



HAL
open science

La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme

Jean-Pierre Marguénaud, Corine Namont Dauchez, Benjamin Dauchez

► **To cite this version:**

Jean-Pierre Marguénaud, Corine Namont Dauchez, Benjamin Dauchez. La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme. La semaine juridique. Notariale et immobilière, 2015, Etude 1147 (18), pp. 51. hal-01483917

HAL Id: hal-01483917

<https://hal.science/hal-01483917>

Submitted on 11 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le notariat a reçu l'onction du Code civil qui l'a érigé gardien de la sécurité juridique des rapports familiaux et fonciers. Cependant, sa légitimité s'effrite aujourd'hui au même rythme que l'autorité de l'Etat, aux ordres de l'Europe des marchands. Le notariat doit donc, à présent, plonger ses racines dans le droit européen des droits de l'Homme pour y puiser une légitimité supranationale. Le 111^e Congrès des notaires de France, qui conduit la profession à Strasbourg en mai prochain, lui indique opportunément le chemin : un « authentique défi » que le notariat, acteur privilégié de la justice préventive, peut relever en se plaçant sous la bannière de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH).

La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme

Jean-Pierre MARGUÉNAUD

Professeur à la Faculté de droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges
Membre de l'Institut de droit européen des droits de l'Homme (IDEDH), Université de Montpellier

Corine DAUCHEZ

Maître de conférences à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense (CEDCACE)

Benjamin DAUCHEZ

Notaire à Paris

1. L'Europe, championne du libéralisme économique et de la libre concurrence, a contribué à plonger le notariat dans le doute, sinon dans la tourmente. Ainsi, l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) du 24 mai 2011 a-t-il fait planer une sérieuse menace de déréglementation et d'intégration de la profession au marché intérieur¹ en décidant que l'activité notariale ne comportait pas « une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »². Sans doute, ne pouvait-on déduire de cet arrêt ce qu'il ne dit pas puisque « nulle part il n'est dit que le notaire ne reçoit pas de délégation de puissance publique, nulle part il n'est dit que l'acte notarié n'est pas authentique »³. Sans doute, la directive 2013/55/UE du Parlement Européen et du Conseil du 20 novembre 2013 a-t-elle marqué une rassérénante hésitation. En effet, estimant que les notaires devaient être exclus du champ d'application de la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005, elle a refusé de transposer à la reconnaissance des qualifications professionnelles les principes appliqués par l'arrêt de 2011 pour juger discriminatoire le refus d'accès des étrangers à la profession. Il n'en reste pas moins que le droit de l'Union Européenne, toujours obnubilé par le souci paradoxal de s'adapter aux habitudes particulières du Royaume-Uni qui exprime avec de plus en plus d'insistance sa volonté d'en sortir, apparaît comme une grave menace de délégitimation du notariat.

2. La profession, qui en est encore à se crispier à l'évocation de l'arrêt *Mazurek*⁴, ne semble pas avoir encore pris pleinement conscience de ce que l'autre droit européen, celui du Conseil de l'Europe et des Droits de l'Homme, pourrait au contraire contribuer à sa légitimation. C'est à cette prise de conscience que cette étude s'efforcera, en toute immodestie, de travailler.

¹ Cl. Brenner, *Authenticité, droit de la famille : libres propos sur la déréglementation* : JCP éd. N 2014, n°2, 1297, §2.

² CJUE, *Commission c. France*, 24 mai 2011, aff. C-50/08 : JurisData n°2011-032037 : JCP N 2011, n°21, act. 482. – C. Nourissat, *Fin de la clause de nationalité des notaires. Premières observations* : JCP N 2011, n°22, act. 497.

³ Th. Gruel et C. Farenc, 111^e Congrès des notaires de France. Strasbourg. 10-13 mai 2015. *La sécurité juridique, un défi authentique* : rapport, p. 155, n°1327.

⁴ J-M. Delperier, 111^e Congrès des notaires de France, *op. cit.*, propos introductif, XII, n°4.

3. Il convient tout d'abord de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a consacré le rôle essentiel dans une société démocratique d'une autre profession judiciaire, également dans le collimateur de la loi Macron : celle des huissiers de justice. En effet, par l'arrêt trop peu connu *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi contre Roumanie* du 22 juin 2004, elle a proclamé qu'ils « oeuvrent dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ce qui fait d'eux un élément essentiel de l'État de droit »⁵, lequel est « fondé sur la prééminence du droit et la sécurité des rapports juridiques »⁶. Or, il pourrait y avoir un jour un arrêt *Pini et Bertani* du notariat s'il était établi que, au regard de la prééminence du droit et de la sécurité des rapports juridiques, il est lui aussi un élément essentiel de l'État de droit (1), en même temps et de surcroît que le « chien de garde » de l'authenticité (2).

1. Le Notariat, élément essentiel de l'État de droit

4. Les huissiers de justice sont considérés par l'arrêt *Pini et Bertani* comme un élément essentiel de l'État de droit en raison de leur qualité de dépositaire de la force publique en matière d'exécution des décisions de justice définitives⁷. Les notaires devraient être également considérés comme un élément essentiel de l'État de droit en raison du rôle particulier qu'ils jouent, et qu'ils devraient jouer davantage, pour assurer « la pénétration des normes dans les rapports individuels de droit privé »⁸ en prévenant la nécessité d'une décision de justice⁹. Si les notaires doivent avoir en amont la même légitimité européenne que les huissiers de justice en aval, c'est en raison de l'extension de la portée du principe de sécurité des rapports juridiques (A) qui les place dans une situation d'acteurs privilégiés d'une sécurité juridique résolument préventive (B).

A – L'extension de la portée du principe de sécurité des rapports juridiques

5. Un arrêt *Brumarescu contre Roumanie* du 28 octobre 1999 a affirmé que : « un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit pas remise en cause »¹⁰. En utilisant la locution « **entre autres** »¹¹, la Cour EDH marque de manière explicite que la sécurité des rapports juridiques, élément fondamental de la prééminence du droit au regard de laquelle doit s'interpréter le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH), ne se limite pas à la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée. Depuis longtemps, la Cour EDH admet donc que la sécurité des rapports juridiques puisse être recherchée et établie au nom de la prééminence du droit, « élément du patrimoine commun des États membres du Conseil de l'Europe »¹², indépendamment et en amont de l'activité des seuls tribunaux. On n'a peut-être pas suffisamment souligné l'importance du changement de perspective que l'arrêt *Brumarescu* opérait par rapport à l'arrêt *Marckx* qui, en son § 58, faisait discrètement entrer la sécurité juridique sur la scène conventionnelle en ces termes : « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt »¹³. Pour bien comprendre

5 CEDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, requêtes n°78028/01 et 78030/01, § 183.

6 CEDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, *op.cit.* §187.

7 Cf. CEDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, *op. cit.* §183 et 187.

8 *L'authenticité*, dir. L. Aynès : La documentation française, 2013, p. 96, n°64 à 66 et p. 103, n°73.

⁹ M. Mekki, *Le « dernier acte » de la tragédie du notariat français. L'acte authentique malmené par « Bercy » !* : JCP éd. N 2014, n°39, 1287, §19 et 20.

10 CEDH, *Brumarescu c. Roumanie*, 28 octobre 1999, requête n°28342/95, §61, CEDH, *Popea c. Roumanie*, 5 octobre 2006, requête n°6248/03, § 34.

11 C'est nous qui soulignons.

12 CEDH, *Brumarescu c. Roumanie*, 28 octobre 1999, *op.cit.*, §61, CEDH, *Popea c. Roumanie*, 5 octobre 2006, *op. cit.*, § 34.

13 CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, requête n°6833/74, § 58.

l'ampleur de ce changement, il faut replacer la formule de l'arrêt *Marckx* dans son contexte. Elle était, en effet, destinée à limiter la portée de la solution rendue par la Cour EDH de manière à placer l'État belge à l'abri de l'abysmale difficulté consistant à remettre en cause toutes les décisions ayant consacré des partages successoraux inégalitaires au détriment d'enfants naturels. Elle servait donc essentiellement à protéger l'autorité de la chose jugée par les juridictions internes contre la menace de bouleversements européens. A partir de l'arrêt *Brumarescu*, la Cour a étendu cette règle, qui procédait d'un souci d'auto-limitation de ses propres décisions, à la protection de l'autorité des décisions de justice face à des menaces purement internes puisque l'affaire se rapportait à l'annulation d'un jugement ayant lui-même annulé un décret dans un contexte de nationalisation. Il est donc tout à fait légitime que les exemples d'application jurisprudentielle de la sécurité juridique par la Cour EDH, relevés, à juste titre, par la première commission sur la sécurité authentique du 111ème Congrès des notaires de France¹⁴, se rapportent essentiellement à des cas de protection de l'autorité de la chose jugée. L'innovation était déjà si remarquable qu'elle aura occulté l'importance de l'incidente « **entre autres** ». Elle faisait écho à un important arrêt rendu quelques mois plus tôt contre la France. En effet, l'arrêt *Mantovanelli contre France* du 18 mars 1997¹⁵, sans se référer à la sécurité des rapports juridiques ni à la prééminence du droit, venait d'avoir l'audace d'étendre les exigences du contradictoire impliquées par l'article 6 §1 de la Convention EDH à la phase de l'expertise technique. Ainsi, un enrichissement remarquable du domaine de l'article 6 §1 venait-il d'être réalisé par une extension à la phase se situant en amont de la décision du tribunal¹⁶. L'extension en amont et à l'extérieur du tribunal de l'influence de l'article 6 §1 est donc enclenchée depuis longtemps.

6. L'arrêt *Brumarescu*, noyé dans la masse des applications classiques de la sécurité des rapports juridiques, mériterait d'être mis en exergue pour servir de fondement à la promotion européenne d'une sécurité juridique préventive qui ne saurait se concevoir sans le notariat.

B – Le notariat, acteur privilégié d'une sécurité juridique préventive

7. La sécurité juridique préventive n'est pas qu'une affaire de sécurité juridique repliée sur elle-même : elle est aussi une question de sécurité et de développement économiques. Elle contribue à la sécurité économique ainsi qu'en attestent même des études anglo-saxonnes ayant établi que si le rôle préventif du notariat avait pu s'exercer aux USA, la crise des *subprimes* aurait été sinon évitée, du moins considérablement atténuée¹⁷.

8. La sécurité juridique préventive est aussi un facteur de développement économique car contrairement à certaines idées reçues sous l'influence d'experts exclusivement sélectionnés suivant les critères de la pensée unique¹⁸, elle permet de réduire les coûts et de dégager des marges de compétitivité.

9. En effet, les litiges qu'une sécurité juridique préventive permet ou permettrait d'éviter pèsent d'un poids très lourd sur les contribuables qui financent le service public de la justice, sur les agents économiques dont le déploiement des stratégies est paralysé par l'attente du résultat d'un procès, sur les contractants qui doivent notamment verser des primes d'« assurance titre » très élevées à raison

14 Th. Gruel et C. Farenc, 111ème Congrès des notaires de France, *op. cit.*, p. 62 à 64, n°1110 à 1113.

15 CEDH, *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, requête n°21497/93.

16 Cf. RTDCiv. 1997, p. 1007 obs. J-P. Marguénaud.

17 R. J. Shiller, université de Yale, *The subprime solution : how today's global financial crisis happened, and what to do about it*, Princeton Univ. Press, 2008, 134 ; P. L. Murray, université Harvard, *French notaries and the American mortgage crisis*, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 16. Band, 2011, p. 209 et s., not. p. 215.

18 Pour une critique générale de l'analyse économique sur laquelle repose le projet de loi Macron, voir B. Deffains et M. Mekki, *L'analyse économique-juridique du notariat. « Bercy » au pays des merveilles* : D. 2014, p. 2312.

de la fragilité de leur titre de propriété immobilière¹⁹. L'avantage économique de la sécurité juridique préventive se nourrit encore de l'efficacité des droits en nature qu'elle offre, alors qu'un système d'assurance titre ne permet au propriétaire évincé que d'obtenir une somme d'argent²⁰... En réalité, tout porte à croire que les arguments économiques invoqués pour édulcorer ou supprimer le rôle du notaire porteur de sécurité juridique préventive sont parfaitement réversibles. Dans ces conditions, le principe de sécurité des rapports juridiques et la prééminence du droit, dont le caractère fondamental a été souligné par la Cour EDH, devraient faire pencher la balance du côté du maintien et du renforcement de la sécurité juridique préventive. Or, cette consolidation économiquement opportune et juridiquement fondamentale ne peut être obtenue que par l'intermédiaire d'un officier public.

10. L'officier public est, en effet, tenu de procéder à un contrôle de légalité de l'acte qu'il instrumente. C'est bien la raison pour laquelle on présente souvent « l'authenticité comme un instrument de sécurisation des rapports juridiques et d'évitement des litiges », et pas seulement comme un attribut de l'acte instrumentaire qui ne touche pas à sa substance²¹. Cette mission d'authentification, pivot de la sécurité préventive des rapports juridiques, est étroitement liée au devoir de conseil²². Or, ce devoir de conseil est indissociable des garanties d'impartialité qu'un officier public est le seul à pouvoir offrir.

11. C'est en raison de cette impartialité que le rôle irremplaçable du notaire a été affirmé par le très important arrêt *Consorts Richet et Le Ber c/ France*²³. Celui-ci a constaté une violation de l'article 1^{er} du Protocole n°1 dans une affaire célèbre où les anciens propriétaires de l'île de Porquerolles s'étaient heurtés à des refus de permis de construire, paralysant l'exercice du droit de construire que leur réservaient sur quelques parcelles conservées les contrats de vente à l'État passés devant le préfet du Var. L'arrêt *Consorts Richet et Le Ber* a puissamment contribué à mettre en lumière le rôle de conseil des parties, que le notaire joue aussi, en constatant que « les actes de vente ayant été passés en la forme administrative devant le préfet du Var comme le permet le Code du domaine de l'État, et non devant un notaire comme pour une vente immobilière entre particuliers, les requérants n'ont pas bénéficié des conseils d'un notaire sur la validité éventuelle des clauses des actes de vente mais ont dû se reposer sur le préfet, représentant de l'État ». Il s'agit là, en définitive, d'un hommage à l'impartialité du notaire qui est le seul à pouvoir conseiller l'une et l'autre des parties puisque, à la différence du préfet mais aussi et surtout de l'avocat, il se trouve à égale distance de chacune d'elles. Ainsi se trouve consolidée l'idée suivant laquelle « le notaire assure un réel service public du conseil lequel est consubstantiel à l'accomplissement de son ministère [et] le singularise [...] de l'avocat qui ne doit le conseil qu'à son client »²⁴. Or, c'est en raison de ce devoir d'impartialité qui l'empêche de favoriser l'un des contractants que le notaire est un pacificateur des relations contractuelles²⁵.

12. C'est par l'impartialité qui lui impose « de rechercher systématiquement, et en toute hypothèse, l'équilibre contractuel après avoir écouté les contractants, et veillé à la bonne compréhension, par

19 L'authenticité, *op. cit.*, p. 144, n°113. Le coût de l'assurance d'un titre de propriété est 28 fois plus cher aux Etats-Unis qu'en France, pour des données chiffrées, P. Lorot, *Le notariat européen en danger* : Les notes stratégiques de l'Institut Choiseul, oct. 2012, *op. cit.*, p. 15 et 18.

20 In *L'authenticité*, *op. cit.*, p. 144, n°113 *in fine* ; voir égal. au Québec, pour la crainte d'une substitution de l'assurance à la procédure d'examen des titres, Fr. Brochu, *La protection des droits par la publicité foncière, in Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josseland*, Mare et Martin, 2014, p. 133.

21 In *L'authenticité*, *op. cit.*, n°57.

22 M. Latina, *Le notaire et la sécurité juridique*, JCP éd. N 2010, n°42, 1325, §10.

23 CEDH, *Cts Richet et Le Ber c. France*, 18 novembre 2010, requête n°18990/07 et 22905/07, J-P. Marguénaud et B. Dauchez, *Nul ne peut être notaire et partie : émergence d'un nouvel adage européen ?*, JCP éd. N 2011, n°27, 1209.

24 J-F. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale* : Defrénois, 2^{ème} éd., 2014, p. 119 n°277.

25 J-F. Sagaut et M. Latina, *ibidem*.

chacun d'entre eux, des problèmes juridiques en jeu »²⁶ que le notaire, comme l'avait déjà dit Domat, est un juge de paix²⁷. Ainsi, est-il admis depuis longtemps que l'impartialité dont il doit faire preuve dans l'exercice de son devoir de conseil fait du notaire un véritable organe de la justice préventive. Le recours au droit européen des droits de l'Homme, exprimé par l'arrêt *Richet et Le Ber*, permet d'établir que, réciproquement, il n'y a pas de sécurité juridique préventive ou de justice préventive sans impartialité que le notaire, officier public, est le seul à pouvoir offrir à toutes les parties. Par l'impartialité inhérente au devoir de conseil, indispensable à l'authentification sur laquelle repose la sécurité préventive des rapports juridiques, le notaire apparaît donc, tout autant que l'huissier de justice, comme un élément essentiel de l'État de droit. Le droit européen des Droits de l'Homme parvient ainsi à légitimer aussi bien l'une que l'autre de ces deux professions judiciaires.

13. L'impartialité, cependant, n'est pas le seul des grands préceptes de la déontologie notariale. Il en existe deux autres : l'intégrité et l'indépendance²⁸, que les notaires peuvent avoir en partage avec d'autres professions mais qui au regard du droit européen des Droits de l'Homme contribuent à renforcer leur légitimité en tant que « chien de garde » de l'authenticité.

2. Le notariat, « chien de garde » de l'authenticité

14. La qualification de « chien de garde » est parfois attribuée au notaire dans un sens péjoratif pour dénoncer l'agressivité contraire à l'image d'un officier public impartial²⁹. Dans le langage de la Cour EDH, l'expression « chien de garde », constamment utilisée depuis l'arrêt *Observer et Guardian contre Royaume-Uni* du 26 novembre 1991³⁰, est, au contraire, valorisante : elle sert à justifier une protection privilégiée du droit à la liberté d'expression de ceux qui, à l'exemple prédominant des journalistes, contribuent à provoquer et à nourrir des débats d'intérêt général. De même que les journalistes ne sont pas les seuls à alimenter les débats d'intérêt général, les notaires ne sont pas les seuls à garder l'authenticité des actes. D'autres, comme les officiers d'état civil, les commissaires-priseurs judiciaires, les huissiers de justice et les greffiers contribuent à cette activité d'authentification, qui est davantage dominée par l'intérêt général que par l'intérêt des parties, puisque c'est d'elle que dépend « une correcte application de la règle de droit dans les relations sociales »³¹.

15. Le notariat mérite, cependant, d'être érigé au rang de « chien de garde » de l'authenticité, car de tous ceux qui participent à l'activité d'authentification, c'est celui qui s'apparente le plus à un juge. Il est admis, sans guère de discussion depuis Cujas, que le notaire est le magistrat de l'amiable³² et, d'une manière générale, le juge en amont de l'application de la règle de droit dans les rapports sociaux. L'assimilation a d'ailleurs été consacrée de manière spectaculaire par un arrêt relativement connu³³, *Estima Jorge contre Portugal* du 21 avril 1998³⁴ suivant lequel, quelle que soit la nature du titre exécutoire, **jugement ou acte notarié**³⁵, l'article 6 §1 trouve à s'appliquer à son exécution. Or, du point de vue du droit européen des Droits de l'Homme, cette assimilation du notaire à un juge gardien de l'authenticité des actes ouvre des perspectives remarquables. Par référence à l'article

26 J-F. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale*, op. cit., p. 15 n°30.

27 J. Domat, *Le droit public, suite des loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 5 : éd. P. Emery, Paris, 1701, p. 136.

28 J-F. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale*, op. cit., p. 15 n°30.

29 M. Burgan, *Au bord du gouffre, prenons du recul*, in 51ème Congrès du syndicat national des notaires, 19-23 septembre 2013, p. 200.

30 CEDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, requête n°13585/88.

31 *In L'authenticité*, op. cit., p. 94, n°63.

32 L. Aynès, *Entretiens* : JCP éd. N 2013, n°41, act. 1004.

33 M. Grimaldi, *Des statuts de service public* : JCP éd. N 2015, n°6, 1069, §2 ; Ph. Théry, *Des missions de services public*, n°6, 1067, §4.

34 CEDH, *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, requête n°24550/94.

35 C'est nous qui soulignons.

6 §1, elle permet d'envisager un droit à un notariat équitable (B) auquel chacun peut songer dans le prolongement de l'arrêt *Estima Jorge*. L'article 6 §1 comprend aussi, depuis un célèbre arrêt *Golder contre Royaume-Uni* du 21 février 1975³⁶, un droit d'accès à un tribunal, sans lequel les garanties dudit article seraient sans objet, qui pourrait avoir pour pendant un droit d'accès au notaire par lequel il est logiquement et chronologiquement nécessaire de commencer (A).

A - Le droit d'accès au notaire

16. Déjà, du point de vue constitutionnel, l'office du notaire a été assimilé à « un office de juridiction, la juridiction de l'authenticité, juridiction amiable et préventive, exercée au nom de l'État »³⁷, en sorte que l'accès au notaire, déléataire du sceau de l'État, a été envisagé au regard du principe de l'accès au juge, que l'authentification notariale soit requise par la loi ou simplement souhaitée par les parties³⁸. Pour les mêmes raisons d'assimilation de la justice préventive à la justice contentieuse, le droit d'accès au notaire peut être justifié sur le plan conventionnel, par transposition du droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 §1³⁹.

17. A cet égard, il faut préciser d'emblée que le droit conventionnel d'accès au notaire n'est pas, comme l'envisage la loi *Macron*, un droit d'accès à l'exercice de la profession, mais un droit de l'Homme à l'accès à l'authentification des actes dont bénéficieraient les citoyens en attente de sécurité juridique préventive. Au regard de l'article 6 §1, le nombre des notaires n'est pas une fin en soi, mais une question de moyens suffisamment déployés sur l'ensemble du territoire de manière à permettre à tous d'avoir accès, lorsque la loi l'impose ou lorsqu'ils le souhaitent, à l'authenticité des actes juridiques. L'article 6 §1 se traduirait donc par une obligation positive de mettre en place un nombre suffisant de notaires, véritables juges de l'authenticité, et se montrerait réfractaire à l'idée d'une multiplication du nombre des notaires, qui pour atteindre le seuil de rentabilité de leurs études, seraient contraints à diversifier leurs activités au prix d'une dilution de leur mission fondamentale d'authentification⁴⁰. Dès lors, le droit conventionnel d'accès aux notaires, qui sont déjà en nombre particulièrement satisfaisant d'après les données de la dernière étude de la CEPEJ⁴¹, devrait plutôt conduire à des interrogations sur des questions d'unicité du tarif et de redéfinition des actes pour lesquels l'authentification est opportune. Quant à la question du tarif qui s'est trouvée, et pourrait se trouver, au cœur de vives discussions tendant à remettre en cause sa redistributivité⁴², l'article 6 §1 autorise à délivrer un avertissement.

18. Si les réformes, en cours ou à venir, devaient avoir pour effet plus ou moins mécanique d'augmenter, notamment par le biais d'une tarification au temps passé, le coût des actes les plus modiques, la situation pourrait déclencher l'application en matière d'accès au notaire, juge de l'authenticité, de la célèbre jurisprudence *Airey contre Irlande* du 9 octobre 1979⁴³ relative à l'accès au juge civil. Cet arrêt, consacrant l'idée suivant laquelle les droits garantis par la Convention doivent être concrets et effectifs et non pas théoriques ou illusoire, avait, en effet, décidé que, pour permettre aux personnes sans ressources l'accès au juge civil, les États étaient tenus de l'obligation positive de leur accorder une aide juridictionnelle seulement prévue en matière pénale par l'article 6

36 CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, requête n°4451/70.

37 Y. Gaudemet, *Les professions juridiques. Service public et déréglementation ? Synthèse générale* : JCP éd. N 2015, n°6, 1071, §19.

38 *Ibidem*, §18 et s.

39 On peut également considérer que le droit d'accès au notaire participe du droit d'accès effectif au juge, P. Crocq, *Des missions de service public* : JCP éd. N 2015, n°6, 1068, §5.

40 M. Burgan, *Au bord du gouffre, prenons du recul*, in 51ème Congrès du syndicat national des notaires, 19-23 septembre 2013, p. 131, *passim*.

41 Étude CEPEJ, *Rapports sur les systèmes judiciaires européens*. Édition 2014 (2012) : *efficacité et qualité de la justice*, 2013, p. 455, la France est dans le groupe de tête du classement du nombre de notaires par habitant.

42 Y. Gaudemet, *op. cit.*, §29 à 33.

43 CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, requête n°6289/73.

§3 c). Pour rendre concret et effectif le droit d'accès au juge de l'authenticité qu'est le notaire, l'obligation positive conventionnelle de mettre en place une aide matérielle adaptée aux circonstances est donc parfaitement prévisible. Cette perspective sans doute un peu inattendue peut se rapprocher d'autant plus rapidement que l'authenticité peut se justifier pour des actes à faible enjeu patrimonial.

19. La question de l'étendue du monopole des notaires en matière d'authenticité est, comme on l'aura remarqué, celle qui suscite le plus de discussions et de convoitises. Il s'agira simplement ici de la reprendre au regard du droit européen des droits de l'Homme. De ce point de vue, un critère d'une grande simplicité paraît devoir s'imposer : le monopole de l'authenticité notariale a en principe vocation à s'appliquer à tous les actes nécessaires à l'exercice des droits garantis par la Convention ou ses protocoles additionnels. Ainsi, les actes relevant de l'exercice du droit au respect des biens (mutations immobilières à titre onéreux ou à titre gratuit, publicité foncière...), du droit de se marier et de fonder une famille, du droit au respect de la vie privée et familiale (adoption, PMA, fin de vie)... auraient, à défaut d'intervention d'un officier d'état civil, vocation, en principe ou *a priori*, à être conservés ou rattachés aux activités du « chien de garde » de l'authenticité qu'est le notaire. Le droit d'accès au notaire étant désormais justifié, les garanties inhérentes au droit à un notariat équitable peuvent être concrètement envisagées par confrontation avec les exigences du droit à un procès équitable posées par l'article 6 §1.

B – Le droit à un notariat équitable

20. Bâti sur le modèle du droit à l'expertise équitable⁴⁴, qui envisage déjà l'extension des garanties de l'article 6 §1 en amont de l'intervention du juge contentieux, le droit à un notariat équitable comprendrait un certain nombre de droits procéduraux conventionnels. Il s'agirait d'abord du droit à l'exécution, déjà reconnu par l'arrêt *Estima Jorge* dans le prolongement du droit à l'exécution des décisions de justice consacré par le célèbre arrêt *Hornsby contre Grèce*⁴⁵ ; arrêt qui est, d'ailleurs, radicalement incompatible avec l'affirmation de la CJUE suivant laquelle l'activité du notaire ne participe pas directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique. Il comprendrait aussi le droit au respect du délai raisonnable en matière de liquidation des régimes matrimoniaux et des successions, lui aussi reconnu depuis les arrêts *Kanoun contre France* du 3 octobre 2000⁴⁶ et *Siegel contre France* du 28 novembre 2000⁴⁷. D'autres transpositions des exigences du droit à un procès équitable sont à prévoir ; elles concernent l'intégrité, mais surtout l'indépendance et l'impartialité que l'article 6 §1 attend explicitement d'un tribunal. Au regard de l'exigence d'indépendance, elle justifie pleinement l'interdiction de dresser des actes pour des membres de sa famille et elle pourrait frapper d'inconventionnalité toute autorisation d'association des notaires créant avec d'autres professions des liens de dépendance économique, directe ou indirecte, ou statutaire.

21. L'exigence d'indépendance, et d'intégrité qui en est le corollaire devrait appeler aussi de profondes réformes dans l'organisation de la profession. La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme ne peut pas être en effet à sens unique. Pour que cette légitimation conserve sa force et sa pertinence, encore faut-il que la profession se montre exemplaire au regard des exigences qui en sont le fondement. Ainsi, la procédure disciplinaire à l'encontre des notaires, qui relève pour le moment de la jurisprudence *Le Compte, Van Leuven et de Meyere contre Belgique*⁴⁸ se satisfaisant d'une purge par la Cour d'appel des vices des atteintes au règle du procès équitable, pourrait-elle s'inspirer davantage des règles qui prévalent pour les magistrats devant le conseil supérieur de la magistrature. Il suffira de rappeler ici que les sanctions disciplinaires

44 J-P. Marguénaud, *Le droit à l'expertise équitable*, D. 2000, p. 10.

45 CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, requête n°18357/91.

46 CEDH, 3 octobre 2000, *Kanoun c. France*, requête n°35589/97.

47 CEDH, 28 novembre 2000, *Siegel c. France*, requête n°36350/97.

48 CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, requête n°6878/75, 7238/75.

infligées par les chambres des notaires ne donnent lieu à aucune publicité, tout comme les décisions immédiatement exécutoires qu'elles rendent lorsqu'elles sont appelées à trancher, en cas de non-conciliation, un différent entre notaires.

22. Au prix d'aménagements significatifs de son organisation interne, la profession de notaire devrait donc être considérée comme un « chien de garde » de l'authenticité, élément essentiel de l'État de droit et trouver, du côté du droit européen des droits de l'Homme, la légitimité que le droit de l'Union européenne paraît parfois lui contester. Cette légitimité européenne recouvrée grâce à l'Europe des droits de l'Homme, semble au moins en mesure de contrebalancer cette impression de défiance qui se dégage de l'Europe des marchands. Il serait même possible qu'elle puisse contribuer à la dissiper. Dès lors, on pourrait, pour conclure, en appeler à une conjugaison des efforts des deux Europes pour parvenir à réaliser le rêve d'un notariat européen formulé à haute voix par le Professeur Michel Grimaldi⁴⁹, il y a déjà douze ans, et dont l'écho nous parvient encore aujourd'hui⁵⁰...

⁴⁹ M. Grimaldi, Colloque du 9 mars 2003, Association du notariat francophone, *L'efficacité des actes publics dans l'espace francophone en matière civile. Comment concilier souveraineté nationale et mondialisation ?* », p. 161.

⁵⁰ Not. N. Laurent-Bonne, *L'avenir du notariat est-il dans son histoire ?*, D. 2014, p. 1771 ; J. Tarrade, *Entretien*, in *Les cahiers de la fonction publique*, avril 2014, p. 49 et 50.