

LA CONCEPTION RENOUVELEE DU NOTARIAT PAR LA PERSPECTIVE DE REGULATION ECONOMIQUE

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités – Sciences Po (Paris)

Directeur de la Chaire Régulation

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

