



XXIIc  
CONGRÈS INTERNATIONAL  
DU NOTARIAT LATIN

BUENOS AIRES / ARGENTINE

27. 9. - 2. 10. 1998

**Rapports**  
**de la Délégation allemande**

K 9000

U058-22.3

**BNotK**  
BUNDESNOTARKAMMER  
Burgmauer 53 - 50667 Köln

# Sommaire général

Thème I: Le rôle du notaire à l'égard des exigences de l'Etat, principalement dans le domaine administratif et fiscal

**Rapporteur: Notar a. D. Dr. Peter Limmer, Würzburg..... 3**

Thème II: Droit de l'homme et mission du notaire

**Rapporteur: Notaire Dr. Hanns-Jakob Pützer, Bonn ..... 69**

Thème III: La signification de la déontologie notariale pour les clients, les confrères et l'état

**Rapporteur: Avocat et Notaire Dr. R. Gaupp, Heilbronn ..... 123**

Thème IV: Le notaire en tant que garant de la sécurité de droit dans l'économie de marché

**Rapporteur: Notaire Dr. Wolfgang Ott, Ingolstadt ..... 153**



# **Thème I**

## **Le rôle du notaire à l'égard des exigences de l'Etat, principalement dans le domaine administratif et fiscal**

**Rapporteur:**

**Notaire Dr. Peter Limmer, Würzburg**

## TABLE DES MATIERES

### **A. Préambule**

#### **I. Introduction**

#### **II. Conditions institutionnelles préalables à l'immixtion dans l'Etat**

1. Le notaire comme titulaire d'une fonction publique
2. Engagement vis-à-vis de la légalité
3. Contrôle exercé par l'Etat sur le notaire
4. La procédure d'authentification comme évaluation de la surveillance étatique

#### **III. Limites institutionnelles de l'immixtion dans l'Etat**

1. Indépendance
2. Obligation du notaire au secret professionnel
3. Protection des données personnelles prévue par le droit constitutionnel
4. Limites constitutionnelles de l'immixtion du notaire

### **B. Obligations du notaire de déclarer et de fournir des renseignements exigés par la loi**

#### **I. Administration fiscale**

1. Généralités
2. Obligation de fournir des renseignements fiscaux généraux et obligation du notaire au secret professionnel
3. Obligations d'assistance spéciales dans le domaine du droit fiscal
  - a) Généralités
  - b) Taxe sur les transactions mobilières
  - c) Impôts sur les successions et sur les donations
  - d) Communications dans le cadre de la loi sur les sociétés
4. La signification de l'acte notarié dans le cadre de l'établissement de l'assiette de l'impôt
5. Perception des impôts par les notaires

#### **II. Obligations de fournir des renseignements vis-à-vis d'autres autorités**

1. Généralités
2. Déclaration au service de l'état civil
  - a) Déclaration dans les affaires successorales
  - b) Communication de la reconnaissance de paternité

- c) Attribution du nom
- 3. Obligations de déclaration conformément à la loi sur la construction (BauGB)
- 4. Obligations de déclaration conformément à la loi sur le commerce extérieur (AWG)
- 5. Loi sur le blanchiment de l'argent (GWG)
- 6. Obligations de communication vis-à-vis du tribunal chargé de la tenue du registre

## **C. L'immixtion du notaire dans les procédures administratives suite à des faits d'approbation et des droits de préemption publics**

### **I. Généralités**

- 1. Faits d'approbation
- 2. Droits de préemption publics
- 3. La signification du notaire dans le cadre des approbations publiques et des droits de préemption
  - a) Généralités
  - b) Autres fonctions du notaire en rapport avec les exigences d'obtenir des approbations publiques
  - c) Tâches relatives aux droits de préemption
- 4. Exigences d'obtenir des approbations publiques et droits de préemption et obligations au secret professionnel des notaires ou protection des données personnelles

### **II. Aperçu des exigences d'obtenir des approbations publiques individuelles**

- 1. Exigences d'obtenir des approbations conformément au droit sur la construction (BauGB)
  - a) Approbation de partage
  - b) Soumission au régime d'approbation lors de la construction de copropriété dans des régions touristiques
  - c) Soumission au régime de l'approbation lors du transfert de propriété de bien foncier dans le cadre d'une procédure de remembrement urbain
  - d) Approbation dans le cadre d'une procédure d'expropriation administrative
  - e) Approbation dans le cadre d'une procédure d'assainissement

- f) Approbation de la fondation d'une copropriété conformément au § 172 de la loi sur la construction
- 2. Restrictions du pouvoir de disposition conformément à la législation rurale (GrdstVG)
- 3. Soumission au régime d'approbation dans les nouveaux länder en vue de garantir les demandes de rétrocession
- 4. Autres soumissions au régime d'approbation

### **III. Aperçu des droits de préemption individuels**

1. Droit de préemption conformément au droit sur la construction
2. Droit de préemption dans le cadre de la loi sur le lotissement dans le Reich
3. Droit de préemption du locataire conformément à la loi relative à la construction et à l'habitation (WohBindG)
4. Droit de préemption du locataire en cas de transformation
5. Autres droits de préemption publics

## **D. Le notaire et l'authentification notariale comme position clé dans le règlement de projets administratifs importants par opération coopérative, notamment pour l'exploitation et la mise à disposition de biens fonciers à bâtir**

### **I. Introduction**

### **II. Aperçu sur le droit des contrats d'urbanisation conformément à la loi sur la construction**

1. Préambule
2. Importants contrats d'urbanisation dans la pratique notariale
  - a) Contrat de viabilisation
  - b) Contrat de préfinancement
  - c) Le remembrement volontaire
  - d) Modèles indigènes
  - e) Contrats sur les frais inhérents

### **III. L'immixtion du notaire dans l'opération administrative coopérative sur base de l'obligation d'authentification**

## **E. Le notaire comme partie des procédures liées aux registres publics**

### **I. Généralités**

### **II. Aperçu des inscriptions au livre foncier et au registre du commerce**

1. Livre foncier
2. Registre du commerce

### **III. Fonctions particulières des authentifications et légalisations notariales dans les procédures relatives aux registres et au livre foncier**

1. Contrôle de la légalité

2. Conservation de la preuve
3. Garantie inhérente à l'existence des actes
4. Sécurité d'identification
5. Décongestionnement du tribunal

**F. Le notaire dans le cadre du règlement de conflits comme partie d'une procédure contentieuse : l'exemple du règlement des biens et droits réels**

**G. Thèses**

## Liste des Abréviations

a. a. O.	am angegebenen Ort
AgrarR	Agrarrecht
AO	Abgabenordnung
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BauGB	Baugesetzbuch
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BNotO	Bundesnotarordnung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DONot	Dienstordnung für Notare
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
GBO	Grundbuchordnung
GrdstVG	Grundstücksverkehrsgesetz
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GVO	Grundstücksverkehrsordnung

*Limmer*

---

h. M.	herrschende Meinung
KostO	Kostenordnung
MittBayNot	Mitteilungen des Bay. Notarvereins
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notar-kammer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
SachenRÄndG	Sachenrechtsänderungsgesetz
SachenRBerG	Sachenrechtsbereinigungsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WährG	Währungsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen

## Bibliographie

- App** Zweckwidrige Verwertung von Kaufvertragsurkunden durch Finanzämter, DNotZ 1988, 339
- Arndt/Lerch/Sandkühler** BNotO, 3. Aufl. 1997
- Becker** Das Wohnungsbindungsgesetz - Auswirkungen auf den Grundstücksverkehr für die notarielle Praxis, MittRhNotK 1980, 213
- Beck'sches Notar-Handbuch** 2. Aufl. 1997
- Birk** Die neuen städtebaulichen Verträge, 2. Aufl. 1996
- Boruttau/Vieskopf** GrEStG, 14. Aufl. 1997
- Böhringer** Das deutsche Grundbuchsystem im internationalen Rechtsvergleich, BWNotZ 1987, 25
- Dickard** Inhalt und Grenzen der staatlichen Aufsicht über Notare, MittBayNot 1995, 421
- Dieterich** Baulandumlegung, 3. Aufl. 1996
- Döhring** Verträge zur Erschließung von Bauland, NVwZ 1994, 853

<b>Fischer</b>	Die Rechtsstellung des deutschen Notars im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, DNotZ 1989, 467
<b>Grauel</b>	Öffentlich-rechtliche Vorkaufsrechte, MittRhNotK 1998, 243
<b>Grziwotz</b>	Baulanderschließung, 1993
<b>Grziwotz</b>	Notarielle Auskünfte über Grundstückskaufverträge, CR 1991, 109
<b>Grziwotz</b>	Städtebauliche Verträge, DVBl 1994, 1048
<b>Grziwotz</b>	Änderungen des Baugesetzbuches und Vertragsgestaltung, DNotZ 1997, 916
<b>Haegle/Schöner/Stöber</b>	Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997
<b>Heidinger</b>	Müssen Treuhandverträge über GmbH-Anteile nach § 54 EStV dem Finanzamt gemeldet werden?, DStR 1996, 1353
<b>Huhn/v. Schuckmann</b>	BeurkG, 3. Aufl. 1995
<b>Jachmann</b>	Rechtliche Qualifikation und Zulässigkeit von Einheimischenmodellen als Beispiel für Verwaltungshandeln durch Vertrag, MittBayNot 1994, 93
<b>Kahlke</b>	Zur Inbezugnahme landesrechtlicher Gebührenbefreiungsregelung, DNotZ 1983, 76

<b>Keidel/Kuntze/Winkler</b>	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B, BeurkG, 13. Aufl. 1997
<b>Klein/Prockmeyer</b>	AO, 6. Aufl. 1998
<b>Kopp</b>	Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 1996, 54
<b>Limmer</b>	Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz, Festschrift 200 Jahre Rheinischer Notarverein, erscheint 1998
<b>Limmer</b>	Die Handelsregister in den Ländern der Europäischen Union, Notarius International 1997, 32
<b>Mahnstein</b>	Der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis des Notars, MittRhNotK 1995, 1
<b>Ottmann</b>	Der städtebauliche Vertrag, 1995
<b>Örder</b>	Städtebaulicher Vertrag nach dem Bau- und Raumordnungsgesetz 1998, NVwZ 1997, 1190
<b>Reithmann/Albrecht/Basty</b>	Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995
<b>Reithmann</b>	Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, 1989

<b>Seybold/Schippel</b>	BNotO, 6. Aufl. 1995
<b>Scharner</b>	Städtebauliche Verträge nach § 6 BauGBMaßnG, NVwZ 1995, 219
<b>Schlegelberger</b>	Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 1973
<b>Scholz</b>	GmbHG, 8. Aufl. 1993
<b>Stuer</b>	Der städtebauliche Vertrag, DVBl 1995, 649
<b>Weingärtner</b>	Notarrecht, 5. Aufl. 1997
<b>Weingärtner/Schöttler</b>	Kommentar zur Dienstordnung, 7. Aufl. 1995
<b>Zipp/Auer</b>	Vom Handelsregister zum Firmenbuch 1993

## **A. Préambule**

### **I. Introduction**

Le § 1 de la loi fédérale relative à l'exercice de la profession de notaire (BNotO) définit le notaire allemand comme le titulaire indépendant d'une fonction publique dont la mission est de authentifier des actes juridiques et d'exercer d'autres fonctions dans le domaine de l'administration prévoyante de la justice. Cette prescription constitue la "norme de base du droit professionnel notarial".<sup>1</sup> Cette norme de base suggère déjà à elle seule l'ambivalence particulière de la profession de notaire : indépendance vis-à-vis des parties, mais aussi vis-à-vis de l'Etat et titulaire d'une fonction publique. La cour constitutionnelle fédérale allemande (Bundesverfassungsgericht) avait considéré la fonction de notaire comme fonction publique, étant donné que cela permettait au notaire d'assumer des tâches publiques, "donc des compétences qui doivent être organisées dans le service public"<sup>2</sup>. Il n'est donc pas étonnant que, la notaire faisant partie du service public, le législateur ait imposé à ce titulaire de fonction publique un certain nombre d'obligations de droit public et fiscal dépassant le cadre de la tâche effective de l'authentification. L'Etat est en droit de le faire, puisque le notaire assume ses tâches, c'est-à-dire des tâches publiques. Cette organisation de la fonction de notaire est dès lors une tâche souveraine de l'Etat. Des limites sont toutefois imposées aux ingérences découlant du transfert des tâches de droit public, ainsi qu'à l'immixtion du notaire dans l'Etat prévue par les lois organisationnelles fondamentales. Le notaire n'est pas un fonctionnaire, comme il appert clairement du § 1 BNotO (la loi relative aux notaires)<sup>3</sup>. Comme le montre la norme de base du notariat, le notaire se caractérise par son indépendance - comme un juge - vis-à-vis de l'Etat. Cette indépendance est assortie d'un rapport de confiance particulier avec les parties intéressées, un rapport couvert par l'obligation au secret professionnel régie par le § 18 BNotO (la loi relative aux notaires). Cette indépendance vis-à-vis de l'Etat et l'obligation au secret professionnel postulent dès lors des limites au niveau de l'immixtion dans l'Etat et du transfert des obligations d'informations nationales au notaire. La présente étude a pour objet de présenter la situation en Allemagne et d'indiquer les limites d'immixtion inhérentes à la fonction de notaire.

## **II. Conditions institutionnelles préalables à l'immixtion dans l'Etat**

### **1. Le notaire comme titulaire d'une fonction publique**

---

<sup>1</sup> Cfr. Bohrer, *Das Berufsrecht der Notare*, 1991, p. 1.

<sup>2</sup> BVerfGE, 73, 280, 294 = DNotZ 1987, 121, 122.

<sup>3</sup> BVerfGE, 17, 371, 379 = DNotZ 1964, 424, 427 : Arndt/Lerch/Sandkühler, *BNotO*, 3<sup>ème</sup> édition, § 1 Rn.6.

Conformément au § 1 BNotO (la loi relative aux notaires), le notaire est le titulaire d'une fonction publique qui lui est conférée par l'Etat. A l'inverse d'un fonctionnaire qui se définit par son immixtion totale dans l'Etat et une imposition d'obligations générales de droit public indépendantes de la tâche concrète, le notariat se définit selon la dogmatique allemande par sa fonction. *Bohrer*<sup>4</sup> fait remarquer à juste titre que l'activité professionnelle du notaire et l'exercice de la fonction couvrent le même domaine. Le notaire agit toujours, mais uniquement comme titulaire d'une fonction. Par conséquent, c'est l'exercice de la fonction qui prédomine, suivi seulement au second plan par une immixtion de droit public. Seul le land de Baden-Wurtemberg compte des notaires bénéficiant d'un statut de fonctionnaire public. Dans le reste du territoire national, le notaire n'est pas considéré comme fonctionnaire.<sup>5</sup> Dans ce rapport, il se rapproche plutôt du juge, qui exerce également une fonction et qui seulement en deuxième lieu occupe une position administrative publique.<sup>6</sup> La tendance dominante dans littérature veut que le notaire n'occupe certes pas une position administrative publique comme un fonctionnaire, mais bien une position de loyauté personnelle de droit public.<sup>7</sup> La cour constitutionnelle fédérale (BVerfG) avait décidé que le notaire était très proche du service public et que certaines similitudes avec le statut de fonctionnaire ne pouvaient lui être déniées.<sup>8</sup> La littérature met largement sur le même pied le notaire et le juge. La position et l'activité du notaire sont comparables à celles du juge qui assume également des tâches dans le domaine de la juridiction en matière gracieuse.<sup>9</sup>

## 2. Engagement vis-à-vis de la légalité

Le § 14, alinéa 1 BNotO (la loi relative aux notaires) spécifie que le notaire doit gérer sa fonction fidèlement au serment qu'il a prêté. Il ne doit pas représenter une partie, mais assister impartialement les parties intéressées. Le § 14, alinéa 2 BNotO (la loi relative aux notaires) prescrit qu'un notaire doit renoncer à l'exercice de sa fonction lorsque cette dernière ne peut s'accorder avec ses obligations de fonction, en particulier lorsqu'il lui est demandé d'intervenir dans des manœuvres dont les objectifs sont clairement illicites ou déloyaux. Cet ordre assume un engagement total du notaire vis-à-vis de la légalité et par conséquent son immixtion dans l'ensemble de l'Etat. Le notaire est ainsi tenu, d'une part, de maintenir le régime constitutionnel, ce à quoi il s'engage également en prêtant serment (§ 13, alinéa 1 de la loi relative aux notaires).<sup>10</sup> Il

<sup>4</sup> Das Berufsrecht der Notare, p. 4.

<sup>5</sup> BVerfGE 17, 371, 379 = DNotZ, 1964, 424, 427.

<sup>6</sup> Cfr. Recht, Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3<sup>ème</sup> édition, § 1 Rn. 6.

<sup>7</sup> Cfr. BVerfGE, 17, 371, 377 ; Arndt/Lerch/Sandkühler, op. cit.

<sup>8</sup> Cfr. BVerfGE, 17, 371, 379 ; BVerfGE, 54, 237.

<sup>9</sup> Fischer, DNotZ 1989, 467, 473 ; Arndt/Lerch/Sandkühler, § 1 Rn. 6 ; Dickardt, MittBayNot 1995, 421.

<sup>10</sup> Comp. Seybold/Schippel, BNotO § 14 Rn. 3 ; Arndt/Lerch/Sandkühler, § 14 BNotO Rn. 8 f.

s'ensuit que le notaire, comme un juge et un fonctionnaire, doit exercer sa fonction dans l'esprit du régime constitutionnel libéral et démocratique et intervenir activement pour la protection de la constitution. Toutefois, le notaire - comme le juge et la fonctionnaire- est également lié à la loi et au droit. Il est tenu de respecter toutes les normes constituées par l'Etat de droit. Ce qui signifie que le notaire ne doit pas seulement respecter les obligations de droit professionnel prévues par la loi relative aux notaires, mais aussi toutes les autres lois qui jouent un rôle dans l'activité notariale.<sup>11</sup> Le notaire est cependant tenu de refuser toute requête d'une partie intéressée si cette requête ne s'accorde pas avec la loi.

Tout comme les fonctionnaires, les notaires sont également liés dans l'exercice de leur fonction à l'ordre des notaires. Cet ordre permet à l'administration de la justice d'immiscer le notaire dans l'Etat, par le biais d'une disposition administrative.

Cet engagement total vis-à-vis de la légalité permet à l'Etat, à l'inverse des autres professions libérales comme les avocats, d'imposer au notaire certaines obligations purement liées à l'Etat dans l'exercice de ses fonctions, par exemple certaines obligations de porter les renseignements prévus par la loi à la connaissance des autorités nationales.

### **3. Contrôle exercé par l'Etat sur le notaire**

L'immixtion du notaire dans les tâches nationales s'affirme clairement par le contrôle exercé par l'Etat sur le notaire. Le notaire est strictement lié à des prescriptions légales. Notamment en raison de l'absence d'immixtion de droit public dans l'Etat, cet engagement vis-à-vis de la loi est particulièrement important. Le contrôle par l'Etat garantit cet engagement par voie institutionnelle. Il devrait assurer que le notaire exerce ses fonctions en conformité avec les prescriptions existantes et empêcher que l'infraction d'un seul notaire ne mette en danger l'exercice parfait des fonctions publiques.<sup>12</sup> La littérature fait remarquer à juste titre que l'exercice des fonctions publiques par des privés, du moins toutefois la séparation des tâches originaires de l'Etat par rapport à l'union nationale directe, exige que ledit exercice des fonctions soit contrôlé par l'Etat.<sup>13</sup> En Allemagne, le contrôle sur les notaires incombe, conformément au § 92 BNotO (la loi relative aux notaires), au président du tribunal de première instance, au président du tribunal supérieur et à l'administration de la justice du land concerné. Conformément au § 93 alinéa 1 BNotO (la loi relative aux notaires), les autorités de tutelle sont responsables du contrôle et de la surveillance de l'exercice des fonctions notariales. Le contrôle sur les notaires présente avant tout un caractère de prévention

---

<sup>11</sup> Comp. Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO § 14 Rn. 14 ff.

<sup>12</sup> BGH DNotZ 1974, 372 ; Dickardt, MittBayNot 1995, 421, 422.

<sup>13</sup> Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, p. 45 ; Dickardt, MittBayNot, 1995, 422.

(fonction d'observation),<sup>14</sup> mais a également pour tâche de s'opposer aux infractions et de charger le notaire de revenir si possible sur son erreur et de l'éviter à l'avenir (fonction de redressement du contrôle).<sup>15</sup>

#### **4. La procédure d'authentification comme évaluation de la surveillance étatique**

Le législateur allemand a prescrit pour certains actes juridiques l'authentification par-devant notaire. Par exemple, un contrat de vente d'un bien immobilier doit faire l'objet d'un acte notarié conformément au § 313 du Code civil allemand (BGB), tout comme un contrat de mariage conformément au § 1410 du Code civil allemand ou, dans le domaine du droit des entreprises, la création d'une société anonyme (§ 23 alinéa de la loi sur les sociétés anonymes (AktG)) ou d'une société à responsabilité limitée (§ 2 de la loi sur les sociétés à responsabilités limitée (GmbHG)). Il est généralement reconnu que l'authentification de ces actes par-devant notaire dessert en premier lieu les parties intéressées. L'authentification des actes par-devant notaire a une fonction d'avertissement, de preuve et d'instruction, dont l'objectif est la protection des parties intéressées et la création de la parité contractuelle nécessaire.<sup>16</sup> Suite à l'immixtion du notaire dans l'organisation de l'Etat, au contrôle de l'Etat et à l'engagement strict vis-à-vis de la loi et du droit, le législateur parvient à soumettre certains actes juridiques à un contrôle sûr de l'Etat. D'une part, il est garanti que l'interposition du notaire permet la surveillance par les autorités des actes juridiques imposée par des intérêts fiscaux divers et autres intérêts de droit public.<sup>17</sup> Lorsqu'elles désirent établir un acte juridique valide, les parties intéressées sont tenues de consulter le notaire et de dresser un acte notarié. A son tour, le notaire est tenu, en vertu de ses obligations administratives, de tenir compte des obligations nationales de fournir renseignements exigés par la loi. De ce fait, les parties intéressées sont au fond tenues, dans le cas de certains actes juridiques, de porter à la connaissance de l'Etat et de certaines autorités des renseignements relatifs audit acte juridique, représentant ainsi le point de liaison avec les procédures administratives fiscales ou publiques.

D'autre part, l'authentification d'actes par-devant notaire sert de conservation de preuve. L'exigence de la forme a pour objectif de désigner clairement l'acte juridique avec l'ensemble de son contenu et d'établir clairement, sans ambiguïté et définitive-

---

<sup>14</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, § 93 BNotO Rn. 5 ; Dickardt, MittBayNot, 1995, 423.

<sup>15</sup> Arndt, op. cit. ; Dickardt, op. cit.

<sup>16</sup> Comp. Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG, Einl. Rn. 21 ; Keim, MittBayNot 1994, 2, 5 ; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, p. 126 ; Limmer, Festschrift 200 Jahre Rheinischer Notarverein, à paraître en 1998.

<sup>17</sup> Comp. Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, p. 129.

ment le contenu de l'acte et de ses conventions annexes.<sup>18</sup> Ceci permet cependant également de garantir vis-à-vis des autorités nationales que l'ensemble des conventions leur sera communiqué. Si, par exemple, l'acte notarié ne reprend pas certaines conventions annexes, l'ensemble du contrat court le danger d'être nul et non avenue. Sur base de cette sanction de nullité, les parties intéressées sont par conséquent également tenues de reprendre dans l'acte notarié toutes les conventions importantes en rapport avec un acte juridique et d'en faire part à l'Etat. La sanction de nullité garantit ainsi que, dans le domaine des taxes sur l'achat de bien immobilier, par exemple, la base de calcul correcte sera appliquée pour la taxe sur l'achat dudit bien immobilier. Si les parties intéressées renseignent un prix plus bas, l'authentification sera nulle et non avenue conformément à la dogmatique juridique allemande (§ 125 du Code civil allemand).<sup>19</sup> Les parties intéressées obtiennent par cette voie un avantage fiscal illégal présentant le risque considérable que leur acte juridique ne soit pas reconnu devant les tribunaux. En ce sens, la sanction de nullité et l'exigence d'authentification des actes représentent en Allemagne un moyen de pression considérable pour que les renseignements fournis dans les actes notariés correspondent à la vérité. Dans la pratique, il est très rare que des renseignements incorrects soient fournis, étant donné que la sanction de nullité peut avoir des conséquences considérables et représente un réel danger pour les parties.

### **III. Limites institutionnelles de l'immixtion dans l'Etat**

#### **1. Indépendance**

La norme de base du notariat allemand, § 1 BNotO (la loi relative aux notaires), définit le notaire comme le titulaire indépendant d'une fonction publique. L'indépendance du notaire est, comme pour le juge, garantie par la loi et organisée comme droit et pré-tention.<sup>20</sup> Une indépendance personnelle et matérielle est conférée au notaire, tout comme au juge. L'indépendance personnelle est garantie par le fait que le notaire est désigné à vie (§ 3 BNotO (la loi relative aux notaires)), qu'il est inamovible (§ 10 alinéa 1 BNotO (la loi relative aux notaires)) et irrévocable (§§ 47 et suivants BNotO (la loi relative aux notaires)). Le § 1 de la loi relative aux notaires garantit cependant aussi l'indépendance matérielle du notaire. L'autorité de tutelle ne peut intervenir quant au fond dans l'exercice de ses fonctions. Il n'est soumis aux injonctions d'aucun tiers. L'indépendance est finalement complétée par une indépendance organisationnelle qui

---

<sup>18</sup> Comp. Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG, Einl. Rn. 19 ; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, p. 125.

<sup>19</sup> Comp. BGH NJW 1976, 237 ; OLG Munich NJW-RR 1986, 13.

<sup>20</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, § 1 Rn. 7.

est garantie par le principe de l'autonomie professionnelle du notaire.<sup>21</sup> Ce principe interdit à l'administration de la justice de déterminer ou de limiter le fonctionnement interne du notariat au niveau personnel, spatial ou organisationnel, à condition qu'il n'y ait pas d'infractions à la loi. *Schippel*<sup>22</sup> fait remarquer à juste titre que le notaire est un libre serviteur du droit. L'indépendance de la loi est la caractéristique essentielle de la fonction de notaire. Ce qui représente également une position opposée à l'Etat. La loi ne pose pas seulement le postulat de l'indépendance du notaire, mais aussi une obligation administrative d'agir de manière indépendante. Le notaire, tout comme le juge, doit rejeter toutes influences de l'Etat qui dépassent le contrôle de la légalité dans le cadre de la surveillance hiérarchique. Les influences politiques qui empiéteraient sur les compétences spécialisées du notaire sont dès lors interdites par la garantie d'indépendance. Malgré sa position similaire à celle d'un fonctionnaire immiscé dans l'Etat, ce postulat d'indépendance garantit un statut juridique particulier destiné à protéger le citoyen.

## 2. Obligation du notaire au secret professionnel

Conformément au § 18 alinéa 1 BNotO (la loi relative aux notaires), et sauf convention contraire, le notaire est tenu au secret professionnel concernant les affaires qui sont portées à sa connaissance dans le cadre de ses fonctions. L'obligation au secret professionnel est annulée uniquement dans le cas où les parties intéressées en dégagent le notaire. Cette prescription a été imposée au notaire dans l'intérêt de la protection juridique des parties intéressées. Pour pouvoir conseiller les parties intéressées de manière appropriée quant à l'authentification des actes, le notaire doit connaître le contenu de l'affaire, ainsi que les circonstances annexes. Les parties intéressées ne peuvent faire montre de la franchise nécessaire que si elles ont une confiance absolue dans le notaire.<sup>23</sup> L'obligation au secret professionnel représente dès lors une obligation administrative fondamentale du notariat.<sup>24</sup> Le notaire est tenu au secret professionnel vis-à-vis de tout un chacun. Ce terme n'englobe pas seulement les personnes privées, mais essentiellement aussi l'Etat lui-même. Pour protéger encore plus l'obligation au secret professionnel, les règlements de procédure juridiques prévoient un droit de refuser de témoigner : § 65 alinéa 1 de la loi relative à la procédure devant les tribunaux administratifs, § 102 alinéa 1 n° 3 b, alinéa 2 du Code allemand des impôts (AO), §§ 53 alinéa 1 n° 3, 53 a du Code de procédure pénale (StPO), § 383 alinéa 1 n° 6 du Code de procédure pénale (ZPO). Le notaire n'est pas seulement en droit, mais conformément au § 18 alinéa 1 de la loi relative aux notaires, tenu de faire usage

<sup>21</sup> Comp. Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 145, 307 ff.

<sup>22</sup> In : Seybold, BNotO, § 14 Rn. 29.

<sup>23</sup> OLG Coblenz DNotZ 1986, 423 ; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 18 Rn. 2.

<sup>24</sup> Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 114 ; Arndt/Lerch/Sandkühler, § 18 Rn. 2.

de son obligation au secret professionnel.<sup>25</sup> En matière pénale également, certaines informations et certains actes du notaire ne peuvent être saisis (§ 97 alinéa 1 du Code de procédure pénale).

### **3. Protection des données personnelles prévue par le droit constitutionnel**

L'obligation au secret professionnel acquiert une importance particulière au vu de diverses obligations de déclarer et de fournir des informations prévues par la loi. Il existe à ce sujet une tension toute particulière. Il est généralement reconnu que certaines prescriptions légales, notamment les prescriptions légales pour les notaires, qui régissent les obligations de déclarer, de fournir des renseignements, des informations prévues par la loi et de porter assistance, sont prioritaires par rapport à l'obligation au secret professionnel.<sup>26</sup> Dans le cadre de décisions essentielles pour l'ensemble de l'Etat, la cour constitutionnelle (BVerfG) a développé un droit fondamental du citoyen concernant l'autodétermination informationnelle.<sup>27</sup> Notamment dans les conditions de la convention sur les données modernes, le droit fondamental de la protection des données personnelles générales garantit le pouvoir de chacun de déterminer en principe soi-même la divulgation et l'utilisation de ses données personnelles. Des restrictions de ce droit à "l'autodétermination informationnelle" sont permises dans l'intérêt général prédominant. La cour constitutionnelle allemande a constaté ici que les exceptions nécessitent une base constitutionnelle devant correspondre au principe d'Etat de droit de la clarté des lois. En outre, le législateur qui institue des règlements visant à limiter ce droit, est tenu de tenir compte du principe du contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir. L'obligation au secret professionnel du notaire doit dès lors être également considérée comme partie du droit fondamental à l'autodétermination informationnelle.<sup>28</sup> Par conséquent, dans le domaine des obligations au secret professionnel des notaires, il faut laisser une place importante à l'exigence relative aux droits nationaux de déclarer et de fournir des renseignements. Comme dans le droit administratif en général, les exceptions à l'obligation au secret professionnel des notaires nécessitent une base légale.<sup>29</sup> Les décrets administratifs généraux ou même les injonctions individuelles de l'administration données au notaire de fournir des informations déterminées ne sont dès lors pas admissibles et violent l'obligation au secret professionnel. En outre, de ce droit particulier à l'autodétermination de la divulgation d'informations accordé au citoyen, il découle que des interventions au niveau de l'obligation au secret professionnel du notaire ne sont admissibles que lorsque ladite

---

<sup>25</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, § 18 Rn. 26.

<sup>26</sup> Comp. Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 18 Rn. 23 ; Seybold/Schippel, DnotO, § 18 Rn. 9.

<sup>27</sup> Comp. BVerfG NJW 1984, 419.

<sup>28</sup> Idem Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 18 Rn. 5.

<sup>29</sup> Comp. Seybold/Schippel, BNotO, § 18 Rn. 9.

intervention est incontournable pour la protection de la communauté, compte tenu du principe du contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir. Lorsqu'il institue certaines obligations particulières de fournir des renseignements, le législateur doit également toujours vérifier si la rupture de l'obligation au secret professionnel est nécessaire dans un intérêt général déterminé. Il doit également vérifier si cette intervention constitue le moyen le plus modéré dont il dispose. De plus, il devra peser le pour et le contre des biens protégés par des dispositions légales - l'obligation au secret professionnel et l'intérêt général. Il en résulte donc des limites claires de l'immixtion du notaire dans les procédures administratives publiques générales.

#### 4. Limites constitutionnelles de l'immixtion du notaire

Contrairement au juge et au fonctionnaire, le notaire exerce son activité selon la conception fondamentale de la loi relative aux notaires dans une position cadre librement responsable. La littérature professionnelle indique que le notaire exerce une "activité proche des professions libérales". Sa profession indépendante se caractérise par le fait qu'il travaille à ses propres risques et qu'il peut être ainsi être comparé sur le plan économique à la profession libérale, par le fait également qu'il peut disposer librement des honoraires qui lui sont attribués dans le cadre de la loi relative aux frais procéduraux et qu'il supporte lui-même le risque pour l'exercice de sa fonction, y compris la responsabilité.<sup>30</sup> Par conséquent, la cour constitutionnelle allemande est d'avis que le droit fondamental de l'exercice de profession libérale prévu par la constitution (Art. 12 alinéa 1 de la constitution (Grundgesetz)) s'applique en principe aussi pour la profession de notaire liée à l'Etat.<sup>31</sup> Dans cette mesure, le principe constitutionnel de l'exercice de profession libérale représente également des limites claires à l'imposition d'obligations de droit public. Certes, dans le cadre d'un tel engagement étatique tel que l'implique la fonction publique d'un notaire, la liberté de profession peut être soumise à certaines restrictions sur le modèle des principes chez les fonctionnaires, dans la mesure où la profession se rapproche d'une position administrative publique. La cour constitutionnelle a cependant décidé que cette clause ne s'appliquait pas lorsque l'activité professionnelle était clairement différente de l'activité exercée dans le cadre d'une position administrative publique et que les principes de l'exercice d'une profession libérale étaient mis en question.<sup>32</sup> La cour a fait remarquer que, alors que l'Etat devait veiller en tant que patron au bien-être des fonctionnaires et de leur famille dans le cadre de sa position d'administration et de confiance, une telle aide sociale ne devait pas être conférée au notaire. Il est lui-même responsable de sa subsistance qu'il doit dès lors assurer par son activité professionnelle et par les honoraires qui en découlent. En ce sens, son activité professionnelle correspond à celle d'une profession libérale et est soumise à la protection constitutionnelle de la liberté professionnelle (Art. 12 de la constitution). Jusqu'à présent, la cour constitutionnelle avait surtout eu à décider dans des questions concernant la mesure dans laquelle le notaire devait réduire ses honoraires pour des raisons de politique sociale.<sup>33</sup> Les principes suivants ont été établis à ce sujet : une restriction de l'exercice de profession libérale du notaire n'est admissible conformément à l'Art. 12 alinéa 1 de la constitution

---

<sup>30</sup> Comp. Seybold/Schippel, BNotO, § 1 Rn. 14.

<sup>31</sup> Comp. BVerfG DNotZ 1963, 621 ; BVerfG DNotZ 1964, 124 ; BVerfG DNotZ 1978, 412 ; BVerfG DNotZ 1985, 776.

<sup>32</sup> BVerfG DNotZ 1985, 775, 777.

<sup>33</sup> Comp. BVerfG DNotZ 1985 ; également Kahlke, Zur Inbezugnahme landesrechtlicher Gebührenbefreiungsregelungen, DNotZ 1983, 76.

(Grundgesetz) que lorsqu'elle répond aux exigences des réglementations sur l'exercice de la profession. Conformément à la constitution, la cour constitutionnelle a prévu l'obligation pour les notaires de travailler pour des personnes indigentes dans le cadre de l'assistance pro Deo et également dans une certaine mesure, d'accorder des réductions d'honoraires, là où les raisons de politique sociale le justifient.<sup>34</sup> L'obligation de prêter gratuitement des services notariaux n'est toutefois admissible selon cette jurisprudence conformément à l'Art. 12 alinéa 1 de la constitution que lorsqu'elle repose sur des raisons de bien public qui pèsent plus que les intérêts des notaires concernés. Pour l'appréciation constitutionnelle, l'ampleur du préjudice subi par l'activité professionnelle des notaires est secondaire. Par ailleurs, la disposition légale prévoyant un renoncement aux honoraires en contrepartie de l'activité professionnelle n'est pas admissible si cela demande au notaire un sacrifice déraisonnable.

Des mesures similaires sont également imposées relativement aux tâches publiques transférées au notaire. En principe, un certain nombre d'obligations de droit public et de droit fiscal peuvent être imposées au notaire, en vertu de son engagement vis-à-vis des obligations de droit public, contrairement à un avocat. Il y a par ailleurs lieu de tenir compte ici des limites prévues par la cour constitutionnelle et reposant sur la constitution elle-même et notamment en son Art. 12. Si l'on veut appliquer au notaire les principes développés dans le cadre de la réduction des honoraires, les mesures suivantes doivent être prises en compte :

- Malgré toutes les tâches de droit public, il doit rester suffisamment de temps au notaire pour assurer sa propre subsistance et il doit pouvoir consacrer la majeure partie de son temps à l'exécution des tâches qui sont liées à l'authentification des actes et par conséquent aussi à la perception d'honoraires. Une imposition excessive de tâches publiques au notaire, au préjudice de sa propre activité d'authentification, équivaut à une dépossession d'honoraires excessive par l'obligation de prestation gratuite.
- Il y a dépassement de la limite lorsque le notaire est surchargé de manière déraisonnable.
- Les tâches transférées au notaire dans le cadre des déterminations de tâches de droit public doivent être mesurées de manière objective et être en rapport avec sa propre activité notariale, notamment l'activité d'authentification d'actes. Ce serait une surcharge déraisonnable de conférer au notaire des tâches qui sont tout à fait en dehors de sa formation professionnelle et de son domaine d'activité effectif de l'authentification des actes.

---

<sup>34</sup> BVerfG DNotZ 1978, 412.

Les tâches publiques doivent être évaluées selon cette mesure, en particulier lorsque le notaire doit les accomplir gratuitement dans l'intérêt de l'Etat.

## **B. Obligations du notaire de déclarer et de fournir des renseignements exigés par la loi**

### **I. Administration fiscale**

#### **1. Généralités**

Contrairement à d'autres pays, le droit allemand ne prévoit pas l'établissement de l'assiette de l'impôt par le notaire. La préparation et la communication de l'imposition est la tâche de la procédure fiscale réalisée par l'administration financière. Conformément aux § 88 du Code allemand des impôts (AO), l'administration des impôts communique les faits d'office. Conformément aux § 93 alinéa 1 du Code allemand des impôts (AO), les parties intéressées et autres personnes doivent communiquer à l'administration des finances les renseignements nécessaires à l'imposition de faits importants. L'administration financière doit d'abord s'adresser à la personne intéressée pour la constatation des bases imposables. Conformément aux § 97 du Code allemand des impôts, l'administration des finances peut exiger des parties intéressées et d'autres personnes, qu'elles présentent des livres, graphiques, papiers d'affaires et autres documents.

Le droit allemand ne prévoit pas non plus la perception de l'impôt par le notaire. Selon le droit fiscal allemand, l'établissement de l'assiette de l'impôt et la perception sont réservés à l'administration des finances.

#### **2. Obligation de fournir des renseignements fiscaux généraux et obligation du notaire au secret professionnel**

Comme déjà mentionné, conformément aux § 93 du Code allemand des impôts (AO), même les personnes qui ne sont pas soumises à l'impôt doivent fournir les renseignements nécessaires à l'administration des finances. En principe, les notaires font partie de ces personnes soumises à l'obligation de fournir des renseignements.<sup>35</sup> Dans la mesure où l'obligation au secret professionnel existe, le législateur a conféré au notaire un droit de refuser de fournir des renseignements dans le cadre du droit fiscal (§ 102 alinéa 1 chiffre 3 b du Code allemand des impôts), dont le notaire doit faire usage

---

<sup>35</sup> Comp. Seybold/Schippel, BNotO, 6<sup>ème</sup> édition, § 18 Rn. 11.

pour protéger l'obligation au secret professionnel, à condition que les parties intéressées ne l'en aient pas dégagé.<sup>36</sup>

### 3. Obligations d'assistance spéciales dans le domaine du droit fiscal

Le législateur a par ailleurs imposé au notaire un certain nombre d'obligations expresses de déclarer et de fournir des renseignements à l'administration des finances. Ces obligations limitent l'obligation au secret professionnel ainsi que le droit de refuser de témoigner. Le § 18 alinéa 1 BNotO (la loi relative aux notaires) qui régit l'obligation au secret professionnel prévoit que, sauf convention légale contraire, le notaire doit garder le secret professionnel. Il en résulte que des obligations de fournir des renseignements spéciaux doivent toujours reposer sur un principe légal ; les injonctions administratives pures ne suffisent pas. En ce qui concerne les obligations d'assistance spéciales, il y a lieu de distinguer si celles-ci concernent partiellement la fonction de déclaration fiscale et mettent en marche un processus d'imposition sans plus aucune intervention de la personne soumise à l'impôt, comme dans la loi relative aux taxes sur les transactions immobilières (GrEStG). D'autres obligations de déclaration fiscale servent exclusivement à contrôler si les parties intéressées remplissent leurs obligations fiscales et brisent dès lors la protection du secret professionnel.<sup>37</sup> Le § 104 alinéa 2 du Code allemand des impôts précise par conséquent également que le droit de refuser de témoigner en matière fiscale ne s'étend pas aux objets qui sont soumis à une obligation légale de déclarer.<sup>38</sup>

#### b) Taxe sur les transactions mobilières

Conformément au § 18 de la loi relative aux taxes sur les transactions immobilières (GrEStG), le notaire est tenu dans le domaine de la loi relative aux taxes sur les transactions immobilières, de fournir à l'administration financière compétente, au moyen d'un formulaire prévu à cet effet, un rapport sur :

- Les actes juridiques qu'il a dressés ou qu'il a instrumentés et légalisés, lorsque ces actes juridiques concernent un bien immobilier ;
- Les demandes de rectification du livre foncier dont il a dressé l'acte ou qu'il a instrumentés et légalisés, lorsque ces demandes visent à modifier le propriétaire du bien immobilier ;
- Les modifications ou rectifications postérieures d'un des actes précités.

---

<sup>36</sup> Bohrer, Das Berufsrecht der Notare Rn. 115.

<sup>37</sup> Comp. Bohrer, Das Berufsrecht der Notare Rn. 124 f.

<sup>38</sup> Comp. Klein/Prockmeier, AO, 6<sup>ème</sup> édition, 1998, § 104 Anm. I.

La déclaration doit être accompagnée d'une copie de l'acte. L'obligation de déclarer concerne en outre les actes qui ont pour objet la cession de parts à des sociétés, lorsqu'un bien immobilier appartient aux biens de la société (§ 18 alinéa 2 de la loi relative aux taxes sur les transactions immobilières). La déclaration doit être établie dans les deux semaines suivant l'authentification ou la légalisation.

La prescription sert à garantir les recettes fiscales. L'obligation de déclarer a pour but de porter à la connaissance de l'administration financière les actes lucratifs imposables, mais également les actes juridiques qui ne sont pas imposables le cas échéant, mais qui peuvent cependant faire partie d'un autre acte lucratif imposable. C'est alors à l'administration financière de prendre une décision concernant l'obligation fiscale. Le droit de déclarer s'applique également lorsque aucune taxe sur les transactions immobilières n'échoit conformément à la loi relative aux taxes sur les transactions immobilières.<sup>39</sup> A noter que l'obligation de déclarer du notaire s'applique, que le notaire ait ou non connaissance de l'obligation de déclarer. L'obligation de déclaration ne dépend pas de l'estimation subjective d'une personne soumise à l'obligation.<sup>40</sup>

Le droit allemand relatif aux taxes sur les transactions immobilières garantit la perception de l'impôt en rapport avec les contrats sur la vente des biens immobiliers par le fait que l'acquéreur d'un bien immobilier ne peut être inscrit dans le livre foncier que lorsqu'il a reçu de l'administration financière l'attestation prouvant qu'il a payé la taxe sur les transactions immobilières. Le fait que le droit allemand prévoit l'inscription au livre foncier pour que l'acquisition de la propriété soit valide garantit efficacement la perception de l'impôt. Cette attestation dite de non-opposition de l'administration financière sur la taxe sur les transactions immobilières entraîne un blocage du livre foncier.

L'obligation de déclarer du notaire est complétée par ce que l'on appelle un blocage de documents. Les documents qui concernent un acte soumis à l'obligation de déclarer ne peuvent être transmis aux parties que lorsque la déclaration a été transmise à l'administration financière (§ 21 de la loi relative aux taxes sur les transactions immobilières). De l'obligation de déclarer du notaire découle - comme déjà mentionné - une restriction du droit de refuser de témoigner conformément au § 102 alinéa 4, p. 2. Conformément à cette prescription, les notaires sont tenus, pour autant qu'il existe des obligations de déclaration, de présenter les actes et communiquer d'autres renseignements. La cour fédérale des finances a d'ailleurs spécifié que cela ne résultait pas non plus dans une obligation illimitée de fournir des renseignements et de présenter des actes, mais qu'il fallait tenir compte de manière raisonnable de l'obligation au secret

---

<sup>39</sup> Comp. Boruttau/Viskorf, GrEStG, 14<sup>ème</sup> édition, 1997, § 18 Rn. 11.

<sup>40</sup> BFH, jugement du 25.03.1993, BStBl II 1992, 680 ; FG Munster, jugement du 19.05.1994, EFG 1995, 495.

professionnel du notaire. La présentation des dossiers ne peut dès lors pas être imposée globalement au notaire.<sup>41</sup> A ce sujet, la cour fédérale des finances a expliqué ce qui suit : *"Le § 102 du Code allemand des impôts doit répondre d'une part à l'obligation au secret professionnel du notaire conformément au § 18 de la loi relative aux notaires. Il interdit au notaire de publier sans réserve les actes concernant la conclusion d'un contrat instrumenté par ses soins. D'autre part, le § 18 de la loi relative aux notaires admet des exceptions à l'obligation au secret professionnel et le § 102 alinéa 4 du Code allemand des impôts doit, en tant que prescription de l'exception, garantir l'objectif poursuivi par l'obligation de déclarer. Ce but reconnaissable consiste à porter à la connaissance de l'administration financière les actes sur les transactions immobilières, du moins dans la mesure où l'administration financière peut au moins évaluer dans les grands traits la taxe sur les transactions immobilières."*

Dans cette décision, la cour fédérale des finances indiquait que les dossiers pouvaient contenir des documents qui relevaient du secret professionnel. L'administration des finances ne peut dès lors réclamer que la présentation de dossiers qui complètent ou éclairent le contenu des actes notariés. La pratique montre à quel point il est difficile de faire la part des choses entre le besoin de l'administration financière d'avoir une connaissance complète des faits et l'obligation au secret professionnel du notaire.

### c) **Impôts sur les successions et sur les donations (ErbStG)**

Le § 34 alinéa 1 de la loi relative aux impôts sur les successions et les donations (ErbStG) prévoit que les notaires transmettent à l'administration financière compétente pour les taxes sur les successions une déclaration sur les actes qui pourraient avoir une importance pour l'établissement d'un impôt sur la succession. Cette prescription légale est complétée par deux prescriptions du décret d'application de la loi relative aux impôts sur les successions et les donations. Conformément au § 12 du décret d'application de la loi relative aux impôts sur les successions, les tribunaux et les notaires doivent faire une déclaration sur le règlement des successions. Conformément au § 13 du décret d'application de la loi relative aux impôts sur les successions (EStDV), les notaires doivent, en cas d'authentification de donations et de donations avec affectation à un but déterminé entre vifs, instruire les parties intéressées sur l'obligation fiscale éventuelle, se renseigner sur le lien de parenté personnel entre l'acquéreur et le donateur et sur la valeur de la donation. En outre, les notaires doivent transmettre à l'administration fiscale compétente une copie certifiée conforme de l'acte de donation ou de donation avec affectation à un but déterminé directement après l'authentification et communiquer à cette occasion les constatations particulières relatives au lien de parenté et à la valeur de la donation. Il y a lieu également de spécifier le dé-

---

<sup>41</sup> Cfr. BFH BStBl. 1982, II 510.

compte des frais de notaire. L'acte fera mention de l'administration financière à laquelle la copie est transmise. Cette obligation de mention, c'est-à-dire l'obligation de spécifier sur l'acte que la communication a été faite, devrait servir à des fins de contrôle.

La littérature et l'administration financière expliquent largement l'étendue des transactions soumises à l'obligation de déclarer. Il est expliqué ici que, pour que l'administration financière puisse procéder au contrôle de l'obligation fiscale, il y a lieu de déclarer également les actes juridiques lorsqu'il n'existe qu'une présomption de donation ; cela vaut notamment pour les actes juridiques suivants<sup>42</sup> :

- Contrats de mise à disposition de biens immobiliers ou cessions d'autres biens entre époux, parents et enfants ou entre d'autres parents proches ;
- Convention de communauté des biens suite à l'enrichissement d'un des époux ;
- Règlements préférentiels des successions et transactions qui ont pour objet la satisfaction anticipée de droits réservataires ou d'expectatives d'une succession ainsi que l'indemnisation à la renonciation à une succession ou une libéralité testamentaire ou pour la renonciation à un droit réservataire formé ou pour une renonciation à une succession, ainsi que la cession de droits d'expectative des successeurs,
- Participation de proches parents à une entreprise (société familiale) ;
- Constitution d'hypothèques ou d'autres droits de gages immobiliers ou leur cession en faveur de proches parents, dans le cas où la dette foncière n'est pas parfaitement manifeste ;
- Donations à des parents proches qui, selon les renseignements des parties intéressées, ont presté des services pendant des années dans l'entreprise ou le ménage, sans compensation ou contre une compensation minime ;
- Donations de droits conformément à la loi sur le règlement des questions de biens en suspens.

d) Communications dans le cadre de la loi sur les sociétés

---

<sup>42</sup> Cfr. la fiche sur l'obligation d'assistance fiscale des notaires publiée par les directions supérieures des finances, Anm. 2.1 ; Beck'sches Notar-Handbuch-Bernhard, 2<sup>ème</sup> édition, 1997, Rn F 248 ; Zimmermann, in : Formularbuch und Praxis der FGG, 20<sup>ème</sup> édition, 1994, Rn. 10.

Une obligation de communiquer des renseignements prévus par la loi a été introduite en Allemagne le 01.01.1996. Conformément au § 54 du décret d'application de la loi relative aux impôts sur le revenu (EStDV), le notaire est tenu de transmettre à l'administration des finances une copie certifiée conforme de toutes les déclarations instrumentées ou légalisées qui ont pour objet la création, l'augmentation ou la diminution de capital, la transformation ou la dissolution de sociétés de capitaux ou la mise à disposition d'actions aux sociétés de capitaux. La copie doit être transmise dans les deux semaines suivant l'authentification ou la légalisation. Les copies ou exemplaires conformes de cet acte ne peuvent être délivrés qu'après transmission des renseignements. Le législateur a justifié cette mesure par le fait que les documents cités peuvent constituer une base correcte pour la constatation des faits à des fins d'impôts sur le revenu. Se pose ici en particulier la question du calcul de la base fiscale nécessaire pour les bénéfices de cession en cas de cession d'actions.<sup>43</sup> A l'origine, d'autres lois prévoyaient que les actes de droit de société devaient être transmis aux administrations fiscales (§ 3 du décret d'application de la loi relative à l'impôt sur les transferts de capitaux). L'abrogation de ces obligations fiscales a été suivie d'une période où le notaire n'avait aucune obligation vis-à-vis du droit des sociétés. L'administration financière constata que les actes de droit des sociétés jouaient un rôle important pour le calcul des impôts sur le revenu et introduisit par conséquent, pour des raisons de droit d'impôt sur le revenu, les nouvelles obligations de fournir des renseignements exigés par la loi.<sup>44</sup>

#### **4. La signification de l'acte notarié dans le cadre de l'établissement de l'assiette de l'impôt**

La loi allemande ne prévoit pas d'autres obligations de fournir des renseignements exigés par la loi fiscale.

Le législateur se sert toujours volontiers des obligations de fournir des renseignements et de déclarer, pour obtenir le plus d'informations possibles sur les situations fiscales. Les exemples ci-avant ont montré que, dans les domaines où les authentifications et les légalisations notariales sont nécessaires, il existe également de nombreuses obligations de déclarer. En principe, l'engagement du notaire à déclarer des obligations fiscales est légitime, étant donné que le notaire en sa qualité de titulaire d'une fonction publique non seulement agit en rapport de confiance vis-à-vis des parties intéressées, mais assume également des obligations vis-à-vis de l'Etat, en vue de servir les intérêts de l'Etat. La fonction d'authentification devient ici très claire : elle garantit que les bases imposables sont calculées de manière juste et sont transmises aux administrations

---

<sup>43</sup> Comp. Heidinger, Müssen Treuhandverträge über GmbH-Anteile nach § 54 EStDV dem Finanzamt gemeldet werden? DStR 1996, 1353.

<sup>44</sup> Concernant les questions de restriction, comp. Heidinger, op. cit. ; BMF-Schreiben du 14.03.1997, DStR 1997, 822, qui règle également la question de savoir si les contrats de mandat sont aussi soumis à l'obligation de communiquer des renseignements.

financières compétentes. L'authentification n'a dès lors pas pour seule fonction de protéger les parties intéressées, mais se présente également comme "courroies de transmission" pour l'application des intérêts fiscaux de l'Etat.

Les obligations imposées au notaire par la loi relative à l'authentification concernant l'exposé complet des faits, l'authentification de faits vrais et l'assurance de l'exactitude sont dès lors également significatives sur le plan des intérêts fiscaux. En remettant un exposé exact des faits, non seulement les intérêts des parties sont protégés, mais aussi ceux de l'administration financière. Sans ces travaux préalables minutieux des notaires, les tâches de l'administration financière seraient considérablement augmentées.

A noter également les limites découlant de l'obligation au secret professionnel. Dans la pratique se pose dès lors notamment la question de savoir dans quelle mesure les administrations financières ont le droit d'utiliser des actes envoyés par le notaire dans le cadre d'autres procédures et si la transmission d'actes visant à établir l'assiette de l'impôt sur les transactions immobilières peut être demandée et employée par l'administration des finances dans le cadre de l'impôt sur le revenu. Cela vaut également pour l'emploi de ces documents dans le cadre de l'exécution des dettes fiscales.<sup>45</sup> Il est clair que les services de l'administration fiscale chargés des impôts sur le revenu ont intérêt à être tenus au courant des ventes de biens immobiliers. On peut ainsi établir si des revenus ou des biens cachés ont été utilisés. Si, par exemple, l'office des impôts sur le revenu obligeait le notaire à divulguer des informations, le droit de refuser de fournir des informations et l'obligation au secret professionnel interviendraient. Se pose ainsi la question de savoir si ce droit cible de refuser de donner des renseignements peut être contourné en utilisant des documents transmis à l'administration financière dans le cadre d'autres types d'impôts. La littérature fait remarquer à juste titre que l'utilisation en dehors de la procédure fiscale concrète n'est pas couverte par la volonté du législateur et représenterait au fond un contournement du droit de refuser de fournir des renseignements.<sup>46</sup>

## **5. Perception des impôts par les notaires**

Jusqu'à présent, le droit fiscal allemand - contrairement à d'autres pays - ne prévoit pas le calcul de l'impôt à payer et la perception de l'impôt par les notaires. Dans de nombreux pays, il en va tout autrement dans le domaine des taxes sur les transactions immobilières. La Chambre fédérale des notaires se penche d'ailleurs actuellement sur la question de savoir s'il ne faudrait pas proposer au législateur allemand que les taxes sur les transactions immobilières soient perçues par les notaires, comme dans d'autres

---

<sup>45</sup> Comp. App, Zweckwidrige Verwertung von Kaufvertragsurkunden durch die Finanzämter, DNotZ 1988, 339.

<sup>46</sup> Cfr. App, DNotZ 1988, 340 ; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 18 Rn. 77.

pays. Le modèle de la perception de la taxe sur les transactions immobilières par les notaires en Autriche est notamment considéré comme exemplaire. Un tel modèle de calcul de l'impôt par les notaires sur une base facultative prévoirait que les notaires puissent procéder au calcul de l'impôt et à la perception de l'impôt. D'autre part, la procédure devrait être facultative, c'est-à-dire qu'il devrait en principe également subsister la possibilité d'une procédure fiscale par l'administration financière. Il est toutefois généralement reconnu qu'il appartient au notaire de décider s'il doit ou non effectuer lui-même le calcul. Cette clause garantit, d'une part, que dans des cas difficiles il ne prend pas le risque d'une mauvaise évaluation juridique et qu'il peut renvoyer les parties intéressées à l'administration des finances. D'autre part, dans les cas où le paiement de l'impôt n'est pas garanti et qu'il serait tenu responsable le cas échéant du non-paiement, le notaire pourrait refuser de calculer et percevoir l'impôt. Cette procédure de calcul et de perception de la taxe sur les transactions immobilières renforcerait d'une part la position de droit public du notaire mais, d'autre part, représenterait aussi pour les parties intéressées un instrument de simplification permettant d'accélérer la procédure fiscale. Une évaluation définitive de ces modèles s'avère cependant très difficile actuellement en Allemagne en raison du manque de pratique.

## **II. Obligations de fournir des renseignements vis-à-vis d'autres autorités**

### **1. Généralités**

Outre les obligations complètes de déclarer et de fournir des renseignements, le législateur allemand a imposé au notaire un certain nombre d'autres obligations de déclarer, de fournir des renseignements et de transmettre des informations, obligations qui sont d'ailleurs régies partiellement de manière non systématique dans diverses lois. Ces obligations de fournir des renseignements permettent de tenir compte d'un besoin permanent d'informations de l'Etat dans les domaines les plus divers. Conformément à ces obligations, le notaire est tenu de transmettre automatiquement les renseignements nécessaires, sans demande concrète de la part de l'Etat ou des autorités, ou de transmettre une copie de l'acte notarié dans de nombreux cas. Ces informations relèvent en partie des intérêts purement nationaux, mais cette obligation de déclarer sert également les intérêts des parties intéressées par l'authentification, ainsi que les intérêts de tiers. Il est difficile de définir ici des règles homogènes. Dans ce cadre, il existe également une problématique fondamentale concernant la restriction des obligations de déclarer et de fournir des renseignements par rapport à l'obligation au secret professionnel du notaire. Ici aussi, comme avec d'autres obligations de fournir des renseignements vis-à-vis de l'administration financière, il faut accepter une interprétation étroite et ciblée de l'obligation de fournir des renseignements.

### **2. Déclaration au service de l'état civil**

#### **a) Déclaration dans les affaires successorales**

Les notaires authentifient de nombreuses déclarations qui modifient ou concernent la succession, par exemple les testaments, les contrats de succession, mais aussi les renoncations aux droits réservataires, les contrats de droit familial qui ont des conséquences sur le droit successoral légal. C'est pourquoi il existe non pas dans l'intérêt seul de l'Etat, mais aussi et avant tout dans l'intérêt des successeurs, un besoin urgent que, en cas de succession, le tribunal compétent en matière successorale puisse disposer de toutes les déclarations du testateur concernant la succession. Le Code civil allemand a dès lors prévu en ses §§ 2258 a, 2277, 2300 que les authentications notariales contenant les dispositions du défunt soient transmises sans délai au tribunal cantonal du siège officiel pour consignation. En cas de contrats de succession, cette consignation particulière peut être exclue conformément au § 25 alinéa 2 de la loi relative aux notaires (BNotO). Les parties intéressées peuvent ainsi décider que l'acte reste consigné chez le notaire. Le § 25 alinéa 2 de la loi relative aux notaires prévoit dès lors que, lorsque la succession se présente, le notaire transmette l'acte au tribunal compétent en matière successorale.

En outre, une disposition administrative a été imposée au notaire prévoyant que, en cas d'authentification d'une déclaration modifiant le contenu d'une succession, le notaire doit en avertir le service de l'état civil.<sup>47</sup> Cette obligation d'information touche par exemple les résiliations d'un commun accord, les déclarations de retrait et de contestation en rapport avec la succession, les contrats de renonciation à la succession, les contrats de mariage avec des conséquences au niveau des droits successoraux, ainsi que les conventions de rapport prématuré à succession pour rétablir l'égalité d'un enfant naturel. En cas de testament commun ou de contrat de succession, il faudra procéder à des avis séparés pour l'ensemble des testateurs. L'avis devra mieux qualifier le testateur. La disposition administrative prévoit un formulaire particulier pour l'avis. Après le décès du testateur, le notaire doit transmettre au tribunal compétent en matière successorale la disposition du défunt qui a été consignée chez lui (§ 2259, alinéa 2 du Code civil allemand). Selon la disposition générale sur l'information en matière successorale, le notaire doit en outre communiquer au tribunal compétent en matière successorale une copie conforme des déclarations contenues dans l'acte dont le contenu modifie la succession.<sup>48</sup> Le notaire doit alors contrôler sous sa propre responsabilité si un acte consigné chez lui contient des dispositions ou déclarations concernant la succession. Si, après examen, il est convaincu que l'acte en question ne contient pas

---

<sup>47</sup> Comp. La disposition générale fédérale sur la communication en matière de succession, par exemple le bulletin du ministère de la justice bavarois 1979, 228, 1981, 150, 1984, 83, imprimé chez Weingärtner, *Notarrecht*, 5<sup>ème</sup> édition 1997, n° 270-1 ; DONot § 16 alinéa 2 ; comp. Seybold/Schippel/Kanzleiter, BNotO, § 16 DONot Rn. 4.

<sup>48</sup> Comp. Seybold/Schippel, BNotO, § 18 Rn. 50.

de telles dispositions, il peut et il doit renoncer à communiquer l'acte en vertu de son obligation au secret professionnel.<sup>49</sup>

La problématique de cette obligation d'information dans les affaires successorales est qu'il n'existe aucune base juridique, mais uniquement une disposition administrative. La littérature convient dès lors qu'une disposition administrative ne peut en aucun cas restreindre l'obligation au secret professionnel conformément au § 18 de la loi relative aux notaires (BNotO), sans base juridique, de sorte que l'obligation d'information n'est valable sur base de la disposition administrative que dans la mesure où - comme en règle générale - elle est couverte par la volonté présumée du testateur. S'il existe des instructions contraires du testateur demandant de ne pas procéder à l'information, celles-ci seront prioritaires selon l'avis prédominant dans la littérature.<sup>50</sup> Au niveau de l'interprétation de cette obligation d'information, il faut également tenir compte de manière particulière de l'obligation au secret professionnel. Le notaire doit toujours vérifier dans ses actes si ceux-ci comportent encore d'autres dispositions et déclarations contractuelles ne modifiant pas la succession. Dans ce cas, seule une copie partielle doit être envoyée le cas échéant au tribunal compétent en matière successorale. Si l'acte présente un tel contenu ou s'il s'agit d'un contrat de succession, soumis ainsi à l'obligation de déclarer et de fournir des renseignements, la décision appartiendra au notaire.<sup>51</sup>

#### b) Communication de la reconnaissance de paternité

Conformément au § 1600 e du Code civil allemand (BGB), la reconnaissance de paternité vis-à-vis d'un enfant illégitime doit être "attestée publiquement". Cela vaut également pour la déclaration de consentement de l'enfant nécessaire à la validité de la déclaration de reconnaissance. Le législateur allemand part du principe que ces déclarations, qui sont d'une importance considérable pour le statut juridique de l'enfant illégitime, sont également soumises aux obligations de publication. Le § 29 alinéa 2 de la loi relative à l'état civil des personnes prévoit que l'officier d'état civil qui a enregistré la naissance de l'enfant doit également recevoir une copie certifiée conforme de la déclaration de reconnaissance. Il est stipulé dans ce cas qu'une authentification secrète de la reconnaissance de paternité n'est pas admissible. La raison en est que la reconnaissance a une signification considérable et que l'officier d'état civil doit inscrire

---

<sup>49</sup> Comp. Seybold/Schippel, op. cit., BNotO, DNotZ 1972, 261.

<sup>50</sup> Cfr. Kanzleiter, DNotZ 1972, 519, 522 ; Kanzleiter, DNotZ 1975, 26, 27 ; Seybold/Schippel/Kanzleiter, § 16 DONot Rn. 4 ; Seybold/Schippel § 18 Rn. 40 ; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3<sup>ème</sup> édition, § 16 DONot Rn. 5 ; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO § 18 Rn. 69 ; plus précisément chez Borher, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 183, qui ne veut considérer comme déterminante que la seule volonté réelle. Contre la prise en compte de la volonté des parties intéressées, voir Weingärtener/Schöttler, DONot, 6<sup>ème</sup> édition, § 16 Rn. 237.

<sup>51</sup> Cfr. BNotK, DNotZ 1972, 261, Seybold/Kanzleiter, DONot, 6<sup>ème</sup> édition, § 16 Rn. 6.

le père d'office.<sup>52</sup> Dans ce cas, le notaire est obligé de transmettre une copie certifiée conforme de la déclaration de reconnaissance non pas seulement au service d'état civil, mais également à la mère et à l'enfant (§ 1600 e alinéa 2 du Code civil allemand).

**c) Attribution du nom**

Si l'époux de la mère ou le père d'un enfant illégitime lui attribue son nom conformément au § 1618 du Code civil allemand (BGB) et si la déclaration du mari ou la déclaration de consentement de la mère ou de l'enfant est authentifiée ou légalisée par un notaire, ces déclarations doivent être transmises au service d'état civil habilité à les recevoir, dans le registre duquel a été portée la naissance de l'enfant (§ 30 alinéa 2, § 31 a de la loi relative aux acte de l'état civil, PStG).

**3. Obligations de déclaration conformément à la loi sur la construction (BauGB)**

Conformément au § 195 alinéa 1 de la loi sur la construction (BauGB), une copie de chaque contrat concernant la vente à titre onéreux d'un bien immobilier doit être transmise à ce que l'on nomme le comité d'expertise institué auprès de chaque ville indépendante d'un cercle ou de chaque cercle des länder. Les contrats qui concernent la cession d'un bien immobilier par voie d'échange ou qui fondent un droit de superficie doivent également être communiqués. Les tâches du comité d'expertise consistent notamment à procéder à une expertise sur la propriété immobilière et à déterminer la valeur de transaction du terrain. Les renseignements fournis devraient permettre au comité d'expertise d'avoir une vue d'ensemble sur l'évolution du prix d'achat qui lui permettra de réaliser des expertises de la valeur concernant d'autres biens immobiliers similaires.

**4. Obligations de déclaration conformément à la loi sur le commerce extérieur (AWG)**

La loi sur le commerce extérieur constitue la base juridique pour le contrôle national sur les importations et les exportations. Cette loi repose sur le principe d'une libre circulation du commerce extérieur. La loi constitue en outre une base de l'habilitation à ordonner des interdictions et des autorisations par voie de décret d'application de la loi.

Des obligations de déclaration et d'information incombent également aux notaires conformément à la loi sur le commerce extérieur.<sup>53</sup> Conformément au § 44 alinéa 1 de

---

<sup>52</sup> Comp. OLG Hamm DNotZ 1996, 428 ; Seybold/Schippel, BNotO, § 18 Rn. 140 ; Firsching, DNotZ 1970, 463.

la loi sur le commerce extérieur (AWG), les autorités administratives, la banque fédérale allemande, le service fédéral de l'économie et d'autres autorités peuvent réclamer des informations, pour autant qu'elles soient nécessaires pour garantir le respect de la loi sur le commerce extérieur et du décret d'application de cette loi. A cet effet, ces autorités peuvent réclamer la présentation de documents commerciaux. Est soumise à l'obligation de fournir des renseignements conformément au § 44 alinéa 2 de la loi sur le commerce extérieur (AWG), toute personne participant directement ou indirectement aux transactions relevant du commerce extérieur. Si le notaire se charge d'authentifications qui ont pour objet le commerce extérieur, il ne prend part, de l'avis prévalant parmi les juristes allemands, ni directement ni indirectement au commerce extérieur et n'est dès lors pas tenu à l'obligation de fournir des renseignements.<sup>54</sup> Dans le cadre de l'établissement d'actes ou de la consignation, le notaire peut devenir lui-même participant au commerce extérieur, comme en cas de prestation ou réception de paiements, de titres ou d'or. De l'avis prévalant parmi les juristes allemands, il ne peut invoquer l'obligation de discrétion, car l'exercice de sa fonction, en tant que participant au commerce extérieur, ne peut rester secret vis-à-vis du service habilité à recevoir les informations, et ce en vertu de la prescription particulière.<sup>55</sup>

Conformément au § 59 du décret d'application de la loi sur le commerce extérieur (AWVO), les personnes domiciliées en République fédérale d'Allemagne, sont tenues de déclarer tous paiements supérieurs à 5.000,00 DM qu'elles reçoivent d'étrangers au territoire ou pour le compte de personnes domiciliées sur le territoire ou qu'elles present en faveur d'étrangers au territoire ou pour leur compte.

## **5. Loi sur le blanchiment de l'argent (GWG)**

La loi du 25.10.1993 portant sur la détection de bénéfices provenant de délits graves (GWG, Journal officiel = BGBI. I 1770) est entrée en vigueur en Allemagne le 29.11.1993. La loi sur le blanchiment de l'argent a une relation étroite avec les efforts fournis au niveau mondial pour combattre le crime organisé. La loi sur le blanchiment de l'argent a pour objet, d'une part, de faciliter à la police judiciaire la détermination et la preuve des transactions de blanchiment d'argent et, d'autre part, elle incite les entreprises commerciales et les groupes professionnels intervenant en général dans ces transactions financières à prendre des mesures pour les protéger contre leur abus en vue du blanchiment d'argent.<sup>56</sup> Les destinataires de la loi sur le blanchiment de l'argent sont en particulier les instituts de crédit et les instituts financiers, mais aussi les per-

---

<sup>53</sup> Comp. Circulaire 4/1996 de la Chambre fédérale des notaires du 17.01.1996, Auskunfts- und Meldepflichten für Notare nach dem Außenwirtschaftsgesetz, imprimée chez Weingärtner, Notarrecht, 5<sup>ème</sup> édition, n° 344.

<sup>54</sup> Comp. Seybold/Schippel, BNotO, § 18 Rn. 37 ; Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 123.

<sup>55</sup> Comp. Seybold/Schippel, op. cit. ; Circulaire de la Chambre fédérale des notaires.

<sup>56</sup> Comp. La justification gouvernementale pour la loi sur le blanchiment de l'argent, BtDrs. 12/2704, p. 1.

sonnes qui s'occupent de la gestion de biens étrangers, par exemple les avocats et les notaires. L'activité d'un notaire est concernée par la loi sur le blanchiment de l'argent dans deux cas : en cas d'acceptation d'argent liquide et en cas d'ouverture d'un compte de consignation chez le notaire dans le cadre d'une consignation à titre fiduciaire. Les juristes allemands sont de l'avis unanime que ces obligations légales risquent de briser l'obligation au secret professionnel.<sup>57</sup> En acceptant de l'argent liquide d'un montant de 20.000 DM ou plus, le notaire est tenu d'identifier la personne pour qui il intervient (§ 3 alinéa 2 de la loi sur le blanchiment de l'argent), à moins qu'elle ne soit personnellement connue de lui. L'obligation est également de mise lorsque l'argent est transmis en plusieurs dossiers partiels. Le notaire doit spécifier ici pour le compte de qui l'intéressé agit (§ 8 alinéa 1 de la loi sur le blanchiment de l'argent). L'identification doit avoir lieu avant l'acceptation de l'argent liquide. Le notaire doit se faire présenter la carte d'identité ou le passeport et prendre le nom de la personne à identifier. Les constatations conformes au § 3 alinéa 1 doivent être enregistrées par le notaire (§ 9 alinéa 1 de la loi sur le blanchiment de l'argent) et conservées pendant six ans. L'enregistrement et la conservation ont pour objectif de permettre de mettre les données à la disposition de la police judiciaire chargée de la poursuite de certains délits. En ouvrant un compte de consignation, le notaire doit identifier les personnes qui ont commercialement accès au compte, conformément au § 8 alinéa 1 de la loi sur le blanchiment de l'argent. Dans ce cas, le notaire est tenu de communiquer à la banque tenant le compte, la personne pour le compte de qui il agit. Cette mesure également brise l'obligation au secret professionnel du notaire. Par conséquent, si par exemple un compte de consignation est ouvert pour exécuter un contrat de vente de bien immobilier, le notaire doit informer le vendeur et l'acheteur afin d'honorer leur obligation d'identification.

## **6. Obligations de communication vis-à-vis du tribunal chargé de la tenue du registre**

Conformément au § 125 a de la loi sur les affaires de la juridiction gracieuse (FGG), les notaires sont tenus de communiquer au tribunal chargé de la tenue du registre tous cas d'inscription incorrecte, incomplète ou absente au registre de commerce dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leur fonction. L'établissement d'une hypothèque partielle, de dette foncière partielle ou de dette foncière partielle sous forme de rente doit être inscrite au livre foncier qui a délivré la souche.

---

<sup>57</sup> Comp. En particulier la Circulaire 5/1996 de la Chambre fédérale des notaires relative à la loi sur la détection des bénéfices provenant de délits graves, imprimée chez Weingärtner, Notarrecht, 5<sup>ème</sup> édition, Rn. 325 a ; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNoTO, § 23 Rn. 66.

## **C. L'immixtion du notaire dans les procédures administratives suite à des faits d'approbation et des droits de préemption publics**

### **I. Généralités**

#### **1. Faits d'approbation**

Le droit allemand prévoit une imbrication nettement plus intensive entre les demandes de droit public et les authentications notariales, comme c'est le cas pour les obligations de communication pures. Un certain nombre d'obligations à approbation et de droits de préemption de droit public fondés pour des raisons de droit administratif les plus diverses, jouent un rôle essentiel dans la pratique quotidienne du notaire. Pour des raisons de droit public les plus diverses, le législateur a introduit des limitations du pouvoir de disposition qui ont des conséquences considérables sur les transactions mobilières. Ces limitations du pouvoir de disposition inhérentes au droit public sont supprimées par les approbations accordées par les autorités compétentes en la matière. Jusqu'au moment où il est établi de manière définitive qu'une approbation est accordée, l'acte juridique soumis à l'obligation à approbation est provisoirement invalide. Pour l'exécution et le règlement de leur acte juridique, les parties intéressées à la procédure doivent donc disposer d'une approbation de droit public. Dans le cadre de ces procédures d'approbation, les autorités compétentes examinent les objectifs de droit public qui doivent être sauvegardés par l'approbation. Si l'approbation est accordée, l'acte juridique sera valide avec effet rétroactif depuis le début.<sup>58</sup> Si l'approbation est refusée, l'acte juridique sera définitivement invalide.

L'effet de ces approbations et par conséquent aussi l'imbrication entre le droit civil et le droit public sont très importants en Allemagne, étant donné que l'inscription au livre foncier de tout transfert de propriété immobilière est prévue par la constitution (§§ 873, 925 du Code civil allemand). La propriété d'un bien immobilier ne prend cours qu'avec une déclaration contractuelle (accord des parties pour le transfert de propriété d'un bien foncier) et l'inscription au livre foncier. La seule déclaration contractuelle ne suffit pas à l'inverse des droits qui reposent sur le principe de consensus, comme en France. L'office du livre foncier - l'autorité chargée des inscriptions au livre foncier - doit dès lors contrôler, lors de l'inscription, la présence de toutes les approbations nécessaires à l'acte juridique. C'est seulement lorsque la présence de ces approbations publiques nécessaires à la validité est constatée que la propriété peut être inscrite au livre foncier. Les parties intéressées sont dès lors tenues de demander les approbations nécessaires pour que l'acquisition de propriété soit valide.

---

<sup>58</sup> Comp. BGH NJW 1995, 318 ; Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11<sup>ème</sup> édition, 1997, Rn. 3805.

## 2. Droits de préemption publics

Le droit allemand fait de plus en plus appel à un deuxième instrument d'orientation publique qui a une influence considérable sur les transactions immobilières : le droit de préemption public. Le droit de préemption le plus important se trouve dans la loi sur la construction, mais d'autres lois fédérales et notamment les lois des länder prévoient des droits de préemption publics pour diverses raisons. Un droit de préemption permet au bénéficiaire du droit de préemption - en règle générale une collectivité publique ou une autorité - d'acheter le bien immobilier à la place de l'acheteur. L'exercice du droit de préemption donne lieu à un contrat entre le vendeur et le bénéficiaire du droit de préemption, selon lequel le bénéficiaire du droit de préemption peut réclamer le transfert de la propriété du bien foncier en sa faveur. Ces droits de préemption publics ont souvent un effet réel, ce qui signifie que le bénéficiaire du droit de préemption peut en cas de doute, et aussi contre la volonté du vendeur, faire appel à son droit d'acquérir le bien immobilier.

Ces droits de préemption ont pour principal objectif d'empêcher que des biens immobiliers qui sont proposés à la vente ne soient pas acquis par des personnes qui ne sont ni en mesure ni désireuses d'utiliser les biens comme le prévoit l'objectif de droit public pour la protection duquel le droit de préemption a été créé.<sup>59</sup> Les droits de préemption devraient également permettre de supprimer les expropriations publiques éventuellement nécessaires et donner aux autorités publiques la possibilité d'acquérir des terrains nécessaires à l'exécution de ses tâches. Les droits de préemption représentent une "position intermédiaire entre l'achat de gré à gré de biens immobiliers d'une part et l'intervention forcée souveraine par l'expropriation publique d'autre part".<sup>60</sup> Les études statistiques montrent d'ailleurs que les dépenses administratives liées au droit de préemption pour toutes les parties intéressées n'ont aucun rapport avec la signification effective. En effet, le droit de préemption a été exercé dans moins de 1 % des contrats passés dans le cadre du droit de construction.<sup>61</sup> Ces dernières années, le droit de préemption s'est toutefois révélé être le moyen préférentiel pour garantir les objectifs publics en République fédérale d'Allemagne. Le législateur part visiblement du principe que les droits de préemption peuvent devenir l'instrument essentiel de l'aiguillage du développement des villes en raison de leur conformité importante au marché.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Comp. Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 3811.

<sup>60</sup> Comp. Grziwotz, Baulanderschließung, 1993, 47.

<sup>61</sup> Comp. Grziwotz, op. cit.

<sup>62</sup> Comp. Rohs, in : Brüggelmann, Kommentar zur Baugesetzbuch, Vor § 24 Rn. 2 ; kritisch Jäde, UPR 1993, 48, 51.

### 3. La signification du notaire dans le cadre des approbations publiques et des droits de préemption

#### a) Généralités

Dans la pratique, le notaire joue un rôle considérable dans l'exécution de ces instruments à objectif public. La loi relative à l'authentification (BeurkG) stipule tout d'abord ce qui suit en son § 18 : *"Le notaire devra éclairer les parties intéressées sur les approbations et confirmations juridiques ou administratives nécessaires ou sur les doutes éventuels existants et l'acter."*

Le § 20 de la loi relative à l'authentification (BeurkG) stipule : *"Si le notaire authentifie la vente d'un bien immobilier et qu'un droit de préemption légal pourrait intervenir, il devra en informer les parties et l'acter."*

Les deux dispositions justifient d'abord les obligations d'information vis-à-vis des parties intéressées. De manière tout à fait générale dans le droit allemand, le notaire est tenu conformément au § 17 de la loi relative à l'authentification (BeurkG) d'instruire les parties intéressées sur la portée juridique de l'acte et de rendre leurs déclarations de manière claire et sans ambiguïté dans la consignation écrite. Il devra veiller à éviter les erreurs et les doutes, de manière à ne pas porter préjudice aux parties intéressées manquant d'expérience et de pratique dans le domaine. Selon cette clause générale, le notaire est soumis à une obligation globale de vérification et d'instruction qui se concrétise par les obligations d'instructions spécifiques relatives aux approbations publiques et aux droits de préemption. Ces dernières années en particulier, la jurisprudence du tribunal supérieur allemand et de cour fédérale de justice sur la responsabilité du notaire a donné à la fonction d'instruction une signification considérable, devenant ainsi l'objectif formel essentiel de l'authentification notariale.<sup>63</sup> L'obligation d'instruction n'est pas un instrument rigide ; au contraire, l'étendue de l'obligation d'instruction se règle "au cas par cas".<sup>64</sup> Comme l'a décidé récemment la cour fédérale de justice (BGH) dans son jugement rendu le 27.10.1994,<sup>65</sup> le notaire doit aborder toutes les questions de l'acte juridique nécessitant un règlement, rechercher la volonté juridique des parties intéressées et instruire ces dernières. Cette procédure devrait permettre aux partenaires contractuels participant à l'acte authentifié par le notaire de connaître toutes les circonstances importantes pour leur décision de volonté juridique. En particulier dans le domaine de la soumission au régime d'approbation publique et de droits de préemption, il est dès lors très important pour les parties intéressées de connaître tous les faits d'approbations publiques qui affectent la validité de l'acte juri-

---

<sup>63</sup> Comp. Reithmann, *Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte*, 1989, p. 125 ; Keidel/Kuntze/Winkler, *BeurkG*, Einl. Rn. 21 ff ; Winkler, *Sonderheft DNotZ* 1997, p. 113, 117.

<sup>64</sup> Cfr. BGH, *DNotZ* 1963, 308.

<sup>65</sup> WM 1995, 118, 120.

dique. Dans le domaine des droits de préemption publics aussi, il est d'une importance capitale pour le vendeur de savoir s'il existe ou non un droit de préemption. Le danger existe que ce ne soit pas l'acheteur, mais bien une collectivité publique qui puisse acquérir le bien foncier en vertu de son droit de préemption. C'est la raison pour laquelle la loi sur l'authentification a postulé une obligation d'instruction particulière relativement aux circonstances de droit public spécifiques concernant les transactions immobilières.

La soumission au régime d'approbation stipule que le notaire doit vérifier si la procédure est ou non soumise à une obligation à approbation ; il doit informer de toute approbation nécessaire ; une indication globale ne suffit pas.<sup>66</sup> Dans la pratique, il est dès lors recommandé pour éviter des cas de responsabilité, de désigner toutes les exigences d'obtenir des approbations en vigueur et de les acter.<sup>67</sup> Il ne suffit pas de mentionner le simple fait de l'approbation ; le notaire doit également expliquer la validité, la portée et les conséquences de l'approbation publique ou de son refus.<sup>68</sup> Les obligations du notaire sont similaires en ce qui concerne les droits de préemption conformément au § 20 de la loi relative à l'authentification. Le devoir d'instruction est ici un peu moindre, étant donné que le notaire doit seulement indiquer qu'un droit de préemption intervient. Cela résulte notamment du fait que le notaire ne connaît généralement pas les circonstances nécessaires pour pouvoir juger avec certitude s'il existe effectivement un droit de préemption ou si oui ou non il est exercé ; le notaire ne peut que mentionner la possibilité. Cette procédure permet également aux parties intéressées de prendre connaissance des circonstances nécessaires à leur déclaration de volonté, conditions qu'elles ne connaissent peut-être pas en tant que non-spécialistes.

Suite à ces obligations expresses d'instruction, un fait public est transformé en un acte de droit civil. Le notaire garantit ici l'instruction nécessaire permettant aux parties intéressées de pouvoir juger de manière appropriée les influences publiques souvent inconnues sur l'acte de droit civil. En ce sens, le notaire agit par rapport à cette obligation d'instruction comme "transformateur" des nombreux objectifs publics difficilement saisissables dans leur ensemble vis-à-vis d'un bien immobilier. Sans l'instruction par le notaire, les parties intéressées seraient rarement conscientes des approbations publiques concrètes et des droits de préemption qui existent et qui peuvent influencer le succès d'un acte juridique prévu. Par le biais de l'authentification notariale et l'enchaînement de la validité d'un acte juridique par le fait d'une approbation publique ou par la création d'un droit de préemption public, le législateur instrumente

---

<sup>66</sup> Huhn/v. Schuckmann, *BeurkG*, 3<sup>ème</sup> édition, § 18 Rn. 1 ; Keidel/Kuntze/Winkler, *BeurkG*, § 17 Rn. 1.

<sup>67</sup> Cfr. Huhn/v. Schuckmann, *op. cit.*, § 18 Rn. 1 ; Keidel/Kuntze/Winkler, *BeurkG*, § 18 Rn. 44 ; BGH NJW 1993, 648 ; Haug, *Die Amtshaftung des Notars*, 2<sup>ème</sup> édition, 1997, Rn. 502 ; Mecke/Lerch, 2<sup>ème</sup> édition, § 18 Rn. 1.

<sup>68</sup> *Comp.* Keidel/Kuntze/Winkler, *op. cit.* ; Huhn/v. Schuckmann, *op. cit.*

d'une part les transactions immobilières de droit privé avec des objectifs publics et garantis, grâce à l'intervention du notaire, une information précoce des parties intéressées concernant ces objectifs publics, information sans laquelle la formation de volonté juridique des parties concernées ne serait pas possible. Le notaire agit ici comme intermédiaire entre le droit public et le droit civil.

b) Autres fonctions du notaire en rapport avec les exigences d'obtenir des approbations publiques

Dans la pratique notariale, le notaire ne se limite généralement pas à l'instruction pure qui sert souvent peu à la partie intéressée si elle doit s'occuper elle-même des approbations nécessaires ou faire appel à d'autres groupes professionnels comme les avocats. Le notariat allemand a reconnu très vite qu'il était nécessaire que les parties intéressées désireuses de passer un contrat de vente de bien immobilier devaient être secondées correctement par le notaire pour toutes les questions juridiques concernant le contrat de vente d'un bien immobilier. Les exigences d'obtenir des approbations publiques en font partie. Le § 31 du règlement de service des notaires (DONot) stipule dès lors ce qui suit :

1. *"Si un acte nécessite l'approbation ou la confirmation par une autorité ou si le notaire a des doutes quant à la nécessité d'une telle approbation ou confirmation, le notaire peut en certains cas et avec l'autorisation des parties intéressées présenter avant l'authentification un avant-projet des éléments essentiels de l'acte à l'autorité compétente afin qu'elle lui fasse part de ses réserves. Si cela s'avère opportun, il devra suggérer cette procédure à la partie intéressée.*

2. *Le notaire devra demander aussi rapidement que possible les approbations et confirmations nécessaires".*

L'introduction de la demande d'approbation est donc en principe l'affaire des parties intéressées.<sup>69</sup> Mais étant donné que le notaire est familier des transactions avec les autorités, contrairement aux autres parties intéressées, la pratique montre que c'est lui qui introduit les demandes d'approbation pour les parties intéressées. La jurisprudence en matière de responsabilité a dès lors constaté à juste titre qu'un notaire qui, en opposition avec tous les usages notariaux généraux, ne le fait pas pour les parties intéressées, doit informer les parties intéressées à ce sujet ; si tel n'est pas le cas, il se rend coupable d'une infraction grave vis-à-vis de ses obligations.<sup>70</sup> En règle générale, suite à la demande expresse des parties intéressées, le notaire se charge d'introduire les demandes d'approbations correspondantes auprès des autorités compétentes au nom des

---

<sup>69</sup> BGH DNotZ 1954, 551.

<sup>70</sup> Cfr. BGH VersR 1959, 739.

parties intéressées.<sup>71</sup> Les parties intéressées l'attendent généralement et la pratique notariale répond généralement à cette attente. Le notaire doit dès lors prendre en charge une mission particulière avec procuration. Il existe par ailleurs une série de dispositions publiques qui confèrent au notaire une habilitation légale pour introduire les demandes d'approbation. Conformément à la disposition précitée du § 31 alinéa 2 du règlement de service des notaires, le notaire doit introduire les demandes d'approbation aussi rapidement que possible. Si, dans le cadre d'une vente de bien immobilier, le notaire est chargé d'introduire une ou plusieurs approbations, il recevra en contrepartie des honoraires d'exécution conformément au § 146 de la loi relative aux frais procéduraux.

c) Tâches relatives aux droits de préemption

Dans le cadre des droits de préemption publics aussi, il est très important pour les parties intéressées de connaître la problématique et d'élucider la question de l'exercice. Un certain nombre de droits de préemption sont techniquement protégés par la loi, en ce sens qu'une inscription au livre foncier et donc l'acquisition de propriété d'un bien immobilier n'est possible que lorsque l'autorité compétente communique à l'office du livre foncier par voie d'attestation ad hoc que le droit de préemption n'existe pas ou n'est pas exercé. Le § 28 alinéa 1 de la loi sur la construction (BauGB) stipule ainsi que l'office du livre foncier ne peut procéder que dans ce cas seulement au transfert de la propriété dans le cadre d'une vente.

Comme pour les approbations, les parties intéressées aux transactions juridiques allemandes attendent que ces questions de droit public soient réglées par le notaire et qu'il se charge d'introduire des demandes de déclarations correspondantes relatives au droit de préemption, ce qui est souvent le cas. A cet effet, le notaire doit informer l'acheteur que les paiements du prix d'achat avant la déclaration correspondante relative au droit de préemption présentent un certain risque.

#### **4. Exigences d'obtenir des approbations publiques et droits de préemption et obligations au secret professionnel des notaires ou protection des données personnelles**

La question s'est posée en Allemagne ces dernières années de savoir dans quelle mesure le notaire qui est chargé d'introduire des demandes d'approbations ou d'attestations relatives au droit de préemption, doit transmettre le contrat complet aux autorités publiques. Il existe à ce sujet des doutes, en particulier vis-à-vis de l'obligation au secret professionnel des notaires, ainsi que vis-à-vis des aspects de protection des don-

---

<sup>71</sup> Comp. Reithmann/Albrecht/Easty, Handbuch der notarielle Vertragsgestaltung, 7<sup>ème</sup> édition Rn. 514 ; Haug, Die Amtshaftung der Notare, 2<sup>ème</sup> édition Rn. 505, Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG, § 18 Rn. 48.

nées personnelles.<sup>72</sup> Les critiques avancent que, dans la plupart des cas, le fait de communiquer complètement un contrat de vente concerné avec toutes les données a pour conséquence que l'autorité reçoit des données qui ne sont pas nécessaires pour vérifier l'existence ou l'exercice d'un droit de préemption. La Chambre fédérale des notaires ainsi que la littérature recommandent dès lors une procédure en deux phases concernant aussi les autorités publiques, pour garantir les obligations au secret professionnel des notaires.<sup>73</sup> Dans une première phase de la procédure, seuls les faits de la vente et les données sur le bien immobilier seront communiqués à la commune ou l'autorité. Ce n'est que dans une deuxième phase que le contrat de vente complet sera transmis à la commune ou à l'autorité ; à savoir que le contenu du contrat ne devra être communiqué que si la commune informe que, à son avis, il existe un droit de préemption. De l'avis de la Chambre fédérale des notaires et de la littérature, cette procédure spécifique rend le mieux justice aux exigences de la protection des données et à l'obligation au secret professionnel des notaires.

## **II. Aperçu des exigences d'obtenir des approbations publiques individuelles**

Les sections suivantes ont pour objectif de dresser un bref aperçu des principales exigences d'obtenir des approbations dont le notaire doit tenir compte dans son travail quotidien et qui sont censées sauvegarder les intérêts et objectifs publics.

### **1. Exigences d'obtenir des approbations conformément au droit sur la construction (BauGB)**

#### **a) Approbation de partage**

Jusqu'en 1989, le § 19 de la loi sur la construction prévoyait que le processus privé du partage d'un bien immobilier était soumis à approbation dans certaines conditions liées notamment à la présence d'une situation particulière sur le plan de la loi sur l'urbanisme.<sup>74</sup> La "déclaration de partage" déclenchant la soumission au régime d'approbation faisait souvent partie d'un contrat de vente sur une superficie partielle ou d'une demande d'odométrie de la superficie partielle, de sorte que dans ces cas, dans lesquels une authentification notariale de la déclaration était nécessaire, l'approbation était exigée. En droit procédural, la nécessité de l'approbation de partage était garantie par le fait que l'office du livre foncier ne pouvait procéder à une inscription au registre foncier d'un partage nécessitant une approbation conformément au § 19 de la loi sur

---

<sup>72</sup> Comp. pour discussion Grziwotz, Notarielle Auskünfte über Grundstückskaufverträge, CR 1991, 109.

<sup>73</sup> Comp. Circulaire 16/1997 de la Chambre fédérale des notaires du 12.06.1997 concernant les exigences de protection des données dans le cadre de communication conformément au § 28 alinéa 1, p. 1 de la loi sur la construction ; Grziwotz, op. cit.

<sup>74</sup> Comp. Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3818 ff. ; Grziwotz, Baulanderschließung, p. 31 ff.

la construction, que lorsque la décision d'approbation était prise. Conformément à la jurisprudence relative aux contrats de vente sur les biens immobiliers partiels, le notaire est tenu d'informer sur cet élément de la déclaration de partage.<sup>75</sup> L'approbation de partage a une influence sur le plan de la loi sur l'urbanisme, servant d'une part à garantir les schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme et, d'autre part, à protéger l'acheteur d'un bien immobilier partiel, de manière à ce qu'il n'achète pas un terrain lui coûtant des frais d'arpentage et autres considérables alors qu'il s'avère par la suite qu'il ne s'agit pas d'un terrain à bâtir.<sup>76</sup> La loi sur la construction amendée au 01.01.1998 limite en partie l'approbation de partage, afin de simplifier la procédure administrative.

Soumission au régime d'approbation lors de la construction de copropriété dans des régions touristiques (§ 22 de la loi sur la construction (BauGB))

Conformément au § 22 de la loi sur la construction, la création ou le partage de copropriété ou de propriété partielle dans les régions touristiques est soumis au régime d'approbation lorsque la commune a désigné dans des règlements les biens immobiliers pour lesquels il existe une réserve d'approbation.<sup>77</sup> Avec cette soumission au régime d'approbation, les communes touristiques devraient disposer d'un instrument leur permettant d'empêcher un accroissement excessif des secondes résidences qui pourraient avoir des effets négatifs sur le tourisme. Cette soumission au régime d'approbation est également protégée par un blocage du livre foncier : dans les régions soumises au régime de l'approbation, l'office du livre foncier ne peut entreprendre les inscriptions citées au livre foncier que lorsqu'il est en possession d'une approbation ou d'un refus (§ 22 alinéa 7 p. 1 de la loi sur la construction (BauGB)). Par conséquent, lors de l'authentification des actes juridiques qui visent à la création de copropriété, le notaire doit instruire sur la soumission éventuelle au régime d'approbation. Ceci ne vaut pas seulement en cas de partage en copropriété, mais également pour les actes d'engagement avec l'obligation de fonder une copropriété.<sup>78</sup>

c) Soumission au régime de l'approbation lors du transfert de propriété de bien foncier dans le cadre d'une procédure de remembrement urbain

La procédure de remembrement urbain a pour objectif de réorganiser des biens immobiliers bâtis ou non en vue du remanier certaines régions, et ce de manière à créer des biens immobiliers conformes à la situation, la forme et la dimension. Toute procédure

---

<sup>75</sup> BGH NJW 1993, 648.

<sup>76</sup> BVerwG NJW 1985, 1354 ; Grziwotz, Baulanderschließung, p. 31.

<sup>77</sup> Comp. Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3852 a ff. ; Grziwotz, Baulanderschließung, p. 41 ff.

<sup>78</sup> Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3852 f.

de remembrement urbain est introduite par une décision de la commune. La procédure de remembrement aboutit à une réorganisation complète des biens immobiliers et des limites de ces derniers dans la région concernée. La procédure de remembrement urbain est régie par les §§ 45 et suivants de la loi sur la construction (BauGB).<sup>79</sup> A partir de la publication de la décision de remembrement urbain conformément au § 51 alinéa 1 n° 1 de la loi sur la construction (BauGB), des dispositions concernant les biens immobiliers dans le périmètre de remembrement ne peuvent être prises qu'avec l'accord de l'office chargé du remembrement urbain. Une annotation de remembrement est généralement portée au livre foncier. Sont alors soumises à approbation les dispositions de tous types, par exemple transfert de propriété d'un bien foncier, grèvements de biens fonciers, hypothèques et dettes foncières, contrats découlant du droit des obligations sur l'acquisition, l'utilisation ou la construction d'un bien foncier. La soumission à approbation devrait permettre d'empêcher que des projets soumis à approbation rendent impossible ou très difficile l'exécution des remembrements urbains (§ 51 alinéa 3 de la loi sur la construction).

d) Approbation dans le cadre d'une procédure d'expropriation administrative

Conformément au § 109 de la loi sur la construction (BauGB), à partir de la publication sur l'introduction d'une procédure d'expropriation administrative, tout comme pour les procédures de remembrement urbain, des dispositions et autres contrats découlant du droit des obligations sur l'acquisition et l'utilisation d'un bien immobilier sont soumis à l'approbation écrite des autorités chargées de l'expropriation.

e) Approbation dans le cadre d'une procédure d'assainissement

Les mesures d'assainissement sont des mesures permettant d'améliorer considérablement ou de réorganiser une zone urbaine en supprimant les anomalies urbaines.<sup>80</sup> Il s'agit surtout ici de l'assainissement de zones urbaines trop vieilles. Si une zone est considérée comme une zone d'assainissement, une soumission au régime d'approbation entre en vigueur. Dans une zone déclarée formellement zone d'assainissement, la vente contractuelle d'un bien immobilier, la constitution d'un droit de succession, le grèvement de biens fonciers ainsi que son contrat découlant du droit des obligations fondant une obligation au grèvement ou au transfert de propriété d'un bien foncier, nécessitent l'approbation des autorités chargées de l'assainissement, conformément notamment au § 144 de la loi sur la construction (BauGB). Ici aussi, les offices du livre foncier ne peuvent entreprendre l'inscription au livre foncier que lorsqu'ils disposent d'une décision d'approbation. Dans ce cas également, l'approbation ne peut être refusée que lorsque les projets soumis à approbation rendent impossible ou très difficile

---

<sup>79</sup> Comp. Dieterich, Baulandumlegung, 3<sup>ème</sup> édition, 1996.

<sup>80</sup> Comp. Grziwotz, Baulanderschließung, p. 382 ff ; Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3884 ff.

l'exécution de l'assainissement et enfreignent les objectifs de l'assainissement (§ 145 alinéa 2 de la loi sur la construction).

- f) Approbation de la fondation d'une copropriété conformément au § 172 de la loi sur la construction (BauGB)

En amendant la loi relative à la construction, le législateur a prévu au § 172 de la loi sur la construction (BauGB) la possibilité, dans certaines circonstances, que le partage d'un bien foncier en copropriété soit soumis à l'approbation. La première condition est que le land concerné introduise la soumission au régime d'approbation par un décret d'application (§ 172 alinéa 1 p. 4 de la loi sur la construction). La soumission à approbation s'applique ensuite à toutes les régions pour lesquelles la commune a établi un règlement portant sur l'entretien pour l'entretien de l'ensemble de la population résidentielle (règlement de protection du milieu).<sup>81</sup>

## **2. Restrictions du pouvoir de disposition conformément à la législation rurale (GrdstVG)**

Dans le domaine de l'agriculture, l'approbation conforme à la législation rurale du 28.07.1961 (Journal officiel = BGBI. 1961 I 1091) joue un rôle essentiel. Ensuite, conformément au § 2 de la loi (GrdstVG), la cession d'un bien immobilier agricole ou forestier est soumise à approbation, tout comme les cessions d'un bien loué et le transfert de parts successorales.<sup>82</sup> La cession réelle d'un bien immobilier, ainsi que le contrat découlant du droit des obligations sont également soumis à approbation (§ 2 alinéa 1 de la législation rurale). Cette soumission au régime de l'approbation devrait notamment permettre de procéder à un contrôle des terrains ruraux. L'approbation peut dès lors être refusée lorsqu'il y a un partage malsain du terrain, en particulier lorsque la vente est en contradiction avec les mesures visant à l'amélioration de la structure agricole (§ 9 alinéa 2 de la législation rurale), lorsque la vente réduit le bien immobilier contre toutes les règles de l'économie (§ 9 alinéa 3 de la législation rurale). Un autre motif de refus est un mauvais rapport grossier entre la contrepartie et la valeur du bien immobilier. Les tendances suivies dans le cadre de l'octroi de ces approbations sont le maintien des entreprises agricoles, la protection des intérêts des structures agraires, etc. Dans ce domaine également, l'office du livre foncier ne peut procéder à un changement de propriété au livre foncier que lorsqu'il est en présence de l'approbation administrative ou du refus. Chaque land peut et a dégagé certaines superficies de la soumission au régime d'approbation (par exemple, en Bavière, transfert de superficies de 1 ha ou moins sans soumission à approbation).

---

<sup>81</sup> Cfr. Hertel, DNotI-Report, 1997, 159.

<sup>82</sup> Comp. Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3924 ff ; pour la nouvelle jurisprudence Wenzel, Agrarrecht 1995, 37 ff.

La législation agricole a attribué un rôle particulier au notaire. Le notaire authentifiant un contrat de vente soumis à approbation est, en vertu de la loi, habilité à introduire la demande d'approbation. Il s'agit ici d'une procuration légale du notaire conformément au § 6 de la législation rurale.

### **3. Soumission au régime d'approbation dans les nouveaux länder en vue de garantir les demandes de rétrocession**

La réunification de l'Allemagne a conféré aux nouveaux länder certaines soumissions spécifiques au régime d'approbation en vue de garantir les rétrocessions. Conformément au § 1 VermG (loi de rétrocession), des biens immobiliers ont été rétrocédés aux ayant droits depuis 1993 en République démocratique d'Allemagne, et ce sous certaines conditions. Afin d'éviter que cette requête dite de restitution ne se perde, le législateur a prévu dans la loi sur les transactions immobilières (GVO) une soumission à approbation des dispositions sur un bien immobilier.<sup>83</sup> A l'origine, la loi sur les transactions immobilières était une loi de l'ancienne Allemagne démocratique d'Allemagne et un instrument du faire-valoir socialiste. Dans le cadre de la réunification, le but de protection s'est totalement modifié et sert désormais à protéger ceux qui ont droit à une restitution. Conformément au § 2 alinéa 2 de la loi sur les transactions immobilières, l'office du livre foncier ne peut, en cas de soumission au régime d'approbation, en aucun cas procéder à l'inscription au livre foncier sans l'approbation. L'approbation est accordée lorsqu'il est constaté qu'il n'existe pas de demandes de rétrocession ou d'autres faits exceptionnels particuliers.

### **4. Autres soumissions au régime d'approbation**

Outres ces faits d'approbation importants, il y a lieu dans certains cas de tenir compte d'autres soumissions à approbation qui ne peuvent être mentionnées que très brièvement ici : collectivités publiques, par exemple les communes ont régulièrement besoin de l'approbation des autorités de tutelle compétentes lorsqu'elles désirent vendre un bien immobilier ; les églises nécessitent en partie une approbation du comité de surveillance du culte. Les compagnies d'assurance nécessitent, conformément à la loi relative aux compagnies d'assurance, l'approbation du comité de contrôle fédéral pour certains actes juridiques. De plus, il existe des soumissions à approbation particulières qui n'existent que dans des länder et qui reposent sur une base juridique du land concerné. En Bavière, par exemple, la vente de ce que l'on appelle les alpages.<sup>84</sup>

## **III. Aperçu des droits de préemption individuels**

---

<sup>83</sup> Comp. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 4227 ; Frenz, DtZ 1994, 56 ; Wolf, MittBayNot 1995, 17 ff.

<sup>84</sup> Comp. Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 4102.

## **1. Droit de préemption conformément au droit sur la construction**

Le § 24 et le § 25 de la loi sur la construction (dernièrement amendée par la loi du 18.08.1997, Journal officiel I 2081) octroient aux communes un droit de préemption dans le cadre de la vente d'un bien immobilier sous certaines conditions. Un droit de préemption est notamment accordé à la commune lors de l'achat de biens immobiliers qui relèvent du champ d'application d'un plan d'aménagement, pour autant qu'il s'agisse de superficies pour lesquelles le plan d'aménagement prévoit une utilisation à des fins publiques ou de superficies avec une signification écologique, lorsque le bien immobilier se situe dans une zone de remembrement urbain, lorsque le bien immobilier est sis dans une zone déclarée formellement zone d'assainissement. En outre, d'autres situations urbaines spécifiques sont également déterminantes pour le droit de préemption. De plus, conformément au § 25 de la loi sur la construction, une commune peut motiver un règlement déterminé pour le domaine d'un plan d'aménagement relatif à des biens immobiliers non bâtis et dans des zones dans lesquelles la commune envisage des mesures d'urbanisation devant permettre de garantir un développement urbain approprié. Conformément au § 27 de la loi sur la construction (BauGB), la commune peut également exercer le droit de préemption dans certaines circonstances particulières en faveur de tiers. En principe, en cas d'exercice du droit de préemption, il faut payer le prix d'achat convenu dans le contrat d'achat. Conformément au § 28 alinéa 3 de la loi sur la construction (BauGB), la commune peut déterminer le montant à payer selon la valeur vénale du bien immobilier, lorsque le prix d'achat convenu est clairement supérieur à la valeur vénale. Dans ce cas, le vendeur est par ailleurs en droit de résilier le contrat. De même, ce droit de préemption important est protégé par la loi sur le livre foncier en ce sens que, conformément au § 28 alinéa 1 de la loi sur la construction (BauGB), l'office du livre foncier ne peut inscrire l'acheteur comme propriétaire au livre foncier que lorsque la non-existence ou le non-exercice du droit de préemption est prouvé.

Dans la pratique, le droit de préemption communal joue un rôle considérable, étant donné qu'une demande doit être adressée à la commune pour chaque contrat de vente. Le notaire, de même que l'office du livre foncier, ne peuvent savoir ou vérifier avec certitude si un bien immobilier est soumis au droit de préemption, s'il fait partie d'un plan d'aménagement, s'il est prévu pour d'autres objectifs publics, s'il est construit ou non. C'est la raison pour laquelle il y a lieu de se procurer pour chaque contrat de vente une attestation dite négative et la présenter à l'office du livre foncier.

Il n'existe pas de procuration légale du notaire lui permettant d'introduire une demande pour cette attestation négative auprès de la commune. Dans la pratique, des procurations sont régulièrement prévues pour le notaire dans le contrat de vente des biens immobiliers afin d'élucider la question concernant le droit de préemption et l'attestation négative nécessaire pour les parties intéressées.

## **2. Droit de préemption dans le cadre de la loi sur le lotissement dans le Reich (ReichsheimstättenG)**

Conformément au § 4 de la loi du 11.08.1919 du lotissement dans le Reich (Journal officiel du Reich 1919, 1419 = Journal officiel III 2-2331/1), les entreprises de lotissement d'utilité publique ont un droit de préemption sur les biens fonciers agricoles de 2 ha ou plus.<sup>85</sup> Le droit de préemption n'existe que lorsque la vente nécessite une approbation conformément à la loi sur les transactions immobilières et que cette approbation devrait être refusée. Les autorités chargées des approbations qui reçoivent une demande d'approbation conformément à la loi sur les transactions immobilières, soumettent le contrat de vente aux autorités chargées du lotissement qui le transmettent à l'entreprise de lotissement.

Avec cette procédure, il suffit que le notaire introduise une demande d'approbation correspondante conforme à la loi sur les transactions immobilières. Cette procédure permet de clarifier la question du droit de préemption découlant du droit de lotissement.

## **3. Droit de préemption du locataire conformément à la loi relative à la construction et à l'habitation (WohBindG)**

Conformément au § 2 b de la loi sur la construction et l'habitation (Journal officiel 1994, I 2167), un droit de préemption privé est accordé au locataire en cas de vente d'une habitation de location financée par les deniers publics qui doit ou devrait être transformée en copropriété.<sup>86</sup>

## **4. Droit de préemption du locataire en cas de transformation**

Depuis le 01.09.1993, un droit de préemption privé a été introduit en faveur des locataires (voir Journal officiel 1993, I 1257, 1260). Ce droit concerne les cas où un logement de location est transformé en une copropriété conformément à la loi sur la copropriété. Le législateur y a vu la nécessité d'une protection particulière du locataire en lui accordant un droit de préemption en cas de vente après transformation, conformément au § 570 b du Code civil allemand (BGB).<sup>87</sup>

## **5. Autres droits de préemption publics**

---

<sup>85</sup> Comp. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 4137 ff. ; Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG, § 20 Rn. 18.

<sup>86</sup> Comp. Becker, Das Wohnungsbindungsgesetz - Auswirkungen auf den Grundstückverker für die notarielle Praxis, MittRhNotK 1980, 213 ; MittRhNotK 1982, 12 et MittRhNotK 1985, 209.

<sup>87</sup> Comp. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 4181 ; Langheim, DNotZ 1993, 650.

Le législateur allemand a prévu dans une série d'autres lois des droits de préemption spéciaux pour garantir les objectifs publics spéciaux. Par exemple, dans le domaine des chemins de fer, un droit de préemption a été introduit conformément au § 19 alinéa 3 de la loi AEG (Journal officiel I 1993, 2378). Dans le domaine de l'aménagement des grandes routes, il existe également un droit de préemption conformément au § 9 a alinéa 6 de la loi FstrG (Journal officiel I 1993, 854, amendé par le Journal officiel I 1994, 859). La Fédération dispose d'un droit de préemption conformément au § 15 alinéa 3 de la loi WaStrG pour les superficies nécessaires à l'aménagement ou la construction de voies navigables fédérales. Conformément au § 8 a alinéa 3 de la loi LuftVG (Journal officiel I 1993, 2130), il existe un droit de préemption lorsque les aéroports ou les lieux d'atterrissage doivent être prévus ou modifiés. En outre, il existe un droit de préemption conformément à la loi PBefG (§ 28 alinéa 3 de la loi PBefG, Journal officiel I 1993, 2132). Dans le but de réaliser un tronçon pour un train à suspension magnétique, un droit de préemption a été créé conformément au § 4 alinéa 3 de la loi sur l'aménagement des voies pour train à suspension magnétique du 23.11.1994 (Journal officiel I, 3486).

Il existe également des droits de préemption spécifiques pour répondre aux problèmes particuliers de rétrocession résultant de la réunification dans les nouveaux länder, ainsi qu'un certain nombre de droits de préemption régionaux prévus dans les lois des länder. Dans la plupart des länder allemands, il existe un droit de préemption prévu par les lois sur la protection des monuments et des sites naturels. Ces droits donnent aux communes, mais aussi à d'autres sujets de droit, la possibilité d'acquérir des bâtiments protégés par la loi sur les monuments et les sites naturels.<sup>88</sup> Des droits de préemption sont également régis au niveau régional dans le domaine de la protection de la nature et du droit forestier. De nombreux droits de préemption sont prévus par les lois relatives aux forêts pour des biens fonciers forestiers. On en trouve également en partie dans les lois sur les pêcheries ou les lois sur la protection de la nature.

## **D. Le notaire et l'authentification notariale comme position clé dans le règlement de projets administratifs importants par opération coopérative, notamment pour l'exploitation et la mise à disposition de biens fonciers à bâtir**

### **I. Introduction**

---

<sup>88</sup> Comp. Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 4187 ; Grauel, MittRhNotK 1998, 243 ; MittRhNotK 1994, 150 ; MittRhNotK 1995, 363.

Alors que, les années précédentes, l'administration avait créé en première ligne dans tous les domaines des réglementations par des opérations souveraines, en particulier des actes administratifs, les dernières années ont vu un recours toujours plus important au contrat de coopération, et ce sous l'influence de ressources toujours plus rares, de nouvelles théories sur la privatisation des tâches publiques et du développement d'administrations plus proches du citoyen dans le domaine de l'exécution des tâches publiques. La loi relative à la procédure administrative (VwVfG), en ses §§ 54 et suivants, a admis expressément le contrat administratif comme une réglementation coopérative en commun accord avec le citoyen, pour limiter l'acte administratif unilatéral souverain. Le contrat administratif se caractérise par le fait que, dans le domaine du droit public, des relations juridiques sont créées sans qu'il n'existe la fonction typique de supériorité et de subordination, mais une situation de réglementation coopérative.<sup>89</sup> En comparaison à l'acte administratif unilatéral de souveraineté, un contrat de droit public présente, de l'avis général, de nombreux avantages, mais aussi des risques.<sup>90</sup> L'avantage d'un contrat de droit public est que la commune peut établir des réglementations dépassant les normes d'admissibilité et de légalité qu'elle ne pourrait pas établir souverainement unilatéralement. A son tour, le citoyen peut être impliqué précocement dans le processus de décision de la commune ; le contrat a, dès lors qu'aucune protection administrative n'est ouverte à son encontre, une garantie d'existence et une rapidité de transposition de la réglementation beaucoup plus élevées que l'acte administratif qui peut être contrôlé pendant des années par des procédures judiciaires et dont la réalisation peut être considérablement retardée. L'acceptation de la solution trouvée s'est clairement accrue dans le domaine de la coopération. Des problèmes peuvent surgir du fait que dans le domaine des contrats de droit public aussi, à l'inverse des contrats privés, il n'existe pas de liberté contractuelle totale, mais une interférence par des prescriptions publiques qui agissent directement sur la validité du contrat. De plus, les contrats dans le domaine de l'exécution des tâches publiques ont un léger "parfum" de liquidation de droits souverains. *Grziwotz*<sup>91</sup> avance dès lors à juste titre que le contrat administratif est à mi-chemin entre coopération et corruption. Pour prévenir la liquidation de droits souverains, la jurisprudence des tribunaux administratifs a établi quelques limites importantes à l'opération administrative coopérative.

Le domaine le plus important de l'opération administrative coopérative est ce que l'on appelle le contrat d'urbanisation, dont les objectifs et les champs d'application sont

---

<sup>89</sup> Comp. Kopp, VwVfG, 6<sup>ème</sup> édition, 1996, § 54 Rn. 6 ; Mahnstein, Der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis des Notars, MittRhNotK 1995, 1, 2.

<sup>90</sup> Comp. Mahnstein, MittRhNotK 1995, 1 ; Grziwotz, Baulanderschließung, p. 159 ff. ; ders. Städtebauliche Verträge, DVBl. 1994, 1043, 1049 f. ; Stuer, Der Städtebauliche Vertrag, DVBl. 1995, 649 ff. ; Ottmann, Der Städtebauliche Vertrag, 1995, p. 20 ff.

<sup>91</sup> In : DVBl. 1995, 1050.

nombreux, mais qui se caractérise globalement par le but, suite à la raréfaction des terrains constructibles et aux champs de liberté toujours plus ténus des communes en raison des caisses publiques vides, d'accorder la souveraineté d'aménagement des communes avec les projets de construction des citoyens privés, et ce en réduisant les obstacles administratifs. Les réglementations contractuelles devraient permettre d'accélérer et d'améliorer la mise à disposition, la viabilisation et la constructibilité de biens immobiliers.<sup>92</sup> Les notaires jouent souvent un rôle clé dans le cadre de l'exécution de contrats d'urbanisme. En particulier lorsque des transferts de propriété de bien foncier sont liés au contrat d'urbanisation, il existe le droit d'authentification conformément au § 313 du Code civil allemand (BGB), qui s'étend à l'ensemble du contrat et non pas seulement au transfert de propriété de bien foncier. De cette manière, le notaire est impliqué dans l'ensemble de la conception et l'authentification du contrat d'urbanisation. L'importance des contrats d'urbanisme pour le notaire s'est dès lors considérablement accrue ces dernières années en Allemagne.

## **II. Aperçu sur le droit des contrats d'urbanisation conformément à la loi sur la construction**

### **1. Préambule**

Déjà en 1986, lors de la promulgation de la loi sur la construction, le législateur avait exprimé que la conclusion d'un contrat d'urbanisation était en principe possible. Le contrat d'urbanisation avait pour objectif de tenir compte de la demande grandissante de terrains à bâtir suite à l'augmentation du besoin accru de logements et à l'exploitation régressive de nouveaux terrains à bâtir par les communes. De l'opinion du législateur fédéral, l'application du contrat d'urbanisation était un moyen efficace permettant d'accorder la compétence en matière de planification des communes avec les projets de construction des participants au marché.<sup>93</sup> Avec la réunification, une base légale détaillée a été créée, qui a maintenant trouvé un fondement autonome dans la loi sur la construction (BauGB) en son § 11, dans sa version valide à partir du 01.01.1998. La prescription prévoit que les communes peuvent conclure des contrats d'urbanisation, dont les objets sont notamment :

---

<sup>92</sup> Comp. Grziwotz, Baulanderschließung, p. 161 ff. ; Stuer, DVBl. 1995, 649 ; Döhring, NVWZ 1994, 853 ; Birk, Die neuen Städtebaulichen Verträge, 2<sup>ème</sup> édition, 1996 ; Scharner, Städtebauliche Verträge, selon le § 6 de la loi BauGBMaßG. NVWZ 1995, 219.

<sup>93</sup> Comp. Ottman, Der Städtebauliche Vertrag, p. 20.

- La préparation ou l'exécution de mesures d'urbanisation par le partenaire contractuel à ses propres frais ; en font également partie la réorganisation des terrains, l'assainissement des sols et d'autres mesures préparatoires, etc.
- L'encouragement et la garantie des objectifs poursuivis par le schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme, en particulier l'exploitation du bien foncier, l'exécution de mesures de nivellement pour des raisons écologiques, etc.
- La prise en charge des frais ou autres dépenses que la commune encourt ou a encouru suite aux mesures d'urbanisme et qui sont la condition préalable nécessaire pour la suite du projet prévu ; la mise à disposition des biens fonciers en fait également partie.

Dans le § 11 alinéa 2 de la loi sur la construction (BauGB), le législateur a maintenant spécifié que le contrat d'urbanisation pouvait s'éloigner clairement des prérequis obligatoires légaux et était uniquement soumis au principe de la proportionnalité : les prestations convenues doivent être proportionnelles à l'ensemble des circonstances. La convention d'une prestation à fournir par un partenaire contractuel est inadmissible s'il aurait eu droit à la contre-prestation, même sans cette convention.<sup>94</sup> Le législateur a dès lors tenu compte dans le § 11 des particularités effectives actuelles, selon lesquelles les contrats d'urbanisation trouveraient dans la pratique un champ d'application plus large. Les contrats d'urbanisation s'inscrivent dans la lignée d'objectifs publics les plus divers.

## **2. Importants contrats d'urbanisation dans la pratique notariale**

### a) Contrat de viabilisation

Le contrat de viabilisation est régi par le § 11 alinéa 1 et le § 124 alinéa 2 de la loi sur la construction (BauGB).<sup>95</sup> Cette viabilisation relève de la responsabilité des communes comme tâche autonome et comporte toutes les mesures qui sont nécessaires pour qu'un bien foncier soit constructible. La viabilisation englobe la création nécessaire des routes, voies, places, aires de stationnement, aires de verdure, installations d'alimentation en eau, chaleur, courant, gaz et téléphone, etc., c'est-à-dire toutes les infrastructures nécessaires. En principe, une commune qui veut exploiter un terrain à bâtir doit procéder à sa viabilisation. Dans le § 124 de la loi sur la construction, le législateur a par ailleurs offert aux communes la possibilité de céder la viabilisation de biens fonciers uniques ou de zones à bâtir entières à des tiers. Ce dernier réalise alors

---

<sup>94</sup> Comp. en général sur le contrat d'urbanisation selon la nouvelle réglementation ; Öder, Städtebaulicher Vertrag nach dem Bau- und Raumordnungsgesetz 1998, NVWZ 1997, 1190 ; Grziwotz, Änderung des BauGB und Vertragsgestaltung, DNotZ 1997, 916.

<sup>95</sup> Comp. Birk, Die neuen Städtebaulichen Veträge, p. 15 ff. ; Grziwotz, Baulanderschließung, p. 318 ff. ; Mahnstein, MittRhNotK 1995, 8.

les installations de viabilisation en son nom propre et à ses propres frais et les cède ensuite à la commune.<sup>96</sup> Dans de nombreux cas, l'entrepreneur est également propriétaire des biens fonciers à viabiliser qu'il désire ensuite revendre à des acheteurs. Son intérêt pour la viabilisation est de pouvoir réaliser une viabilisation rapide sous sa propre responsabilité car, à défaut, c'est la commune qui procéderait à la viabilisation.

b) Contrat de préfinancement

En ce qui concerne le contrat de préfinancement, que l'on désigne aussi comme faux contrat de viabilisation, l'entrepreneur ne prend que provisoirement en charge les frais de la viabilisation qu'il réalise.<sup>97</sup> Dans le cadre de ce contrat, l'entrepreneur se voit rembourser les frais de la viabilisation qu'il réalise.

c) Le remembrement volontaire

Les §§ 45 et suivants de la loi sur la construction (BauGB) prévoient ce que l'on appelle un remembrement administratif permettant de réorganiser des biens fonciers par un acte d'autorité. Le remembrement volontaire se caractérise par le fait que les propriétaires des biens fonciers sont tenus par contrat de procéder à la réorganisation correspondante de leurs biens immobiliers en se servant à cet effet des instruments du droit privé.<sup>98</sup> Que la commune puisse prélever une taxe particulière sur le terrain dans le cas de la répartition globale du terrain, fait l'objet d'une controverse.

d) Modèles indigènes

Tant dans l'environnement des agglomérations que dans les charmantes régions de détente campagnardes, les communes ont tenté de couvrir en premier lieu les besoins de logement de la population locale par des modèles dits indigènes.<sup>99</sup> Ces divers modèles indigènes ont pour objectif de créer des logements pour la population indigène en influençant la structure des propriétaires de biens fonciers dans une zone constructible qui sera exploitée et d'empêcher une surpopulation étrangère sur le territoire de la commune.<sup>100</sup> A cet effet, les communes ont développé diverses stratégies qui se basent en partie sur la conclusion de contrats d'urbanisation. De nombreuses communes n'accordent l'autorisation de viabiliser des biens fonciers que si les propriétaires des biens

---

<sup>96</sup> Comp. exemple d'un contrat de viabilisation chez Grziwotz, *Baulanderschließung*, p. 330.

<sup>97</sup> Comp. Grziwotz, *Baulanderschließung*, p. 326 ; Döhring, *Verträge zur Erschließung von Bauland*, NVWZ 1994, 853, 855.

<sup>98</sup> Comp. Dieterich, *Baulandumlegung*, 3<sup>ème</sup> édition, Rn. 494 ; Grziwotz, *Baulanderschließung*, p. 234.

<sup>99</sup> Comp. pour les modèles indigènes, Tribunal administratif supérieur de Bavière (BayVGH) NVwZ 1990, 979 ; BVerwG DNotZ 1994, 63 ; Jachmann, *Rechtliche Qualifikation und Zulässigkeit von Einheimischenmodellen als Beispiel für Verwaltungshandeln durch Vertrag*, MittBayNot 1994, 93.

<sup>100</sup> BVerwG DNotZ 1994, 63.

fonciers concernés cèdent d'abord leurs biens fonciers à la commune. La possibilité de racheter une partie des terrains exploités est souvent octroyée aux propriétaires. Les parties des biens fonciers qui restent aux mains de la commune sont alors cédées de préférence à des indigènes (c'est ce que l'on appelle les modèles d'acquisitions intermédiaires).<sup>101</sup> La commune assortit souvent la revente des terrains indigènes d'ordres de construction, afin de réaliser son objectif qui est l'établissement des indigènes dans la zone concernée.

Un autre modèle est le modèle dit contractuel. Dans ce modèle, connu aussi sous le nom de modèle de Weilheim, la commune n'autorise un plan d'aménagement que si le ou les propriétaires de biens fonciers présentent à la commune une offre de vente authentifiée par notaire limitée dans le temps et autorisent une mention de sécurité correspondante à inscrire au livre foncier. La commune ne peut accepter l'offre de vente que si le propriétaire du bien foncier cède le bien foncier en question à un étranger. La jurisprudence a fait une large part à ce type de modèle.<sup>102</sup>

e) Contrats sur les frais inhérents

Le § 11 alinéa 1 n° 3 de la loi sur la construction régit également le contrat sur les frais inhérents. Il s'agit ici de contrats par lesquels les personnes désireuses de bâtir s'engagent par contrat vis-à-vis de la commune à prendre à charge les frais et autres dépenses encourus par la commune pour les plans d'urbanisation, pour les autres mesures d'urbanisation, ainsi que pour les installations et dispositifs servant à la communauté.<sup>103</sup> La nouvelle version de cette loi établit un lien étroit entre les frais et le projet prévu. La condition préalable nécessaire à un contrat sur les frais inhérents est que les coûts engendrés pour les mesures soient le prérequis ou la conséquence du projet.

Dans le domaine des contrats sur les frais inhérents se posait notamment une problématique, à savoir que la commune ne pouvait pas s'engager en raison de sa compétence en matière de planification. Très vite, la jurisprudence a montré qu'il n'y avait pas de demande de promulguer un plan d'aménagement.

### **III. L'immixtion du notaire dans l'opération administrative coopérative sur base de l'obligation d'authentification**

En principe, les contrats d'urbanisation ne sont pas soumis à l'obligation d'authentification. Conformément au § 11 alinéa 3 BauGB, un contrat d'urbanisation doit revêtir la forme écrite. Par ailleurs, la prescription spécifique que cette clause n'est valable que

---

<sup>101</sup> Comp. Jachmann, op. cit.

<sup>102</sup> BVerwG DNotZ 1994, 63.

<sup>103</sup> Grziwotz, Baulanderschließung, p. 170 ff. ; Stuer, DVBl. 1995, 649, 654 ; Battis/Krautzberger/Löhr, NVWZ 1997, 1145, 1157.

si une autre forme n'est pas prescrite en vertu d'autres prescriptions de forme. Etant donné que, dans le cadre d'une convention d'un contrat d'urbanisation, les obligations sont souvent liées à l'acquisition ou à la vente d'un bien foncier, l'obligation d'authentification existe en vertu du § 313 du Code civil allemand.<sup>104</sup> Dans de nombreux cas, les contrats d'urbanisation du type précité sont soumis à l'obligation d'authentification, c'est-à-dire que le notaire doit intervenir dans la formulation et l'exécution du contrat. Par conséquent, les obligations notariales générales lui incombent au niveau de la formulation et de l'exécution du contrat. Il est tenu d'établir un contrat valide, de rechercher la volonté juridique des parties intéressées, d'élucider les faits et d'instruire les parties intéressées sur la portée juridique de l'acte. Pour les contrats de droit public, cela signifie que le notaire doit informer les parties intéressées non seulement des conséquences en matière de droit civil, mais aussi en particulier sur les questions de droit public. La problématique des contrats de droit public réside par ailleurs dans le fait que la sécurité juridique n'est justement pas trop élevée dans ce domaine. Ce n'est souvent que lors d'un arrêt du Tribunal administratif supérieur, qu'il appert qu'une pratique considérée comme permise depuis tout temps s'avère non conforme à la loi. Les conséquences du droit public sur le contrat de droit public sont extrêmement multiples et consignées dans des lois les plus diverses, de sorte que le notaire se voit confronté à une situation particulièrement difficile au niveau de l'instruction. *Mahnstein*<sup>105</sup> fait remarquer à juste titre que ce sont justement les rapports de droit public qui sont souvent méconnus lors de la formulation du contrat et que le droit public mal ordonné cache des dangers qui imposent des restrictions aux conventions contractuelles. A l'inverse - c'est ce que montrent les décisions des dernières années - les tribunaux civils sont rarement conscients de l'implication du droit public dans ces contrats et appliquent sans aucune différenciation des catégories de droit civil à des contrats qui sont imbriqués par le droit public et qui servent des objectifs de droit public. Par exemple, dans le cadre des obligations de construction, la pratique actuelle veut souvent que les communes qui vendent des terrains à des indigènes, prévoient dans les contrats des ordres de construction, spécifiant que si un bâtiment n'est pas construit dans des délais déterminés, il existe une obligation de rétrocession. Les tribunaux régionaux supérieurs imposent des exigences strictes à ce type de clause, sans tenir compte du fait que des objectifs de droit public interviennent dans ce cadre. Toute pratique imposée ou du moins motivée par des considérations de droit public est déclarée comme inadmissible par les tribunaux régionaux supérieurs. Ces exemples montrent que, dans ce domaine, il existe une plus grande incertitude juridique que pour l'exécution des contrats de droit civil entre privés.

---

<sup>104</sup> Comp. en ce qui concerne la question de la portée de l'authentification, OVG Coblenz, DÖV 1978, 444.

<sup>105</sup> MittRhNotK 1995, 20.

En résumé, le notaire joue un rôle de plus en plus important dans le cadre de l'exécution et de la conception de contrats d'intérêt public au niveau des opérations administratives coopératives ; il a notamment pour mission spéciale de défendre les intérêts des parties contractuelles privées mal informées. Le notaire agit ici comme intermédiaire entre l'institution privée et l'institution de droit public qui conclut le contrat, servant ainsi à l'entremise du droit public dans les catégories de droit civil. L'authentification notariale dans ce domaine réorganise immédiatement les relations juridiques de droit public. Le notaire se voit ainsi confier une mission particulièrement responsable. Ce type de contrat a souvent un champ d'application très large et concerne dans de nombreux cas l'ensemble des zones constructibles d'une commune ; ces contrats revêtent dès lors une importance considérable pour le développement de la commune en question. Il y a lieu de tenir compte ici de la ligne de séparation ténue entre la liberté contractuelle et le règlement-cadre de droit public qui n'est pas toujours facile à sonder. Le notaire a pour mission de prendre en considération les deux parties - l'obligation pour l'Etat de respecter le droit et la liberté contractuelle du citoyen - et de les accorder. *Grziwotz*<sup>106</sup> fait remarquer à juste titre que la solution pratique n'est pas toujours facile, étant donné que l'Etat insiste sur la réalisation des intérêts publics et ne peut dès lors être considéré comme un partenaire contractuel "normal". En outre, le notaire doit veiller à ce que dans ce domaine le contrat représente un moyen de conciliation pondéré des intérêts et présente ainsi une conformité contractuelle interne. Cela n'est possible que sous réserve de lutter à armes intellectuelles égales, ce qui implique que le notaire doit instruire les citoyens sur les conséquences et effets juridiques difficiles lors de la conclusion de ce type de contrat. Une autre mission du notaire dans ce domaine est d'établir une égalité des forces de négociation entre les parties intéressées. Cet équilibre des pouvoirs est naturellement bien plus difficile entre citoyen et Etat qu'entre privés.

## **E. Le notaire comme partie des procédures liées aux registres publics**

### **I. Généralités**

Le droit allemand est particulièrement marqué par l'importance de certains registres dans les transactions juridiques. Les registres les plus importants dans la pratique sont le registre de commerce et le livre foncier. A côté, il existe également des registres de structure similaire comme le registre de participation, le registre des associations et le registre des coopératives et, pour le domaine du droit familial, le registre matrimonial.

L'importance de ces registres réside en ce qu'ils assurent la sécurité et la facilité de la vie juridique. Les registres sont avant tout des moyens de publicité qui garantissent la

---

<sup>106</sup> DVBl. 1994, 1051.

sécurité de la vie juridique par le fait qu'ils publient des informations importantes qui sont accessibles à tout un chacun, dans l'intérêt de la communauté mais aussi pour la protection des personnes participant à la vie économique.<sup>107</sup> Dans une société fondée sur la division du travail, qui repose sur l'économie de marché libre, le registre de commerce présente, avec le livre foncier, une source d'informations qui joue un rôle prépondérant pour les affaires commerciales importantes. Les informations inscrites au registre du commerce constituent les bases de contrats et d'autres décisions importantes des investisseurs, des entreprises et des consommateurs. Il est dès lors dans l'intérêt public de préserver la justesse, la complétude, la mise à jour et la facilité d'accès au registre, dans la mesure du possible.<sup>108</sup> Aussi bien pour les biens fonciers que pour les entreprises, il existe des relations juridiques primordiales pour la position juridique d'un tiers qui pose un acte juridique en rapport avec le bien foncier ou l'entreprise. Ces relations juridiques ne sont pas toujours reconnaissables avec certitude par le public lorsque qu'elles reposent exclusivement sur la volonté de constitution du propriétaire du terrain ou du titulaire de l'entreprise. A cet effet, les informations importantes pour la vie juridique sont consignées de manière sûre et fiable dans les divers registres ou livres fonciers, elles sont publiées et servent ainsi les intérêts publics de manière protégée.<sup>109</sup>

En République fédérale d'Allemagne, ces registres extrêmement importants pour la vie juridique sont tenus par les tribunaux. Les inscriptions au livre foncier et au registre de commerce sont assurées par un détenteur de la souveraineté du tribunal et constituent dès lors des actes d'autorité de droit public.

Le législateur allemand a dès lors garanti par certaines exigences de formes déterminées - l'authentification ou la légalisation notariale - que les notaires interviennent également dans le système d'enregistrement. En règle générale, les inscriptions au livre foncier ou au registre de commerce nécessitent l'authentification publique ou même l'authentification par un notaire. Le législateur a ainsi prescrit une forme déterminée d'authentification comme base des inscriptions dans ces registres, faisant ainsi endosser au notaire une part de la responsabilité du contenu du registre. Les notaires représentent dès lors une partie de la procédure d'enregistrement uniforme et assument à cet effet des tâches publiques propres qui desservent finalement l'inscription au registre et par conséquent l'intérêt de l'Etat.

## **II. Aperçu des inscriptions au livre foncier et au registre du commerce**

---

<sup>107</sup> Comp. pour le registre de commerce, Limmer, Die Handelsregister in den Ländern der europäischen Union, Notarius International 1997, 32.

<sup>108</sup> Comp. Zipp/Auer, Vom Handelsregister zum Firmenbuch, Vienne, 1993.

<sup>109</sup> Comp. aussi Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, Cologne, 1989, 56.

## 1. Livre foncier

Le livre foncier a diverses fonctions dans le droit allemand.<sup>110</sup> Le livre foncier a pour objet de clarifier les relations de propriété et de droit concernant un bien immobilier. Cela signifie que le livre foncier publie les rapports de propriété afférents aux biens immobiliers, communique les grèvements réels et classe leur priorité. On distingue ici les fonctions suivantes :

Fonction constitutive :

Chaque modification juridique contractuelle concernant les biens fonciers (cession de la propriété et établissement, transfert, modification de contenu ou annulation de droits réels limités) nécessite, outre l'accord des parties contractuelles, l'inscription au livre foncier (§§ 873, 875, 877 du Code civil allemand = BGB). L'inscription au livre foncier favorise donc l'irrévocabilité matérielle.

Effet de présomption :

L'inscription au livre foncier justifie la présomption que le droit inscrit existe et que celui qui est inscrit est également l'ayant droit réel (§ 891 alinéa 1 du Code civil allemand = BGB). A l'inverse, vis-à-vis d'un droit éteint, on supposera qu'il n'existe pas (§ 891 alinéa 2 du Code civil allemand).

Fonction de bonne foi :

Dans le droit allemand, même l'acquisition d'un non-ayant droit est régi par les §§ 892, 893 du Code civil allemand (BGB). Quiconque est inscrit dans le livre foncier comme ayant droit peut effectivement disposer de la propriété, même si dans la réalité il n'est pas le réel propriétaire. L'acquéreur achète effectivement en vertu de la fonction de bonne foi de l'office du livre foncier du propriétaire.

Les relations juridiques dans les anciens Etats du bloc de l'Est montrent notamment quels problèmes peuvent survenir lorsque le livre foncier n'est pas tenu correctement ou pas tenu du tout. Les transactions immobilières et hypothécaires en particulier ont besoin d'un système de livre foncier fiable. La politique d'investissement dépend particulièrement du crédit réel qui doit à son tour reposer sur un système de registre de droit public efficace. Ce ne sont pas seulement les exigences du crédit réel qui encouragent la nécessité d'un livre foncier, mais aussi les intérêts publics.<sup>111</sup> Les projets de construction publics, l'exploitation ciblée de biens immobiliers et la suppression des investissements exigent la publication des relations juridiques concernant les terrains.

---

<sup>110</sup> Comp. Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 8<sup>ème</sup> édition, 1997, Einl. B 10 ff. ; Böhringer, Das Deutsche Grundbuchsystem im internationalen Rechtsvergleich, Zeitschrift für das Notariat in Baden Württemberg, 1987, 25 ff.

<sup>111</sup> Cfr. Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, Einl. B 8.

Le législateur allemand n'a pas seulement posé des exigences particulières relatives à la qualité du livre foncier et de ses fonctionnaires, mais aussi augmenté la sécurité juridique en faisant intervenir l'authentification ou la légalisation notariale à l'avant-plan. Conformément au § 29 du Code régissant le livre foncier (GBO), une inscription au livre foncier ne peut être effectuée que lorsque les autorisations d'inscription ou toutes autres déclarations nécessaires à l'inscription sont prouvées par des actes publics ou authentifiés publiquement. Dans l'esprit de cette prescription, les actes publics ou authentifiés publiquement sont presque toujours sans exception assumés en Allemagne par des notaires qui ont à cet effet une compétence exclusive.

Le notaire est ainsi impliqué dans la procédure d'enregistrement et intervient à l'avant-plan de l'enregistrement. Des tâches particulières lui incombent dès lors concernant la justesse du registre. Il fait partie de la procédure d'enregistrement de droit public. Les obligations professionnelles notariales ont ainsi des conséquences directes sur la procédure d'enregistrement, la procédure d'authentification précédant par conséquent la procédure d'enregistrement.

## **2. Registre du commerce**

Au niveau du registre du commerce également, le § 12 du Code de commerce (HGB) prévoit que les demandes d'enregistrement au registre de commerce, ainsi que les signatures nécessaires à la consignation près le tribunal parviennent dans une forme authentifiée publiquement. Dans le domaine des sociétés de capitaux, les droits relatifs aux formes de sociétés individuelles spécifient en outre qu'un contrat de société doit être authentifié par-devant notaire (§ 2 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée = GmbHG, § 23 alinéa 1 de la loi sur les sociétés anonymes = AG). D'autres faits importants dans la vie d'une société nécessitent également une authentification notariale, par exemple la fusion de sociétés (§ 6 de la loi relative à la transformation des sociétés = UmwG), la scission de sociétés (§§ 125 en rapport avec le § 6 de la loi relative à la transformation des sociétés = UmwG), la décision sur le changement de forme d'une société en une autre forme juridique (§ 193 alinéa 3 de la loi relative à la transformation des sociétés = UmwG). Le droit allemand portant sur les sociétés de capitaux se caractérise par le fait que pour la constitution d'un groupement de personnes ayant la personnalité juridique (sociétés d'actions, sociétés à responsabilité limitée, etc.), l'inscription au registre du commerce est constitutionnellement nécessaire. Comme avec le livre foncier, la personne morale n'a la capacité juridique qu'après l'inscription au registre du commerce sur base d'un acte notarié. Les inscriptions au registre du commerce sont également assorties d'une obligation de contrôle du registre de commerce.<sup>112</sup> L'objectif du registre du commerce consistant à informer de manière

---

<sup>112</sup> Comp. Scholz/Winter, GmbHG, 8<sup>ème</sup> édition, Cologne 1993, § 9 c Rn. 4 ff ; Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 5<sup>ème</sup> édition, Munich 1973, § 8 Rn. 20 ff.

fiable le public des faits considérés comme essentiels par le législateur est renforcé par le fait qu'une signification matérielle-juridique est accordée à ces inscriptions : l'acte de publication dans le registre du commerce devient un élément constitutif déterminant pour certains effets juridiques.<sup>113</sup> La personne morale n'acquiert la capacité juridique qu'avec l'inscription au registre de commerce. L'enregistrement a donc un effet de constitution comme pour le livre foncier. Le législateur a dès lors garanti la fonction de publication et de publicité du registre du commerce par le fait qu'un effet juridique n'intervient pour les actes particulièrement importants que lorsque l'inscription est effective. Si l'inscription est effective, on peut généralement postuler que l'effet juridique correspondant existe également. Les inscriptions sont dans ce cas aussi constitutives. De plus, toutes les inscriptions justifient la présomption réfutable de leur justesse. L'implication du notaire à l'avant-plan de la procédure d'enregistrement est ainsi assurée par deux mécanismes réglementaires différents :

- Pour les annonces simples, il faut au moins prévoir une légalisation notariale publique ;
- Dans le domaine de la constitution de sociétés de capitaux et d'actes importants similaires dans la vie d'une société, l'authentification notariale est obligatoirement prescrite.

Le législateur parvient de cette manière à impliquer obligatoirement le notaire dans la procédure d'enregistrement.

### **III. Fonctions particulières des authentifications et légalisations notariales dans les procédures relatives aux registres et au livre foncier**

L'implication obligatoire du notaire à l'avant-plan d'une inscription au registre ou au livre foncier a de nombreux effets :

#### **1. Contrôle de la légalité**

Du fait que le notaire doit refuser sa fonction administrative conformément au § 14 alinéa 2 de la loi relative aux notaires (BNotO), lorsque celle-ci n'est pas compatible avec ses obligations administratives, en particulier lorsque son intervention est exigée dans des opérations visant clairement à poursuivre des buts illicites ou malhonnêtes, la phase préliminaire à l'inscription au registre et au livre foncier prévoit déjà qu'aucun acte ne peut constituer la base d'une inscription au registre s'il enfreint ce principe fondamental de l'honnêteté et le principe de la légalité.

---

<sup>113</sup> Comp. Schlegelberger, HGB, Einl. zu § 8, Anm. 1.

## **2. Conservation de la preuve**

L'acte notarié et l'exigence de forme ont pour objectif de désigner clairement l'acte juridique avec l'ensemble de son contenu et d'établir clairement, sans ambiguïté et définitivement le contenu de l'acte et de ses conventions annexes, et de ce fait de les distinguer clairement des négociations préliminaires sans engagement, etc.<sup>114</sup> Cette preuve est conservée dans l'intérêt des parties, afin de permettre de constater avec certitude le contenu du contrat aussi bien pour les parties que pour des tiers et d'assortir ce contrat de règles de preuve accrues. Mais une conservation de la preuve particulière existe également pour le livre foncier et le registre et donc dans l'intérêt public.<sup>115</sup> Si l'authentification notariale est prescrite, le contenu juridique sera assorti de règles de preuve accrues et constituera ainsi une base fiable pour l'inscription au registre et au livre foncier. Si seule la légalisation notariale est prescrite, la forme écrite sera au moins revêtue et une sécurité d'identification particulière sera garantie par le notaire.

## **3. Garantie inhérente à l'existence des actes**

Conformément au § 17 de la loi relative à l'authentification (BeurKG), le notaire est tenu de rechercher la volonté juridique des parties intéressées, d'élucider les faits et d'instruire les parties intéressées sur la portée juridique de l'acte. L'authentification notariale spécifie clairement aux parties intéressées quels sont les effets juridiques de leur déclaration. Plus le règlement juridique est complexe et plus les conceptions juridiques des parties intéressées dévient, plus ce rôle est important.<sup>116</sup> Ceci garantit, d'une part, que les parties intéressées sont déjà au courant de la signification de leurs déclarations avant l'inscription au registre, de manière à minimiser les motifs d'opposition. De plus, selon la jurisprudence, le notaire doit instruire les parties intéressées sur la validité de l'acte juridique et veiller au fond à établir des actes valides conforme au règlement juridique.<sup>117</sup> Ceci permet également de garantir que la base de l'inscription est constituée par des actes juridiques, du moins dans le domaine de l'authentification notariale, l'intervention du notaire garantissant que ces actes sont en conformité avec les normes juridiques, mais aussi avec la jurisprudence de la cour fédérale de justice. La garantie d'existence et de validité est dès lors nettement plus importante que pour les actes juridiques établis sans l'intervention du notaire.

## **4. Sécurité d'identification**

---

<sup>114</sup> Comp. Keidel/Kuntze/Winkler, BeurK, Einl. Rn. 19.

<sup>115</sup> Comp. Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, p. 125 ; MünchKomm-Kanzleiter, BGB, 3<sup>ème</sup> édition, § 313 Rn. 1

<sup>116</sup> Comp. Keidel/Kuntze/Winkler, BeurK, § 17 Rn. 43.

<sup>117</sup> Comp. Keidel/Kuntze/Winkler, BeurK, § 17 Rn. 44 ; Huhn/V. Schuckmann, BeurK, § 17 Rn. 33.

Aussi bien en cas d'authentification qu'en cas de légalisation, il incombe au notaire de constater avec certitude l'identité des parties intéressées au processus d'inscription au registre et au livre foncier (§ 10, 40 de la loi sur l'authentification = BeurkG). L'office du registre et du livre foncier est ainsi dégagé de la nécessité de constater l'identité.

## **5. Décongestionnement du tribunal**

Les garanties assurées par l'authentification ou la légalisation notariale en aval de la procédure d'inscription au registre donnent lieu à un décongestionnement manifeste du tribunal. De ce fait, la garantie d'existence et de validité élevée assure d'une part la fiabilité et la justesse de l'inscription au registre. Les actes qui sont invalides ou qui peuvent être contestés par la suite, mettant ainsi en doute l'exactitude de l'inscription au registre, sont nettement minimisés par rapport aux autres domaines, grâce à l'authentification notariale, ce qui augmente considérablement la fiabilité et la justesse du registre. En outre, les diverses obligations de contrôle et d'instruction du notaire permettent de garantir que les parties intéressées sont largement informées de la base de l'inscription et par conséquent de l'inscription au registre. On obtient ainsi un décongestionnement manifeste du tribunal étant donné que, à défaut, ce serait au tribunal et à ses fonctionnaires d'assumer les tâches entreprises par le notaire à l'avant-plan de la procédure d'inscription au registre. L'implication du notaire présente d'abord l'avantage que les parties intéressées situées à proximité immédiate ne doivent pas se déplacer personnellement jusqu'à des endroits centraux déterminés où sont conservés les registres et les livres fonciers. Il existe ainsi la possibilité de centralisation de la tenue des registres, sans que la protection des parties intéressées ne soit entravée par de trop longues distances. Deuxièmement, le personnel des registres peut se limiter au contrôle pur de l'inscription et se baser à cet effet sur des documents fiables contrôlés en aval. La procédure effective d'inscription au registre est ainsi nettement réduite et plus efficace.

## **F. Le notaire dans le cadre du règlement de conflit comme partie d'une procédure contentieuse : l'exemple du Sachenrechtsbereinigungsgesetz**

Depuis peu existe en République fédérale d'Allemagne une procédure de règlement de conflit particulière qui a été introduite dans les nouveaux länder après la réunification. Les nouveaux länder étaient confrontés au problème suivant : en vertu des règlements juridiques socialistes, la propriété de bâtiment et la propriété de terrain étaient séparées et pouvaient donc appartenir à des personnes différentes. Ces principes ne sont pas conformes au Code civil allemand comme c'était le cas dans les anciens länder avant la réunification. En 1995, le législateur a dès lors tenté avec la loi sur les transformations de la propriété de bâtiment (SachRBerG) de régler les relations juridiques, par un processus complexe de demandes des parties intéressées les unes vis-à-vis des autres. Certes, le propriétaire d'un bâtiment peut revendiquer au proprié-

taire d'un bien foncier l'achat du terrain ou la constitution d'un droit de succession, et ce à la moitié de la valeur vénale. Il est évident qu'il existe ici un conflit considérable entre les parties intéressées. On parle de plus de 300.000 cas. Un tissu relativement compliqué d'exceptions et de conditions d'existence du droit oblige un règlement complexe entre les parties intéressées. Au vu des bénéfices acquis par la réunification suite à la hausse de valeur des terrains, il est compréhensible que le conflit pour l'achat du terrain non seulement soit vécu de manière émotionnelle par le propriétaire du bâtiment et l'utilisateur, mais soit encore avivé par des circonstances économiques particulières.

Pour régler la procédure judiciaire, le législateur a prévu une procédure de médiation notariale aux §§ 87 et suivants SachRBerG. Cette procédure de médiation notariale est la condition préalable à une procédure judiciaire (§ 104 SachRBerG). Personne ne peut ester en justice sans une procédure de médiation notariale préalable. La procédure est ouverte chez le notaire sur demande. Le notaire doit convoquer les parties intéressées et peut, comme un tribunal, administrer la preuve, commander des expertises dans le cadre de cette procédure. Une fois les enquêtes réalisées, le notaire présente une proposition de médiation sous la forme d'un avant-projet de contrat qui peut même réclamer par une procédure par défaut particulier des effets juridiques vis-à-vis d'un non-comparant. Si un accord ne peut aboutir, le notaire consigne le résultat de la procédure dans un procès-verbal de conclusion reprenant les points reconnus comme incontestables et ceux reconnus comme litigieux, remettant de ce fait une concentration du litige dans le cadre d'une procédure judiciaire connexe.

Cette procédure de médiation devant notaire a pour but le règlement extrajudiciaire total du conflit, ou du moins la limitation du conflit à certains points déterminants à soumettre à la décision du tribunal. Si la procédure de médiation notariale aboutit à un accord entre les parties, le notaire doit établir le contrat. Si cette procédure de médiation notariale n'existait pas, cela aurait pour conséquence une surcharge énorme des tribunaux des nouveaux länder. Chacune des procédures potentielles concernerait une relation juridique extrêmement complexe qui ne pourrait pratiquement pas être maîtrisée dans le cadre d'un procès civil en raison du nombre de points litigieux en suspens.

La familiarité du notaire avec le droit sur les biens fonciers montre notamment que cette procédure est hautement efficace et permet de minimiser les litiges. Dans le cadre de cette procédure de médiation, le notaire a pour mission, en qualité de médiateur impartial, d'éclairer les parties intéressées sur leur position juridique et de leur permettre d'utiliser leur position de négociateur. Les pouvoirs d'administration de la preuve et de commande d'expertise permettent d'élucider largement les faits, de sorte que si une procédure judiciaire est inévitable, toutes les informations nécessaires, en particulier la valeur du terrain, auraient déjà été préparées par le notaire.

Les expériences réalisées jusqu'à présent montrent que l'obligation de s'engager dans une procédure de médiation notariale avant la procédure judiciaire, entraîne un décongestionnement considérable du tribunal. Une plainte dans le cadre du règlement des biens et droits réels doit, pour être valide, être précédée d'une procédure de médiation par-devant notaire. Les parties intéressées sont dès lors obligées d'essayer de trouver un dénouement notarial judiciaire au conflit avant toute décision judiciaire contestable.

A ce sujet, l'expérience montre que cette procédure de médiation, même si un procès judiciaire ne peut être évité, a des effets de décongestionnement considérables sur le tribunal, étant donné qu'une série de points litigieux sont réglés par conciliation et à l'amiable entre les parties intéressées dans le cadre de ce type de procédure complexe. Le tribunal n'a plus qu'à se prononcer sur quelques points litigieux et non plus sur l'ensemble du litige.

Suite à ces expériences positives, on devrait envisager, du moins dans les matières complexes dans lesquelles le notaire jouit d'une expérience particulière, de faire précéder les procédures judiciaires par une procédure de médiation notariale qui soit aboutirait à un règlement complet du litige, soit aurait au moins le mérite de décongestionner considérablement le travail des tribunaux. En raison de l'expérience particulière du notaire dans ce domaine, les matières suivantes s'imposeraient parfaitement : droit de la famille, droit successoral, droit des sociétés et droit de l'immobilier.

Les principaux constats pour le Notariat allemand sont les suivants :

- 1.** Le notaire allemand est titulaire d'une fonction publique qui lui est confiée par l'Etat et entretient des relations juridiques, notamment de droit public, particulières avec l'Etat, similaires à celles d'un juge. Mais il est en même temps conseiller impartial des parties impliquées dont il doit également défendre les intérêts vis-à-vis de l'Etat. Le contrôle de l'Etat et un engagement total vis-à-vis de la légalité permettent de confier des devoirs fiscaux et d'Etat au notaire.
- 2.** Le lien de protection particulier vis-à-vis des citoyens est assuré par une indépendance du notaire par rapport à l'Etat, indépendance garantie par le droit constitutionnel. Les limites de l'intervention du notaire dans les missions de l'Etat sont imposées par le devoir de confidentialité et la protection des données personnelles prévue par le droit constitutionnel, ainsi que par le droit fondamental constitutionnel de l'exercice des professions libérales.
- 3.** Le notaire ne peut être chargé des missions de l'Etat que si l'analogie nécessaire avec les autres tâches du notaire est garantie dans le cadre de l'administration de la justice prévoyante et notamment des actes d'authentification. Les missions fiscales ou

de droit administratif qui ne sont pas familières au notaire ne peuvent lui être confiées. Le droit fondamental de l'exercice des professions libérales prévoit que les missions publiques et fiscales ne peuvent être confiées au notaire que s'il lui reste assez de temps pour subvenir à sa propre subsistance qu'il assure par les tâches d'authentification. Il y aura notamment dépassement de la limite si le notaire est sollicité de manière déraisonnable.

Les missions fiscales et de droit administratif ne peuvent être imposées au notaire au préjudice de son indépendance par rapport à l'Etat, garantie par le droit constitutionnel.

**4.** La justification des devoirs de collaboration et d'information du notaire vis-à-vis de l'Etat n'est admissible que si le devoir de confidentialité et notamment le droit fondamental des citoyens à la protection des données personnelles sont respectés. Les devoirs de communication ne sont dès lors admissibles que s'ils se fondent sur un principe juridique et s'ils tiennent compte du principe de contrôle de l'excès de pouvoir tout en prenant en considération le devoir de confidentialité du notaire.

**5.** Le droit allemand ne prévoit pas encore l'établissement de l'assiette de l'impôt et la perception des impôts par le notaire. Les devoirs de communication permettent seulement de faciliter l'établissement de l'assiette de l'impôt par l'administration fiscale. Pour des raisons d'accélération de procédures et de simplification, il serait opportun de créer un modèle facultatif d'établissement de l'impôt par le notaire.

**6.** Dans le domaine de l'opération administrative coopérative croissante, le notaire est également un médiateur important entre les citoyens et l'administration. Pour des raisons de protection des citoyens, il serait opportun que les contrats de droit public régissant des projets de droit administratif sous forme de droit privé, nécessitent l'authentification par devant notaire. En République fédérale d'Allemagne, c'est souvent le cas en vertu du § 313 du Code civil allemand.

**7.** L'intervention du notaire dans les procédures d'enregistrement de droit public via ses prestations d'authentification et de liquidation garantit, d'une part, une sécurité juridique accrue des registres et, d'autre part, protège les parties prenantes contre toutes fausses inscriptions aux registres. C'est la raison pour laquelle le notaire devrait impérativement intervenir en aval de toutes les procédures d'enregistrement.

**8.** Les expériences faites en République fédérale d'Allemagne sur le règlement des conflits par le notaire en aval des procédures judiciaires sont extrêmement encourageantes. Pour désengorger les tribunaux, l'Etat devrait faire également appel aux procédures de médiation notariale, en particulier dans les domaines juridiques dont le notaire a une pratique et une connaissance particulières : droit de l'immobilier, droit des sociétés, droit de la famille et droit successoral.



# **Thème II**

## **Droits de l'homme et mission du notaire**

**Rapporteur:**

**Notaire Dr. Hanns-Jakob Pützer, Bonn**

## Introduction

Le 10 décembre 1948, l'Assemblée générale des Nations unies adoptait la "Déclaration Universelle des droits de l'homme". En décembre de cette année, nous fêterons le 50ème anniversaire de cette date fondamentale pour l'évolution vers un ordre mondial humain et pacifique.

Le 2 octobre 1948, l'Union internationale des notariats latins (UINL) était créée à Buenos Aires.<sup>1</sup>

Ainsi, lors de son XXIIème congrès international, qui se déroulera du 27 septembre au 2 octobre 1998, à nouveau à Buenos Aires, l'Union fêtera son 50ème anniversaire.

La coïncidence de l'année d'adoption de la charte des Nations unies sur les droits de l'homme et de l'année de création de l'Union internationale des notariats latins ne constitue pas la seule raison de traiter le thème "droits de l'homme et mission du notaire" au XXIIème congrès de l'UINL. Beaucoup plus importants pour l'examen scientifique de ce thème sont les nombreux rapports intrinsèques existant entre les droits de l'homme promus par l'Assemblée générale des Nations unies et les fonctions du notariat latin. Concernant ces rapports, citons en introduction les paroles du précédent Président de l'UINL, André Schwachtgen :

"Par le consensus que le notaire cherche à obtenir entre les parties et qui fait de lui un agent de la prévention des conflits, le notaire contribue à assurer la paix sociale dans les pays où sa profession existe.

En tant que juriste contractuel et témoin neutre ayant pour mission de garantir la liberté d'expression de la volonté, il protège - dans le respect du principe d'égalité - le faible en contrôlant le fort, l'ignorant en contrôlant le savant.

En tant qu'arbitre indépendant entre des intérêts qui s'affrontent, le notaire protège les actes et les biens des gens : le droit général de la personnalité et le droit de propriété comme éléments inaliénables de la liberté de ceux à qui ils reviennent.

Bref, en garantissant la légalité et la légitimité de l'échange contractuel, le notaire garantit à l'être humain sa dignité et il met tout en œuvre pour parvenir à la liberté de

---

<sup>1</sup> cfr Articles 1-3 des statuts de l'UINL

décision de celui-ci, dans des conditions assurées. Ainsi, le notaire acquiert le rôle de gardien des droits de l'homme et des libertés fondamentales.<sup>2</sup>

## **Partie I.**

### **Histoire et évolution du concept de droits de l'homme**

Les droits de l'homme ne sont nullement l'invention d'une nation ou d'une constitution. La notion et le concept de droits de l'homme sont bien plus le résultat d'une longue évolution historique et d'une large maturation intellectuelle devenues conviction fondamentale et collective de la communauté des peuples.<sup>3</sup>

La dimension historique, les racines historiques et la supranationalité de ce concept ont déjà été exposés par Alain Moreau dans son rapport sur la cérémonie de clôture du XXIème congrès de l'UINL à Berlin.<sup>4</sup>

Nous vous renvoyons à cet exposé détaillé. Il n'y a pas lieu de le reprendre ici.

Le présent rapport national renonce également à présenter en introduction l'évolution historique des droits de l'homme en Allemagne. Bien qu'un tel exposé pourrait commencer par la constitution de 1849, adoptée en l'église „Paulskirche“ à Francfort, et nous mener, en passant par la Constitution impériale „bismarkienne“ de 1871 et par la Constitution de Weimer de 1919, à la Constitution de la République fédérale d'Allemagne de 1949<sup>5</sup>, cela dépasserait le cadre temporel et spatial d'un rapport national destiné à un congrès international.

Pour parvenir le plus rapidement possible au coeur de ce thème destiné à un congrès de notaires, les sources juridiques du droit international et du droit international public consacrées à la protection des droits de l'homme doivent d'abord être exposées (point 1 ci-dessous) et les aspects de ces sources juridiques relatifs au notariat (point 2 ci-dessous) doivent être examinés. La façon dont est concrétisée la défense des droits de l'homme dans la constitution allemande en vigueur - la constitution de la République fédérale d'Allemagne, adoptée en 1949 à Bonn - (Partie II) doit ensuite être décrite.

---

<sup>2</sup> André Schwachtgen, préface à "Die vereinten Nationen, die internationalen Organisationen, die Menschenrechte und das Notariat" de F. de Tinguy du Pouet, Bruxelles 1995

<sup>3</sup> Alain Moreau, Notariat und Schutz der Menschenrechte, Préambule du 2 juillet 1945 à la cérémonie de clôture du XXIème congrès de l'UNIL à Berlin, p.5 du ch. 1

<sup>4</sup> Alain Moreau, cfr. sup.

<sup>5</sup> sur l'évolution des droits de l'homme dans l'histoire constitutionnelle allemande : Hesse, Handbuch des Verfassungsrechts (HdbVerfR) 1980, 80 ss; Kleinheyer, Grundrechte - zur Entwicklung eines Begriffs, 1977.



## 1. Sources juridiques de la protection internationale des droits de l'homme

### a) **Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations unies du 10 décembre 1948 (Universal Declaration of Human Rights, UN-Charta)**

A l'échelle mondiale, l'ONU est précurseur en matière de protection internationale des droits de l'homme. La "Déclaration universelle des droits de l'homme" arrêtée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10.12.1948 témoigne de la première tentative de programme international de grande envergure de protection des droits de l'homme.<sup>6</sup>

La faiblesse de la charte des Nations unies sur les droits de l'homme réside dans le fait qu'en tant que simple déclaration politique, elle n'a aucun effet coercitif juridique direct<sup>7</sup>; elle est cependant devenue la ligne directrice pour la formulation de dispositions concernant les droits fondamentaux dans de nombreux traités internationaux ultérieurs<sup>8</sup> et constitutions nationales<sup>9</sup> et elle a donc pu contribuer au développement d'un "droit coutumier des peuples".<sup>10</sup>

### b) **Pactes de l'ONU du 19 décembre 1966 (Human Rights Covenants, CCPR et CESCR)**

Les deux pactes adoptés le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale de l'ONU, dits pactes des droits de l'homme, représentent un grand progrès en ce qui concerne le caractère obligatoire et l'imposition du catalogue des droits de l'homme de l'ONU.

**Le Pacte international sur les droits civils et politiques (Covenant on Civil and Political Rights, CCPR)**<sup>11</sup> a concrétisé davantage et renforcé les droits de l'homme classiques dits "de la première génération", qui garantissent avant tout les droits à la liberté individuelle "face à l'état"; le **Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, (Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,**

---

<sup>6</sup> Wolfrum (éditeur) Handbuch der Vereinten Nationen, 2ème éd. 1991; Kimmich, Menschenrechte, Versagen und Hoffnung, 1973, p.93.

<sup>7</sup> Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2ème éd. 1996, Präambel Rn 2.

<sup>8</sup> Magiera, dans : Menzel/Ipsen, Völkerrecht, 2ème éd. 1979, p.123; von Münch, Grundgesetz-Kommentar (GC), Band 1, 4ème éd. 1992, prép. art. 1-19, Rn 76.

<sup>9</sup> cfr sub Partie II 1.b)

<sup>10</sup> Ipsen, Völkerrecht, 3ème éd. 1999, § 44 Rn 35; von Münch, op. cit.

<sup>11</sup> Source internationale : UNTS Vol. 999 p.171; source nationale en Allemagne : BGBl. 1973 II p. 1534; entré en vigueur en Allemagne le 03.01.1976, BGBl. 1976 II 426.

**CESCR**<sup>12</sup> a, à titre de droits de l'homme "de la deuxième génération", imaginé un système de libertés fondamentales sociales qui ne peuvent être obtenues que "par l'état".<sup>13</sup>

En 1992, 120 Etats tout de même étaient entrés dans les deux pactes<sup>14</sup>. Ainsi, les 2/3 de la communauté des Etats du monde de l'époque ont reconnu de manière contractuelle et ferme le contenu garanti dans ces pactes comme standard minimum des droits de l'homme universels, se sont engagé à les mettre en pratique au niveau national et se sont soumis aux mécanismes de surveillance des Nations unies.<sup>15</sup>

Néanmoins, les pactes des droits de l'homme des Nations unies ne sont pas sans montrer de carences en ce qui concerne le contrôle et l'exécution : certes, des obligations de fournir des rapports sont imposées aux Etats signataires (art. 40 par. 1 CCPR) et la Commission des droits de l'homme (Human Rights Committee) a le droit de faire des remarques d'ordre général (general comments) (art. 40 par. 4 CCPR); celles-ci n'ont cependant aucun effet juridique ferme. Les plaintes individuelles auprès de la Commission des droits de l'homme ne sont prévues que dans le protocole de signature facultative du CCPR ; jusqu'à présent celui-ci engage moins de la moitié des Etats signataires du CCPR.<sup>16</sup>

### **c) Convention européenne sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (European Convention on Human Rights, ECHR) avec 1e 1. protocole complémentaire du 20 mars 1952**

Les tentatives en vue de la formulation d'une charte européenne spécifique des droits de l'homme avaient déjà commencé avant l'adoption de la Charte des droits de l'homme des Nations unies<sup>17</sup>. Le 06.11.1996, 34 des 40 Etats membres du Conseil de l'Europe faisaient partie de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Source internationale : UNTS Vol. 992 p.3; source nationale en Allemagne : BGBl. 1973 II p. 1570; entré en vigueur en Allemagne le 03.01.1976, BGBl. 1976 II 1068.

<sup>13</sup> d'après Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 1993, Introduction p. XVIII.

<sup>14</sup> Sur la validité des Conventions en Allemagne : Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 1985, §§ 82, 84; Tomuschat, VN 1978, 1 ss.

<sup>15</sup> d'après Nowak, CCPR Commentary, Preface XI, Introduction XVII

<sup>16</sup> cfr v. Münch, GG, Vorb. Art. 1-19n Rn 77 m.w.N.; Tomuschat dans : Berberich/Holl/Maaß (édit.), neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, 9 ss (20)

<sup>17</sup> sur l'histoire de la naissance et la conception de ECHR : Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Einführung Rn 1 ss; Oppermann, Europarecht, 1991, § 2; Robertson, The European Convention for the Protection of Human Rights, BYIL (1950), 145-163.

<sup>18</sup> Frowein/Peukert, EMRK, einf. Rn 2; entré en vigueur en République fédérale d'Allemagne le 03.09.1953, cf. BGBl. 1952 II, 14, 686, dernière modification BGBl 1989 II, 546; sur l'ancien territoire de la République démocratique allemande, la convention est entrée en vigueur au moment de la réunification le 03.10.90.

Comparé au système de protection des droits de l'homme de l'ONU, l'importance des règlements de la Convention européenne des droits de l'homme est certes un peu limitée ; elle dispose cependant d'un pouvoir beaucoup plus important en ce qui concerne la poursuite de ses objectifs dans l'espace juridique national <sup>19</sup> :

La Convention européenne des droits de l'homme a le caractère juridique d'un traité de droit des gens et, avec les déclarations et protocoles complémentaires qui l'accompagnent, elle développe dans les Etats signataires, avec son droit comparable à celui de la constitution (Suisse), comme droit „supralégal“ (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, France) ou, dans les pays signataires ayant, en partie, rang constitutionnel (Autriche) ou dans lesquels cette Convention a rang de loi nationale (République fédérale d'Allemagne, Italie, Grèce, Turquie, Chypre), une importance juridique immédiate<sup>20</sup>.

La convention ne crée pas seulement des obligations entre les Etats membres, elle crée également des droits individuels pour ses citoyens. Avec la constitution de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice européenne pour les droits de l'homme, des organes de convention et des procédures ont été créés, lesquels contribuent à imposer les droits de l'homme protégés par la Convention, même contre le droit national, et sans avoir recours aux tribunaux et institutions nationaux. Pour ce qui concerne le Conseil de l'Europe lui-même, c'est à lui qu'incombe la mission de protéger les droits de l'homme, appuyé juridiquement sur la Convention avec ses protocoles complémentaires, et politiquement renforcé par l'influence et le prestige de ses membres, bien même au-delà du rayon géographique et du droit des gens des Etats membres, comme l'a dernièrement révélé le profond bouleversement des systèmes politiques de l'Est.

#### **d) Traités régionaux de protection des droits de l'homme sur les autres continents**

Axé sur l'idée de base de la Convention européenne des droits de l'homme, mais en partie avec un cheminement juridique nettement divergent, des traités de défense des droits de l'homme de droit international public ont également vu le jour sur d'autres continents <sup>21</sup>

Après la déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948, la Convention américaine des droits de l'homme (American Convention on Human Rights,

---

<sup>19</sup> von Münch, GG, Vorb. Rn 78.

<sup>20</sup> cf. Frowein/Pukert EMRK-Kommentar, einf. Rn 6; Polakiewitz/Jacob-foltzer, The European Human Rights convention in Domestic Law, HRLJ 1991, 66 ss et 125 ss; zur Stellung der Konvention im deutschen innerstaatlichen Recht von Münch, GG, Vorb. Rn 80.

<sup>21</sup>

ACHR) du 22.11.1969 a été signée sur le continent américain. Elle est entrée en vigueur le 18.07.1978 et est valable pour 20 des Etats membres de l'Organisation des Etats américains (OAS) (Situation : printemps 1992<sup>23</sup>). Avec la Commission interaméricaine et la Cour de justice interaméricaine, ont été créés des organes de protection des droits de l'homme comparables à ceux de l'Europe<sup>24</sup>.

La **Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26.06.1981 (African Charta on Human and Peoples' Rights, ACHPR, "Charte de Birgul"**<sup>25</sup>) a été signée par 40 des 51 Etats membres de l'Organisation pour l'unité africaine (O.U.A.) (Situation : printemps 1992).

La Charte de Birgul contient également ce que l'on appelle des "droits fondamentaux de la troisième dimension" (développement, paix, environnement)<sup>27</sup>; elle n'a cependant comme organe de défense qu'une commission internationale ; aucune cour de justice internationale n'a été créée.<sup>28</sup>

## **2. Règlements des catalogues des droits de l'homme spécifiques au notariat**

Celui qui se trouve confronté au concept des droits de l'homme pense en premier lieu à la protection des droits les plus fondamentaux qui ont pour objet le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. Il pense à l'interdiction de l'esclavage et de la torture, à la protection contre poursuite, arrestation ou peine arbitraires, à la protection des libertés intellectuelles (liberté de conscience et de religion, liberté d'opinion et libre accès à l'information) ainsi qu'à un droit de vote politique ou au droit d'éligibilité. Qui se limite à ces thèmes constatera peu de rapports entre eux et les missions du notariat.

Certes, ces thèmes "spectaculaires" marquent le domaine essentiel de ce que l'on appelle les "droits de l'homme de la première génération". Ces droits ne couvrent toutefois qu'une partie des catalogues modernes des droits de l'homme et qu'une partie également de l'essentiel d'une constitution moderne. En outre, les catalogues des exigences relatives à la protection internationale des droits de l'homme comprennent également lesdits "droits de l'homme de la deuxième génération", réclamant, eux, des droits de l'homme sociaux et économiques très concrets, et qui, en fin de compte, dans des principes institutionnels généraux, contient des demandes très concrètes pour ce qui est de l'organisation d'un Etat de droit moderne, démocratique et social, dans lequel les êtres humains auront la même chance de participer à l'élaboration de leurs droits sociaux et économiques et au développement ultérieur de ces droits.

Les missions attribuées à l'Etat de droit et à la justice dans ce domaine des droits de l'homme ne peuvent plus uniquement être accomplies par la voie des branches classiques d'une juridiction tournée vers les ingérences ou la répression ou appelée à prendre des décisions en matière litigieuse comme, par exemple, la juridiction pénale ou la juridiction civile compétente en matière litigieuse. Ici nous entrons davantage sur le

terrain de la juridiction préventive et gracieuse, domaine dans lequel le notariat assume un large éventail de missions<sup>29</sup>.

L'examen de ce domaine des catalogues des droits de l'homme permet de déceler de nombreux liens entre la mission et les tâches du notariat latin. Les déclarations importantes pour le notariat se classent en trois catégories :

- Obligation de **principes de base généraux** importants pour la concrétisation des droits de l'homme (présentés ci-dessous, sous a)
- Principes, à partir desquels il convient de déduire les caractéristiques **exigées quant à l'organisation de l'Etat, l'organisation des institutions et des exigences procédurales**<sup>30</sup> (importants également pour la mise en place du notariat, présentés ci-dessous, sous b)
- **Garantie des droits de l'homme matériels** (pour la concrétisation desquels des compétences concrètes du notariat existent, présentées ci-dessous, sous b)

La présentation ci-dessous de ces aspects est, eu égard au sujet, axée sur la structure et le contenu de la Charte des droits de l'homme des Nations Unies, étant donné que d'une part celle-ci représente le modèle de tous les catalogues ultérieures, dans le temps, des droits de l'homme, et que, d'autre part et jusqu'à présent, elle représente le travail de réglementation le plus complet, avec les règlements les plus denses, relativement au sujet. Dans la mesure où les autres traités de protection des droits de l'homme présentés au point 2 contiennent des réglementations importantes pour le notariat, mais allant au-delà du contenu de la Charte des Nations-Unies, nous les traiterons à l'endroit qui convient.

#### a) Principe de base généraux

##### aa) Prééminence du droit/ Rechtsstaatlichkeit / rule of law

###### (Préambule sect. 3 Charte ONU ; préambule sect. 5 ECHR)

La sect. 3 du préambule de la Charte des Nations Unies se réclame de la prééminence du droit dans le sens le plus général et dans le sens le plus fondamental, „étant donné qu'il est essentiel de protéger les droits de l'homme par la souveraineté du droit...“ La sect. 5 du préambule de l'ECHR oblige ses Etats signataires à respecter la prééminence de la loi et contient en outre une garantie collective des **droits qui y sont promulgués**<sup>31</sup>.

La souveraineté du droit ne doit toutefois pas se transformer en une "domination par le droit". L'Etat doit prendre des mesures préventives pour que l'être humain ne soit pas ravalé au rang de simple objet de la puissance publique. Dans la doctrine allemande des droits fondamentaux comme dans la littérature sur le droit international public, on voit dans un tel rôle d'objet une violation de la dignité humaine ("the indi-

vidual degradet to a mere legal object") ; l'Etat doit garantir que le citoyen reste "un membre vivant de la communauté de droit" et qu'il ne devient pas un "sujet sans pouvoirs".

Pourtant, dans des Etats de droit très développés, avec un système juridique très nuancé, on observe que le citoyen est écrasé par une législation devenue pour lui incompréhensible, ce danger s'accroît là où, comme au sein de l'Union européenne, le droit supranational acquiert validité directe pour les ressortissants de l'Etat national. Une assistance juridique préventive telle que la pratique du notariat, offre ici, de la manière la plus efficace, un remède contre un retournement de la bienveillante „souveraineté du droit“.

## bb) Progrès social

### (Préambule sect. 5 Charte ONU ; Art. 11 sect. 1 Phrase 1 CDESCR)

Dans sa sect. 5, le **préambule** de la **charte de l'ONU** demande, en tenant compte de „la dignité et de la valeur de la personne humaine .... d'encourager le **progrès social et de meilleures conditions de vie** en même temps qu'une plus grande liberté...". Beaucoup plus concrètement, les Etats contractants du pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels reconnaissent à **l'art. 11 par. 1 du CDESCR** "... le droit de chacun à un **niveau de vie décent** pour soi-même et sa famille ... ainsi qu'à une **amélioration permanente des conditions de vie**"; pour compléter, suit l'engagement que "les Etats contractants ... entreprennent ... les démarches adéquates ... pour assurer la concrétisation de ce droit ...".

Par conséquent, les droits de l'homme ne se limitent pas à une "garantie de statu quo", mais exigent la participation au développement social et économique pour élargir l'espace de liberté de l'homme. Cet aspect est concrétisé davantage par l'article 22 de la Charte des Nations Unies et par l'art. 9 du CDESCR consacrés spécialement à la sécurité sociale.<sup>33</sup>

## cc) Liberté, égalité et fraternité

### (Art.1 de la charte de l'ONU)

**L'article 1** de la **Charte de l'ONU** place **la liberté, l'égalité et la fraternité** en tête de la liste des droits de l'homme. Ainsi, "tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits.... et doivent se rencontrer dans un esprit de fraternité".

Liberté signifie liberté physique et intellectuelle, la liberté intellectuelle comprend en particulier le libre arbitre et la liberté de décision, qu'il importe également de protéger lorsqu'il s'agit de la défense des intérêts juridiques de l'être humain. Le postulat d'égalité est partie de l'exigence d'égalité des chances entre les êtres humains lorsqu'il s'agit

de la défense de leurs droits. Les éléments de compréhension et de péréquation des intérêts sont à associer au concept de fraternité.

La garantie, au niveau juridique, du libre arbitre et de la liberté de décision, de l'égalité des chances, de la compréhension et de la péréquation des intérêts sont les fonctions essentielles du notariat dans les affaires juridiques qu'il traite. La contribution que le notariat apporte ici, relativement à la création du système des coordonnées juridiques, pour la vie quotidienne de l'être humain, apparaît déjà clairement à la lumière des paroles d'André Schwachgen, citées dans l'introduction.<sup>34</sup> Les mécanismes par lesquels le droit notarial professionnel et le droit procédurier traduisent, dans le détail, ces exigences, sont présentés ci-après dans la partie III.

**dd) Reconnaissance de la personnalité juridique / Anerkennung als Rechtsperson / recognition of legal personality**

**(Art. 6 Charte ONU ; Art. 16 CCPR)**

Aux termes de l'**art. 6 de la charte de l'ONU**, "tout homme... a, partout, droit, à la **reconnaissance en tant que personnalité juridique**" ; d'après l'**art. 16 CCPR**, "**tout le monde a le droit d'être reconnu capable juridiquement**".

Cette formule n'est pas expressément reprise dans l'ECHR ni dans la constitution allemande, mais elle est tout naturellement déduite de la dignité humaine<sup>35</sup>. Elle contient l'exigence de défense et de maintien de la "qualité de sujet" de l'être humain ("legal subjectivity") en tant que "membre vivant de la communauté de droit"<sup>37</sup>, déjà exposée plus haut.

**ee) Principe d'égalité**

**(Art.7 Charte ONU ; art. 14, par. 1, phrase 1, art. 26 CCPR<sup>38</sup>)**

Par l'**art. 2, par. 1 et 2 du CCPR** ainsi que par l'**art. 2, par. 1 et 2 du CDESCR**, les parties contractantes s'engagent à accorder tous les droits reconnus par ces pactes "... à toutes les personnes qui se trouvent sur leur territoire et relevant de leur puissance publique ..." (à côté d'autres énumérations) "... sans distinction telle que, en particulier, ... l'origine sociale, la fortune ... ou de tout autre statut" et "... en accord avec leur constitution ... à prendre les mesures législatives et autres qui sont nécessaires, pour que ces ... droits deviennent effectifs ...".

L'**art. 7 de la charte de l'ONU** et, en termes presque identiques, l'**art. 26 phrase 1 du CCPR** concrétisent le principe d'égalité devant la loi et le législateur : "Tous les hommes sont égaux devant la loi et ont droit, sans distinction, à la même protection par la loi." D'après l'**art. 26, phrase 2 du CCPR**, "... la loi doit accorder à toutes les

personnes, contre toute discrimination, en particulier en raison de son origine sociale, de sa fortune ... ou de tout autre statut, une protection identique et efficace...”

**L'art. 14, par. 1, phrase 1 CCPR** contient enfin une **garantie d'égalité des traitements judiciaires** particulière ("Tous les hommes sont égaux devant le tribunal"), qui ne figure dans aucun autre traité sur les droits de l'homme<sup>39</sup> et qui, au-delà de ses termes, n'est pas seulement valable devant les tribunaux au sens strict, mais devant toutes les autorités ayant obligation d'indépendance et d'impartialité et ayant des compétences juridiques selon le droit du pays d'origine correspondant.<sup>40</sup>

A côté d'un postulat général concernant les droits de l'homme, on peut déduire des garanties qui précèdent une invitation faite à l'Etat de créer des institutions et des mécanismes qui garantissent aux personnes la même protection de leurs droits et - comme le notariat - la même assistance juridique. Ainsi, cet article constitue en même temps la transition vers la deuxième catégorie des aspects de la Charte des droits de l'homme des Nations unies traitée ici.

## **b) Exigences institutionnelles, d'organisation de l'Etat et de droit procédurier**

### **aa) Garantie de protection des droits**

#### **(Art. 8 Charte de l'ONU)**

Aux termes de l'**art. 8** de la **Charte de l'ONU** "toute personne a **droit à une protection efficace de ses droits** devant les tribunaux nationaux compétents....".

Comparé à l'article traité ci-dessus, l'accent n'est pas mis ici sur l'"égalité" mais sur l'"efficacité", par conséquent sur une protection effective des droits, qui doit être accordée non seulement par la loi en général mais, lors de poursuites judiciaires, "devant les tribunaux nationaux compétents". Comme le montre la suite du texte de cet article, on pense en premier lieu ici à la garantie de la protection des droits dans le domaine du "droit de la défense", étant donné que cette protection des droits doit être dirigée "contre tous les actes" qui, aux termes de la constitution ou de la loi, portent atteinte aux droits fondamentaux qui lui reviennent“.

Mais, comme nous l'avons présenté, la juridiction nationale comprend également la "juridiction gracieuse" préventive, dans laquelle les missions de constatation authentique et d'assistance juridique du notariat occupent une large place. Les systèmes juridiques qui connaissent l'institution de la "juridiction gracieuse" ont reconnu le notariat comme l'institution la plus efficace et la plus effective dans le domaine de la garantie des droits civils de l'homme et l'on installé, comme partie de la juridiction, à l'avant-plan de la juridiction litigieuse. A la lumière de ce qui précède, l'article 8 de la Charte des Nations unies peut être compris comme un appel à la création de telles institutions juridiques qui préviennent la violation des droits civils fondamentaux et les aident à s'imposer<sup>41</sup>.

**bb) Garanties procéduraires, droit d'être entendu devant un tribunal / Procedural Guaranties in Civil and Criminal Trials, "due process of law"**

**(Art. 10 Charte de l'ONU; art. 6, par. 1 ECHR; art. 14, par. 1 CCPR)**

**L'art. 10** de la **charte de l'ONU** garantit le droit d'être entendu devant un tribunal. En raison de la signification et de la fonction de modèle de cet article, y compris pour les principes qui imprègnent les structures et les procédures du notariat latin, citons-en le texte complet :

"Toute personne a droit, sur un pied d'égalité totale, à une procédure conforme à l'équité et publique devant un tribunal indépendant et impartial, qui devra statuer sur ses droits et ses devoirs ou sur toute accusation pénale lancée contre lui."

**(1) Droits et obligations de droit civil :**

Il ressort de la dernière partie de cette phrase, même si ce n'est pas explicitement, mais d'après le sens, que la Charte des droits de l'homme de l'ONU ne concerne pas seulement la juridiction pénale et la protection des droits contre sanctions ou répression de la part de l'Etat, mais toutes les catégories de juridictions de l'Etat, y compris celle qui s'occupent de reconnaître et de faire valoir les **droits civils**.

**L'art. 6, par 1, phrase 1 ECHR** et **l'art. 14, par. 1, phrase 2 CCPR** garantissent beaucoup plus clairement à chacun un "... tribunal (CCPR uniquement : "compétent"), indépendant, impartial, se basant sur la loi, devant se prononcer sur ses droits et obligations de caractère civil (les versions anglaise et française de l'ECHR ainsi que la version française du CCPR parlent de : "civil rights and obligations"/"droits et obligations de caractère civil"; tandis que la version anglaise du CCPR parle uniquement de "rights and obligations") ainsi que sur une accusation de droit pénal élevée contre lui.

En dépit des divergences de formulation et de traduction de la Charte de l'ONU, de l'ECHR et du CCPR, il existe dans la littérature internationale et dans la pratique de décision des commissions des droits de l'homme compétentes et cours de justice une unanimité selon laquelle tous les catalogues et traités des droits de l'homme précités englobent et protègent tous les droits, recours et obligations du droit civil imaginables et exigent pour ceux-ci les garanties d'institution et de procédure judiciaires offertes <sup>42</sup>.

**(2) Indépendance et impartialité**

**L'indépendance**, d'après la définition de la Cour de justice européenne exige "... l'existence de garantie contre toute influence extérieure pour la nature et le mode de nomination ainsi que pour la durée des mandats ..." afin finalement que le mandataire "... apparaisse également comme indépendant dans son aspect extérieur "(justice must not only be done it must also be seen to be done)"...<sup>43</sup>

Concrètement, cela signifie

- Absence de possibilité d'influence par les organes des pouvoirs exécutif ou législatif du pays, par les partis ou par des groupes sociaux <sup>44</sup>,
- Liberté à l'égard de consigne et absence de toute obligation de rendre des comptes lors de l'exercice du mandat <sup>45</sup>,
- une certaine durée de mandat, pendant laquelle le mandataire est légalement ou au moins dans les faits inamovible <sup>46</sup>

Ici, une désignation par les organes exécutifs, après consultation préalable des cercles intéressés, sur la base de critères de sélection fixés d'une manière générale est considérée comme un indice particulier pour l'indépendance et l'absence de préjugé du mandataire nommé <sup>47</sup>, une procédure dans laquelle les notaires sont également nommés dans de nombreux pays possédant un système de droit civil, en particulier en République fédérale d'Allemagne <sup>48</sup>.

Du point de vue fonctionnel, l'**impartialité** est liée à l'"indépendance", la dernière étant une condition nécessaire à la première. En outre, l'impartialité ne concerne pas le rapport qu'ont les mandataires appelés à prendre des décisions par rapport aux organes de nomination et aux forces sociales en général, mais bien la position subjective par rapports aux parties de la procédure. Le juge, tout comme le notaire, doit rester au-dessus des parties, sans considération à l'égard de la personne et conduire la procédure et prendre ses décisions en son âme et conscience <sup>49</sup>.

### (3) Tribunal compétent sur la base de la loi

Par "**tribunal**" au sens des traités des droits de l'homme, il faut entendre non seulement les "tribunaux ordinaires" classiques, mais tous les corps décisionnaires judiciaires, indépendants et impartiaux, qui décident selon le droit et l'équité sur la base d'une procédure réglée et pourvue des garanties adéquates <sup>50</sup>. La **base légale** requise sert également à garantir l'indépendance et devrait au moins régler l'ensemble de la structure organisationnelle, la nomination des mandataires ainsi que leur compétence matérielle et territoriale <sup>51</sup>

Toutes les dernières conditions citées figurent également dans le notariat latin, ici le notariat est établi sur la base des différentes lois sur les notaires, qui contiennent tous les règlements requis et qui agissent sur la base de lois sur le passage des actes, qui règlent en détails les procédures à respecter par le notaire.

La seule caractéristique non abordée est celle du "corps décisionnaire", autrement dit un tribunal possédant une fonction de jurisprudence, qui prend des décisions dans les cas litigieux. Ceci contredirait l'origine et le rôle du notariat en tant qu'institution de la juridiction gracieuse ayant pour mission la défense préventive du droit et la préven-

tion des litiges, qui précède la fonction "d'arbitrage décisionnaire des litiges" des tribunaux.

(4) **Résumé :**

Bien entendu, il n'est possible de tirer un postulat pour la création d'un notariat d'influence latine ni de la Charte des droits de l'homme de l'ONU en général ni de cet article. Cependant après que tous les états possédant un système juridique latino-germanique, reposant sur le droit écrit, sur l'existence et la reconnaissance d'actes probants et exécutoires publiquement et sur l'enregistrement des droits civils dans des registres publics, aient basé la garantie des droits de l'homme dans le domaine des droits civils sur la protection préventive par des institutions de juridiction gracieuse et, en cas de conflit, sur leur affirmation et leur imposition dans la juridiction litigieuse<sup>52</sup>, il est possible de tirer la reconnaissance des caractéristiques structurelles du notariat latin des articles de la Charte des droits de l'homme de l'ONU, de la **Convention européenne des droits de l'homme** et du **Pacte international sur les droits civiques et politiques** traités ici (qui contiennent les **garanties en matière d'institution et de procédure judiciaires** les plus élémentaires pour la protection des droits de l'homme :

**L'indépendance** et **l'impartialité** caractérisent également le notariat latin et la position du notaire aux côtés du juge. **L'égalité des droits** et **l'équité** guident également la procédure à suivre par le notaire envers les parties impliquées, en particulier la procédure de passage des actes. Bien sûr, cette procédure n'est pas publique au sens d'accessible au public. Dans la procédure de passage des actes, qui sert à la création des rapports juridiques et contractuels individuels; la publicité de la procédure s'efface au profit des devoirs de confidentialité et de discrétion, qui de leur côté servent à protéger la sphère privée comme partie du droit général de la personnalité et de la dignité humaine. Cependant, la procédure notariée est réglée et arrangée par le droit public, le **résultat de la procédure**, l'acte notarié est reconnu par l'Etat comme **document public**, possédant valeur probante dans toutes les procédures officielles - administratives et judiciaires. Les droits privés fixés par acte notarié peuvent, comme les jugements des tribunaux - se voir attribuer la **force exécutoire** par le notaire, on y voit ainsi une contribution décisive à la réalisation effective des droits civils protégés par les catalogues des droits de l'homme.<sup>53</sup>

En même temps, on peut constater que le notariat latin, partout où il est impliqué avec ses fonctions et missions préventives au niveau de l'arbitrage des litiges ou déjà dans le domaine des activités d'arbitrage des litiges, répond aux exigences institutionnelles et procéduraires imposées par tous les catalogues et traités sur les droits de l'homme et le droit international des gens. Ceci est important, d'une part parce que la limite entre les fonctions et les missions de la juridiction gracieuse ("préventive") et la juridiction litigieuse ("ordinaire") n'est pas toujours applicable "de manière tranchée",

comme le montre par exemple la délivrance de documents exécutoires qui doit être classée dans le domaine litigieux ou la déclaration du caractère exécutoire d'actes<sup>54</sup>. D'autre part, ceci est d'une grande importance pour l'avenir du notariat latin, parce que dans les pays de droit civil écrit, on transfère au notariat latin en tant que dépositaire de la juridiction préventive, de plus en plus de tâches qui étaient jusqu'ici attribuées aux tribunaux, afin de décharger la juridiction nationale<sup>55</sup>.

### **cc) Sécurité sociale**

#### **(Art. 22 Charte ONU; art. 9 CDESCR)**

Pour en finir avec la catégorie "exigences institutionnelles en matière d'organisation de l'Etat" traitons l'art. 22 de la Charte ONU ainsi que l'art. 9 du CDESCR, qui sont consacrés à la sécurité sociale :

Aux termes de l'art. 22 de la Charte de l'ONU "tout homme... en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale; il a le droit d'obtenir la jouissance des droits ... économiques indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité via des mesures d'ordre national et la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des mesures d'aide de chaque Etat." <sup>56</sup>

Aucun article ne montre plus clairement que la charte et les traités des droits de l'homme ne se contentent pas de créer des droits de la défense contre la violation des valeurs et libertés fondamentales ou de garantir à la personne un simple minimum d'existence indispensable pour vivre. Les droits fondamentaux de l'homme comprennent également la chance de participer au développement économique, social et culturel de la société. Dans la doctrine allemande des droits fondamentaux, la participation à l'"augmentation générale du bien-être" ne figure pas sous le "principe de l'Etat social", mais est comprise comme une composante de la dignité humaine.

La seconde moitié de la phrase de l'art. 22 de la charte ONU exprime même littéralement les rapports internes entre la sécurité sociale et économique et la dignité humaine ainsi que le droit général de la personnalité.

Comme cet article ne postule pas seulement la sécurité sociale comme un objectif matériel, mais nomme les moyens à engager par l'Etat pour sa garantie ("mesures nationales", la "coopération internationale" ainsi que l'engagement de l'"organisation de l'Etat"), le caractère institutionnel et d'organisation de l'Etat de cet article devient clair. La charte de l'ONU contient ainsi un programme d'organisation et d'action de l'Etat pour la création d'institution, qui accompagneront et garantiront de manière pratique le développement de la personnalité, des droits économiques et de la sécurité sociale.

Dans le droit allemand, les devoirs du notariat dans le domaine de la juridiction gracieuse sont rangés sous le postulat de l'Etat social aux termes de l'article 20, par. 1 de la Loi fondamentale.<sup>58</sup>

En droit privé, le postulat de l'Etat social demande d'équilibrer les inconvénients de l'autonomie privée et de la liberté de contrat, qui dans les mains de la personne juridiquement expérimentée et du partenaire contractuel économiquement fort pourraient déboucher sur un avantage exagéré, des pertes financières et finalement une restriction de la liberté de la partie contractante économiquement plus faible et juridiquement inexpérimentée. C'est dans ce champ de tension que se situe la fonction du notaire en tant qu'instrument de la juridiction préventive destinée à garantir un ordre juste, sûr et pacifique des relations juridiques privées<sup>59</sup>, dans l'exploration et la prophylaxie impartiales des conflits"<sup>60</sup>, assurant ainsi la paix sociale des personnes privées entre elles ainsi que dans les rapports entre les personnes privées et l'Etat.

### c) Garantie des droits matériels directs

Les catalogues et traités des droits de l'homme réclament enfin différents droits matériels de l'homme à considérer comme particulièrement essentiels. Un nombre non négligeable de ces droits de l'homme se situent dans les domaines d'activité centraux du notariat latin. Par leurs activités d'assistance, de conseil et de passage des actes, les notaires apportent quotidiennement des contributions importantes à la réalisation, à la conservation et à la protection de ces droits de l'homme :

#### aa) Mariage et Famille / Ehe und Familie / Marriage and Family

(Art. 16 sect. 1 Charte ONU; art. 12 ECHR; art. 23 CCPR; art. 10 sect. 1 CDESCR)

Tous les articles précités exigent dans le même sens et en partie dans les mêmes termes le droit des hommes et des femmes de "**conclure un mariage** et de **fonder une famille**" et soulignent que ceux-ci "lors de la conclusion, pendant le mariage et lors de sa dissolution, ont les mêmes droits et les mêmes devoirs". En outre, on souligne la nécessité "de la concordance libre et complète des volontés" des deux futurs conjoints pour la conclusion du mariage<sup>62</sup>

En outre, les art. 16 par. 3 de la Charte ONU, l'art. 23 par. 1 CCPR et l'art. 1 CDESCR contiennent une garantie institutionnelle particulière<sup>63</sup> pour la **famille**, qui en tant que "cellule élémentaire naturelle et de base de la société ... requiert le droit à la protection et à l'assistance de la société et de l'Etat". La conclusion du mariage et la fondation d'une famille représentent matériellement deux droits de l'homme autonomes, le dernier comprend en particulier le droit de mettre au monde des enfants et de les élever<sup>64</sup>.

Avec leur entrée dans l'état du mariage, tous les règlements du droit du mariage et de la famille édictés par le législateur civil entrent en vigueur pour les époux, en même temps les règles fondamentales du droit d'héritage changent. Le législateur ne s'est pas contenté de normaliser les conditions juridiques de la conclusion du mariage, mais il a également fixé tous les déterminants juridiques pour la durée de l'existence du mariage ainsi que les conditions et les règles pour sa dissolution et les conséquences juridiques de sa dissolution. Ces règlements et les conséquences juridiques et économiques de la conclusion du mariage et d'une quelconque fin du mariage ne sont connues que d'un très petit nombre de contractants du mariage.

L'indispensable "concordance libre et complète des volontés" entre les futurs époux ne recouvre pas seulement les conditions émotionnelles et sociales, mais également la connaissance et l'évaluation des conséquences juridiques et économiques de la conclusion du mariage ainsi que les possibilités offertes par le droit conjugal d'adapter contractuellement, le cas échéant, ces conséquences à la situation juridique, économique et sociale individuelle.

Par l'explication du droit conjugal, familial et successoral, ses conseils et la rédaction du contrat, le notariat fournit une contribution importante à la garantie de la libre décision des parties concernées, à la garantie et à la protection de l'existence légale du mariage et à la protection des mariés contre les conséquences juridiques non désirées, y compris en cas de dissolution. L'instrument le plus important pour cela est le **contrat de mariage**<sup>65</sup>.

(D'après le droit civil allemand), les contrats de mariage peuvent être conclus **avant la conclusion du mariage**, par les parties impliquées et considérés en partie comme condition à celui-ci, **pendant le mariage** pour adapter les conditions juridiques et économiques du mariage à l'évolution intervenue entre-temps, comme "**convention de séparation de corps**" afin de garantir le statu quo juridique et économique lors d'une phase de crise conjugale et de répartir raisonnablement les conséquences et les risques en cas de séparation définitive, ce qui, du reste, peut contribuer à une stabilisation du mariage, enfin comme "**convention sur les conséquences du divorce**" afin de préparer un divorce concrètement en vue.

Les thèmes qui peuvent être réglementés par le contrat de mariage sont (d'après le droit civil allemand) les conventions sur le régime matrimonial des biens, sur "l'égalisation des rentes" (répartition des perspectives de pensions de vieillesse survenues pendant le mariage, en particulier les droits à la retraite), l'entretien du conjoint et l'entretien des enfants. D'autres thèmes sont, en cas de divorce, la répartition des acquêts économiques survenus durant le mariage et la division et l'attribution concrète des biens, les règlements concernant le domicile conjugal ainsi que les propositions concernant le droit de garde des enfants communs.

La "convention sur les conséquences du divorce" mérite un éclairage particulier : le droit allemand des procès civils propose aux intéressés une "**procédure de divorce par consentement mutuel**" simplifiée, accélérée et particulièrement intéressante financièrement (§ 630 a ZPO), dont l'application soumet le règlement contractuel des conséquences particulièrement essentielles à un acte public. Ces questions ne nécessitent donc plus la décision du tribunal des familles, dont la fonction se limite ici à un contrôle de moralité des abus. En pratique, les thèmes des conventions sur les conséquences du divorce sont préparés et documentés de manière tellement complète par le notaire que le tribunal des familles n'a plus à s'occuper que du jugement de divorce proprement dit, de la décision concernant le droit de garde des enfants nés du mariage et de la répartition des perspectives de pensions de droit public.

L'assistance et le passage des actes de contrats de mariage font partie des missions les plus exigeantes du notaire du point de vue juridique, économique et social. Souvent, la mise au point des solutions contractuelles se heurte à des phénomènes émotionnels particulièrement forts et il n'est pas rare que le notaire face office de médiateur entre les intéressés. Par cette activité, le notariat apporte simultanément une contribution à la protection des droits de l'homme des époux ainsi qu'à la protection du mariage et de la famille en tant qu'institution sociale.

Parmi les missions du notariat dans le domaine du droit de la famille, il faut en outre citer la compétence en matière de passage des actes dans le cadre des procédures d'adoption, tant pour les demandes d'adoption que pour les nécessaires déclarations de consentement des parents et conjoints impliqués dans cette procédure d'adoption<sup>66</sup>. Les recherches sur les conséquences de la médecine moderne de procréation montrent que dans le domaine du droit de la famille d'autres missions fondamentales vont revenir au notariat et être assumées par celui-ci.

#### **bb) Propriété / Eigentum / Possessions**

**(Art. 17 Charte ONU; art. 1 du Premier Protocole complémentaire à l'ECHR du 20.03.1952)**

L'**art. 17** de la **Charte ONU** est consacré à la **protection de la propriété**, que la Convention européenne des droits de l'homme n'a abordé que dans son premier protocole complémentaire<sup>68</sup>.

Parmi les principaux domaines d'application du droit de propriété, on compte la **propriété et les droits à la propriété foncière**<sup>69</sup>. L'importance de la propriété foncière pour la société repose sur son imperceptibilité, sa valeur comme ressource d'entreprise pour l'économie et son évolution ainsi que sa valeur comme instrument de garantie d'un crédit<sup>70</sup>.

L'importance économique, mondaine et sociale de la propriété foncière a eu pour conséquence que, dans tous les pays possédant un système de droit civil écrit, elle est inscrite dans des registres publics ou dans des livres cadastraux et que le changement de propriété, ainsi que l'établissement et la modification de tous les droits de propriété foncière doivent être inscrits dans les registres et les livres cadastraux publics. *Hoffmeister* a montré, que de la garantie en droit international des gens et en droit constitutionnel de la propriété découle le devoir organisateur pour l'Etat d'installer formellement les livres cadastraux dans les compétences de la juridiction civile (préventive). Ce n'est que de cette manière et non par l'enregistrement cadastral auprès des autorités communales à soumettre au pouvoir administratif que l'on peut obtenir la garantie matérielle de la propriété exigée par les catalogues et les traités des droits de l'homme de droit international des gens.<sup>71</sup>

Dans ces systèmes de droit, le **droit procédurier** en vigueur pour l'inscription dans les registres des terrains et les livres cadastraux prescrit la certification notariée de toutes les demandes d'inscription dans ces registres. En outre, le **droit civil matériel** de nombreux pays impose pour la validité des affaires juridiques portant sur l'établissement et la modification des droits de propriété foncière un acte ou une certification notariée. En outre, dans certains systèmes de droit civil, il faut déjà faire passer un acte devant notaire pour des contrats qui ne portent encore que sur une promesse de transmettre une propriété foncière.

Le notariat joue ainsi un rôle clé dans la garantie de l'exactitude des livres cadastraux ainsi que dans les conseils et la protection juridique des intéressés. La fonction sociale de cette mission du notariat apparaît le plus clairement lors du passage des contrats d'achat dans lesquels l'acheteur acquiert une propriété foncière pour couvrir les besoins en logement de lui-même et de sa famille. Rares sont les autres contrats qui ont pour conséquence des obligations aussi étendues du point de vue financier et de la durée dans la vie d'un citoyen moyen. Avec la préparation, le passage de l'acte et la liquidation des contrats de vente de terrains ainsi que les droits hypothécaires indispensables à la garantie des crédits, le notariat reprend des fonctions protectrices importantes pour tous les intéressés - vendeur, acheteur, ancien créancier du vendeur et nouveau créancier de l'acheteur qui finance le prix d'achat -, le notaire constitue, surtout pour l'acheteur, un accompagnateur indispensable lors de cette étape importante pour son épanouissement personnel, social et économique.

Parmi les droits de propriété, la propriété d'**exploitations industrielles ou commerciales** ou d'**entreprises** ainsi que la prise de participations dans celles-ci<sup>72</sup> est tout aussi importante que la propriété immobilière. Les systèmes de droit civil des pays possédant un notariat latin attribuent au notaire lors de la fondation, de la modification et de la transmission des entreprises, un rôle clé comparable à celui qu'il a dans le domaine du droit foncier. Dans le droit procédurier, les demandes d'inscription dans les registres publics de commerce ou des entreprises exigent à nouveau une certification notariée. En droit commercial et des sociétés, les tâches matérielles du notaire

commencent avec la discussion sur le choix de la forme juridique adéquate et vont - surtout en raison des obligations de passage des actes dans le droit des sociétés de capitaux - du passage de l'acte de fondation de la société via la modification et la restructuration au cours de l'évolution de l'entreprise, via la succession de l'entreprise, en particulier dans le contexte d'un changement de génération dans la famille, jusqu'à la vente de l'entreprise ou la cessation et la radiation de l'entreprise sur les listes.<sup>73</sup>

En 1993, le notariat allemand a connu une croissance importante de ses tâches, à la suite de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la transformation et de la nouvelle loi fiscale sur la transformation qui permet le changement de forme juridique de l'entreprise sans changement d'identité de la raison sociale, de sorte qu'aucun transfert particulier des valeurs en capital ou la modification des rapports contractuels existants avec des tiers ne sont nécessaires et que n'apparaissent plus les désavantages fiscaux d'un transfert d'entreprise ou de patrimoine ni la liquidation de l'entreprise. Selon la nouvelle réglementation légale, les contrats et déclarations nécessaires à la transformation de la forme juridique de l'entreprise doivent en règle générale avoir forme d'acte notarié pour être valables.<sup>74</sup>

Dans le droit commercial, le droit des sociétés et le droit des entreprises également, le notariat acquiert un rôle clé, d'une part pour la sauvegarde des droits de propriétés de l'homme, orientés vers la fondation et la gestion des entreprises, et d'autre part pour la protection et la préservation de la propriété d'entreprise en temps qu'institution sociale.

Dans les articles de la Charte de l'ONU et de l'ECHR consacrés à la protection de la propriété, on ne trouve aucune mention explicite du **droit de succession**, qui doit être garanti dans la même mesure pour celui qui laisse l'héritage - comme forme exceptionnelle de disposition de sa propriété - et pour la personne qui hérite. Selon une opinion concordante en droit international des gens comme en droit constitutionnel national, le droit de succession est inclus dans le droit général de propriété et est aussi protégé par les règlements en la matière du droit des gens ou du droit constitutionnel national.<sup>75</sup>

La contribution apportée par le notariat en vue de la concrétisation des droits de l'homme apparaît aussi clairement dans les missions de passage d'acte pour les testaments et les contrats de succession, les demandes de délivrance de certificats d'héritiers et les attestations d'exécuteur testamentaire, la rédaction d'inventaires de succession et enfin en cas de querelle de succession, le passage d'actes de transferts de parts de succession ou l'achat de succession ainsi que les déclarations de renoncement à l'héritage ou de renoncement à la part réservatoire.

### cc) Liberté d'association / Vereinigungsfreiheit / Freedom of association

**(Art. 20 Charte ONU, art. 11 ECHR, art. 22 par. 1 CCPR)**

Les articles précités sont consacrés entre autres à la **liberté d'association**, qui est garantie à tout homme "... dans des buts pacifiques...".

Les associations de droit privé qui, en tant qu'associations déclarées, ont la qualité de personnalités juridiques de droit privé, et doivent, pour obtenir cette qualité, être inscrits dans des registres publics d'associations, apportent une contribution très importante au développement social et culturel de la société.

Etant donné que le droit procédurier impose aussi pour toutes les inscriptions dans le registre des associations une demande sous forme authentifiée, le notariat se retrouve à nouveau à la première place pour les conseils et l'élaboration des statuts lors de la création de l'association, pour garantir l'exactitude du registre des associations et pour l'assistance juridique quant à toutes les modifications à inscrire dans le registre des associations au cours de la vie de l'association, jusqu'à sa dissolution.<sup>77</sup>

**dd) Assistance sociale**

**(Art. 25 Charte ONU; art. 24 CCPR; art. 10 CESC)**

Dans son **article 25**, la **Charte de l'ONU** formule des droits particuliers de l'homme en ce qui concerne **l'assistance sociale**. Conformément à l'art. 25 par. 1, 2ème demi phrase, le **droit à la sécurité en cas de maladie, d'invalidité, de veuvage et de vieillesse** se range, entre autres, sous ce titre. L'art. 25, par. 2 se consacre à **la mère et à l'enfant** "qui ont droit à une aide et à un soutien particulier". Plus loin, cet article se consacre aux **enfants légitimes et illégitimes** qui „bénéficient de la même protection sociale“.

L'**art. 24 CCPR** et l'**art. 10 par. 3 CESC** contiennent des garanties comparables pour l'enfant ; l'**art. 10, par. 2 CESC** exige en plus une protection de la mère en matière sociale et de droit du travail, avant et après l'accouchement.

Sous le terme générique d'"assistance sociale", se range d'abord le droit à la garantie du minimum vital matériel dans le cadre de l'aide ; avec le "droit à la sécurité, à l'aide et à la protection" dans les groupes de cas répertoriés, on aborde de nouveau des tâches concrètes du notariat :

En ce qui concerne le droit à la sécurité en cas de maladie, d'invalidité et de vieillesse, le passage d'actes de ce que l'on appelle les "**pouvoirs d'assistance**" (Vorsorgevollmachten) est devenu en Allemagne, depuis la réforme, en 1992, du droit de tutelle et de curatelle pour adultes („Betreuungs-gesetz“), une tâche presque quotidienne du notaire. Ainsi est conféré à une personne de confiance un pouvoir contractuel lui permettant d'assister qui de droit dans tous les domaines juridiques, économiques et personnels de la vie (y compris la décision concernant un traitement médical et l'hospitalisation ou le placement dans une maison de soins). Le maintien du pouvoir

en cas de maladie, d'incapacité d'exercer des droits et de décès est expressément confirmé.

Le pouvoir est régulièrement assuré „inter partes“ par le biais d'instructions fermes de la part du mandant à la personne de confiance et concernant la ligne de conduite qui fait, elle aussi, l'objet d'un acte.

La raison de droit civil pouvant expliquer le côté attrayant de ces „pouvoirs d'assistance“ réside dans le fait qu'aux termes du § 1896, par. 2 du code civil allemand récemment introduit, le tribunal des tutelles ne peut plus nommer d'assistant pour une personne handicapée par la maladie, l'invalidité ou l'âge si, pour les domaines de la vie concernés, il existe un pouvoir contractuel de l'intéressé. La loi ne prévoit pas de forme spéciale pour „le pouvoir d'assistance“. Cependant, dans la justification de la loi, on attire l'attention sur les avantages de la forme écrite et, en particulier, sur les avantages de l'authentification notariée du pouvoir<sup>78</sup>. L'authentification notariée ou certification est impérativement exigée si des propriétés foncières font partie du patrimoine du mandant.

Depuis toujours servent de garantie pour la vieillesse, la maladie et l'invalidité, ce que l'on appelle les „**contrats de rente viagère aux parents**“ (Altenteilsverträge) ou „**contrats nourriciers**“ (Pflegeverträge) par lesquels les parents ou le parent devenu veuf assure(nt) contractuellement, à un âge avancé, par acte notarié, leurs/ses besoins vitaux individuels contre le transfert d'éléments constitutifs du patrimoine - régulièrement la propriété foncière „maison“ - à des parents de la prochaine génération, en général un ou plusieurs enfants. Ceci se fait par l'ouverture de droits contractuels à des soins et à une assistance et, le cas échéant, d'une rente en argent, par réserve des droits de jouissance sur la propriété foncière transférée - soit usufruit sur l'objet global soit droit d'usage de certains locaux, de même que, enfin, par droits de rétrocession des parents dans certaines situations de risques. Les droits de réserve et les contre-prétentions des parents sont régulièrement garantis dans les registres fonciers.<sup>79</sup>

Enfin, les risques de veuvage sont assurés depuis toujours par le notaire dans des **testaments et des contrats de succession** par lesquels soit on effectue le transfert de propriété au conjoint devenu veuf, soit on ouvre des droits de succession pour préserver le conjoint veuf contre d'autres héritiers avérés. Il convient de Mentionner particulièrement ici qu'en ce qui concerne la protection des droits des enfants, le droit allemand de succession et de la famille accorde aux parents la possibilité de déterminer par disposition testamentaire, en prévoyance d'un décès, **le tuteur ou la personne chargée de l'administration du patrimoine**.

En outre, dans l'intérêt des enfants, il est possible, par décision d'exécution testamentaire, d'ordonner à une personne de confiance de se charger du soin et de l'administration du patrimoine successoral.

## Partie II

### **Conception et protection des droits de l'homme dans la Loi fondamentale "de Bonn" pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949**

La Loi fondamentale de Bonn n'a que 5 mois de moins que la Charte des droits de l'homme de l'ONU et devrait donc être la première constitution occidentale entrée en vigueur après l'adoption de la première<sup>80</sup>. Suite aux horreurs du Troisième Reich et de la Seconde Guerre mondiale, les droits de l'homme ont été ancrés et protégés d'une manière particulièrement claire dans la Loi fondamentale de Bonn.<sup>81</sup>

Après le préambule, la 1<sup>ère</sup> section de la Loi fondamentale est consacrée aux droits fondamentaux. Dans les articles 1 à 19, cette section reprend le catalogue des droits fondamentaux protégés constitutionnellement.

Les exigences institutionnelles à l'endroit de la justice sont ancrées séparément dans la section IX de la Loi fondamentale, art. 92 GG et ss.

Ci-dessous, nous présenterons d'abord les normes qui contiennent des **obligations générales en matière de droits de l'homme** (1.). Viendront ensuite les articles qui appliquent les **principes de base généraux** des pactes internationaux sur la protection des droits de l'homme, traités dans la partie I., dans l'espace constitutionnel national. Viendront alors les **principes en matière d'organisation de l'Etat et les garanties de procédure en matière de justice** (2.) importants pour le notariat. Enfin seront présentés les **différents droits fondamentaux** que le notariat, par le biais de ses missions, contribue à concrétiser dans la pratique (3.)

#### **1. Obligations générales en matière de droits de l'homme**

##### **a) Préambule**

Après le **préambule** "le peuple allemand ... s'est donné la Loi fondamentale ... conscient de sa responsabilité devant Dieu et les hommes, animé par la volonté de servir la paix dans le monde en tant que membre égal en droit d'une Europe unie **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**".

Par la référence à la **responsabilité envers Dieu et les hommes**, les rapports très positifs du droit sont confirmés et toute vénération de la puissance publique et de tout modèle d'état totalitaire sont refusés pour toujours<sup>92</sup>. Dans la 2<sup>ème</sup> moitié de la phrase du préambule, on souligne l'implication de l'Etat créé par la Loi fondamentale dans l'ordre du droit international public<sup>93</sup>, et la constitution allemande déclare en même temps être ainsi pour une intégration politique et économique dans une Europe unie.<sup>94</sup>

## b) Dignité et droits de l'homme, art.1 de la Loi fondamentale

Le premier article de la constitution allemande fixe expressément les droits de l'homme et oblige toutes les puissances de l'Etat à respecter la dignité de l'homme :

D'après l'**art. 1, par 1**, "**la dignité de l'homme** est inviolable, il est du devoir de toute puissance publique de la respecter et de la protéger". Au **par. 2**, "le peuple allemand **se déclare donc** en faveur de **droits de l'homme** inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde".

Par sa proclamation de foi dans les **droits de l'homme**, la Loi fondamentale renoue d'abord avec les modèles des documents allemands sur la protection des droits de l'homme du 18<sup>ème</sup> siècle <sup>85</sup> ; la tendance à s'aligner sur les valeurs fondamentales de la communauté juridique des peuples, créée peu avant par les Nations unies avec la **Charte des droits de l'homme de l'ONU**, valeurs qualifiées "d'héritage ultramoderne, européo-atlantique par les pères de la constitution", devient en même temps claire <sup>86</sup>.

L'engagement de la constitution allemande en faveur des droits de l'homme ne se limite pas ici au "statu quo" de 1948, mais doit être compris comme un **renvoi dynamique et permanent** à l'évolution future de l'idée de droits de l'homme <sup>87</sup>.

Constitutionnellement, la protection de la **dignité humaine** ne dérive pas seulement de l'art. 1 qui lui est explicitement consacré, mais également des décisions fondamentales de la constitution en faveur du principe de l'Etat de droit, du principe de l'Etat social et de l'obligation d'égalité <sup>88</sup> dont les rapports avec le notariat ont déjà été éclairés dans la partie I. En ce qui concerne le contenu et le domaine de protection de la dignité humaine, on se réfère généralement en premier lieu aux valeurs véhiculées par la philosophie, principalement à *Kant* et à la *Doctrinae chrétienne du droit naturel* <sup>89</sup>, on souligne ainsi que c'est justement l'individu isolé qui détermine le contenu de sa dignité. Sous cet aspect, la **capacité de l'homme à adopter un comportement d'autodétermination propre** serait déterminante pour la protection de la dignité humaine <sup>90</sup>.

Pour la **mission du notariat**, il est important que la constitution protège la dignité humaine non seulement contre une restriction par la puissance publique mais également contre les menaces venant d'autres côtés, en particulier des personnes et des forces privées <sup>91</sup>. Comme premier instrument de protection contre celles-ci, on voit l'explication et l'information préventives au citoyen organisées par l'Etat et on a tiré de celles-ci un "devoir d'information d'avant-garde" <sup>92</sup>. Enfin, il est également intéressant que la dignité humaine représente également les racines philosophiques des garanties procédurales de l'Etat de droit, dont découle le devoir de rédaction de règles proc-

durières, qui donnent à l'individu isolé la possibilité d'exercer effectivement ses droits de l'homme<sup>93</sup>.

Les rapports entre la dignité humaine et la mission du notariat sont donc très étroits : Le notaire aide l'homme - via les explications, informations et conseils privatifs qui lui incombent et dont les

procédures sont fixées par l'Etat via le droit commercial et le droit de l'authentification - à connaître et à peser les bases de la décision en droit privé, qui sont importantes pour sauvegarder de manière responsable sa liberté contractuelle dans des cas particuliers. En outre, l'impartialité du notaire garantit l'égalité des chances avec un partenaire contractuel plus fort et protège les droits de l'homme concernés contre une entrave de la part du privé.

### **c) Garantie du contenu essentiel des droits fondamentaux, art. 19 de la Loi fondamentale**

En complément de la protection des droits fondamentaux matériels, l'art. 19, par. 1 stipule que les droits fondamentaux "... ne peuvent être restreints que par la loi ou sur la base de la loi ...". L'art. 19, par. 2 déclare que "en aucun cas ... un droit fondamental ne peut être affecté dans son contenu essentiel".

L'art. 19, par 2. contient une **garantie du contenu essentiel**, qui ne trouve pas seulement son application lorsqu'une atteinte concrète est portée aux droits constitutionnels mais dans tous les cas lorsqu'un danger menace l'essence d'un droit fondamental<sup>94</sup>. La garantie du contenu essentiel qui lie tous les pouvoirs publics fait partie d'un système de protection que le pouvoir constituant a établi au-dessus de la garantie du droit fondamental individuel afin de prévenir de manière durable une extinction des droits fondamentaux.

### **d) Garantie de perpétuité pour les droits fondamentaux, art. 79, par. 3 de la Loi fondamentale**

La "garantie de perpétuité" de l'art. 79, par. 3 contient une assurance constitutionnelle éminente et importante de l'inviolabilité des droits de l'homme :

En outre, "Toute modification de la Loi fondamentale ... portant atteinte aux principes établis dans les articles 1 et 20 est interdite". Ainsi, la protection de la dignité humaine et des droits de l'homme - et, avec l'art. 20 également, le principe de l'Etat de droit, le principe de l'Etat social et la démocratie - est soustrait à toute modification de la constitution, quelle que soit la majorité. D'après la volonté des pères de la constitution, cette disposition doit empêcher pour toujours une abolition légale de la constitution à l'instar de celle de 1933 et rejeter les opposants à la constitution dans l'illégalité. Ni dans l'histoire constitutionnelle de l'Allemagne, ni dans les droits

constitutionnels étrangers, il n'existe d'exemple ou de parallèle à une protection aussi forte des droits de l'homme et des principes fondamentaux de la structure de l'Etat.

## 2. Principes généraux fondamentaux

a) La validité du **principe de l'Etat de droit** dérive d'une manière générale de l'**art. 20** de la constitution allemande, dont le **par. 1** garantit la **répartition des pouvoirs** et le par. 2 ordonne la **liaison à la constitution et à la loi** de tous les pouvoirs publics.<sup>96</sup>

b) La référence au **progrès social** se trouve dans l'**art. 20, par. 1** de la constitution qui définit la République fédérale d'Allemagne comme un Etat fédéral démocratique et **social**. Cette disposition sur l'Etat social constitue une nouveauté dans l'histoire constitutionnelle de l'Allemagne<sup>97</sup> et signifie un abandon de l'Etat de droit bourgeois-libéral, qui était essentiellement un "Etat de conservation des droits" et qui se contentait d'assurer la répartition des biens existants<sup>98</sup>. Avec la clause de l'Etat social, le législateur est appelé à une formation plus active de l'ordre social. Ainsi, la préoccupation des conditions d'existence du citoyen (la "Daseinvoresorge"<sup>99</sup>) et la création des conditions essentielles pour l'épanouissement de la liberté civique deviennent un devoir de l'Etat, qui doit également se préoccuper de l'abolition des inégalités sociales et de la protection des plus faibles socialement et économiquement<sup>100</sup>. Dans la littérature récente sur le droit constitutionnel, on cite comme nouvelle exigence imposée à l'Etat social la "structuration socio-étatique du droit privé"<sup>101</sup>.

c) Le **principe d'égalité** ancré par l'art. 3 de la Loi fondamentale.

Les devoirs importants pour le notaire dérivés du principe d'égalité sont l'**égalité des armes** dans les procès civils, l'**égalité des chances** ainsi que l'**égalité de protection des droits** lors du recours à la juridiction.

Par **égalité des armes**, on entend, dans la juridiction civile contentieuse, la mise à égalité de la position procédurière des parties devant le juge. Celui-ci doit garantir la même position des parties via la même audition, par un traitement objectif et honnête, par l'absence de préjugés à l'égard de leur exposé et de leurs intérêts ainsi que par l'impartialité lors de l'application du droit.<sup>102</sup> Ces principes et devoirs s'appliquent également sans restriction au notaire dans sa juridiction préventive destinée à prévenir les procès.

La réalisation de l'**égalité des chances** exige des mécanismes très différents selon le domaine de la vie concerné.<sup>103</sup> Tandis que dans de nombreux domaines, elle exige de l'Etat un traitement égal absolument formel et schématique des citoyens et prohibe toute intervention correctrice - par exemple dans la concurrence économique ou lors de l'organisation et de l'exécution d'essais litigieux - dans d'autres domaines, il est justement impératif de prendre des mesures de soutien et d'aide pour réaliser l'égalité des

chances plutôt que d'appliquer un traitement schématique identique. L'obligation d'égalité de traitement est ainsi constitutionnellement complétée et corrigée par les objectifs de différenciation du principe de l'Etat social. Le principe d'égalité et le principe de l'Etat social ne sont donc pas des principes qui s'excluent mutuellement mais des principes de droit constitutionnel qui se complètent mutuellement<sup>104</sup>. Le devoir de différenciation et d'équilibrage socialement justifiés" contribuent, dans une mesure importante, à la réalisation de la position juridique civile dans la procédure de la juridiction organisée par l'Etat :

Dans le domaine de la juridiction civile litigieuse, le juge est tenu de veiller à l'égalité des chances procéduraires des parties du procès moins familiarisées avec le droit, p. ex. de la partie non représentée par un avocat par rapport à la partie représentée par un avocat et d'en tenir compte par une instruction et des renseignements sur la procédure plus importants. Dans le domaine de la juridiction préventive, y compris dans le domaine d'attributions du notaire, le devoir de recherche des intérêts, d'équilibrage des intérêts et de fourniture d'explications destinées à aider la partie la plus faible devient une obligation procéduraires dominante, ce n'est que par son respect qu'il est possible de remplir la mission du notaire<sup>105</sup>. Dans le droit allemand d'établissement des actes, ceci trouve son origine à l'art. 17 du code notarial, d'après lequel le notaire est tenu de veiller à ce que les "parties inexpérimentées et maladroites ne soient pas défavorisées"<sup>106</sup>

Enfin, **l'égalité de protection des droits** exige que les frais de procédure ne puissent pas constituer un obstacle pour l'accès de la partie financièrement défavorisée au recours en justice, que ce soit auprès de la juridiction contentieuse ou de la juridiction préventive. C'est pourquoi il faut accorder à celui qui ne peut pas payer les frais de procédure par ses propres moyens une aide pour les frais de procédure ou une réduction ou encore une dispense des frais de procédure notariés<sup>107</sup>.

### 3. Principes d'organisation de l'Etat et garantie de procédure judiciaire

a) Le droit à une protection juridique efficace postulée à l'art. 8 de la Charte des Nations unies sur les droits de l'homme est garanti dans la Loi fondamentale par la **garantie de recours de l'art. 1, par. 4**, d'après laquelle "...le recours juridique est ouvert ... à toute personne" qui "...a été lésée dans ses droits par la puissance publique". Dans la doctrine constitutionnelle allemande, la garantie de recours judiciaire est considérée comme un droit fondamental véritable et autonome<sup>108</sup>.

Cette garantie contient une **obligation de garantie judiciaire officielle générale**<sup>109</sup>. Le législateur est libre d'adapter l'aménagement de la protection juridique aux exigences du domaine juridique concerné<sup>110</sup>.

Une protection juridique efficace implique également une protection juridique au bon moment. C'est pourquoi cette disposition de temps est imposée constitutionnellement par la "**protection juridique préventive**" là où la protection juridique ultérieure

"classique" arrive trop tard pour empêcher une violation des droits et éviter une atteinte irréversible aux biens juridiques matériels <sup>111</sup>.

Entre la protection juridique préventive et prévoyante, il n'y a plus d'autre étape : Il ne manque au notariat aucune fonction de protection juridique - bien entendu à l'exception de surcharge judiciaire aiguë - que ce soit à temps, soit sensiblement plus tôt. Bien sûr, il n'est pas possible de retirer de la garantie de recours juridique de l'art. 19 une option pour un modèle déterminé de protection juridique <sup>112</sup>. Dans un système de protection juridique moderne à orientation socio-étatique, le notariat est cependant constitutionnellement assuré en tant que qu'instrument fonctionnel d'une protection juridique engagée à temps, de pouvoir garantir les droits de l'homme en justice civile bien avant le champ de la procédure judiciaire litigieuse ou de la défense contre les violations de droits déjà survenues. Pour des raisons de protection juridique, l'Etat est également en droit, d'imposer au citoyen la consultation d'un notaire, certains types de contrats ne sont juridiquement valables qu'après être passés devant notaire et les procédures d'inscription dans les registres publics ne peuvent être ouvertes qu'avec une demande authentifiée par notaire.

**b) L'art. 92 de la Loi fondamentale** contient la "**réserve de juge**" (**Richtervorbehalt**). D'après celle-ci, l'autorité judiciaire ne peut être confiée qu'à des juges. En outre, la constitution autorise le législateur à attribuer au juge des charges sortant de la jurisprudence classique, comme ce fut le cas en particulier lors du transfert de nombreuses fonctions dans le cadre de la juridiction gracieuse <sup>113</sup>. On déduit également de la protection juridique que, dans ces nouvelles attributions du juge, le législateur doit pourvoir la procédure de toutes les garanties constitutionnelles de la procédure judiciaire <sup>114</sup>. Après que le législateur a attribué une grande partie des missions de la juridiction gracieuse, il faut à nouveau harmoniser le statut et les devoirs du notaire avec ceux du juge <sup>115</sup>.

**c) L'art. 97 de la Loi fondamentale** garantit l'**indépendance des juges**, qui "ne sont soumis qu'à la loi", ce qui s'applique également aux notaires.

**d) L'art. 103, par. 1 de la Loi fondamentale** ancre la **garantie de l'audition par un tribunal**. C'est de ce droit juridique fondamental que sont à leur tour déduits les devoirs "de procédure objective et honnête ("fair trial" <sup>116</sup>), d'absence de préjugé" et d'application impartiale du droit", ainsi que d'égalité des armes lors du procès", qui comprend "l'égalité des positions procéduriales des parties <sup>117</sup>. A leur tour, ces devoirs sont en rapport direct avec la protection de la dignité humaine par l'art. 1, par. 1 de la Loi fondamentale, l'obligation de l'Etat de droit et le principe général d'égalité. <sup>118</sup>

### **3. Droit fondamentaux matériels**

#### **a) Droit général de la personnalité, art. 2 I de la Loi fondamentale**

D'après l'art. 2, par 1 "chacun a droit **au libre épanouissement de sa personnalité** (aussi longtemps qu'il ne lèse pas les droits des autres et ne heurte pas l'ordre constitutionnel ou la loi sur les bonnes mœurs)". Le droit au libre épanouissement de la personnalité, lié à la garantie de la dignité humaine de l'art. 1 par. 1 de la Loi fondamentale <sup>120</sup>, déjà traitée ci-avant, est passé de la jurisprudence constitutionnelle à un droit fondamental non écrit le "droit général de la personnalité" <sup>121</sup>, qui est désigné comme "droit fondamental d'accueil" en cas de lacune dans la protection constitutionnelle des droits fondamentaux <sup>122</sup>.

Ce qui est important pour le notariat c'est que lorsqu'une des principales concrétisations du droit général de la personnalité est protégée par l'art. 2, par. 1 de la Loi fondamentale, la **liberté de contrat** est également protégée constitutionnellement <sup>123</sup>. C'est ainsi qu'il faut comprendre le droit de l'individu à organiser les rapports de sa vie par contrat sous sa propre responsabilité <sup>124</sup>.

L'Etat doit prévenir les restrictions du droit général de la personnalité de la part de tiers par des dispositions législatives et administratives <sup>125</sup>.

De son côté, le droit civil est bien sûr dominé par la liberté de contrat comme forme la plus courante de l'autonomie privée. Mais la liberté de contrat est soumise à son tour aux limitations de l'ordre constitutionnel. Ceci oblige à contrecarrer le déséquilibre social et économique, afin que l'autodétermination de l'un ne débouche par sur une restriction de liberté de l'autre. Cette obligation du législateur est dérivée de la clause sur l'Etat social de la Loi fondamentale <sup>127</sup>. Comme correctif à la liberté de contrat, il faut donc garantir l'**équité du contrat**. Celle-ci est surtout considérée comme menacée lorsqu'une supériorité économique ou intellectuelle revient à un des partenaires contractuels <sup>128</sup>.

Pour garantir l'équité de contrat dans l'ordre juridique d'un Etat social, il existe **trois mécanismes** de droit civil :

**Primo** par la "**théorie de l'opposabilité aux tiers des droits fondamentaux**", il est unanimement reconnu que les droits fondamentaux exercent leurs effets dans le droit privé au-dessus des clauses générales du droit civil, en particulier, l'obligation de garantie de l'ordre public et des bonnes mœurs (§ 138, 82 du CC allemand) et au-dessus de l'obligation générale de bonne foi et qu'ils soutiennent là aussi la liberté de contrat. Ce qui entraîne la liaison aux droits fondamentaux, y compris des personnes civiles impliquées dans le contrat et permet, en particulier, un contrôle par les tribunaux civils de la conformité des contrats aux droits fondamentaux <sup>129</sup>. C'est ainsi que les droits fondamentaux s'appliquent matériellement même aux soins préventifs apportés par le notaire à la formation du contrat.

**Secundo** le législateur civil, soit dans le code civil comme "droit contractuel particulier", soit dans des lois spéciales, édicte des **règlements normatifs généraux**, qui soumettent le contenu des contrats à des normes contraignantes afin d'éviter les con-

flits prévisibles. Citons tout particulièrement comme exemples la loi AGB (loi sur la prévention de l'abus des conditions générales dans le commerce), le droit du travail et le droit locatif ou - introduites récemment par la législation européenne - la loi sur le crédit à la consommation et la loi sur la propriété à temps partiel.

La **troisième voie** est formée par l'ordonnance de **contraintes formelles de droit civil**, dans lesquelles la passation devant notaire est prescrite de manière contraignante pour la validité de certains contrats de droit civil. Le droit civil poursuit ainsi (outre la fonction d'avertissement et la fonction probante qui sont également inhérentes à la forme écrite privée) le but de garantir, dès avant l'entrée en vigueur de liens juridiques, et **y compris dans des cas particuliers**, des conseils et une mise au courant équitables, bien pesés et pertinents des parties contractantes (fonction de conseil) <sup>130</sup>.

### **b) Mariage et famille, art. 6, par. 1 de la Loi fondamentale**

D'après l'art. 6, par. 1 de la Loi fondamentale, "Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'ordre public".

Par **mariage**, on entend en droit constitutionnel "la vie en commun conclue de manière durable entre un homme et une femme dans une communauté de vie complète, en principe indissoluble" <sup>131</sup>, par **famille**, on entend en premier lieu la communauté formée par des parents avec leurs enfants mineurs d'âge, donc la famille nucléaire moderne <sup>132</sup>.

Sur la base de l'évolution sociologique moderne, le spectre protecteur de l'art. 6 pour la famille est large : Il concerne, outre la famille nucléaire classique avec les enfants issus du mariage, les rapports du père et de la mère avec des enfants non issus du mariage, ainsi que les enfants adoptifs, les beaux-enfants et les pupilles ainsi que la communauté de vie extra-conjugale avec des enfants communs <sup>133</sup>.

La communauté de vie extra-conjugale ne jouit d'aucune protection constitutionnelle. Etant donné que la constitution protège le mariage et la famille en tant qu'institutions sociales et qu'elle offre également la protection des droits fondamentaux aux individus et qu'elle pourvoit ainsi à la défense de ceux-ci contre une égalité de traitement injustifiée, la juridiction civile ne peut étendre, par analogie juridique, les prescriptions du droit conjugal matériel à la communauté de vie extra-conjugale que dans des limites très étroites <sup>134</sup>.

L'éventail des thèmes précités montre le large domaine des attributions qui incombent au notaire dans la traduction en droit civil des droits fondamentaux "mariage et famille"; en ce qui concerne la communauté de vie extra-conjugale, le notaire qui rédige les contrats n'est pas soumis aux limites imposées au juge; le notaire est donc en mesure de proposer une sécurité juridique même aux partenaires d'une communauté de vie extra-conjugale via un modèle de contrat individualisé.

---

**c) Liberté d'association, art.9, par. 1 de la Loi fondamentale**

L'art. 9 I de la Loi fondamentale définit la liberté d'association comme "Le droit de former des associations et des sociétés. L'importance constitutionnelle de ce droit fondamental est très élevée. Le droit de poursuivre des objectifs communs en s'associant avec autrui et tout bonnement à la base de l'ordre fondamental libéral démocratique<sup>135</sup>. La Cour constitutionnelle fédérale a donc, par voie de conséquence, souligné l'importance du "contenu en droit de l'homme de la liberté "d'association" <sup>136</sup>.

Il apparaît déjà clairement aux termes de l'art.9 I de la Loi fondamentale que la contribution du notariat à la réalisation de la liberté d'association, dans son champ d'application, ne se limite pas à la forme juridique de l'association au sens restreint, comme le règlent les codes civils (en Allemagne § 54 ss du CC), mais qu'elle comprend toutes les formes juridiques civiles du droit social<sup>137</sup>, y compris les grandes sociétés de capitaux et les entreprises<sup>138</sup>.

Le droit fondamental qu'est la liberté d'association ne protège pas seulement les différents membres d'une association, mais également le lien juridique une fois qu'il est constitué. La protection de l'association et de ses membres s'exerce d'une part verticalement à l'encontre du législateur et d'autre part horizontalement entre l'association et les membres. Les dispositions-cadres du législateur en matière de droit d'association et de droit des sociétés concrétisent d'une part le contenu de la liberté constitutionnelle de l'association et d'autre part celle des membres. La pierre angulaire pour l'équilibre horizontal des intérêts de la liberté entre l'association et ses membres est constituée par le notaire qui établit les statuts de l'association ou de la société. C'est ici concrètement que sont réglées individuellement les exigences légales imposées à l'ordre interne de l'association, la procédure de formation de la volonté, la participation des membres à celle-ci, les questions de droit d'entrée, les procédures de sortie et d'exclusion des membres, etc.<sup>139</sup> Ce n'est que par cette dernière étape de la détermination du contenu de la liberté constitutionnelle d'association que ce droit fondamental deviendra applicable et tangible concrètement pour l'être humain.

**d) Propriété et droit de succession, art. 14 I de la Loi fondamentale**

Par l'art. 14 I de la Loi fondamentale, "La propriété et le droit de succession sont garantis, le contenu et les limites ... déterminés ... par la loi".

Dans l'ensemble de la structure des droits fondamentaux, la garantie de propriété assure à l'homme son "espace de liberté dans le domaine du droit patrimonial"<sup>140</sup>. La doctrine constitutionnelle et la jurisprudence constitutionnelle soulignent le rapport étroit entre la propriété et l'épanouissement de la personnalité<sup>140</sup> et par là, le rapport entre la garantie de propriété et le "droit général de la personnalité" protégé constitutionnellement"; plus loin, on souligne le rapport étroit entre la fonction protectrice de liberté de la garantie de propriété et la dignité protégée par l'art. 1, par. 2 de la Loi fondamentale en tant que principe constitutif porteur de la constitution; c'est juste-

ment pour que l'espace de liberté dans le domaine du droit patrimonial" permette à l'homme son autoresponsabilisation et le préserve ainsi de devenir un "simple objet dans l'Etat" <sup>141</sup>.

Le rayon d'action du droit de propriété s'étend sans conteste à tous les droits patrimoniaux du droit privé <sup>142</sup>. Avec les actes juridiques soumis au droit civil matériel de l'obligation d'authentification notariée, le notaire occupe à nouveau un rôle clé dans la réalisation des droits de l'homme liés à la propriété.

La dimension procédurière des droits fondamentaux, d'après laquelle l'Etat doit également préparer les procédures d'un Etat de droit appropriées à la garantie d'une participation effective et à la garantie des droits fondamentaux a, dans le droit allemand, justement été développée sur la base de la garantie de propriété contenue dans l'article 14 de la Loi fondamentale <sup>143</sup>. L'élément déterminant fut une décision de la Cour constitutionnelle fédérale touchant de très près l'activité notariale, à propos des exigences constitutionnelles imposées à la procédure de vente forcée aux enchères des propriétés foncières <sup>144</sup>. A côté des intérêts des créanciers, l'Etat devait protéger le droit de Propriété du débiteur et devait empêcher que celui-ci ne soit dans le gène plus que de raison et en particulier subisse des pertes; le difficile équilibre entre des intérêts divergents a dû être obtenu ici via des dispositions procédurières détaillées <sup>145</sup>.

Le parallèle pour le domaine thématique " Protection de la propriété et notariat " devient ainsi clair :

La protection des droits de l'homme ou fondamentaux en droit international des gens et en droit constitutionnel exige, au niveau de la loi ordinaire, des dispositions juridiques formelles et des règles procédurières, permettant une participation effective, conforme à l'Etat de droit et équitable des individus isolés aux droits fondamentaux qui leur sont accordés. Lorsque le législateur civil renvoie le citoyen à la juridiction notariale, par des dispositions formelles et, en particulier, des exigences d'acte et d'authentification, il détaille, par la même occasion, la procédure à suivre par le notaire pour ses actes et ses authentifications et à régler du point de vue de l'Etat de droit, ce qui en Allemagne a été fait par la "Beurkundungsgesetz" (la loi sur le passage des actes); le droit de procédure des actes notariés est à son tour complété par le droit professionnel des notaires (loi sur les notaires), qui ancre légalement l'organisation du notariat en tant que juridiction préventive, le statut du notaire, sa fonction ainsi que ses obligations professionnelles.

Dans le chapitre suivant, nous montrerons comment est assurée la participation du citoyen requérant aux droits de l'homme confiés aux bons soins du notaire dans le droit notarial et dans le droit des actes.

## Partie III

### Le notariat comme garant des intermédiaires des droits de l'homme en droit privé.

#### 1. Le notariat comme instrument fonctionnel de la juridiction préventive

La fonction, la position et le devoir du notaire dans le domaine de la juridiction gracieuse en Allemagne sont déterminés par le "**Bundesnotarordnung**" (BNotO), la loi professionnelle en vigueur pour tous les notaires en Allemagne<sup>148</sup> :

- Exécutabilité des actes notariés (§ 794, par.1 n°5 ZPO),
- Mise aux enchères volontaire (§ 20, par.3 NotO)<sup>148</sup>
- Procédure notariale de conciliation (§ 20, par.4 et 5 du code de juridiction gracieuse)<sup>149</sup>
  - conflit de succession, §§ 86 ss FGG
  - conflit à propos de l'ensemble du patrimoine conjugal, §§ 99 ss FGG;
  - conciliation d'après la loi sur la modification du droit des affaires du 21.09.1994,
- Réception de serments et de garanties tenant lieu de serment (§ 22 BNotO),
- Déclaration d'exécutabilité d'arrangement d'avocats (§ 1044 b, par.2 ZPO)<sup>150</sup>.

En ce qui concerne la dernière mission, on quitte même le domaine de la juridiction préventive; en effet, il s'agit d'une activité créatrice de genre du notaire d'après le droit de procédure ZPO<sup>151</sup>.

Les procédures de conciliation notariale nécessitent une mise en évidence particulière : Celles-ci contribuent non seulement à décharger les tribunaux mais également à trouver une solution beaucoup plus humaine aux conflits que les décisions d'arbitrage prises par les tribunaux. En effet, il est possible de tenir beaucoup plus fortement compte, et d'une manière plus individualisée, des droits et intérêts des parties concernées par un acte notarié que par le verdict "décisionnel" du juge.

Ceci devient d'autant plus évident dans la procédure de décision notariale d'après la loi sur les modifications des droits réels qui sert à régler les droits de propriété dans les nouveaux Länder fédérés : Là-bas, à cause du "droit de la R.D.A." autrefois en vigueur, la propriété du bâtiment diffère de celle du terrain, en outre, les droits d'usage (non enregistrés) des locataires se heurtent aux intérêts des propriétaires. D'après la loi, le recours aux tribunaux ordinaires n'est permis que si les parties ont, au préala-

ble, suivi une procédure de conciliation notariale formelle sans parvenir à un accord. Ici, le notaire possède des compétences judiciaires matérielles et peut prendre des décisions par défaut contre les parties qui ne comparaissent pas.

En cas d'impossibilité de parvenir à un accord, la procédure notariée se conclut par un protocole final notarié. En cas d'accord, elle se conclut par un acte notarié public.

En Allemagne, ces derniers temps, on assiste à un renforcement des tendances à attribuer au notaire des tâches assumées jusqu'ici par la juridiction gracieuse pour décharger les tribunaux et même à les impliquer dans le cercle des missions judiciaires, en cas de procédure civile litigieuse. C'est ainsi qu'on a proposé l'introduction d'une procédure de conciliation devant notaire pour de larges domaines de la procédure civile comme condition préalable à un procès<sup>152</sup>. Une autre proposition touche à la "tentative judiciaire de conciliation" : conformément au § 279 ZPO, le tribunal, à chaque étape de la procédure, chercherait un règlement à l'amiable du litige et pourrait pour cela renvoyer les parties vers un juge non encore impliqué jusque là, en vue d'une tentative de conciliation<sup>153</sup>, y compris vers un conseiller conjugal en cas de procédure de divorce (§ 614 ZPO). Dans les types de procédures qui s'y prêtent, on pourrait purement et simplement renvoyer au notaire pour une tentative de conciliation.

## 2. Garantie des droits privés par la loi professionnelle (BNotO)

Pour garantir la capacité fonctionnelle du notariat lors de la réalisation des droits de l'homme en droit privé, il faut que la loi sur la profession garantisse les caractéristiques structurelles essentielles du notariat (a ci-après), l'aptitude des membres de la profession à garantir les droits civils de l'homme (b ci-après) et enfin qu'elle garantisse et assure l'accès effectif du citoyen au notaire (c ci-après). En République fédérale d'Allemagne, ces points sont réglés par le "**Bundesnotarordnung**" (BNotO), la loi sur la profession en vigueur pour tous les notaires allemands.

### a) Aménagement institutionnel de la fonction de notaire<sup>156</sup>

Conformément au § 1 BNotO, "les notaires sont nommés en tant que titulaires **indépendants d'une charge publique**". Il est impossible de renoncer à l'un de ces critères caractéristiques sans modifier la base du métier de notaire<sup>157</sup> :

**aa)** Une **charge publique** est transmise au notaire. Celle-ci lui est attribuée comme une **charge personnelle**, il ne peut ni transmettre sa mission et sa responsabilité à des tiers, ni les partager avec ceux-ci. C'est pourquoi le droit notarial allemand ne connaît ni la possibilité de la délégation de la charge notariale ou de certaines tâches du notaire à des tiers, ni la possibilité d'une "vente d'étude"<sup>158</sup>

**bb)** L'**indépendance** du notaire garantie au § 1 BNotO est la conséquence nécessaire du principe de l'**Etat de droit** ancré dans la Loi fondamentale. Le notaire prend librement ses décisions juridiques et n'est soumis qu'à la loi. On garantit ainsi que le no-

taire pourra se consacrer sans entrave à la protection des droits civils de l'homme en toute liberté par rapport à des directives émanant de l'Etat ou des parties <sup>159</sup>. Il n'existe aucune différence juridique entre l'indépendance du notaire et l'indépendance du juge garantie par l'art. 97, par. 1 de la Loi fondamentale <sup>160</sup>.

**cc)** En ce qui concerne les partis, l'indépendance est complétée et élargie par l'obligation d'**impartialité** du notaire. Le notaire doit déclarer son impartialité dans son serment de prise de fonction (§ 132 NotO), elle est ancrée comme obligation caractéristique de la profession <sup>161</sup> : Le notaire n'est pas le représentant d'un parti mais bien celui qui s'occupe de manière impartiale des parties".

Le droit renforce cette obligation professionnelle par le fait que le notaire doit "déjà éviter l'**apparence de la partialité**" (§1, par. 2 phr. 3 des directives pour l'exercice de la profession de notaire, RLNot <sup>162</sup>) - conformément au principe développé dans le droit international des gens "justice must also be seen to be done" <sup>163</sup>.

L'impartialité est assurée de manière complémentaire par des **règlements d'incompatibilité** de droit professionnel, qui interdisent des activités incompatibles avec la charge de notaire (§ 8 BNotO), et enfin par des **interdictions de collaboration** (§ 3 BeurkG) ou des **motifs d'exclusion** (§§ 6, 7 BeurkG) extraits du droit de procédure d'authentification et aux termes desquels le notaire ne peut pas collaborer au passage d'un acte, sous peine de nullité de cet acte, si l'objet de l'acte influence les intérêts personnels du notaire ou si des personnes qui lui sont proches y sont impliquées.

L'impartialité pose également des exigences particulières à l'**aménagement de la procédure de passage des actes**, qui sont concrétisées dans la loi sur le passage des actes <sup>164</sup>.

## **b) Aptitude et assurance de qualité**

Le notariat n'est en mesure de garantir les droits civils de l'homme que si le notaire concerné répond aux exigences institutionnelles de sa charge. Les conditions à remplir sont :

**aa) Aptitude professionnelle** : Le droit notarial allemand impose au notaire "la capacité d'exercer la fonction de juge aux termes de la loi allemande sur les juges", ce qui nécessite la réussite de deux examens publics de juriste et d'un stage préparatoire de juriste sous la responsabilité de la justice du Land. La qualification professionnelle spécifique au notaire est garantie par un stage de candidat notaire (dans le notariat exclusif) ou la preuve d'une expérience pratique avec examen final (comme notaire-avocat) (§ 6 par.1 et 2 BNotO).

**bb) Aptitude personnelle**: implique que le notaire possède également un caractère compatible avec sa charge. La charge publique qui lui est confiée personnellement et

sa position dans la vie judiciaire imposent des exigences qui sont depuis toujours comparables à celles du juge <sup>165</sup>

**cc)** Le "**numerus clausus**" est une caractéristique structurelle de presque tous les notariats latins : D'après le § 4 BNotO, on nomme le nombre de notaires nécessaire à une juridiction bien ordonnée. Cet "examen des besoins" a pour préoccupation d'une part de garantir à la population demanderesse de droit des services notariaux mais, d'autre part, de garantir au poste de notaire une rentabilité suffisante pour en vivre.

Le notaire ne peut remplir sa fonction, qui est de viser à une organisation la mieux pondérée et la plus juste possible des relations juridiques, d'une manière indépendante et impartiale, que si un minimum d'indépendance scientifique lui est accordé pour lui permettre de se mettre en position de s'opposer à la pression scientifique <sup>166</sup>. En outre, ce n'est que si le nombre d'affaires traitées par chaque notaire atteint une importance minimum déterminée qu'une compétence et une expérience suffisantes pour tous les domaines juridiques confiés au notariat pourront être garantis <sup>167</sup>.

En partant de ce principe, le numerus clausus apparaît comme bien plus qu'un simple privilège économique des notaires et il est tout autre chose qu'un monopole douteux. La planification des besoins de l'Etat pour le nombre de places de notaires - une évidence dans l'ensemble du service public - est une condition indispensable au bon fonctionnement d'un notariat, capable de se consacrer d'une manière responsable aux droits civils des gens.

**dd) Responsabilité disciplinaire et surveillance de la part de la corporation et de l'Etat** veillent à ce que le respect des règles d'exercice de la profession par le notaire soit effectivement contrôlé et que les infractions contre les règles de la profession soient sanctionnées. Le "Bundesnotarordnung" répartit les compétences de contrôle entre les chambres professionnelles régionales et la justice :

Les chambres régionales des notaires doivent veiller à l'honneur et à l'apparence de leurs membres et soutenir les organes de contrôle dans l'exercice de leur activité" (§ 67 par.1 phrase 2 BNotO). Elles disposent de compétences coercitives à l'égard de leurs membres (devoir d'information et comparution personnelle, § 74 BNotO) ainsi que du droit de prononcer des admonestations disciplinaires en cas d'infraction très légère (§ 78 BNotO).

La surveillance de la part de l'Etat est exercée en trois instances par le Président du Tribunal de grande instance, par le Président du Tribunal supérieur du Land et par le ministre de la Justice du Land (§ 92 BNotO). En ce qui concerne l'examen juridique des mesures disciplinaires, c'est un sénat de notaires du Tribunal supérieur du Land qui est compétent en première instance et un sénat de notaires de la Cour fédérale qui

est compétent en deuxième instance (§§ 99 BNotO). Les sénats de notaires se composent de juges et de notaires comme assesseurs (§§ 101 ss, 106 ss BNotO).

### **c) Garantie de l'accès du citoyen aux services notariaux**

Un notariat n'est adapté à la protection et à la garantie des droits civils de l'homme que si le nombre d'obstacles susceptibles de gêner ou de rendre plus difficile l'accès du citoyen au recours auprès du notaire est le plus réduit possible. Les éléments structurels et les obligations professionnelles du droit notarial allemand énumérés ci-dessous sont donc particulièrement importants :

**aa) Obstacles à l'accès :** Un avantage particulier du notariat réside dans le fait que l'accès du citoyen au notaire n'est gêné par aucune formalité, ni aucun obstacle de procédure. Le notaire combine l'autorité et la confiance d'un juge avec la proximité et la spontanéité d'un conseiller exerçant une profession libérale.

**bb) Devoir d'exercice de sa charge :** D'après le § 15 BNotO, le notaire ne peut "refuser d'exercer son activité d'authentification sans raison suffisante, il est possible de porter plainte contre le refus d'un notaire d'exercer son activité auprès du Tribunal de grande instance.

Cette "obligation d'exercer sa charge", qui concerne seulement les activités d'authentification des actes et ne concerne pas les autres activités d'assistance du notaire, figurait déjà dans le règlement du notariat allemand de 1514.<sup>168</sup>

Le notaire n'a donc pas de droit au refus, il lui est interdit de sélectionner ses clients ou d'exclure certains groupes sociaux. A cela correspond pour le citoyen un droit subjectif de droit public aux services du notaire<sup>169</sup>

Ce droit du citoyen à l'octroi des services de la part du notaire correspond au droit de se faire rendre justice par le juge, qui ne peut pas refuser de se prononcer sur une plainte et ne peut le faire pour une demande d'établissement d'un acte authentique<sup>170</sup>. Tous deux dérivent directement des "droits fondamentaux à la justice" présentés ci-dessus.

**cc) Système de rétribution :** Conformément au § 17 par.1, le notaire perçoit des honoraires pour son activité, ceux-ci sont fixés légalement dans un règlement tarifaire, le "Kostenordnung" (KostO). Cette loi règle les honoraires des notaires et des tribunaux de juridiction gracieuse suivant les mêmes principes et il en va de même en ce qui concerne le montant de ces honoraires. On applique le principe de la rétribution proportionnelle dans lequel le montant des honoraires dépend de la valeur de l'affaire soumise<sup>172</sup>. Conformément au § 140 par.2 du KostO, les accords concernant le montant des frais sont nuls et non avenues<sup>173</sup>.

Ce système de rétribution constitue un principe important pour une gestion indépendante, impartiale et sans préjugé de sa charge. Le choix du notaire est uniquement dic-

té par la confiance du requérant et non plus par une concurrence commerciale portant sur le "prix le plus bas". La concurrence porte sur la confiance acquise par la qualité professionnelle <sup>174</sup>. Finalement, la rétribution proportionnelle assure une équité sociale puisque des procédures simples portant sur une valeur élevée subventionnent des affaires de valeur réduite exigeant un travail intensif.

Le système de rétribution ci-dessus est également imposé constitutionnellement par le principe d'égalité de l'art 3 de la Loi fondamentale. Etant donné que le notaire exerce une charge publique, les honoraires pour la même affaire doivent être identiques pour chaque citoyen chez tous les notaires <sup>176</sup>.

L'aspect socio-étatique de la rétribution du notaire est souligné par le § 17 par. 2 BNotO. Selon ce dernier, le notaire doit accorder à une partie dépourvue de moyens financiers un "droit du pauvre" en exécutant son travail sans rémunération ou contre une rémunération modérée <sup>177</sup>.

**dd) Le devoir de discrétion** (§ 18 BNotO) constitue un autre élément d'élimination des obstacles pour atteindre le notaire. Le citoyen requérant doit pouvoir se présenter chez le notaire et dévoiler sans réserve sa situation personnelle, familiale, économique et juridique. Le devoir de discrétion constitue un des piliers de base de l'image et de la confiance du notariat et de sa capacité de fonctionner en faveur de l'être humain <sup>178</sup>

**ee) Responsabilité disciplinaire** : Si le notaire viole volontairement une des obligations qui lui incombent, il sera tenu de réparer personnellement et sans restriction les dommages occasionnés. Cette responsabilité ne peut être limitée par une convention avec les intéressés, contrairement à ce qui se passe pour toutes les autres professions qui délivrent des conseils juridiques et économiques en Allemagne. Il est exclu que l'Etat supporte la responsabilité du notaire. Ce serait incompatible avec l'indépendance du notaire envers l'Etat et avec son devoir de discrétion.

**ff) La couverture par voie d'assurance** en faveur d'un citoyen préjudicié complète le motif de confiance formé par la responsabilité personnelle du notaire. En effet, le § 19 a BNotO oblige chaque notaire à souscrire à une assurance pour ses obligations professionnelles. Le montant minimum de l'assurance est actuellement de 500.000 DM et sera porté à 1 million pour au moins 4 dommages lors de la remise à jour du "Bundesnotarordnung" <sup>181</sup>

L'assurance individuelle de chaque notaire isolé est complétée par des assurances de groupe des chambres de notaires, qui devront prévoir la couverture des dommages dus à la négligence de chaque notaire individuellement (§ 67, par 2 n°3 BNotO) ainsi que celle des dommages supplémentaires. Pour les dommages supplémentaires, les chambres allemandes de notaires alimentent également un fonds de dédommagement desti-

né à compenser les dommages non couverts par le règlement légal (§ 67 par. 3 point 3 BNotO).

### 3. Protection des droits privés par la loi sur la procédure (BeurkG)

En Allemagne, depuis la loi sur les actes authentiques (Beurkundungsgesetz) du 28.08.69, les compétences en matière d'authentification des actes confiés jusque là, outre aux notaires, à différents mandataires des administrations et des tribunaux, ont été transférées presque exclusivement aux notaires. Ceci s'est passé après que l'on a constaté que, dans le fond, donner des conseils et des renseignements constituait une tâche d'ordre juridique essentiellement étrangère aux tribunaux et aux autorités administratives qui manquent généralement d'expérience en la matière <sup>192</sup>. Ainsi la "Beurkundungsgesetz" constituait un jalon important dans l'histoire et l'évolution du notariat allemand.

L'importance fondamentale de cette loi réside dans le règlement détaillé du déroulement des procédures et des obligations que le notaire est tenu de respecter lors de l'authentification et de la certification, afin de garantir la conformité de l'objet de sa collaboration par rapport aux dispositions du droit privé, y compris du point de vue du droit de procédure. L'implication du notaire devrait garantir que les intéressés prendront leur décision en pleine connaissance de cause afin de répondre aux conséquences des dispositions juridiques <sup>106</sup>.

La disposition la plus importante de la loi dans laquelle la mission d'assistance du notaire est exposée plus clairement que jamais et le § 17 : On y règle et on y garantit le **devoir de mise au courant** lors du passage des actes devant notaire <sup>185</sup>. En droit, cette disposition est désignée comme la "magna carta" de l'activité notariale <sup>186</sup>. En raison de sa signification pour la protection des droits de l'homme dans le domaine du droit civil, cette disposition est publiée intégralement ci-dessous :

#### § 17 Principe

(1) Le notaire devra rechercher la volonté des intéressés, élucider le contenu de l'affaire, mettre les intéressés au courant de la portée juridique de l'affaire et coucher par écrit leur déclaration d'une manière claire et dépourvue d'ambiguïté. Il devra veiller à éviter les erreurs et les doutes ainsi qu'à ce que les intéressés inexpérimentés et peu fortunés ne soient pas désavantagés.

(2) s'il existe des doutes quant à la conformité de l'affaire avec la loi ou la volonté réelle des intéressés, ces doutes seront levés avec les intéressés. Si le notaire doute de la validité de l'affaire et que les intéressés s'en tiennent à l'acte, il devra coucher la mise au courant et les déclarations des intéressés sous forme écrite.

(3) si on vient à appliquer un droit étranger ou s'il existe des doutes à ce propos, le notaire devra le signaler aux intéressés et le mentionner par écrit. Il n'est pas tenu de donner des explications sur le contenu des ordonnances juridiques étrangères."

Il est presque impossible de décrire clairement la fonction et le cercle des obligations du notaire lors de la certification. En ce qui concerne le cercle des thèmes traités ici, il importe de souligner tout particulièrement le § 17 par. 1, phrase 2, d'après lequel le notaire est tenu de veiller à ce que les **intéressés peu expérimentés et peu fortunés ne soient pas désavantagés**. Il en ressort que le notaire doit adapter l'étendue de son devoir d'explication en fonction de la personnalité des intéressés<sup>187</sup>. Au premier plan, il existe donc une obligation du notaire de traiter de manière inégale des intéressés possédant une formation et une expérience différentes, mais en fin de compte il faut en arriver à équilibrer les forces et à obtenir le document désiré, pondéré, conforme aux intérêts et permettant d'éviter les conflits. Le devoir du notaire de protéger le faible contre le fort, dans le sens d'une égalisation des forces sociales et cité par Schwachtens dans l'introduction, peut difficilement être traduite clairement sous une forme légale.

La procédure de certification proprement dite exige la **lecture à voix haute de l'acte**, son approbation par les intéressés et la signature manuscrite de tous les intéressés.

A titre complémentaire, il faut citer les droits professionnels complémentaires réglés dans la même section de la loi et qui garantissent **l'exécution du contrat notarié** :

Le notaire doit, d'après le § 18, signaler les exigences en matière d'autorisations judiciaires et administratives, d'après le § 19, les exigences d'exécution en droit fiscal, et d'après le § 20 les droits de préemption légaux en cas de cession du terrain et les coucher par écrit. En ce qui concerne les affaires foncières, le notaire est obligé, d'après le § 21 de faire inscrire l'acte dans le livre foncier et d'instruire les intéressés du contenu du livre foncier.

La procédure d'enregistrement assure une protection particulière par le notaire pour les **parties handicapées** : Les §§ 22 à 25 contiennent des dispositions de procédures particulières qui tiennent compte des restrictions de la capacité de perception des personnes sourdes, des muettes, aveugles ou incapables d'écrire, afin que les objectifs de l'acte notarié parviennent clairement à ces personnes également.

#### **4. Protection des droits privés par les dispositions formelles du droit civil**

Le dernier élément de droit juridique simple destiné à protéger les droits privés réside dans les dispositions formelles du code civil allemand (BGB). Il y est stipulé que, pour les objets juridiques et les contrats, qui ont une importance juridique ou personnelle particulière pour les intéressés et la procédure juridique et dans lesquels des décisions graves et ayant une portée étendue doivent être prises, un acte notarié s'im-

pose. Une affaire juridique conclue en dehors du respect de cette prescription formelle est nul et non avenu (§ 125 BGB).

C'est pourquoi l'implication du notaire en tant que personne de confiance indépendante et impartiale doit être assurée le plus tôt possible et même imposée : Sans l'intervention du notaire, on n'assistera ni à l'apparition d'un effet juridique obligatoire, ni à l'apparition d'un droit. Le notaire ne peut agir sur la formation du contrat, la personne conserve sa liberté de décision pour la formation de son instrument juridique sans obligation préalable jusqu'à la conclusion de l'acte par le notaire.

Ci-dessous, la liste des principales affaires juridiques pour la validité desquelles l'acte notarié est prescrit :

- a) droit des obligations, promesses de dons;
- b) droit foncier, contrats fonciers, toute création ou modification de droits liés à un terrain, en particulier les droits d'hypothèque, d'usufruit et de servitude;
- c) droit de la famille : contrats de mariage, demandes d'adoption;
- d) droit de succession : testaments, contrats de succession, transfert de parts d'héritage, renonciation à un héritage, renonciation à la réserve, demande d'attestations de la qualité d'héritiers;
- e) droit des sociétés : fondation de sociétés de capitaux, modification des statuts des sociétés de capitaux, aliénation de parts sociales dans une SARL, transformation des entreprises <sup>189</sup>.

## **Partie IV**

### **Protection des droits fondamentaux au niveau international par le notaire**

Depuis la fondation de l'U.I.N.L., des structures déjà performantes ont été créées et des progrès importants entrepris en vue de la protection des droits de l'homme au niveau international par le notariat. Un seul coup d'œil sur les statistiques des membres de ces 10 dernières années montre le succès politique important que représente l'idée de la protection des droits de l'homme par la fonction préventive du notariat :

Alors qu'au moment de son XIX<sup>ème</sup> congrès international, à Amsterdam, en 1989, l'U.I.N.L. disposait de 29 notariats affiliés, ceux-ci sont maintenant passés à 67 membres. Cette évolution n'a pas seulement été déterminée par l'ouverture des Etats d'Europe de l'est, mais elle a également embrasé d'autres continents <sup>190</sup>.

Lors de la dernière assemblée des membres les 30/31 mai 1997 à Saint-Domingue, de nouveaux notariats affiliés en provenance de Croatie, de Roumanie, d'Indonésie et de Panama ont été accueillis. A l'occasion du congrès de Buenos Aires, on a débattu de

la demande d'adhésion du notariat géorgien et, étape importante sur la voie d'un rapprochement des systèmes de "Common-Law" et de "Civil-Law", de celle des "Scriveners Notaries of London".

Mais il n'y a pas que le support obtenu auprès des jeunes notariats qui requiert d'autres efforts mais également la poursuite de l'évolution des "vieux" notariats, afin de pouvoir remplir la mission du notaire en faveur de la protection des droits de l'homme au niveau international. Ce programme d'actions du notariat international se compose de trois éléments :

- Elargissement de la **coopération externe** du notariat (1.)
- Poursuite du développement des **structures internes du secrétariat et des standards des obligations** (2.)
- Renforcement de la **formation continue et de la science internationale** du notariat (3.)

### **1. Elargissement de la coopération externe du notariat**

a) La **collaboration avec des organisations supranationales**, qui servent la protection des droits de l'homme, est une mission primaire de l'UINL. La présence de représentants permanents de l'UINL auprès de l'ONU, de l'UNESCO (Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture), l'UNHCR (Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés) ou de la FAO (Organisation pour l'alimentation et l'agriculture) et - au niveau européen - auprès du Conseil de l'Europe <sup>190</sup> témoigne de la présence de l'Union sur ce terrain.

La coopération entre l'UINL et le **Conseil de l'Europe** et, en particulier, la Commission de coopération notariale internationale (CCNI) mérite un éclairage particulier. En collaboration avec l'UINL, le Conseil de l'Europe a, depuis l'ouverture de l'Europe de l'Est, organisé un grand nombre de séminaires destinés au développement d'un notariat latin libre dans les pays réformés de l'Est, dans le cadre du "Programme Themis". Ce programme est consacré au développement de structures démocratiques dans les Etats réformés, pour lesquels un notariat européen libre est considéré comme indispensable <sup>191</sup>.

Le rôle du notariat latin pour cet objectif a connu une reconnaissance tardive dans la résolution de la table ronde de Keßtely/Hongrie" du 15 novembre 1990, qui, lors du "Deuxième Congrès des notaires d'Europe centrale", a été adoptée par des représentants de haut rang du Conseil de l'Europe et de l'UINL ainsi que de la Justice et du notariat des treize Etats de l'Ouest et de l'Est participants <sup>192</sup>.

b) La poursuite de l'évolution de la **collaboration avec d'autres organisations et unions professionnelles** renforcera l'influence du notariat latin en faveur de la protection des droits de l'homme. On pourra ainsi trouver de nouveaux alliés pour remplir la mission du notariat et renforcer la compréhension des forces sociales, économiques et politiques qui, jusque là, adoptaient une position critique à l'égard de la mission du notariat. Dès à présent, l'Union entretient des relations avec de nombreux groupes professionnels, en particulier, auprès des avocats, des juges et des associations économiques, en particulier de la finance et de la banque <sup>193</sup>.

Le notariat latin reçoit un soutien particulier de la part de la **magistrature internationale** : Lors de son congrès de Macao du 23 au 27.10.1989, "l'union Internationale des Magistrats" a demandé ouvertement, par l'intermédiaire de la résolution de la IIème Commission, de renforcer la fonction du notariat latin et de faire davantage appel au travail du notaire dans la justice. Pour cela, on s'est surtout arrêté sur les qualités institutionnelles du notariat, grâce à la fonction publique, l'impartialité, le devoir d'information et de conseil, qui font du notaire un spécialiste de la prévention des litiges, ainsi que sur la qualité de l'acte public qui simplifie la procédure probatoire en cas d'apparition de litiges.

La collaboration de l'UINL avec les Associations d'**avocats** anglo-saxons, en particulier avec l'American Bar Association (ABA) et la Society of Public Notaries of London, a fait connaître l'image professionnelle du notariat latin et ses normes d'obligation dans le cercle juridique anglo-saxon, où il n'existe jusqu'à présent pas de notaires latins et a donné un coup de pouce à la mise au point d'images professionnelles comparables

Dans des commissions communes, on a mis au point des revendications unanimes en faveur d'un "acte public authentique" pour la procédure juridique électronique (electronic commerce). Entre-temps, "l'ABA Task Force on International Notarial Issues" a conçu "l'Inter-American Guidelines on Recognition of Notarial Acts". Ces "directives" - c'est-à-dire plus explicitement les "Considerations" - doivent combler les lacunes <sup>194</sup> causées par l'absence de l'acte notarié en common-law, servir à faciliter le commerce et les investissements internationaux, et ce conformément aux normes pour les professions de prestation de services imposées par l'Annexe 10 du "North American Free Trade Agreement" ("NAFTA"). Dans l'Etat de Floride, on a voté, au début de 1997, une loi sur l'introduction d'un "Florida International Notary"; visiblement influencée par l'image professionnelle du "Scrivener Notary" de Londres, on a ainsi introduit une qualification professionnelle similaire à celle du notaire pour les attorneys <sup>195</sup>, qui devrait jeter un pont avec les pays possédant un système de droit civil.

Pour l'avenir, il serait souhaitable de renforcer la collaboration avec les **associations internationales de protection des consommateurs**, dont les préoccupations correspondent sur de nombreux points avec celles du notariat <sup>196</sup>.

c) Enfin, il faudra poursuivre la participation de l'UINL et de ses commissions au développement de la **législation internationale** et des **accords de droit international des gens**, comme ce fut le cas pour la reconnaissance et le caractère exécutoire des actes publics.

Le notariat européen pourrait avoir remporté l'un de ses plus grands succès jusque maintenant avec l'enquête **menée par le Parlement européen** "sur la situation et l'organisation du notariat dans les douze Etats membres de la Communauté" : Le rapport rédigé sur ce sujet par la Commission pour le droit et les droits civiques ainsi que la résolution du Parlement européen, qui est basée sur elle <sup>197</sup> peut être considérée comme le plus important document officiel adopté par une instance supranationale à propos du notariat latin; la mission et l'utilité du notariat latin pour les structures juridiques démocratiques et la protection des droits civils y ont trouvé une reconnaissance sans limite <sup>198</sup>.

## **2. Harmonisation et poursuite de l'évolution des structures internes du notariat et des standards d'obligations**

L'UINL et les notariats qui y sont affiliés ne doivent pas s'arrêter aux standards actuels ni au niveau de qualité de leur travail déjà atteint. Le rapprochement des notariats dans l'espace international, le renforcement de leur collaboration ainsi que l'internationalisation de la vie juridique montrent l'utilité de la présence au niveau international du notariat latin, tout aussi clairement que les différences existant entre les notariats affiliés à l'Union. La priorité devrait être donnée à l'harmonisation et la poursuite de l'évolution de la compréhension de soi et des standards d'obligations du notariat latin.

a) Depuis 1948 déjà, la création et l'existence de l'UINL en tant qu'association internationale et la définition des éléments clés du notariat latin dans les statuts de l'Union (art. 1.2). assurent la **comparabilité et l'homogénéité** des notariats latins.

Une nouvelle impulsion pour l'**harmonisation de la compréhension de soi** a reçu une nouvelle impulsion avec les "Principes fondamentaux du système de notariat latin" adoptés par le Conseil Permanent de l'UINL à La Haye du 13 au 15.3.96 et qui contiennent des critères fortement étendus par rapport aux statuts pour la fonction et les tâches du notaire, l'acte notarié et les organisations professionnelles d'un notariat latin.

Un effet d'harmonisation comparable est assuré par les statuts des organisations et conférences régionales du notariat latin, ainsi que par la "Conférence permanente des notariats de l'Union européenne" (CNUE). Déjà dans son "Mémorandum de Madrid" des 22/23 mars 1990, elle avait défini les caractéristiques du métier de notaire en Eu-

rope de manière unanime et repris ultérieurement ces caractéristiques dans les statuts de la conférence.

b) La mission principale réside dans la **poursuite de l'évolution de standards d'obligations internationaux** du notariat latin : Plusieurs siècles de législation nationale autonome en matière de notariat ont bien entendu eu pour conséquence de grandes différences entre les notariats au niveau international. La différence entre les obligations professionnelles et de confidentialité peut s'avérer gênante pour la collaboration au niveau international entre les notaires et également entraîner des erreurs d'orientation et des désillusions du citoyen requérant lors d'affaires juridiques internationales. C'est pourquoi le notariat international est également appelé à rapprocher les critères de l'activité du notaire.

Sans être soumise à une législation internationale, cela pourrait commencer par s'effectuer par la voie d'une **auto-obligation du notariat** via l'adoption de "standards de confidentialité" au niveau régional ou continental ou au niveau de l'UINL. Comme **standards généraux** pour tous les domaines d'activités du notariat, on devrait au moins appliquer le devoir de conseil avant et lors du passage d'actes, le devoir de confidentialité lors de la mise au point de l'acte ainsi que le devoir d'assurance contre les risques liés à la responsabilité personnelle. On pourrait également mettre au point et adopter **des standards de confidentialité spécifiques** pour certains domaines de travail du notaire, par exemple, en droit immobilier ou en droit des sociétés.

Un exemple de ce type de standard nous est donné par les "Principes de collaboration dans le commerce immobilier international" adoptés par la Conférence des notariats de l'Union européenne (CNUE) les 20/21.1.1991 à Strasbourg.

Après leur adoption par les assemblées internationales de notaires ces standards de confidentialité pourraient être traduits dans les droits des ordres nationaux et finalement comme suggestions de règlements légaux pour les Etats membres. Le notariat espagnol, par exemple, a suivi une telle voie lorsque, au début des années 90, il a fait introduire le devoir de conseil et le devoir de consultation des livres cadastraux dans son droit national alors que ce type de règlement faisait défaut jusque là.

c) La **coopération transfrontalière** entre notaires doit, elle aussi, poursuivre son évolution. Ici, il s'agit de définir les méthodes et la répartition des tâches lors de la coopération entre notaires de différents Etats dans un cas de contrôle transfrontalier. Ces questions font l'objet du "Code européen du droit notarial" adopté par l'UINL les 3/4.2.1995 à Naples et ratifié ensuite par tous les notariats affiliés de l'Union européenne comme droit propre à leur ordre <sup>199</sup>.

Un autre pas vers la traduction de ce code est la "Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung" adoptée le 10.7.1998, qui a introduit un nouveau § 11 a dans la loi allemande sur les notaires, qui règle une forme spécifique d'**aide administrative et juridique transfrontalière**. Tout en maintenant la compétence exclusive du "no-

taire local" national" pour la procédure de passage des actes, qui tient compte du principe de la territorialité en droit international des gens, cette disposition permet l'implication d'un collègue étranger dans la procédure de passage de l'acte en Allemagne et inversement la participation d'un notaire allemand lors du passage d'un acte à l'étranger afin de conseiller et de soutenir le collègue local <sup>200</sup>

Le notariat africain suit actuellement l'exemple européen, en ce sens que ses commissions nationales, en particulier la "Commission des affaires africaines (CAA) élabore un code notarial africain du droit de l'ordre.

**d) L'Ouverture des droits notariaux et de passage des actes nationaux** au traitement effectif d'affaires impliquant des parties étrangères ou d'affaires internationales est une préoccupation dont doivent continuer de s'occuper en premier lieu les notariats nationaux auprès de leurs législateurs compétents <sup>201</sup>.

Ceci est valable en premier lieu pour une **ouverture de la langue des actes et des traitements**. Les traités internationaux de protection des droits de l'homme en droit international des gens exigent pour le domaine de la juridiction litigieuse, en particulier le droit pénal, sans réserve, une instruction dans une langue compréhensible par les intéressés, et, en outre, la participation à titre gratuit d'un interprète lorsque l'intéressé ne maîtrise pas la langue du tribunal <sup>203</sup>.

Dans de nombreux pays de notariat latin, le droit exige que l'acte soit passé dans la langue nationale. Dans d'autres pays, par exemple, en République fédérale d'Allemagne, l'acte peut être passé dans n'importe quelle langue maîtrisée par le notaire. D'autres facilités sont offertes par le § 16 BeurkG qui permet au notaire d'assermenter un interprète <sup>203</sup> ainsi que le § 50 BeurkG, qui permet au notaire de certifier la validité et le caractère et l'intégrité de la traduction allemande d'un acte rédigé dans une langue qui lui est étrangère. La traduction acquiert ainsi une force probante complète <sup>206</sup>.

**d) Le développement de nouveaux moyens de passage des actes** contribuera également à faciliter les tâches du notaire dans le cadre international. L'UINL, lors de son XXème congrès international à Carthage/Colombie du 22.4 au 2.5.1992, sur le thème "Documents informatisés et sécurité juridique",

a été la première association de la vie juridique et économique au niveau international à attirer l'attention sur les risques et les chances de la procédure électronique. Depuis, l'UINL, avec sa "Commission informatique et sécurité juridique" a joué un rôle de pionnière dans le développement de conditions-cadres pour les procédures électroniques. Le but est d'en arriver à un acte notarié électronique offrant aux intéressés la sécurité juridique des moyens classiques tout en étant disponible au niveau mondial <sup>207</sup>

### **3. Formation continue et sciences internationales du notariat**

Parmi les points importants pour le renforcement de la protection internationale des droits de l'homme, citons finalement l'intensification de la formation continue du notaire et de la science du notariat au niveau international.

A côté des "classiques" "**congrès mondiaux**" du notariat latin - qui se sont depuis lors enrichis de "**bourses juridiques**" pour le notariat <sup>208</sup> - et le nombre croissant de **congrès régionaux de notaires** <sup>209</sup>, un nouveau type de formation continue internationale du notariat a fait son apparition : **les séminaires bilatéraux de formation continue** dans lesquels deux notariats voisins se consacrent exclusivement à des thèmes du droit international des personnes et à la comparaison des droits <sup>210</sup>

Il faut encore souligner les nombreux **séminaires de formation continue** organisés par l'UINL et le Conseil de l'Europe pour les notaires des Etats réformés. Au sein de l'organisation de l'UINL, il convient d'accorder une reconnaissance particulière au travail de la Commission des affaires européennes et de la Méditerranée (CAEM) dans lequel les jeunes notariats de l'Europe de l'Est trouvent pour la première fois un forum sur la coopération et les échanges. Pour pouvoir également rendre cette coopération utilisable par les différents notaires, il convient de saluer particulièrement le plan suivi par l'UINL, en vue d'institutionnaliser ce travail de formation continue par la fondation d'**une académie internationale de notariat**.

Une lacune importante pour la pratique notariale - à l'instar du texte international des procurations - pourrait être comblée par l'élaboration et la publication d'**autres documents types internationaux**.

Le **secteur scientifique** est servi par les instituts propres au notariat (Institut de recherches et d'études notariales européen -IRENE-, Luxembourg, Fondation pour la promotion de la science notariale, Amsterdam, Institut international d'histoire du notariat à Paris) ainsi que par la présence de représentants de l'Union dans de nombreuses institutions scientifiques internationales (UNIDROIT, Rome, Conférence de la Haye de droit international privé, La Haye, Europäisches Rechtsakademie/Académie de droit européen, Trèves). La **publication** scientifique du notariat vient par exemple d'être renforcée par le journal "Notarius International" publié à La Haye...

Une autre étape qui s'impose serait l'édition d'une **série d'écrits scientifiques de l'UINL** qui pourrait entre autres permettre à la science juridique au sens large d'avoir accès aux rapports et aux résultats des congrès de l'UINL.

Le notariat latin international dispose ainsi de nombreux instruments pour harmoniser et continuer de développer ses structures et ses performances par ses propres forces. Plus le chemin qu'il aura lui-même choisi sera décisif, plus les besoins d'une législation niveleuse seront réduits. Cette dernière menace l'identité et l'individualité des membres. La principale obligation du notariat latin et la principale mesure de son ac-

tion reste l'approfondissement de sa participation à la protection des droits de l'homme qui lui sont confiés.

- <sup>21</sup> von Münch, Grundgesetz Vorb. Art. 1 - 19, Rn. 76-78; Frowein/Peukert; EMRK, Einf. Rn. 3-5.
- <sup>22</sup> Sur la Comparaison entre les différentes conventions continentales des droits de l'homme : Konrad (éditeur), Grundrechte im Verwaltungsverfahren - Internationaler Menschenrechtsschutz, 1984, 243 ss; Partsch, EuGRZ 1989, 1 ss.
- <sup>23</sup> Source : von Münch, GG, Vorb. 1-19 Rn 85)
- <sup>24</sup> Texte : ILM 1970, 673 ss; traduction allemande : EuGRZ 1980, 435 ss; Einzelheiten bei Buergenthal/Norris/Shelton, Protecting Human Rights in the Americas, 2ème éd. 1986; Ipsen, Völkerrecht, 3ème éd. 1991, § 45 III Rn 15 ss; Bartsch, NJW 1991, 1390/1393.
- <sup>25</sup> Birgul = Capitale de la Gambie = Lieu de conception de la charte
- <sup>26</sup> Source : von Münch, GG, Vorb. 1-19 Rn 85)
- <sup>27</sup> voir Riedel, EuGRZ 1989, 9 ss.
- <sup>28</sup> Texte : ILM 198270, 59 ss; traduction allemande : EuGRZ 1990, 348 ss; pour contenu : Ipsen, op. cit § 45 IV Rn 19 ss; Kunig./Benedek/Mahalu, Regional Protection of Human Rights: The Emerging African System, 1985
- <sup>29</sup> cf. à ce propos le Thème I. du XXème Congrès UINL à Carthagène en 1992 : "Collaboration du notaire dans le cadre de la juridiction non litigieuse" avec les rapports nationaux et le rapport du coordinateur international présenté à cette occasion.
- <sup>30</sup> cf. Nowak, CCPR, Introduction Rn 4: 'institutional protection by providing procedural guarantees and implanting specific legal institutions".
- <sup>31</sup> sur les garanties juridiques contenues dans le préambule : Frowein/Peukert, EMRK, Präambel Rn 4,5
- <sup>32</sup> sur le droit constitutionnel allemand : von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn 22, 23; Dürig, Der Grundgerech-tssatz der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117/127; jurisprudence permanente de la Cour constitutionnelle fédérale, en particulier BVerfGE 30, 1/25; 50, 166/175; du droit international des personnes : Nowak, CCPR, Art. 16 Rn 1
- <sup>33</sup> voir ci-après sous b) cc)
- <sup>34</sup> voir ci-dessus à la note de bas de page 2
- <sup>35</sup> sur ECHR : Nowak CCPR, ART 16, Rn 1, MwN; sur la constitution allemande : cfr l'information en Fn. 31.
- <sup>36</sup> d'après Nowak, op. cit.
- <sup>37</sup> cfr "Prééminence du droit" sous aa) .
- <sup>38</sup> L'art. 3 CCPR ainsi que l'art. 3 CDESCR contiennent en outre des garanties particulières d'égalité de traitement pour l'homme et pour la femme, qui ne nécessitent pas de présentation particulière dans le contexte présent.
- <sup>39</sup> Nowak, CCPR, Art. 14 Rn 5.
- <sup>40</sup> Nowak, CCPR, Art. 14 Rn 8.
- <sup>41</sup> cf. également la résolution de l'Union internationale des juges à l'issue de leur Congrès du 23-27.10.1989 à Macao (partie IV, 1.b.), ainsi que la résolution adoptée avec la collaboration du Conseil de l'Europe à l'occasion du colloque des notaires à Kesztheley, voir également à la Partie IV 1.a..
- <sup>42</sup> p.ex. Frowein/Peukert, ECHR, ART. 6 Rn 1 mwN zur UN-Charta und Ihrer Entstehungsgeschichte, Rn 6, 15, 16; Nowak, CCPR, Art.14 Rn 3, 10-12; Matscher, Die Verfahrensgarantie der EMRK in Zivilrechtssachen, 1980 ÖZÖR 8.
- <sup>43</sup> "Campbell und Fell" GH 80 Ziff 76/78 = EuRZ 1985, 534; Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 125.
- <sup>44</sup> Nowak, CCPR, Art.14 Rn 17, Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 126; Jurisp. perm. de la CJ, p.ex. "Ring-eisen" GH 13, 39 Ziff 95; "Benthem" GH 97,17 Ziff 40 = EuGRZ 1986, 202
- <sup>45</sup> Frowein/Peukert, op. cit; "Ring-eisen" GH 13, 39 Ziff 95; "Schiesser" GH 34, 12 Ziff 29 = EuGRZ 1980, 202

- <sup>46</sup> Nowak, op. cit; Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 126; "Campbell und Fell" GH 80 Ziff 76/78 = EuRZ 1985, 534; "Engel u.a." GH 22,27, Ziff. 68 = EuGRZ 1976, 421
- <sup>47</sup> Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 126; "Lithgow u.a." GH 102, 73 Zif 201, 202 f.
- <sup>48</sup> Voir également à la Partie III.
- <sup>49</sup> Nowak, CCPR, Art.14 Rn 18; Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 129; "Albert, Le Compte" GH 58, 17 Ziff 32 = EuGRZ 1983, 190.
- <sup>50</sup> Pratique permanente de la Cour de justice européenne pour les droits de l'homme, p.ex. "Belilos", "Campbell und Fell", "Ringelsen" op. cit, autres références chez Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 122 dans Fn 512; Nowak, CCPR, Art.14 Rn 15
- <sup>51</sup> Nowak, CCPR, Art.14 Rn 16; Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 122.
- <sup>52</sup> sur la comparaison entre le système de droit civil et les systèmes de "Common Law" : Putzer, Notariat im Zivilrechtssystem, dans : Das moderne Notariat (Edit : Bundesnotarkammer), Cologne 1993, p. 1 ss.
- <sup>53</sup> Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 52 zum Stichwort "Zwangsvollstreckungsverfahren"; cf. aussi "Sporron u. Lönnroth, GH 52, 29 Ziff 80 = EuGRZ 1983, 523
- <sup>54</sup> Exemples à la Partie III.1
- <sup>55</sup> Cfr aussi Partie III. 1
- <sup>56</sup> L'art. 9 du CESCOR correspond littéralement à la première partie de la phrase et y associe expressément le droit à la sécurité sociale.
- <sup>57</sup> von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn 30 mwN; BVerwGE 14, 294 (296 f); 69, 146 (154); BverfGE 25, 307 (317 f).
- <sup>58</sup> cf. Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Nojtar und Gerichte, Vorwort p. V, p 1 ss, 123 ss; Langhein, Mitwirkung des Notars im Rahmen des nicht-streitigen (freiwilligen) Gerichtsbarkeit, rapport allemand sur le thème I du XXIème congrès de l'UINL, Carthagène 1992 p.1; Baumann, Die öffentlichen und sozialen Funktionen der Notariate in den Ländern der europäischen Union, Notarius International 1996, 20 (22, 26 f); rapport d'ensemble du coordinateur international, le Dr Horst Heiner Helge sur le thème I du XXIème congrès de l'UINL à Berlin, 1995, p. 17, 29 ss, 68 ss.
- <sup>59</sup> Römer, Notariatsverfassung und Grundgesetz, p. 43.
- <sup>60</sup> Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Munich 1991, p. 21 RZ 66
- <sup>61</sup> Bauman, Das Amt des Notars - seine öffentlichen und sozialen Funktionen, Mitteilung des Rheinischen Notarkammer 1996, 1 (21)
- <sup>62</sup> Manque dans l'ECHR, mais son but régulateur est immanent, cf. Frowein/Peukert, EMRK, art. 12 Rn 4
- <sup>63</sup> également Nowak, CCPR, Art. 23 Rn 1
- <sup>64</sup> Frowein/Peukert, EMRK, art. 12 Rn 6
- <sup>65</sup> cf. en général Grziwotz, Ehe- und Familienrecht, Eheverträge, dans : Beck'sches Notarhandbuch, 2ème éd., Munich 1997.
- <sup>66</sup> à ce propos Ott, Aufgaben des Notars im Familien und Erbrecht dans : Das moderne Notariat (édit. Bundesnotarkammer) 1993, p. 137 ss (140); Grziwotz, op. cit. sub : Annahme als Kind.
- <sup>67</sup> à ce propos Rapport d'ensemble du Coordinateur international sur le thème 3 du XXIème congrès de l'UINL à Berlin, 1995 "Moderne Fortpflanzungsmedezin und ihre Auswirkungen im Familien und Erbrecht"
- <sup>68</sup> sur l'histoire des origines Frowein/Pukert, EMRK, Art.1 es 1. ZP Rn 1.
- <sup>69</sup> cf. von Münch/Bryde, GG, Art. 14 Rn 14
- <sup>70</sup> cf. ici le 4ème thème du XXIème congrès de l'UINL : "Nouvelles méthodes de garantie des crédits dans la pratique notariale".
- <sup>71</sup> Hoffmeister, Das moderne Grundbuch, Vienne 1992, p. 24 ss; ainsi que Adamovich, ÖNotZ 1992, 39; Bahrens dans : Das moderne Notariat, p. 89
- <sup>72</sup> von Münch/Bryde, GG, art. 14 Rn 18 s, 22
- <sup>73</sup> voir Böse, Das Handelsregister, dans : Das moderne Notariat, p. 109 ss.
- <sup>74</sup> aperçu chez Limmer, Umwandlungs- und Umwandlungssteuergesetz, 1993

- 75 Frowein/Peukert, EMRK Art.1 des 1. ZP Rn 9; "Marckx" GH 31, 21 Ziff 50 = EuGRZ 1979, 454 (460 s); von Münch/Bryde, GG, Art.14 Rn 45.
- 76 cf. Ott, op. cit, p. 140 ss, ainsi que sub Partie III.5.
- 77 Sur les tâches du notaire dans le droit allemand d'association dans Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtbarkeit
- 78 cfr Cypionka, Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes aus der Praxis des Notars, DNotZ 1991, 571 ss (573), Gesetzesbegründung Bundestagsdrucksache 11/45/28, p. 122
- 79 cf. l'étude juridique comparative du
- 80 cfr von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn 43
- 81 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Heidelberg 1985, Rn 397.
- 82 von Münch, GG, Präambel Rn 8.
- 83 von Münch, GG, Präambel Rn 12.
- 84 von Münch, GG, Präambel Rn 13.
- 85 cf. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 32-44
- 86 von Münch/Kunig, GG, Art. 43 mwN.
- 87 Podlich, Alternativkommentar zum Grundgesetz (AK-GG), Art.1 Rn 11; von Münch/Kunig, GG, Art. 44.
- 88 Podlich, AK-GG, Art.1, Abs. 1 Rn 17 ss; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 401, 406-410.
- 89 cf. Nipperdrey, die Grundrechte II, p. 1/ Vitzthum, JZ 1985, 201/205 s; Donninger, JZ 1982, 225.
- 90 Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, p.53 ss; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 401.
- 91 Dürig dans : Manz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Art.1 Rn 3; BVerfGE 1,97 (104)
- 92 Cf. von Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn 31.
- 93 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 409.
- 94 von Münch/Krebs, GG, Art. 19, Rn 19
- 95 Evers, Bonner Kommentar zum Grundgesetz (2ème version), Art. 79 Rn 23 ss, 26 ss; Bryde Verfassungsentwicklung, 1982, p. 49 ss.
- 96 von Münch/Schnapp, GG, Art.20 Rn 21
- 97 von Münch/Schnapp, GG, Art.20 Rn 16
- 98 Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, rt.90 Rn 49.
- 99 voir Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, § 13 I. 3
- 100 Stern, Staatsrecht Band I, § 21 II.4d; von Münch/Schnapp, GG, Art.20 Rn 17, 18, BVerfGE 5,85 (198; 274 (329); BSGE 10,97 (100).
- 101 von Münch/Schnapp, GG, Art.20 Rn 18; Stern, Staatsrecht Band I, § 21 II.3
- 102 grundelegende EVerfGE 52, 131; cfr von Münch/Gubelt, GG, Art.3 Rn 46
- 103 cf. en général l'aperçu de von Münch/Gubelt, GG, Art.3 Rn 65 ss.
- 104 von Münch/Gubelt, GG, Art.3 Rn 69; Schoch, Der Gleichheitssatz, DVBl. 1988, 863 (869).
- 105 Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 2ème éd. 1987, § 17 Rn 20; Keidel/Kuntze/Winler, Freiwillige Gerichtsbarkeit Teil B, 13ème éd. 1997, BeurkG § 17 Rn 43; Jerschke, Die Wirklichkeit als Muster - der richtige Weg zum gerechten Vertrag DNotZ 1989 p.21 ss (23, 26, 31).
- 106 cfr également dans la partie III.4
- 107 cfr également dans la partie III.3,c)cc.
- 108 von Münch/Kratz, GG, Art.19 Rn 2.
- 109 Schmidt-Aßmann dans : Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.19 Rn 16; BVerfGE 54,277 (292)
- 110 cf. Schenke, Bonner Kommentar zum GG (BK), Art.19 Rn 58 s.
- 111 von Münch/Krebs, GG, Art.19 Rn 64; Schenke, BK, Art.19 Rn 422; Schmidt-Aßmann, op. cit. Art.19 Rn 2?8.
- 112 cf. von Münch/Krebs, op. cit., ainsi que BVerfGE 150, 268 (285 s).

- 113 BVerfGE 21, 189 (144)
- 114 BVerfGE 25, 366 (345 s); cfr von Münch/Meyer, GG, Art.92 Rn 14.
- 115 cf. Odersky, Gerichte und Notariat, DNotZ 1994, p.7 ss
- 116 Nowak, CCPR, Art.14 Rn 3719 ss; Frowein/Peukert, EMRK, Art.6 Rn 7 ss.
- 117 von Münch/Kunig, GG, Art.103 Rn?3, BVerfGE 52,31 (156f), en outre voir déjà ci-dessus sub 2.d).
- 118 Schmidt-Bleibtreu/Klein, RT. 103 Rn 2; von Münch/Kunig op.cit.; BVerfGE 55,1 (5 s); BGFHZ 118, 312 (321)
- 120 voir ci-dessus sub II. 1. b)
- 121 von Münch/Kunig, GG, Art.2 Rn. 1
- 122 jurisprudence permanente, cf. p.ex. BVerfGE 1, 7/8; 6, 32 ss; 77, 84/118; 80, 37/157; sur la fonction d'accueil et la subsidiarité de ce droit fondamental Jarass/Pieroth Rn 2; Erichsten, op. cit. § 152 Rn 1; Stern, Staatsrecht Band III/1 1988 § 90 V 4 c.
- 123 Cf. BVerfGE 8, 274/328; 70 115/123; von Münch/Kunig g Art.2 Rn. 16, 29.
- 124 Palandt/Heinrichs, BGB, Einführung vor § 145 Rn. 7.
- 125 von Münch/Kunig, GG, Art.2 Rn. 40 BVerfGE 34, 269/281 s.; 83, 130/140.
- 126 von Münch/Kunig, GG, Art.2 Rn. 40; la violation illicite de ce droit entraîne une obligation de dédommagement conformément à § 823 du code civil allemand, cfr. p.ex. BGH 13,334; 24,72/78; Palandt/Thomas, BGB 54ème éd. 1995 § 823 Rn 175; sur l'évolution et les effets de modification de la jurisprudence constitutionnelle : Schmitt/Glaeser, Handbuch des Staatsrechts Band VI, § 129 Rn 7
- 127 BVerfGE 8, 329; Palandt/Heinrichs op. cit.
- 128 Palandt/Heinrichs, BGB, Einführung vor § 145 Rn.14; Limbach, JuS 1985, 10
- 129 Cf. Palandt/Heinrichs, BGB § 242 Rn. 7; Canaris, JuS 19879, 161; Hermes NJW 1990, 1764 BVerfGE 7, 98; 34,280; BGH 13,338; 15,258; 26354.
- 130 Palandt/Heinrichs, BGB § 125 Rn 1
- 131 BVerfGe 53, 224; von Münch, GG, Art. 6 Rn 4.
- 132 BVerfGe 48, 339; Pierson, Bonner Kommentar zum GG, Art.6 Rn 21 ss.
- 133 von Münch, GG, Art. 6 Rn 7; BVerfGe 18;, 97 (105); 68,176 (187); 79,256 (267).
- 134 von Münch, op. cit.
- 135 von Münch/Loewe, GG, Art.9 Rn9 Rn2; Rinke, AK, Art.9 Rn 44.
- 136 BVerfGe 50, 290/253.
- 137 von Münch/Löwer, GG, Art.9 Rn 14, 22
- 138 cf. von Münch/Löwer, GG, Art. 9 Rn 28 m.w.N.; cf. BVerfGE 50, 290/356, 359.
- 139 cfr en détail von Münch/Löwer, GG, Art. 9 Rn 23; Taupitz, op. cit, p. 953 ss.
- 140 BVerfGe 24,367/389; 50,290/339
- 140 p.ex. : Meyer-Abish, Der Schutzzweck der Eigentumgarantie, 1980 p. 55 ss; BVerfGE 69,272/300 ss.
- 141 Münch/Bryde, GG, Art.14 Rn.3
- 142 Papier dans : Maunz/Dürig/Herzog, GG, Rn.8; Kimminch; BK, Art.14, Rn. 8, 55 s.; Badura, Handbuch des Verfassungsrechts, p. 654; Pieroth/Schlink, Staatsrecht, Rn. 995
- 143 von Münch/Bryde, GG, Art.14 Rn.37; Papier : op. cit., Rn 43 ss.; Suhr, NJW 1979, 145 ss.; Goerlich, VBl 1979, 362 ss.
- 144 BVerfGE 46, 325/33 ss.
- 145 cfr von Münch/Bryde, GG, Art.14 Rn.37; ainsi que BVerfGE 49, 220/225; 150/156; Suhr, op. cit.
- 147 cfr également : Frenz, Anmerkungen zum Verhältnis von Formzweck, BVerfGE 49, 220/225; 150/156; Suhr, op. cit. 175 ss; Wolfsteiner, Rechtssicherheit und Verbraucherschutz - Form im Nationalen und europäischen Recht, DNotZ 1993; \*21 ss.
- 148 A l'exception des notaires-juges (Richternotare) et des notaires-fonctionnaires (beamteten Notare) dans le Bade-Wurtemberg, qui - pour des raisons historiques - sont nommés sur la base de lois propres au Land.

- 148 Seybold/Reithmann, BNotO, § 20 Rn 44 ss.
- 149 En principe, d'après la FFG (loi sur la juridiction gracieuse, ce sont des compétences des tribunaux, mais la loi du Land permet de les transférer au notaire, cfr : Seybold/Reithmann, BNotO, § 20 Rn 60
- 150 Bohrer, op. cit., Rn 86; Geimer, DNotZ 1991, 266
- 151 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rn 33.2 s. Geimer, op. cit. p.270/273
- 152 l'expérience serait d'abord acquise dans des affaires d'importance négligeable.
- 153 cf. Stürner, Aufgaben des Richters und Anwalt bei gütlicher Streitbeteiligung, JR 1979, 133; Wolf, Normative Aspekte richterlicher Vergleichstätigkeit, ZZP 1989, 260.
- 154 cf. Wagner, Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit - Bestandsaufnahme und Perspektiven - Eröffnungsvortrag zum 25. Deutschen Notartag, Münster 1998 (publication prévue dans le DNotZ-Heft de 12/98).
- 155 A l'exception des notaires-juges (Richternotare) et des notaires-fonctionnaires (beamteten Notare) dans le Bade-Wurtemberg, qui - pour des raisons historiques - sont nommés sur la base de lois propres au Land.
- 156 cfr la formulation chez Bohrer, op. cit., Rn 87.
- 157 Seybold/Schippel, BNotO, 6ème éd. 1995, § 1 Rn 1; fondamental Römer, Notariatsverfassung und Grundgesetz, 1963, p. 12 ss.
- 158 BGH DNotZ 1975, 574; Seybold/Schippel, BNotO, § 1 Rn.9
- 159 Seybold/Schippel, BNotO, § 1 Rn 18 s.
- 160 Bohrer, op. cit, Rn 140; Pfeiffer, Der Notar in unserem Rechtsstaat, DNotZ 1981, 5; Seybold/Schippel, BNotO, § 1 Rn 16; pour les fondements constitutionnels voir ci-dessus Partie II 3 b)bb).
- 160 cfr Bohrer, op. cit, Rn 52; Seybold/Schippel, BNotO, § 1 Rn 19.
- 162 cfr Seybold/Schippel, BNotO, § 14 Rn 37
- 163 voir ci-dessus Partie I.1.b)bb) (2), informations en Fn 43, 44
- 164 en particulier § 17 BeurkG, cfr Seybold/Schippel, BNotO, § 14 Rn 36 s; Bohrer op. cit. Rn 97.
- 165 Feyock, DNotZ 1952, 244; Seybold/Schippel, BNotO, § 6 Rn 4 m.w.N.; ainsi que la Commission pour le droit et les droits civiques du Parlement européen dans : "Lage und Organisation des Notarstand in den zwölf Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft" du 9.12.1993. Document de la séance du Parlement européen A3 - 0422/93, Ziff 21, Résolution du Parlement européen publiée dans bl. n° 6 44/36 du 14.2.1994 et ZNotP 1997, 58 ss.
- 166 Schollen, DNotZ 1969, 68 ss.; BVerfGE 17, 371.
- 167 Seybold/Vetter, BNotO § 4 Rn 1; fondamental Bohrer, DNotZ 1991, 3/7
- 168 Le notaire n'a donc pas de droit au refus, il lui est interdit de sélectionner ses clients ou d'exclure certains groupes
- 168 Schippel/Reithmann, BNotO § 15 Rn. 154
- 169 Seybold/Reithmann, BNotO, § 15 Rn 16.
- 170 Keidel/Kuntze/Winkler, Beurkundungsgesetz, Einl. Rn 31.
- 171 Partie II.2.a).
- 172 cfr Bengel, Entwurf einer Gebührenordnung mit Erläuterungen dans Das moderne Notariat, op. cit., p. 35 ss.
- 173 cfr Korinthenberg, Kostenordnung, § 140 Rn 2.
- 174 Seybold/Vetter, BNotO, § 14 Rn 5.
- 175 Bengel, op. cit., p. 35; également Seybold/Vetter, BNotO, § 14 Rn 3.
- 176 cf. Seybold/Vetter, BNotO, § 17 Rn 3, 5.
- 177 Les dispositions de droit corporatif de la Bundesnotarkammer s'appliquent à titre complémentaire, DN8tZ 1976, 261; Seybold/Vetter, BNotO, § 17 Rn 25 ss.; Korinthenberg/Bengel, KostO, Vor § 140 Rn 9 ss.
- 178 Seybold/Vetter, BNotO, § 18 Rn 1.
- 179 Haug, Die Amtshaftung des Notars, 1989, Rn 7.

- 179 Haug, op cit.
- 191 La "Troisième Loi sur la modification de l'ordre fédéral des notaires" adoptée entre-temps par le parlement a été publiée sous une forme résumée.
- 192 Keidel/Kunze/Winckler, BeurkG, Einl. Rn 25.
- 193 Keidel/Kunze/Winckler, BeurkG, Einl. Rn 22.
- 194 Flume, DNotZ 1969, 33 ss\* ; Larenz, BGB-Allgemeiner Teil, § 21 I a 3;BGHZ 31, 79/86.
- 185 Keidel/Kunze/Winckler, BeurkG, Einl. Rn 24; Brambing NJW 1975, 1259
- 186 Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1994, 496
- 187 Keidel/Kunze/Winckler, BeurkG, § 17 Rn 30; en complément Keim, Das notarielle Beurkundungsverfahren, 1990;,, Rn 124-136
- 188 cfr Pützer, Das Notariat im Zivilrechtssystem, dans : Das moderne Notariat, op. cit. p.14
- 189 cf. Vollhardt, Allgemeine Stellung des Notars dans : Das moderne Notariat, op. cit. p. 17.
- 190 Lors de la dernière assemblée des membres les 30/31 mai 1997 à Santo Domingo les nouveaux notariats affiliés viennent de Croatie, Roumanie
- 130 Aperçu dan UINL-Information, Bulletin du Secrétariat Permanent européen, Milan, n° 21, décembre 1997), p. 94 ss.; sur la collaboration avec ces institutions : Tinguy du Pouet, op. cit. (FN 2), p. 69 (ONU), 73 (UNESCO), 82 (FAO) et 91-98 (Conseil de l'Europe)
- 191 cfr Tinguy du Pouet, op. cit. p. 98.
- 192 voir également le rapport de la Commission pour le Droit et les Droits
- 194 dans le même sens, la Commission pour le droit et les droits civiques du Parlement européen dans son rapport, op. cit (Fn 165), points 7-9.
- 195 cfr Baumann, Die öffentlichen und sozialen Funktionen der Notariate in den Ländern der Europäischen Union, Notarius International 1996, 20/28; Pützer dans : Freundesgabe für Weichler, op. cit, p. 191 (200, 203)
- 196 cf la première séance de travail du 23ème Deutschen Notartag, Hambourg 1993, sur le thème "Rechtssicherheiten und Verbraucherschutzform in nationalen und europäischen Recht, DNotz 1993, p. 21 ss; ainsi que le symposium de l'Académie européenne de droit sur la "Protection du consommateur en droit civil", Bruxelles 1997.
- 198 cf Pützer, Marinho Bericht, op. cit (Fn 192) p.191 ss.
- 199 publié dans DNotZ 1995, p. 329 ss., cfr Schippel, Der europäische Codex des notariellen Standesrechtes, DNotZ 1995, p. 334 ss.
- 200 cfr Schippel, DNotz 1995, p.336 s/341; Schippel, Das deutsche Notariat als Gegenstand europäischer Rechtssetzung, dans : Festschrift für Lerche (éditeur Baruda/Schulz) 1993 p.0 500/509 ss.; Pützer dans : Freundesgabe für Weichler, op. cit, p. 191/211 s.
- 201 cf aussi Stürner, Die notarielle Urkunde im europäischne Rechtsverkehr, DNotZ 1995, 343 ss.
- 202 p. ex. art. par. 2 ECHR, art. 14 par. 3 CCPR
- 203 Art.6 par.3 e) EHCR, art.14, par. 3 f) CCPR.
- 204 cfr Keidel/Kuntze/Winklser, BeurkG § 5 Rn 6 ss.
- 205 en particulier Keidel/Kuntze/Winklser, BeurkG § 16 Rn 1 ss.
- 206 cf Keidel/Kuntze/Winklser, BeurkG § 50 Rn 3 ss.
- 207 sur la situation des discussions juridiques et techniques en Allemagne cf. Tagungsbericht "Drittes Forum elektronischer Rechtsverkehr der Bundesnotarkamer" du 13.3.1997, DNotZ 1997, 434 ss; également Malzer, Zivilrechtliche Form und Protestuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz, DNotZ 1998, 96 ss.
- 208 sur les bourses juridiques du XI Congrès UINL à Berlin : "Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs" DNotI-Schriftenreihe Band III/1 (Allemand) et 2 (français) Wurzburg 1995.
- 209 par exemple les "colloques de notaires" à Kesztheley, aujourd'hui tenus à Budapest/Hongrie, les "journées du cadastre et du notaire" à Tallin/Esthonie, les "Journées de l'Europe" à Salzbourg, et plus récemment le "congrès des notaires russes à Moscou.

<sup>310</sup> cf. das Symposium über Notarielle Fragen des deutsch-niederländischen Rechtsverkehr, octobre 1996 à Münster; résultats publiés par le Deutsches Notarinstitut, Würzburg 1997.

# **Thème III**

## **La signification de la déontologie notariale pour les clients, les confrères et l'état**

**Rapporteur:**

**Avocat et notaire Dr. Rolf Gaupp, Heilbronn**

## **TABLE DES MATIERES**

### **PARTIE A**

#### **I. Le notariat en Allemagne, points de départ**

1. Le notariat de tradition juridique latine
2. Les formes du notariat
3. Le notariat d'avocat

#### **II. La déontologie notariale, généralités**

1. Fondements juridiques
2. Lignes de conduite
3. Code européen de déontologie notariale

### **PARTIE B**

#### **I. Déontologie notariale eu égard aux clients du notaire**

1. Secret professionnel
2. Devoirs de diligence et devoir de conseil
3. Tarifs notariaux

#### **II. Déontologie notariale eu égard aux confrères du notaire**

1. Concurrence
2. Publicité
3. Débauchage d'employés
4. Autres

#### **III. Déontologie notariale eu égard à l'Etat**

1. Indépendance et impartialité
2. Obligation de l'exercice personnel de la fonction
3. Le notaire et les autorités publiques
4. Déontologie et procédure d'authentification

#### **IV. Sanctions**

1. Violations
2. Responsabilités de droit civil
3. Mesures relevant du droit de tutelle

## **PARTIE A**

### **I. Le notariat en Allemagne, points de départ**

1. «Les notaires sont nommés en tant que titulaires d'un office public indépendant afin de procéder à l'authentification des actes juridiques et d'assurer l'exercice d'autres attributions relevant du domaine de l'administration préventive de la justice. » «Le notaire est tenu de remplir ses fonctions avec loyauté. Il n'est pas le représentant d'une partie mais le conseiller impartial des personnes concernées.»

§§ 1, 14 alinéa 1 de la Loi fédérale relative au Notariat (par la suite: BNotO).

C'est ainsi que sont définis les principes fondamentaux du notariat allemand.<sup>1</sup>

Le notariat allemand s'inscrit dans la tradition juridique latine classique dont il est particulièrement empreint. Toute activité notariale est, selon la loi allemande, liée au droit procédural. Un catalogue final relatif aux compétences notariales est en vigueur.<sup>2</sup>

La réalité du notariat allemand correspond ainsi à la définition du notariat de tradition juridique latine, telle qu'elle fut élaborée dans la déclaration commune de la Conférence Permanente des Notariats de la Communauté européenne du 23 mars 1990.<sup>3</sup>

2. En Allemagne, l'activité notariale s'accomplit sous plusieurs formes :<sup>4</sup>

Le notariat exercé à titre «exclusif» qui fut également introduit dans les nouveaux Länder. Le notaire exerce sa fonction en exclusivité. - Le notariat d'avocat. Le notaire exerce sa fonction parallèlement à sa profession d'avocat.

Le notariat exercé à titre exclusif et le notariat d'avocat appartiennent aux professions libérales. Le Land de Bade-Wurtemberg fait cependant exception. En vertu d'une réserve contenue dans les §§ 114, 115 BNotO, il existe des notariats d'Etat dans le Bade-Wurtemberg auxquels sont affectés des «notaires au service du Land». Ces notaires d'Etat du Bade-Wurtemberg remplissent également des tâches qui relèvent respectivement du tribunal de tutelle, du tribunal compétent en matière successorale ainsi que du bureau foncier. Dans la circonscription juridictionnelle de la Cour d'appel de Karlsruhe, le notariat d'Etat est la seule

---

<sup>1</sup> Baumann, Das deutsche Notariat: Öffentliches Amt und soziale Funktion; 1er thème du XXIème Congrès international du notariat latin à Berlin, 28.05 jusqu'au 03.06.1995, rapports de la délégation allemande, 1er thème, passim, en particulier p. 10 et s.

<sup>2</sup> Baumann, op.cit., p. 12 et s.

<sup>3</sup> Mémoire de la Conférence Permanente des Notariats de la Communauté européenne (CNCE) du 23.03.1990 à Madrid («Déclaration de Madrid»)

<sup>4</sup> voir le résumé de Baumann, op.cit., p.15 et s.

forme de notariat.<sup>5</sup> Dans la circonscription juridictionnelle de la Cour d'appel de Stuttgart sont également nommés des notaires exerçant leur fonction sous la forme d'une profession libérale, soit des notaires à titre exclusif et des avocats-notaires.<sup>6</sup>

ans la circonscription juridictionnelle de la Cour d'appel de Karlsruhe, les notaires d'Etat doivent satisfaire aux conditions d'accès à la magistrature et dans celui de Stuttgart l'aptitude à la fonction d'un notaire-fonctionnaire (ayant reçu une formation spéciale à l'Académie des notaires à Stuttgart). La Loi fédérale relative au Notariat ne s'applique pas aux notaires d'Etat du Bade-Wurtemberg.<sup>7</sup> Ils ne sont pas directement intégrés aux organisations professionnelles de la Chambre des notaires et du Conseil fédéral du notariat allemand (Bundesnotarkammer).<sup>8</sup>

En Allemagne, ce sont les avocats-notaires qui dominent quant au nombre, l'authentification d'actes juridiques étant en grande partie l'oeuvre de notaires à titre exclusif.<sup>9</sup>

**3.** En Allemagne, le notariat d'avocat s'est développé à travers l'histoire. C'est d'abord en Prusse qu'il fut possible d'exercer la fonction de notaire parallèlement à la profession d'avocat.<sup>10</sup> Peuvent seules être nommées aux fonctions de notaire et d'avocat-notaires les personnes remplissant les conditions d'accès à la magistrature, § 5 BNotO. En plus, le notaire à titre exclusif doit passer une période d'au moins trois ans en qualité de stagiaire auprès d'un notaire; le candidat à la profession d'avocat-notaire doit être admis au barreau d'une juridiction déterminée dans la circonscription de laquelle le poste de notaire à pourvoir est établi et il doit enfin satisfaire aux «délais d'attente» généraux et locaux.<sup>11</sup>

L'avocat-notaire se distingue du notaire à titre exclusif en ce que le premier est autorisé à exercer deux professions indépendantes. Au demeurant, il n'existe aucune différence d'ordre fonctionnel entre l'avocat-notaire et le notaire à titre exclusif. En effet, les compétences, les modalités des procédures et les exigences professionnelles juridiques sont identiques tant pour l'avocat-notaire que pour le notaire à titre exclusif; tous deux exercent la **même** fonction.

---

<sup>5</sup> Le ministère de la Justice envisage actuellement la possibilité d'engager également des notaires exerçant leur fonction sous la forme d'une profession libérale dans la circonscription de la Cour d'appel de Karlsruhe.

<sup>6</sup> Voir le résumé chez Bohrer, Beck'sches Notarhandbuch, 2ème édition, 1997, K I, n° en marge 2

<sup>7</sup> § 114 I 1, § 115, 1 BNotO

<sup>8</sup> Voir en particulier le commentaire sur les §§ 114, 115 BNotO par Schippel, in Seybold-Schippel, Kommentar zur Bundesnotarordnung, 6ème édition, 1995, n° en marge 1 à 28

<sup>9</sup> Statistique relative au notariat allemand, situation en 1996: 9031 avocats-notaires, 1657 notaires à titre exclusif, 863 notaires-fonctionnaires

<sup>10</sup> Concernant la «Loi relative au notariat» en Allemagne et en particulier l'histoire et l'implantation géographique du notariat exclusif et du notariat d'avocat, voir Bohrer, op.cit., n° en marge 11 et s.

<sup>11</sup> Quant aux conditions d'accès à la profession, voir le résumé de Bohrer, op.cit., n° en marge 46 et s.

Le fait que l'avocat-notaire est donc autorisé à exercer deux professions indépendantes conduit cependant à certaines conclusions. Le notaire allemand à titre exclusif est seulement habilité à constituer une association avec un autre notaire selon §9 BNotO. Toute formation de cabinets de groupe avec d'autres professions, en particulier avec un avocat, lui est interdite. En revanche, l'avocat-notaire a le droit de former une association professionnelle avec un avocat. Cette association en cabinet de groupe entre un avocat-notaire et un avocat est une pratique largement répandue en Allemagne. Est également autorisée la formation d'un cabinet entre un avocat-notaire et un conseiller fiscal.<sup>12</sup> Toute association en cabinet entre un avocat-notaire et un expert comptable est inadmissible d'après la législation en vigueur jusqu'ici. Cette question est controversée et n'est pas encore résolue<sup>13</sup> Il faut bien reconnaître le fait que ce sont surtout ces possibilités d'association pour l'avocat-notaire en Allemagne qui ont provoqué les changements de la forme extérieure de la pratique professionnelle du notaire. Parallèlement au notariat exclusif, des notariats d'avocats ont vu le jour dans de grands cabinets, mais également dans d'importants bureaux de «moyennes entreprises», qui, suivant la tendance des professions de conseil juridique, font partie d'ensembles étendus de bureaux, souvent orientés vers l'international.<sup>14</sup> A ce sujet, on peut s'interroger sur des questions qui relèvent en fin de compte du droit constitutionnel.<sup>15</sup> Celles n'affectent cependant pas, il y a accord là-dessus, le principe élémentaire de **l'identité fonctionnelle** entre le notaire à titre exclusif et l'avocat-notaire. La profession de notaire est l'exercice d'une **activité fonctionnelle** soumise à des règles uniformes en Allemagne.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Voir - pour tout - Seybold-Schippel, op.cit., n° en marge 9 sur § 9 BNotO

<sup>13</sup> Voir - pour tout - Schippel, op.cit., n° en marge 9a. Cette interdiction d'association entre un avocat-notaire et un expert comptable étant toujours valable fait l'objet d'une procédure pendante actuellement devant la Cour constitutionnelle fédérale qui n'a pas encore tranché.

<sup>14</sup> A ce sujet voir par exemple le traité de Zuck, *Der Notar zwischen Amt und freiem Beruf*, écrit commémoratif pour Helmut Schippel, 1996, p. 818, en particulier p. 832. - NJW 1997, cahier 29, LIX, offre d'emploi d'un grand cabinet allemand d'avocats et de notaires ayant des «bureaux à Berlin - Düsseldorf - Francfort s/ le Main - Bruxelles - Budapest - Prague - New-York»; ce bureau annonce des besoins en personnel pour son «futur [notariat] occupant plusieurs notaires», une «position centrale dans notre bureau de Berlin.»

<sup>15</sup> Comme par exemple la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 24.07.1997, 1 BvR 1863/96. Un «logo» sur l'en-tête d'une lettre d'un cabinet d'avocats auquel appartiennent des avocats-notaires fut jugé recevable, l'image de la profession d'un cabinet autorisé entre un avocat-notaire et des avocats devant être pris en compte par le droit constitutionnel.

<sup>16</sup> Sur l'image de la profession de notaire reposant sur la Loi fédérale relative au Notariat et décrit par ses dispositions, voir le résumé et par principe Schippel, in Seybold-Schippel, op.cit., n° en marge 8 sur § 14 BNotO

## II. La déontologie notariale, généralités

1. La déontologie est le modèle de la conduite professionnelle du notaire. Elle comporte toutes les obligations touchant l'exercice de sa profession.<sup>17</sup>

Les règles concernant l'exercice de la profession de notaire en fonction de ses obligations font l'objet de dispositions législatives. En particulier, la Loi fédérale relative au Notariat et la Loi sur l'authentification renferment de telles règles, complétées par le Règlement de service pour notaires.<sup>18</sup>

Au demeurant, les dispositions relatives aux obligations fonctionnelles du notaire allemand ne sont pas seulement établis juridiquement dans le droit codifié, mais également dans des **règles déontologiques** non codifiées qui, en partie du moins, sont devenues **droit coutumier** de la profession.<sup>19</sup>

Ces règles déontologiques s'étant constituées au fil du temps sont obligatoires pour chaque notaire. Le § 14 alinéa 3 phrase 1 de la Loi relative au Notariat oblige le notaire à «se rendre digne du respect et de la confiance dont jouit sa profession.» Les commandements de ces convenances professionnelles, de cet «honneur de la profession» sont, par conséquent, des obligations liées à la fonction de notaire.

2. Des éclaircissements à propos de la déontologie en ce sens sont donnés en particulier par les **directives** dans lesquelles les organisations notariales ont consigné les règles déontologiques fondamentales en vigueur.<sup>20</sup> Ces directives sont pour la partie non codifiée de la déontologie du notaire la principale source de connaissances. Elles résument les principes qui sont devenus l'acquis commun de la profession notariale.<sup>21</sup>

Ainsi, la majorité de ces lignes de conduite constitue une coutume pratique qui, par le respect général dont elles jouissent et par la volonté des intéressés de voir dans ce respect une force juridique, ont obtenu un caractère juridique au sens de **droit coutumier**.<sup>22</sup>

Le § 78 n° 5 de la Loi fédérale relative au Notariat assigne au Conseil fédéral du Notariat allemand la tâche d'établir des directives générales pour l'exercice de la profession notariale par décision de l'Assemblée des représentants (= assem-

---

<sup>17</sup> Voir - pour tout - Vetter, Funktion und Entwicklung des notariellen Standesrechts, cahier spécial, «25 Jahre Bundesnotarkammer», DNotZ, 1986, p. 50 et s.

<sup>18</sup> Le règlement de service pour notaires (DONot) est un règlement administratif fédéral uniforme adopté par les administrations judiciaires en vertu de leur droit de tutelle général sur le notaire conformément aux §§ 92 et s. BNotO; voir Kanzleiter, in Seybold-Schippel, n° en marge 1, remarques préliminaires relatives à la DONot.

<sup>19</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 5 sur § 14; DNotZ 1963, p. 261, p. 263; respectivement avec d'autres références

<sup>20</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 6 sur § 14

<sup>21</sup> Schippel, DNotZ 1963, p. 261, p. 264

<sup>22</sup> Schippel, op.cit.

blée des représentants des Chambres des notaires de tous les Länder). Le Conseil fédéral du Notariat allemand a par conséquent établi les principes de la déontologie notariale dans ses «Directives générales pour l'exercice de la profession notariale» du 08.12.1962.<sup>23</sup> Considérées comme des «retombées de longues expériences et comme l'expression de convictions juridiques et d'un exercice du droit soigneusement transmis», ces directives sont «les principales sources de la déontologie». Elles «montrent les exigences auxquelles doit satisfaire le notaire pour que la population puisse lever les yeux vers le notariat en toute confiance.» Elles concrétisent la clause juridique générale de l'obligation du notaire de se montrer digne du respect général et de la confiance dont jouit la profession notariale comme la «déontologie auto-élue».<sup>24</sup> Le fait que la définition juridique de ces «directives générales» fait l'objet d'une polémique ne devra pas faire l'objet de précisions dans le présent rapport.<sup>25</sup>

Quelques Chambres des notaires ont complété les directives pour leur circonscription conformément à § 67 alinéa 1 de la Loi relative au Notariat. D'anciennes directives élaborées par des Chambres des notaires antérieures continuent, elles aussi, de jouer un rôle important, en particulier pour l'interprétation des directives émises par le Conseil fédéral du Notariat allemand.<sup>26</sup>

La Loi fédérale relative au Notariat fait actuellement l'objet de modification quant à des points capitaux. Dans cette optique, la nouvelle Loi fédérale relative au Notariat, dans laquelle le notaire verra sa position en qualité d'officier public bien marquée, concrétisera et complétera différentes obligations professionnelles notariales. Ainsi, par exemple, l'interdiction de faire naître l'apparence d'un comportement partial, devra être reprise dans la Loi fédérale relative au Notariat. Il en est de même pour l'interdiction de publicité; l'interdiction de prendre part à la négociation d'actes d'authentification; l'interdiction d'acquisition de parts sociaux étant incompatible avec la fonction; obligation de formation continue; l'obligation de percevoir des frais inférieurs aux taux habituels et l'interdiction de tout partage de frais notariaux.<sup>27</sup>

D'après le § 67 du projet de loi du gouvernement fédéral visant une refonte de la Loi fédérale relative au Notariat, il incombe aux Chambres des notaires de préciser dans des directives et par des statuts les obligations fonctionnelles et les autres obligations de leurs membres dans le cadre de la loi et des décrets adoptés sur cette base légale. Pour ces directives, le Conseil fédéral du Notariat al-

---

<sup>23</sup> Reproduit dans DNotZ 1963, 130; complément du 06.11.1970, DNotZ 1971, p. 3 et du 2.10.1981, DNotZ 1981, p. 721

<sup>24</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 6 sur § 14 avec d'autres références.

<sup>25</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, préambule RLNot, n° en marge 2 et s., en particulier sur les possibilités suivantes: normes juridiques matérielles - regroupement des principes internes à la profession - concrétisation du droit coutumier - expression des conceptions dominantes de la profession etc.

<sup>26</sup> Voir Schippel, in Seybold-Schippel, n° en marge 6 sur § 14 avec d'autres références.

<sup>27</sup> BNotK document interne, édité par le Conseil fédéral du notariat allemand, édition de mai 1997, p.2

lemand, conformément au § 78 alinéa 1 n° 5 du projet du gouvernement doit émettre des recommandations par décision de l'Assemblée des représentants. Ces recommandations de directives du Conseil fédéral du Notariat allemand et les directives des Chambres des notaires devront être adoptés à courte échéance de l'adoption de la loi visant la refonte. Les travaux de préparation y afférents sont en cours.<sup>28</sup>

**3.** La diversification des opérations juridiques et la fréquence sans cesse accrue d'actes notariaux comportant un élément d'extranéité ont conduit les notaires **européens** à examiner les modalités de leur collaboration réciproque en vue de garantir assistance et conseil dans les opérations transfrontalières également.

Les notariats européens ont donc décidé de présenter un «corps de règles communes».

Celui-ci se trouve dans le «Code européen de déontologie notariale» adopté par la Conférence des Notariats de l'Union européenne à Naples les 3 et 4 février 1995.<sup>29</sup>

Le droit professionnel notarial dans les Etats membres de l'Union européenne ne se distingue pas fondamentalement et se caractérise dans son ensemble par le type latin. Ces points communs furent établis dans le «Code» au niveau européen comme acquis commun des Etats membres de l'Union dans le but de poursuivre l'harmonisation de la profession notariale en Europe.<sup>30</sup>

Dans ce Code figurent les règles fondamentales uniformes de l'exercice de la fonction s'appliquant à tous les notariats du sein de l'Union européenne et donnant suite à la «Résolution de Madrid» de 1990 adoptée unanimement par ces notariats.<sup>31</sup>

Il était nécessaire de trouver une solution permettant une collaboration transfrontalière entre notaires européens, sans préjudice des frontières territoriales de l'Etat, dans lequel le notaire concerné a été nommé ou exerce son activité et de la souveraineté nationale de l'Etat affecté par les activités d'un notaire étranger.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> «Neue Richtlinien für die Berufsausübung der Notare», BNotK document interne, édition de septembre 1997, voir 1f, résumé des premières propositions de règlement sur les points essentiels des recommandations de directives. Cf. également Hartmann, Bundesnotarkammer und Ländernotarkammern: écrit commémoratif pour Schippel, op.cit., p. 645, p. 650

<sup>29</sup> Die Mitteilungen des Bundesnotarkammer, DNotZ 1995, p. 329 et s. reproduisent le texte en allemand (texte original en français)

<sup>30</sup> Schippel, Der europäische Kodex des notariellen Standesrechts, DNotZ 1995, p. 334 et s.; sur les principales possibilités de règlement de l'authentification européenne voir en plus Stürner, Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, DNotZ 1995, p. 343, p. 348 et s.

<sup>31</sup> Cf. remarque (3) de ce rapport

<sup>32</sup> Wehrens, Notarius International, vol. 1, 1996, p. 93 et s.

Le Code européen de déontologie notariale répond à ces exigences et recherche surtout les buts que.<sup>33</sup>

le participant aux transactions juridiques transfrontalières qui recourt aux services d'un notaire au sein de l'UE jouisse d'une même protection juridique dans les opérations transfrontalières comme c'est le cas pour les authentications au niveau national dont il a l'habitude;

des règles uniformes faciliteront la collaboration des notariats de l'UE dans des opérations transfrontalières;

les notaires de chaque Etat membre ayant un notariat latin suivent les **mêmes normes minimales** quant aux règles relatives à l'exercice de la profession;<sup>34</sup> de cette manière la même sécurité juridique soit largement assurée.

Le «Code européen de déontologie notariale» est entré en vigueur le premier jour du mois après la date à laquelle deux notariats ont déposé leur instrument de ratification au siège de la Conférence des Notariats de l'Union européenne à Bruxelles, soit le 1er mai 1995.<sup>35</sup>

La codification de la déontologie notariale telle qu'elle est survenue pour la première fois dans le «Code européen» - par la définition de normes minimales communes des notariats nationaux dans la déontologie ainsi que de règles communes d'assistance - est une contribution décisive à l'harmonisation du notariat au sein de l'UE. Ainsi parvient-on à un rapprochement législatif coordonné sur la base de la tradition européenne commune du droit notarial jusqu'ici sans avoir recours aux compétences de l'UE en matière d'arrêt de directives. Ceci mérite de toute évidence la priorité.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Wehrens, op.cit., p. 94

<sup>34</sup> Cf. sur la problématique de «l'authentification d'actes étrangers» pour tout, la Cour de justice fédérale, par exemple BGHZ 80, p. 77/78 et s., qui énonce comme critères de «l'équivalence» des procédures d'authentification: l'obligation d'examen et d'information; l'identification des intéressés; procès-verbal de la consultation; lecture; autorisation; signature et scellement.

<sup>35</sup> Wehrens, op. cit., p. 93 - Le code a été adopté jusqu'ici par l'Autriche, l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Italie, le Portugal.

<sup>36</sup> Cf. à ce propos en particulier Stürner, op. cit., p. 354 et s.

## PARTIE B

La déontologie notariale, «l'éthique professionnelle du notaire»,<sup>37</sup> se traduit visiblement et s'effectue dans différents domaines et contextes de l'activité notariale.

Le présent thème se penchera surtout sur les «clients», les «confrères» et sur «l'Etat».

Le coordinateur international du thème, Maître JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Gijon/Espagne, a concrétisé ces rapports en une vue d'ensemble sous forme de questions. Ces questions et la manière dont elles se succèdent dans cette vue d'ensemble seront prises comme base dans ce qui suit.

### I. La déontologie notariale eu égard aux clients du notaire

Comme titulaire d'une fonction, le notaire accomplit des tâches publiques en matière de l'administration de la justice préventive. Il remplit ces tâches au service du client. Sous cet angle, la déontologie notariale constitue la somme des règles d'éthique professionnelle pour la défense de l'intérêt des **clients** et de tous les intéressés.<sup>38</sup>

Font partie des principales obligations liées aux fonctions et à remplir par le notaire à l'égard de son client: l'intégrité morale lors de l'exercice de sa fonction; l'impartialité, l'indépendance; la confidentialité et la discrétion; la compétence juridique et technique.<sup>39</sup>

De ces règles fondamentales découlent des règles particulières, parmi lesquelles certaines seront mises en lumière plus précisément.

#### 1. Le secret professionnel

**a)** Le notaire est tenu «(...) à l'égard de toute personne de ne révéler aucun des faits qui lui sont confiés dans l'exercice de sa profession (...)» - § 18 alinéa 1 phrase 1, BNotO.

Les intéressés qui consultent le notaire doivent lui révéler le plus souvent la nature de leurs relations personnelles et familiales et lui permettre de connaître leur situation financière. Cela n'est possible que s'il règne une **confiance personnelle**, d'où découle, pour le notaire, le devoir de **discrétion**.

---

<sup>37</sup> Cf. Limon, *Berufsethik im freien Markt*, écrit commémoratif pour Schippel, p. 741

<sup>38</sup> Limon, *op.cit.*, p. 746. Schippel, in Seybold-Schippel, n° en marge 7 et s. sur § 14 BNotO; Bernhard, in Beck'sches Notarhandbuch, F, n° en marge 44 et svts

<sup>39</sup> Chiffres 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3 et 1.2.4 du Code européen de déontologie notariale. § 14 alinéas 1-3 BNotO. - § 1 RLNot.

Le strict respect de ce devoir est «un des fondements sur lesquels reposent la confiance et la réputation dont jouit le notaire.»<sup>40</sup>

**b) Le devoir de discrétion est large.**

Il s'étend à **toutes** les affaires qui lui sont communiquées pendant l'exercice de sa profession, au contenu des discussions et à tout ce dont le notaire a pris connaissance.<sup>41</sup>

Même le nom d'intéressés et le fait que quelqu'un a consulté le notaire pour des raisons professionnelles tombe sous le devoir de discrétion.<sup>42</sup> Qu'ils soient importants ou triviaux ou d'apparence inoffensive - tous ces faits doivent être gardés secret; car il n'est pas établi qu'un intéressé attribue à l'un de ces faits une importance quelconque ou qu'ils puisse revêtir une importance un jour ou l'autre.<sup>43</sup>

Il est intéressant de noter que les dispositions déterminant les personnes qui peuvent exiger l'expédition d'actes notariés concrétisent finalement l'obligation au secret du notaire.<sup>44</sup> Le § 51 alinéa 1 de la Loi sur l'authentification (BeurkG) règle cette question en Allemagne (de manière uniforme pour tout le territoire).<sup>45</sup> Lesdites dispositions relatives au droit de demander une expédition valent également pour les copies et pour la consultation de minutes notariales; § 51 alinéa 3 BeurkG.

Le devoir de discrétion est opposable **envers toute personne**, même envers les proches parents des intéressés.<sup>46</sup>

Ce n'est que vis-à-vis du participant à l'acte que le notaire peut exciper de son obligation de conserver le secret.<sup>47</sup>

Dans la procédure d'authentification, il n'est pas rare qu'il y ait une contradiction entre le devoir d'information de l'intéressé et celui de conserver le secret. Certains faits dont le notaire prend connaissance d'office peuvent revêtir une importance quant au fond pour d'autres authentifications futures. Le notaire a-t-il le droit, ou l'obligation de révéler ces faits ? Le notaire a seulement le choix entre soit se faire libérer de son obligation au secret professionnel par l'autorité

---

<sup>40</sup> Schippel, in Seybold-Schippel, n° en marge 1 relatif au § 18 BNotO

<sup>41</sup> Schippel, in Seybold-Schippel, n° en marge 6 relatif au § 18 BNotO

<sup>42</sup> Schippel, op.cit.

<sup>43</sup> Schippel, op.cit.

<sup>44</sup> Schippel, op.cit., n° en marge 8 sur § 18 BNotO

<sup>45</sup> Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 2ème édition, 1987, n° en marge 1 relatif au § 51. - Toute personne ayant fait une déclaration relative à un acte notarié est autorisée à demander une expédition; § 51 alinéa 1 BeurkG

<sup>46</sup> Schippel, op.cit., n° en marge 7 sur § 18 BNotO

<sup>47</sup> Schippel, op.cit.

de tutelle (§ 18 alinéa 1 phrase 2 BNotO), soit s'abstenir de l'exercice de ses fonctions (§ 15 alinéa 1 phrase 1, § 16 alinéa 2 BNotO).<sup>48</sup>

c) L'obligation au secret incombe au notaire allemand en vertu de la loi. Cette obligation est un devoir fonctionnel contraignant. En cas de violation de la part du notaire, celui-ci doit s'attendre à des poursuites pénales (§ 203 alinéa 1 n° 3 du Code pénal).

Cette obligation concerne également le remplaçant du notaire, le suppléant du notaire,<sup>49</sup> le candidat notaire (notaire-stagiaire du notaire, § 7 alinéa 1 BNotO) ainsi que les autres «assistants» professionnels du notaire, les *Referendare* (juristes dans la période de préparation juridique au service de l'Etat entre le premier et le second examen d'Etat) et les apprentis, qui, en préparation à la profession d'assistants de notaire, participent à l'activité professionnelle du notaire.<sup>50</sup>

Le notaire doit impérativement imposer l'obligation au secret à toute personne employée dans son étude (§ 18 alinéa 1 phrase 1 BNotO et § 6 du DONot). Ainsi, l'avocat-notaire, par exemple, doit obliger toute personne employée chez lui à respecter ce secret, qu'elles soit chargée de s'occuper d'affaires d'avocats à titre principal ou exclusif.

## 2. Obligations d'agir avec soin et diligence et devoir de conseil

a) Après sa nomination et avant de commencer son activité, le notaire allemand prête le serment professionnel qui l'oblige à respecter l'ordre constitutionnel et à remplir les devoirs incombant à tout notaire avec probité et impartialité; § 13 alinéa 1 BNotO. Le notaire est tenu de remplir ses fonctions avec loyauté; § 14 alinéa 1 phrase 1 BNotO.

Ces normes principales règlent d'une manière générale les devoirs du notaire et en même temps l'obligation d'exercer ses fonctions avec soin et diligence.

Ce devoir se trouve concrétisé par des lois et des instructions de service.<sup>51</sup> Les devoirs du notaire sont définis de façon ambiguë et difficiles à préciser dans de larges domaines.<sup>52</sup> Dans des cas limite ils ne résultent que de la jurisprudence pertinente quant à la responsabilité professionnelle.

Dans ce contexte, le point de départ consiste en le modèle objectivé du «notaire moyen» ayant des expériences et agissant en toute conscience professionnelle.

<sup>48</sup> Pour tout Bernhard, in Beck'sches Notarhandbuch, F, n° en marge 48 avec d'autres références

<sup>49</sup> «l'administrateur du notariat» au sens du § 57 du BNotO reprend un office notarial pour une durée déterminée, en particulier en cas de maladie du notaire ou après la mort de celui-ci.

<sup>50</sup> Schippel, op.cit., n° en marge 4 sur § 18 BNotO

<sup>51</sup> En particulier les instructions de service adoptées unanimement par les Länder allemands dans le règlement de service des notaires (DONot). Si un notaire agit contrairement aux dispositions du DONot, il se rend coupable de violation de ses devoirs liés à sa fonction. - Cf. Kanzleiter, dans Seybold-Schippel, BNotO, n° en marge 9 remarque préliminaire DONot.

<sup>52</sup> Haug, in Notarhandbuch, n° en marge 6 et s., lettre. J, Notarhaftung

L'érudition est exigée et représente la **norme minimale**. Considérant la position de la fonction de notaire, le critère de diligence appliqué est **élevé**.<sup>53</sup>

Le fait que l'assurance de responsabilité professionnelle à entretenir comme assurance obligatoire a un effet amplificateur pourrait être une réalité dans la jurisprudence.<sup>54</sup> La tendance de la jurisprudence d'exiger le plus haut standard quant aux obligations du notaire est incontestable en Allemagne.<sup>55</sup>

L'obligation d'agir avec soin et diligence que doit remplir le notaire allemand lorsqu'il procède à des authentications d'actes est en effet **étendue** en ce qui concerne le traitement de l'affaire elle-même. Cette obligation se réfère au contexte juridique global de l'acte et à son exécution. Il s'agit là du principe fondamental du notariat allemand qui est valable *per se* en vertu des devoirs juridiques et professionnels du notaire faisant l'objet de ce rapport.<sup>56</sup>

**b)** Les devoirs inhérents à sa fonction obligent le notaire allemand à **prêter conseil** aux intéressés sur les conditions juridiques préalables et les effets juridiques de l'acte. Ce devoir de conseil dans le domaine juridique est **essentiel** pour le notariat allemand.<sup>57</sup> La règle fondamentale à ce sujet se trouve au § 17 de la Loi allemande sur l'authentification (BeurkG). D'après le § 17 alinéa 1 phrase 1 de cette Loi, le notaire est tenu «d'expliquer les conséquences juridiques d'un acte juridique.» En Allemagne, ce devoir d'information et d'éclaircissement est toujours plus mis en évidence comme la mission centrale du notaire; les exigences y afférentes sont donc de plus en plus élevées.<sup>58</sup> D'un autre côté, du point de vue allemand, il existe de toute évidence des limites à ce devoir. Du devoir d'impartialité du notaire l'on tire la conclusion que le notaire n'a pas le droit d'imposer aux parties ses propres idées d'une forme équilibrée du contrat; les principes du droit privé, à savoir l'autonomie privée et la liberté de contracter ayant la priorité.<sup>59</sup> Dans cette optique, il est surtout reconnu que le notaire allemand n'a pas à donner des conseils sur les conditions économiques préalables ni sur les conséquences économiques de l'acte juridique authentifié. Le conseil fiscal et le conseil portant sur les questions relatives à la loi

---

<sup>53</sup> Haug, Amtshaftung des Notars, 2ème édition, 1997, n° en marge 67

<sup>54</sup> Haug, op.cit., n° en marge 68

<sup>55</sup> Haug, op.cit., avant-propos; observation sur les exigences renforcées de la jurisprudence quant aux obligations du notaire depuis l'édition antérieure.

<sup>56</sup> Fondements juridiques, par exemple; BeurkG; DONot; la Loi relative à la juridiction gracieuse (FGG); le règlement sur livres fonciers (GBO) «et autres dispositions que le notaire doit observer», «des devoirs innombrables qui doivent être respectés dans l'activité professionnelle» - Haug, dans Beck'sches Notarhandbuch, J, n° en marge 6

<sup>57</sup> Ceci vaut également pour tout le notariat marqué par le droit de l'Europe continentale. Comparaison juridique U.I.N.L./C.A.E.M., 1997. Président Aart Heering, sous-commission «devoirs de conseil du notaire dans les transactions immobilières»; Gaupp/Woschnak; rapport du 12 septembre 1997, présenté à la Conférence de la C.A.E.M. le 9 octobre 1997 à Varsovie.

<sup>58</sup> Bernhard, in Beck'sches Notarhandbuch, op.cit., Buchst. F, authentification, n° en marge 50, avec références à la jurisprudence. - Voir explication exhaustive de Basty, obligation de prêter conseil aux intéressés de l'acte; écrit commémoratif pour Schippel, 571 et s., surtout 580 et s.

<sup>59</sup> A ce sujet, pour tout, Bernhard, op.cit., n° en marge 46 et s. Basty, op.cit., 585 et s.

étrangère font parti des domaines que le notaire allemand peut exclure de son devoir de conseil.<sup>60</sup>

c) La protection des intéressés plus faibles intellectuellement ou économiquement est prévue clairement dans la Loi allemande sur l'authentification notariale. Le notaire doit veiller à ce que «des intéressés dénués d'expérience ou incompétents ne soient pas désavantagés»; § 17 alinéa 1 phrase 2, 2ème partie de la phrase de la Loi sur l'authentification des actes (BeurkG). S'il subsiste des doutes quant à la question de savoir si l'acte est en conformité avec la loi ou la volonté réelle des intéressés, ces préoccupations doivent faire l'objet d'un examen avec les intéressés; § 17 alinéa 1 phrase 2 BeurkG. En ce qui concerne les personnes handicapées (en particulier les sourds, les muets ou les aveugles), il existe des dispositions spéciales relatives à la procédure, §§ 22 et svtes BeurkG. Dans ces cas, il faut avoir recours à un témoin ou à un deuxième notaire.<sup>61</sup>

d) En règle générale, le notaire se voit accorder de très brefs délais par la loi et la jurisprudence pour donner suite à un dossier, le respect de ces délais étant un devoir professionnel substantiel.<sup>62</sup>

Il est exigé du notaire un suivi de l'affaire «sans retard», c'est-à-dire un suivi «sans hésitation fautive» ce qui peut signifier, considérant le déroulement quotidien de la vie professionnelle d'un notaire relativement bien organisé, une période d'à peu près quatre jours de travail - en particulier quand il s'agit de dossiers en relation avec le livre foncier.<sup>63</sup> Conformément au § 53 BeurkG, les déclarations reçues par un notaire qui sont à remettre à l'office judiciaire du livre foncier ou au tribunal du registre doivent être présentées «à partir du moment où l'acte peut être remis.»

Il existe des exigences particulièrement élevées quant à la vitesse du suivi à donner aux comptes de consignation notariés («compte de tiers»).<sup>64</sup> En cas de paiement en retard, il est possible d'invoquer la responsabilité civile du notaire en raison d'intérêts survenus ou manqués.<sup>65</sup>

### 3. Frais

a) La source juridique du droit relatif aux frais notariaux est le barème des tarifs (Kostenordnung, KostO). Ce barème n'est pas conçu comme un barème de tarifs notariaux mais comme un barème de tarifs judiciaires comme la Loi relative aux frais judiciaires de la juridiction gracieuse (Gerichtskostengesetz).

---

<sup>60</sup> Haug, in Seybold-Schippel, BNotO, n° en marge 79, sur § 19, et al.

<sup>61</sup> Bernhard, dans Beck'sches Notarhandbuch, F, n° en marge 213 et s.

<sup>62</sup> Haug, Beck'sches Notarhandbuch, J, n° en marge 100; Haug, Amtshaftung des Notars, n° en marge 643 et s., avec beaucoup de références sur la jurisprudence en matière responsabilité civile.

<sup>63</sup> Haug, Amtshaftung, n° en marge 644 avec d'autres références

<sup>64</sup> BGH. DNotZ 1995, 489 avec une remarque de Haug

<sup>65</sup> Haug, dans Beck'sches Notarhandbuch, n° en marge 100

Le notaire peut uniquement calculer ses émoluments pour des activités notariales sur cette base légale.<sup>66</sup>

Les tarifs sont **fixes et déterminés par la loi** d'après leur objet, les critères d'évaluation et la tranche du barème. Le notaire n'est pas seulement autorisé, mais aussi légalement **tenu** de faire valoir ces tarifs déterminés par la loi dans le cadre de son activité inhérente à ses fonctions. Toute convention portant sur des tarifs et ayant une conséquence sur leur montant est **sans effet**, peu importe si la convention se rapporte à la tranche du barème ou à la valeur de l'acte ou si des frais plus élevés ou moins élevés ont été convenus.<sup>67</sup>

Tous les notaires sont tenus, par leur **devoir professionnel inhérent à la fonction** de percevoir les frais déterminés par la loi.

Cela fait partie des bases fondamentales de l'exercice indépendant, impartial et désintéressé de la fonction de notaire ainsi que de la confiance générale en l'exercice d'une telle fonction; le libre choix du notaire ne peut être influencé par des considérations allant dans le sens d'un «prix avantageux», des conceptions issues de la concurrence commerciale n'ayant rien à voir ici.<sup>68</sup>

Il est tout aussi peu permis au notaire allemand de faire participer des tiers sous quelque forme que ce soit aux frais légaux qui lui reviennent ou qu'il perçoit.<sup>69</sup>

**b)** La Loi régissant les tarifs notariaux ne prévoit une réduction ou une exemption des frais que dans des cas exceptionnels assez rares.

Conformément aux dispositions du Code de procédure civile appliquées par analogie le notaire doit accorder une dispense de paiement des émoluments aux intéressés démunis à certaines conditions, § 17 alinéa 2 BNotO.<sup>70</sup>

Toute exemption pour des raisons générales d'équité est soumise à l'accord préalable de la Chambre des notaires qui doit veiller à ce que les notaires procèdent selon des règles uniformes et qu'ils ne contournent pas l'interdiction de prélèvement des frais légaux et l'interdiction de convention sur les émoluments.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> A propos du système du droit allemand relatif aux frais notariaux, Waldner, in Beck'sches Notarhandbuch, lit. H., Kostenrecht, n° en marge 1 et s.

<sup>67</sup> Vetter, dans Seybold-Schippel, n° en marge 5 sur § 17 BNotO

<sup>68</sup> Vetter, op.cit. - Cf. § 13 alinéa 1 RLNot ; «Le notaire est tenu de percevoir les frais prescrits par la loi (...)»

<sup>69</sup> «La promesse et l'octroi d'avantages en relation avec les affaires notariales en particulier toute répartition des frais en-dehors d'un cabinet de groupe est contraire aux devoirs.» - § 13 alinéa 3 RLNot.

<sup>70</sup> Critères énoncés chez Vetter, dans Seybold-Schippel, op.cit., n° en marge 37 sur § 17 BNotO

<sup>71</sup> Vetter, dans Seybold-Schippel, n° en marge 39 sur § 17 BNotO - § 13 alinéa 2 phrase 1 RLNot: «Sans tenir compte des prescriptions légales sur l'exemption et la réduction des honoraires (...), l'exemption d'honoraires et la réduction de ceux-ci sont seulement permises si elles sont inspirées par le devoir moral ou par un égard pour la bienséance et que la chambre des notaires ait donné son accord général ou pour un cas spécial.»

Pour les collectivités publiques, en particulier l'Etat fédéral, les Länder, les communes et les églises, des réductions spéciales de frais ont été établies; § 144 KostO.<sup>72</sup>

c) Il convient encore de faire quelques remarques sur le **montant** des émoluments du notaire allemand.

Les émoluments ne sont pas déterminés en fonction du travail accompli par le notaire, mais en fonction de la «valeur de l'acte juridique». La valeur de l'acte est par exemple le prix de vente prévu au contrat de vente ou le montant du capital social lors de la fondation d'une S.A.R.L. En outre, les émoluments sont fixés d'après certains échelonnements des tarifs prévus dans le barème des tarifs. Le montant des émoluments résulte ainsi du barème des tarifs conformément au § 32 du KostO.

Les émoluments du notaire allemand sont relativement modérés. Cela vaut en particulier pour les transactions immobilières courantes faisant partie du travail quotidien de tout notaire (par exemple: contrats de vente, contrats de donation, partage d'un logement en copropriété entre autres). Pour un contrat de vente dont le prix de vente est de 500.000 DM par exemple les émoluments d'un notaire s'élèvent à 1.720 DM (plus la TVA légale qui est de 15% actuellement et les dépenses); pour un prix de vente à concurrence de 10.000.000 DM les émoluments s'élèvent à 30.220 DM. Les coûts pour le recours aux prestations notariales sont avantageux lorsqu'on fait une comparaison avec le recours à d'autres conseils juridiques. Des calculs de comparaison entre les frais d'avocats et les frais notariaux ont également été publiés par la presse.<sup>73</sup>

Cette organisation des émoluments du notariat allemand démontre fort bien l'existence d'une composante sociale. Les émoluments du notaire résultent principalement de la valeur économique de l'affaire. C'est ainsi que «l'objectif de l'Etat social est atteint, c'est à dire pouvoir accorder une assistance juridique notariale de valeur égale même aux personnes faibles sur le plan économique également».<sup>74</sup>

Entrent en ligne de compte par ailleurs les besoins légitimes de la vie économique en limitant les émoluments du notaire ou la valeur de l'objet de l'affaire sur lequel reposent les émoluments dans des cas déterminés. C'est ainsi que le tarif maximum pour l'authentification de décisions d'assemblées générales d'une société anonyme est de 10.000 DM nonobstant sa dimension, §47 KostO. Pour les contrats et décisions concernant des transferts et des fusions de sociétés selon la Loi sur la transformation juridique d'une société, la valeur maximale servant de base pour le calcul du tarif se monte à 10.000.000 DM nonobstant les valeurs

---

<sup>72</sup> Vue d'ensemble sur les avantages accordées aux personnes quant aux frais notariaux par Waldner, Beck'sches Notar-Handbuch, H, n° en marge 40 et s.

<sup>73</sup> Eue, op.cit., 611 et svte, sous Hinweis auf Capital 9/1993, p. 191 et svtes

<sup>74</sup> Baumann, Öffentliches Amt und soziale Funktion, op.cit., p. 79

portées au bilan des entreprises intéressées qui sont très souvent plusieurs fois supérieures (ce qui se traduit par des émoluments de l'ordre de 30.000 DM); § 39 alinéa 4 KostO.<sup>75</sup>

## II. Déontologie notariale eu égard aux confrères du notaire

«Une profession ne peut attendre plus de respect que celui dont ses professionnels témoignent les uns envers les autres.»<sup>76</sup>

Le notaire doit se comporter de façon loyale et doit respecter dûment les intérêts légitimes de ses confrères.<sup>77</sup>

L'obligation professionnelle de loyauté du notaire fait partie intégrante de la déontologie.

### 1. Concurrence

Le notariat allemand considère la limitation de la libre concurrence par des dispositions législatives comme essentielle.

a) En ce qui concerne l'implantation géographique, le système de **circonscription du notaire** est en vigueur. L'assurance d'accès aux prestations notariales est réalisée d'une part par un système de délimitation qui permet aux intéressés d'avoir accès au notaire de leur confiance tout en évitant des «tendances migratoires» des professionnels d'autre part.<sup>78</sup>

Le point de départ consiste en l'attribution d'un **siège de l'office notarial**, § 10 alinéa 1, phrase 1 BNotO, qui détermine tant «ressort du notaire» (Amtsbe- reich), § 10 a alinéa 1 BNotO — correspondant, en règle générale, à la circonscription du tribunal d'instance (Amtsgericht), dans lequel est situé le siège de l'office — que la «circonscription du notaire» (Amtsbezirk), § 11 alinéa 1 BNotO qui correspond à la circonscription de la Cour d'appel concernée.

Il incombe à l'autorité judiciaire de décider dans quelles localités seront créés des postes de notaires.

Les «régions périphériques» des notaires allemands sont donc clairement délimités. En général, l'activité du notaire est limitée à la circonscription du tribunal d'instance dans lequel est situé le siège de son office, soit le ressort du notaire. «Le district le plus grand» de son activité est constitué par la circonscription de la Cour d'appel, soit la circonscription du notaire. L'activité du notaire en dehors des limites de son ressort n'est en général pas autorisée et en dehors de la

---

<sup>75</sup> Nouvelle rédaction du 26.06.1997, BGB1.I, N° 40, p. 1443

<sup>76</sup> Schippel, in Seybold-Schippel, n° en marge 54 sur § 14 BNotO

<sup>77</sup> § 15 RLNot

<sup>78</sup> Bohrer, in Beck'sches Notarhandbuch, KI, n° en marge 59

circonscription elle est seulement admise dans des cas exceptionnels et avec l'autorisation de l'autorité de tutelle.<sup>79</sup>

Le nombre et la localité des postes de notaire sont soumis aux besoins de l'Etat en matière de nomination de notaire, § 4 BNotO, et cela s'applique pour les avocats-notaires tout comme pour les notaires à titre exclusif. Les critères pour évaluer les besoins numériques et géographiques sont le nombre d'actes auquel on peut s'attendre de l'office notarial ainsi que plus ou moins la même quantité de travail pour les notaires nommés.<sup>80</sup>

La procédure en vue de la nomination aux fonctions de notaire est entamée par avis de concours dans les journaux officiels de l'Etat; § 6 BNotO. Les conditions générales personnelles pour devenir notaire («conditions d'accès la profession») ont déjà été évoquées.<sup>81</sup>

**b)** Le détournement déloyal de clients par le notaire est bien entendu tout à fait incompatible avec les principes fondamentaux de l'éthique professionnels et de la déontologie du notariat allemand.

Dans la mesure où il est d'usage que des instances publiques répartissent de manière égale les demandes d'authentification, il est contraire à la déontologie «d'exprimer directement des idées et des souhaits en vue de la participation à l'égard de ces instances».<sup>82</sup>

Ceci vaut par principe pour le comportement global du notaire vis-à-vis de tout client (potentiel).

**c)** En Allemagne, toute libre fixation des émoluments comme moyen de concurrence est a priori exclue.

Le principe en vigueur est celui de la détermination légale de la valeur de l'acte et du barème des tarifs. Les frais de notaires ne peuvent faire l'objet d'aucune convention. Ils ne sont ni disponibles ni «négociables» et ce, à tous les égards possibles.<sup>83</sup>

## **2. Publicité**

**a)** «La publicité en vue d'attirer de la clientèle est incompatible avec le prestige et la dignité du notaire.» - § 2 alinéa 1 RLNot.

---

<sup>79</sup> A propos du système territorial du notariat allemand, complètement Bohrer, op.cit., n° en marge 59 et svtes

<sup>80</sup> Résumé par Bohrer, Beck'sches Notar-Handbuch, K I, n° en marge 44 et svte

<sup>81</sup> Cf. plus haut, partie A, chiffre I, p. 3

<sup>82</sup> § 2 alinéa 4RLNot

<sup>83</sup> Cf. les explications du système allemand des frais, cf. plus haut, chiffre I, 3.

La renonciation à la publicité est traditionnellement une **coutume de la profession**, soit un devoir évident du notaire en qualité de titulaire d'une charge publique.<sup>84</sup>

De manière générale, il existe actuellement la tendance d'alléger l'interdiction de publicité chez les professions libérales de conseils juridiques et commerciaux en Allemagne.<sup>85</sup> Le fait que l'interdiction de publicité est toujours en vigueur pour le notariat allemand est reconnu et incontesté.<sup>86</sup>

**b) Quelques cas de publicité non permise sont énoncés dans les §§ 2 - 6 RLNot.**

Les avis concernant la nomination aux fonctions de notaire, le transfert des locaux et autres ne devront pas «servir de publicité ni par leur genre, ni par leur dimension, ni par leur nombre»; § 2 alinéa 2.

Le notaire doit faire en sorte que son nom ne soit pas cité en connexion avec son titre de «notaire» en public pour éviter toute apparence de publicité; § 2 alinéa 3 phrase 1.

Le notaire n'est pas autorisé à collaborer avec des personnes étrangères à sa profession dans le but de faire de la publicité pour des activités notariales; § 2 alinéa 5.

Le notaire n'est pas autorisé à contribuer à ce que son nom figure dans des carnets d'adresse, des agendas commerciaux, des revues ou autres répertoires qui ne font état que d'un nombre limité de notaires locaux; la même interdiction valant pour les inventaires et les œuvres soulignant des noms de certains notaires, en particulier pour les annuaires publics; § 2 alinéas 6, 7.

Toute activité littéraire, journalistique ou autre du notaire doit être «objective et respectable; elle ne devra pas être exercée à des fins publicitaires»; § 3 alinéa 1.

En cas de publication dans la presse quotidienne et dans des journaux qui n'ont pas directement trait à des domaines spécialisés, il est fermement demandé de s'abstenir d'ajouter la désignation professionnelle et le siège de l'office du notaire; § 3 alinéa 3.

---

<sup>84</sup> BGH, DNotZ 1966, 409, 414 / 1967, 701 et al.; Vetter, DNotZ 1986, cahier spécial, 58 et svte. Soulève aussi la question de savoir si l'interdiction de publicité n'est pas à juste titre à considérer comme une règle qui, en premier lieu, sert l'intérêt du demandeur en justice et non la protection du notaire devant la concurrence de ses confrères.

<sup>85</sup> Kritisch Kornblum, BB, 1985, 65 et s., «Zum Werbeverbot für die rechts- und wirtschaftsberatenden akademischen Freien Berufe». Kornblum, voir 71, pense que «les règles spéciales pour le notaire» sont source de problèmes; d'après lui, le notaire «vu sous la lumière, n'est finalement pas un autre «organe [si important] dans l'action de rendre la justice» comme c'est le cas pour «l'avocat, qui 'sans être entâché' exerce une profession libérale.» - Cf. également le rapport de l'OECD, cité par Limon, écrit commémoratif pour Schippel, 742 et svte. - A propos du nouveau règlement des devoirs professionnels de l'avocat dans un résumé précis de la Frankfurter Allgemeine Zeitung du 14.07.1997, p.12, «Vom Standesrecht zum Berufsrecht» (concernant le commentaire Henssler/Prütting, cf. Bundesrechtsanwaltsordnung dans la refonte du 11.03.1997).

<sup>86</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 45 sur § 14 BNotO; Rd.N° 1 sur §§2 - 6 RLNot

Pour le port de titres complémentaires à côté de la désignation officielle de «notaire», il existe des réglementations spéciales restrictives; § 4.

Un «logo» sur l'en-tête de lettre d'un avocat-notaire faisant partie d'un cabinet d'avocat a été récemment considéré comme recevable par la Cour constitutionnelle fédérale.<sup>87</sup>

### 3. Débauchage d'employés

L'interdiction de débaucher des employés d'un autre notaire fait également partie de l'obligation professionnelle de confraternité envers les confrères.

«Le débauchage de l'employé d'un autre notaire est contraire à la déontologie notariale. Il est également contraire à la coutume professionnelle selon laquelle l'employé d'un notaire n'est engagé qu'après une prise de contact préalable avec celui-ci.» Cela est prévu par le § 18 RLNot. «Le débauchage» requiert une «influence persistante» sur l'employé concerné afin qu'il change son lieu de travail, une simple demande sur cet état de fait ne suffisant pas encore pour être qualifié comme débauchage.<sup>88</sup>

En règle générale la notification de l'intention d'engager l'employé d'un autre notaire suffit. L'accord du notaire au service duquel l'employé est encore affecté n'est pas requis.<sup>89</sup>

### 4. Faits divers

a) Le devoir professionnel de la conduite loyale envers les confrères et le respect des intérêts légitimes des confrères est de nature générale et ample.

«Celui qui doit réunir impartialement les différents intérêts des intéressés est tenu de garder la stricte objectivité et de respecter les règles de politesse avec sensibilité dans les rapports avec les confrères et les tiers.»<sup>90</sup>

b) Des cas de manquements à ce devoir sont nombreux entre les notaires également et dans leurs rapports avec des tiers. Il est en général difficile de les déterminer plus précisément.

c) L'obligation à une conduite loyale envers les confrères implique également que toute différence d'opinion ou tout litige soient réglés à l'amiable si possible. Le différend entre confrères en public ou dans des débats publics devant un tribunal peut entacher l'estime dont jouit la profession.

En cas de différences d'opinion ou de litiges entre confrères, les personnes concernées doivent d'abord rechercher un accord à l'amiable au moyen de la mé-

---

<sup>87</sup> Décision du 24.07.1997, 1 BvR 1863/96 (Cf. plus haute note de bas de page 15)

<sup>88</sup> Schippel, in Seybold-Schippel, n° en marge 8 d'après § 19 RLNot

<sup>89</sup> Opinion générale; Cf. Schippel, op.cit., n° en marge 9

<sup>90</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 3 d'après § 19 RLNot

diation d'organisation professionnelle; § 16 RLNot. A celle-ci occupe donc la place de **conciliateur**.

### III. Déontologie notariale eu égard à l'Etat

L'activité du notaire en droit allemand est l'exercice d'une **fonction publique**. Les obligations liées à la fonction, en particulier aussi les devoirs professionnels du notaire allemand, sont ainsi *per se* des devoirs à accomplir envers l'Etat.<sup>91</sup> Les questions posées par le coordinateur international à ce sujet se situent à plusieurs niveaux dans ce contexte et concernent d'une part les devoirs généraux existant envers l'Etat et, d'autre part, les relations concrètes du notaire avec les autorités de l'Etat en des circonstances bien précises.

#### 1. Indépendance et impartialité

Ces deux caractéristiques constituent des **devoirs élémentaires** du notaire allemand comme l'explique le présent rapport de manière générale et détaillée.

En sa qualité de titulaire de fonctions publiques, ces devoirs du notaire concernent **également** l'Etat. Il est évident que ces devoirs existent aussi dans l'intérêt des intéressés et en particulier dans l'intérêt des clients au sens du chiffre Ier de ce rapport.<sup>92</sup>

Il est tout aussi évident qu'une violation de ces devoirs conduit directement au système de sanctions prévues en cas d'infractions aux obligations liées à la fonction notariale.

#### 2. Devoir de l'exercice personnel de la fonction

a) Le principe de l'exercice personnel de la fonction vaut inconditionnellement pour toutes les attributions du notaire qui relèvent du pouvoir de souveraineté, en particulier donc pour l'activité d'instrumenter. Le notaire ne peut pas déléguer ces attributions ni de manière générale ni dans le cas particulier.<sup>93</sup>

Nous avons là un des principes élémentaires du notariat allemand qui constitue donc une règle déontologique fondamentale.

b) Cette règle s'applique à l'ensemble des authentications et des certifications.

Le notaire allemand est une «personne revêtue de la foi publique.» (§ 415 du code allemand de procédure civile; les actes qu'il reçoit sont des actes publics et jouissent de la pleine force probante (§§ 415, 418 du Code allemand de procédure civile).

---

<sup>91</sup> Cf. - pour tout - Schippel, in Seybold-Schippel, n° en marge 1 et s. sur § 14 BNotO

<sup>92</sup> Bernhard, Beck'sches Notarhandbuch, F, Beurkundungen, n° en marge 45 et s.

<sup>93</sup> Cf. - pour tout - Vetter, in Seybold-Schippel, n° en marge 1 sur § 39 BNotO

Cet effet juridique suppose que le notaire obéit aux prescriptions relatives à la procédure d'authentification et qu'il satisfasse pleinement à son devoir de certifier le caractère véritable des actes qui lui sont soumis.

L'authentification frauduleuse intentionnelle comme la fausse information dans l'écrit que celui-ci a été lu par le notaire constitue une des fautes disciplinaires les plus graves. Ceci vaut également pour la légalisation d'une signature sans que celle-ci ait été apposée ou reconnue par le notaire lui-même (c'est ce que l'on appelle les «authentifications à distance» — original allemand «Fernbeglaubigungen»<sup>94</sup>).

c) Même pour ce qui concerne les opérations liées à la fonction de notaire qui ne font pas partie de l'authentification comme par exemple les projets écrits, les consultations et autres, le notaire est par principe soumis à l'exigence de l'exercice personnel de la fonction.

Toute délégation de ces activités de la part du notaire à ses auxiliaires, au chef de bureau par exemple afin que celui-ci accomplisse lui-même l'acte pour lequel il a reçu délégation, n'est pas autorisé; le notaire étant entièrement responsable d'une exécution correcte en la matière.<sup>95</sup>

### 3. Le notaire et les autorités publiques

Dans ce contexte, il convient de savoir si et dans quelle mesure le notaire est tenu d'observer des règles de conduite spéciales, c'est-à-dire, en premier lieu s'il existe des devoirs de communication à l'égard des autorités publiques en ce qui concerne certains états de faits.

a) La primauté est donnée à l'obligation du notaire au secret professionnel même à l'égard des autorités publiques et notamment à l'égard des autorités fiscales.

Cette obligation fait partie du droit directement applicable en Allemagne depuis la refonte du nouveau Code fédéral de la fiscalité le 1er janvier 1977<sup>96, 97</sup>.

La loi prévoit les exceptions.

b) Les notaires participent largement à l'élaboration d'actes juridiques assujettis à l'impôt. Les autorités fiscales ont donc un intérêt légitime à prendre connaissance de ces opérations notariales le plus tôt possible. A cet effet, les notaires ont **l'obligation** de porter l'authentification à la connaissance du service des

---

<sup>94</sup> Bracker, dans Seybold-Schippel, n° en marge 15 sur § 95 BNotO

<sup>95</sup> Vetter, in Seybold-Schippel, n° en marge 2 sur § 39 BNotO. Les possibilités qui existent de déléguer une activité de notaire aux notaires-stagiaires et à des représentants engagés dans un but fonctionnel ne seront pas expliquées en détail; Cf. § 19 alinéa 2 et §§ 23, 24 BNotO; § 39 BNotO

<sup>96</sup> BGBl, 1976 I, 613

<sup>97</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 10 sur § 18 BNotO; Büttel, à propos du statut juridique des notaires vis-à-vis des services des contributions, DNotZ 1966, p. 644

contributions. Ces devoirs de communication se fondent exclusivement sur des dispositions législatives.

Entrent en ligne de compte les impôts suivants:

droit de mutation immobilière; § 18 de la Loi relative au droit de mutation immobilière (Gründerwerbsteuergesetz). Il s'agit précisément de déclarer des contrats de vente et leur contenu essentiel.

droits de succession et impôts sur les donations; § 34 de la Loi relative au droit de mutation, § 13 du décret d'application relatif au droits de succession. Par conséquent, doivent faire l'objet de communication en particulier les dispositions ouvertes à cause de mort, les accords de partage successoral et les contrats de donation.

l'imposition de sociétés de capitaux; § 54 du décret d'application et d'impôts sur le revenu, inséré dans ce décret en 1995. Par conséquent doivent être transmis aux autorités fiscales en particulier les actes ayant pour objet la constitution de sociétés de capitaux, l'augmentation de capital, la diminution du capital, la transformation ou la liquidation de sociétés de capitaux ou la disposition relative aux parts de société.

c) La Loi allemande relative au commerce extérieur du 28.04.1961<sup>98</sup> est le fondement légal pour le contrôle de l'Etat des transactions économiques avec l'étranger. D'après le § 44 alinéa 1 de la Loi relative au commerce extérieur, les autorités peuvent demander des informations dans la mesure où une telle demande s'avère nécessaire et ce, pour contrôler le respect de cette loi. Selon la doctrine<sup>99</sup>, il existe cependant aucune obligation pour le notaire de fournir des renseignements, le respect des déclarations obligatoires relevant des intéressés eux-mêmes.

L'obligation de fournir des renseignements au sujet des dépôts effectués auprès du notaire découle en revanche de la «Loi sur le blanchiment d'argent («Geldwäschegesetz») du 29.10.1993<sup>100</sup> Le § 8 de cette Loi oblige le notaire, s'agissant d'une ouverture d'un compte, à communiquer à l'institut bancaire où il gère le montant déposé pour quel compte s'effectue la gestion. D'après le § 3 de la Loi sur le blanchissement, le notaire est tenu d'identifier la personne qui lui apporte un montant en espèces à concurrence de 20.000 DM (ou plus) et de recueillir les documents y afférents.

---

<sup>98</sup> BGBl. 1961 I, 481

<sup>99</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 37 sur § 18 BNotO

<sup>100</sup> BGBl. 1993 I, p. 1770; adoptée en transposition de la directive des Communautés européennes du 10.06.1991 en vue de compromettre toute utilisation du système financier aux fins de blanchiment d'argent. Concernant la Loi allemande relative au blanchiment d'argent («Geldwäschegesetz») en particulier, Bundesnotarkammer, DNotZ 1994, I.

Conformément au § 195 du Code de la construction<sup>101</sup>, le notaire est tenu d'envoyer tout contrat dont l'objet est le transfert d'un bien immobilier à titre onéreux aux collectivités territoriales compétentes.

Le tribunal compétent en matière successorale a beaucoup d'intérêt à ce qu'il connaisse toutes les déclarations du testateur concernant l'ordre successoral après l'ouverture de la succession. C'est la raison pour laquelle les notaires sont obligés de porter à la connaissance de l'état civil les actes qui contiennent des déclarations significatives en matière successorale.<sup>102</sup>

Le notaire n'a aucune obligation et aucun droit au refus de fournir des renseignements à son autorité de tutelle. Le notaire est tenu de fournir tout renseignement réclamé par l'administration de tutelle.<sup>103</sup> Il en est de même en ce qui concerne les renseignements demandés par la Chambre des notaires.

**d)** Des exceptions au secret professionnel peuvent être admissibles sous l'aspect de la prise en compte des biens et intérêts respectifs.

En principe, le notaire est également tenu au secret professionnel lorsque, dans l'exercice de sa profession, il prend connaissance d'actes punissables ou de l'intention d'un acte punissable. Il existe cependant des exceptions.

Dans les cas où son silence représenterait un acte punissable, le notaire est tenu de le révéler.<sup>104</sup>

Il s'ensuit de sa qualité d'officier public dans le domaine de l'administration de la justice préventive que le notaire est d'ailleurs aussi autorisé à informer les personnes concernées ou menacées dans la mesure où une prévention du préjudice est encore possible.<sup>105</sup>

**e)** En cas de doute sur l'existence de son obligation au secret professionnel, le notaire peut requérir une décision de l'autorité de tutelle; § 18 alinéa 2 BNotO.

La question concrète de savoir s'il existe obligation au secret professionnel trouve ainsi une explication qui fait foi.<sup>106</sup>

#### **4. Déontologie notariale et procédure d'authentification**

---

<sup>101</sup> BGBl. I, 1997, p. 2141. La loi a été modifiée en prenant effet le 1.01.1998. Le § 195 n'a pas été modifié.

<sup>102</sup> Les règles y afférentes sont différenciées. Les dispositions concernant la notification en matière successorale ont été publiées le 30.11.1979 par les Länder pour la dernière fois. Résumé par Schippel, dans Seybold-Schippel, Rd.N° 40 sur § 18 BNotO.

<sup>103</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 36 sur § 18 BNotO et sur § 93 BNotO

<sup>104</sup> A titre d'exemple, les §§ 138, 139 Code pénal allemand, l'obligation d'information de l'intention de faits punissables graves.

<sup>105</sup> Schippel, in Seybold-Schippel, n° en marge 46 sur § 18 BNotO. Cf. sinon Keller, Grenzbereiche zwischen Strafrecht und Standesrecht des Notars, DNotZ 1994, p. 99 et s.; voir la comparaison en cas de conflit entre les biens et les devoirs en particulier pp. 94, 99, 101 et svte.

<sup>106</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 59 sur § 18 BNotO

La déontologie notariale en tant que contenu fondamental des obligations du notariat lié à l'Etat prend de plus en plus d'importance en Allemagne en ce qui concerne l'exécution de la procédure d'authentification et, partant, de la jurisprudence également — un effet provoqué par la déontologie qui intervient directement dans la pratique notariale quotidienne de façon correctionnelle et complémentaire.

**a)** Le notaire est l'assistant indépendant des intéressés; il a l'obligation d'empêcher toute apparence de partialité. § 1 alinéa 2 phrase 1 RLNot.

Ce devoir professionnel peut déjà être enfreint quand des procédures d'authentification ont été choisies qui font exception à la règle, procurant ainsi des avantages quelconques à une partie, même lorsque de tels avantages ne se traduisent pas dans la forme matérielle de l'acte juridique.

Par conséquent, le § 1 alinéa 2 phrases 2 et 3 des directives générales pour l'exercice professionnel du notaire contiennent des dispositions à ce sujet.<sup>107</sup> Les nouvelles recommandations de directives<sup>108</sup> dans le § 4 du présent projet contiennent également des règles à ce sujet.

**b)** Les authentications dites collectives constituent la synthèse de plusieurs discussions portant sur des authentications dans lesquelles les termes de l'écrit sont en partie identiques (des contrats de vente portant sur plusieurs logements en propriété dans le même immeuble par exemple). Ces «authentications collectives» sont admissibles selon § 13 alinéa 2 BeurkG. Le notaire doit cependant veiller particulièrement à éviter toute apparence de partialité; § 1 alinéa 2 phrases 1, 2 des directives générales.

Dans cette optique, le Conseil fédéral du Notariat allemand et les Chambres des notaires des Länder estiment que les «authentications collectives» donnent en général lieu à des préoccupations du point de vue déontologique lorsque pendant une consultation le notaire fait la synthèse de plus de cinq (en partie plus de trois sont cités) de ces cas égaux. Le danger est réel que le notaire donne l'impression de faire partie de l'organisation du vendeur en donnant ainsi l'apparence de partialité.<sup>109</sup> Pour ce genre d'authentification, il faut donc faire attention à ce que chaque acquérant comprenne parfaitement les précisions du notaire et qu'il fasse usage de son droit à poser des questions. Il faudrait porter l'attention de l'acquéreur sur le fait que l'authentification collective n'est pas synonyme d'économie de frais. S'il souhaite une authentification individuelle, il faut y répondre.

---

<sup>107</sup> Promulguées en raison d'une décision de l'assemblée des représentants du 6.11.1970, cf. DNotZ 1971

<sup>108</sup> A ce propos, voir plus haut remarque 28

<sup>109</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 3 sur § 1 RLNot avec et al.; Kutter in Beck'sches Notarhandbuch, A II, généralités sur le contrat de construction, n° en marge 3

c) Pour ces mêmes raisons, il existe des doutes à l'égard de l'usage «systématique» de pouvoirs dans le cadre de la procédure d'authentification.

En l'occurrence, le vendeur agit comme représentant sans mandat de l'acquéreur qui, lui, doit autoriser son action en aval. Cela signifie que l'acquéreur n'assiste pas à l'authentification du contrat de vente et ne se voit donc accorder aucun conseil notarial au sujet de ce contrat. Dans cette procédure d'authentification, le conseil d'un notaire est ainsi retiré à la partie qui, d'après l'intention protectrice de la norme matérielle servant de base, le § 313 BGB, est finalement celle qui peut légitimement prétendre à cette protection. Le but le plus important de l'authentification qui consiste à garantir aux intéressés conseil et instruction par l'intervention du notaire n'est donc pas atteint même si les dispositions légales sont respectées d'un point de vue juridique formel et matériel.

La **déontologie** notariale s'interpose et corrige en déclarant que l'activité d'authentification n'est pas autorisée si le vendeur ne participe pas «systématiquement» aux négociations relatives à l'authentification.<sup>110</sup>

La jurisprudence a repris ces préoccupations émis par la profession notariale et les a acceptées. C'est ainsi que la Cour d'appel du Land de Bavière<sup>111</sup> considère que cette procédure d'authentification n'est autorisée que lorsque cette «forme atypique d'authentification fait l'objet d'un accord ou qu'elle est justifiée par des circonstances particulières.»

d) Pour les mêmes raisons, la distinction «systématique» entre l'offre relative au contrat et l'acceptation du contrat peut finalement soulever des objections du point de vue déontologique. Cela peut être l'intérêt du seul vendeur ne souhaitant pas participer à la majorité des authentifications ou qui entend échapper de cette façon aux explications sur le contenu du contrat en présence du notaire.<sup>112</sup> Dans ce cas, une négociation portant sur le contenu du contrat et à laquelle participent les intéressés avec le concours du notaire n'a pas lieu. Une solution adéquate dans de tels cas peut consister en ce que le notaire envoie le projet de contrat à la partie qui a un empêchement et recueille ainsi son accord pour le contenu du contrat et pour ce genre d'authentification.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Cf. - pour tout - Brambring, in Beck'sches Notarhandbuch, A I, Grundstückskauf, n° en marge 332; Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 4 sur § 1 RLNot

<sup>111</sup> Brambring, op.cit.

<sup>112</sup> Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 6 sur § 1 RLNot; Brambring, in Beck'sches Notarhandbuch, A I, Grundstückskauf, n° en marge 383

<sup>113</sup> Brambring, op.cit.

#### IV. Sanctions

En droit allemand, tout manquement aux devoirs professionnels - aux devoirs fondamentaux liés à l'exercice de la fonction notariale - entraîne des sanctions qui se situent à différents niveaux juridiques.

1. Dans un cas extrême, il est possible que les faits constitutifs d'une infraction soient réalisés au sens du Code pénal (StGB).

Il s'agit en particulier des cas de

- violation de l'obligation au secret professionnel, § 203 StGB;
- authentification frauduleuse, § 348 StGB;
- perception d'honoraires excessifs, § 352 StGB.

2. De surcroît, toute violation des devoirs professionnels fait naître des droits à indemnisation relevant du droit civil pour les dommages et préjudices dont ont été victimes les intéressés à la suite d'actions du notaire contraires à ses devoirs.

Tout manquement intentionnel, par négligence ou imprudence du notaire, aux devoirs et obligations liés à des fonctions et dont autrui est victime, l'oblige à réparer le dommage qui en résulte. En cas de négligence, la responsabilité du notaire est "subsidiare", la victime du dommage devant d'abord choisir une autre possibilité de dédommagement, par exemple, à l'égard de l'autre partie ou de son conseiller personnel.<sup>114</sup> Les obligations dont la violation engage la responsabilité du notaire sont multiples. La jurisprudence allemande les a concrétisées respectivement et l'on peut constater une tendance à renforcer les critères s'appliquant aux obligations.<sup>115</sup>

Le notaire a l'obligation d'entretenir une assurance de responsabilité civile professionnelle afin de couvrir les risques de responsabilité résultant de dommages pécuniaires occasionnés dans l'exercice de sa profession et de l'activité des personnes dont il est responsable; § 19 a alinéa 1 phrase 1 BNotO. Cette affiliation obligatoire n'existe pas seulement en raison des devoirs professionnels, mais en raison d'une obligation légale de tous les notaires allemands. Le § 67 alinéa 2 n° 3 BNotO impose aux Chambres des notaires de conclure des contrats d'assurance de responsabilité civile afin d'assurer les risques qui ne sont pas couverts par l'assurance individuelle du notaire au motif que le montant du dommage pécuniaire dépasse le plafond garanti; ce sont les assurances dites "complémentaires de groupe". Selon ladite disposition légale, il incombe également à la Chambre des notaires d'assurer des dommages non couverts par l'assurance régulière et occasionnés par des faits intentionnels du notaire, ce que l'on appelle l'assurance contre les risques de malversation.

---

<sup>114</sup> Résumé sur la responsabilité subsidiaire par Haug, dans Seybold-Schippel, n° en marge 80 et s. relatif au § 19 BNotO

<sup>115</sup> Cf. plus haut I, 2 a, et remarque 55

Le montant minimum de l'assurance s'élève à 500.000 DM par sinistre. Pour la couverture de dommages occasionnés par négligence - ce qui est de règle -, un montant assuré de 1.000.000 DM est alors à disposition.<sup>116</sup> Dans le cadre de la modification imminente de la Loi fédérale relative au notariat allemand, le montant minimum actuel de 1.000.000 DM sera porté à 2.000.000 DM. Bien entendu, chaque notaire peut augmenter le montant de couverture minimale de son assurance individuelle qui est actuellement de 500.000 DM à un montant plus élevé. Cette possibilité est très largement suivie en pratique; de nombreux notaires sont assurés pour des sommes plus importantes, ce qui donne une idée de la nature et du volume des opérations d'authentification.

Les Chambres des notaires entretiennent en outre, sans obligation légale, sur la base de du § 67 alinéa 3 n° 3 BNotO, un fond spécial pour des risques de malversation (Vertrauensschadenfonds), duquel, conformément aux statuts, sont versés des montants quand un dommage occasionné par un acte intentionnel d'un notaire n'est pas réparé par d'autres assurances et qu'un tel versement est considéré comme justifié par le fonds suivant l'appréciation des faits.<sup>117</sup>

**3.** A côté de cela, il existe le système des mesures **disciplinaires**.

**a)** Les notaires qui se rendent coupables d'une violation fautive des devoirs et obligations lui incombant dans l'exercice de leurs fonctions commettent une faute disciplinaire, § 95 BNotO. Cette phrase résume de manière exemplaire le droit disciplinaire matériel en vigueur pour les notaires.

La déontologie en particulier fait partie des **devoirs inhérents à l'exercice de la fonction** visés par ladite disposition.<sup>118</sup>

Toute violation de ces devoirs peut par la suite faire l'objet d'une réclamation et être réprimée par l'autorité de tutelle du notaire.<sup>119</sup>

**b)** Les règles disciplinaires pour les fonctionnaires de l'administration judiciaire sont applicables de manière analogue aux notaires; § 96 BNotO

Les mesures possibles pouvant être prises à l'encontre du notaire sont échelonnées.

En cas de manquements mineurs aux devoirs et obligations, l'autorité de tutelle peut s'abstenir de mesures disciplinaires ou adresser une simple «réprimande aux notaires» (§ 94 alinéa 1 phrase 1 BNotO).

---

<sup>116</sup> Résumé par Schippel, dans Seybold-Schippel, n° en marge 4 sur § 19 aBNotO; Kanzleiter, dans Seybold-Schippel, n° en marge 32 et s. sur § 67 BNotO

<sup>117</sup> A ce sujet Kanzleiter in Seybold-Schippel, n° en marge 34 sur § 67; Haug, in Beck'sches Notarhandbuch, J, n° en marge 56

<sup>118</sup> Bracker, dans Seybold-Schippel, n° en marge 13, 19 et s. sur § 95 du BNotO

<sup>119</sup> Bracker, op.cit., n° en marge 14 sur § 93 du BNotO, compétences des autorités de tutelle, avec références de la jurisprudence.

Si elle considère le blâme ou l'amende pécuniaire comme opportun, elle peut les prononcer à titre de sanction disciplinaire (§ 98 BNotO).

Si des mesures plus graves s'avèrent nécessaires - révocation du siège de l'office, révocation des fonctions - elle engage la procédure formelle devant la juridiction disciplinaire.

Les Cours d'appel sont compétents en tant que juridictions disciplinaires au premier degré; la Cour fédérale de justice est compétente en tant que juridiction disciplinaire au second degré; § 99 BNotO.

# **Thème IV**

## **Le notaire en tant que garant de la sécurité de droit dans l'économie de marché**

**Rapporteur:**

**Notaire Dr. Wolfgang Ott, Ingolstadt**

## I. Introduction

Dans les pays dans lesquels domine le système de notariat latin, on retrouve un système d'économie libérale plus ou moins fortement ancré.

De plus en plus, l'évolution de ces systèmes d'économie de marché, et plus particulièrement dans le cadre de la tendance actuelle fréquente à la dérégulation, mène à des affrontements avec le système notarial que les partisans de ces tendances à la dérégulation ne considèrent pas d'une part, comme structurée par rapport aux principes de l'économie de marché, et considèrent d'autre part, de par sa fonction, comme un frein potentiel aux développements économiques libéraux.

A l'avenir, le notariat sera investi d'une tâche fondamentale et importante, celle de se fixer ces objectifs et d'y réagir de manière ad hoc :

## II. Aperçu de la fonction notariée

1. Le notariat est une institution qui jouit d'une longue tradition et dans l'ensemble, d'une très haute considération de la population et de la société.

Cette image, le notariat ne la doit pas à un privilège spécial, mais à la fonction dont il est investi dans le cadre des différents systèmes de droit nationaux et à la manière dont il remplit cette fonction.

Jusqu'à présent, dans tous les pays le notariat a participé à ce que l'on appelle "le marché du droit".

Il faut cependant se garder à tout prix de réduire le rôle du notariat à cette simple participation au "marché du droit" et au contraire particulièrement mettre en exergue sa **fonction publique**.

Le notaire est bien plus qu'un simple acteur sur le marché du conseil juridique. Le notaire exerce les **missions publiques, c'est-à-dire principalement du ressort de l'Etat**, qui lui ont été transférées et se distingue dès lors légèrement des avocats, des réviseurs d'entreprise et des conseillers fiscaux.

Dans l'exercice des fonctions qui lui ont ainsi été attribuées, le notaire contribue avant tout, et ceci de manière fondamentale, à **décharger l'Etat de ses missions d'administration de la justice**, que ce dernier serait obligé d'assurer si le notaire n'existait pas. Dans de nombreux pays, les notaires assument directement certaines tâches en principe dévolues à l'Etat, par exemple l'établissement et la délivrance des certificats d'héritier ou autres certificats divers.

Dans d'autres pays, dans lesquels les notaires exercent principalement leur talent dans le cadre de la rédaction des contrats, et plus particulièrement encore dans le domaine du droit des sociétés, du droit foncier, du droit de la famille et du droit successoral, ils déchargent les organes de l'Etat, avant tout par la prise en charge de la préparation des documents d'inscription dans les divers registres,

et plus particulièrement le registre de la propriété foncière ou le registre de commerce et des inscriptions à proprement parler dans ces registres.

Les autorités chargées de la tenue de ces registres sont ainsi déchargées, dans une grande mesure, des demandes directes non qualifiées sur le plan juridique, émanant des citoyens, et sont ainsi en mesure de traiter plus rapidement les demandes appropriées. L'intervention des notaires découle donc sur un allègement d'une part pour les services publics, et ceci tant en termes de charge de travail que de personnel au niveau de la tenue des registres et d'autre part pour le citoyen qui a affaire au système, **en accélérant** les inscriptions dont il a besoin.

**2.** Les notaires exercent également des fonctions très importantes dans le cadre de l'aide aux services publics par **l'exercice de certains droits publics**.

Ceci vaut particulièrement dans le domaine du droit fiscal. Dans la majorité des pays de notariat latin, des copies de certains actes notariés, par exemple des contrats de vente foncière, doivent être communiquées au ministère des finances, afin de permettre à ce dernier de lever l'impôt prévu sur ces actes, notamment les droits de mutation, mais également d'avoir un aperçu du patrimoine des citoyens et ainsi de disposer de la base nécessaire à l'imposition individuelle du citoyen.

**3.** Le notariat exerce également une fonction de la plus haute importance dans le domaine des relations juridiques entre les citoyens.

Par son **activité contractuelle** d'une part, et par sa **stricte obligation de neutralité** d'autre part, le notariat permet aux citoyens d'élaborer leurs contrats, d'une part de manière satisfaisante pour les deux parties, et d'autre part dans un mode de formulation et d'exécution qui tienne compte de la garantie des intérêts des deux parties. C'est ainsi par exemple que dans le cas de l'élaboration d'un contrat par exemple de vente d'un terrain, le notaire doit garantir aussi bien les intérêts du vendeur au niveau du prix de vente escompté que de l'acheteur au niveau du transfert de propriété du terrain après paiement du prix convenu.

Ce type de transaction ne requiert généralement pas l'intervention d'un avocat et celle-ci est donc extrêmement rare dans la pratique.

Une rédaction ad hoc des contrats contribue sans aucun doute à alléger considérablement les services publics et notamment les tribunaux. En effet, les **contrats établis par les notaires débouchent beaucoup moins souvent sur des conflits**, et de ce fait, les tribunaux doivent traiter moins d'affaires de contrats passés devant notaire que de contrats sous seing privé.

**4.** Dans ce domaine, nous mentionnons également tout particulièrement le **rôle de protection du consommateur** joué par le notaire.

Lors de la rédaction des contrats, et plus particulièrement des contrats dans lesquels une partie est économiquement plus forte que l'autre, le notaire est investi de la mission expresse de tenir compte également des intérêts de la partie économiquement la plus faible dans le cadre du contrat, et de l'informer. Ce rôle

est particulièrement important, par exemple dans le domaine du droit relatif aux promoteurs immobiliers, lorsque de grandes sociétés de développement foncier acquièrent des terrains, les construisent et ensuite les revendent en unités plus petites à des acheteurs individuels.

5. L'allusion à la menace d'un "choc" entre le système du notariat latin et les tendances de l'économie libérale est permanente. Dans de nombreux pays occidentaux industrialisés, on observe actuellement des **tendances à la dérégulation** de l'économie, dans le sens où, on y prône l'abolition des réglementations juridiques ou, en tout cas, leur limitation, et ceci en raison du frein potentiel qu'elles représenteraient pour le libre épanouissement de l'activité économique.

Surtout sous l'influence du droit anglo-saxon, sont ainsi mis au pilori notamment les frais de notaire considérés comme des entraves, et surtout les procédures notariées et les droits d'enregistrement par exemple dans le domaine du droit commercial mais aussi du droit foncier.

Il convient dans ce cadre de lutter expressément contre les tendances qui considèrent de manière générale le droit comme "un frein" au développement économique.

Cette vue est en effet tout à fait erronée. Au contraire, **une voie juridique bien préparée ne peut qu'optimiser le développement économique** et un développement économique durable n'est possible que s'il repose sur la base de relations juridiques claires.

### III. Le notariat latin dans le contexte de l'économie de marché

Le notariat compris dans le bon sens ne constitue dès lors nullement un frein au **développement de l'économie** mais, bien au contraire, un **stimulant**.

Par son activité, le notariat façonne des relations claires et sans équivoques, et contribue dès lors à l'accélération des développements économiques et à la conclusion des contrats.

Quelques exemples à ce propos :

1. Dans les pays du notariat latin, dans lesquels les sociétés sont inscrites dans des registres de commerce et dans lesquels ces inscriptions sont assurées par le notaire, ces **inscriptions au registre du commerce** permettent de savoir si une société existe, de connaître son capital social, et plus particulièrement de savoir si une personne déterminée est bel et bien habilitée à agir au nom de la société, par exemple en tant que gérant.

Dans le droit anglo-saxon cette garantie n'existe pas. Même si la personne qui pose l'acte dispose des statuts de la société ou soi-disant d'un mandat de gérant, il est impossible de savoir si cette personne est réellement habilitée à agir au nom de la société. Toute conclusion d'un contrat est donc sujette à une incertitude permanente quant à la validité du contrat signé.

L'argument avancé dans ce débat par les juristes anglo-saxons, selon lesquels, ces problèmes seraient réglés par les réglementations relatives à la responsabilité civile, et que le problème de l'insolvabilité serait quant à lui réglé par des assurances ad hoc, se révèle de loin insatisfaisant.

La tendance observée actuellement dans le système de droit anglo-saxon, qui consiste à attendre que le problème se présente pour y chercher une solution, donc à opter pour une **justice réactive** par opposition à nos systèmes juridiques qui ont opté pour une administration de la justice basée sur la prévoyance et de renvoyer, le cas échéant, les intéressés à la **procédure de dommages et intérêts monétaires**, est un **système qui, sur le plan juridique, favorise indubitablement les acteurs économiques les plus forts**. En effet, seuls ces derniers ont en principe la possibilité, par des paiements anticipés, de prendre certaines garanties, ou la possibilité par une reconnaissance précoce et précise des faits, de veiller à ce que les relations juridiques se déroulent conformément à ce qui est prévu. Le retrait de l'Etat de cette administration de la justice basée sur la prévoyance liée à l'adoption des tendances juridiques anglo-saxonnes, va donc à l'encontre de la protection du consommateur, en ce sens qu'il soutient unilatéralement non pas le consommateur, mais bien le partenaire contractuel économiquement le plus fort, donc plus particulièrement également, celui qui participe à la vie économique et possède une grande expérience en matière de contrats avec divers partenaires. L'abaissement du contrôle juridique de l'Etat, qui passe du stade de la préparation des contrats et de la création des relations juridiques, à un contrôle tardif des distorsions contractuelles menant à une obligation de dommages et intérêts, se révèle également insatisfaisant dans le sens juridico-économique, étant donné que la pratique a démontré que les **conflits post-contractuels entraînaient une charge de coût supérieure disproportionnée du système juridique pour l'Etat par rapport au coût d'une administration de la justice basée sur la prévoyance**.

2. Dans le domaine du notariat latin, les terrains sont inscrits dans des registres fonciers qui permettent, de manière très claire, de savoir qui est le propriétaire d'un terrain, ainsi que les impôts dont ce dernier est grevé. Les **registres fonciers** bénéficient de la **foi publique**, c'est à dire que, quiconque inscrit dans le registre foncier en tant que propriétaire, est réputé pourvoir en disposer. Ce registre foncier ne peut bénéficier de cette foi publique que s'il existe une garantie d'une **procédure sûre et réglementée impliquant un notaire**. Dans les pays régis par le droit anglo-saxon, il n'existe pas de registre foncier répondant à cette définition. Toutes les transactions foncières sont donc liées à l'incertitude quant au fait que le vendeur soit réellement le propriétaire du terrain. Cette situation exige dès lors des mesures de recherche importantes appelées "Title-Research". Dans le cadre des contrats de vente des terrains, il est donc régulièrement nécessaire de prendre une assurance appelée "Title-Insurance". Dans ces pays, il n'est pas rare dès lors qu'un ou plusieurs avocats soient impliqués dans la préparation du contrat.

3. Dans le sens de la compréhension ad hoc du notariat dans sa forme moderne actuelle, dans le système d'économie libérale, le législateur a également reconnu dans de nombreux pays que **d'autres tâches pourraient encore être transférées au notariat** et être exécutées par les notaires de manière plus efficace et plus sûre que par n'importe quel autre organe de l'administration de la justice.

A titre d'exemple, dans ce cadre nous pouvons citer une série de modifications prévues en Allemagne :

a) Jusqu'à présent, les personnes physiques et morales avaient la possibilité, par le biais d'un acte notarié, de s'engager à une exécution forcée de certaines créances ou à la restitution de biens fongibles.

Cette réglementation de procédure civile allemande prévue au § 794 a désormais été élargie. C'est ainsi qu'aujourd'hui, la **soumission à l'exécution forcée peut être déclarée par acte notarié pour pratiquement tous les droits**, à l'exception des droits d'expulsion dans le cadre d'une dénonciation du bail par le propriétaire, et à l'exception des droits de déclaration de volonté.

Ces actes notariés exécutoires constituent un titre de créance et sont mis sur le même pied qu'un jugement du tribunal au niveau de leur caractère exécutoire. Ici aussi, il y a donc par la création de ces actes notariés, un allègement des tribunaux du fait que de nombreuses plaintes ne doivent plus être émises étant donné que des déclarations d'exécution forcée existent. En Allemagne, pratiquement tous les contrats de vente contiennent par exemple une clause d'exécution de l'acheteur pour le paiement du prix d'achat, de sorte qu'en cas de non-paiement du prix de vente convenu, le vendeur peut, sans devoir passer devant les tribunaux, introduire une demande de mesure d'exécution forcée contre l'acheteur.

b) En 1994, la **loi de transformation** a été entièrement revue en Allemagne.

Cette loi permet désormais plus particulièrement la fusion de toutes sortes d'entreprises, ainsi que la scission de parties d'entreprises existantes en tant qu'entreprises autonomes, ou encore le transfert du patrimoine d'une entreprise vers une autre ou le changement de la forme juridique des entreprises.

Dans ce cadre, les possibilités de ces formes juridiques ont largement été étendues, et plus particulièrement de nouvelles possibilités de réorganisation économique favorable sur le plan fiscal ont été prévues dans le cas de la scission des entreprises.

Toutes ces procédures exigent un contrat de scission ou de fusion notarié actant les décisions des sociétés. Le notaire intervient donc dans toutes ces procédures conformément à la loi de transformation de manière globale, et dans ce cadre, élabore régulièrement les contrats, façonne donc ainsi la transformation, passe les actes nécessaires, et ensuite assure les inscriptions requises dans les registres de commerce concernés.

La palette des tâches confiées aux notaires par le nouveau droit de transformation démontre très clairement la haute opinion qu'a le législateur allemand des notaires et de leur activité. Le droit de transformation est un domaine très compliqué dans lequel le notaire, en raison de son excellente formation juridique et de ses connaissances, peut tout particulièrement contribuer au façonnement du droit et à la garantie de la sécurité juridique.

c) Dans le cadre de l'intégration des nouveaux "Länder" fédéraux de l'ancienne République Démocratique Allemande, de nombreuses difficultés ont émergé au niveau du transfert des institutions juridiques spécifiques de l'ex-RDA dans le droit allemand global. C'est ainsi que l'ex-RDA, scindait, par exemple, la propriété des terrains et la propriété des bâtiments.

Ces inégalités devraient pouvoir être éliminées par ce que l'on appelle la **loi d'assainissement du droit réel**. Cette loi prévoit par exemple que la propriété des bâtiments soit transformée en un droit de superficie héréditaire.

Aux fins de l'identification, et finalement de l'union entre les différents intérêts, plus particulièrement par exemple ceux du propriétaire du terrain et du bâtiment, une procédure de conciliation notariée est prévue dans laquelle le notaire exerce, en partie, pratiquement des fonctions de juge. Il peut par exemple convoquer les parties intéressées et faire des propositions de règlement des litiges. Pour être concrétisées, ses propositions doivent toutefois être acceptées par les intéressés.

d) Dans le domaine des **relations juridiques électroniques**, des nouveautés importantes sont également apparues.

La fameuse "Signaturgesetz" ("Loi sur la signature") prévoit la mise sur pied de ce qu'on appelle des organes de certification confirmant l'authenticité d'une signature électronique, et une clé codée, de sorte à pouvoir permettre son utilisation dans les relations juridiques. L'expérience pratique de ces organes démontrent toutefois que les organes de certification privés ne sont pas en mesure de suffisamment vérifier l'authenticité de certaines données de certification. C'est notamment le cas de ce qu'on appelle les certificats de qualité, c'est-à-dire les certificats qui contiennent plus que la simple attestation du nom, de l'année et du mois de naissance d'une personne, et attestent plus particulièrement d'un titre de responsabilité professionnelle. Ces certificats confirment notamment des autorisations de représentation de certaines sociétés, certains mandats ou encore la qualité de gérant, etc. Après que les premières instances de certification aient reconnu qu'il leur était difficile de vérifier ce type de données et de contrôler en permanence leur authenticité, elles prévoient que ces certificats de qualité ne peuvent être délivrés dans le cadre des relations juridiques qu'avec le concours d'un notaire. Il s'agit donc d'un nouveau transfert de tâche sur les notaires, un transfert intervenu librement à l'initiative des entreprises de droit privé suite à la constatation qu'elles n'étaient pas en mesure, dans le cadre pratique de leurs relations juridiques, de fournir les confirmations nécessaires et qu'elles avaient be-

soin des connaissances spécialisées des notaires, notamment dans le domaine du droit des sociétés, pour pouvoir émettre des certificats sûrs sur le plan juridique.

e) La loi sur l'allégement de l'administration de la justice, adoptée récemment, prévoit la **mise sur pied d'instances d'arbitrage** dont l'échec de l'intervention constituera une condition à l'instauration d'une action ultérieure devant les tribunaux. La loi désigne expressément les notaires en tant qu'organe d'arbitrage. Conformément à cette loi, à l'avenir, les notaires pourront donc arbitrer tous les types de litiges pour autant qu'ils soient de droit civil et mettre sur pied une procédure de conciliation. Si cette procédure mène à un accord entre les parties, le notaire pourra immédiatement acter cet accord et ainsi clôturer l'affaire. En cas d'échec, le notaire établira une attestation ad hoc qui devra être produite pour l'introduction du litige devant les tribunaux.

f) Une procédure législative en cours prévoit le transfert, à l'avenir, aussi de **l'établissement des certificats attestant de la qualité d'héritier** aux notaires. En Allemagne, jusqu'à présent, l'établissement de ces certificats attestant de la qualité d'héritier ressortissait aux tribunaux de première instance. Ceux-ci doivent informer les héritiers et effectuer le partage soit sur la base des testaments disponibles, soit sur la base d'une succession intestat légale ainsi qu'établir les certificats ad hoc.

Cette tâche devrait également à l'avenir être transférée des tribunaux aux notaires. Ce transfert a tout son sens. Aujourd'hui déjà, une grande partie des testaments sont établis sous forme d'actes notariés par des notaires. Il est dès lors logique de leur confier également, dans le prolongement de cette première activité, l'établissement des certificats attestant de la qualité d'héritier.

Il s'agit là d'un domaine dans lequel la charge des tribunaux pourrait être considérablement allégée si la loi était adoptée en ce sens.

g) Dans ce cadre, il convient de signaler un autre projet en cours qui prône la création d'un **registre central des testaments** auprès de la Chambre Fédérale des Notaires. Dans ce registre, tous les notaires consigneraient les testaments notariés sous le nom du testateur. Lors d'un décès, ce registre pourrait être consulté afin de vérifier si le défunt avait ou non rédigé un testament et ce dernier pourrait être ouvert soit par le tribunal chargé de l'exécution de la succession soit par le notaire.

Il est également prévu, dans une phase ultérieure du développement international, de lier ce registre aux registres des autres pays afin de permettre, en cas de testament rédigé à l'étranger, de pouvoir également garantir son ouverture.

Ce système central remplacerait le système décentralisé en place jusqu'à présent et dans lequel l'enregistrement des testaments se fait auprès des services d'état civil et mènerait à une simplification de la recherche et de la localisation des testaments.

h) La **loi de réforme sur le statut juridique de l'enfant**, qui date de 1998, prévoit que contrairement à ce qui était précédemment prescrit en ce qui concerne les couples non mariés qui ont des enfants en commun, le droit de garde n'est plus exclusivement confié à la mère mais que le père et la mère de l'enfant peuvent prendre des arrangements en la matière et qu'ils peuvent exercer ce droit de garde ensemble. Cet accord est fixé dans ce qu'on appelle une déclaration de droit de garde par les parents de l'enfant. Cette déclaration de droit de garde doit faire l'objet d'un acte notarié. La déclaration de droit de garde peut aussi être faite par des parents divorcés, qui après leur divorce, malgré d'autres arrangements initiaux, décident, de commun accord, d'exercer ensemble le droit de garde. A l'avenir, dans les divorces, sauf demande contraire d'un des parents, la règle générale sera en principe l'exercice commun du droit de garde.

4. Les exemples cités ci-dessus tirés de la législation actuelle et des nouvelles lois déjà adoptées montrent qu'en Allemagne, le législateur a déjà reconnu la **fonction de régulation et d'équilibration exercée par le notaire dans la société** et a décidé, sur la base de cette constatation, de confier d'autres tâches encore à ce dernier.

Ce transfert de tâches mène à un **allègement financier de la société dans son ensemble**, étant donné qu'il décharge les tribunaux financés par l'Etat.

La fonction notariée sert dans ce cadre également **l'équilibre entre les intérêts** d'une part du citoyen et d'autre part de l'Etat et ceci précisément dans le système d'économie de marché libérale, dans lequel le notaire exerce, de par sa fonction de garant de la sécurité de droit, un rôle de régulateur entre les intérêts partiellement divergents dans les relations juridiques de droit privé et contribue partant au développement de l'économie de marché.

Le législateur allemand a reconnu cette situation de fait depuis longtemps déjà et transfère de plus en plus de nouvelles tâches au notariat pour alléger, par la privatisation, la charge de l'Etat et libérer la régulation de l'économie par l'Etat.

Outre cette fonction, le notaire exerce aussi un **rôle important de protection du consommateur** en ce sens qu'il conseille aussi bien les parties plus faibles sur le plan économique que les parties plus puissantes sur ce plan et assure ainsi un équilibre entre leurs divers intérêts, ce qui facilite le développement économique au niveau des économies nationales.

Il est clair cependant que contrairement aux annonces faites à l'emporte pièce, dans ce domaine, dans les pays régis par le système anglo-saxon, la **sécurité de droit** est nettement moins importante que dans les systèmes de droit du notariat latin.

Le notaire exerce encore une fonction de la plus haute importance, il assure la protection juridique du citoyen en veillant à la **sûreté des relations juridiques et aux inscriptions dans les registres** ad hoc.

Les développements à tendance anglo-saxonne observés peuvent, à première vue, donner l'impression qu'ils accélèrent le développement économique du fait qu'ils "simplifient" la formation et la rédaction des contrats jusqu'alors réservées au notariat. Cette première simplification, qui apparaît d'abord être un avantage, ne peut cependant être que de courte durée. Avec le temps, cette situation ne peut en effet que s'inverser au fur et à mesure que la sûreté des relations juridiques induite par la libéralisation mènera à de plus en plus de litiges relatifs aux contrats conclus dans ce cadre.

On observera alors, dans une première phase une charge croissante des tribunaux liée au nombre croissants des litiges qui mènera dans une deuxième phase à l'augmentation du coût social du système juridique.

Aujourd'hui déjà, aux Etats-Unis, le coût des poursuites judiciaires représente déjà 2,5% du produit national brut américain alors qu'en Allemagne, ce coût ne représente proportionnellement que 0,5% du produit national brut allemand.

Tout ne peut pas non plus être ramené à un simple "problème d'assurance" comme les défenseurs du système juridique américain et plus particulièrement la théorie de l'"Economic-Analysis of Law" répandue aux Etats-Unis aimerait à nous le faire croire et au contraire cela mène à une détérioration draconienne de la qualité des services juridiques à la population dans son ensemble.

Seulement, dans le cadre des relations juridiques, les parties économiquement fortes disposent en principe de la possibilité de se protéger par le recours à des avocats spécialisés et la conclusion de certaines assurances, tandis que dans un système juridique de ce type, les parties économiquement plus faibles restent sur le carreau.

Aujourd'hui, le notariat de style latin représente un facteur indispensable du développement économique et de la protection de la population dans le cadre de ce développement économique.

Le système notarié ne peut que se révéler bénéfique au développement optimal d'une économie de marché bien comprise et y servir au mieux les intérêts des citoyens qui y évoluent. Une voie juridique bien préparée et plus particulièrement une administration de la justice basée sur la prévoyance ne peut donc qu'optimiser le développement économique.