

Sécurité juridique du marché immobilier:

La nécessité d'instruments de régulation

de

Dr. Wolfgang Ott LL.M. (Chicago)

Notaire

Theatinerstr.33, D-80333 Munich

I. La garantie juridique

1. Les valeurs juridiques fondamentales

La sécurité des transactions juridiques et la fiabilité des institutions y associées sont les valeurs juridiques fondamentales, telles que nous les entendons et telles qu'elles nous intéressent pour le thème en question.

1.2. Nécessité d'avoir la certitude et la garantie juridiques

Toute personne participant aux transactions juridiques, et plus particulièrement au marché des transactions immobilières, attache la plus grande importance à ce que les actes portant sur l'acquisition et l'aliénation de biens immobiliers puissent être mis en œuvre en toute sécurité, de manière exacte et le plus rapidement possible.

La sécurité juridique est la condition préalable principale des investissements dans le marché immobilier.

1.3. La garantie juridique et le rôle du notariat latin dans le système des pays latins

Le notariat latin est l'instrument idéal et le plus approprié pour garantir cette sécurité juridique.

En tant qu'institution indépendante ne représentant pas une seule partie et devant tenir compte des intérêts de toutes les personnes concernées par l'acte juridique en cause, le notaire est le mieux placé pour servir de médiateur faisant valoir les intérêts les plus divers sur la base d'un dénominateur commun et concevoir un contrat équilibré abordable. A cette fin, le recours à un seul juriste qualifié - et non pas à plusieurs comme en droit anglo-saxon - suffit.

1.4. La garantie juridique comme élément indispensable au développement du marché immobilier et évaluation de la compétitivité d'un pays

La sécurité juridique est l'élément indispensable du bon fonctionnement du marché immobilier et d'une évolution durable et raisonnable de l'économie d'un pays. En d'autres termes :

Seule la voie de la sécurité juridique mène au succès économique.

C'est dans le cadre du marché immobilier précisément que des sommes considérables sont investies. Dans ce contexte, la sécurité juridique s'avère indispensable.

La meilleure garantie de cette sécurité juridique réside dans l'existence d'un notariat efficace, de type latin, coopérant avec un système du Livre Foncier fiable établi sur tout le territoire.

En l'absence de sécurité juridique sur le marché immobilier, un pays ne saurait se développer normalement au plan économique. Quelle entreprise sera prête à investir dans un pays en y ouvrant une filiale ou une usine si les transactions immobilières ne sont pas sûres et s'il est impossible de garantir et de prouver à tout moment la pérennité de ces acquisitions par leur inscription dans des registres publics?¹

II. Le notaire

II. 1. Sa fonction en tant que professionnel de la garantie juridique exerçant ses fonctions sous forme de profession libérale

Aux termes de la définition du § 1 de la Loi fédérale allemande relative au Notariat (*Bundesnotarordnung*), le notaire est titulaire d'un office public indépendant. Le § 2 prévoit que la profession de notaire ne constitue pas une activité de nature commerciale.

Il est ce que l'on appelle en Allemagne « un entrepreneur habilité à faire usage de prérogatives de puissance publique ». Il est donc investi par l'État de pouvoirs de souveraineté qu'il exerce de manière indépendante sans pour autant tomber sous la définition du professionnel libéral.² En exerçant ses fonctions, il est, bien entendu, soumis au contrôle de l'État dans la mesure où il est tenu de respecter les différentes limites et dispositions prévues par la Loi. Les autorités de tutelle, à savoir les administrations judiciaires, effectuent ce contrôle à des intervalles réguliers en assurant ainsi que les notaires assument consciencieusement les tâches qui leur ont été confiées en conformité avec la loi.

¹ Se reporter à *Didier Nourissat*, Coordinateur de la Commission Titrement au Conseil Supérieur du Notariat dans apf.francophonie.org/spip.php?article1443

² Se reporter à *Frenz* dans *Eylmann/Vaasen Bundesnotarordnung* § 2 pt. 10 ss.

II. 2. Son apport au marché immobilier

L'apport du notaire au marché immobilier se traduit par un certain nombre de fonctions importantes :

1. Par la conception et le façonnage des actes de vente immobilière il contribue à traduire de manière correcte et équilibrée la volonté des parties à l'acte.
2. Par l'établissement de l'acte notarié, il crée un document doté d'une force probante particulière. Il est présumé que le contenu de l'acte notarié est exact et que les déclarations des parties reproduites dans l'acte correspondent à la réalité.
3. Par les activités précitées, le notaire a en même temps une fonction de filtrage pour ce qui est l'accessibilité de documents aux registres publics. Seuls les documents authentifiés par un notaire ou dont la signature d'une partie a au moins été certifiée par lui, peuvent faire l'objet d'une demande d'inscription au registre.³

Par ailleurs, le notaire est mandaté par la loi⁴ pour déposer toutes les demandes pour le compte des parties et d'introduire lui-même des demandes auprès du registre. Certes, les intéressés sont, eux aussi, habilités à introduire des demandes, mais ils ne peuvent exercer ce droit que sur la base des actes notariés susmentionnés, lesquels doivent être joints à toute requête. Cette fonction de filtrage revêt une importance cruciale dans la pratique en ce qu'elle permet de désencombrer les tribunaux chargés de la tenue des registres tout en rendant leur travail beaucoup plus efficace et rapide. En règle générale, les parties ne sont pas en mesure de formuler correctement elles-mêmes les données et les demandes à introduire auprès du registre. Elles finiraient par déposer des quantités de papiers, de documents etc., si le notaire n'agissait pas en amont en sondant et résumant les informations pour les présenter de manière claire et compréhensible auprès du registre foncier.

II. 3. La fonction du notaire génératrice de confiance pour la société et sa contribution au développement juridique et à l'expansion économique durable.

Le notariat latin est un point d'ancrage stable de la sécurité juridique au sein de l'ordre juridique dans la mesure où il rassure la population sur le fait qu'avec le notaire leurs affaires sont en bonnes mains et qu'on peut lui faire confiance.

Bien évidemment, cela suppose que le notariat réponde durablement aux défis qui lui sont posés et ce, au moyen d'instruments appropriés tels que le contrôle hiérarchique, les séminaires de formation continue pour les notaires, etc., permettant ainsi de maintenir à long terme le niveau de compétence élevé du notariat.

³ Voir par ex. § 29 de la Loi relative à la tenue du Livre Foncier et à la publicité foncière (*Grundbuchordnung*) ou § 12 du Code commercial allemand.

⁴ Voir par ex. § 15 *Grundbuchordnung*.

Il y a lieu de noter toutefois que le rôle du notariat dans ce contexte n'est pas seulement de nature statique. Le notaire n'est pas un « freineur », comme les représentants du système juridique anglo-saxon aiment le présenter. Bien au contraire, le notaire est lui-même un moteur de l'évolution du droit. Après tout, c'est l'un des premiers à détecter d'éventuels besoins de faire évoluer le droit, que ce soit par des procédures législatives correspondantes ou des décisions judiciaires. Souvent le notariat est *per se* en mesure de faire progresser le droit en posant certaines normes pour certains types de contrats.

Ainsi l'initiative visant à améliorer et à sécuriser les contrats de promotion immobilière en Allemagne dans les années 70 émanait des notaires. Ceux-ci préconisaient le respect de certaines normes concernant les contrats de promotion immobilière, préconisations qui ont été acceptées.⁵ Dans ce domaine, ce sont notamment les chambres des notaires qui sont amenées à imposer de telles normes en arrêtant les directives correspondantes.

Ce n'est qu'après que le législateur a réagi en adoptant des normes juridiques allant en ce sens par la réglementation relative aux agents immobiliers et aux promoteurs (*Makler- und Bauträgerverordnung*).⁶ Depuis, cette réglementation a fait l'objet de multiples modifications et ajouts – souvent à la demande pressante des notariats. Elle a également été étendue pour protéger les consommateurs.⁷ A cette fin, il est nécessaire que dans chaque Land fédéral, le notariat d'un Land fédéral ait, par l'intermédiaire de ses organisations professionnelles, accès aux responsables politiques et à leurs décisions. A l'inverse, il est aussi nécessaire que les responsables politiques associent le notariat aux décisions portant sur ses champs d'activités. En Allemagne, le Conseil fédéral du notariat allemand (*Bundesnotarkammer*) est effectivement consulté pour tous les projets législatifs relatifs aux domaines juridiques qui intéressent l'activité notariale et ce, dès l'ouverture de la procédure législative. Ainsi, le notariat a la possibilité de soumettre en temps utile ses propositions, ses suggestions, ses réserves ou amendements sur certains projets. Il est donc important que toutes les parties concernées attachent un intérêt tout particulier à une collaboration efficace entre les politiques et le notariat, fondée sur la confiance mutuelle.

Un notariat assurant un travail de haute qualité sera aussi considéré et utilisé par le législateur de son pays comme un interlocuteur et expert se trouvant sur un pied d'égalité dans la procédure législative. Par sa contribution à l'évolution du droit et sa place particulière en termes de confiance du public dans son activité, le notariat apporte une contribution considérable au développement économique. Seul un contexte juridique stable permet à un pays de se développer économiquement. Cela suppose aussi que le législateur d'un pays délègue certaines fonctions au notariat. Ces fonctions permettent au notariat de contrecarrer des développements excessifs et la formation de bulles dans l'économie.

⁵ Se reporter à *Kanzleiter* dans 50 Jahre BNotK 1961 à 2011, DNotZ-Sonderheft 2011, p. 89 ss.

⁶ *Makler-und Bauträgerverordnung* du 20 juin 1974, BGBl. 1974 I 1314.

⁷ Voir à ce propos par ex. *Basty*, *Der Bauträgervertrag*, 7^e éd. 2012, pt. 81.

J'ose affirmer que si les États-Unis d'Amérique avaient possédé un notariat de type latin, la bulle du crédit immobilier en 2007 avec toutes ses conséquences néfastes pour l'économie mondiale n'aurait jamais vu le jour et n'aurait jamais éclaté. Il n'y aurait précisément pas été possible de ficeler des paquets de titres à partir de contrats de crédit – conclus prétendument de manière orale – et « d'hypothèques » douteuses de type américain portant sur des biens immobiliers n'ayant pas fait l'objet d'un examen attentif, pour les revendre à travers le monde en tant que titres négociables. En présence du notariat, au moins ces titres auraient été basés sur des créances sécurisées et des crédits effectifs.⁸

II. 4. Influence de la mondialisation et résultats de la Nouvelle Économie Mondiale

Depuis la chute du « rideau de fer » en 1989, l'économie mondiale s'est développée d'une manière jamais vue auparavant, à savoir de façon dynamique et internationale, tandis qu'une imbrication croissante des flux économiques et commerciaux a vu le jour à travers le globe.

Cela a également engendré une augmentation de contrats internationaux ou d'investissements d'opérateurs étrangers sur le marché dans les différents pays.

En outre, dans le cadre de la mondialisation, les deux systèmes juridiques du continent européen, à savoir celui de type romano-germanique d'une part, et de type anglo-saxon d'autre part, se confrontent de manière récurrente, confrontation qui soulève fréquemment des problèmes non négligeables dans la pratique.

A titre d'exemple, citons l'utilisation de procurations délivrées dans un autre système juridique, plus particulièrement des procurations des pays anglo-saxons, dans le domaine du notariat latin. C'est à juste titre et dans un souci de protection des personnes concernées que le droit du continent européen (civil law) et partant, le droit latino-américain, posent certaines exigences en ce qui concerne le contenu et le respect de différentes conditions de forme. Celles-ci n'existent pas per se, mais sont censées certifier que la procuracion en question émane bien, en cette version, de la personne mentionnée dans celle-ci.⁹ Idéalement, cela se fait par acte notarié. Étant donné que les pays de droit anglo-saxon ne connaissent pas l'acte notarié ou, du moins, pas dans la forme conçue au sein du notariat latin, il est difficile de trouver des règles appropriées relatives à la reconnaissance des procuracions émanant des pays anglo-saxons.

Il est étonnant que ce niveau élevé de sécurité juridique soit qualifié, du côté anglo-saxon, d'une sorte « d'attitude de blocage » du notariat latin à laquelle il faudrait répondre, selon leurs revendications, par sa suppression.

⁸ Se reporter à *Shiller*, *The Subprime Solution*, p. 133 ss.

⁹ Sur la situation dans l'UE, voir par ex. *Kohler et Buschbaum*, *IPRax* 2010,313.

Force est de constater que ce sont justement ceux qui sont à l'origine du problème qui demandent maintenant de lui trouver une solution simple. Résoudre le problème de la manière décrite peut seulement engendrer une augmentation sensible des coûts de consultation et de recours juridiques pour atteindre un niveau comparable à celui des États-Unis où ces coûts s'élèvent actuellement à 2,5 % du produit intérieur brut.

Cette évolution peut paraître souhaitable aux yeux de certains grand cabinets d'avocats anglo-saxons, mais, à mon avis, elle ne s'avère utile ni pour l'évolution économique ni pour l'évolution du droit. Qui plus est, elle n'engendre aucun effet positif pour la population. Au contraire, elle détériore sa situation d'une manière inacceptable.

II. 5. Le notaire exerce un contrôle de légalité et crée la sécurité juridique.

Afin d'atteindre les objectifs décrits ci-dessus, le notaire de type latin a non seulement une fonction formelle dès lors qu'il appose le sceau sur les documents qu'il authentifie en certifiant l'authenticité des signatures, mais il a également une fonction liée au contenu de l'acte juridique en ce sens qu'il le rédige lui-même ou, dans la mesure où ce texte lui est déjà présenté, qu'il vérifie sa licéité.

Ce faisant, il exerce ses fonctions en tant qu'organe de l'administration de la justice dite préventive. Cela signifie, qu'il vérifie de manière neutre, en amont de l'acte juridique, la légalité de cet acte. Dès lors, il est peu probable qu'il en résulte un litige. Par cette activité, le notaire désencombre les tribunaux, d'une part, et il crée la sécurité juridique pour les parties au contrat, d'autre part.

II. 6. Le notaire en qualité de promoteur de nouvelles institutions juridiques.

Outre l'évolution du droit matériel citée ci-dessus, le notaire peut et devrait également œuvrer dans le domaine du contrôle ou, le cas échéant, de la création de nouvelles institutions juridiques. Ainsi, l'association des notaires allemands (Deutscher Notarverein) a fondé la « cour d'arbitrage des notaires allemands » (Schiedsgerichtshof Deutscher Notare – « SGH »). Composée de façon aléatoire de notaires, elle offre ses services d'arbitrage aux parties qui ont précisé dans leurs contrats leur volonté d'y avoir recours.¹⁰

De même, le notariat a fait en sorte dans le passé que certaines chambres spéciales chargées du droit professionnel notarial ou du droit de la responsabilité notariale soient ouvertes auprès des tribunaux de manière à ce que ces cas soient tranchés par des experts familiarisés avec ces questions.¹¹

¹⁰ www.dnotv.de/Schiedsgerichtshof.

¹¹ Se reporter au § 101 de la Loi fédérale relative au notariat (*Bundesnotarordnung*).

II. 7. Collaboration du notariat durant les démarches administratives

En sa qualité d'organe de l'administration de la justice préventive investie par l'Etat de missions de service public, le notaire doit évidemment collaborer de maintes façons avec l'État et lui prêter des services auxiliaires dans le cadre des fonctions administratives publiques. Cela peut prendre de multiples formes, telles que l'accomplissement d'obligations de notification par exemple. Ainsi, le notaire allemand doit notifier chaque acte de vente immobilière aux services de l'impôt chargés de la perception des droits de mutation, qui, quant à eux, perçoivent les droits correspondants auprès des parties, en règle générale l'acheteur.¹² En cas d'actes de donation, le notaire transmet une copie de l'acte aux services de l'impôt chargés de la perception des droits de succession et de donation.¹³

La collaboration avec les services du Livre Foncier fait naturellement aussi partie du quotidien du notaire. Le notaire est celui qui produit tous les actes devant le service du Livre Foncier, il contrôle leur inscription au service du Livre Foncier et résout tout problème pouvant se poser lors de cette formalité. Ensuite, il reçoit l'avis définitif du service du Livre Foncier sur l'accomplissement de l'inscription. C'est pourquoi le notaire est habilité par la loi à introduire des demandes d'inscription au Livre Foncier pour le compte des personnes concernées par ces opérations.¹⁴

Lorsqu'un acte est soumis à autorisation, comme l'aliénation de terres agricoles au delà de 2 hectares dans un délai de trois ans, le notaire obtient les autorisations nécessaires et avise les autorités concernées de l'acte juridique. Ici également, le notaire y est habilité par la loi.¹⁵

En ce qui concerne le contrôle des investissements étrangers, il n'existe pas de restrictions de change ou à l'exportation en Allemagne. De ce fait, le notaire n'intervient que conformément aux dispositions de la Loi sur le blanchiment d'argent adoptée sur la base d'une directive européenne. En effet, il se doit de déclarer tout soupçon de blanchiment d'argent aux autorités compétentes.

Surveiller le respect des normes d'urbanisme et de la protection de l'environnement ne fait pas per se partie des attributions du notaire. Cela incombe aux autorités publiques chargées de délivrer les permis de construire. Dans ce contexte, le notaire n'est donc pas directement impliqué.

Par contre, on peut très bien concevoir des situations dans lesquelles une participation plus active du notaire aurait lieu. Cela suppose toutefois le contrôle des dispositions qu'il y a lieu de respecter et d'examiner de plus près.

¹² § 18 de la Loi sur les droits de mutation (*Grunderwerbssteuergesetz*)

¹³ § 34 de la Loi relative aux droits de succession et de donation.

¹⁴ § 15, al.2 de la Loi relative à la tenue du Livre Foncier et à la publicité foncière (*Grundbuchordnung*).

¹⁵ § 3, al. 2, phrase de 2 de la Loi sur les transactions immobilières (*Grundstücksverkehrsgesetz*).

III. L'acte notarié

III. 1. Nature, portée et prise d'effets

Le notaire traduit le résultat de son activité dans un acte notarié. Il s'agit d'actes dits authentiques dotés de privilèges particuliers. Ainsi, ils permettent par exemple d'accéder directement au service du Livre Foncier. De même, dans le cadre du procès civil, ils revêtent une importance majeure, étant donné que le contenu de l'acte notarié est présumé exact.¹⁶ La charge de la preuve incombe à celui qui conteste l'exactitude de l'acte notarié. L'acte notarié est aussi la base et le titre juridique permettant des mesures d'exécution immédiate. Dans ce contexte, l'acte notarié produit les mêmes effets qu'une décision judiciaire et permet d'avoir directement accès aux biens d'un débiteur.¹⁷

III. 2. Différence entre l'acte authentique et l'acte privé

On entend par un acte authentique tout acte dressé par une autorité publique ou une autorité investie de prérogatives de puissance publique, y compris le notaire. On entend par un acte privé, tout acte dressé et signé par les parties sans le recours au notaire et dont la signature a au moins été certifiée, c'est-à-dire confirmée.

III. 3. L'acte authentique servant d'élément de forme dans les contrats et son efficacité

L'acte authentique dressé par le notaire est un moyen permettant de respecter la forme prévue par la loi pour certains actes juridiques.

Ces conditions de forme ont une signification multiple :

Leur objectif principal consiste à protéger les parties contre les décisions prises hâtivement, à garantir que les déclarations de volonté ont été consignées correctement et intégralement dans l'acte, que les limites de la loi sont respectées et que les parties ont été éclairées sur les conséquences juridiques de leur acte juridique lors de l'établissement de l'acte. Le respect du formalisme propre à l'acte notarié est donc la condition nécessaire pour asseoir la plénitude de la compétence notariale quant au contenu de l'acte.

III. 4. L'acte authentique en tant que moyen de preuve sur le territoire national et à l'étranger

Au plan national, l'acte en forme authentique a une valeur probante au regard des formalités définies par le Code allemand de procédure civile (*Zivilprozessordnung*; ZPO). Ainsi, le Code de procédure civile comprend un chapitre spécifique sur la preuve apportée par des actes authentiques. Selon le § 415 ZPO, l'acte authentique – à savoir l'acte notarié - fait pleine foi

¹⁶ § 415 Code allemand de procédure civile (*Zivilprozessordnung*; ZPO).

¹⁷ § 794, al. 1^{er}, pt.5 ZPO.

« des faits authentifiés par l'auteur de l'acte ». Le § 416 ZPO relative à la force probante d'actes privés, dispose, quant à lui, que les actes privés signés par les parties ou dont la signature a été certifiée par un notaire, apportent seulement la preuve que les « déclarations qu'ils renferment émanent des auteurs ».

La question de savoir si l'acte notarié peut également être utilisé à l'étranger dépend tout d'abord de la législation du pays de destination concerné. En Allemagne, le § 438 ZPO laisse finalement « à l'appréciation du tribunal en fonction de chaque cas particulier » le fait de juger si un acte étranger peut être considéré comme authentique et utilisé comme tel sur le territoire national, sachant que l'utilisation des actes provenant de l'Union européenne est la règle générale.¹⁸

Selon le § 438, al. 2 ZPO, la preuve de l'authenticité d'un acte passe en principe par la légalisation de celui-ci par un consul allemand à l'étranger. Par ailleurs, il existe différentes conventions internationales, comme celle de la Haye sur l'apostille en vertu de laquelle, certaines personnes – en Allemagne le président du Tribunal de grande instance (Landgericht) – attestent, au moyen d'une légalisation formelle de la signature, du fait que l'acte en question a été dressé par une personne habilitée à cet effet sur le territoire national.

III. 5. Sa valeur exécutoire

Selon les dispositions du Code de procédure civile (ZPO), l'exécution forcée est principalement fondée sur des décisions judiciaires.

Par contre, § 794 ZPO cite encore d'autres titres exécutoires, parmi lesquels figurent au pt. 5. les actes notariés dressés par les notaires allemands dans les limites de leurs attributions et en la forme prescrite, « dans la mesure où l'acte porte sur une créance qui est susceptible de faire l'objet d'une transaction, et n'est pas destinée à déclarer une volonté et ne concerne pas l'existence d'un bail et le débiteur s'est soumis à l'exécution forcée immédiate en raison de ladite créance. »

Il est donc nécessaire de consigner une déclaration expresse sur la soumission à l'exécution forcée immédiate dans l'acte même. Dans ce cas, elle peut être utilisée comme titre exécutoire, c'est-à-dire n'importe quelle mesure exécutoire peut être introduite, que ce soit la saisie immobilière ou l'hypothèque judiciaire, le séquestre, etc.

III. 6. Sa libre circulation

Tout acte notarié peut par principe circuler librement dans tous les domaines juridiques. En d'autres termes, il peut être utilisé là où son utilisation est requise.

¹⁸ Se reporter à *Kohler etd Buschbaum*, IPRax 2010,313.
Mansel/Thorn/Wagner, IPRax 2011,1,4.

III. 7. L'acte authentique comme instrument de contrôle de légalité et de validité du contrat

La valeur probante de l'acte authentique et ses effets dans le cadre de l'exécution forcée immédiate démontrent que l'acte authentique revêt une importance toute particulière pour les dispositions qu'il renferme en ce qui concerne leur légalité et leur validité.

III. 8. Le document notarié électronique et sa garantie juridique

Actuellement, la seule finalité des documents notariaux électroniques en Allemagne consiste en l'obligation de les déposer auprès des registres du commerce. A cette fin, ils sont scannés et encryptés par un logiciel spécifique. Ensuite, le notaire doit les signer par voie électronique. Pour cela, il utilise une carte de signature qui est délivrée par certaines autorités, dont la Bundesnotarkammer. Cette carte est liée à un ordinateur via un lecteur de carte identifiant le notaire qui utilise cet accès. Enfin, le notaire doit seulement introduire un code PIN d'au moins six chiffres, pour « finaliser » la signature électronique. Ce n'est qu'ensuite que les actes peuvent être transmis au registre du commerce.¹⁹ On peut partir du fait que dans un avenir pas très lointain, les actes destinés au service du Livre Foncier seront, eux aussi, transmis par voie électronique. Selon l'avis des experts impliqués, la sécurité juridique est suffisamment garantie en utilisant la carte de signature et le code PIN ainsi que par l'envoi crypté des documents.

III. 9. Sécurité du document et garantie du registre foncier

Il s'ensuit de ce qui précède que si les documents sont signés de manière fiable et transmis par des voies de communication sécurisées, ces registres peuvent, eux aussi, être tenus en toute sécurité.

IV. Droit de propriété

IV. 1. Concept et caractéristiques du droit de propriété

Le droit de propriété est un droit autonome de chaque citoyen, expressément réglementé par la Constitution. § 903 BGB règle très largement les facultés du propriétaire d'une chose. Selon ces dispositions, le propriétaire d'une chose peut, « pour autant que la loi ou les droits des tiers ne s'y opposent pas, se comporter avec elle comme il l'entend et exclure sur elle toute intervention d'autrui ».

¹⁹ Voir à ce propos la Loi sur les conditions cadres pour la signature électronique (*Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen ; SigG*) du 16 juin 2001, BGBl. I p. 876.

IV. 2. Dans votre pays, quels sont les systèmes de protection à la propriété des particuliers et aux biens du domaine public garantis par la constitution ?

L'art. 14 de la Loi fondamentale allemande garantit le droit de propriété. Or, d'après cet article, la propriété doit contribuer au bien de la collectivité. Il est clair que ce lien social fait l'objet de vives disputes juridiques. Force est de constater que le droit de propriété du propriétaire privé est garanti. Son droit peut toutefois être limité en considération de l'intérêt public.

Ainsi, il existe par exemple un plafond limitant la possibilité d'augmenter les loyers en Allemagne. En effet, le loyer ne peut être augmenté que de 20% en trois ans, à moins qu'il n'existe des circonstances particulières telles que des rénovations du bien. Ce plafond est considéré comme conséquence de la finalité sociale à laquelle est liée la propriété. Cette finalité sociale permet donc à l'État de prendre des mesures réglementaires relatives à l'affectation de la propriété foncière. Depuis des décennies, la jurisprudence allemande s'attèle à définir les limites de cet empiètement. Il s'agit donc de la question de savoir où l'empiètement de l'État a des conséquences en termes d'expropriation et où il se situe encore dans le cadre de la finalité sociale. Pour trancher de telles questions, il existe en Allemagne une cour constitutionnelle spéciale qui est fréquemment amenée à se prononcer sur ce sujet.

On peut parler de biens du domaine public lorsqu'aucun propriétaire privé ne revendique la terre en question, ce qui n'arrive quasiment jamais dans un pays densément peuplé comme l'Allemagne. Les régions de propriété publique sont les zones possédées jadis par la noblesse en général et qui furent placées sous propriété publique après la création de la République fédérale d'Allemagne en 1918. Mais l'État acquiert ou aliène aussi de nouveaux biens. C'est notamment le cas lorsqu'il réalise des aménagements publics tels que les travaux routiers ou ferroviaires par exemple.

IV. 3. Quelles sont les lois fondamentales qui règlent la propriété ?

Mis à part ladite garantie de la propriété en vertu de l'art. 14 de la Loi fondamentale, la propriété fait principalement l'objet des dispositions du Code civil.

Le Code Civil est composé de cinq livres. Le quatrième livre traite du droit des biens ou du droit de propriété. Dans ce contexte, l'on distingue la propriété mobilière et la propriété immobilière. Outre le principe de base de la liberté de disposer de la propriété en vertu du § 903 BGB, tel que déjà mentionné, la loi définit principalement l'acquisition et l'aliénation de la propriété.

Par ailleurs, il existe un certain nombre de lois spécifiques qui traitent directement ou indirectement de l'acquisition de la propriété, telle que la Loi relative à la tenue du Livre Foncier et à la publicité foncière (*Grundbuchordnung*).

IV. 4. Quels types de biens immobiliers sont réglementés par les lois ?

En droit allemand, il n'existe que la propriété immobilière en tant que telle sans distinction de différents types. La seule distinction opérée porte sur la question de savoir qui est le propriétaire.

En droit allemand, il existe le principe de l'unicité de la propriété foncière et la propriété de bâtiment. En d'autres termes, il n'existe aucune différence entre le propriétaire d'un terrain et le propriétaire du bâtiment situé sur ce terrain, à moins que le bâtiment ne soit seulement composé de parties non essentielles qu'on peut enlever à tout moment, par exemple une cabane, un abri de jardin ou autres.

Dès lors, en droit allemand, la vente d'un terrain va automatiquement de pair avec la vente de l'immeuble construit dessus, celui-ci étant considéré comme partie essentielle constitutive du bien²⁰. La propriété n'est par principe pas dissociée, selon qu'il s'agit du terrain ou du bâtiment.

La seule exception est le dénommé « Erbbaurecht » c'est-à-dire un bail à construction (appelé « Fideicomiso » en droit espagnol). Il s'agit d'un droit sur le bien immeuble dissocié de celui sur le terrain et qui ne peut seulement être acquis pour une durée déterminée. Il est clair qu'on opte pour une période plus longue lorsqu'il s'agit de tels baux à construction. En cas de bâtiments commerciaux, cette durée s'étale sur 20 à 30 ans environ et pour des immeubles à usage d'habitation sur 99 ans.

Le contrat sur l'octroi d'un bail à construction est soumis à l'authentification notariale. Après la constitution de ce droit, un feuillet spécifique séparé du feuillet destiné au terrain est créé pour ce bail à construction appliqué au bâtiment auprès du Livre Foncier. Ce feuillet mentionne surtout la durée du bail à construction. Le bail à construction est inscrit en tant que charge au Livre Foncier.

Le bénéficiaire du bail à construction, à savoir la personne utilisant le bâtiment doit en règle générale verser une rente annuelle ou mensuelle au propriétaire du terrain. Cette situation s'avère avantageuse pour le propriétaire qui peut ainsi rentabiliser son terrain sans devoir construire lui-même un bâtiment. Le bénéficiaire du bail à construction, lui, profite de l'utilisation du bâtiment sans devoir l'acquérir ou l'entretenir.

Dès lors, le bail à construction permet notamment de promouvoir la construction de petits appartements tout en luttant contre la spéculation immobilière. Le bénéficiaire du bail à construction économise le prix d'achat du terrain et devient néanmoins propriétaire de l'immeuble qui est aliénable et susceptible de faire l'objet d'une succession.²¹

²⁰ § 94 BGB.

²¹ *Bassenge dans* Palandt, 71^e éd. 2012, introduction à la Loi sur le bail à construction, pt. 1.

IV. 5. Limitations ou restrictions du droit de propriété de caractère public et privé

S'il est vrai que le droit de propriété est par principe illimité, conformément au § 903 BGB, il est toutefois soumis à diverses restrictions juridiques. L'une des restrictions les plus importantes est le fait par exemple qu'il n'est pas admis d'ériger un immeuble en toute liberté et selon l'arbitraire du propriétaire foncier. Ce sont effectivement les communes qui sont habilitées à dresser des plans d'urbanisme, et la construction de l'immeuble doit impérativement respecter ce plan. En l'absence d'un tel plan d'urbanisme, toute construction n'est possible que dans les limites des constructions limitrophes. S'il n'existe aucune construction dans les environs, il n'existe aucun droit de construire, à l'exception toutefois des exploitations agricoles.

Dans le domaine privé, les restrictions à l'exercice du droit de propriété peuvent résulter des principes généraux du droit des rapports de voisinage. Lors de la construction d'un immeuble il faut par exemple respecter une distance de trois mètres en général par rapport aux limites de l'autre immeuble. Si les bâtiments sont plus hauts, la distance à respecter est plus grande. Des plantations ne sont possibles que jusqu'à une certaine hauteur et en respectant toujours une certaine distance par rapport aux limites de l'autre immeuble. Par ailleurs, des restrictions relevant du droit des rapports de voisinage peuvent résulter de servitudes convenues par contrat. Dans le cadre de telles servitudes, on peut prévoir par exemple de ne pas affecter un certain terrain, c'est-à-dire de s'abstenir de toute construction.²²

IV. 6. Formes d'acquisition d'une propriété

Comme décrit ci-dessus, les possibilités d'une acquisition d'un bien sont régies par le Troisième Livre du Code civil, le droit des biens. On distingue la propriété mobilière et la propriété immobilière. La propriété mobilière est par principe transmise par l'accord sur le transfert de propriété et la prise de possession du bien. En cas de propriété immobilière, l'accord sur le transfert de propriété est également nécessaire. Il s'ensuit l'inscription au registre de propriété, à savoir au Livre Foncier.²³

Le droit allemand est régi, en la matière, par le principe dit de l'abstraction (*Abstraktionsprinzip*) : on opère une distinction entre le contrat relevant du droit des obligations – portant sur l'obligation de transférer la propriété d'une part - et le transfert de la propriété en tant que telle, d'autre part.²⁴ Le contrat générateur d'obligations crée dans ce cas l'obligation de transférer la propriété contre règlement du prix de vente convenu dans l'acte de vente ou par voie de donation.

Sur la base de cette obligation, il est procédé à l'acte translatif de propriété même et ce, par la déclaration des parties sur le transfert de propriété et son inscription au Livre Foncier.

²² Se reporter à *Bassenge* dans Palandt op.cit § 903 BGB pts. 11 ss.

²³ §§ 873, 925 BGB.

²⁴ § 311 b BGB d'une part, §925 BGB d'autre part.

Ce principe de l'abstraction constitue une différence fondamentale avec le système contractuel de type latin dans lequel le transfert de propriété a lieu avec la signature de l'acte de vente. Le principe de l'abstraction allemand permet de garantir une plus grande sécurité pour les parties au contrat lors de la mise en œuvre d'un acte de vente. Il est donc possible de conclure l'acte de vente en y mentionnant l'obligation de payer le prix de vente et de transférer la propriété après paiement du prix de vente.

Pour offrir une certaine sécurité à l'acheteur, il existe ce que l'on appelle la « *Auflassungsvormerkung* », c'est-à-dire une inscription provisoire ou, autrement dit, une option pour l'acheteur inscrite au Livre Foncier.²⁵ Suite à la *Auflassungsvormerkung* et la radiation d'éventuelles charges au Livre Foncier, l'acheteur doit – conformément à la demande du notaire – payer le prix de vente. Une fois que le vendeur a reçu le prix de vente, il satisfait à son obligation de déclarer le transfert de propriété : l'acheteur est alors enregistré au Livre Foncier en tant que propriétaire. Dans la pratique, le vendeur déclare déjà sa volonté de transférer la propriété dans l'acte de vente et il est demandé au notaire de ne présenter la déclaration au Livre Foncier qu'après avoir reçu la confirmation du vendeur du paiement du prix de vente.

En droit allemand, il n'est donc pas nécessaire que l'acheteur se rende chez le notaire avec des chèques certifiés par la banque ou encore des espèces et que l'argent ou le chèque soit remis lors de la signature de l'acte de vente. Par sa notification de l'échéance de paiement, le notaire peut contrôler la manière et le moment du paiement du prix de vente tout en s'assurant que la radiation d'éventuelles charges inscrites au Livre Foncier soit effectuée au moment de la transcription de propriété en faveur de l'acheteur.²⁶ Il est également possible de verser le prix de vente sur un compte fiduciaire du notaire. Le notaire ne s'en servira que lorsque les conditions décrites ci-dessus seront réunies.²⁷

IV. 7. Copropriété, condominium, biens immeubles en temps partagé et autres modalités d'acquisition de propriétés

Le système allemand de propriété permet que plusieurs personnes soient propriétaires d'un même bien immobilier. Celui-ci peut être réparti selon la volonté des acquéreurs en différents lots dont les différents propriétaires disposent en principe librement.²⁸ L'indivision successorale est une forme naturelle de la copropriété. En effet, si le propriétaire d'un bien immobilier décède laissant plusieurs héritiers, ceux-ci deviennent automatiquement copropriétaires du bien en question, en fonction du mode de répartition déterminé. Par conséquent, ils forment une communauté des héritiers (*Erbengemeinschaft*) enregistrée telle quelle - comme communauté - dans le Livre Foncier, c'est-à-dire sans l'inscription des quotes-parts dans la propriété. De plus, une société de personnes peut acquérir un bien en communauté.

²⁵ § 883 BGB.

²⁶ Se reporter à *Schöner/Stöber Grundbuchrecht* 14^e éd. 2008 pt. 3152 a.

²⁷ *Schöner/Stöber* op.cit, pt. 3152 b.

²⁸ Se reporter aux dispositions relatives à a copropriété, §§ 741 ss. BGB.

En Allemagne, le concept de la copropriété fut déjà introduit au cours des années 1950 par le biais de la loi régissant la copropriété (*Wohnungseigentumsgesetz*, WEG).²⁹ La copropriété est constituée d'une quote-part dans l'ensemble du bien et d'une partie privative. Ces derniers locaux sont à indiquer de façon numérotée dans un acte notarié nécessaire à la division de la propriété d'un bien et dans le plan de l'immeuble à joindre, de sorte à ce que toute tierce personne puisse les identifier immédiatement et sans outil supplémentaire.³⁰ La copropriété suppose une déclaration de division délivrée (*notarielle Teilungserklärung*) par un notaire et l'enregistrement consécutif dans le Livre Foncier. Pour chaque part de propriété un feuillet à part entière y est ouvert. Cette part connaîtra donc un destin propre et pourra être cédée, léguée ou grevée indépendamment du reste du bâtiment.

La multipropriété, quant à elle, n'est pas très courante en Allemagne ; cette pratique est plus répandue dans les régions touristiques en Europe du Sud. En Allemagne, de telles propriétés sont enregistrées comme copropriété ou dans le cadre d'une société. Dans ce dernier cas, c'est la société qui est dès lors propriétaire du bien. En l'occurrence, l'utilisateur individuel n'acquiert non pas une quote-part dans la copropriété, mais une participation dans la société propriétaire de l'immeuble, celle-ci étant liée au droit de jouissance du bien pendant une certaine période de l'année. Conformément à une directive communautaire correspondante, le Code civil allemand comprend désormais des dispositions protégeant les consommateurs, valables indépendamment de la forme juridique de la multipropriété et accordant un droit de révocation du consommateur pendant une durée de 14 jours après la signature du contrat.³¹

VI. 8. Hypothèque : constitution, enregistrement et exécution d'une hypothèque

En principe, le droit allemand distingue entre l'hypothèque et ce que l'on appelle la dette foncière (*Grundschild*).³² Le terme générique couvrant les deux concepts est celui du droit de gage immobilier (*Grundpfandrecht*). Dans les deux cas, il s'agit d'une mise en gage de la propriété foncière en faveur d'un créancier – en règle générale une banque, les personnes privées et les sociétés n'étant toutefois pas exclus.

La différence principale entre l'hypothèque et la dette foncière est que l'hypothèque constitue une sûreté accessoire, c'est-à-dire que son existence est liée à l'existence du droit de créance qui l'a générée, à savoir du contrat de prêt. En revanche, la dette foncière est une soi-disant sûreté abstraite, c'est-à-dire qu'elle est autonome par rapport à la créance qu'elle garantit.³³

L'avantage de la dette foncière réside dans le fait qu'elle peut constamment garantir différentes créances - par exemple différents emprunts – sans qu'il ne soit nécessaire de modifier les données du Livre Foncier. Seul le montant de la dette foncière et le seuil maximum des

²⁹ *Wohnungseigentumsgesetz* du 15 mars 1951, BGBl. I, p. 175.

³⁰ Se reporter aux §§ 1^{er} et 2 *Wohnungseigentumsgesetz*.

³¹ § 485 BGB.

³² §§ 1113 ss. ou 1191 ss. BGB.

³³ § 1192 BGB.

intérêts à percevoir y sont inscrits. L'inconvénient principal de la dette foncière est que, sur son fondement, on peut procéder contre le propriétaire du bien, même indépendamment de l'existence d'une preuve de la créance. Ainsi, il est possible que le créancier ayant accordé le crédit soit bénéficiaire de la dette foncière et qu'il transmette les droits découlant de l'octroi du crédit à un tiers et la dette foncière à un autre de sorte que le débiteur – et donc le propriétaire foncier – soit contraint à payer à deux créanciers différents.³⁴

Dans la pratique, cette possibilité théorique est au moins à exclure dans la mesure où la dette foncière est contractée – habituellement – auprès d'une banque. En effet, si la banque procédait à cette double cession, elle serait obligée de payer une indemnité. D'ailleurs, le législateur a réagi face à cette problématique en introduisant le § 1192, al. 1a. Ainsi, « les exceptions qui appartiennent au propriétaire sur le fondement du contrat de garantie avec le créancier antérieur ou qui résultent du contrat de garantie sont opposables à tout acquéreur de la dette foncière ».

Pour établir le rapport entre la dette foncière, inscrite en faveur d'une banque, et la créance qu'elle garantit effectivement, il est donc nécessaire de passer un autre contrat, à savoir le contrat de garantie susmentionné ou une déclaration relative à l'objet de la sûreté fournie. Cette convention est conclue par la banque et le débiteur parallèlement au contrat de crédit et détermine la créance sur base de laquelle la banque peut se retourner contre le propriétaire foncier. Généralement, cette définition est assez large. En effet, on convient par exemple que la banque peut engager la responsabilité du débiteur pour toutes les dettes contractées par celui-ci sur base de leur relation d'affaires. Lors des négociations avec la banque, cette déclaration peut, toutefois, être limitée à certains rapports d'obligation. C'est surtout par son applicabilité multiple que, dans la vie juridique pratique allemande, la dette foncière a complètement supplanté l'hypothèque. En effet, on ne constitue presque plus que des dettes foncières et non plus des hypothèques.³⁵

S'y ajoute une autre protection, instaurée en 2008 par le législateur, en faveur du constituant d'une dette foncière. Il s'agit d'un délai de préavis impératif de 6 mois avant l'échéance de la dette foncière et donc avant une exécution forcée potentielle sur le fondement de celle-ci.³⁶ Les possibilités d'application de la dette foncière allemande sont si vastes qu'il n'est pas obligatoire que cette garantie soit constituée au profit d'une banque déterminée. Au contraire, le propriétaire foncier peut également constituer une dette foncière pour son propre compte. En l'occurrence, on parle de « Eigentümergrundsschuld ».

À la demande du propriétaire, il est également possible d'établir un titre endossable constatant une dette foncière (*Grunds Schuldbrief*), sa fonction s'apparentant alors à celle d'une lettre de change. En effet, si le titre en question est transmis à une autre personne, la dette foncière est également cédée et le nouveau titulaire devient le créancier légitime de celle-ci.

³⁴ Se reporter à *Schöner/Stöber op.cit.*, pt. 2311.

³⁵ Se reporter à *Schöner/Stöber*, op.cit., pt. 2310.

³⁶ § 1193, al. 2, deuxième phrase du BGB.

Ce dispositif comporte avant tout des avantages pour les entrepreneurs qui tiennent à solliciter rapidement et constamment des crédits auprès de différentes banques. Ainsi, en guise de garantie, le *Grundsschuldbrief* peut être transmis à la banque concernée qui le rend au propriétaire dès le remboursement du crédit. Le propriétaire peut, par la suite, retransmettre ce document à cette banque ou à une autre en vue de garantir un autre crédit. Il s'agit donc d'un moyen de financement pratique servant par exemple à la compensation d'arriérés temporaires étant donné qu'il permet d'accéder de manière relativement simple à des fonds tout en fournissant une garantie à la banque.

Tant l'hypothèque – quasiment disparue – que la dette foncière sont tributaires de deux mesures préalables. Dans cette optique, le principe susvisé de l'abstraction revêt de nouveau toute son importance. Premièrement, le propriétaire et le créancier doivent conclure un accord sur la constitution de la dette foncière. Puis, la dette foncière est à inscrire en tant que charge grevant la propriété dans une section propre du Livre Foncier. C'est par cette inscription seulement que la dette foncière est constituée.³⁷

Dans l'hypothèse où le propriétaire est en difficulté de paiement, la dette foncière étant enregistrée, le titulaire peut se retourner contre le débiteur après un délai de préavis de 6 mois et sur base directe de la dette foncière en demandant l'exécution forcée ou la mise sous séquestre du bien. En cas d'exécution forcée – cas prédominant dans la pratique – le bien immobilier fait l'objet d'une vente publique aux enchères ordonnée par le tribunal d'instance (*Amtsgericht*) du lieu de situation du bien. Le produit de cette vente est ensuite affecté au remboursement des créanciers par ordre chronologique des inscriptions au Livre Foncier.

V. Système d'enregistrement de la propriété immobilière

V. 1. Principaux systèmes de registre public foncier : principes et caractéristiques

En Allemagne, le registre de propriété est, en principe, tenu sous forme de livre. Pour ce qui est du registre électronique, l'ensemble des données a été informatisé. Chaque propriété – y compris chaque partie privative en cas de copropriété – est inscrite sur un feuillet propre du Livre Foncier et dotée d'un numéro de feuille au sein de chaque circonscription administrative. Le feuillet-même se divise en quatre sections. La partie supérieure du feuillet - le fichier immobilier - répertorie le ou, s'il y en a plusieurs, le(s) bien(s) immobilier(s) en question.

Au sein de la circonscription administrative, les biens immobiliers sont identifiés par un numéro désignant la parcelle (*Flurstücksnummer*) et, le cas échéant, l'indication du nom de la rue et du numéro de la maison – le *Flurstücksnummer* étant le facteur déterminant. Cela nous mène à un principe fondamental du système du Livre Foncier allemand. En effet, le *Flurstücksnummer* est toujours identique à un numéro correspondant enregistré dans le Cadastre.

³⁷ § 873 BGB.

Ainsi est-il toujours possible de retrouver les numéros des parcelles figurant dans le Livre Foncier avec la même dénomination au Plan Cadastral. Évidemment, cela fonctionne aussi à l'inverse, chaque propriété inscrite au Cadastre est également enregistrée au Livre Foncier.

En conséquence, chaque fois qu'une partie d'un bien est vendue, il est tout d'abord nécessaire de mettre à jour les données cadastrales avant d'inscrire le nouveau bien au Livre Foncier. Dès lors, en cas d'aliénation d'une partie d'un bien, il est indispensable de faire appel au service public du Cadastre ou à un géomètre-topographe habilité en vue de démarquer les nouvelles délimitations, par exemple au moyen de bornes ou d'autres repères. Par la suite, le plan du Cadastre est mis à jour et le nouveau bien obtient son propre *Flurstücksnummer* qui est ensuite porté au Cadastre. C'est à ce moment-là, seulement, que le nouveau bien – doté du nouveau numéro - peut faire l'objet d'une inscription au Livre Foncier. Contrairement à la pratique courante dans d'autres pays, il ne suffit donc pas, en Allemagne, de compléter l'entrée du registre par une phrase décrivant la nouvelle parcelle. D'ailleurs, le système allemand est judicieux, étant donné qu'après plusieurs années souvent, de telles formulations ne sont plus guère intelligibles si les immeubles limitrophes ont changé, si de nouveaux bâtiments ou de nouvelles rues ont été construits etc.

En Allemagne, ce principe d'identité entre Cadastre et Livre Foncier est grandement apprécié et strictement appliqué. La première section du feuillet, qui s'en suit, fait mention du ou des propriétaires. En cas de copropriété, on précise les quotes-parts. En cas d'indivision successorale, seule la communauté héréditaire est inscrite en tant que telle accompagnée des noms des héritiers, mais sans mentionner les quotes-parts. Il en va de même pour les sociétés de droit civil. La seconde section regroupe l'ensemble des charges réelles, excepté les hypothèques et les dettes foncières. S'y trouvent donc toutes sortes de servitudes, d'usufruits, de droits d'usage etc.

La troisième section du feuillet précise les hypothèques et les dettes foncières grevant l'immeuble accompagnées de leur montant exact et des intérêts convenus. La répartition des charges sur les sections deux et trois du Livre Foncier a été effectuée dans un souci de clarté. On souhaite, plus précisément, séparer les charges pouvant engendrer des droits à paiement des autres charges et servitudes. L'un des principes fondamentaux du droit immobilier allemand se trouve au § 892 du BGB qui prévoit que tout un chacun peut présumer l'exactitude des données du Livre Foncier, à moins que la personne en question n'ait connaissance d'une éventuelle inexactitude. C'est là l'un des principes les plus importants contribuant à la sécurité juridique des transactions immobilières.³⁸ Par conséquent, nul besoin de présenter et de contrôler des actes officiels et d'autres documents avant l'acquisition d'un immeuble. C'est sur un seul coup d'œil jeté dans le Livre Foncier que repose toute vente ou donation immobilière. Dès lors, ni le « title research » ni l'assurance titre ne sont nécessaires. C'est justement sur ce principe que reposent la sécurité et la fiabilité des transactions immobilières en Allemagne.

³⁸ Se reporter à *Gursky* dans Staudinger, « Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch », 2008, § 892, pt. 9.

V. 2. Le Livre Foncier allemand

Le Livre Foncier allemand est tenu auprès des tribunaux d'instance (*Amtsgerichte*) qui disposent d'un service spécial dédié à cette fin. Au sein des tribunaux d'instance, les Livres Fonciers sont classés par circonscriptions administratives, à savoir par communes ou par quartiers de commune et chaque circonscription administrative est, quant à elle, classée, par numéro de feuille. Le service chargé de la tenue des registres fonciers (*Grundbuchamt*) est toujours dirigé par un juge. Travaillent sous son égide les préposés du Livre Foncier. Il s'agit de spécialistes employés par le tribunal, ayant le statut d'auxiliaires de justice (*Rechtspfleger*) ou – dans les pays anglo-saxons – de « paralegals ».

L'organisation de l'administration de la justice dans le cadre de la législation relève de la compétence des Länder. Il en va donc de même pour la tenue des Livres Fonciers qui, elle, est régie par une loi fédérale, la Loi relative à la tenue du Livre Foncier et à la publicité foncière (*Grundbuchordnung; GBO*). Les plaintes déposées contre les décisions du service du Livre Foncier sont tout d'abord traitées par le même *Amtsgericht*. En appel, la plainte est examinée par le tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) compétent. Ainsi, la tenue du Livre Foncier est-elle décentralisée et assurée à proximité des biens immobiliers concernés.

V. 3. Documents servant à l'enregistrement de la propriété

La tenue des registres est régie par une loi spécifique, la Loi relative à la tenue du Livre Foncier et à la publicité foncière. Celle-ci stipule au § 29 que seuls les actes authentiques, c'est-à-dire seuls les documents authentifiés par un notaire ou dotés d'une signature du ou des parties prenantes certifiée conforme, sont enregistrables. Hormis les actes notariés, seuls les actes judiciaires peuvent faire l'objet d'un enregistrement. C'est le cas, par exemple, lorsque dans le cadre d'une exécution forcée par exemple, le *Amtsgericht* chargé de l'exécution décrète la constitution d'une hypothèque judiciaire ou encore, si la propriété doit être modifiée par suite d'une décision judiciaire, ou que la propriété en question doit être transférée d'une personne à une autre.

Sont totalement exclus de l'inscription, en revanche, les actes passés sous seing privé. Il s'agit là d'un filtre essentiel établi en amont de l'accès au service du Livre Foncier qui s'avère nécessaire pour garantir un travail rapide et efficace.

Ainsi, le notaire prépare les documents et présente les requêtes en vue de l'inscription au registre de manière à ce que cette inscription puisse normalement être effectuée dans l'immédiat. Ceci est, en effet, indispensable pour maintenir la qualité élevée du Livre Foncier, celle-ci étant la condition *sine qua non* de la présomption d'exactitude mentionnée ci-avant.

V. 4. Annotations préventives et inscriptions au Livre Foncier

En raison du principe de l'abstraction prévalant en droit immobilier allemand - c'est-à-dire que le transfert de propriété a lieu seulement lors de l'inscription du nouveau propriétaire au Livre Foncier sur la base d'un contrat préalablement conclu créant une obligation – il était nécessaire d'introduire un instrument qui assure l'acquisition future de manière provisoire. Ce rôle est dès lors assumé par la « prénotation », régie par le § 883 BGB et garantissant la pré-tention à l'inscription à venir.

Dans ce contexte, la prénotation peut non seulement assurer la future acquisition, mais aussi l'inscription future de divers autres droits tels que les servitudes. Dans ce second cas, néanmoins, la prénotation ne joue pas de déterminant, car, en règle générale, les servitudes et les autres charges réelles sont directement inscrites dans la section II du Livre Foncier. D'ailleurs, si elles sont liées à la réalisation d'une condition, elles sont immédiatement enregistrables sous forme de droit conditionnel.

Dans la pratique, le champ d'application principal de la prénotation se situe dans le domaine des actes de vente immobilière. Ainsi, l'acquisition est assurée de manière provisoire, l'acquéreur pouvant régler la facture de la transaction a posteriori - et, éventuellement, après la purge des charges réelles. À l'instar de tous les enregistrements, la prénotation présuppose le consentement des parties à l'acte et une requête en ce sens de la part du propriétaire.³⁹ Cette requête est transmise par le notaire au service du Livre Foncier chargé de la prénotation. D'ailleurs, la prénotation n'engendre aucun blocage du Livre Foncier, c'est-à-dire qu'elle n'empêche pas d'éventuelles inscriptions ultérieures.

D'après le § 888 BGB, la prénotation permet cependant au titulaire – dont le nom est enregistré – de demander à la personne ayant fait enregistrer des inscriptions ultérieures de les radier. En cas d'insolvabilité, la prénotation entraîne un droit de distraction. Autrement dit, le titulaire peut demander au liquidateur de lui transmettre le bien illico sans que d'autres créanciers puissent y accéder.⁴⁰ Les effets de la prénotation et la protection qui en découle sont, en principe, illimités ; l'inscription étant garantie aussi longtemps que le droit qui l'a générée existe. Après la prescription de ce droit, le propriétaire peut demander la radiation de l'inscription.

Au moment de l'inscription définitive du nouveau propriétaire, la prénotation, ayant perdu sa raison d'être, est radiée. Il est à noter que toute inscription au Livre Foncier se fait à partir d'une demande formulée par les parties prenantes et transmise par le notaire au service du Livre Foncier. Selon le § 15 GBO, le notaire-même peut également présenter une demande d'inscription.

³⁹ § 19 GBO.

⁴⁰ § 106 du Code allemand des procédures collectives de règlement du passif concernant les personnes physiques et morales (*Insolvenzordnung*).

V. 5. Progrès technologiques utilisés par les systèmes du Livre Foncier (moyens électroniques)

n Allemagne, l'informatisation des Livres Fonciers se poursuit depuis plusieurs années déjà. Lors de cette phase de reconversion, les livres ont été scannés ; ils sont désormais tenus de façon numérique. De nouveaux feuillets sont aujourd'hui directement introduits et complétés sous forme électronique. Conformément à la Constitution fédérale de l'Allemagne, l'administration judiciaire et le travail des services chargés de la tenue des Livres Fonciers relève de la compétence des 16 Länder. Ces derniers n'ont donc pas procédé à l'informatisation simultanément. Par ailleurs, ils ont fait usage de différents systèmes informatiques qui n'étaient pas forcément compatibles.

V. 6. Accès du notaire à l'information immobilière par voie électronique

Chaque notaire dispose d'un accès propre à la version électronique du Livre Foncier protégé au moyen de mots de passe. Par suite de l'hétérogénéité des systèmes en Allemagne, il nécessite un accès par Land, ce qui complique sensiblement le travail des notariats – surtout de ceux qui procèdent à un grand nombre d'authentifications hors de leur propre Land. En effet, un tel notariat se voit obligé de demander une habilitation par Land en vue d'obtenir un numéro et un code d'accès dotés d'un identifiant propre. Au demeurant, l'accès au Livre Foncier génère des frais non négligeables. Ainsi, le coût d'un extrait du registre s'élève à au moins 10,00 EURO. En vertu de la loi relative aux frais procéduraux, le notaire a toutefois la possibilité de répercuter ces frais sur son client. Outre l'accès électronique aux Livres Fonciers, il existe un accès en ligne au Cadastre destiné au grand public. Dans ce cas, l'extrait du plan cadastral est délivré par courriel.

En revanche, il n'est pas possible de consulter les valeurs des immeubles, celles-ci ne figurant dans aucun registre en Allemagne. Seule une évaluation de la part des services des impôts – reposant sur des directives datant des années 1930 – est disponible. On en fait principalement usage pour le calcul de la taxe foncière – actualisé, bien évidemment, à l'aide d'un coefficient multiplicateur. Ces données ne sont toutefois pas consultables par voie électronique. Les règles relatives à la protection de l'environnement sont édictées essentiellement par des lois qui, quant à elles, sont accessibles à tous. D'autres restrictions pouvant résulter du droit relatif aux constructions ne sont pas non plus consultables par voie électronique. Les restrictions touchant à la propriété sont, par principe, inscrites au Livre Foncier et donc consultables.

Le marché immobilier

VI. 1. Son importance pour la fonction du notaire et pour le pays

En Allemagne, le marché immobilier revêt une grande importance tant pour le notariat que pour le pays et son développement.

En Allemagne, tout contrat portant sur une transaction immobilière – tant les actes de vente que les actes de donation – doivent faire l’objet d’une authentification notariée,⁴¹ cela, quelles que soient les parties concernées, même si l’État ou une commune acquiert ou vend des biens immobiliers. Cela vaut même si l’État vend un immeuble à une commune. On peut facilement en déduire que les affaires immobilières représentent un des champs d’intervention principaux du notariat. À mon avis, rares sont les notariats dont la part de l’immobilier dans leur chiffre d’affaires se trouve en dessous des 50 à 60 %. Au-delà des notariats, le marché de l’immobilier est également un facteur fondamental de développement pour le pays.

En principe, le développement économique convenable d’un pays – en faveur de toutes les couches sociales – ne peut être assuré que sur la base d’un marché immobilier solide et ordonné qui repose sur des registres fiables et sur un notariat fiable, libre et indépendant et partant, sur des transactions immobilières sécurisées. C’est le seul moyen d’investir dans des biens immobiliers, de fonder des usines, d’ouvrir des agences en Allemagne et de s’intégrer convenablement dans la vie économique sans courir d’autres risques que la variation générale des prix. De cette façon, les banques sont en mesure d’octroyer des crédits en bonne et due forme et de les garantir au moyen de droits de gage immobiliers.

VI. 2. Aspects positifs et négatifs du système allemand

Les côtés positifs du marché immobilier allemand – surtout en relation avec le notariat de type latin – ont été suffisamment traités ci-avant.

En revanche, il est plus difficile de trouver des aspects négatifs, car en effet, et sans vouloir être prétentieux, le marché immobilier allemand peut être qualifié de performant et bien ordonné. Si les délais d’attente prévus par la loi⁴² sont respectés, les rendez-vous chez le notaire pour l’authentification d’un acte sont arrangés en peu de temps. L’inscription au Livre Foncier se fait, en règle générale, rapidement, et - grâce au travail préparatif effectué par le notaire – sans problème. En somme, on peut dire que le système allemand mis à disposition des citoyens, des entreprises et des investisseurs étrangers est rapide, performant, efficace et est bien appliqué.

⁴¹ § 311 b BGB.

⁴² Pour les contrats portant sur des immeubles conclus avec les consommateurs, § 17, al. 2a) ii de la Loi relative aux authentifications des actes prévoit en guise de protection un délai d’attente légal de 2 semaines.

VI. 3. Incidence sur la paix sociale et l'économie d'un pays

Un marché immobilier performant n'est non seulement une condition indispensable et fondamentale pour une économie et son développement, mais aussi pour la paix sociale durable d'un pays. Le fonctionnement et l'essor d'une économie dépendent d'un marché immobilier sûr qui garantit la vente et l'acquisition de biens immobiliers sans heurts. En effet, on constate qu'un grand nombre de pays disposant d'un marché immobilier médiocre, reposant, par exemple, sur des registres peu fiables ou inexistants dans une grande partie du pays, connaît également des déficits en termes de développement économique.

En même temps, une telle situation se répercute toujours directement sur la paix sociale d'un pays:

D'un côté, une économie performante fondée sur des usines construites sur des terrains qui leurs sont propres crée les emplois nécessaires à assurer les revenus et la subsistance des familles. D'un autre côté, elle garantit à la population vivant de l'agriculture que les terres exploitées sont leur propriété.

De plus, un système fiable ne constitue pas seulement une garantie essentielle de la propriété-même. Il est aussi le terreau du développement économique des exploitations agricoles. En effet, il donne aux agriculteurs la possibilité de mettre en gage leur propriété foncière au moyen d'une hypothèque ou d'une dette foncière. Cela permet à l'agriculteur de donner des garanties à la banque ou à un autre créancier pour pouvoir jouir d'un crédit destiné à de nouveaux investissements dans des terrains et des exploitations.

VI. 4. Apports du notaire au marché immobilier: valeur ajoutée due à sa fonction

Comme nous l'avons vu à maintes reprises, le notariat de type latin est l'un des piliers d'un marché immobilier durable. C'est grâce au travail que le notaire effectue en amont de l'inscription aux registres que ceux-ci ne s'écroulent pas sous la charge de documents passés sous seing privé et manquant de professionnalisme.

Seul le concours d'un notaire à la rédaction d'un acte de vente ou de donation portant sur un bien immobilier protège les parties contractantes contre une lésion ou contre une décision précipitée et garantit que la volonté des parties soit consignée de manière à ce qu'elle soit juridiquement valable. C'est grâce à la présence du notaire aussi que les parties sont à l'abri de préjudices économiques subis du fait que le vendeur perd sa propriété avant d'avoir reçu la somme convenue ou encore du fait que l'acquéreur effectue le paiement avant que l'acquisition d'un bien exempt de charges soit assurée.

Par cette participation, le notariat ne contribue non seulement à l'amélioration de la situation juridique, il apporte aussi une plus-value économique.

En effet, la consultation d'un notaire au préalable évite le recours à des avocats ou à d'autres conseillers juridiques avant ou après la rédaction d'un contrat peu professionnel ou mal formulé. Après tout, leurs tarifs sont sensiblement plus élevés que celui d'un notaire. Ainsi, le travail du notaire génère des économies tant sur des coûts de transaction que des frais de justice ultérieurs. Vu sous cet angle, il débloque des fonds nécessaires à des investissements effectués dans le développement économique et contribue, par conséquent, directement au développement positif d'un pays. Dès lors, il y a lieu de récuser le propos souvent tenu par les pays de droit anglo-saxon et des institutions, telles que la Banque mondiale, selon lequel le notariat de type latin génère des coûts importants.⁴³

Des études économiques indépendantes démontrent, en effet, que cela n'est justement pas le cas et que, au contraire, la participation d'un notaire aux transactions permet d'économiser des frais. Non seulement l'intervention du notaire dispense de consulter d'autres juristes, mais aussi de souscrire des assurances à l'image de la « title insurance » requise dans le système anglo-saxon. Si ce résultat ne suscite pas l'enthousiasme de nombreux responsables du système anglo-saxon, surtout au sein de cabinets d'avocats multinationaux y opérant, il est néanmoins aisément vérifiable au moyen d'études sérieuses.

VI. 5. Existe-t-il une réglementation juridique digne de confiance et objective concernant le marché de l'immobilier?

Je pense que la fiabilité et l'objectivité du système allemand ont été exposées en détail ci-avant. Comme susmentionné, il repose sur un notariat de type latin bien organisé, sur un bon service du Cadastre ainsi que sur un service du Livre Foncier performant. La conjonction de ces trois institutions garantit la sécurité et la fiabilité du marché immobilier allemand tant pour les intervenants nationaux que pour les opérateurs internationaux.

VI. 6. Quels sont les instruments de réglementation du marché immobilier actuellement mis en place dans votre pays ?

Ces instruments ont déjà été présentés ci-avant. Ils sont régis par des lois correspondantes, à savoir surtout par le BGB et la GBO.

VI. 7. Faut-il mettre en place de nouveaux instruments de réglementation du marché immobilier dans votre pays ?

Compte tenu de la présentation, ci-avant, du bon fonctionnement du système allemand cela ne me semble pas nécessaire.

De nouveaux instruments ne sont ni prévus ni ne font l'objet de débats.

⁴³ Cf. Rapports « Doing Business » publiés annuellement par la Banque Mondiale.

VII. Conclusions

Pour résumer la situation du marché immobilier en Allemagne, on peut retenir que la sécurité juridique est garantie au plus haut niveau.

Tous les instruments réglementaires nécessaires existent et fonctionnent bien ; à commencer par le fait que l'intégralité des biens immobiliers sont enregistrés dans des Cadastres par les services publics du Cadastre ou par des géomètres-topographes habilités par l'État. S'applique, ensuite, le principe de concordance absolue entre le Cadastre et le Livre Foncier, c'est-à-dire que chaque bien enregistré dans le Livre Foncier se retrouve cadastré sous le même numéro au sein de la même circonscription administrative. De plus, le Cadastre et le Livre Foncier sont tous les deux consultables par voie électronique.

Pour toute modification de l'inscription au registre, il est obligatoire de consulter un notaire, sauf si la modification repose sur une décision de justice. Si l'on vend une partie du bien, il faut faire mettre à jour l'enregistrement au Cadastre par le service compétent. Indépendamment des modifications, toute inscription au Livre Foncier requiert la production d'actes authentiques, à savoir des actes authentifiés par devant notaire ou, pour le moins, des actes dont la signature a été certifiée par un notaire (ceci étant généralement le cas pour les inscriptions de servitudes etc. ou pour la radiation de charges).

Le bon fonctionnement du marché immobilier allemand démontre aussi qu'un marché immobilier performant repose nécessairement sur les réglementations et les conditions mentionnées au préalable et sur un travail efficace. Dans le contexte du notariat de type latin, il est non seulement indispensable de disposer du notariat-même, mais aussi d'un contrôle hiérarchique des notaires, qui devrait relever d'autorités de tutelle indépendantes, dans l'idéal, du corps judiciaire. Ce contrôle hiérarchique ne devrait pas uniquement exister sur papier, mais reposer sur des contrôles effectifs du travail des notaires, et cela au moins une fois tous les quatre ou cinq ans.

Beaucoup de pays auront certainement déjà des difficultés à franchir la première étape, c'est-à-dire celle de l'enregistrement cadastral de la totalité de leurs terrains. Ceci paraît surtout laborieux dans les pays très vastes et dans ceux n'ayant jamais connu de véritable tradition cadastrale. L'avantage de l'Europe est que ses pays sont plus petits et plus peuplés et que l'on a commencé très tôt à enregistrer les propriétés foncières dans des Cadastres. Toutefois, c'est l'État qui a donné la dernière impulsion à cette pratique au cours du XIX^e siècle. Il faut savoir qu'à l'époque, pour les États européens, la source de revenus la plus importante était non pas l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés (comme c'est le cas aujourd'hui), mais la taxe foncière. C'est donc dans un souci d'un meilleur recouvrement des taxes foncières que les autorités ont commencé très tôt à élaborer des plans, à mesurer les terrains et à enregistrer ces derniers dans des Cadastres. C'est sur cette base que les Livres Fonciers se sont finalement développés comme conséquence logique. A noter qu'en Allemagne, les Livres Fonciers n'ont été introduits qu'avec l'entrée en vigueur du code civil, le 1^{er} janvier 1900.

Il sera donc important d'instaurer le plus vite possible la pratique de l'enregistrement des biens immobiliers dans les pays concernés. Évidemment, les méthodes traditionnelles de géodésie ne suffiront pas à cet effet. Il faudra se servir – et on le fait déjà dans certains pays - de moyens techniques modernes tels que l'imagerie par satellite.

À ce titre, le notariat de type latin devra veiller à ce que le système introduit ne s'apparente pas trop au système du « titlement » appliqué dans les pays anglo-saxons ou, si l'on s'engage pour un tel système, à ce qu'il soit accompagné d'un enregistrement systématique.

Fort de cette symbiose entre titres juridiques et registres publics, le notariat latin devrait, en effet, se présenter confiant en lui-même, au moment venu, sur le marché international des transactions juridiques.