un acte authentique n'a donc pas à en prouver la véracité.

Les mentions contenues dans l'acte notarié ne peuvent être contestées par la simple preuve, la force probante de l'acte authentique met celui-ci à l'abri des contestations.

Ainsi, dans un acte authentique, aucun des signataires participant à l'acte ne peut prétendre ne pas l'avoir signé lui-même.

Seule la procédure de l'inscription de faux en écriture publique permet de contester la date, la sincérité des signatures, la teneur des déclarations des parties et l'accomplissement des faits dont le Notaire a été témoin ce qui n'est pas le cas de l'acte sous seing privé puisque, ici, c'est à celui qui voudra en prouver l'existence d'en faire la démonstration.

C'est pratiquement la même chose dans les autres pays européens, toutefois, en Suisse, seuls les faits constatés dans un acte authentique jouissent de la force probante (Art. 9 du Code Civil Suisse).

Ce critère de la force probante est à rapprocher de celui existant en matière de

légalisation, aussi convient-il ici de parler de la légalisation et de l'apostille, qui comme nous le verrons plus loin est une forme facilitée de légalisation et voir leur différence avec la certification.

La légalisation, rappelons-le, est l'attestation par un fonctionnaire du Ministère des Affaires Etrangères de l'exactitude de la signature apposée sur un acte, c'est-à-dire une reconnaissance matérielle de cette signature mais surtout l'authentification de la qualité du signataire.

S'il s'agit d'un acte public, de la qualité de celui qui l'a reçu, son fondement étant de permettre à un acte passé à l'étranger d'avoir force probante dans le pays d'accueil.

Son application est prévue pour l'ensemble des Etats de la Communauté Européenne et est déjà applicable par les Etats l'ayant ratifiée sous condition de réciprocité, ce qui est le cas pour la France, le Danemark et l'Italie depuis le 12 mai 1992.

Cette légalisation a pour seule conséquence de permettre que l'acte signé en France ait force probante dans le pays d'accueil.

La légalisation ne doit pas être confondue, comme cela a souvent été le cas, avec la certification de signature qui n'est qu'une simple reconnaissance matérielle de la signature

Il convient cependant de préciser ici que dans le cas d'existence de Conventions supprimant ou dispensant de toute légalisation, entre la France et le pays étranger où l'acte sous seing privé ou authentique doit être utilisé, la seule signature du Notaire authenticateur ou certificateur suffira.

Ainsi sont dispensés de toute formalité de légalisation donc y compris de l'apostille les actes notariés ou sous seings privés dont la signature des parties a été certifiée par un Notaire français, et destinés à être produits dans les pays suivants :

Allemagne, Belgique, Hongrie, Italie, Monaco, Roumanie, San Marin, Tchécoslovaquie, Yougoslavie, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Égypte, Gabon, Madagascar, Mali, Maroc, Mauritanie, Niger, République Centrafricaine, Sénégal, Tchad, Congo, Brésil, Vietnam.

En revanche, dans d'autres pays, l'apostille de la Convention de La Haye dont il sera parlé ci-après, est seule nécessaire :

Argentine, Autriche, Bahamas, Botswana, Brunei-Darusselam, Chypre, Espagne, États-Unis, Îles Fidji, Finlande, France, Grande-Bretagne, Grèce, Israël, Japon, Lesotho, Liechtenstein, Luxembourg, Malawi, Malte, Île Maurice, Nouvelles-Hébrides, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Seychelles, Swaziland, Suisse, Surinam, Îles Tonga et Turquie

Pour tous les autres Pays non cités plus haut, les actes doivent être légalisés par le Ministère des Affaires Etrangères.

La signature du fonctionnaire des Affaires Etrangères est elle-même légalisée par le Consul en France du pays d'utilisation de l'acte.

Et, si l'acte a été adressé à l'étranger sans cette double formalité, il sera toujours possible de demander au Consul de France exerçant ses fonctions dans le pays où le document doit être utilisé, de légaliser la signature du Notaire français.

Certains pays sont convenus de supprimer en tout ou partie le système des légalisations.

C'est ainsi que les documents des pays membre du Conseil de l'Europe ne doivent plus être munis d'une légalisation.

Souvent, il existe des formulaires identiques dans les pays européens qui n'ont besoin d'aucune traduction ou légalisation pour être utilisés dans un autre pays européen.

De plus, la plus grande partie des pays est membre de la Convention de La Haye par laquelle la légalisation consulaire est remplacée par une autre forme de légalisation facilitée, nommée *apostille* citée plus haut.

Une apostille est un sceau spécial appliqué par une autorité pour certifier qu'un document officiel est une copie conforme à l'original et représente la formule prévue par la convention de La Haye, pour tenir lieu de légalisation d'un acte public.

Les apostilles sont disponibles dans les pays qui ont signé la convention du 5 octobre 1961 connue sous le nom de *Convention de La Haye* supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.

Chaque pays ayant signé la *Convention de La Haye* désigne l'autorité qui, sur son territoire, peut émettre des apostilles.

L'apostille a ainsi remplacé le processus de légalisation en chaîne et notamment la double légalisation obligatoire lorsque les deux Etats ont ratifié cette convention internationale.

Elle s'obtient auprès de la cour d'appel du domicile ou siège des requérants.

Le Procureur Général auprès de la Cour d'Appel pour l'apostille de la Convention de La Haye, ou le fonctionnaire du Ministère des Affaires Etrangères dans les autres cas non couverts par cette Convention, ou par une autre Convention dispensant la légalisation n'interviendra que pour attester l'exactitude de la signature du Notaire et de son sceau qui figurent sur l'acte authentique ou sur la formule de certification de signature.

Les apostilles sont utilisées à chaque fois qu'une copie d'un document officiel d'un autre pays est nécessaire.

Par exemple, pour les mariages, les adoptions, les héritages ou mêmes les contrats internationaux, l'apostille est une confirmation officielle que la copie du document est conforme à l'original.

En effet, de manière générale, les documents officiels ne sont valables que dans leur propre pays et pour faire valider et reconnaître ces documents en vue de leur production dans un pays étranger, ils doivent être légalisés.

Il convient de préciser que si un « notary public anglais » certifie un acte revêtu de l'apostille, la notion d'authenticité et la force probante attachée à l'acte authentique ne jouent pas, la responsabilité de celui qui appose son sceau est seulement celle d'un certificateur.

Fréquemment il sera également exigé une traduction par un traducteur officiellement reconnu.

Parfois, il pourra même être exigé que cette traduction soit légalisée par le Consulat.

Pour être valables au Mexique, où se déroule ce congrès, les documents délivrés à l'étranger doivent être apostillés selon les modalités suivantes :

* Faire certifier conforme la photocopie, dans une mairie ou un commissariat de police, en présentant le document original ;

Puis, pour obtenir l'apostille,

* Présenter l'original et la photocopie certifiée conforme à l'adresse suivante :
- Si les documents ont été délivrés à Paris :

Cour d'appel de Paris - Service Apostille
4, boulevard du Palais 75004 Paris

- S'ils ont été délivrés en province, présenter les documents à la Préfecture correspondante, directement ou par courrier.

Ce service est gratuit.

Ainsi si un Notaire est destinataire d'un acte authentique ou sous seings privés établis hors de France, il devra vérifier si les formalités éventuelles de légalisation ont été régulièrement effectuées par l'Autorité étrangère compétente, sauf les cas de dispense ou d'apostille de la Convention de La Haye, en vertu de la réciprocité prévue dans les Conventions Internationales correspondantes.

Cette vérification devra se faire d'autant plus si l'acte étranger qu'il aura reçu doit être annexé à l'acte authentique qu'il doit lui-même établir, la force probante de l'acte étranger en France résultant de l'accomplissement de ces formalités, même si l'apostille ne signifie pas que le contenu du document original est correct.

Section III - LA FORCE EXECUTOIRE

Une troisième vertu de l'acte notarié est qu'il peut être exécuté d'office.

En présence d'un acte sous seing privé, il importe de faire intervenir le tribunal pour

prendre une mesure conservatoire, ce qui du fait des délais et des contestations possibles, limite l'efficacité de cette démarche.

Dans le cadre d'un acte authentique, le créancier dispose d'un titre qui a la même force qu'un jugement dont toutes les voies de recours sont expirées et qui est donc définitif.

L'avantage pour ce créancier, dont la créance est liquide et certaine, est ici évident, il est dispensé de l'autorisation du juge de l'exécution pour prendre une mesure conservatoire.

Ainsi chaque fois qu'un acte authentique contiendra une obligation de payer, le créancier, même s'il s'agit d'un particulier pourra demander au Notaire de lui délivrer une copie exécutoire, dont la formule exécutoire, en France, est ainsi rédigée :

"En conséquence, la République Française mande et ordonne à tous Huissiers de Justice, sur ce requis de mettre les présentes à exécution.

« Aux Procureurs Généraux et aux Procureurs de la République près les Tribunaux de Grande Instance d'y tenir la main. »

"A tous, Commandants et Officiers de la Force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis".

L'acte notarié portant cette mention appelé copie exécutoire (autrefois « la grosse ») produit tous les effets d'un jugement définitif.

En raison de cette formule exécutoire, c'est l'Etat lui-même qui proclame comme loi privée les stipulations des parties objets de leur convention et ordonne aux autorités concernées de prêter assistance pour l'exécution de cet acte.

Pour faire exécuter un acte sous seing privé en matière internationale, avant même de faire reconnaître par un juge étranger l'objet du contrat, il conviendra de faire reconnaître l'existence du contrat.

En revanche l'acte authentique, on le sait peu, est un véritable acte européen, qui en cas de difficulté d'exécution de son contenu, permet de limiter au minimum les procédures devant le juge saisi du pays concerné.

Revêtus de cette formule exécutoire, les actes authentiques ont effet par eux-mêmes, sans qu'il soit nécessaire d'une quelconque procédure préalable, et ce même dans les pays de l'Union Européenne

En effet, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 dite *Convention de Bruxelles I* modifiée en 1987 a conféré à l'acte authentique, dans les pays de la Communauté Economique Européenne, force exécutoire hors du territoire sur lequel il a été établi, lui assurant ainsi une efficacité internationale.

La Convention de Lugano produit pratiquement les mêmes effets pour les actes étrangers exécutoires en Suisse.

La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée qui reconnaît aux actes authentiques rentrant dans son champ d'application leur équivalence à une décision

judiciaire et par conséquent leur immédiate pleine efficacité, ainsi qu'il a été dit plus haut, a été remplacée depuis le 1er mars 2002, par le règlement *CE n° 44-2001* du 22 décembre 2000 appelé *Convention de Bruxelles II* publié au Journal officiel des Communautés Européennes du 16 janvier 2001.

Ce règlement, concerne la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et des actes authentiques exécutoires, en matière civile et commerciale.

Certains articles de l'ancienne convention ont été complètement réformés et la procédure d'exequatur des décisions et des actes exécutoires est largement simplifiée.

Pour certains, la création de ce titre exécutoire européen laissait penser que les autorités européennes envisageaient de créer un nouvel acte exécutoire, et de conférer –sous certaines conditions- la force exécutoire à un acte n'émanant pas d'une autorité publique.

Le notariat européen a immédiatement réagi en rappelant les conditions dans lesquelles un titre pouvait être déclaré exécutoire.

Dès lors que l'acte réunit les conditions nécessaires à son authenticité dans l'Etat d'origine et que l'exécution de celui-ci n'est pas contraire à l'ordre public de l'Etat dans lequel celui-ci devra être exécuté, "les actes authentiques reçus et exécutoires dans un état contractant sont sur requête, revêtus de la formule exécutoire dans un autre Etat contractant".

Cela devrait conduire le citoyen européen quel qu'il soit à privilégier le recours à l'acte notarié puisque et comme il a été dit plus haut l'acte sous seing privé ne pourra bénéficier de cette procédure qu'en ayant recours à un jugement faisant suite à une action judiciaire ce qui implique une perte de temps incompatible avec les impératifs du monde moderne.

Cet autre avantage conféré par l'acte authentique démontre une fois encore la supériorité qui lui est reconnue sur l'acte sous seing privé.

Pour que l'acte authentique ait, dans tous les pays d'Europe, la même force qu'en France, il importe d'accorder à ce type d'acte une véritable dimension européenne.

Et ce d'autant plus que, nous l'avons vu, la plupart des échanges qu'ils soient de type familial, patrimonial ou professionnel se produisent désormais dans un cadre mondial et le plus souvent européen.

Les exigences nouvelles qui en découlent ne sont pas toujours simples à mettre en œuvre dans la mesure où au sein de l'Union Européenne coexistent deux systèmes juridiques : "common law" et droit latin.

Or, le caractère exécutoire des actes authentiques, bien que nécessaire, n'est pas identique dans tous les pays européens.

En Belgique, le processus est identique à celui opéré en France.

Mais, par exemple en Italie, la création du titre sous la forme exécutoire peut être faite seulement pour la partie en faveur de laquelle la mesure a été prononcée ou pour la partie en faveur de laquelle l'obligation a été signée ou, évidemment, à ses successeurs et, dans tous les cas, avec indication de la personne en faveur de laquelle il a été créé.

L'acte authentique (appelée "spedizione") sous une forme exécutoire comportera la formule suivante :

« *Repubblica Italiana in nome della legge*

« *Comandiamo a tutti gli Ufficiali giudiziari che ne siano richiesti ed a chiunque spetti di mettere a esecuzione il presente titolo, al pubblico ministero di darvi assistenza e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi, quando ne siano legalmente richiesti.* »

Soit :

République Italienne au nom de la Loi

Nous commandons à tous les huissiers de justice qui en sont requis et à quiconque en est obligé, d'exécuter le présent titre, au ministère public de vous y assister et à tous les officiers des forces publiques d'y concourir, lorsqu'ils en sont légalement requis. »

En Espagne, les actes authentiques sont établis, visés et munis de son sceau par un Notaire.

Tous les actes authentiques reçus par cet officier public et exécutoires en Espagne, sont susceptibles de recevoir l'exequatur en France selon la procédure instaurée par la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, limitant aux termes de son article 50, le contrôle à leur régularité formelle et à l'absence de contrariété entre leur exécution et l'ordre public du pays où il doit être exécuté.

En revanche, si les actes authentiques sont exécutoires outre-manche, il n'en est pas de même pour l'exécution sur le continent européen des contrats rédigés par les britanniques auxquels, il convient de le préciser de nouveau ici, n'est pas attachée l'autorité publique conférée aux actes notariés.

L'authenticité en facilitant l'administration de la preuve d'un contrat et en favorisant son exécution ouvre les portes d'une société plus sûre, plus efficace et plus libérale.

Il conviendrait donc de proposer la valeur ajoutée de l'authenticité au système juridique anglo-saxon.

De même, si la loi n'en fait pas l'obligation, il serait également souhaitable que certains contrats soient établis sous la forme authentique, ce qui représente un réel avantage comparé aux risques ou à l'incertitude qui peuvent naître d'un simple contrat ou d'un acte sous seing privé.

C'est le cas du bail par exemple, aujourd'hui réalisé le plus fréquemment suivant acte sous seing privé, mais qui, établi sous forme authentique permettrait au créancier bailleur d'être en possession dès la signature de l'acte d'un titre indiscutable, exécutable immédiatement.

Outre le fait pour le bailleur de réduire considérablement les délais d'exécution : lorsque

le remboursement de la créance est menacé, si cette créance est née dans le cadre d'un acte sous seing privé, il est nécessaire de faire intervenir le tribunal pour prendre une mesure conservatoire, ce qui, compte tenu des délais et des contestations possibles, limite l'efficacité de la démarche judiciaire, alors que s'il existe un acte authentique, le créancier est dispensé de l'autorisation du juge de l'exécution pour prendre les mesures conservatoires ;

Les autres avantages du recours à l'acte notarié ne sont pas négligeables, notamment :

- le coût de l'établissement du bail authentique et de la copie exécutoire est nettement inférieur à celui généré tant lors de la rédaction du bail sous seing privé que celui des frais de justice pour obtenir l'exécution des obligations et toutes mesures conservatoires,
- et surtout éviter d'avoir recours aux tribunaux pour obtenir l'exécution du contrat.

Il convient cependant de mentionner ici que, bien que chargés d'établir les actes authentiques, les notaires peuvent aussi, en dehors de leur fonction principale, rédiger des actes sous seing privé à la demande des parties, par exemple, une promesse synallagmatique de vente (dite « compromis ») dans l'attente de la rédaction de l'acte authentique pour une vente immobilière.

A moins d'en faire le dépôt immédiatement après signature, avec reconnaissance d'écriture et de signature, il est difficile d'admettre que tout en prônant les vertus de l'authenticité, la plupart des Notaires puissent conclure des actes sous seing privé.

Faire découvrir ou redécouvrir les vertus de l'acte authentique, c'est aussi un bon moyen pour les Notaires de se mettre au service de la construction européenne.

Dans cet objectif le notariat tout entier doit s'affirmer comme un réseau unique au service des citoyens et cette union de tous les notariats européens permettra certainement la construction du notariat européen de demain, et osons le d'un notariat mondial.

L'utilisation par tous les Notaires de l'Union Européenne de l'acte authentique avec une harmonisation des pouvoirs d'authentification permettra à tous de bénéficier d'un instrument juridique particulièrement efficace et sûr.

Cette authenticité, délivrée au nom de la souveraineté de chaque Etat, constitue une réelle réponse adaptée aux besoins des populations de l'Europe pour garantir l'équilibre et la sécurité juridique de leurs conventions.

« Votre Notaire rend vos projets plus sûrs »
C'est ce que l'on peut lire chez la plupart des Notaires en France.

Cette devise gageons le, sera sûrement adoptée par un grand nombre des 35 000 Notaires d'Europe.

Ce qui nous amène maintenant à traiter de la libre circulation de l'acte authentique.

Chapitre Deuxième : L'ACTE AUTHENTIQUE : SA LIBRE CIRCULATION,

L'ACTE AUTHENTIQUE EUROPEEN

A notre époque où la communication et les déplacements ne sont plus un obstacle, il est courant de voir deux personnes de nationalité différente se marier, en France ou à l'étranger et des jeunes ou moins jeunes dont des couples ou des familles complètes partir à l'étranger pour s'y installer et y vivre ou encore y séjourner régulièrement mais de manière temporaire.

Grâce aux nouvelles technologies d'information et de communication, les citoyens des divers pays d'Europe sont d'une manière générale très bien informés, leurs choix s'effectuent ainsi en toute objectivité.

Par ailleurs, le besoin économique accélère le rythme des transactions, que ce soit pour des particuliers ou entre sociétés quelle que soient leur taille et là aussi les nouvelles technologies permettent la formation de contrats notamment par échanges virtuels de données et de consentements.

Ces divergences d'opérations juridiques et la fréquence sans cesse redoublée d'éléments d'extranéité dans leurs actes ont conduit les Notaires d'Europe à examiner les modalités de leur collaboration en vue de garantir aux clients, assistance et conseil dans toutes les opérations comportant un élément d'extranéité.

C'est ainsi qu'un Code européen de déontologie notariale a été adopté en vue de garantir au citoyen européen une même protection dans les opérations nationales aussi bien que transfrontalières.

Il précise notamment les conditions et modalités d'intervention du Notaire dans l'état membre d'accueil.

Ce Code européen de déontologie notariale, soumis à la ratification des notariats signataires a été ratifié par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, comme il a déjà été indiqué.

Dans tous les pays qui accèdent à la liberté et à l'économie de marché, existe une véritable renaissance de l'acte authentique et la présence du notariat dans la plupart des pays du monde, où la preuve écrite prime la preuve testimoniale, alors que le degré de développement et d'instruction peut varier considérablement d'un pays à l'autre, et que le niveau économique de même que les systèmes politiques sont parfois très différents, démontre que la présence de cet auxiliaire de la justice au sens large, véritable homme de confiance, n'est pas le résultat de conjonctures locales ou passagères.

Il existe une réelle nécessité d'un lien entre une organisation sociale où la preuve des conventions est essentiellement fondée sur l'écrit et ces officiers publics qui rédigent les écrits avec une force probante et une force exécutoire acceptée par les parties, de manière à prévenir au maximum les conflits et le recours à la justice.

Aussi, le besoin de sécurité, d'efficacité et de transparence ne doit pas être négligé.

La question se pose donc de savoir si le Notaire peut être le garant de ces nouveaux

contrats.

L'acte authentique électronique doit aider la profession à relever ce défi

Lors de divers congrès, des spécialistes mondiaux ont affirmé que le vrai témoin objectif et impartial ne peut-être que le Notaire, au sens romano germanique du terme.

Certains spécialistes l'ayant par ailleurs dénommé le « Notaire électronique » ou « Cyber Notaire ».

Il s'agit sûrement ici du nouvel aspect de l'authenticité de demain.

L'organisation générale du notariat de l'Union Européenne, qui s'est réunie en 1996 à Madrid, a préconisé la "libre circulation des actes notariés dans l'ensemble de l'espace européen", ainsi qu'une "plus grande harmonisation de l'activité des Notaires de l'Union Européenne".

Si le libre exercice de la fonction notariale dans l'espace européen a été reconnu difficile compte tenu du fait que le Notaire, bien qu'il appartienne à une profession libérale, est au service de la puissance publique et placé sous la souveraineté de son pays, il ne doit pas en être de même pour la libre circulations des actes notariés.

Cependant, de nombreuses différences juridiques subsistent encore au sein des divers pays européens notamment en matière de droit des personnes, plus compliqué à harmoniser que d'autres secteurs.

Or, les citoyens européens exigent une parfaite sécurité juridique des actes que les divers Notaires européens se doivent de leur garantir.

Le Conseil supérieur du notariat préconise de promouvoir et de défendre les notions d'authenticité et de sécurité juridique, par le biais d'une meilleure communication avec le public notamment.

Certes l'idée de penser que notre système de notariat peut faire des émules en Europe est exaltante, mais il ne faut pas perdre de vue, et cela est bien inquiétant, que de nombreuses personnes, y compris dans le monde juridique, ignorent tout du notariat et du professionnel, libéral et indépendant, hautement qualifié et compétent qu'est le Notaire de nos jours.

Dans l'objectif d'adopter un acte authentique européen, il conviendrait non seulement qu'existe effectivement une réelle communication avec le public mais surtout une vraie communication entre les Notaires des pays des clients concernés et d'une manière générale les notariats européens ce qui, souhaitons le, permettra une concrète cohésion de la profession notariale en Europe avec la mise en place de valeurs communes.

Cette visée n'exclut pas le risque de bouleversements juridiques et une évolution du droit qu'il est nécessaire d'entreprendre ensemble.

Pour permettre aux Notaires de réaliser ce beau challenge, ceux-ci ont à leur disposition de nouveaux outils de communication, issus des nouvelles technologies notamment : internet et les cédéroms.

Instrument de développement performant, de nature à permettre la réalisation de toutes les ambitions qu'ont les Notaires pour leur profession, l'écrit électronique doit être pour tous les Notaires d'Europe, l'acte authentique de demain.

Le support électronique doit cependant assurer la sécurité juridique des personnes concernées, leur offrir un service de qualité, et garantir la pérennité et la conservation de l'écrit.

La rédaction d'un acte authentique en passant par l'ordinateur est depuis quelques années pratique courante.

La lecture d'un acte par l'officier public peut aussi bien se faire sur un écran que sur le papier mais c'est en passant in fine, par le papier que le Notaire recueille les signatures et appose son sceau, selon le mode traditionnel.

Le 13 mars 2000 était publiée au journal officiel français, la loi n° 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

Rappelons ici que l'article 1317 du code civil français a été complété par la loi du 13 mars 2000 d'un alinéa ainsi rédigé :

« Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

Cette loi du 13 mars 2000 qui a consacré l'acte électronique et la signature électronique a donc rendu possible la conclusion d'actes authentiques électroniques.

Il y a une réelle évolution de l'acte authentique car, grâce à cette loi, s'il reste un écrit, il peut désormais se détacher de son support traditionnel (le papier) mais aussi parce que, s'il reste l'expression de l'autorité publique nationale, il acquiert une dimension internationale.

Si l'on adopte la formule du « tout électronique », c'est-à-dire parfaire l'acte au clavier et à l'écran sans passer par le papier, la question de la signature électronique n'est pas sans soulever divers problèmes.

C'est ainsi qu'au regard du droit de la preuve, de nombreux débats ont eu lieu afin de définir le statut (ou les statuts) de l'écrit sur support informatique.

Alors que l'acte authentique électronique est un facteur de développement déterminant pour l'acte authentique européen, la nécessité de répondre tant au besoin de sécurité juridique qu'au besoin de sécurité technique apparaît comme une priorité dans un contexte où de nombreux échanges sont dématérialisés.

En France, maîtriser les nouvelles technologies a été l'un des défis majeurs de ces dernières années.

L'idée était que tous les Notaires se retrouvent sur un même réseau sécurisé permettant de communiquer entre eux en temps réel mais aussi de pouvoir accéder au plus vite à des informations indispensables provenant des services tels que le Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés basé à Venelles (souvent plus connu sous les termes « fichier d'AIX), le CRIDON, le cadastre, les hypothèques.

C'est ainsi que deux systèmes ont vu le jour et sont appliqués aujourd'hui :
- il s'agit tout d'abord du Réseau REAL du Conseil supérieur du notariat.
- et du Réseau Intra Notaires, (anciennement INTRANOT) historiquement premier réseau Internet/Intranet de la profession, de la Chambre des Notaires de PARIS et des Hauts de Seine.

Section I - AU REGARD DU DROIT DE LA PREUVE

La problématique se pose tout d'abord en matière de preuve du fait de la force probante liée à l'acte authentique et de la charge de la preuve.

Jusqu'à peu de temps, les règles de preuve des actes juridiques contenues dans le Code Civil reposait sur la prééminence de l'écrit sur support papier.

Pour répondre aux exigences du développement de l'électronique, en France, un rapport du Conseil National du Crédit et du Titre (C.N.C.T.) avait suggéré une réforme du droit de la preuve qui serait codifié à l'article 1347 ou 1348 du Code civil.

L'étude approfondie réalisée par un groupe d'universitaires notamment à sur ce sujet a conclu que la réforme du Code civil, si elle devait avoir lieu, ne pouvait pas se borner à une retouche des articles 1347 ou 1348

Ces universitaires ont ainsi relevé qu' « *inscrire les messages électroniques parmi les commencements de preuve par écrit relevant de l'article 1347 du Code civil serait une contre-mesure. Non seulement elle induirait on ne sait quelles contorsions pour inventer le complément de preuve corroborant l'adminicule, mais surtout elle poserait en règle que ces messages ne constituent pas une preuve complète, au risque de troubler les esprits là même où la preuve peut se faire par tous moyens.*

« *Ajouter à l'article 1348 du Code civil un troisième alinéa prévoyant une nouvelle exception au principe de la preuve littérale lorsque le titre est établi et conservé sous forme électronique, introduirait cette forme dans le droit civil par une toute petite porte.* »

Finalement, les articles 1316 et 1316-1 du Code civil ont été adoptés dans les termes suivants :

Article 1316 : « *La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.* »

Article 1316-1 : « *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.* »

Monsieur le Professeur Michel Grimaldi a dit : « *Un droit qui ne peut pas être prouvé est un droit qui n'existe pas* », mais, a-t-il précisé : « *il va de soi que la durabilité de la preuve préconstituée et que sa résistance à l'épreuve du temps dépendent de l'objet qu'il y a à prouver* ».

Si la qualité d'écrit a été reconnue au document électronique, la valeur probante de l'écrit, quand il est sur un support informatique, est plus discutée.

Plusieurs propositions ont été faites, notamment :

- une reconnaissance explicite du statut des écrits électroniques comme mode de preuve ;
- un aménagement de la hiérarchie des preuves en fonction de leur support : l'écrit électronique face au support papier ;
- la force probante de l'écrit électronique quand il n'est pas opposé à un écrit sur un support papier.

La loi-type sur le commerce électronique qui a été adoptée en 1996 par la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (C.N.U.D.C.I.) a reconnu l'admissibilité et la force probante des « messages de données », ainsi que la validité des contrats passés par ce biais.

Constatant la multiplication des initiatives législatives dans les États membres, la Commission des Communautés Européennes a émis le 13 mai 1998 une proposition de directive définissant un cadre commun pour les signatures électroniques et dont les dispositions devaient être intégrées dans les législations des États membres avant le 19 juillet 2001.

Cette proposition est devenue la directive CE n° 1999-93 du 13 décembre 1999. Cependant, cette directive n'a pas été conçue pour tout réglementer en détail mais pour définir les spécifications relatives aux certificats de signature électronique et aux services de certification, en vue d'assurer un niveau minimum de sécurité et de permettre la libre circulation sur le marché intérieur.

Il est à signaler également que l'article 1316-3 issu de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 dispose : « *L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier* ».

L'article 1316-4. alinéa 1^{er} première phrase du code civil résultant de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 précise : « *Quand elle (la signature) est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.* »

Le décret 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 est paru au Journal Officiel du 31 mars 2001.

Son objet n'est pas de permettre à la "signature électronique" d'entrer en vigueur puisque celle-ci existe et produit ses effets juridiques depuis le mois de mars 2000, mais il est de définir, conformément aux dispositions du second alinéa de l'article 1316-4 du Code civil, les conditions que doit remplir un procédé de signature électronique pour être présumé fiable jusqu'à preuve contraire.

La mise en œuvre de ces conditions ne pourra intervenir qu'après parution d'un arrêté du Premier Ministre et d'un arrêté du Ministre chargé de l'Industrie.

Le décret du 30 mars 2001 a institué la «signature électronique sécurisée», par rapport à la simple «signature électronique».

Il spécifie les conditions que doit remplir un procédé de signature électronique pour être « présumé fiable », c'est à dire pour avoir la force probante prévue par l'article 1316-4 du Code civil, c'est-à-dire dont la fiabilité s'impose jusqu'à ce que la preuve contraire soit apportée par la personne qui entend contester la valeur juridique de la signature.

Les deux niveaux de signature électronique sont définis ainsi :

- une signature électronique dite ordinaire et qualifiée de "donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de mode d'authentification" ;

- une signature électronique avancée, qui doit de plus :
 - * être liée uniquement au signataire il doit effectivement être à tout moment établi que la signature figurant sur l'acte est bien celle qui a été apposée électroniquement par le signataire
 - * permettre de l'identifier ;
 - * être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif, et
 - * garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable.

Les signatures avancées appelées également « sécurisées » doivent être basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature.

Ce dispositif qui correspond au matériel ou à des logiciels destinés à permettre au signataire de créer sa signature électronique à partir de certaines « données » doit garantir la non reproductibilité, la confidentialité, l'absence de falsification et la protection contre toute utilisation par des tiers des données qui ont permis la création de la signature électronique, il doit également ne pas altérer le contenu de l'acte, ni faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer.

La conformité du dispositif de création à ces prescriptions doit être certifiée par les services du Premier Ministre chargés de la sécurité des systèmes d'information.

Par ailleurs, il faut que puisse être garantie l'exactitude de la signature électronique et le contenu de l'acte signé et, que l'identité du signataire puisse être connue.

Le lien entre le signataire et les éléments qui permettent la vérification de la signature doit être attesté par un "certificat électronique".

Ce "certificat électronique", pour mériter l'appellation de "qualifié", doit comporter diverses mentions et être délivré par une personne elle-même qualifiée : le "prestataire de services de certification électronique ».

Les mentions concernent notamment :

- * l'identité de la personne qui a délivré le certificat,
- * la désignation de l'Etat dans lequel il est établi,
- * le nom du signataire ou de son pseudonyme,
- * l'indication de la qualité du signataire "en fonction de l'usage auquel le certificat est destiné",
- * des données de vérification,
- * de la période de validité du certificat et de ses éventuelles conditions d'utilisation,
- * ainsi que de la signature électronique sécurisée de la personne qui l'a délivré.

La personne qui délivre le certificat électronique doit satisfaire à de nombreuses exigences, et notamment :

- * prévenir la falsification des certificats,
- * garantir la confidentialité et les données de création de signatures électroniques et "s'abstenir de conserver ou de reproduire ces données",
- * conserver "éventuellement sous forme électronique" toutes les informations relatives au certificat qui pourraient s'avérer nécessaires pour faire la preuve en justice de la certification électronique,
- * utiliser des systèmes de conservation des certificats électroniques offrant toute garantie d'intégrité,
- * vérifier l'identité et la qualité de la personne à laquelle un certificat est délivré (exigence de présentation d'un document officiel d'identité),

La "qualification" est délivrée au prestataire de services de certification électronique par des organismes agréés par arrêté du ministre chargé de l'Industrie, après évaluation réalisée selon des règles qui seront définies par arrêté du Premier Ministre. La procédure d'évaluation et de qualification des prestataires sera quant à elle définie par un arrêté du ministre chargé de l'Industrie.

La « signature électronique sécurisée » est donc l'équivalent de la signature manuscrite sur support papier.

Mais celles qualifiées d'ordinaires doivent aussi pouvoir être reconnues en justice.

Un certificat électronique délivré par un prestataire de services de certification électronique désigné par un état appartenant à la communauté européenne a une valeur juridique identique à celui qui a été délivré par un prestataire interne.

Mais, si le certificat électronique a été délivré par un prestataire établi dans un état n'appartenant pas à la communauté européenne, il a également la même valeur dès :

- que le prestataire satisfait aux exigences du décret et a été accrédité, au sens de la directive du 13 décembre 1999, dans un état membre ;
- que le certificat est garanti par un prestataire établi dans la communauté et satisfaisant aux exigences fixées par le décret ;
- qu'un accord auquel la communauté européenne est partie l'a prévu.

Les États membres devraient utiliser les signatures électroniques et contribuer à leur reconnaissance juridique.

La loi allemande dite "Multimédia" du 1er août 1997 définit les concepts de signature numérique, autorité de certification, certificat et timbre horodateur et fixe les règles de base de l'activité des autorités de certification.

Il s'agit d'une loi technique, sans effets juridiques. Elle ne contient aucune disposition sur la recevabilité en justice de la signature numérique et sur sa valeur probante, mais cette loi n'était pas conforme à la directive européenne et un nouveau projet a été adopté.

L'Italie, en revanche, a adopté le 15 mars 1997 une loi complétée par un décret du 10 novembre 1997 et un décret du 8 février 1999 dont les objectifs, au contraire de l'Allemagne sont plus juridiques que techniques.

En effet, les dispositions en résultant lui confèrent les mêmes effets qu'à la signature manuscrite et prévoient également la création d'instances de certifications : publiques et privées.

La Belgique a en projet une loi qui ne vise que la signature électronique avancée en reprenant la définition de la directive européenne et lui reconnaît la même force probante que la signature manuscrite.

L'Espagne aussi a, fin 1999, adopté une loi en conformité de la directive pour reconnaître l'efficacité juridique de la signature numérique et réglementer les prestataires des services de certification en reconnaissant, à priori, cette qualité aux Notaires, mais en prévoyant que les certificats "qualifiés" au sens de la directive ne pourraient être détenus que par des personnes physiques, avec une validité limitée à quatre ans.

Il est clair que toutes les législations relatives à la signature numérique et à la validité des contrats sur support dématérialisé doivent être cohérentes entre elles, aussi pour assurer une parfaite sécurité aux transactions électroniques, celles-ci doivent être établies selon des procédés admis par les législations des États de l'émetteur et du destinataire.

Section II - AU REGARD DE LA LANGUE

Un second problème soulevé par la circulation des actes est celui de la langue dans laquelle l'acte doit être établi.

De réelles difficultés peuvent survenir lors de la rédaction d'actes juridiques concernant des Notaires et des citoyens de différents pays de la Communauté européenne.

Dans quelques États membres de la Communauté européennes, la rédaction d'actes juridiques faisant foi dans la langue des parties à la convention est permise alors que, en France, le décret du 2 thermidor, An II, s'oppose à cette pratique.

La question de savoir s'il est possible, à la demande des parties, de rédiger dans une langue étrangère en France des actes faisant foi, a d'ailleurs été demandée au Garde des Sceaux à la fin des années 1980.

La réponse qui, à l'époque, a été faite précise que les textes régissant l'emploi de la langue française dans les actes juridiques sont, en dehors des textes spécifiques aux départements d'Alsace Moselle :

- l'arrêté consulaire du 24 prairial an XI (13 juin 1803),
- le décret impérial du 22 décembre 1812 (qui ont tous deux valeur législative)
- et la loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975.

Il résulte de la combinaison de ces trois textes que dans la mesure où ils doivent être présentés à l'enregistrement, cette administration est en droit d'exiger une traduction effectuée par un traducteur assermenté.

Les actes authentiques reçus par les Notaires, doivent, en tant qu'actes publics, être rédigés en langue française, mais peuvent être accompagnés, le cas échéant, d'une traduction, écrite à mi-marge de la minute française et établie sous la seule responsabilité de l'officier public.

Dans le cas particulier de la Belgique, l'acte notarié ne peut être établi que dans une des trois langues nationales : le français, le néerlandais ou l'allemand. Si une des parties ne comprend pas la langue dans laquelle l'acte est établi, elle peut exiger l'intervention d'un traducteur le jour de la signature de l'acte. Le Notaire doit impérativement comprendre la langue dans laquelle l'acte aura été rédigé.

Les actes peuvent toutefois être établis dans plusieurs langues. Dans ce cas, au moins une des langues doit répondre aux critères ci-dessus.

En cas de discordance entre les textes établis dans l'une ou l'autre langue, l'un d'entre eux sera prépondérant, pour autant qu'il s'agisse d'une langue nationale. Et si chaque partie exige une langue différente, il faudra déterminer la langue prépondérante, c'est ainsi que le choix de la partie qui a le plus d'intérêt sera déterminant, : ainsi, pour un acte de vente, par exemple, la langue utilisée sera normalement celle de l'acquéreur, sauf si, bien entendu, une disposition législative ou réglementaire s'y oppose.

Section III - AU REGARD DE LA PRESENCE SIMULTANEE DES PARTIES ET DU NOTAIRE

Un troisième problème soulevé est celui relevant du fait que le titre authentique tient toute sa force de la présence simultanée des parties et du Notaire, pour que soit respectée la solennité exigée par les textes.

Les solutions sont plus ou moins faciles à trouver, selon que la signature de l'acte doit intervenir au sein du même office notarial ou à distance.

De tout temps si une ou plusieurs des parties ne peuvent ou ne veulent pas se déplacer, l'acte est signé par le biais d'une procuration, envoyée au Notaire qui reçoit l'acte.

De plus, l'acheminement des pièces du dossier d'usage, la communication du projet d'acte, et peut être l'envoi de la procuration elle-même est certainement susceptible d'une télétransmission.

Pour beaucoup, l'électronique est synonyme de télétraitement, à telle enseigne que son emploi s'inscrit dans la pratique du contrat à distance.

Il n'y a aucun problème si le Notaire rédacteur, et donc certificateur reste détenteur du titre, en revanche il n'en est pas de même si l'interposition d'un tiers devient nécessaire lorsque le titre circule.

Pour certains, le Notaire conquiert une place importante, en qualité de partenaire économique, mais semble perdre un peu de sa fonction de dispensateur de crédit et de gardien de la légalité.

En réalité, il est clair que le droit a du mal à suivre l'évolution rapide de la technique.

Comment, par exemple, résoudre les problèmes liés à la distance, comment formaliser l'accord des volontés puisque les négociations se font de plus en plus fréquemment au moment du rendez-vous chez le Notaire et non plus avant de recourir à ses services ; la teneur et l'allongement de la durée de nos rendez-vous le prouvent bien.

La complexité des opérations, dont il a été notamment discuté lors du dernier congrès des Notaires qui s'est tenu à DEAUVILLE, liée en partie à la mise en place de nouvelles obligations à la charge des requérants, dont on nous impose de vérifier la conformité alors que souvent nous n'avons reçu aucune formation préalable, et y est également pour beaucoup.

Peut-on alors, encore se contenter et accepter de recevoir des actes avec une simple procuration ?

Et, si l'on pousse plus loin encore le raisonnement, pourquoi exiger dans certains domaines, comme par exemple en matière de copropriété ou encore société, même familiale, la réunion des associés en assemblée au moins une fois par an, avec l'établissement d'un procès-verbal daté et faisant mention de l'horaire, qu'il faudra déposer et conserver dans le registre des délibérations chez le syndic – et dont au surplus, les dispositions ne deviendront définitives qu'après expiration d'un délai de deux mois de la réception, par le copropriétaire absent, du procès-verbal d'assemblée - ou chez le représentant de la société, alors que l'on admet qu'un acte aussi important qu'un acte authentique soit signé par le biais d'une procuration, et que rien n'empêche au surplus, qu'il soit signé au vu de seules procurations donc en l'absence de toutes les parties ; peut-on imaginer la tenue d'une assemblée générale de copropriétaires ou encore celle d'associés d'une société par exemplaire au vu de seules procurations ?

Est-il besoin de rappeler que le Notaire n'est pas qu'un simple technicien du droit. Il conseille les parties dans leur discussion, pèse le pour et le contre, précise en dispensant toutes explications nécessaires, les dispositions légales et autres applicables ; joue le rôle d'un animateur et d'un arbitre ; précise l'opportunité de l'opération envisagée au regard des intérêts des parties et spécialement de la partie la plus faible et rédige, de plus en plus souvent, in situ, les conventions des parties, parfois se révélant bien lointaines du projet que lui avait soumis les parties.

Comment alors, le Notaire peut-il s'assurer que chaque requérant a bien compris ses droits et ses obligations ainsi que la portée des engagements qu'il va prendre, s'il n'est pas présent lors du rendez-vous ou même s'il est chez son propre conseil, mais à des kilomètres de distance ?

Les salles de rendez-vous de demain devront-elles être équipées de matériel de vidéo conférence et d'Internet ?

Et dans cette hypothèse comment assurer la sécurité nécessaire aux parties de l'acte authentique qu'ils se proposent de régulariser ? Comment, notamment, le Notaire pourra assurer le devoir de confidentialité à laquelle nous sommes tenus ?

Cependant, pour certains, la signature des parties n'est qu'un élément secondaire de l'acte authentique, puisque son double rôle d'identification et d'adhésion au contenu de l'acte est rempli par l'affirmation du Notaire.

Il est effectivement important d'apporter à l'opération un maximum de sécurité pour qu'aucun doute ne puisse planer sur la fiabilité du titre authentique.

Section IV - AU REGARD DE LA CONSERVATION DE LA MINUTE ET DES COPIES EXECUTOIRES

Comme il a été précisé plus haut l'original de l'acte authentique demeure à l'office notarial du Notaire rédacteur pendant une durée de 100 ans, où il est conservé sous la responsabilité du ou des Notaires titulaires et de ses successeurs, les parties contractantes recevant une copie (la copie authentique) et dans le cas de contrat à exécution successive, le créancier reçoit une copie exécutoire.

L'original (la minute) est un document essentiel, mais aussi bien les copies authentiques que les titres exécutoires le sont tout autant.

Dans le cadre de l'acte authentique sur support dématérialisé se pose nécessairement le problème de la pérennisation du support. Or, il semble bien que cette question reste à résoudre.

Il importe que soit garantie pour le futur, la possibilité d'avoir accès à des données existantes et non altérées par les années.

Pour le juriste qu'est le Notaire, mais également pour tout intéressé, la conservation des actes dans le temps est liée à la question de la preuve compte tenu de l'obligation de conservation des actes.

Or, bien que la loi du 13 mars 2000 ait donné un cadre juridique à l'écrit et à la signature électronique, les textes sont muets en ce qui concerne la question de l'archivage de ces documents numériques alors que la conservation est une condition de la validité juridique de l'acte électronique.

Un groupe de réflexion étudie à l'heure actuelle les moyens de garantir l'intégrité à long terme de l'acte électronique signé.

Compte tenu de la rapidité des innovations technologiques, il est clair que l'acte électronique signé aujourd'hui, sans aucun doute existera « physiquement » dans le futur, mais se posera certainement le problème de sa lecture.

L'idée est donc de retranscrire sur les actes authentiques électroniques sur un support ad hoc dès que celui sur lequel il existe sera devenu techniquement obsolète.

Or, comment assurer l'authenticité de l'acte retranscrit puisque par définition il n'existe qu'un original portant toutes les garanties d'authenticité.

La question ne se posera pas forcément sur le contenu de l'acte mais essentiellement sur la signature qui aura été apposée conformément au dispositif énoncé plus haut.

Sans doute faudra-t-il adopter un nouveau mode de signature, certains ont déjà proposé les signatures digitales utilisant la cryptographie asymétrique ou biométrique d'autres proposent une reconnaissance par lecture de l'iris, et si, dans le futur signer c'était « cligner » ou plutôt de garder l'œil bien ouvert.

Section V - AU REGARD DE LA PUBLICITE FONCIERE

Se pose également la question de savoir comment l'acte dématérialisé fera l'objet d'une publicité foncière.

Actuellement, en France, le dépôt aux hypothèques s'effectue de manière traditionnelle et la formalité de publicité consiste en l'apposition d'une étiquette portant toutes les références de la publication ainsi que la signature du Conservateur des Hypothèques.

Un projet dénommé TELE@CTES est en cours de préparation et devrait voir le jour en 2005.

Un accord entérinant ce projet a été conclu entre la Direction Générale des Impôts et le Conseil Supérieur du Notariat le 21 mai 2002.

Il consiste à permettre :

- la délivrance des renseignements hypothécaires

- l'acquisition des données nécessaires à l'enregistrement et à la formalité de publication ou d'inscription
- l'alimentation de la base nationale des données patrimoniales.

L'objectif est d'aboutir in fine au dépôt électronique d'un acte authentique électronique avec une procédure de télépaiement sécurisée à l'aide de la carte REAL et retour de l'acte après publication et annotation du fichier immobilier également par électronique et ce afin de permettre un traitement plus rapide des actes.

Cette façon de procéder existe déjà dans certains pays dont l'Italie où le décret du 10 novembre 1997 dont il a été parlé plus haut, prévoit l'alimentation des fichiers publics à partir de copies transmises électroniquement, et l'article 6 de ce décret confère aux reproductions informatiques des documents traditionnels la même efficacité probatoire que l'original si elles sont revêtues de la signature électronique du Notaire. Ainsi chez les Notaires transalpins appliquant ce dispositif, l'acte signé le matin est de retour l'après-midi même avec mentions d'enregistrement et de publicité foncière.

On constatera qu'une telle rapidité permettra à coup sûr de limiter les risques de voir un bien grevé d'inscription entre la date de signature et son retour des hypothèques, le Notaire disposant d'informations en temps réel.

Toutefois, ici encore on remarque que les projets français sont à compléter.

D'abord parce que rien n'est prévu quand au titre à remettre au client et devant constituer la copie authentique lui revenant, s'agira-t-il d'un document sur support papier ? D'un cédérom ? D'un accès codé sur une base commune ?

Ensuite parce que ce projet implique une réforme des textes sur la publicité foncière tant parce qu'en la matière et à ce jour aucune disposition législative ou réglementaire concernant la dématérialisation des actes n'a été prise à l'exception de la loi du 4 mars 2002 qui a défini le cadre légal des règles relatives au Livre Foncier informatisé, mais aussi parce que les actes authentiques européens nécessiteront certainement une certaine harmonisation.

SECTION VI - AU REGARD DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Nous l'avons dit à plusieurs reprises, un des problèmes majeurs de la mise en œuvre de l'acte authentique européen est l'existence de législations différentes.

Dans les pays de commun law, il n'existe que peu de textes codifiés, c'est donc la jurisprudence qui constitue la source essentielle des règles du droit. La plupart des autres pays et notamment en France, en Belgique, en Italie, en Espagne et en Allemagne, le système romano germanique dit de droit écrit est en vigueur.

Les Notaires sont des juristes ayant une formation d'un niveau élevé, équivalente à celle d'un magistrat, qu'ils se doivent de mettre à jour constamment, mais ils seront de plus en plus fréquemment conduits à affronter des règles nouvelles et évolutives en matière communautaire qu'ils ne peuvent méconnaître.

Une harmonie juridique européenne commence à prendre corps notamment en matière de droit des affaires, mais dans certains domaines comme notamment le droit de la famille, l'unité européenne s'avère particulièrement compliquée à mettre en œuvre.

C'est pourquoi le Conseil de l'Europe a élaboré plusieurs instruments visant à réformer les législations nationales, à promouvoir l'harmonisation des lois nationales ou à fournir un cadre pour faciliter la coopération entre les Etats et à améliorer la protection juridique de la famille, et a organisé en collaboration avec la commission européenne et l'Union Internationale du Notariat Latin la 6^{ème} Conférence européenne sur le droit de la famille les 14 et 15 octobre 2002 à STRASBOURG.

Certes, il existe dans tous ces domaines des textes actuellement en vigueur ou en projet, dont le développement va être assuré par Maître Olivier JAMAR dans quelques instants et chaque pays européen voit son droit interne tributaire de celui de l'Union Européenne.

Mais il reste encore beaucoup à faire et vaincre de nombreuses résistances.

Ici comme dans d'autres domaines, l'œuvre constituante est éminemment complexe et ne peut être le fruit d'un seul pays, l'avenir d'un notariat européen effectif, efficace et sûr doit, comme il en est également d'une constitution pour l'Europe (auquel précisons le ici, le Conseil de l'Europe par le biais de la Commission de Venise travaille avec les Etats membres ou des candidats tel que le Mexique), s'imposer à l'esprit et à l'Union.

Certes, il s'agit là d'un autre débat, et certains ne manqueront sûrement pas de rétorquer ici que la construction d'un tel notariat européen aboutira nécessairement à la perte pour chaque notariat des divers pays européens de sa spécificité et de son indépendance.

Ne s'agit-il pas plutôt d'un enrichissement pour tous ? On est plus fort à plusieurs que tout seul ; l'important est que les fondations soient solides et tous s'accordent pour reconnaître que celles françaises sont profondément ancrées et suffisamment fiables pour que chacun puisse s'y accrocher ou s'en inspirer.

A plusieurs reprises, et encore lors du dernier congrès des Notaires qui s'est tenu à Deauville en mai dernier, l'importance de créer l'authenticité du XXI^{ème} siècle a été débattue.

Et si notre engagement aujourd'hui était de voir, comme une nécessité absolue, la création de l'acte authentique européen ?

Ne craignons pas de mettre à profit notre compétence, notre savoir faire et notre expérience de l'authenticité à la réalisation de cet objectif.

Nous avons tous les atouts en mains, à nous donc, Notaires de France et d'ailleurs d'agir ensemble en ce sens afin d'éviter de commettre un « acte manqué » !

Soyons ensemble des authentiques acteurs de l'Europe de demain, exigeons d'être informé de tous les chantiers en cours, et consultés avant toute décision mais soyons aussi les initiateurs et les inventeurs des réformes à venir en vue d'aboutir à un véritable espace

commun européen où les Notaires pourront conjuguer en tous temps et d'une même voie(x) les prérogatives de puissance publique qu'ils détiennent de l'Etat duquel ils dépendent, et faire du Notaire et de l'acte authentique européen « l'étoile polaire du droit » qui guidera chacun, qu'il soit un simple citoyen ou un groupe multinational, vers l'efficacité et la sécurité juridique nécessaire au fonctionnement harmonieux d'une société démocratique.

DEUXIEME PARTIE :

L'ACTE AUTHENTIQUE EUROPEEN

Par Olivier JAMAR

L'acte authentique européen est un concept qui, à notre connaissance, n'a encore été ni imaginé sur le plan théorique, ni institué par une règle de droit européenne sur le plan pratique.

Toutefois, à l'instar d'autres concepts, au départ exclusivement liés aux systèmes juridiques des états de l'Union européenne qui les instituaient, tel le concept de citoyenneté¹⁸, il est vraisemblable, c'est le pari ou l'audace de notre rapport, que le concept d'acte authentique peut être appréhendé à un niveau qui dépasse les limites spatiales des différents états qui composent l'Union européenne tant au niveau théorique qu'à celui de certaines réalités juridiques qui seront mises en valeur au cours de ce rapport.

Ce pari est audacieux dès lors qu'au départ, l'institution notariale qui est la source essentielle de la production des actes authentiques n'a été institutionnalisée que dans dix états membres¹⁹ sur quinze et ne fait donc partie du système juridique positif que des deux tiers des états de l'Union. L'institution notariale n'est donc pas une institution commune aux différents états de l'ensemble des pays de l'Union qu'il suffit d'harmoniser sur base de critères communs de convergence. Au sein du système juridique européen qui est en train de se construire, cette institution n'a donc vocation à être défendue que par deux tiers des pays de l'Union s'il peut être admis, ce qui n'est pas certain, que les représentants de chacun de ces pays soient convaincus de l'utilité de cette institution.

Evoquer le concept d'acte authentique européen dans ce contexte, c'est en premier lieu, se poser la question de savoir quel est le statut actuel et futur des différentes institutions notariales qui ont été mises en place au niveau des différents pays de l'Union dans le grand marché intérieur que constitue l'espace économique européen. Selon l'article 14 du

¹⁸ voir à ce sujet Me Roland DE VALKENEER : "La citoyenneté européenne utopie ou réalité" - Revue Pratique du Notariat belge (R.N.B.), 2002 pp 395 et suivantes

¹⁹ Allemagne, Autriche, Belgique, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Pays-Bas. Toutefois, parmi les futurs membres connaissant l'institution notariale : l'Estonie, la Hongrie, la Pologne, la Tchéquie, la Slovaquie, la Lituanie, Malte et la Slovaquie.

traité CE "le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité" et selon "les orientations et conditions nécessaires pour assurer un progrès équilibré dans l'ensemble des secteurs concernés, définies par le conseil", en principe, non plus à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée seulement.

Le grand marché n'est donc pas un système juridique statique, établi une fois pour toutes, mais une véritable machine de guerre dynamique qui a été instituée dans la foulée de l'acte dit "unique européen" signé à Luxembourg en février 1986²⁰ et qui va avoir pour effet de toucher un nombre de plus en plus important de secteurs de l'activité économique.

L'activité notariale, dont l'objet est la production d'actes authentiques, constitue bien en soi une activité de service au sens de l'article 14 du traité. La production d'actes authentiques et celle des conseils juridiques qui sont rendus dans le cadre de la production de ces actes constituent bien un service juridique, le service juridique rendu par les notaires. Toutefois, le service juridique rendu par les notaires, dans les pays de l'Union européenne qui l'ont institué, s'inscrit dans un cadre particulier et joue un rôle singulier. En effet, les notaires sont des officiers publics qui, dans le cadre d'un exercice libéral de leur fonction, sont délégués de la puissance publique de l'Etat qui les a institué et, à ce titre, ils exercent une mission particulière d'intérêt général. A côté des magistrats des cours et tribunaux ainsi que des autres juridictions, dont la fonction principale est de trancher les conflits qui sont nés, les notaires contribuent à la bonne administration de la justice de leur Etat en prévenant les conflits, en les empêchant de naître²¹. "Auteurs de prévention, les notaires sont des acteurs de la justice pour autant que celle-ci n'ait pas abandonné sa fonction préventive" dit Me Eric DECKERS. "La justice n'est donc pas réduite au seul pouvoir judiciaire, elle est l'ensemble des instances et des fonctions qui doivent assurer à une société sa tranquillité, sa cohésion, sa paix interne"²².

Il n'en demeure pas moins que, même en agissant sous la bannière protectrice de l'état membre de l'Union qu'ils servent, celle de l'authenticité, ceux qui rendent le service notarial tout en prévenant les conflits, les notaires, à l'instar des autres professions juridiques et des autres prestataires de services juridiques sont directement et dès à présent placés dans le champ de mire de l'article 14 du traité CE et notamment des articles 43 et 49 qui sanctionnent toutes les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union qui pourraient être imposées par un pays de l'Union à l'égard de ressortissants ou d'entreprises d'un autre pays de l'Union²³.

²⁰ Jean-Claude GAUTRON "Droit Européen", 9^e édition - Paris Dalooz, 1999 - p. 76

²¹ Real

²² Ezric DECKERS : "Le Ressort de la confiance - Notariat justice préventive", Mys § Bruch, Gand, 1997, p.21

²³ Voir à ce sujet : Hubert MONET, référendaire auprès de M. l'Avocat général Philippe LEGER : "Le contentieux de la Cour de justice des communautés européennes et le Notariat" in "Le Notariat belge et le droit communautaire : les défis et l'avenir de la Profession" - Conseil francophone de la FRNB, 2001, non publié pp 40 à 47

Tous les notaires d'Europe et tous les citoyens européens qui bénéficient du service notarial doivent avoir bien à l'esprit que ces articles du traité ont pour objectif direct de soumettre l'activité exercée par les notaires aux règles de la libre concurrence, principe fondateur incontournable de l'harmonisation du grand marché européen. La libre concurrence constitue pour l'activité notariale un défi imminent et présent qu'aucun regard lucide ne saurait sous-estimer, dans la mesure où ce principe constitue la base et le moteur de l'économie mondiale et cela en dépit de ce que, comme le dit très justement encore Me Eric DECKERS "notre culture juridique privilégie la prévention et attend de l'Etat qu'il corrige la rigueur du marché et se soucie du respect des valeurs sociales, écologiques et consuméristes qui favorisent la paix civile"²⁴.

Si aujourd'hui l'activité notariale résiste encore très provisoirement et très fragilement à la mise en œuvre des articles 14, 43 et 49 du traité CE, c'est en raison du dernier rempart que constituent pour celle-ci les dispositions des articles 45 et 55 du traité CE et de l'interprétation qui en est faite pour l'instant par la jurisprudence, rare et encore mal établie, de la Cour Européenne de justice²⁵.

Il résulte, en effet, de ces articles du traité qu'échappent à l'application de ses dispositions relatives au droit d'établissement et à la libre prestation des services, "en ce qui concerne l'état membre intéressé, les activités participant dans cet état, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique".

Dans les dix états où celle-ci a été instituée et où celle-ci fonctionne dans son acceptation actuelle depuis plus de deux siècles, l'activité notariale participe, avec une force pas toujours égale dans chacun d'entre eux, à la bonne administration de la justice par sa contribution à la prévention des conflits, à côté des magistrats qui exercent dans ces mêmes états, essentiellement la justice curative. Magistrature préventive et magistrature curative contribuent à leur manière, l'une dans un cadre privé, l'autre dans un cadre administratif, à une même mission de service publique, l'administration de la justice, que chaque état est en devoir d'organiser pour assurer la sécurité et le bien-être de ses citoyens et de ses habitants. C'est à ce titre que les états de l'Union demeurent encore libres, s'ils l'estiment opportun, de maintenir, promouvoir et réglementer, indépendamment et distinctement les uns des autres, l'activité notariale au sein de celle-ci et, notamment, à l'encontre de la philosophie de ce traité et des règles fondamentales de celui-ci, d'en réserver l'accès à ses seuls ressortissants²⁶.

Fragile et provisoire disions-nous ce rempart?

Effectivement, tout d'abord, il dépend de la volonté que chacun des états de l'Union, par ailleurs engagés dans le courant général de la mondialisation et de la libéralisation des marchés, mettra en œuvre, séparément ou conjointement avec d'autres, pour y maintenir

²⁴ Eric DECKERS "op. cit." p.51

²⁵ Hubert MONET : op. cit. p. 40 - "Il existe essentiellement deux affaires qui portent directement sur cette profession"

²⁶ A ce jour, l'Espagne a abandonné le critère de la nationalité pour l'accès à la profession de notaire, mais soumet le diplôme étranger à une homologation - Denis VANDER BURGHT, "Le Notariat Européen et la Mondialisation" - RNB, 2002, p. 466

et si l'on fait preuve d'optimisme pour y promouvoir l'activité notariale. En outre, en dépit de la liberté reconnue aux états de réglementer l'activité notariale, certaines règles établies par ceux-ci relatives à l'exercice de cette activité, comme la condition de nationalité, sont déjà contestables²⁷ aujourd'hui. Enfin, afin de permettre au Conseil européen de déterminer les orientations et conditions nécessaires à la mise en œuvre du grand marché conformément à l'article 14.3. du Traité, la Commission mène actuellement une vaste enquête sur les entraves à la concurrence que peuvent représenter les activités réglementées²⁸. Le communiqué de presse de la Commission relatif au résultat de cette enquête en dit long sur les a priori et les intentions de celle-ci²⁹. Nous citons : "selon une étude indépendante menée pour compte de la Commission européenne, le grand public aurait tout à gagner d'un degré de réglementation moins élevé en ce qui concerne les professions de juriste et d'architecte et d'autres professions libérales. La réglementation de ces professions varie fortement d'un Etat membre à l'autre, notamment pour ce qui est des prix, de la publicité et de la collaboration interprofessionnelle. Dans une allocution prononcée ce jour devant l'Association fédérale allemande du Barreau, le commissaire à la concurrence Mario MONTI a invité les autorités réglementaires et les praticiens à s'interroger sur la nécessité de maintenir des restrictions qui remontent aux guildes médiévales³⁰ ainsi qu'à se demander si ces restrictions ne risquent pas d'avoir des effets négatifs pour les entreprises qui recourent énormément aux services de ces professions, et pour les consommateurs". Ce communiqué de presse ajoute : "l'étude arrive à la conclusion que dans les pays où le degré de réglementation est faible, le revenu par professionnel est relativement moins élevé, mais un nombre proportionnellement plus élevé de professionnels en exercice génère un chiffre d'affaire global relativement plus important. Cela tendrait à indiquer qu'un faible degré de réglementation ne constituerait pas un obstacle, mais plutôt un aiguillon, à la création de richesses".

A ce stade de la réflexion, nous nous garderons d'affirmer que les entreprises et les consommateurs européens, considérés dans leur généralité et dans leur globalité, pourraient ne pas être les réels bénéficiaires d'une déréglementation systématique du service juridique. Effectivement, les grands gagnants de cette déréglementation pourraient plutôt bien être quelques puissants acteurs économiques ou entreprises, souvent étrangers aux pays de l'Union, qui aujourd'hui n'ont pas accès à ce marché à défaut de pouvoir offrir les garanties déontologiques requises ou qui se positionnent déjà en vue de recueillir les bénéfices pour celles-ci des conséquences négatives de la déréglementation.

En revanche, il paraît évident que la déréglementation du marché du service juridique de l'Union européenne, ne permettra pas d'ouvrir celui-ci et de le rendre réellement concurrentiel tant que ne sera pas aboli le cloisonnement des systèmes juridiques propres

²⁷ - Voir CJCE - arrêt REYNERS, 21 janvier 1974, relatif à la condition de nationalité applicable à la profession d'avocat.
- Hubert MONET : op. cit. pp 42 et 43

²⁸ "Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States - Regulation of professional Services" réalisée par l'Institut für Höhere Studien (HIS), Wien, janvier 2003

²⁹ IP/03/40 - Bruxelles le 21 mars 2003

³⁰ C'est nous qui soulignons

à chacun des états de l'Union, tant que chacun de ceux-ci, à défaut de pouvoir régler désormais ceux qui rendent le service juridique, demeureront libres de développer et de complexifier sans cesse, notamment par l'effet de l'application du droit européen, les règles de droit qui le déterminent. Dans un Etat de l'Union aussi petit que la Belgique, un nombre croissant de notaires ne s'estiment plus compétents pour authentifier une transaction relative à un immeuble situé sur le territoire d'une autre région que celle où est établie leur résidence, en raison de leur absence de maîtrise du droit immobilier propre à cette région. Le développement de systèmes juridiques spécifiques à chaque état, voire même dans les états décentralisés, propre à chacune des régions qui le composent, ne constitue-t-elle pas une entrave à la libre concurrence?

Ces systèmes juridiques particuliers ne créent-ils pas des monopoles de fait accordés à ceux qui rendent le service juridique dans chacun de ces états et dans chacune de ces régions?

Dans ce contexte, il est légitime de se poser la question de savoir si la priorité passe bien par la déréglementation systématique de ceux qui rendent le service juridique dans chacun des états ou régions de l'Union et qui y disposent de toute façon d'un monopole de fait, ou si celle-ci passe par une plus grande harmonisation des règles qui organisent les professions juridiques, d'une part, et de celles qui déterminent le contenu même du service juridique d'autre part, dès lors que les entreprises et les consommateurs européens, pour une partie de plus en plus large d'entre eux, ne vivent plus à l'échelle de leur état ou de leur région d'origine mais bien déjà à l'échelle de l'espace européen. En effet, en application du principe de la libre circulation des biens et des services, un grand nombre d'entreprises inscrivent déjà leur développement au delà de leur marché domestique, quant aux citoyens européens, à la faveur du développement et grâce à la facilité de l'utilisation des moyens de communication et d'échanges, en grand nombre, successivement ou simultanément vivent, se rencontrent, se marient, se séparent, divorcent, passent des vacances, acquièrent et vendent des immeubles décèdent, dans différents pays de l'Union européenne.

Déjà, ils ont adopté et intégré la dimension européenne dans leur mode de vie. Toutefois, alors qu'entreprises et consommateurs déploient leurs activités et leurs relations commerciales ou interpersonnelles à l'échelle de l'espace européen, quotidiennement ceux-ci ne cessent de se heurter à l'échiquier des systèmes juridiques et aux réglementations propres à chacun des pays de l'Union ou de leurs régions décentralisées. Alors que les frontières douanières sont tombées, les forteresses juridiques des états de l'Union se maintiennent et se renforcent. Dans chacun des Etats de l'Union, entreprises et consommateurs européens ne peuvent toujours pas bénéficier d'un même service juridique notarial commun dans lequel ils pourraient avoir confiance. S'ils s'engagent dans les liens d'un contrat avec une entreprise ou un citoyen d'un autre état de l'Union, peuvent-ils espérer que la validité de cette convention sera reconnue, ou que celle-ci sera exécutée dans l'Etat de son cocontractant?

Si un citoyen d'un Etat membre de l'Union, décède, il peut laisser des biens dans différents états de l'Union, par exemple : ceux qu'il a recueillis dans la succession de ses parents décédés dans son pays de naissance, ceux qu'il acquit durant sa vie professionnelle dans son pays de résidence et enfin ceux qu'il aurait encore pu acquérir

dans un lieu de vacances. Il s'agit d'un cas devenu courant aujourd'hui. Pour chacun de ces biens, sa succession va être réglée selon des règles différentes qui peuvent encore varier en fonction du lieu de son mariage, de la nationalité de son conjoint ou de ses résidences successives. Pour régler sa succession, ses héritiers qui ne résident pas nécessairement dans les mêmes pays de l'Union, devront s'adresser à des professions juridiques très différentes. En Grande-Bretagne à un solicitor, en France à un Notaire, en Espagne à un avocat et à un notaire conjointement, lesquels n'exercent pas les mêmes prérogatives et ne rendent pas le même service. Le coût de ce cloisonnement juridique est bien plus élevé que l'économie supposée qu'entreprises ou consommateurs européens pourraient attendre d'une déréglementation systématique des professions juridiques.

En d'autres termes, la libre circulation des actes juridiques et des décisions judiciaires, le décloisonnement des systèmes juridiques nationaux dans le domaine du service juridique notarial, l'émergence d'un acte authentique élevé à la dimension européenne, ne constitue-t-elle pas pour les entreprises et les consommateurs européens un besoin, une nécessité, voire même une urgence bien plus grande que la libre circulation de ceux qui rendent le service ou qui établissent les actes. Libre circulation des actes ou libre circulation de ceux qui les établissent, actes juridiques à portées limitées ou actes juridiques à efficacité large, sur l'ensemble du territoire européen. Voilà la question urgente que les usagés du service juridique posent très concrètement aux états de l'Union et à ceux qui les représentent.

C'est à cet appel que se sont efforcés de répondre les chefs d'Etats et de gouvernement de l'Union européenne réunis en conseil au sommet de Tampere, les 15 et 16 octobre 1999. A l'issue de ce sommet d'une importance capitale, il fut décidé de créer un véritable espace de justice européen qui pourra enfin se développer parallèlement à l'espace économique Européen. "Le citoyen ne peut jouir de la liberté que dans un véritable espace de justice, où chacun peut s'adresser aux tribunaux et aux traités de tous les Etats membres aussi facilement qu'il le ferait dans son propre pays. Les auteurs des infractions ne doivent pouvoir, par aucun moyen, mettre à profit les différences entre les systèmes judiciaires des Etats membres. Les jugements et décisions doivent être respectés et exécutés dans l'ensemble de l'Union, mais il faut aussi préserver la sécurité juridique fondamentale des particuliers et des opérateurs économiques. Il convient d'arriver à une meilleure compatibilité et à une convergence accrue entre les systèmes juridiques des Etats membres. (...) L'espace de liberté, de sécurité et de justice devrait faire front sur les principes de transparence et de contrôle démocratique. Nous devons entamer un dialogue ouvert avec la société civile sur les objectifs et principes de cet espace pour qu'ils soient mieux acceptés par le citoyen et reçoivent leur soutien. Afin que les autorités continuent à jouir de la confiance des citoyens, il faut mettre en place des normes communes à l'intégrité des autorités" affirment les chefs d'Etats et de gouvernement de l'Union³¹.

Dans ce double contexte, celui du grand marché et celui de l'espace de justice européens, l'acte authentique et celui qui l'établi, le notaire, ne peuvent désormais échapper à la dimension européenne. Le présent rapport a pour objet d'en esquisser le contour.

Aussi, dans cette perspective, nous aborderons successivement les questions suivantes :

³¹ Conclusions de la présidence (1/16) - Bulletin U.E. 10, 1999

1. Existe-t-il des règles du droit européen susceptibles de déterminer directement le contenu de l'acte authentique même à l'encontre de règles du droit d'un état de l'Union?
2. Existe-t-il des règles du droit européen susceptibles d'imposer aux autorités des états membres de l'Union l'exécution directe des actes authentiques établis dans un autre état membre de l'Union que celui dans le cadre duquel il doit être exécuté?
3. Existe-t-il des règles du droit européen susceptibles de déterminer le statut du notaire, à l'encontre des règles établies par l'état membre dans lequel il exerce ses fonctions?

S'il est possible de répondre par l'affirmative à ces trois questions, les concepts d'acte authentique et d'officiers publics européens constituent des réalités juridiques appréhendables. Ce sera l'objet de la conclusion de ce rapport.

Chapitre Premier : LES REGLES DU DROIT EUROPEEN SUSCEPTIBLES DE DETERMINER DIRECTEMENT LE CONTENU DE L'ACTE AUTHENTIQUE - L'EFFET DIRECT ET LA PRIMAUTE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Section I - LES NORMES EUROPEENNES : DROIT DES TRAITES ET DROITS DERIVES

Lorsqu'il établit un acte juridique et qu'il conseille dans le cadre de la rédaction de cet acte ceux qui font appel à ses services, sans risque d'exposer cet acte à la sanction d'un tribunal, le notaire peut-il s'en référer aux seules règles du droit du pays dans lequel il exerce ses fonctions?

Certes, un certain nombre de règles du droit applicable dans chacun des états sont le résultat de la transposition plus ou moins originale dans chacun d'eux, selon la marge d'appréciation qui leur a été laissée, de directives européennes visant à harmoniser sur le territoire de l'Union différents secteurs du droit. Dans les domaines du droit qui touchent à l'activité notariale, c'est essentiellement dans ceux qui ont trait au droit des sociétés et au droit de l'environnement³² que les Etats ont été amenés depuis plusieurs années à harmoniser leurs droits respectifs. Toutefois, conformément à l'article 249, alinéa 3, CE, en principe les directives ne s'adressent pas directement aux particuliers, mais bien aux états, lesquels disposent d'un délai pour en transposer le contenu dans leur droit national³³. Sur le plan de la technique juridique, le notaire, lorsqu'il fait application d'une règle de droit dont le contenu est la transposition de directives européennes ne fait pas

³² Par exemple : la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 relative à l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement J.O.C.E., n°175/40 du 5 juillet 1985. A ce sujet, voir Jean-François NEURAY : "Principes de droit de l'Environnement", Story scientia, Diegem, 1995, pp 43 et suivantes, n°30

³³ Louis CARTOU, Jean-Louis CLERGERIE, Annie GRUBER et Patrick RAMBAUD "L'Union Européenne" Dalooz, 4^e édition, Paris 2002, p. 185

application du droit européen, mais bien de son droit national, autoritairement inspiré par le droit communautaire.

Il arrive que les règles de droit national ne sont pas la transposition de directives européennes mais bien de recommandations faites aux états membres ou d'avis qui leur ont été rendus conformément à l'article 249, dernier alinéa, CE, par les autorités européennes. Comme les directives, ces recommandations et avis ne lient pas les particuliers. A la différence des directives, par contre, celles-ci ne lient pas davantage les Etats mais les incitent seulement à s'en inspirer³⁴. Lorsque leur contenu a été transposé dans le droit positif d'un état membre, les recommandations jouissent dans cet ordre juridique du même statut que celui d'une directive transposée.

En revanche, il en va tout autrement des règlements européens qui, conformément à l'article 249, alinéa 2, CE, sont des actes de portée générale obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tous les états membres de l'Union. Le règlement communautaire est la seule catégorie d'actes pour laquelle les Traités prévoient expressément l'effet direct, ce qui signifie qu'il crée des droits et des obligations qui s'imposent directement aux états membres, à leurs organes et aux particuliers sans aucune réception dans le droit national. Il correspond à la loi et au règlement dans l'ordre interne. Il doit obligatoirement être publié au Journal Officiel des communautés européennes et devient exécutoire à la date qu'il fixe ou à défaut, le vingtième jour suivant sa publication (art. 254, al.1, CE)³⁵. Il résulte de ce qui précède que si les autorités communautaires avaient adopté des règlements dans les domaines qui touchent à la pratique notariale, les notaires lors de l'établissement de leurs actes, seraient tenus d'en faire application au même titre qu'une règle de droit interne. A la différence de ce qui a été dit à propos des directives et des recommandations sur le plan de la technique juridique, le notaire ne serait pas dans cette hypothèse tenu d'appliquer une règle de droit interne d'inspiration européenne, mais bien une règle qui relève directement de l'ordre juridique européen, établi par une autorité publique autre que celle de son propre Etat. A notre connaissance, dans les domaines qui relèvent de la pratique notariale, à ce jour, il n'existe guère de règlements communautaires significatifs susceptibles de déterminer le contenu des actes établis par les notaires d'Europe, sous réserve de ce qui sera exposé dans le chapitre suivant à propos de l'exécution des actes authentiques.

Règlements, directives, recommandations et avis partagent une caractéristique commune, originale dans l'ordre juridique supra-national. En effet, ces règles, qui toutes s'inscrivent dans ce même ordre juridique, présentent l'originalité de n'être pas le fruit d'un concours de volontés, exprimées par la rencontre d'états souverains dans le cadre d'un traité, mais bien celui qui résulte de l'exercice de leurs compétences par des organes institués par des traités dans le cadre d'instances disposant d'une personnalité juridique propre, distincte de celles des Etats qui les ont constituées et qui les englobe. C'est la raison pour laquelle la doctrine les qualifie d'actes communautaires dérivés ou secondaires.

³⁴ Louis CARTOU et autres : op. cit. p. 187

³⁵ Ibid. pp 184 et 185

Ces traités, dans le cadre desquels les Etats signataires ou adhérents mettent en place des institutions telles que l'Union européenne³⁶ et la Communauté européenne³⁷, les dotent de la personnalité juridique et les ouvrent à l'espace économique et à l'espace juridique européens, sont dits institutifs. A côté des institutions qu'ils organisent, ces traités contiennent également des règles fondamentales qui jouent, à l'égard des ressortissants des Etats qui les ont signés ou qui y ont adhéré, le même rôle que la constitution dans les droits nationaux³⁸. Ces traités sont d'ailleurs sur le point d'être remplacés par une véritable constitution dont le projet a été élaboré par la Convention européenne instituée aux termes du sommet du Conseil européen de Laeken du 5 décembre 2001 qui en a également confié la présidence à M. Valéry GISCARD d'ESTAING. Les règles fondamentales des traités actuellement toujours en vigueur concernent notamment les droits et libertés fondamentales qui peuvent jouer un rôle important dans le domaine du droit de la famille, l'un des domaines de la pratique notariale, aujourd'hui en pleine évolution dans tous les états de l'Union. A cet égard, nous relevons singulièrement :

- l'article 6, TUE, lequel dispose :
 - « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux états membres »,
 - « l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux états membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »,
 - « l'Union respecte l'identité nationale de ses états membres",
- o la prohibition de toutes discriminations exercées en raison de la nationalité (art. 12, CE), fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (art. 13, CE), ou relative au salaire entre les hommes et les femmes (art. 141, CE),
- o la prohibition des atteintes aux principes de la libre circulation des personnes, des services et capitaux (art. 39 et suivant, CE), de la liberté d'établissement (art. 43, CE), de la libre prestation des services (art. 49, CE),
- o la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur³⁹(art. 174, CE).

La Cour Européenne de Justice reconnaît l'effet direct aux divers articles des traités institutifs pour autant que leurs dispositions soient claires et précises et juridiquement complètes, qu'elles ne prévoient aucune réserve subordonnant leur application à une disposition de droit interne, qu'elles soient techniquement parfaites et créent des droits et obligations aux particuliers sans requérir l'adjonction de dispositions internes ou

³⁶ Traité de Rome du 25 mars 1957 et ses annexes ainsi que divers protocoles

³⁷ Traité de Maastricht du 7 février 1992 ainsi que ses annexes et protocoles, JOCE n°C224 du 31 août 1992

³⁸ Louis CARTOU et autres : op. cit. p. 118, n°231

³⁹ Jean-François NEURAY, op. cit., pp 48 et suivantes, n°s 33 et 34

l'intervention d'actes communautaires et qu'elles n'imposent au juge aucun jugement de valeur dépassant l'appréciation juridique ou aucune appréciation de caractère politique⁴⁰.

Section II : CONTROLE EXERCE PAR LA COUR DE JUSTICE : L'EFFET DIRECT ET LA PRIMAUTE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

S'il résulte de ce qui précède qu'il ne fait plus guère de doute que le notaire peut être amené à appliquer des règles qui directement émanent du droit européen, lorsque celles-ci procèdent de règlements communautaires ou de dispositions directement applicables des traités institutifs, ou des règles qui indirectement résultent de ce même droit lorsque celles-ci émanent de directives, de recommandations ou avis qui ont fait l'objet de transposition dans le droit positif interne de ce pays. Toutefois, se pose encore la question de savoir si le notaire serait tenu d'appliquer une règle du droit européen qui n'aurait pas été transposée dans l'ordre interne qui irait à l'encontre d'une règle de droit interne antérieure ou postérieure.

Comme cela a été relevé dans l'introduction, les notaires ont pour mission de contribuer à la bonne administration de la justice dans le cadre préventif qui leur est réservé. Prévenir les conflits, c'est authentifier des conventions ou des actes qui sont conformes au droit, des actes non susceptibles de contestation devant les cours et tribunaux. Dans l'espace juridique européen, appliquer le droit, assurer la sécurité des actes juridiques, aujourd'hui c'est se référer à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, organe juridictionnel suprême et indépendant qui a été mis en place pour assurer la cohérence de l'ordre juridique nouveau qui, de manière originale, par la rencontre de l'ordre juridique mis en place par et en vertu des traités institutifs et de ceux des différents états membres est en train de se créer et de se développer inéluctablement.

Conformément à l'article 220, CE, la Cour de justice⁴¹ a en effet pour mission d'assurer "le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités". A ce titre, la Cour européenne "apparaît à la fois comme une juridiction administrative et une juridiction judiciaire, en même temps qu'elle est juge constitutionnel et ""Cour suprême d'une fédération européenne potentielle"". Sa jurisprudence impose l'application uniforme du droit commun qu'elle contribue à développer en construisant un ""système juridique commun de type fédéral"". C'est cette construction qui a pu faire de la Communauté européenne une communauté de droit au même titre qu'on parle d'un état de droit"⁴².

Ce rôle d'harmonisation et d'interprétation du droit communautaire, la Cour de justice l'exerce, tantôt seule quand celle-ci est directement saisie par une personne physique ou morale, par un des organes institués ou par un état membre, conformément aux différentes procédures mises en place par les traités, tantôt en collaboration avec les juridictions nationales lorsque celle-ci est saisie par l'une d'entre elles à titre préjudiciel conformément à l'article 234, CE. Dans le cas d'application de cette dernière procédure, lorsqu'il est saisi d'un litige impliquant l'interprétation ou l'application d'une règle

⁴⁰ Op. cit. p. 197, n°261

⁴¹ Depuis le traité de Maastricht : "La Cour de justice et le Tribunal de 1^{re} Instance, dans le cadre de leurs compétences respectives"

⁴² Louis CARTOU et autres : "op. cit.", pp 128 et 129, n°162

communautaire, le juge national a la faculté, soit de trancher seul cette question, il en a le droit et en principe le devoir⁴³, soit, s'il avait un doute sur la décision à prendre, avant de trancher le litige et sans en être dessaisi⁴⁴, de s'en référer à l'interprétation de la Cour de justice. Si sa décision n'est plus susceptible de recours juridictionnel dans l'ordre interne, le juge national ne dispose plus de cette faculté, il est tenu de s'en référer pour l'interprétation du droit à la Cour de justice.

A la différence du juge, le notaire, dans le cadre de la justice préventive qu'il est appelé à exercer, a l'obligation de trancher lui-même la question de l'applicabilité ou de la non applicabilité de la règle communautaire à l'acte qu'il reçoit et, le cas échéant, d'écarter l'application de la règle interne qui n'a pas été adaptée.

Afin d'assurer très pragmatiquement l'harmonisation du système juridique communautaire, la Cour de justice a dégagé très clairement deux grands principes d'interprétation du droit communautaire : la primauté de droit communautaire et l'effet direct. Le notaire devra en tenir compte pour interpréter le droit applicable à l'acte qu'il reçoit.

A] Le principe de la primauté du droit communautaire

Il résulte de ce premier principe que toutes les sources du droit communautaire, dont les effets sont directement applicables dans l'ordre interne des états membres s'imposent à toutes les normes de droit interne quelle que soit leur nature et quel que soit leur rang : constitution, lois ou actes administratifs⁴⁵.

Ce principe n'a été consacré par aucun texte formel. C'est la Cour de justice qui très vite, et dans le cadre d'une jurisprudence constante et bien établie en a affirmé clairement le principe, notamment dans l'arrêt Costa contre Enel du 15 juillet 1964⁴⁶. Dans cet arrêt, la Cour conclut que "(...) issu d'une source autonome, le droit du Traité ne pouvait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même (...)".

Ce principe s'applique tant à l'égard des normes internes antérieures à l'entrée en vigueur de la norme communautaire en vertu du règlement classique des conflits de lois dans le temps où la norme la plus ancienne est réputée abrogée ou privée d'effet par la norme nouvelle⁴⁷, qu'à l'égard des normes internes postérieures, ce qui fut pendant un certain temps contesté par certaines juridictions internes, notamment françaises⁴⁸.

⁴³ Melchior WATHELET "La Cour de justice de Luxembourg et sa jurisprudence" in "Le Notariat belge et le droit communautaire : les défis et l'avenir de la profession", op. cit. p.32

⁴⁴ art. 240, CE

⁴⁵ Louis CARTOU et autres : op. cit., p. 201, n°266

⁴⁶ J.O.C.E., 15 juillet 1964, Costa c/Enel, Aff. 6/64, Rec., p. 1161

⁴⁷ Louis CARTOU "op. cit.", pp 201 et 202, n°266

⁴⁸ CE (France), Concl. questiaux, AJDA 1968, II, p. 235 cité par Louis CARTOU et autres, op. cit., p.202. Voir également à ce sujet Melchior WATHELET : op. cit., p. 33

"L'existence d'un ordre juridique international exige que les états reconnaissent et acceptent la primauté du droit international sur le droit national. On ne peut pas permettre à un Etat qui a souscrit un engagement international de s'y soustraire en modifiant sa loi nationale! Ce n'est pas possible, si on veut une unité d'application, si on veut créer un marché unique, si on veut poursuivre une œuvre d'intégration. Il faut donc que le juge national fasse jouer cette primauté à tout coup, que s'il découvre qu'une de ses lois nationales est contraire au droit communautaire, non seulement il puisse mais aussi il doit déclarer ce texte national inapplicable et l'écarter⁴⁹".

B] Le principe de l'effet direct

Au principe de la primauté du droit communautaire, est étroitement lié le principe de l'effet direct d'une règle de droit communautaire dans les différents ordres internes. A la différence du premier principe, ce deuxième principe a été formellement établi par l'article 249, alinéa 2, CE, pour les règlements communautaires. Nous avons déjà précisé que la Cour de justice en avait déjà étendu l'application aux dispositions directement applicables des traités institutifs, notamment dans l'affaire Defrenne contre SABENA. Dans cette affaire, une hôtesse de l'air de feu la compagnie aérienne belge tristement célèbre, après avoir constaté qu'un de ses collègues steward bénéficiait d'une rémunération plus avantageuse qu'elle, s'est prévalu devant une juridiction belge de l'application directe de l'article 141, CE, consacrant l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. la Cour de justice dans le cadre de la question préjudicielle qui lui a été posée par celle-ci, a contraint cette juridiction d'appliquer le droit communautaire en l'absence de toute disposition du droit interne belge dans ce domaine⁵⁰.

C'est dans ce même contexte que se pose la question de l'adoption par des couples homosexuels en Belgique. En effet, en Belgique, une loi du 13 février 2003⁵¹ entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003 a modifié l'article ... du Code civil afin de permettre aux couples homosexuels de se marier. Toutefois, cette même loi n'a pas ouvert à ces mêmes couples la faculté d'adopter des enfants. Le droit civil belge établit donc une discrimination contraire à l'article 13, CE, qui prohibe toute discrimination et singulièrement les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Il ne fait guère de doute que la Cour de justice sera tôt ou tard saisie de cette question et que les juridictions belges seront vraisemblablement tenues de reconnaître, à l'encontre du droit positif belge, la faculté aux couples homosexuels d'adopter des enfants.

L'effet direct, pourtant non explicitement reconnu par l'article 249, alinéa 3, CE, aux directives, leur a été attribué par une jurisprudence constante et répétée de la Cour de justice, lorsque les états ne les ont pas transposées dans les délais qui leur étaient impartis pour le faire ou, avant même l'expiration de ce délai, lorsque l'Etat a pris à l'encontre de

⁴⁹ Melchior WATHELET, op. cit., p. 32

⁵⁰ J.O.C.E., 15 juin 1978, Defrenne c/SABENA, Aff. 149/77, Rec., p. 1365

⁵¹ M.B. du

celles-ci dans le cadre de l'ordre juridique interne des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive⁵².

Toutefois, l'effet direct ne trouve à s'appliquer que dans les relations entre l'Etat et les particuliers, c'est-à-dire dans son aspect vertical, il s'agit selon la doctrine de l'effet direct vertical. En revanche, il ne peut pas s'appliquer dans les relations entre particuliers, effet direct horizontal, ou dans les relations de l'Etat ou de la Communauté à l'égard des particuliers⁵³. Si les directives sont susceptibles de créer des droits en faveur des particuliers, en revanche, à défaut d'avoir été régulièrement transposées dans le droit interne, celles-ci ne peuvent leur imposer des obligations⁵⁴.

Depuis le célèbre arrêt *Francovitch*⁵⁵, la responsabilité quasi délictuelle de l'Etat a été mise en cause lorsqu'il pouvait être établi que le défaut de transposition était susceptible de causer au particulier un dommage et qu'un lien de causalité était établi. L'Etat italien a ainsi été condamné à dédommager Mme A. *Francovitch* parce que celle-ci n'avait pas pu bénéficier d'un fond d'état qu'une directive communautaire imposait aux états membres de mettre en place en vue d'indemniser les citoyens victimes d'une faillite. "Si la Cour de justice n'avait pas proclamé le principe de la responsabilité des Etats en cas de violation du droit communautaire, responsabilité qui peut être actionnée devant un juge national, en Belgique [et en France] en utilisant l'article 1382 du Code civil, dit le juge *WATHELET*, l'on aurait accordé une prime aux Etats qui ne transposaient pas les directives puisqu'il n'y aurait pas eu de sanction au profit des citoyens auxquels le droit communautaire voulait donner des droits; non seulement ce citoyen était privé d'un droit, mais on créait une discrimination entre les citoyens européens puisque les citoyens dont les Etats transposaient bien la directive étaient favorisés par rapport à ceux dont les Etats étaient négligeant"⁵⁶.

Il y a encore lieu de noter que l'effet direct d'un traité ou d'une directive non transposée, interprétée par une décision de la Cour de justice, lie en principe le juge à compter du jour où les conditions d'applicabilité de la règle communautaire sont réunies⁵⁷. Toutefois, depuis l'arrêt *Defrenne*⁵⁸ la Cour de justice s'est reconnue la faculté de limiter l'effet rétroactif de sa décision, en se fondant sur "des raisons impérieuses de sécurité juridique". En l'occurrence, la Cour avait estimé en l'espèce que l'effet de sa décision qui prescrit l'égalité de rémunération entre hommes et femmes ne peut être invoqué à l'appui de revendications relatives à des rémunérations antérieures à la date de l'arrêt, sauf pour des travailleurs qui auraient introduit antérieurement un recours en

⁵² Aff. C 129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, 18 décembre 1997, Rec., p. 1 7411 cité par Joe VERHOEVEN "Droit de la Communauté européenne", 2^e édition, Larcier, Bruxelles 2001, p. 274

⁵³ Joe VERHOEVEN : "op. cit.", pp 301 et 302

⁵⁴ Joe VERHOEVEN : "op. cit.", p. 303 et Louis CARTOU et autres "op. cit.", p. 199, n°262, lequel cite : J.O.C.E., arrêt 152/84 du 26 février 1986, 80/86 du 8 octobre 1987

⁵⁵ Aff. Jts C 6/90 et 9/90, *A. Francovitch et D. Bonifaci*, 19 novembre 1981, Rec., p. I 5414, point 33

⁵⁶ Melchior *WATHELET*, "op. cit.", p. 34

⁵⁷ Joe VERHOEVEN : "op. cit.", p. 369

⁵⁸ Déjà cité infra sub. (33)

justice ou soulevé une réclamation équivalente. Cette jurisprudence a été semble-t-il confirmée à maintes reprises. Il résulte de celle-ci qu'il appartient à la Cour de justice de déterminer le moment de la prise d'effet de ces décisions interprétatives⁵⁹.

C'est par l'application de ce principe de l'effet direct qu'un certain nombre de notaires belges ont été contraints de liquider des successions ou de revoir la liquidation de successions déjà liquidées, auxquelles étaient parties des enfants naturels. En effet, l'article 756 du Code dit "Napoléon", devenu Code civil français et belge, limitait les droits successoraux de l'enfant naturel, ce qui était contraire aux articles 8 et 14 (droit au respect de la vie familiale) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, à laquelle se réfère expressément l'article 6.2 du Traité de l'Union européenne. Cet article 8 a été abrogé dans le Code civil belge par la loi du 31 mars 1987 laquelle supprimait toute discrimination à l'égard des enfants naturels en les assimilant à des enfants légitimes. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme qui joue dans le cadre du traité qui l'institue le même rôle que la Cour de justice des communautés européennes dans le cadre du sien, a prononcé un retentissant arrêt le 13 juin 1979 dit "Marckx"⁶⁰ aux termes duquel il a reconnu l'effet direct aux articles 8 et 14 de ladite convention européenne, mais pour des raisons de sécurité juridique évidentes, s'inspirant de l'arrêt Defrenne en a réduit les effets aux successions ouvertes à partir du jour où il a été rendu⁶¹. Il en est résulté que l'article 756 des codes civils belge et français ne pouvait plus s'appliquer aux successions ouvertes dans ces deux pays après le 13 juin 1979. Cet arrêt a donné lieu en Belgique à une abondante jurisprudence⁶² qui tantôt en faisait application, en l'élargissant notamment à la situation des enfants adultérins soit refusait de l'appliquer ou de l'étendre. Deux arrêts rendus par la Cour d'Arbitrage les 4 juillet 1991 et 1^{er} décembre 1993⁶³ l'ont confirmée avec autorité.

Il résulte de ce qui précède que sur un plan théorique, à l'instar du juge national, dans l'exercice de la justice répressive, le notaire, dans l'exercice de sa mission d'administration de la justice préventive, est tenu, non seulement d'appliquer les règles supérieures du droit communautaire, dont l'applicabilité directe a été établie, en vertu de l'interprétation qu'en donne la Cour de justice, mais encore est tenu de négliger l'application du droit interne du pays qui l'a institué si celui-ci est incompatible avec les règles du droit communautaire.

Toutefois, dans le domaine du droit notarial, à ce jour, peu de règles du droit communautaire sont susceptibles de déterminer le contenu des actes établis par les notaires.

⁵⁹ Sur cette question, voyez Joe VERHOEVEN "op. cit.", pp 369 et suivantes

⁶⁰ 13 juin 1979, série A, n° 31

⁶¹ Joe VERHOEVEN : "op. cit.", p. 371

⁶² Voir à ce sujet Edouard VIEUJEAN "Chronique de droit à l'usage du notariat", Université de Liège, 28 mars 1985, volume IV pp 173 et suivantes, et Christiane MALMENDIER "op. cit.", 26 mars 19

⁶³ C.A., 4 juillet 1991 et C.A., 1^{er} décembre 1993, Rev. trim. droit familial, 1963, pp 387 et suivantes et pp 417 et suivantes

En ira-t-il de même dans l'avenir, le droit civil va-t-il enfin s'ouvrir au droit communautaire, va-t-il comme ceux dont il règle les rapports s'ouvrir à la dimension européenne et enfin se décloisonner?

Section III - PERSPECTIVES D'HARMONISATION DU DROIT CIVIL : LES PRINCIPES DE SUBSIDIARITE ET DE PROPORTIONNALITE

S'agissant d'envisager les perspectives de décloisonnement et d'harmonisation du droit civil, dont l'opportunité a été démontrée dans l'introduction à ce rapport, il convient de se poser la question de savoir si les organes institués par les traités européens disposent des compétences pour agir dans ces domaines, s'il existe des limites à l'action communautaire. Nous verrons ensuite quelles sont les perspectives qui ont notamment été ouvertes par le sommet de Tempere.

A] Limites de l'action communautaire : subsidiarité et proportionnalité

L'article 1^{er} du traité sur l'union européenne dispose que l'Union a pour mission d'organiser de façon cohérente et solidaire les relations entre les Etats membres et entre les peuples" et que les décisions y seront "prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens".

L'article 5 du traité instituant la Communauté européenne précise que :

"la communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont confiées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité",

"dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive la communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisées au niveau communautaire".

Selon la doctrine, la communauté dispose de deux types de compétences, celles qu'elle est en droit d'exercer seule, sans l'intervention des états, il s'agit de ses compétences exclusives, et celles qu'elle exerce en concertation avec les Etats ou en cas de défaillance des Etats, se sont les compétences partagées ou concurrentes.

Parmi les compétences exclusives la doctrine cite souvent :la suppression des obstacles à la libre circulation (marchandises, services, personnes, capitaux), les règles de la concurrence, la politique commerciale commune (art. 133, CE), l'organisation commune des marchés agricoles (art. 33, CE), la conservation des ressources de pêche et l'organisation commune du marché des produits de la pêche et les éléments essentiels de la politique des transports⁶⁴.

Dans ce domaine de compétence, l'action de la Communauté est limitée par le principe dit "de proportionnalité". En vertu de celui-ci les institutions communautaires sont tenues de n'utiliser que des moyens strictement proportionnés aux objectifs poursuivis⁶⁵. Ce

⁶⁴ Louis CARTOU et autres : "op. cit.", p. 207, n° 272

⁶⁵ Louis CARTOU et autres : "op. cit.", p. 209, n° 277

principe la Cour de justice l'a également imposé aux états dit M. Melchior WATHELET. Pour qu'une mesure soit proportionnelle, il faut qu'elle soit nécessaire pour atteindre l'objectif recherché. A titre d'exemple pour que le consommateur puisse établir la différence entre la margarine et le beurre, il n'était pas nécessaire d'imposer, comme l'a fait la législation belge, que la margarine soit en cube et que le beurre soit en parallélépipède rectangle, ce qui imposait aux industriels des techniques d'emballage particulières pour le marché belge et constituait une entrave à la concurrence⁶⁶.

Dans le domaine de compétence partagée avec les états membre, l'action communautaire est non seulement limitée par le principe de proportionnalité, mais aussi par le principe de subsidiarité tel qu'il a été affirmé par l'article 5, alinéa 2, CE, et précisé dans le protocole d'accord n°30 qui a suivi le Traité d'Amsterdam. "Pour être justifiée, une action de la communauté doit répondre aux deux aspects du principe de subsidiarité : les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par l'action des Etats membres dans leur système constitutionnel national et peuvent donc être mieux réalisés par une action de la Communauté"⁶⁷.

A cet égard, il y a lieu d'observer que :

- tous les textes législatifs communautaires doivent contenir la motivation formelle de leur conformité aux principes de proportionnalité et de subsidiarité,
- les principes de proportionnalité et de subsidiarité sont appelés à évoluer en fonction de l'intensité grandissante que prendra le processus d'intégration européenne, ils n'imposent pas de limites statiques.

Le domaine du droit qui relève des matières notariales ne font pas partie des compétences exclusives de la Communauté. C'est ce qui pourrait expliquer que celle-ci est plus prompte à intervenir au niveau du statut du notaire qui est directement lié au domaine de la concurrence et des services, qu'au niveau des règles du droit civil qui sont des domaines qui touchent cependant davantage aux préoccupations des citoyens.

B | Les perspectives d'harmonisation : l'impulsion de Tempere

Le droit de la famille est en pleine évolution dans l'ensemble des pays de l'Union européenne. Si les législations propres à chacun de ces pays sont souvent très différentes dans chacun de ceux-ci et résultent souvent de leurs traditions et de leur histoire, aujourd'hui, les modes de vie et les références culturelles des peuples européens se sont ouverts à une culture et à des aspirations communes. Les règles traditionnelles relatives à la filiation et au mariage sont remises en question dans chaque état. Les législations qui ne suivent pas cette évolution, font l'objet de recours sur base de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soit devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, soit devant la Cour de justice européenne à Luxembourg. Par cet état de fait, ces questions entrent d'elles-mêmes dans le domaine de la subsidiarité et nécessiterons vraisemblablement prioritairement certaines mesures d'harmonisation.

⁶⁶ Exemple cité par Melchior WATHELET, "op. cit.", p. 36

⁶⁷ Protocole n°30, Traité d'Amsterdam, sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, point 5

"(...) Arriver à une meilleure compatibilité et à une convergence accrue entre les systèmes juridiques des états membres" faisait partie des conclusions du Conseil européen de Tampere⁶⁸. "Dans un véritable espace européen de justice, l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques et administratifs des Etats membres ne devraient pas empêcher ou dissuader les particuliers et les entreprises d'exercer leurs droits y était-il encore précisé⁶⁹. A cet égard, toute une série d'initiatives ont été prises en vue notamment de l'établissement d'un document de travail sur le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres, qui aurait débouché sur une première communication au Parlement, limitée au droit privé des contrats, base d'un futur code civil européen, et sur l'élaboration d'un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés qui aurait également déjà été rendu public⁷⁰. Le sommet de Tampere à défaut d'avoir abouti à des décisions applicables sur le plan juridique a donné une impulsion à tout un courant de réflexion sur l'harmonisation du droit civil et commercial qui ne va pas cesser de s'amplifier et de se concrétiser à moyen terme, pour créer dans ce domaine un véritable bouleversement auxquels les notaires doivent se préparer en y prenant une part active.

Mais c'est dans le domaine de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires que l'action a été la plus spectaculaire. A défaut de pouvoir harmoniser le contenu des actes juridiques, le processus favorisant leur circulation a été engagé de manière significative et devrait se poursuivre de manière spectaculaire.

Chapitre Deuxième : LES REGLES DU DROIT EUROPEEN DETERMINANT L'EXECUTION DIRECTE DES ACTES ET DES CONTRATS DANS L'ENSEMBLE DE L'ESPACE EUROPEEN : LES CONVENTIONS ET LES REGLEMENTS DE BRUXELLES

Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontalière est devenue une compétence communautaire (art. 65, CE) exclusive, alors qu'elle était demeurée jusqu'alors de la compétence des Etats qui l'avaient réglée selon les procédés traditionnels des relations internationales inter-étatiques, c'est-à-dire par des traités multilatéraux⁷¹ qui s'inscrivent en marge des traités institutifs.

C'est ainsi que deux traités dits de "Bruxelles" avaient été conclus dans le but de favoriser la circulation des titres exécutoires, et en particulier, les actes authentiques au sein de l'espace européen.

⁶⁸ Bulletin U.E. 10, 1999 (fr) : 1.2

⁶⁹ Bulletin U.E. 10, 1999 (fr) : 1.8

⁷⁰ A ce propos, voyez : "L'Europe du droit", document établi par la conférence du Notariat de l'Union européenne (CNUE), Bruxelles, 2002, 519 pages

⁷¹ François RIGAUX et marc FALLON "Droit International Privé", tome 2, 2^e édition, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 146, Guy ISAAC et Marc BLANQUET : "Droit communautaire général", 8^e édition, Amand COLIN, Paris, 2001, p. 346

Le contenu de ces traités fut repris dans deux règlements européens qui s'appliquent à l'ensemble de l'espace européen, à l'exception du Danemark pour le premier, et à l'exception du Danemark, le Royaume Uni et l'Irlande pour le deuxième⁷².

Section I - LES CONVENTIONS DITES : "BRUXELLES I" ET "BRUXELLES II"

Une première convention fut adoptée à Bruxelles le 27 septembre 1968 et concernait la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civiles et commerciales. Cette convention est entrée en vigueur le 1^{er} février 1973 entre les six états fondateurs de l'Union européenne. Cette convention a été modifiée à plusieurs reprises par de nouvelles conventions complétées par des protocoles concernant son interprétation notamment à l'occasion de l'adhésion de nouveaux Etats à ce qui ne constituait alors encore que la Communauté économique européenne.

Parallèlement, les douze états alors membres de la CEE ont signé avec la Suisse, état membre de l'AELE, le 16 septembre 1968, une convention quasi identique concernant le même objet. Mais tandis que la convention du 27 septembre 1968 signée entre états membres de la CEE pouvait faire l'objet d'une interprétation par la Cour de justice des communautés européennes, celle de Lugano, à laquelle faisait partie un état non membre de la CEE devrait y échapper. Ces deux conventions se complètent⁷³.

Bien que la convention de Bruxelles a été remplacée comme nous le verrons dans un instant par le règlement dit de Bruxelles I, qui toutefois ne s'applique pas au Danemark, cette convention continue de s'appliquer dans les relations entre ce pays et les autres états de l'Union européenne. Quant à la convention de Lugano, celle-ci continue à s'appliquer dans les relations entre les Etats de l'Union et la Suisse.

A côté de la première convention de Bruxelles, les Etats membres de l'Union ont adopté à Bruxelles également près de 30 ans plus tard, soit le 28 mai 1998 une nouvelle convention qui concernait plus particulièrement la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale⁷⁴. Cette convention a pour objet d'étendre au domaine familial des principes consacrés dans la première convention de Bruxelles. C'est la raison pour laquelle il est habituel de la qualifier de convention "Bruxelles II". Toutefois, à la différence de la première, la convention de "Bruxelles II" n'a pas été ratifiée par les Etats signataires et n'est donc jamais entrée en vigueur.

Sur base de l'article 65, CE, et de l'impulsion du sommet de Tampere, le Conseil de l'Union européenne a adopté le contenu des deux conventions de Bruxelles dans des règlements. La nature juridique de ces règlements est très différente de celles des

⁷² Toutefois, s'ils n'y sont pas liés, le Royaume Uni et l'Irlande ont la faculté de décider s'ils acceptent ou non d'être liés. Dans le cas présent, ils ont manifesté l'intention d'y être liés

⁷³ Sur les tribulations des conventions de Bruxelles et de Lugano, voyez : François RIGAUX et Marc FALLON : "op. cit.", p. 145 et suivantes

⁷⁴ J.C.P., 1998, III, 20 0099

conventions puisqu'il s'agit à présent de normes internes directement applicables sur l'ensemble de l'espace européen à l'exception du Danemark, et, le cas échéant, du Royaume Uni et de l'Irlande.

Ces règlements "Bruxelles I et II" devraient en principe être suivis par un troisième règlement, capital pour la pratique notariale, puisqu'il aurait pour objet la création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

Section II - REGLEMENTS "BRUXELLES I" ET BRUXELLES II"

Le règlement "Bruxelles I" a été adopté par le Conseil le 16 janvier 2001 et est entré en vigueur le premier mars 2002⁷⁵. Il concerne comme la convention dont il s'inspire la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Le règlement dit "Bruxelles II" a été adopté par le Conseil le 22 décembre 2001⁷⁶. Il concerne comme la convention dont il s'inspire la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs.

Les mécanismes de compétence, de reconnaissance et d'exécution mis en œuvre par ces deux règlements sont très semblables. Ils font tous les deux une place toute particulière à l'acte authentique auxquels ils assurent un bel avenir.

A | Objet

"Bruxelles I" s'applique en matière civile et commerciale. Toutefois, sont exclus de son champ d'application :

- * les matières fiscales, douanières ou administratives,
- * l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions,
- * les faillites, concordats et autres procédures analogues qui font l'objet d'un règlement particulier,
- * la sécurité sociale,
- * l'arbitrage,
- * ainsi que les matières soumises à l'application du règlement dit de "Bruxelles II".

⁷⁵ Règlement (CE) ,°44/2001 du Conseil, 22 décembre 2000
J.O.C.E. n°L12/1 du 16 janvier 2001

⁷⁶ Règlement (CE) n°1347/19 du 30 juin 2000
J.O.C.E. n°L160/19 du 30 juin 2000

Sur Bruxelles II, voyez :

- Philippe DEGROFF et Christine DE VALKENEER "La Responsabilité parentale", RNB 2002, pp 395 et suivantes
- Nadine WATTE et Hakim BOULARBAH "Le règlement communautaire en matière matrimoniale et responsabilité parentale (Règlement dit "Bruxelles II"), Rev. trim. droit familial, 2000, p. 539 et suivantes

Bruxelles II s'applique aux procédures civiles relatives :

- * au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation de mariage,
- * à la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs des époux pour autant qu'elles soient poursuivies à l'occasion de l'une des actions matrimoniales dont il fut question ci-avant.

En revanche, le règlement ne s'applique pas :

- * ni au contentieux familial relatif aux enfants si celui-ci se pose en dehors d'une procédure de dissolution du mariage des parents,
- * toutes demandes relatives à la responsabilité parentale d'enfants qui ne seraient pas communs aux époux qui ont entrepris une action en dissolution de leur lien de mariage,
- * toutes demandes relatives à des obligations alimentaires entre époux ou en faveur d'enfants même lorsqu'elles sont introduites dans le cadre de la procédure de dissolution⁷⁷,
- * tout contentieux relatif aux rapports patrimoniaux entre époux résultant de la dissolution de leur mariage⁷⁸.

Bl Mise en œuvre d'un double mécanisme : compétence et reconnaissance exécution

S'inspirant de ceux mis en place par les conventions dites de "Bruxelles I et II", les règlements du même nom, mettent en place un double mécanisme de compétence judiciaire d'une part et de reconnaissance et d'exécution d'autre part. C'est évidemment dans son deuxième aspect que ce mécanisme concerne les actes authentiques.

En ce qui concerne la compétence judiciaire inter-frontalière entre les juridictions des états de l'Union, les règlements mettent en œuvre des règles uniformes de compétences applicables dans tous les pays qui y sont liés⁷⁹. Ces règles de compétences mises en œuvre concernent tant les litiges transfrontaliers communautaires qu'extra communautaires. "Bruxelles I" met en œuvre des critères de rattachement qui favorisent le débiteur, d'inspiration consumériste. "Bruxelles II" met quant à lui une structure alternative de critères de rattachement fondée sur le principe de la proximité territoriale ou procédurale (résidence habituelle, résidence habituelle du défendeur, en cas de demande conjointe, résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ...) sans écarter le critère de nationalité en cas de nationalité commune des époux. L'application de ces critères pose un certain nombre de difficultés qui ont été mises en évidence par la doctrine⁸⁰.

⁷⁷ Nadine WATTE et Hakim BOULARBAH "op. cit.", pp 248 et 249, nos 11 et 12

⁷⁸ Nadine WATTE et Hakim BOULARBAH "op. cit.", p. 546, n°8 qui signalent également que la Commission a proposé d'entreprendre une étude préliminaire sur la compétence et la loi applicable en matière de régime matrimoniaux et de succession qui devrait aboutir en 2004 COM [2000], 782 fin. p. 16

⁷⁹ Pour mémoire tous les pays de l'Union sauf, pour Bruxelles I le Danemark et pour Bruxelles II le Danemark et provisoirement le Royaume Uni et l'Irlande

⁸⁰ Voyez notamment à ce propos :

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et des actes extra-judiciaires, les règlements mettent en œuvre des principes communs plus originaux aux regard des règles traditionnelles en matière de reconnaissance, en vue de faciliter, dans l'espace juridique européen, la circulation de ces décisions et de ces actes.

C] La dimension particulière de l'acte authentique

++++

**Section III - LA PROPOSITION DE REGLEMENT PORTANT
CREATION D'UN TITRE EXECUTOIRE EUROPEEN POUR LES
CREANCES INCONTESTEES**

++++

**Chapitre Troisième : LE STATUT DU NOTAIRE AU REGARD DU DROIT
EUROPEEN**

-
- en ce qui concerne "Bruxelles I", Edgard VANHOVE : "La compétence exclusive des tribunaux de l'Etat ou l'immeuble est situé selon le droit de l'Union européenne", RNB, 2002, pp 470 et suivantes
 - en ce qui concerne "Bruxelles II", Nadine WATTE et Hakim BOULARBAH, op. cit., pp 559 et suivantes

TROISIEME PARTIE :

LE NOTAIRE ET L'INSTITUTION JUDICIAIRE

Par Jean Michel SEGURA

Les développements qui suivent portent sur le rôle du notaire français dans ses relations avec l'institution judiciaire en droit civil. Les rapports entre ces deux autorités sont si vastes qu'il n'est pas possible de les traiter de manière exhaustive dans le contexte de ce congrès. C'est la raison pour laquelle seuls certains thèmes qui nous sont apparus comme majeurs, sans vouloir diminuer pour autant l'intérêt de ceux qui ne seront pas abordés, ont été retenus.

Il a ainsi été décidé d'étudier :

- le notaire et l'envoi en possession
- le notaire et le changement de régime matrimonial
- le notaire et les partages intéressant les incapables
- le notaire et le divorce
- le notaire et le juge des tutelles

Examinons donc en premier lieu comment se situe le notaire dans la procédure d'envoi en possession.

Chapitre Premier : LE NOTAIRE ET L'ENVOI EN POSSESSION

La source de ce thème réside dans l'article 1008 du code civil, ainsi rédigé :

"Dans le cas de l'article 1006, si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mis au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte de dépôt."

Complété par l'article 1006 du même code :

"Lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance."

Ainsi tout légataire universel, qu'il soit personne physique ou personne morale, qui n'est pas en présence d'héritiers réservataires ou qui n'est pas lui-même réservataire est soumis à la procédure d'envoi en possession.

Des termes de l'article 1006 il résulte que le légataire universel qui est également héritier ab intestat est également soumis à la formalité de l'envoi en possession. La saisine qu'il reçoit par le décès du testateur ne le dispense pas de demander l'envoi en possession. Seule la présence d'héritiers réservataires ou la qualité du légataire universel d'héritier réservataire permet d'échapper à l'article 1008 du code civil.

L'envoi en possession est de la compétence du président du tribunal de grande instance.

Il est particulièrement intéressant d'examiner précisément quel est le rôle du président du tribunal de grande instance.

Le contrôle du magistrat est purement formel. Il vérifie la validité apparente du testament (écriture, signature). Mais l'envoi en possession ne protège pas le légataire universel d'une contestation ultérieure des héritiers évincés par le testament.

Après avoir vu quel est le rôle du président du tribunal de grande instance rappelons celui du notaire.

L'article 1007 du code civil précise :

"Tout testament olographe ou mystique sera, avant d'être mis à exécution, déposé entre les mains d'un notaire. Le testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le notaire dressera sur le champ procès-verbal de l'ouverture et de l'état du testament, en précisant les circonstances du dépôt. Le testament ainsi que le procès-verbal seront conservés au rang des minutes du depositaire."

Dans le mois qui suivra la date du procès-verbal, le notaire adressera une expédition de celui-ci et une copie figurée du testament au greffier du tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession, qui lui accusera réception de ces documents et les conservera au rang de ses minutes.

A l'examen de ce texte, il apparaît :

- que la notification au greffier du tribunal de grande instance n'a pas d'intérêt flagrant dans la mesure où celui-ci se contente d'accuser réception de l'envoi et de conserver la copie authentique du procès-verbal au rang de ses minutes. Quelle est l'utilité d'un dépôt au rang des minutes du greffier d'une copie authentique d'un acte de dépôt d'un testament olographe ou mystique au rang des minutes d'un notaire ? Manifestement aucune.

- que le notaire dresse procès-verbal de l'état du testament. N'y a-t-il pas dans le cadre de l'obligation faite au notaire de préciser la présentation formelle du testament et les anomalies qu'il peut observer, une similitude avec le contrôle purement formel du président du tribunal de grande instance ?

Il semble que, s'agissant du contrôle formel du testament, l'intervention du notaire telle qu'elle résulte de l'article 1007 du code civil est suffisante et la nécessité d'un envoi en possession pourrait facilement être réservée aux hypothèses dans lesquelles le notaire détecte une anomalie sur la forme du testament ou sur le fond de celui-ci.

N'est-il pas étonnant de voir que le droit français se contente d'un contrôle formel pour exécuter un testament olographe alors qu'il impose au notaire la présence d'un second notaire ou de deux témoins pour la validité d'un testament authentique ?

En effet, en présence d'un testament olographe, notamment lorsque celui-ci est remis au notaire par le légataire, il n'existe aucune assurance du libre consentement du testateur, voire même aucune certitude sur l'authentification de l'écriture de celui-ci. De sorte que en présence d'héritiers ab intestat exhéridés par le testament mais non curieux, un testament olographe écrit et signé sous la contrainte ou à un moment où le testateur ne bénéficiait pas du discernement nécessaire ou même un testament qui n'aurait pas été écrit et signé par le défunt pourra parfaitement être exécuté, avec en prime, dans le cas d'un

légataire universel qui n'est pas en présence de réservataires, un envoi en possession judiciaire. Dans le même temps, le testateur qui choisit de rédiger un testament authentique, pour lequel, par hypothèse la présence du notaire garantit le conseil, et la vérification de l'identité de la personne et sa capacité, doit supporter la présence d'un autre notaire ou de deux témoins, ce qui est à tout le moins perturbant, voire même dissuasif pour certaines personnes. Il y a là un illogisme incompréhensible.

C'est pourquoi, il semble cohérent de réformer ce système qui n'est pas satisfaisant et il serait préférable de réserver l'authenticité pour la validité d'un testament et de supprimer la présence d'un second notaire ou de deux témoins. Ainsi conserverait-on la confidentialité qui accompagne nécessairement la rédaction de ce type de document et assurerait-on la sécurité par le contrôle rédactionnel du texte par le notaire et la vérification de la capacité et du libre discernement du testateur par ce même notaire.

Enfin est-il nécessaire de préciser que non seulement l'insécurité entoure le testament olographe, mais lorsqu'il conduit à un envoi en possession, il a de plus pour effet d'augmenter substantiellement le coût de la succession par cette procédure de requête devant le président du tribunal de grande instance, procédure qui n'est accessible que par le ministère d'un avocat.

Après avoir abordé un thème relatif aux successions, il est intéressant de basculer dans le domaine des régimes matrimoniaux et d'examiner la procédure de changement de régime matrimonial.

Chapitre Deuxième : LE NOTAIRE ET LE CHANGEMENT DE REGIME MATRIMONIAL

Il convient de partir des article 1397 et suivants du code civil.

L'article 1397 alinéa 1 du code civil précise :

"Après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les époux pourront convenir dans l'intérêt de la famille de le modifier ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile."

Par un parallélisme des formes, la forme notariée obligatoire pour un contrat de mariage est également requise pour l'acte portant changement ou modification du régime matrimonial.

Néanmoins, malgré la présence du notaire, conseil et garant de l'intérêt des époux, de la famille et des tiers, l'homologation par le tribunal de grande instance est nécessaire.

Il est permis de s'interroger sur le contenu exact de cette formalité d'homologation et d'examiner les intérêts qui méritent cette protection judiciaire.

La prise en compte de l'intérêt de la famille

L'intérêt de la famille n'est pas l'intérêt du couple ou de chacun des époux. Les magistrats prennent notamment quasi-systématiquement l'avis des enfants du couple préalablement à leur décision. Certaines juridictions vont même jusqu'à demander l'accord des enfants.

Il s'agit là d'un débordement qui n'est pas admissible.

En effet, il n'y a pas à exiger un accord ni même un avis de manière systématique là où le texte ne le prévoit pas. Certes l'article 27 du nouveau code de procédure civile permet-il en matière gracieuse au magistrat *d'entendre sans formalité les personnes qui peuvent l'éclairer, ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par cette décision.*

Mais il s'agit là d'une faculté et non d'un recours systématique à ce procédé. Cette attitude des magistrats est critiquable à plusieurs titres :

C'est se préoccuper de la réserve héréditaire de manière anticipée, à une époque où la liberté de disposer de son patrimoine est totale pour le couple et où il n'a pas à être soumis à une contrainte qu'elle émane de ses présomptifs héritiers ou de magistrats.

C'est également procéder à une immixtion dans la vie privée du couple de manière intolérable.

C'est ouvrir la voie à une opposition abusive liée à de mauvaises relations entre parents et enfants.

C'est enfin placer le couple dans une situation très inconfortable à l'égard de ses enfants.

Pourquoi se soucier de l'intérêt des enfants lorsqu'un couple décide de modifier ou de changer son régime matrimonial alors qu'un couple non marié, avec des enfants, même de lits différents peut librement choisir ab initio son régime matrimonial ?

Pourquoi se soucier de l'intérêt des enfants en amont de la procédure alors que ceux-ci se voient notifier la décision d'homologation et peuvent exercer un recours s'ils s'estiment lésés par cette modification ? De surcroît, dans l'hypothèse de l'adoption du régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale de la communauté, les enfants non communs au deux membres du couple bénéficient de l'action en retranchement, maintenant ouverte aux enfants naturels.

Pourquoi empêcher un couple de décider librement du sort de tout ou partie de ses biens par le jeu de son régime matrimonial alors qu'il dispose de nombreuses autres manières de soustraire légalement tel ou tel bien de l'assiette du calcul de la réserve (vente, assurance-vie...) ? Il est utile de rappeler que des parents n'ont aucune obligation de conservation de leur patrimoine à l'égard de leur héritiers réservataires et que le principe de liberté totale devrait prévaloir.

Même si le tribunal reste libre d'homologuer un changement de régime matrimonial, il est difficilement concevable qu'une décision d'homologation puisse être rendue si l'un des enfants témoigne d'une opposition au changement, arguant d'un traitement de défaveur. De deux choses l'une. Ou bien dans un tel cas le tribunal de grande instance refuse d'homologuer et il y a manifestement une atteinte grave à la liberté des époux de choisir leur régime matrimonial ou bien le tribunal de grande instance homologue néanmoins le changement et l'on perçoit mal l'intérêt de la consultation des

enfants. Pire même, cette consultation pourra créer ou augmenter une dégradation des relations parents-enfants.

Les tribunaux ont manifestement tendance à refuser l'homologation lorsque les enfants du couple ne sont pas communs. Rien ne le justifie.

En effet, depuis la loi du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions, l'enfant naturel bénéficie de l'action en retranchement. Donc, à supposer que le refus qui prévalait jusqu'alors puisse être justifié dans ce cas, il en est autrement dorénavant.

Par ailleurs, il est des couples dont l'un des enfants est commun ou pour lesquels seul l'un des époux a un enfant. Dans ce cas, pourquoi refuser le bénéfice de l'adoption de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale de la communauté alors que si c'est celui dont l'enfant est commun ou celui qui n'a pas d'enfant qui décède le premier, ce régime ne présente aucun risque. Dans l'hypothèse inverse, l'action en retranchement assure de toute manière une protection de l'enfant qu'il soit légitime ou naturel.

En tout état de cause, un changement de régime matrimonial refusé par le tribunal de grande instance pourra toujours être contourné par un divorce par consentement mutuel, suivi d'un remariage sous le régime souhaité. Certes le divorce est lui-même soumis à un jugement. Mais par hypothèse, l'accord des époux sur les conditions du divorce est parfait et l'on ne voit pas pour quelle raison, le divorce ne serait pas prononcé.

L'intérêt de la famille peut être le souci d'assurer au conjoint survivant une liberté de disposer des biens et une situation matérielle confortable.

N'est-il pas légitime pour un couple d'assurer au survivant la certitude qu'il pourra disposer librement, sans devoir solliciter l'accord des enfants, des biens qu'il a pu acquérir pendant son mariage avec le défunt et de lui garantir également un niveau de vie équivalent ?

Du reste, éviter l'ouverture d'une première succession évite au conjoint survivant dans certains cas d'être exposé à une demande de partage ou d'être victime d'un éclatement d'un patrimoine qui peut ne pas être aisément partageable.

Des dissensions familiales peuvent exister. Par hypothèse, il est fondamental de protéger le conjoint survivant. Seule une transmission totale du patrimoine qui diffère l'appréhension des biens par les enfants peut tranquilliser le survivant. Il est d'ailleurs à remarquer que c'est précisément dans cette hypothèse où la sollicitation des enfants préalable au changement se révèle maladroite. Car il est évident que celui des enfants avec lequel les parents ont des difficultés va s'opposer au changement de régime matrimonial.

C'est précisément la notion d'intérêt de la famille qu'il est impossible de définir, car au sein même de la famille les intérêts sont contradictoires. Là où une décision va dans le sens des parents, elle ne profite pas nécessairement aux enfants et vice versa. Dans ce contexte il paraît souhaitable que dans l'hypothèse d'une opposition d'intérêts entre les parents et l'un ou plusieurs des enfants, ce soit l'intérêt des parents, qui sont à l'origine du patrimoine enjeu de l'opposition, qui l'emporte. Privilégier l'intérêt des parents ne signifie pas nécessairement frauder l'intérêt des enfants. C'est plutôt une question de priorité.

Au-delà de la question de la nécessité d'une homologation judiciaire lors d'un changement de régime matrimonial c'est celle du maintien de la réserve héréditaire qui est posée. A ce titre d'ailleurs, pourquoi la réserve des enfants paralyse-t-elle autant la procédure de changement de régime matrimoniale, puisque comme nous l'avons indiqué les magistrats poussent très (trop ?) loin la consultation des enfants alors que celle des parents en l'absence d'enfants ne semble pas troubler outre mesure l'autorité judiciaire ?

Un autre intérêt que celui de la famille est pris en compte par les magistrats, celui des tiers.

L'intérêt des tiers et notamment des créanciers.

Il s'agit ici plutôt de l'hypothèse de l'adoption d'un régime séparatiste, alors qu'à l'égard des enfants c'était l'adoption de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale qui était évoquée.

En réalité, le changement de régime matrimonial visant à adopter un régime séparatiste suivi d'un partage rendant difficilement saisissable les biens attribués à celui des époux qui est exposé financièrement peut difficilement être remis en cause par les créanciers.

D'une part, le changement de régime matrimonial est nécessairement constaté par acte notarié. Le notaire évoque précisément la situation financière des époux à ce moment et peut vérifier, comme toute personne d'ailleurs, les informations relatives à la santé financière de ses clients. S'il estime que le changement de régime matrimonial est tardif, il refusera de recevoir l'acte de changement, sauf à voir sa responsabilité engagée.

A ce stade, il est remarquable que l'homologation judiciaire ne présente aucun intérêt puisque un contrôle est effectué en amont par le notaire.

La transformation de biens communs en biens indivis n'est pas en soi de nature à porter préjudice aux créanciers. En effet, aux termes de l'article 1482 du code civil chacun des époux peut être poursuivi pour la totalité des dettes existantes, au jour de la dissolution, qui étaient entrées en communauté de son chef. Aux termes de l'article 1483 alinéa 1 du code civil, à la dissolution de la communauté, chaque époux peut être poursuivi pour la moitié des dettes entrées en communauté du chef de son conjoint. Ainsi les créanciers peuvent-ils prendre une inscription sur un immeuble attribué dans le partage au conjoint qui était étranger à la dette contractée par l'autre époux pendant la communauté.

Outre les droits des créanciers résultant du droit des régimes matrimoniaux, ceux-ci bénéficient également du régime juridique de l'indivision sur les biens résultant de l'indivision post-communautaire.

Quant à la voie de la tierce opposition ouverte par l'article 1397 dernier alinéa aux créanciers contre la décision d'homologation, elle paraît purement symbolique. En effet, très souvent, c'est le partage qui sera considéré comme frauduleux par les créanciers. Or, il n'existe aucun délai pour liquider la communauté lorsque le changement de régime matrimonial est définitif. Le délai de la tierce opposition étant de un an à compter de la

publication du jugement dans un journal d'annonces légales, il est illusoire, notamment eu égard aux délais de rédaction et de publicité des actes notariés, de penser que les créanciers ne seront pas forclos.

Enfin la tierce opposition est en concurrence avec bien d'autres actions contre les partages. Le doyen Cornu avait à ce titre recensé celles-ci : droit d'intervention au partage, action contre les partages clandestins ou précipités (qui ont pour effet de priver précisément les créanciers du droit d'intervention), action en simulation contre les partages fictifs, action en rescision pour lésion par la voie oblique, action en nullité des actes de la période suspecte en cas de redressement judiciaire ou de liquidation de biens.

De plus, comment l'homologation peut-elle protéger les créanciers contre un partage frauduleux ? Il n'existe aucune obligation de présenter un projet de partage dans la requête en changement de régime. Il n'existe aucun délai pour procéder au partage, ni même aucune obligation de procéder au partage. De sorte que lorsque celui-ci intervient, l'homologation est déjà donnée. Le tribunal de grande instance est donc manifestement incapable de contrôler le partage.

En conclusion dans l'article 1397 du code civil, c'est à la fois le principe de l'homologation judiciaire, attentatoire à la liberté de choix du régime matrimonial, et dont l'efficacité est discutable, et le caractère illusoire de la garantie donnée aux créanciers, qui sont contestables.

Enfin, les statistiques communiquées par le ministère de la justice n'appellent aucun commentaire tant elles sont parlantes.

Sur l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux de grande instance de France, il y a eu :

- en 1999 : 3,61 % de décisions de refus d'homologation
- en 2000 : 2,56 % de décisions de refus d'homologation
- en 2001 : 0,47 % de décisions de refus d'homologation

Les chiffres 2002 ne sont pas encore publiés.

Il est à remarquer que le pourcentage est faible et en nette régression.

Devant ces chiffres, ne pourrait-on pas envisager de supprimer l'homologation judiciaire des changements de régime matrimoniaux. La présence d'un notaire lors de la procédure et les actions ouvertes tant aux enfants qu'aux créanciers par ailleurs devraient suffire à garantir les intérêts des tiers. Il conviendrait alors de réserver le recours à l'autorité judiciaire aux cas dans lesquels le notaire rencontre une difficulté.

Les délais que cette homologation imposent ont, en outre, pour inconvénient majeur de retarder l'efficacité du changement et lorsqu'il y a un décès de l'un des époux avant que le jugement d'homologation soit définitif, la procédure est réduite à néant.

Enfin, le coût généré par l'homologation se justifie d'autant moins qu'il y a peu de refus d'homologations.

Sans quitter le principe de l'homologation, il convient à présent de s'attacher à la procédure particulière d'homologation dans le cas d'un partage intéressant un incapable.

Chapitre Troisième : LE NOTAIRE ET L'HOMOLOGATION D'UN PARTAGE CONCERNANT UN INCAPABLE

La règle est fixée par l'article 466 du code civil :

"Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice, conformément aux dispositions des articles 815 et suivants.

Toutefois, le conseil de famille pourra autoriser le partage, même partiel, à l'amiable. En ce cas, il désignera un notaire pour y procéder. L'état liquidatif, auquel sera jointe la délibération du conseil de famille, sera soumis à l'homologation du tribunal de grande instance.

Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel."

Cette solution est transposable :

- aux mineurs sous le régime de l'administration légale pure et simple par l'article 389-5 du code civil ;
- aux mineurs sous le régime de l'administration sous contrôle judiciaire, a fortiori ;
- aux majeurs sous le régime de la tutelle par renvoi de l'article 495 du code civil.

Quel est le fondement de cette règle ?

L'idée gouvernant le recours à l'homologation était de mettre fin à l'obligation de recourir au partage judiciaire dans les cas où le seul motif était la présence d'un mineur ou d'un majeur sous tutelle. De sorte que le recours au partage judiciaire dans cette hypothèse n'est motivé que par la mésentente des co-partageants.

Quelles sont les conditions posées par la procédure d'homologation judiciaire ?

- 1°) Il faut l'autorisation du conseil de famille, ou selon les régimes de protection du juge des tutelles, ce qui est le cas le plus fréquent dans la pratique.
- 2°) Le conseil de famille doit désigner un notaire pour procéder au partage.
- 3°) L'état liquidatif, auquel doit être joint la délibération du conseil de famille, ou la copie authentique de l'ordonnance du juge des tutelles, sera soumis à l'homologation du tribunal de grande instance.

En cas de non respect de l'homologation, le partage n'est que provisionnel. La sanction n'est donc pas la nullité, mais la limitation de ses effets aux revenus.

Ceci inspire les commentaires suivants :

I - Il apparaît donc trois niveaux de contrôle de type différent.

Deux sont judiciaires et se manifestent sous la forme d'une autorisation pour le premier et d'une homologation pour le deuxième. Le troisième est plutôt une garantie d'information, de conseil des parties et de garantie d'équité, par l'intervention d'un officier public délégataire de la puissance publique : le notaire.

Si l'intervention du juge des tutelles ou du conseil de famille pour donner une autorisation préalable à celle du notaire s'inscrit dans un schéma classique, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé de l'homologation par le tribunal de grande instance.

En effet, il y a manifestement double intervention de l'institution judiciaire. Comment interpréterait-on un refus d'homologation à la suite d'une autorisation rendue par le juge des tutelles ? On ne voit pas quels arguments un tribunal de grande instance pourrait trouver pour refuser d'homologuer un acte liquidatif établi par un notaire après autorisation du juge des tutelles. Cela conduit à s'interroger sur l'utilité de ce contrôle qui intervient alors que juge des tutelles et notaire ont mis au point en étroite collaboration un projet accepté par tous les copartageants.

Ou bien le juge des tutelles n'offre pas les garanties attendues et il n'est pas utile de maintenir son intervention en amont, ou bien, comme c'est incontestablement le cas, ce magistrat présente les garanties nécessaires à la défense de l'incapable et un second niveau de contrôle judiciaire ne se justifie pas. Il ne paraît pas souhaitable qu'un doute sur la compétence du juge des tutelles soit maintenu par cette sorte de contrôle du tribunal de grande instance du travail fait par le magistrat du tribunal d'instance.

Certes pourrait-on objecter que si le juge des tutelles offre des garanties de compétence, le conseil de famille ne présente pas cette même sécurité. C'est oublier que le conseil de famille est présidé précisément par le juge des tutelles.

Cette dualité de compétence entre le juge des tutelles (ou le conseil de famille) et le tribunal de grande instance conduit de plus dans certains cas à une pluralité de compétence territoriale, notamment entre le tribunal d'instance du domicile de l'incapable et le tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession, lorsqu'il s'agit d'un partage successoral.

En conclusion sur la question de la superposition des interventions, il résulte que le binôme juge des tutelles-notaire offre toutes les garanties que l'on est en droit d'attendre dans le cas d'un partage intéressant un mineur ou un majeur placé sous le régime de la tutelle.

II - Il est curieux de constater cette "super-protection" en cas de partage intéressant un mineur ou un incapable majeur, alors que d'autres opérations bien aussi dangereuses pour un incapable échappent à ce formalisme judiciaire.

A titre d'exemple :

- Selon l'article 457 du code civil : le tuteur ne peut sans l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles faire des actes de disposition au nom du mineur. Ainsi ne peut-il emprunter, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce, valeurs mobilières appartenant au mineur sans cette autorisation.

- La vente d'un bien immobilier ou d'un fonds appartenant à un mineur ou à un majeur sous tutelle n'est pas soumise à la formalité d'homologation mais uniquement à

l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles selon les cas, sauf à faire l'objet d'une vente aux enchères publiques (article 459 du code civil). Dans la pratique on sait bien que la règle de principe (la vente aux enchères publiques) a laissé la place à la vente à l'amiable, après autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles.

- Quant à l'apport d'un immeuble ou d'un fonds de commerce à une société, il est de principe aux termes du même article du code civil qu'il ait lieu à l'amiable après autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles sur le rapport d'un expert désigné par le juge des tutelles.

- Une succession dévolue à un mineur ne peut être acceptée purement et simplement par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles, si l'actif dépasse manifestement le passif (article 461 du code civil). De même le tuteur ne peut-il y renoncer sans cette autorisation.

- Enfin et pour en finir avec ces exemples, le tuteur peut transiger au nom du mineur après approbation de la transaction par le conseil de famille ou le juge des tutelles (article 467 du code civil). Or la transaction, sous un certain angle n'est pas sans rappeler le partage en ce qu'elle suppose l'abandon d'un droit.

Dans la pratique, lorsqu'un notaire réalise une vente d'un bien appartenant pour partie à un mineur ou à un majeur sous tutelle, certes, demande-t-il l'autorisation au juge des tutelles ou au conseil de famille, mais en suite de la vente, il réalise bien un partage du prix, soit entre co-indivisaires, soit entre usufruitier et nu-proprétaire et ce partage échappe à toute homologation. Or, nul n'a songé jusqu'alors à limiter ses effets à un partage provisionnel.

Pourquoi dans tous ces exemples, le mineur ou le majeur en tutelle ne mérite-t-il pas la même protection que dans un partage si celle-ci est justifiée ? Certains de ces actes peuvent même se révéler plus graves dans leurs conséquences qu'un partage.

Il est à remarquer que, à l'exception de la vente et ce dans un délai de deux années seulement (article 1674 et suivants du code civil), aucun ne bénéficie de l'action en rescision pour lésion. Ce qui n'est pas le cas du partage qui est rescindable pour lésion dans les cinq années de sa signature (article 887 et suivants et 1304 du code civil). De plus le mineur bénéficie d'un report du point de départ de la prescription au jour de sa majorité ou de son émancipation et le majeur au jour où il a eu connaissance des actes rescindables alors qu'il est en situation de les refaire valablement). Cette protection par l'action en rescision pour lésion avec un renforcement de la protection quant au point de départ de la prescription devrait conduire précisément à un allègement du contrôle judiciaire des opérations de partage.

III - Pourquoi ne pas avoir distingué :

- Selon le montant de la part du mineur ou du majeur en tutelle dans le partage. En effet, par sa généralité l'article 466 du code civil s'applique aux partages dans lesquels la part revenant à l'incapable est inférieure au coût que celui-ci doit supporter.

Indépendamment de ce cas de figure, le coût de la procédure devant le tribunal de grande instance grève les droits de celui-ci sans que à cette dépense corresponde une contrepartie effective pour lui.

- Selon la nature des biens concernés. Pourquoi soumettre à une homologation judiciaire un partage de somme d'argent dans lequel seul le montant des droits du mineur doit faire l'objet d'un contrôle et non pas le choix de l'attribution, ce que le juge des tutelles est parfaitement à même de réaliser ?

- Selon le degré de complexité du partage. Certains partages ne supposent pas qu'il y ait de réelle opposition d'intérêts. C'est notamment le cas lorsque le lot du mineur est constituée d'une somme d'argent ou d'un bien non grevé de charge dont la valeur a été vérifiée.

Pour finir avec l'étude du régime actuel du partage concernant un mineur ou un majeur sous tutelle, il est remarquable que si le juge des tutelles est sollicité en amont de la procédure, le législateur n'a pas prévu que l'homologation soit portée à sa connaissance. Ainsi n'y a-t-il pas de suivi du partage après que le juge des tutelles l'ait autorisé par celui-ci. Il s'en suit notamment que une fois l'homologation donnée, le juge des tutelles ne contrôle pas immédiatement le sort des biens attribués à l'incapable. Il en est tout autrement dans les hypothèses notamment de vente ou d'acceptation d'une succession, dans lesquelles, le juge des tutelles suit le sort des biens revenant à l'incapable et décide en particulier de la gestion qui sera réservées aux actifs financiers.

En conclusion il apparaît que l'homologation judiciaire du partage concernant un mineur ou un majeur sous tutelle ne paraît techniquement pas cohérente, judiciairement malsaine dans les rapports entre le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance, financièrement maladroite, et juridiquement inutile eu égard au principe de protection des incapables.

Si le régime matrimonial peut se trouver dissout par un changement comme cela a été vu plus haut, il peut aussi l'être par un divorce.

Chapitre Quatrième : LE NOTAIRE ET LE DIVORCE

L'intervention du notaire à l'occasion des divorces se situe actuellement à deux niveaux. Ou bien le notaire intervient pendant la procédure, ou bien il intervient après le prononcé du divorce. En outre cette intervention peut varier selon le type de divorce. Est-il utile de rappeler que l'intervention du notaire est obligatoire s'il existe des biens soumis à publicité foncière objet de la liquidation ?

A] La convention d'indivision (articles 1873-1 et suivants du code civil)

Les futurs ex-époux peuvent convenir de maintenir tout ou partie des biens communs dans l'indivision post-communautaire. En théorie point n'est besoin d'une convention d'indivision. Dans la réalité, les magistrats exigent cet acte. La principale

raison est qu'ils veulent se prémunir contre une demande visant à mettre fin à l'indivision immédiatement après le prononcé du divorce alors qu'il a précisément été convenu de laisser tel ou tel bien dans l'indivision, notamment l'ancien domicile conjugal dont les époux sont propriétaires, en particulier lorsqu'il est occupé par l'un d'eux ou s'il est mis en vente.

Cette convention d'indivision présente par ailleurs d'autres intérêts, puisqu'elle permet d'arrêter précisément les conditions dans lesquelles seront supportées les charges afférentes à l'indivision et les droits de chacun sur les biens indivis.

En revanche, l'inconvénient de cette formule est de faire perdre le bénéfice aux indivisaires du droit de partage de 1% s'ils procèdent postérieurement à cette convention d'indivision à un partage entre eux du ou des biens objet de ce contrat. Il est vivement recommandé, à cet égard, de se ménager une information tant des parties que des avocats sur cette conséquence fiscale. Néanmoins, les conditions fiscales ne doivent pas, à elles seules, constituer la raison de décider ou non d'une convention d'indivision.

Par ailleurs, se pose la question de la publicité de la convention d'indivision. En effet, a priori, il paraît recommandé de publier la convention d'indivision, si elle porte sur des biens immobiliers, au bureau des hypothèques. Or, cette formalité se révèle onéreuse pour les co-indivisaires, alors qu'un enregistrement au droit fixe de 76 euros grève de manière indolore les finances d'un couple qui, par hypothèse, peut se trouver dans une situation matérielle aléatoire.

Certaines voix se sont manifestées pour contester la possibilité de convenir d'une convention d'indivision, comme constituant une technique qui ne ressortit de celles propres aux liquidations. Or, à notre connaissance, il n'existe aucune obligation de procéder à une liquidation de la communauté lorsqu'elle se trouve dissoute par le prononcé du divorce. Ainsi la convention d'indivision peut, sans être une technique liquidative, une excellente solution d'attente, en vue d'une liquidation future dans de meilleures conditions.

Il a pu être lu que les époux séparés de biens n'avaient pas de convention d'indivision à établir. Il n'en est rien car, que les époux soient communs en biens ou séparés de biens, s'il existe des biens leur appartenant conjointement, il existera une indivision ou bien post-communautaire ou bien originelle qui, dans les deux cas devra nécessairement être traitée, du fait de la suppression du lien matrimonial.

B] les hypothèses d'intervention obligatoire du notaire

L'article 1450 du code civil

Cet article est ainsi rédigé :

"Les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de la communauté.

Ces conventions doivent être passées par acte notarié, sauf en cas de demande conjointe."

Il apparaît en premier lieu que ce type de convention suppose que l'instance soit engagée. Il y a lieu de retenir comme point de départ de la procédure l'assignation. Certes dans les divorces par requête conjointe, n'y a-t-il pas d'assignation, mais il n'est pas difficile de dater le début de la procédure par le dépôt de la requête et l'on constate que dans ce type de divorce la forme notariée n'est pas obligatoire.

En deuxième lieu, cet article est réservé aux régimes communautaires. Le texte est d'ailleurs placé dans la section III intitulée : de la dissolution de la communauté, de la première partie intitulée : de la communauté légale, du chapitre II consacré au régime de communauté. Donc dans une lecture stricte, la possibilité, pour des époux non communs en bien, de passer pendant l'instance en divorce une convention liquidative est exclue. L'on sait que la cour de cassation a étendu aux époux séparés de biens, la possibilité de passer pendant l'instance une convention décidant du sort des biens indivis.

Troisième condition exigée par ce texte, sauf en cas de divorce sur demande conjointe, cette convention doit revêtir la forme notariée. Donc, a contrario, une convention tendant à liquider le régime matrimonial peut parfaitement être dressée sous seings privés en cas de divorce sur demande conjointe. Il existe bien entendu une exception si les biens objet de la convention sont soumis à la formalité de publicité foncière. Dans ce cas, la convention devra être notariée (article 1097 2° du nouveau code de procédure civile). Quid d'une convention rédigée sous seings privés, puis objet d'un dépôt au rang des minutes, dès que l'acte de dépôt contient les mentions nécessaires à la formalité de publicité foncière ? Le texte suscitait prévoit la forme notariée à peine d'irrecevabilité. Si le fondement du texte est la conformité avec les règles de publicité foncière, la technique de l'acte sous seings privés suivi d'un dépôt au rang des minutes paraît envisageable. Si le fondement de cette règle est la sécurité qu'apporte l'officier public, elle ne l'est manifestement pas. A priori, l'existence d'un actif immobilier semble être la raison d'être de l'exigence d'un acte notarié précisément en raison des règles de publicité foncière et non pour des motifs de conseils notariés. Il est manifeste que la nécessité de bénéficier du devoir de conseil du notaire ne dépend pas de la nature de l'actif à partager (mobilier ou immobilier).

Après avoir passé en revue les conditions d'application de ce texte quels commentaires peut-on faire ?

Une convention passée avant l'instance n'est pas possible. Certes peut-elle être préparée, mais elle ne pourra pas être signée.

Une convention passée après le jugement de divorce n'obéit pas aux conditions imposées par l'article 1450 du code civil. En particulier si le divorce est pour faute ou sur demande acceptée, la forme notariée n'est pas obligatoire.

Comme cela a été indiqué, les conventions de l'article 1450 du code civil sont nécessairement faites en la forme notariée. Il existe une exception à ce principe, elle concerne les divorces sur requête conjointe. Dans ce type de procédure, la convention peut parfaitement être sous seings privés.

La sanction du non respect de la forme notariée est la nullité absolue de la convention. Certes un acte nul de nullité absolue ne peut-il pas être rétroactivement

confirmé, mais la sévérité de cette sentence est compensée par la possibilité de réitérer cet accord nul de nullité absolue après le prononcé du divorce.

Il existe donc deux hypothèses dans lesquelles, les conventions liquidant le régime matrimonial peuvent être rédigées sous seings privés (avec la réserve afférente aux biens immobiliers). La première concerne les conventions conclues pendant la procédure dans le cas d'un divorce sur demande conjointe, l'autre a trait aux conventions conclues après le prononcé du divorce.

Enfin, il est très important de remarquer que les conventions de l'article 1450 échappent à l'homologation judiciaire. En effet, aux termes de l'article 1451, *les conventions ainsi passées sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce ; elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée.*

En d'autres termes, les conventions de l'article 1450 du code civil sont soumises à la condition suspensive du prononcé du divorce et non pas à la condition suspensive de leur homologation.

Dernier commentaire de ce texte, seul le juge est compétent concernant la prestation compensatoire. Cette dernière est par conséquent exclue du champ d'application de l'article 1450 du code civil.

A la lumière de ce qui précède il est permis de se poser la question suivante. Pourquoi le législateur entend-il protéger les futurs ex-époux par la présence d'un professionnel des liquidations lorsque la convention est passée pendant la procédure, et ôter cette protection si la liquidation intervient postérieurement au jugement ? Pourquoi priver les parties du bénéfice de l'intervention d'un notaire lorsque le divorce est demandé sur requête conjointe ?

Il pourrait être objecté que dans la première hypothèse lorsque le jugement est rendu, la procédure d'homologation judiciaire a joué ce rôle de protection des deux parties. A cette objection il est permis de répondre que même dans l'hypothèse d'une convention de l'article 1450 il y a intervention du juge pour prononcer le divorce et néanmoins la convention notariée échappe à son homologation, puisque seule la convention définitive est suspendue à l'homologation judiciaire.

Dans la seconde hypothèse, il pourrait être opposé l'argument selon lequel les deux époux étant d'accord sur la totalité des conditions et des conséquences du divorce, on ne voit pas pourquoi un tiers comme un notaire viendrait vérifier l'équité des accord. Ce que l'on peut répondre c'est d'une part que bien que les époux soient d'accord sur toutes les conditions du divorce, ils demeurent néanmoins soumis au prononcé du divorce et d'autre part que ils peuvent parfaitement être d'accord et avoir négligé certains points de leur liquidation ou avoir une connaissance imparfaite ou incomplète de leurs accords ou des conséquences de ceux-ci et il n'est alors pas inutile de leur adjoindre la collaboration d'un professionnel des liquidations.

Un autre texte impose la présence d'un notaire.

L'article 1116 du nouveau code de procédure civile

Cet article est rédigé de la manière suivante :

"Le juge aux affaires familiales peut, même d'office, charger un notaire ou un professionnel qualifié d'établir un projet de règlement des prestations et pensions après divorce. Il peut aussi donner mission à un notaire de dresser un projet de liquidation du régime matrimonial."

On remarque que ce pouvoir du juge peut être exercé d'office par le magistrat sans que quiconque lui ait demandé.

En outre, s'il est loisible au juge de nommer un professionnel qualifié concernant les prestations et pensions, le notaire est pleinement reconnu par ce texte comme étant l'homme des liquidations de régime matrimonial, puisqu'il figure comme la seule personne qui puisse être nommée par le juge pour établir un projet liquidatif.

Cette procédure est, par hypothèse, exclusive d'un divorce sur demande conjointe.

Dans cette mission que lui confie le juge aux affaires familiales, le notaire n'agit pas en qualité d'expert, mais il est investi des pouvoirs de l'article 259-3 du code civil. De fait, est-il ainsi assimilé à un expert judiciaire.

Il n'est pas inutile de rappeler les dispositions de ce texte :

"Les époux doivent se communiquer et communiquer au juge, ainsi qu'aux experts désignés par lui, tous renseignements et documents utiles pour fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial."

"Le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé."

Le rôle ainsi assigné au notaire est de dresser un projet d'état liquidatif qui ne conduira pas nécessairement à un accord mais qui permettra, soit une liquidation amiable du régime matrimonial, soit de mettre au point, par son rapport, un document de travail pour parvenir postérieurement à une solution amiable ou judiciaire.

Il est important de noter que dans cette mission, le notaire doit respecter le principe du contradictoire qui suppose :

- l'obligation de convoquer les avocats ;
- l'obligation de communiquer les pièces qu'il utilise pour établir son rapport ;
- l'interdiction de recevoir seul l'une des parties.

C] la liquidation et le partage du régime matrimonial

Ou bien il n'est rencontré aucune difficulté majeure dans les opérations liquidatives et le notaire fait signer l'acte liquidatif sous condition suspensive du prononcé du divorce s'il intervient pendant la procédure ou sans restriction et postérieurement au divorce si celui-ci a déjà été prononcé.

Ou bien des difficultés paralysent l'établissement d'un acte de liquidation-partage. Plusieurs hypothèses peuvent principalement se présenter.

L'un des époux peut ne pas se manifester et bloquer les opérations liquidatives par son inaction.

Dans ce cas, l'autre époux fait délivrer une sommation à la partie défaillante d'avoir à comparaître, après avoir averti son conjoint par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de son intention et du fait qu'il sera dressé un procès-verbal de carence transmis au juge.

Le notaire dresse alors un projet liquidatif sur la base des éléments qui lui sont fournis par celui des époux qui participe aux opérations et le procès-verbal constate la défaillance de l'autre. Les magistrats disposent alors d'un document de travail pour statuer.

Si, après avoir été saisi par l'une des parties, le notaire doit faire face à une défaillance de chacun des époux, il ne pourra que constater, après sommation, la carence des deux conjoints.

Plus traditionnellement, moins que la carence, c'est le désaccord des époux sur le partage qui est rencontré par les notaires. S'il dispose d'éléments suffisants, le notaire prépare un projet d'état liquidatif qu'il soumet aux époux. Chacun indique ensuite au notaire ses dires qui sont consignés par l'officier public dans un procès-verbal de non-approbation de l'état liquidatif, qui est alors rédigé en brevet et annexé au procès-verbal. Ce procès-verbal ne doit pas contenir que les points de désaccord, mais précise également les points sur lesquels les époux sont d'accord, ce qui facilite le travail des magistrats.

Dans ce cas le notaire ne tranche aucun des points de divergence, tout au plus essaie-t-il de concilier les parties pour éviter précisément un désaccord persistant. Ce dernier rôle est d'ailleurs en parfaite adéquation avec le devoir de conseil du notaire. Ce n'est qu'après avoir acquis la certitude qu'un partage est impossible qu'il dresse ce procès-verbal.

Ensuite, une copie authentique du procès-verbal de difficultés est transmise à chaque avocat et le tribunal de grande instance est saisi du litige.

Le jugement qui sera rendu par le tribunal de grande instance sera, le cas échéant, précédé d'une ou plusieurs expertises et il sera transmis au notaire liquidateur qui devra procéder au partage conformément aux dispositions du jugement.

Ainsi peut-on constater que l'intervention du notaire n'est pas systématique lors des procédures de divorce et qu'elle est même parfois tardive, notamment lorsque les époux ont mené la procédure de divorce sans faire appel à un notaire et consultent celui-ci après le prononcé.

Saurait-on se satisfaire encore longtemps de jugements prononçant un divorce contentieux dans les termes suivants :

Par ces motifs
Vu l'ordonnance du +++++
Prononce le divorce de Monsieur +++++ et Madame +++++
Dit que le présent jugement sera mentionné ou, le cas échéant transcrit sur les registres de l'état civil, étant précisé que :
- le mariage a été célébré le +++++ à +++++
- la femme est née le +++++ à +++++
- le marié est né le +++++ à +++++
Ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux
Dit qu'il appartiendra à la partie la plus diligente de saisir le Président de la chambre des notaires de +++++, commis à cet effet, avec faculté de délégation
Dit que le président de la +++++ chambre du tribunal de grande instance de +++++ ou son délégué surveillera les opérations de liquidation
Dit qu'en cas d'empêchement des juge et notaire commis, il sera procédé à leur remplacement par ordonnance présidentielle rendue sur simple requête
...

Ainsi rédigé, il n'existe aucune garantie que la liquidation ait lieu et si elle a lieu, qu'elle le soit dans de bonnes conditions, notamment en ce qu'elle confie l'initiative de mettre en oeuvre les opérations liquidatives aux parties elles-mêmes.

C'est pourquoi, il semble indispensable d'intégrer l'intervention du notaire de manière systématique dans les procédures de divorce quelles qu'elles soient, qu'il y ait ou non un actif immobilier. De plus cette intervention doit impérativement avoir lieu dès le début de la procédure. Ainsi beaucoup de temps sera-t-il gagné et tous les régimes matrimoniaux seront-ils liquidés ou non liquidés mais conservés dans une situation d'indivision contractuellement encadrée.

La présence du notaire aux côtés des parties, des avocats et des magistrats est de plus en plus indispensable en raison de la complexité des patrimoines, du nombre de plus en plus important d'enfants de lits différents, du calcul des récompenses entre époux communs en biens et des créances entre époux pour les conjoints mariés sous un régime séparatiste. En l'absence d'actif immobilier, un régime matrimonial peut être extrêmement complexe à liquider s'il y a eu des mouvements d'argent entre les patrimoines personnels des époux et la communauté ou l'indivision existant entre eux. Qui mieux qu'un notaire est à même d'établir un compte d'administration entre la date d'effet du divorce entre les époux et le jour du partage ? De plus, la prise en compte de critères psychologiques est aussi importante que les critères juridiques et par la nature même de son activité et la connaissance du passé de nombre de ses clients le notaire est le liquidateur idéal. La prise en compte de la fiscalité doit également être intégrée, même si, comme cela a été souligné plus haut, elle ne doit pas être le critère unique de décision. Précisément, le notaire de par son activité de base a cette triple compétence juridique, psychologique et fiscale.

A défaut d'intégration du notaire en amont de la procédure comme cela est hautement souhaitable, ne pourrait-on pas envisager de notifier chaque jugement de divorce commettant le président de chambre, précisément à ce-dernier, afin qu'il puisse à réception demander aux parties de saisir leur notaire et que soient ainsi rapidement entamées les opérations liquidatives ?

L'actuel projet de réforme du divorce est donc attendu avec impatience par la profession.

Il a été question plus haut du juge des tutelles lors de l'étude de l'homologation d'un partage intéressant un incapable, il convient à présent d'aborder l'étude des relations entre le notaire et le juge des tutelles en dehors d'un partage.

Chapitre Cinquième : LE NOTAIRE ET LE JUGE DES TUTELLES

Il s'agit ici de la capacité d'une partie à signer un acte l'intéressant. Jusqu'alors, il était question d'actes notariés qui passaient par une autorisation, une homologation ou un contrôle judiciaires, Dans ce chapitre, ce n'est pas l'acte notarié qui est l'objet d'un contrôle, mais c'est le notaire qui doit vérifier la capacité des parties et le cas échéant respecter certaines règles, voir veiller à ce que le représentant légal de la personne soit en possession d'une autorisation judiciaire (régime de tutelle), ou veiller à l'intervention d'une autre personne à côté de l'incapable (régime de la curatelle).

Le régime de la curatelle.

Ce régime est évoqué par l'article 508 du code civil qui prévoit que :

"Lorsqu'un majeur, pour l'une des causes prévues à l'article 490, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile, il peut être placé sous un régime de curatelle."

L'article 490 du code civil commun aux différents cas de régimes de protection vise l'altération des facultés mentales ou physiques empêchant l'expression de la volonté.

L'on sait que lorsqu'il doit recevoir un acte concernant un majeur placé sous le régime de la curatelle, le notaire doit s'assurer de l'assistance du curateur, à chaque fois que l'acte concerné exigerait l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles sous un régime de tutelle (article 510 du code civil). A contrario, dans ces cas, il n'y a pas lieu à solliciter une autorisation du conseil de famille, il suffit que le curateur assiste le majeur protégé et signe là où la signature de l'incapable est nécessaire. Plus généralement d'ailleurs le code civil transpose les règles applicables au régime de tutelle au régime de la curatelle sauf, précisément si les textes gouvernant la curatelle dérogent à ceux régissant la tutelle.

Il existe en revanche un cas dans lequel, l'acte devant être passé exigera l'accord du juge des tutelles alors que nous sommes sous un régime de curatelle. C'est l'hypothèse de la vente du logement de la personne sous curatelle et du contenu de celui-ci.

En effet, l'article 490-2 du code civil énonce le principe de la non-aliénation du logement de l'incapable et du contenu de celui-ci sauf accord du juge des tutelles, quel que soit le régime de protection. Il s'agit d'une sorte de régime primaire commun à tous les systèmes de protection des incapables majeurs.

Donc le curateur devra solliciter préalablement à la vente du logement du majeur sous curatelle, une autorisation du juge des tutelles. Dans la pratique le juge des tutelles,

dans cette hypothèse exige un certificat médical attestant du non retour possible du majeur en curatelle dans son logement. S'agissant du notaire, il devra s'assurer de l'obtention de cette autorisation. Dans la pratique, c'est lui, sauf hypothèse d'un représentant légal professionnel, qui préparera la requête.

A l'exception de l'hypothèse qui précède, le notaire pourra donc recevoir tout acte intéressant le majeur sous curatelle dès lors qu'il est assisté de son curateur (l'article 509-1 du code civil indique d'ailleurs que : " il n'y a dans la curatelle, d'autre organe que le curateur."

Il n'en demeure pas moins que "dans les cas où l'assistance du curateur n'était pas requise par la loi, les actes que le majeur en curatelle a pu faire seul, restent néanmoins sujets aux actions en rescision ou réduction réglées à l'article 491-2, comme s'ils avaient été faits par une personne sous la sauvegarde de justice." (article 510-3 du code civil). Ceci signifie que les actes ne nécessitant pas le concours du curateur sont rescindables pour simple lésion. Le délai de prescription étant de cinq ans (article 1304 du code civil).

Ainsi donc, conviendra-t-il que le notaire soit particulièrement vigilant lors de la signature d'un acte ne nécessitant pas l'assistance du curateur. S'il a le moindre doute sur la protection des intérêts du majeur protégé, il est souhaitable qu'il sollicite le curateur et si celui-ci refuse son assistance en raison de la nature de l'acte qu'il saisisse le juge des tutelles.

Qu'en est-il des testaments et donations que le majeur en curatelle souhaite établir ?

La réponse nous est donnée par l'article 513 du code civil qui prévoit *que "la personne en curatelle peut librement tester, sauf application de l'article 901 s'il y a lieu. Elle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance de son curateur."*

Concernant les testaments, la situation paraît préoccupante, notamment eu égard à l'article 901 du code civil qui rappelle le dispose que *"pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit."*

Si l'on reprend les termes de l'article 490 du code civil, visé plus haut, celui-ci nous précise que :

"Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants.

Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté.

L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie."

Certes l'insanité d'esprit est-elle une question de fait. Mais comment concilier ces deux dispositions ? Comment peut-on admettre qu'une personne dont les facultés mentales sont altérées, ce qui doit être médicalement établi, et ce suffisamment pour justifier une mesure de curatelle, puisse donner toute garantie sur son discernement pour ne pas tomber sous la réserve de l'article 901 du code civil qui évoque cette nébuleuse notion de *"sain d'esprit"*. Comment imaginer que l'on puisse souffrir d'une altération des

facultés mentales justifiant une mesure de protection et néanmoins pouvoir tester sans qu'un doute naisse sur la réelle capacité à pouvoir tester ? Un notaire à qui l'on remettrait le testament olographe d'une personne qui était sous curatelle à l'époque où elle l'a rédigé, (serait-on d'ailleurs certain de la date indiquée) peut-il sérieusement exécuter ce testament ?

Il ne semble pas sérieux d'admettre cette situation. Il serait prudent d'exiger, comme cela a été recommandé au début de cette étude, la forme authentique pour l'établissement d'un testament émanant d'une personne sous curatelle. Car, même si le notaire, n'a pas de compétence particulière en matière psychiatrique, il est néanmoins à même d'apprécier si la personne qui souhaite tester, présente des garanties de discernement, comme il le fait d'ailleurs avec toute personne dont il reçoit la signature.

S'agissant des donations, le législateur exige la présence du curateur.

Nous nous heurtons de nouveau à une difficulté de compatibilité entre l'article 490 et l'article 901 du code civil. Pourquoi dans un cas, celui de la donation exiger la présence du curateur et dans l'autre, celui du testament, permettre de tester librement, alors que tous les deux sont visés par l'article 901 du code civil, c'est-à-dire soumis à la condition que le disposant soit sain d'esprit. D'ailleurs il est permis d'aller plus loin. Si un texte, l'article 901 précise que pour faire une donation ou un testament il faut être sain d'esprit, est-ce à dire que pour tous les autres actes juridiques, il est légalement permis de contracter même en n'étant pas sain d'esprit ? Bien entendu non. Ceci figure d'ailleurs à l'article 489 du code civil : *pour faire un acte valable, il faut être saint d'esprit.*

En conclusion sur ce point, la plus grande prudence s'impose pour le notaire qui serait amené à exécuter un testament émanant d'une personne placée sous le régime de la curatelle au temps du testament ou à recevoir une donation par un majeur sous curatelle, même en présence du curateur. Ces actes paraissent empreints d'une sérieuse fragilité.

Quant à la tutelle, les choses sont infiniment plus simples, par l'étendue de la privation de droits de la personne concernée. Il n'est pas utile de s'étendre longuement, puisque là où il faut l'intervention du curateur aux côtés du majeur sous curatelle, il faut l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles. Les exceptions sont précisément les testaments qui sont interdits au majeur en tutelle par l'article 504 du code civil :

"Le testament fait après l'ouverture de la tutelle sera nul de droit."

Quant aux donations, il s'agit d'une incapacité partielle, puisqu'aux termes de l'article 505 du code civil :

"Avec l'autorisation du conseil de famille, des donations peuvent être faites au nom du majeur en tutelle, mais seulement au profit de ses descendants et en avancement d'hoirie, ou en faveur de son conjoint."

Si la donation en avancement d'hoirie aux réservataires n'est pas surprenante, puisque en tout état de cause, cette donation s'impute sur la réserve du donataire, en revanche, celle au profit du conjoint est plus étonnante. Car si le premier terme de la règle se justifie précisément par imputation de la donation sur la réserve individuelle de chaque bénéficiaire, celle au conjoint s'impute bien sur la quotité disponible et qui plus est sur la

quotité disponible spéciale entre époux. Si l'on combine l'article 505 avec l'article 496 qui prévoit que l'époux est tuteur de son conjoint et l'article 907 du code civil, l'on arrive à un blocage, puisque d'un côté le majeur en tutelle peut être autorisé à réaliser une donation, d'un autre côté, son conjoint peut être son tuteur, mais ce dernier ne peut alors recevoir de libéralité (les règles de la tutelle des mineurs étant applicables à la tutelle des majeurs)

De surcroît, une donation entre époux entre vifs est toujours révocable, comment gérer cette révocabilité quand le tuteur est le conjoint qui se verrait ainsi privé d'une disposition à cause de mort, ce qui, par hypothèse suppose que le juge des tutelles soit saisi par une autre personne que le représentant légal.

Enfin, il est curieux de remarquer l'article 506-1 du code civil issu de la loi 99-944 du 15 novembre 1999 qui prévoit que le juge des tutelles ou le conseil de famille peut expressément autoriser le tuteur à mettre fin au PACS.

S'agissant à présent de la tutelle des mineurs et des mineurs sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire, il est renvoyé à ce qui précède avec quelques précisions cependant.

La première concerne le mineur qui n'a pas atteint l'âge de seize ans. Celui-ci ne peut disposer sauf les dispositions particulières applicables aux contrats de mariage (article 903 du code civil). Il n'est point besoin de développer ce point eu égard à la rareté de son application.

La deuxième concerne le mineur qui a atteint l'âge de seize ans et qui n'est pas émancipé. En effet, aux termes de l'article 904 du code civil, celui-ci ne peut disposer que par testament et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Il est donc limité à la moitié de la quotité disponible s'il laisse des héritiers réservataires, qui seront, en pratique ses père et/ou mère et plus rarement des descendants. Il s'agit d'une solution timorée car, ou bien il est reconnu au mineur de plus de seize ans, non émancipé la capacité à tester et rien ne justifie qu'il n'ait pas une pleine capacité ou bien il lui est interdit de tester.

Quant au mineur émancipé, il a, conformément aux dispositions de l'article 481, la capacité accordée aux majeurs pour les actes de la vie civile.

En quatrième lieu, le mineur ne peut, même s'il a atteint l'âge de seize ans, disposer au profit de son tuteur (article 907 du code civil). Et lorsqu'il est majeur ou émancipé (il a été rappelé ci-dessus que le mineur émancipé bénéficie de la même capacité civile que le majeur), il ne peut disposer par donation entre vifs ou par testament au profit de son tuteur qu'après reddition et apurement du compte définitif de tutelle.

Il apparaît ainsi qu'en matière d'incapacité, le devoir de prudence du notaire est primordial et celui-ci doit toujours avoir à l'esprit que l'état de santé mentale ou physique d'un individu peut évoluer entre le moment où une mesure de protection a été prise et celui où la personne doit exprimer son consentement.

Au terme de ce chapitre consacré aux relations entre le notaire et le juge des tutelles, quels sentiment peut-on exprimer ?

Tout d'abord, il est regrettable que, le notaire de la personne objet d'une mesure de protection ne soit pas sollicité par le juge des tutelles lors de l'étude de la mesure à prendre. Pourtant le dossier qui est remis au magistrat indique bien l'identité du notaire habituel de la personne à protéger et la décision du juge lui est notifiée sans que celui-ci estime utile de se rapprocher préalablement de cet officier public.

Lors de la vente d'un bien immobilier certains juges des tutelles demandent plusieurs avis de valeur du bien avant de rendre leur décision. Cette mesure de "couverture" n'est pas appréciée des notaires qui voient dans cette double évaluation, une mesure de défiance envers eux, notamment lorsqu'ils connaissent bien le marché immobilier local. De plus, cette initiative a pour but d'augmenter le coût de cette formalité pour la personne protégée.

Il a été également été noté que certains juges des tutelles refusent de nommer un collaborateur de l'étude en qualité d'administrateur ad hoc, lorsqu'il y a conflit d'intérêt entre la personne protégée et le représentant légal. Rien ne justifie cette position dans la mesure où le rôle de l'administrateur ad hoc se limite à exécuter une décision judiciaire et une fois encore, cette initiative représente un coût pour la personne concernée.

Il a été indiqué plus haut l'intérêt du testament authentique, en matière d'incapacité, le testament authentique prend encore plus de force et apporte un plus particulièrement important en la matière en ce qu'il confère date certaine à la disposition. Ce critère est primordial lorsqu'il s'agit de savoir si la personne bénéficiait d'un véritable discernement lors du testament.

Nombreux sont les notaires qui font le constat d'un nombre important de prononcés d'une mesure de tutelle à l'encontre de majeurs qui doivent être protégés alors que une mesure de curatelle, même si elle doit, à terme est transformée en tutelle, leur paraît suffisante. Cette observation rejoint celle ci-dessus regrettant la non-participation du notaire à l'étude de la mesure à prendre. Les conséquences sont importantes ; notons notamment :

- privation du droit de tester ;
- privation du droit de vote ;
- surcharge des greffes, puisque en matière de tutelle, une requête est systématique pour les actes de dispositions, et donc retard dans l'accomplissement des actes.

Un juge des tutelles a émis la critique, à notre avis fondée, qu'il attend des notaires lorsqu'ils sont à l'origine d'une requête, une plus-value dans la qualité de la requête. Cette remarque brille par sa pertinence car, il est vrai que trop souvent les requêtes adoptent une forme stéréotypée et ne sont pas suffisamment personnalisées pour permettre au magistrat d'avoir une parfaite connaissance du dossier. Notamment en matière successorale, à la requête, ne convient-il pas de joindre copie des actes déjà accomplis et des justificatifs des éléments d'actif et de passif, ainsi que les projets des actes à intervenir ?

Sur la forme, il est même certains notaires qui présentent une lettre au magistrat, alors que c'est une requête, quelle qu'en soit la forme, qui doit être présentée, non pas par le notaire, mais par le représentant légal de l'incapable. Cette requête, notamment si elle est rédigée par un notaire, doit effectivement donner au magistrat une situation claire et complète du dossier.

En conclusion, un rapprochement plus étroit entre juge des tutelles et notaire, en amont des placements sous un régime de protection et en amont de chaque décision à prendre, est hautement souhaitable.

Au terme de cet exposé qui n'a abordé qu'une partie du thème notaire et institution judiciaire, tant ce domaine est immense et difficile à définir dans ses contours, que dire en conclusion ?

CONCLUSION

L'aspect pénal des relations entre le notaire et l'institution judiciaire a été volontairement exclu de cette étude car il mérite à lui seul une étude spécifique.

La mission du notaire et son expression suprême qu'est l'acte authentique ne peut être isolée de l'institution judiciaire.

En effet, cette dernière intervient tantôt comme autorité de contrôle ; les notaires travaillant sous la "tutelle" du parquet, tantôt comme une autorité qui délivre une autorisation préalable à l'efficacité de l'acte (acte sous condition suspensive d'une autorisation judiciaire ou d'une homologation) et tantôt comme une autorité de déblocage, lorsque le notaire rencontre une difficulté l'empêchant de mener à son terme sa mission.

Comment d'ailleurs le notariat et la magistrature ne pourraient-ils pas être liés, lorsque l'on sait que l'un comme l'autre ont ce pouvoir d'assortir leurs actes et décisions de la formule suivante :

Pour le notaire :
République Française
Au nom du peuple français
En conséquence
La République Française mande et ordonne
A tous huissiers de justice sur ce requis, de mettre les présentes à exécution,
Aux Procureurs Généraux et aux Procureurs de la République près les Tribunaux
de Grande Instance d'y tenir main,
A tous les Commandants et Officiers de la Force Publique de prêter main forte
lorsqu'ils en seront légalement requis,
En foi de quoi la présente copie exécutoire a été certifiée conforme à l'original
par le notaire soussigné, scellée et signée par lui et délivrée à ...

Pour le magistrat :
République Française
En conséquence

La République Française mande et ordonne

A tous huissiers de justice sur ce requis, de mettre le présent jugement à exécution,

Aux Procureurs Généraux et aux Procureurs de la République près les Tribunaux de Grande Instance d'y tenir main,

A tous les Commandants et Officiers de la Force Publique de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis,

En foi de quoi la présente grosse certifiée conforme à la minute a été scellée et délivrée par le Greffier en Chef soussigné.

CONCLUSION GENERALE

++++