

du 2 novembre 1945, pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner un caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique. Mais un notaire n'est pas investi de prérogatives de puissance publique et n'a pas la qualité d'agent de l'autorité publique au sens de loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. La règle est la même, sinon encore plus rigoureuse, s'agissant du droit de rectification. Les tribunaux écartent les notaires du droit de rectification, car ils ne sont pas des dépositaires de l'autorité publique (Cass. crim., 15 juin 1883). Seuls sont concernés les «agents investis dans une mesure quelconque d'une portion de l'autorité publique» et non «les personnes qui ne participent pas à cette autorité bien qu'un intérêt public s'attache à cette fonction» (Cass. Ch. réunies, 29 déc. 1898 : DP 1899, I, p. 493).

La jurisprudence de Luxembourg - CJUE 24 mai 2011 N° C 50/08

CJUE 24 mai 2011 N° C 50/08*

Commission /France et autres États membres

La question concernant la participation du notaire à l'autorité publique avait été posée par la commission à la cour de justice de l'union européenne qui a rendu son arrêt le 24 mai dernier.

Cet arrêt va bien au delà de la question posée sur la clause de sauvegarde d'un monopole par la nationalité, car il analyse en fait et en droit la place du notariat dans le système juridique français et européen notamment en ce qui concerne sa situation dans l'exercice de l'autorité publique

Nous étions trompés ; le notaire n'est pas une autorité publique

106 Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que les activités notariales, telles qu'elles sont définies en l'état actuel de l'ordre juridique français, ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa,

L'article 43 CE (nouvel article 49 TFUE) prévoit que les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites :

- l'article 45 al. 1 CE (nouvel article 51 TFUE) prévoit que sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, 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.

Les activités notariales ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45 ce

La France faisait valoir que les activités notariales étaient soustraites au champ d'application de l'article 43 CE, dans la mesure où elle participerait à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45 al.1 CE.

A. portée de la notion d'« exercice de l'autorité publique »

74 [...] l'article 45, premier alinéa, CE constitue une dérogation à la règle fondamentale de la liberté d'établissement. Comme telle, cette dérogation doit recevoir une interprétation [restrictive] qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux États membres de protéger [...].

75 [...] [cette] dérogation doit être restreinte aux seules activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique [...].

76 [...] la Cour a eu l'occasion de considérer que sont exclues de la

dérogation prévue à l'article 45, premier alinéa, CE certaines activités auxiliaires ou préparatoires par rapport à l'exercice de l'autorité publique [...], ou certaines activités dont l'exercice, bien qu'il comporte des contacts, même réguliers et organiques, avec des autorités administratives ou judiciaires, voire un concours, même obligatoire, à leur fonctionnement, laisse intacts les pouvoirs d'appréciation et de décision desdites autorités [...], ou encore certaines activités qui ne comportent pas d'exercice de pouvoirs décisionnels [...], de pouvoirs de contrainte [...], ou de pouvoirs de coercition [...].

B. la nature des activités notariales ne comporte pas une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique

1. l'activité d'authentification

80 Il convient de souligner [...] que font l'objet d'une authentification, en vertu de la législation française, les actes ou les conventions auxquels les parties ont librement souscrit. En effet, celles-ci décident elles-mêmes, dans les limites posées par la loi, de la portée de leurs droits et obligations et choisissent librement les stipulations auxquelles elles veulent se soumettre lorsqu'elles présentent un acte ou une convention pour authentification au notaire. L'intervention de ce dernier suppose, ainsi, l'existence préalable d'un consentement ou d'un accord de volonté des parties.

81 En outre, le notaire ne peut modifier de façon unilatérale la convention qu'il est appelé à authentifier sans avoir recueilli au préalable le consentement des parties.

82 L'activité d'authentification confiée aux notaires ne comporte donc pas, [...] une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE.

83 Le fait que certains actes ou certaines conventions doivent obligatoirement faire l'objet d'une authentification sous peine de nullité n'est pas susceptible de remettre en cause cette conclusion. [...]

84 L'obligation des notaires de vérifier, avant de procéder à l'authentification d'un acte ou d'une convention, que toutes les conditions légalement exigées pour la réalisation de cet acte ou de cette convention sont réunies et, si tel n'est pas le cas, de refuser de procéder à cette authentification n'est pas non plus susceptible de remettre en cause la conclusion qui précède.

85 Certes [...] le notaire exerce cette vérification en poursuivant un objectif d'intérêt général, à savoir garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers. Toutefois, la seule poursuite de cet objectif ne saurait justifier que les prérogatives nécessaires à cette fin soient réservées aux seuls notaires ressortissants de l'État membre concerné.

86 Le fait d'agir en poursuivant un objectif d'intérêt général ne suffit pas, en soi, pour qu'une activité donnée soit considérée comme participant directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique. En effet, il est constant que les activités exercées dans le cadre de diverses professions réglementées impliquent fréquemment, dans les ordres juridiques nationaux, l'obligation pour les personnes qui les exercent de poursuivre un tel objectif, sans que ces activités relèvent pour autant de l'exercice de cette autorité. [...]

88 Il est également vrai que le notaire doit refuser d'authentifier un acte ou une convention qui ne remplit pas les conditions légalement requises, cela indépendamment de la volonté des parties. Cependant, à la suite d'un tel refus, sans justification portant libéralement sur

remédier à l'illégalité constatée, soit de modifier les stipulations de l'acte ou de la convention en cause, soit encore de renoncer à cet acte ou à cette convention.

89 En outre, la consultation et l'assistance juridiques assurées par le notaire lors de l'authentification desdits acte ou convention ne sauraient être considérées comme une participation à l'exercice de l'autorité publique, même lorsqu'il existe une obligation légale pour le notaire d'assurer une telle consultation ou assistance [...].

90 S'agissant de la force probante et de la force exécutoire dont bénéficie l'acte notarié, il ne saurait être contesté que celles-ci confèrent auxdits actes d'importants effets juridiques. Cependant, le fait qu'une activité donnée comporte l'établissement d'actes dotés de tels effets ne saurait suffire pour que cette activité soit considérée comme participant directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE.

91 [...] la force probante dont jouit un acte notarié, [...] relève du régime des preuves consacré par la loi dans l'ordre juridique en cause. [...] [et] n'a donc pas d'incidence directe sur la question de savoir si l'activité comportant l'établissement de cet acte, prise en elle-même, constitue une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique [...].

94 La force exécutoire de l'acte authentique ne traduit cependant pas, dans le chef du notaire, des pouvoirs comportant une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. En effet, si l'apposition par le notaire de la formule exécutoire sur l'acte authentique confère à ce dernier la force exécutoire, celle-ci repose sur la volonté des parties de passer un acte ou une convention, après vérification de leur conformité avec la loi par le notaire, et de leur conférer ladite force exécutoire.

95 Par conséquent, l'établissement d'actes authentiques dotés d'effets juridiques [...] ne comporte pas une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE.

2. la mission de collecte d'impôts

96 S'agissant [...] des missions de collecte d'impôts, dont est chargé le notaire, celles-ci ne sauraient être considérées en elles-mêmes comme constituant une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. [...] cette collecte est réalisée par le notaire pour le compte du débiteur, qu'elle est suivie d'une remise des sommes correspondantes au service compétent de l'État et que, ainsi, elle n'est pas fondamentalement différente de celle afférente à la taxe sur la valeur ajoutée.

3. le statut spécifique des notaires

99 [...] S'il est vrai qu'une partie des honoraires des notaires est fixée par la loi, il n'en reste pas moins que la qualité des services fournis peut varier d'un notaire à l'autre en fonction, notamment, des aptitudes professionnelles des personnes concernées. Il s'ensuit que, dans les limites de leurs compétences territoriales respectives, les notaires exercent leur profession [...] dans des conditions de concurrence, ce qui n'est pas caractéristique de l'exercice de l'autorité publique.

100 [...] les notaires sont directement et personnellement responsables, à l'égard de leurs clients, des dommages résultant de toute faute commise dans l'exercice de leurs activités.

107 [...] la condition de nationalité requise par la réglementation française pour l'accès à la profession de notaire constitue une discrimination fondée sur la nationalité interdite par l'article 43 CE.

109 Par conséquent, [...] en imposant une condition de nationalité pour l'accès à la profession de notaire, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 43 CE

Source DBF

III L'acte de notaire n'a pas la force exécutoire d'un jugement

Cette interrogation n'est pas iconoclaste mais s'est bien posée à la Cour de cassation.

"La partie qui s'est engagée par un acte authentique et qui soutient que son consentement n'a pas été valablement donné en raison de son état d'insanité d'esprit, soulève-t-elle une difficulté relative au titre exécutoire au sens de l'article L. 311-12-1 du Code de l'organisation judiciaire, rendant le juge de l'exécution compétent pour connaître, à titre principal, de la demande en annulation de l'acte ?"

Dans un premier temps, en 1995, la Cour de cassation avait, en effet, donné un avis assimilant l'acte authentique d'un notaire à un quasi jugement⁹. Selon la Cour de cassation, le juge de l'exécution ne pouvait donc pas se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié exécutoire, invoquée en raison de l'absence prétendue d'une des conditions requises par la loi pour la validité de sa formation. Cet avis a été confirmé en 1997¹⁰.

En clair, l'acte notarié exécutoire avait force de jugement définitif et échappait donc à tout examen au fond du juge de l'exécution.

Mais en 2009, la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence¹¹ :

« Aux termes de l'article L. 311-12-1, devenu L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit, à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

En conséquence, viole ces dispositions le juge de l'exécution qui refuse de se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié, invoquée pour absence prétendue de l'une des conditions requises par la loi pour la validité de sa formation ».

En conclusion, la force exécutoire d'un acte notarié est pour le moins toute relative car cette force dite exécutoire ne retire aucun droit de contrôle judiciaire et ce tant sur la forme que sur le fond.

Je rappelle que la contestation de l'acte de notaire sera à compter du 1^{er} février de la compétence des tribunaux d'instance

IV L'acte de notaire ne garantit pas sa légalité

En leur qualité d'officier public, les notaires sont très encadrés par la tutelle des pouvoirs publics : désignation par le pouvoir exécutif, contrôle direct du parquet général¹². Obligation de se soumettre à toute réquisition¹³, obligation de respecter l'article 40 du code de procédure pénal¹⁴

Ces obligations de contrainte nous permettaient d'imaginer que le notaire devait réaliser des opérations et transactions légales comme les avocats ont ces obligations de prudence et de dissuader depuis

⁹ Cour de Cassation saisie pour avis, du 16 juin 1995, 09-50 008. Publié au bulletin

¹⁰ Cour de Cassation saisie pour avis, du 14 février 1997, 09-40 014. Publié au bulletin

¹¹ Cour de cassation, Ch. Civ. 2, 18 juin 2009, 08-10 843. Publié au bulletin. Force exécutoire de

Pacte notarié : un singulier pluriel par Gilles ROUZÉE, Conseiller à la Cour de cassation en matière

¹² Article 3 de la loi contenant organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI)

¹³ « Tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la

¹⁴ Procédure pénale, art. 40

juillet 2011

Nous pouvions imaginer que le notaire avait l'obligation de prévenir des infractions en dissuadant son client de rentrer dans l'illégalité. Il n'en ait rien : le notaire participe en effet avec fierté¹¹ au service de renseignement financier national¹² dont la dénomination réglementaire est Tracfin¹³.

En clair, devant un acte soupçonnable, le notaire reçoit le client, réalise l'opération, facture ses honoraires et déclare secrètement à la cellule de renseignement Tracfin et ce dans les meilleurs délais afin de bénéficier des 4 immunités pénales, civiles, déontologiques et disciplinaires.

L'acte peut être illégal mais est réalisé par un acte de notaire avec la bénédiction de l'état.

Un avocat, lui, devant un acte soupçonnable, et conformément à la décision du CNB du 30 juin 2011 publié au JO du 21 juillet¹⁴ reçoit le client, le dissuade de réaliser cet acte illégal, ne rentre pas en relation d'affaire au sens du GAFI¹⁵ et ne prend pas d'honoraires.

V La date certaine versus opposabilité de la date

• Article 1328 du code civil dispose

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. La date certaine signifie donc bien la certitude de la date de la signature

• La date certaine est une opposabilité de la date.

Quel est donc cet avocat qui oserait falsifier la date de sa signature sur un acte d'avocat en commettant le délit de faux en écriture

• La date certaine n'est pas une opposabilité de l'acte

• Au niveau fiscal, la date de signature chez un notaire n'est pas opposable au fisc : en effet, le délai de prescription commence à courir, non pas le jour de signature chez le notaire, mais le jour de la révélation suffisante de la substance de l'acte à l'enregistrement, c'est-à-dire qu'une déclaration de succession signée par-devant notaire le 23 décembre 2010 mais enregistrée le 10 janvier 2011 fait courir le délai de prescription à partir du 1er janvier 2011 et non du 1er janvier 2010.

Par ailleurs, de nombreux actes¹⁷, le plus souvent en matière immobilière, ne sont opposables au tiers qu'après le dépôt auprès d'un registre public sous le contrôle des fonctionnaires de l'État et ouvert à tous sans exclusive.

VI Comment qualifier la concession de service public octroyée au notariat ?

• Comment donc qualifier cette concession gratuite de service public ?

• Qu'est cette force exécutoire alors que l'acte peut être illégal ?

Les avocats, grâce à leur obligation de dissuader, sommes en train de devenir les vrais garants de la légalité des actes juridiques

La Nature juridique de l'acte d'avocat

Une définition de l'acte d'avocat ne peut être établie que dans le cadre d'une analyse politique des modifications des activités de l'avocat qui sont tranquillement en train de se réaliser

¹¹ Lutte contre le blanchiment - colloque du 23 octobre 2008 à Paris Les Notaires des Métropoles Européennes Contre le blanchiment et au service de la sécurité juridique

¹² Article L561-23 C.M.F. L. Une cellule de renseignement financier nationale exerce les attributions prévues au présent chapitre

¹³ Article R561-33 Le service à compétence nationale TRACFIN

L'avocat devient un protecteur légal

Au niveau judiciaire, c'est la réforme du 9 octobre 1789 qui a abrogé l'ordonnance criminelle de Colbert en permettant à l'avocat d'être totalement présent - à l'époque dans le procès pénal pour protéger son client.

Au niveau juridique, c'est la loi du 14 avril 2011 créant l'acte d'avocat qui apporte la sécurité et la protection légale aux actes contresignés par un avocat.

I L'acte d'avocat est un acte d'avocat

- L'acte d'avocat n'est pas un acte authentique soumis au contrôle de la puissance publique.

- L'acte d'avocat n'est pas un acte sous seing privé soumis à la seule volonté de parties privées.

Quelles sont donc les racines de l'acte d'avocat.

Les racines classiques, Responsabilité, Sécurité, Indépendance notamment vis-à-vis de l'état, Compétence, Conflit d'intérêt, Efficacité. Ce catéchisme banal n'est pas satisfaisant.

Il existe un autre critère

Le législateur d'avril 2011 a apporté une qualification à l'acte d'avocat

II L'acte d'avocat est un acte de protection légale grâce à nos deux nouvelles obligations déontologiques

Notre CNB a respecté cette volonté du législateur

Comment ? Par la création de deux nouvelles obligations déontologiques

L'obligation de prudence - L'obligation de dissuader

• Devoir de prudence des avocats (article 1^{er} du RIN)

Journal officiel du 21 juillet 2011

« 1.5. En toutes circonstances, la prudence impose à l'avocat de ne pas conseiller à son client une solution s'il n'est pas en mesure d'apprécier la situation décrite, de déterminer à qui ce conseil ou cette action est destiné, d'identifier précisément son client.

« A cette fin, l'avocat est tenu de mettre en place, au sein de son cabinet, une procédure lui permettant d'apprécier, pendant toute la durée de sa relation avec le client, la nature et l'étendue de l'opération juridique pour laquelle son concours est sollicité.

« Lorsqu'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet ou pour résultat la commission d'une infraction, l'avocat doit immédiatement s'efforcer d'en dissuader son client. A défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier.

L'acte d'avocat est devenu l'acte de la protection juridique

- légalité - compétence - équilibre - déontologie - responsabilité - indépendance - respect de la sphère privée

Comment donc qualifier cette concession gratuite de service public qu'est la force exécutoire alors que l'acte peut être illégal ?

Nous avocats, grâce à notre obligation de dissuader sommes en train de devenir les vrais garants de la légalité des actes juridiques

• Je vous remercie de m'avoir écouté avec tant de patience

Le document écrit peut vous être mailer

En en le demandant à patrickmichaud@orange.fr

Patrick MICHAUD Nantes le 21 octobre

¹⁴ Le rapport du GAFI avril 2011 (lire §1884)

¹⁵ Cf. article L 180 du livre des procédures fiscales ; Cass. civ. 4 août 1936 ; Cass. civ. 4 avril 1938 ; Cass. civ. 25 février 1942 ; RE 12465-I ; D. adm. fiscale 13 L-1214 n° 15, 1er juillet 2002.

¹⁷ A titre d'exemple : article 30 du décret du 4 janvier 1955 : la publication d'un acte à la conserva-