

XXVIème CONGRES INTERNATIONAL DU NOTARIAT Marrakech, octobre 2010

THEME II

«L'acte authentique notarial au service de la sécurité des investissements, en particulier, son efficacité pour sa publicité dans les registres et sa force exécutoire.»

CONCLUSIONS

La Commission du Thème II du Congrès de Marrakech 2010, intitulé :

«L'acte authentique notarial au service de la sécurité des investissements, en particulier, son efficacité pour sa publicité dans les registres et sa force exécutoire.»

présente les conclusions suivantes :

1. On peut considérer le thème examiné comme une suite idéale du thème I du Congrès international de Madrid de 2007, intitulé « L'acte authentique, instrument de développement dans la société »; il présente cependant une particularité : l'analyse s'est concentrée cette fois-ci sur l'importance de l'acte authentique par rapport à la sécurité des investissements, compte tenu de ses caractéristiques d'instrument de fiabilité des registres publics et de titre exécutoire.

2. « **Investir** » signifie utiliser un capital pour obtenir un profit. Mais ce n'est qu'après avoir trouvé le juste équilibre entre profit et risque que l'investisseur se décidera à investir, dès lors que les risques constituent la cause d'une perte potentielle. L'**objectif de notre analyse** a donc été de démontrer que l'acte authentique, par le biais de sa force exécutoire et de sa capacité à renforcer la fiabilité des registres publics, permet de maîtriser les risques juridiques et de les limiter, en facilitant ainsi la protection des droits tout en garantissant la sécurité de la circulation desdits droits, des immeubles et de la constitution des hypothèques.

3. Dans les pays de *civil law* le notaire :

. **en tant que déléataire de pouvoirs publics**, joue, d'une part, un rôle de garant du respect de la légalité au titre de sa personnalité de *gatekeeper*, et négocie, d'autre part, des opérations en *outsourcing* qui relèvent de la justice préventive, susceptibles d'offrir aux contractants les mêmes garanties qu'un procès, d'attribuer l'authenticité à ses actes, tout en assurant leur conservation et en les dotant de la force probante et exécutoire ;

. **en tant que professionnel libéral indépendant et juriste expert**, il est dépositaire d'une confiance partagée des contractants et de l'Etat et joue un rôle de garant des intérêts des particuliers, grâce à une « procédure notariée » qui commence par l'écoute du client, se poursuit par le service d'un conseil impartial et adapté, en assurant une information contradictoire et impartiale, tout en s'occupant activement de l'ensemble des démarches préalables et postérieures nécessaires à l'efficacité de à l'acte.

4. Le Notariat de type latin constitue un système en qui les parties accordent une confiance reconnue et réaffirmée quotidiennement ; cette confiance s'est imposée au cours des générations et constitue le reflet fidèle d'une conception sociale, culturelle et philosophique ainsi qu'une réponse à une nécessité sociale.

5. Dans les systèmes de *Common Law*, si le débiteur n'exécute pas sa prestation, le créancier doit s'adresser au juge afin que celui-ci délivre un titre exécutoire.

Dans les pays de *Civil Law*, les garanties de fiabilité et de légalité de l'acte authentique remplissent totalement une fonction préventive du contentieux propre au Notaire « latin ». Ces garanties, en outre, fruit d'une « procédure notariale » offrant les mêmes garanties qu'un procès, légitiment l'acte authentique, non seulement en tant que preuve privilégiée mais aussi en tant que titre exécutoire. En d'autres termes, il équivaut à un une décision de justice définitive obligeant à exécuter une prestation donnée, ce qui évite ainsi au créancier de saisir le juge pour évaluer son droit et délivrer le titre exécutoire judiciaire qui s'ensuit.

6. On peut dire que l'utilité d'un registre public est directement proportionnelle à la fiabilité des données publiées. Surtout sur les marchés dépersonnalisés, il est crucial de pouvoir se fier à l'identification et la traçabilité des données relatives aux personnes et aux choses ainsi que

l'opposabilité aux tiers des titres de propriété et/ou des événements sociétaires et/ou d'autres actes, faits ou états concernant la personne, qui peuvent revêtir une importance juridique à l'égard des tiers. **Ceci est en particulier valable sur le marché immobilier** où, pour parvenir aux objectifs précédemment indiqués, il faut publier les titres de propriété dans les registres publics, en suivant une procédure qui garantit la cohérence des informations juridiques avec celles figurant dans les titres ou les inscriptions précédentes, pour qu'ils remplissent les conditions requises afin d'opérer l'opposabilité aux tiers, sans laquelle le titulaire ne peut pleinement faire valoir ses droits, sous réserve de la légalité de son titre.

7. Tous les systèmes connaissent les « registres publics »

Par exemple, en matière immobilière :

Dans les pays de *common law*, ils sont caractérisés par l'absence d'un contrôle préventif, spécialisé et public, des actes inscrits.

Les données qui y sont contenues n'offrent pas une complète garantie d'exhaustivité et de fiabilité et les cas de fraude sont fréquents. Toutes ces raisons font que le recours à l'assurance du titre est largement répandu.

Dans les pays de *civil law*, lesdits registres se caractérisent par l'existence d'un contrôle de légalité préventif exercé par le notaire, au moment de la rédaction de l'acte, et par un contrôle exercé au moment de l'inscription par un représentant de l'Etat chargé de la tenue du registre.

Seul un système publicitaire fondé sur des actes susceptibles de garantir la fiabilité absolue des données introduites – et en particulier la certitude de la date, de l'identité des parties, de l'existence de leur volonté, de leur légitimation à disposer et la légalité du contenu – offre des garanties relatives à l'existence et à l'appartenance du droit, prévient les litiges sur les propriétés et rend inutile le recours à l'assurance du titre.

8. Les caractéristiques de l'acte authentique comme preuve privilégiée et titre exécutoire d'une part, et comme instrument de fiabilité des registres publics d'autre part, ont été étudiées sous l'aspect de l'analyse économique du droit et il est ressorti :

. que la force exécutoire de l'acte authentique d'une part facilite la l'obtention du crédit, permet d'économiser du temps, des coûts et des énergies, limite la perte et/ou le retard dans l'encaissement des flux financiers ; d'autre part favorise le recours au crédit bancaire en réduisant la

possibilité pour le débiteur de se soustraire à ses obligations. Le tout à des coûts de transaction minimes pour le créancier/investisseur, sans compter la production d'externalités positives en faveur de la collectivité, et ce grâce à la réduction des jugements qui, à son tour, génère le décongestionnement de la charge judiciaire et l'économie des coûts y relatifs à la charge de l'Etat ; par conséquent, elle protège le crédit et donc les échanges économiques.

. que la fiabilité d'un registre public constitue une valeur économique fondamentale qui génère des externalités positives pour les particuliers et pour la collectivité. Dans le domaine immobilier, par exemple, cette fiabilité favorise la sécurité de la circulation des immeubles et le recours au crédit bancaire au travers de la garantie hypothécaire, en annulant le risque de fraudes, y compris informatiques, et en rendant inutile le recours à l'assurance titre ; celle-ci, par ailleurs, ne permet pas d'obtenir ce que voulaient les parties aux termes de la négociation, mais, dans le meilleur des cas, uniquement sa contre-valeur ; elle néglige en outre l'élément non rationnel et strictement personnel présent dans toute activité juridique, à savoir, par exemple, la valeur affective ou de jouissance d'un bien.

9. En définitive, l'institution notariale se confirme comme porteuse des valeurs de protection des citoyens et de l'intérêt public, assortie d'une économie de coûts pour l'Etat et l'utilisateur ; elle contribue directement à évaluer les risques des investissements et exerce une action positive sur les attentes des investisseurs en encourageant les investissements, même à long terme, et en contribuant au développement de l'économie.

Au vu des considérations précédentes, la Commission souhaite :

. en matière de registres publics :

. que les systèmes de publicité soient fondés sur des modalités informatiques dès lors que ces modalités d'une part garantissent une plus grande sécurité et une plus grande rapidité dans la transmission des données et qu'elles réduisent fortement d'autre part le risque d'entraves bureaucratiques et de désordre administratif ;

. qu'afin de garantir la fiabilité des données introduites, chaque système de *civil law* limite l'accès aux registres publics uniquement aux actes authentiques et aux actes de l'autorité judiciaire ;

. qu'afin de garantir une plus grande rapidité dans la mise à jour des registres publics et d'éviter un contrôle ultérieur inutile et coûteux de la part du préposé à la tenue du registre, chaque système, sous réserve des principes qui régissent le transfert de la propriété, reconnaisse au notaire de son propre pays l'accès direct aux registres publics pour l'introduction des données relatives à l'acte stipulé ou prévoie tout au moins que le contrôle effectué par ledit préposé à la tenue du registre soit limité aux aspects purement formels, en laissant entièrement au notaire – comme il est déjà fait dans les pays de l'Union internationale du Notariat – le contrôle de légalité dans la phase de constitution des contrats.

. en matière de titre exécutoire :

. qu'il soit reconnu à l'acte authentique l'efficacité exécutoire également dans les pays où encore aujourd'hui cette efficacité n'est pas reconnue ;

. que la force exécutoire de l'acte authentique ne soit pas limitée aux obligations pécuniaires, mais puisse s'étendre à d'autres typologies d'obligations ;

. que le système établi par le Règlement communautaire portant création du titre exécutoire européen pour les créances incontestées (Règlement (CE) n° 805/2004), puisse rapidement se répandre par le biais de conventions internationales *ad hoc* stipulées avec d'autres Etats, et ce afin de favoriser les investissements transnationaux.

Enfin :

. que l'Union Internationale du Notariat recueille des statistiques afin de faciliter l'élaboration d'un index de sécurité juridique

- - - - -

Au vu des considérations ci-dessus, et prenant particulièrement en compte la crise financière récente, la Commission souhaite par suite que l'acte authentique s'affirme toujours davantage comme porteur des valeurs de protection des citoyens et de l'intérêt public, en favorisant ainsi la fiabilité du système économique et juridique d'un pays et en offrant à l'investisseur professionnel et privé garantie et sécurité.

