



XXIII. Congrès International du Notariat Latin
Rapport de la Délégation Allemande



Notaire Dr. Gerd-Jürgen RICHTER, Landau

La fonction notariale créatrice de droit

Index

I.	Introduction	3
II.	La formation de droit - Les services juridiques	3
	1. Sur le concept	3
	2. La doctrine sur les services juridiques et la formation de droit	4
III.	Les conditions fonctionnelles pour la formation notariale de droit	5
	1. Fonction publique - le champ d'application fonctionnel	5
	2. Le marché de l'offre de services juridiques et la régulation	8
IV.	Les lignes directrices qui réglaient, jusqu'à présent, la formation de droit	10
	1. Les services juridiques et l'assistance juridique	10
	2. La formation de droit en droit individuel	12
	a) Le droit des obligations et des contrats - l'ordre successoral anticipé	12
	b) Droit des sociétés - la transmission par succession de parts de société	14
	c) Droit successoral - la modélisation des testaments	16
	d) Le droit familial - le contrat de mariage	17
	3. La formation dans la législation de la protection du consommateur	19
	4. Les conditions actuelles pour la formation notariale de droit	20
	a) La liberté de contracter - l'équité contractuelle	20
	b) L'équité contractuelle par authentification notariale des actes	22
	c) La contrainte de forme	24
V.	La formation notariale de droit dans un marché européen de services juridiques	25

1. Le droit des consommateurs comme fer de lance de la formation du droit civil européen	25
2. La complexité croissante de la solution des conflits	30
3. L'utilité de la formation notariale de droit pour le marché des services juridiques	32
4. De la nécessité d'une législation européenne de la procédure d'authentification	35
VI. Thèses	38

I. Introduction

Le législateur européen a, dans la soi-disant directive sur l'exploitation en temps partagé¹, non seulement normalisé définitivement le contenu contractuel obligatoire, mais également attribué à l'acheteur un droit péremptoire de résiliation. Le droit en matière de contrats est, de ce fait, définitivement réglé, l'autonomie contractuelle définitivement mise hors circuit et la volonté de l'engagement contractuel ajournée.

La créativité formatrice de droit contractuel se heurte à cette existence de normes ce qui conduit à se demander s'il existe encore des possibilités, pour le notaire, d'exercer sa créativité formatrice de droit dans des conditions d'interventions croissantes du législateur européen dans la législation nationale en matière de contrats et d'obligations.

En partant du concept de "formation de droit" (sous II), et ayant à l'esprit l'image du notaire concerné par la fonctionnalité qui constate la légitimation par la Cour européenne (sous III) des professions traditionnelles, exclusivement sensibles aux aspects d'activité, il faudrait esquisser et expliquer d'une façon exemplaire les principes, jusqu'ici évidents, de la fonction notariale de formation de droit (voir IV).

Vues dans cette perspective, les conditions modifiées de la formation notariale de droit dans le marché européen des services juridiques sont à préparer et il faudra débattre de la validité du cadre légal pour la formation notariale de droit (sous V); des thèses en résumé le résultat.

II. La formation de droit - Les services juridiques

1. Sur le concept

La formation de droit est la réalisation du concept de la justice². Le droit réel présuppose la formation de droit, il en est le résultat. Le droit ne se forme pas uniquement à l'intervention du législateur, mais également par la réalité du droit comme moteur de son évolution et, pour autant que cela soit possible, dans le cadre de l'application du droit positif. Les formateurs sont aussi bien les juristes de la magistrature assise, dans le cadre de la formation continue en droit, que les juristes actifs dans la prévention - et tout particuliè-

¹ Directive 94/97 CE, J.O.CE L 280/83 du 29.10.1994

² Radbruch, *Philosophie du Droit*, 8ème Ed., Stuttgart 1973 p. 180, 183 et suivantes.

rement les notaires - continuellement confrontés aux problèmes réels de droit qui, par leur fréquence ou par leur particularité, acquièrent une signification fondamentale.

La formation de droit est à distinguer du concept "application du droit", qui se limite à l'explication du droit réel d'après ses textes, à l'historique de son origine et à ses objectifs³. Là où l'application du droit signifie le maintien des méthodes juridiques reconnues⁴, la formation de droit nécessite, en plus, un espace pour les solutions de problèmes qui modifient ou complètent le droit réel.

2. La doctrine sur les services juridiques et la formation de droit

La formation de droit, à l'intervention du notaire, se rapporte, en premier lieu, aux services juridiques⁵. Ceux-ci entraînent volontairement des conséquences juridiques et sont l'expression même du principe de la libre disposition de l'homme de ses biens et de soi-même. C'est pourquoi le Code civil met en avant, comme signes essentiels de l'autonomie privée d'action, la liberté de contracter et de certifier⁶, ce qui ne peut être garanti que dans le cadre des limites de l'ordre constitutionnel. Celui-ci impose de s'opposer aux inégalités sociales et économiques pour ne pas laisser aller l'autonomie d'une des parties contractantes s'adonner à une manipulation sans limites de l'autre⁷.

La liberté juridique de contracter et la liberté de déterminer le contenu du contrat sont, dans le Code civil, limitées par une multitude de normes contraignantes, sans pour autant être soumises à un contrôle judiciaire général du contenu⁸. Le § 242 du CC ne permet qu'un contrôle de l'équité du contenu, qui ne donne pas le droit de remplacer, dans le cadre des conséquences juridiques, celles obtenues par une action judiciaire dans des cas individuels par d'autres qui seraient "meilleur marché" ou "plus appropriées". La juris-

³ Savigny, *Le Système du Droit Romain Actuel I*, 1840 p. 212 e.s.

⁴ Langenfeld, *La Formation contractuelle*, 2ème Ed. 1997, p. 7 e.s.

⁵ Le § 20 Sect. 1 du *Règlement fédéral des notaires* cite l'authentification d'actes comme première mission du notaire et, dans une position centrale, l'authentification de testaments, §§ e.s. Loi sur l'authentification des actes. En dehors de ces actes authentiques d'attestation on trouve d'autres formes d'authentification, les légalisations et d'autres certifications et des actes dans le domaine des précautions juridiques, Seybold/Schippel/Reithmann, *Règlement fédéral des notaires* 7ème Ed. 2000, §§ 20 à 25 Ann. 2 e.s.

⁶ *Palandt-Heinrichs*, 60ème Ed. 2000, Exposé du § 104 Ann. 1

⁷ Cour constitutionnelle fédérale, NJW 1990 p. 1449 e.s., 1470; NJW 1994 p. 36 e.s. 38

⁸ Contre le contrôle du contenu des contrats en droit privé; Lieb, *Besoin de protection ou responsabilité personnelle?* Revue Notariale 1989 p. 274 e.s., 284

prudence limite simplement l'application de la loi quand celle-ci conduit à des conséquences qui sont manifestement inconciliables avec le droit et l'équité⁹.

La loi, entrée en vigueur en 1977, sur la réglementation du droit des conditions générales de vente¹⁰, ne signifie pas en premier lieu - malgré l'injonction expresse pour le contrôle du contenu - un abandon de l'autonomie privée car elle ne se rattache pas à la suppression des inégalités inévitables dans le droit contractuel¹¹ mais à la "mise en place" de conditions contractuelles pré-établies et par là aux possibles abus de supériorité économique de celui qui les utilise¹², ce qui exclurait la formation autonome privée dans les contrats modernes standardisés de l'économie de masse.

C'est par la transposition de la directive européenne, concernant les clauses abusives dans les contrats de vente de biens de consommation¹³, dans le Code des lois que l'idée de la protection des consommateurs y a fait son entrée, le § 24a de la loi sur les conditions générales de vente s'éloigne de ce modèle en ce qu'il présuppose l'infériorité structurelle du consommateur¹⁴ lors de l'établissement des conditions contractuelles ou complémentaires à la réglementation légale, indépendamment de l'existence réelle de conditions pré-établies par la partie adverse ou s'il existe concrètement une infériorité du consommateur. Pour la première fois le droit européen a mis ici en question les principes essentiels, d'appréciation par les intervenants juridiques, garantis par le Code civil¹⁵.

III. Les conditions fonctionnelles pour la formation notariale de droit

1. Fonction publique - le champ d'application fonctionnel

La formation notariale de droit s'accomplit dans le cadre établi par le droit professionnel. Il y a lieu de distinguer de celui-ci le concept, à caractéristique nationale, de la "fonction

⁹ Cour fédérale de justice, NJW 1985 p. 2579 e.s., 2580; NJW 1987 p. 1069, 1070

¹⁰ Code des Lois I, 1976 I p. 3317

¹¹ Lieb, *Le droit privé d'exception pour les cas de déséquilibre? Considérations sur le domaine d'application du soit-disant contrôle sur le contenu des contrats privés*, AcP 178 p. 196 e.s., 204

¹² Lieb, *Le droit privé d'exception pour les cas de déséquilibre? Considérations sur le domaine d'application du soit-disant contrôle sur le contenu des contrats privés*, AcP 178 p. 196 e.s., 204

¹³ Journal officiel des CE n° L 95 du 21.5.1993, p. 29

¹⁴ Reich, *Le droit européen des consommateurs*, 3ème Ed. 1996, p. 326

¹⁵ Les directives précédentes sur le commerce de porte à porte (1985), sur le crédit à la consommation (1986) et sur les voyages à prix forfaitaire (1990), voir note 76, après un début identique, n'ont touché que des domaines spécifiques.

publique"¹⁶ qui est une tâche institutionnalisée de nature étatique¹⁷ qui, comme garante des compétences souveraines, est à attribuer à l'administration de l'État.

Le transfert de ces services juridiques de l'État au notaire qui, par l'exercice de sa fonction indépendante vis-à-vis du pouvoir public et des clients, se rapproche du juge et se distingue du fonctionnaire soumis aux directives de son administration¹⁸.

Le domaine des compétences du notaire est, d'après le § 1 des statuts de l'Ordre fédéral des notaires, l'authentification des précédents juridiques et les autres missions d'application de règles juridiques préventives qui, par le transfert au notaire d'une mission de fonction publique, exigent des qualifications souveraines: le transfert d'une partie de la fonction publique au notaire prouve son activité souveraine complète et exclusive et par cela le caractère souverain de toutes les tâches reprises, il exclut tout accès à la profession libérale, commerciale ou industrielle¹⁹.

La conception nationale de la séparation de la fonction publique et la restriction à un image de profession imprégnée de souveraineté totale ne correspond pas à l'approche jurisprudentielle de la Cour européenne. Celle-ci - confrontée à la diversité des traditions dans les États membres de l'Union européenne - se voyait obligée, au vu de l'exception du pouvoir public dans l'article 45 du traité de l'Union européenne (Amsterdam), à un examen ciblé sur l'activité: le pouvoir public ne s'exerce pas parce que le législateur national le qualifie comme tel dans des cas individuels, mais uniquement s'il peut être distingué concrètement et fonctionnellement²⁰.

La fonction de formation notariale de droit ne peut, dès lors et désormais, qu'être vue sous l'angle du principe d'approche de la profession juridique. D'un point de vue d'activi-

¹⁶ § 1 *Règlement des notaires*

¹⁷ Seybold/Schippel/Schippel note 5) § 1 Ann. 7, Arndt/Lerch/Sandkühler, *Règlement des notaires fédéraux* 4ème Ed. 2000, § 1 Ann.. 6

¹⁸ Seybold/Schippel/Schippel note 5) § 1 Ann. 16 e.s.; Pfeiffer, *Le notaire dans notre État de droit*, *Revue Notariale* 1981 p. 5 e.s., 7

¹⁹ Arndt/Lerch/Sandkühler note 17) § 2 Ann. 6

²⁰ La Cour européenne, décision 2/74 du 21.06.1974 (Reyners) = NJW 1975 p. 513 e.s.; Fischer, *La position institutionnelle du notaire allemand dans le droit des communautés européennes*, *Revue Notariale* 1989 p. 467 e.s. 479 f.; *en tant que juge de toute première instance, Le droit communautaire et le notariat allemand - Essai sur la destination avant la réalisation du marché commun -* Communication de la fédération des notaires bavarois 1990 p. 1 e.s. 4; Heinz, *Europa - Une circonstance favorable ou une menace pour notre notariat*, *AnwBl* 2000 p. 562 e.s. 569

tés fonctionnelles ce n'est pas la fonction publique, ancrée dans le droit national, qui caractérise l'activité notariale mais bien les spécifications qui la déterminent lors de l'accomplissement de ses tâches. La conception de la fonction, à elle seule, ne suffit pas à justifier le caractère spécial de la formation notariale de droit. Celle-ci ne peut être observée et décrite que comme une activité perceptible dans un marché de droit. Les critères en sont la vision orientée vers l'offre des professions juridiques, la vision orientée vers les résultats des justiciables et l'intérêt orienté vers une meilleure régulation du marché de l'ensemble de la société de droit²¹.

Dans la vision orientée vers l'offre du notaire en tant que fournisseur de services juridiques, quasiment extrait du concept de la fonction publique, la fonction notariale est caractérisée par:

- l'indépendance envers le pouvoir public et les clients,
- l'impartialité dans l'accomplissement de sa mission,

L'indépendance et l'impartialité distinguent fondamentalement la formation notariale des autres offres de services juridiques sur le marché du droit, parce qu'il n'y a que le notaire qui, par une stricte réglementation professionnelle, est tenu à ces deux éléments²² dans l'exercice de sa fonction. La formation de droit par le notaire n'a pas comme objectif de faire vaincre une partie ou une autre mais bien de faire régner l'équité contractuelle.

Du point de vue orientée vers le résultat des justiciables, le produit de la formation notarial est l'acte authentique, qui dans un marché juridique, ne peut être délivré que par un notaire et non par l'un ou l'autre service juridique. Son utilité résulte

- du fait qu'il est immédiatement exécutable, § 749, sect. 1 n°. 5 du Code de procédure civile,

²¹ § 14 Sect. 1 p. 2 *Règlement fédéral des notaires*, §§ 3, 6, 17 de la loi sur l'authentification

²² A l'opposé de cela, l'interdiction fondamentale à l'avocat de défendre des intérêts contraires, § 43 a Sect. 4 BRAO, des conseillers fiscaux pour l'aide à apporter en matières fiscales à leur mandant, § 3 de la loi sur le conseil fiscal: il n'y a que le commissaire aux comptes qui, sauf lorsqu'il agit comme conseiller fiscal, est tenu à l'impartialité pour établir ses rapports d'examen aux actionnaires, § 17 Sect. 1 *Code de procédure commerciale*.

- de son pouvoir de preuve accru surtout en ce qui concerne les circonstances de temps et d'endroit, § 415, 418 du CPC²³,
- de son efficacité juridique lorsqu'il existe des réglementations quant à la forme²⁴, surtout pour des contrats immobiliers, contrats de mariage, testaments, constitutions de sociétés de personnes morales, les transmissions d'actions et de parts de sociétés, les amendements aux statuts de personnes morales et les procès-verbaux des assemblées générales de sociétés par actions.

La qualité spéciale des services notariaux dans le marché des services juridiques se complète, du point de vue des consommateurs de produits juridiques, par deux autres caractéristiques, qui, en dehors de l'indépendance et l'impartialité, sont perçus comme en concurrence avec d'autres fournisseurs de services juridiques, c'est à dire:

- la garantie d'exécution pour les actes qui doivent être enregistrés²⁵ et
- la spécialisation comme condition professionnelle pour la formation de droit.

2. Le marché de l'offre de services juridiques et la régulation

Le marché de l'offre juridique est, à première vue, déterminé par l'offre et la demande; en même temps ce marché est très régulé, il ne permet la "liberté" ni à l'offre ni à la demande. La raison de cette régulation est que la "justice" est considérée, du point de vue du demandeur, comme une marchandise et du point de vue de la société de droit comme un ordre social qui se manifeste par la trinité de l'équité, de l'utilité et de la sécurité juridique²⁶.

La demande du consommateur de services juridiques est donc strictement reliée à l'ordre du droit positif qui canalise et détermine le contenu des services juridiques exigés. Schématiquement on peut distinguer la zone consensuelle des activités juridiques et le domaine contradictoire de la justiciabilité.

²³ Il n'y a que la preuve de l'erreur dans l'acte authentique qui est recevable, § 415 Sect. 2 *Code de procédure civile*

²⁴ Le Code civil prévoit en principe la nullité de l'action juridique lors d'une infraction contre une forme légalement prescrite, § 125 C.C., une rectification n'est possible que par ordonnance expresse dans une mise en forme spéciale.

²⁵ Bien entendu le § 53 de la loi sur l'authentification ne prévoit que des obligations d'exécution limitées, qui, dans la pratique, sont dépassées par des moyens complets d'exécution, basés sur le § 24 des *Règlements des notaires fédéraux*, Seybold/Schippel/Reithmann note 5) § 1 Ann. 27 e.s

²⁶ Radbruch note 2, p. 164

Du côté de la demande une réglementation pointue détermine les conditions sous lesquelles un service juridique peut être fourni. L'offre des différents fournisseurs de services juridiques est également extrêmement corsetée par leurs ordres professionnels qui leur attribue une fonction et un marché juridique bien déterminés. Ils ont, soit à défendre ou représenter les intérêts de parties (avocat, conseiller fiscal et commissaire aux comptes en dehors de son devoir de vérification), soit ils ne peuvent agir qu'en toute impartialité (notaire, commissaire aux comptes en mission de vérification).

L'offre de services juridiques à la préparation d'une décision judiciaire - le domaine contradictoire - exige impérativement la défense d'intérêts partisans tandis que le domaine consensuel s'ouvre, et c'est très bien ainsi, au domaine de l'intercession impartiale.

La régulation du marché des services juridiques doit organiser la tension entre la liberté et l'équité. Puisque ceux qui interviennent en faveur des intérêts contractuels partisans représentent une partie et défendent sa liberté, il faut s'attendre à ce que, en face, l'autre partie soit représentée de la même manière pour qu'une équité et une parité contractuelles puissent être assurées. Et pour tous les cas de disparité il faut réinstaller l'équité contractuelle par la régulation. En dehors des dispositions légales contraignantes qui limitent définitivement la liberté contractuelle, les exigences de forme pour les actes et actions juridiques, sont des moyens plus doux pour lesquels il s'agit du rapport entre la forme et le contenu juridique: la forme comme règle légale préalable qui doit instaurer des précautions adéquates pour assurer que les volontés réelles des parties sont bien inscrites dans le contrat et que les contractants comprennent leur étendue juridique, doit donc avoir également une forme "interne".

La garantie institutionnelle de l'impartialité du fournisseur et la considération dont jouit, dans le marché, le service fourni par cette procédure sont la condition pour la mise en œuvre d'une forme interne comme alternative aux règles légales obligatoires du domaine consensuel. Du point de vue de la société de droit il existe donc de bonnes raisons pour applaudir l'existence du service juridique offert par le notaire, puisque la formation de droit impartiale élimine, d'avance, l'intervention de la fonction juridique conflictuelle et

la ramène au niveau du libre consentement par la participation du notaire impartial. Elle décharge les tribunaux²⁷.

La demande pressante pour une dérégulation du marché des services juridiques²⁸ vise unidimensionnellement la possibilité d'une offre unifiée de tous les services juridiques par tous les intervenants juridiques. Le motif en est le développement économique de ce marché, mais on oublie qu'une dérégulation exigera l'instauration d'une nouvelle réglementation, par le législateur, des conditions d'accès à ce marché²⁹ et que celles-ci entraveront encore plus la formation libre et individuelle des rapports contractuels privés des individus lors de la demande d'une "vraie justice". La dérégulation des fournisseurs favorise une régulation croissante des intervenants sur les marchés. Si l'on ne suit pas cette approche douteuse de la politique juridique, l'offre de formation de droit du notaire, indépendante et impartiale, a bien sa place sur le marché des services juridiques. Son champ d'action, obligé à la réalisation de l'équité contractuelle, est également justifiable du point de vue fonctionnel.

IV. Les lignes directrices qui réglaient, jusqu'à présent, la formation de droit.

1. Les services juridiques et l'assistance juridique

L'ordre fédéral des notaires allemands renonce à décrire le contenu des missions notariales. Le domaine des services juridiques n'est approché que par le biais exclusif de la compétence du notaire en ce qui concerne les actes authentiques, qui ne se limitent pas aux déclarations de volonté; les précédents factuels et d'autres déclarations sont concernés par l'authentification³⁰. Le suivi juridique par le notaire est limité par l'Ordre fédéral des notaires au domaine de la maintenance préventive qui est décrite comme un ensemble

²⁷ Sur l'assistance au suivi juridique, Wagner, *L'assistance au suivi juridique à l'intervention du notaire - État actuel et perspectives* - Revue Notariale, cahier spécial p. 34 e.s. ainsi que les propositions de la Chambre fédérale des notaires pour l'assistance au suivi juridique par notaire dans la communication concernant les activités notariales en 1997, Revue Notariale 1998, p. 514 e.s., 525 f., 530 f.

²⁸ La Commission des communautés européennes, *Une stratégie pour le marché commun dans le domaine des services*, communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 29.12.2000, n° 3. (2) propose, point par point, la rature de dispositions légales inutiles et souvent contradictoires pour le commerce transfrontalier.

²⁹ La Commission des communautés européennes, *Une stratégie pour le marché commun dans le domaine des services*, communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11.01.2001 p. 6 propose un code pour l'accès au droit et des moyens de droit pour les consommateurs.

³⁰ Seybold/Schippel/Reithmann note 5) § 1 Ann. 4 e.s.

de missions qui ne doivent pas nécessairement être reprises par l'exécutif public, mais, qui sont considérées comme des missions qui incombent à l'État et sont confiées à la justice³¹ et dans lesquels il s'agit de la clarification et de la protection des relations juridiques privées.

Le droit réel allemand impose des normes et confie la compétence exclusive d'établir des actes authentiques au notaire dans les domaines du droit immobilier, du droit des sociétés, du droit successoral et du droit de la famille. Cela a conduit à des services juridiques dans lesquels la fonction notariale de formation de droit est présente d'une manière impressionnante. D'autres tâches et compétences notariales sont dès lors quelque peu laissées dans l'ombre.

Le cas suivant servira d'exemple pour éclairer la fonction notariale de formation de droit:

Le commerçant K. produit des systèmes d'automatisation de chauffage et voudrait, à l'avenir, pouvoir les installer chez le consommateur final. Après le décès de son épouse il s'est décidé à se remarier.

Son fils célibataire S est entré dans l'entreprise, à la fin de ses études, et y travaille depuis des années. Il devrait être intéressé d'une façon appropriée à ce qui, jusqu'à présent, était une entreprise appartenant à une seule personne, et à l'avenir en reprendre la gestion.

Sa fille mariée T., qui a fait des études très poussées, ne devrait rien recevoir du capital de l'entreprise, mais, en compensation successorale, recevrait un bien immobilier issu de la fortune privée.

K. demande conseil

- *pour une donation entre vifs à T.*
- *pour la constitution d'une société avec S.*
- *pour la sécurisation testamentaire des enfants*
- *pour un contrat de son deuxième mariage et*

³¹ Seybold/Schippel/Reithmann note 5) § 1 Ann. 9

- *pour la rédaction d'un contrat de livraison et d'installation des systèmes d'automatisation de chauffage.*

2. La formation de droit en droit individuel

a) Le droit des obligations et des contrats - l'ordre successoral anticipé

Le droit des obligations et des contrats allemands régleme la transmission de biens contre paiement ou rétribution dans le droit commercial et celles qui ne donnent pas lieu à compensation par paiement dans le droit des donations. Un cas qui n'est pas mentionné comme type est le transfert de propriété entre K. et T., puisque dans cette donation il manque l'accord subjectif de non-paiement quoique objectivement K. n'exige aucun paiement de la part de la fille. L'intention du commerçant n'est pas, en premier lieu, de consentir une libéralité à sa fille, mais bien d'intervenir entre vifs pour organiser équitablement la compensation du capital d'entreprise cédé à son fils, sans pour autant transmettre les droits héréditaires de sa fille à son fils.

En dehors de cet objectif immédiat et urgent on peut supposer toute une série d'autres motivations telles que une sécurité pour le commerçant dans ses vieux jours parce que la fille reprendrait une obligation de soins pour le cas où son deuxième mariage tournerait mal ou que sa deuxième femme vienne à mourir avant lui³².

L'organisation équitable de toutes ces actions est, pour les intervenants, d'une importance capitale parce que, lors de l'acceptation d'une donation, il existe un droit légal de restitution en cas d'indigence du donateur, ainsi qu'un droit de révocation lorsque le bénéficiaire s'est rendu coupable d'ingratitude manifeste³³. La limitation à une "dotation" issue de la fortune des parents conformément au § 1624 du C.C. dont le fondement juridique n'est expressément pas, d'après la réglementation légale, une donation mais bien une *causa sui generis*, peut avoir des conséquences juridiques considérables puisqu'elle conduit à une obligation de compensation, entre héritiers lors de la succession, réglée par la loi, § 2050,

³² Des exemples de la fonction de l'ordre successoral anticipé chez Langenfeld note 4) p. 129

³³ Lors de l'occurrence d'une action juridique dans laquelle une partie est sans contrepartie (une donation mixte) les deux parties du contrat sont en principe traitées séparément, le droit à la restitution et la révocation ne concernent, en principe, que la partie sans contrepartie, il paraît donc que le caractère de donation prime, Palandt-Putzo note 6) § 516 Ann. 15 e.s.

sect. 1 du C.C.³⁴, et que lors de la mise en compensation les droits d'un réservataire ne sont pas pris en considération³⁵.

Dans notre cas, la participation du fils dans l'entreprise, en considération du travail effectué pendant de longues années, semble dépasser la valeur d'une dotation et dès lors la compensation que représentent les études faites par sa sœur. Le transfert du bien immobilier devrait alors - sans connaître les motifs sous-jacents mentionnés - être considéré comme une donation à la fille. Il pourrait également s'agir de deux donations pour autant que l'on exclue la valeur de la dotation de la part du fils.

Et pour conclure, il se pourrait que l'on se trouve, dans la plupart des cas, devant un mélange de donations, dotations et une distribution de fortune entre vifs pour éviter des contestations futures, pour lesquels les dispositions du Code civil n'apportent pas de solution type ou bien des solutions qui ne sont que partiellement appropriées.

La mise sous forme contractuelle notariale a diversifié un grand nombre de types de contrat qui se substituent au type de contrat qui règle la "succession anticipée"³⁶ et qui ne figure pas dans la législation, pour offrir les réservations appropriées à la volonté des justiciables. Les points principaux de la formation sont:

- la garantie, de son vivant, de futur de soins pendant ses vieux jours par des réservations de jouissance et des accords d'obligation d'entretien
- des précautions, de son vivant, contre les défaillances par des réserves pour la restitution et la révocation en général ou limitées au cas par cas,
- Au-delà du décès éviter les conflits entre héritiers et assurer que les dispositions successorales, et particulièrement celles qui ont trait aux parts réservées soient respectées.

³⁴ Un décompte de la partie réservée ne se fait, par contre, que sur ordonnance expresse, Palandt-Edenhofer note 6) § 516 Ann. 1

³⁵ *Commentaires de Munich/Frank*, tome 9, 3ème Ed. 1997, § 2325 Ann. 13

³⁶ Mayer, *La demande d'annulation de l'ordre successoral anticipé*, Revue Notariale 1996 p. 604 e.s., 609 f.

Le fait que les règles légales soient incomplètes et qu'elles ne proposent pas de type de contrat entre les actions sans contrepartie et celles avec compensation³⁷, a déclenché la formation notariale de droit.

À l'encontre d'un contrat type unifié il s'est créé un type de contrat ouvert³⁸ et modulable déterminé par un ensemble de motivations et donc imprègne de subjectivité.

b) Droit des sociétés - la transmission par succession de parts de société

L'entreprise de K., qui, jusqu'à présent appartient à une personne physique, devient par la participation du fils, une société; pour les formes on a à disposition des sociétés par actions ou des sociétés de personnes, parmi lesquelles la S.à.r.l. & Cie société en commandite (simple ou par action)³⁹ dans laquelle tous les actionnaires n'ont qu'une responsabilité limitée et qui, du point de vue fiscal, est néanmoins considérée comme une société de personnes (fiscalement avantageux)⁴⁰. Le choix de la forme juridique est déterminant et influencé par des considérations d'ordre fiscal, mais également par des considérations à plus long terme d'ordre juridique telles que l'apport de capitaux et de gestion future ou les possibilités de pouvoir d'influence à exercer par l'actionnaire majoritaire K. sur la gestion de l'entreprise.

C'est surtout dans le droit des sociétés de personnes que la jurisprudence en ce qui concerne les réserves successorales a connu un nombre de développements juridiques ou d'adaptations à la réalité juridique évolutive importants concernant la transmission de

³⁷ La donation mixte est, du point de vue de son traitement juridique séparé en ce qui concerne les parties avec et sans contrepartie, ne peut être considérée comme un modèle spécifique de contrat, voir plus haut note 33)

³⁸ Spiegelberger, *La succession des biens*, 1994 ann. 12 e.s. D'autres exemples importants de la formalisation légale dans le droit des obligations sont les attributions issues du contrat de mariage, voir Morhard, "Les attributions anonymes" entre époux - *Suites juridiques et limites de la formalisation contractuelle*, NJW 1987 p. 1734 e.s.; Grziwotz, *Le second tracé - une (nouvelle) voie pour l'équité entre époux*, Revue Notariale 2000, p. 486 e.s., 491 f., ainsi que la garantie de prétentions légales par l'introduction d'une annotation dans le code, voir par exemple Amann, Pas de désignation anticipée d'obligations indépendantes des héritiers ou des propriétaires de l'époque, Revue Notariale 1995 p. 252 e.s.

³⁹ De Hartmann, *Les influences et la mission de la jurisprudence concernant les réservations dans le droit des sociétés de personnes*, Revue Notariale 1989, cahier spécial, p. 63 e.s., 72 comme "exemple type" de la richesse inventive de la jurisprudence en ce qui concerne les réservations.

⁴⁰ Reithmann, *La contribution du notaire au développement du droit*, Revue Notariale 1977, cahier spécial, p. 5 e.s., 20

parts de sociétés, la formation de principes de majorité ou de l'introduction de droits de participation aux bénéficiaires⁴¹.

L'exemple le plus frappant de la formation notariale en droit des sociétés est la solution des problèmes successoraux lors du décès d'un actionnaire d'une société de personnes, contenue dans le § 131, n° 4 du Code de Commerce, qui vient d'être abrogé et qui prévoyait la dissolution de la société avec ses conséquences civiles et fiscales désastreuses. La législation moins rigoureuse, qui est toujours en vigueur le § 131, sect. 3 n° 1 du Code de commerce, part du point de vue que l'actionnaire décédé quitte ses fonctions et que la société continue d'exister, mais omet de régler la transmission par succession des parts de société du défunt.

La succession, pour les parts de société, peut être déterminée par les statuts de la société ou par le droit successoral et, pour peu qu'il y ait désaccord, les statuts de la société ont la préséance⁴²; une relation héréditaire existante peut donc être contournée.

La seule version actuelle du § 131 du Code de commerce fait appliquer la clause de préservation, donc de la continuité de la société sans les héritiers du décédé, sauf dans le cas de sociétés à deux personnes⁴³. À l'encontre de cela une régulation successorale active exige également dans la législation en vigueur que, les statuts de la société reprennent une clause de succession ou une autre clause d'admission de l'héritier dans la société, la clause d'entrée. En tenant compte de la complexité des relations humaines les deux clauses ont été façonnées de différentes manières, la clause de succession de la simple mise en succession des parts de société jusqu'à une détermination détaillée du nombre, de la personne ou des qualifications de l'héritier⁴⁴.

Dans notre exemple, les éléments qui nécessitent une formation de droit dans les contrats de société sont empreints par la nécessité d'un arrangement dans un cas individuel, donc subjectif, puisque des dispositions légales détaillées manquent en la matière. L'origine de cette formation de droit est d'ailleurs la dissolution d'office de la société, lors du décès

⁴¹ Hartmann note 39) p. 72 e.s.

⁴² Klein dans *le Guide du droit des sociétés*, tome 2 1991, § 44 Ann. 2

⁴³ Baumbach/Hopt, *Code commercial*, 30ème Ed. 2000, § 131 Ann. 19

⁴⁴ Klein note 42, § 44 Ann. 26

d'un actionnaire et dans les cas où aucune disposition à cet égard ne figurerait aux statuts, ce qui n'a pu être acceptée par la pratique juridique courante.

c) **Droit successoral - la modélisation des testaments**

La succession, lors du décès de K., c'est à dire la reprise en commun de la fortune du père par les deux enfants sur base d'égalité⁴⁵, ne satisferait pas aux souhaits de celui-ci. Le droit de tester garanti par la constitution permet à K. de disposer, à sa guise, de sa succession. L'existence de biens privés et de capital d'exploitation pour l'entreprise, des clauses régulatrices de la succession dans les statuts d'une société et la partie réservée aux descendants sont déterminants pour un testament. Le capital d'exploitation de l'entreprise est une partie de la base de succession de S. et soumis à l'impôt lors de la vente de l'entreprise; les biens privés ne sont pas, en principe, soumis à droits de succession⁴⁶ et, en ce qui concerne leur valorisation, indépendantes à court terme des fluctuations du marché.

La relation testamentaire avec la différenciation des biens a dû, par le remariage de K. être élargi à une relation plus personnelle: à côté des deux genres de biens, les intérêts divergents des deux enfants d'un premier mariage et de la seconde épouse, obligent à une compensation qui exige une formation de droit extrêmement complexe et absolument dédiée à ce cas individuel. Il ne faut jamais perdre de vue les intentions du testateur dont la réalisation doit être cherchée dans le cadre des instruments légaux du droit successoral. S'il existe plusieurs objectifs il faudra tendre à leur harmonisation ou prendre en considération les préséances dans l'intéressement contractuel des héritiers, § 1941 du C.C.

La jurisprudence concernant la réserve a fait émerger des types d'arrangements et elle propose des modèles de solution qui comprennent également les intentions spécifiques des testateurs, p. ex.. l'influence de celui-ci, au-delà de son décès, ou l'affectation séparée du droit à la jouissance et à la propriété de l'héritage.

Comme type de disposition de dernières volontés dans le domaine privé il faut penser, par exemple, au testament de l'époux divorcé, la disposition des parents d'enfants handicapés, la disposition des partenaires d'un pacte de vie non marital. Des arrangements dans

⁴⁵ Lors d'un mariage sans contrat la part est diminué à un quart, l'épouse hérite de la moitié, §§ 1931 Sect. 1, 1371 Sect. 1 C.C.

⁴⁶ Sauf en cas de mise spéculative § 23 Loi sur l'impôt sur le revenu.

le domaine de l'entreprise sont, par exemple, l'affectation de droits de jouissance des parts d'entreprises ou la désignation du successeur dans l'entreprise par des tiers⁴⁷.

Ces exemples montrent les ouvertures différentes du droit de succession à la formation de droit. En partant d'une construction type à laquelle on ajoutera des dispositions, on va définir les objectifs recherchés que l'on assurera légalement par l'introduction de réserves héréditaires.

d) Le droit familial - le contrat de mariage

Par le mariage prévu par K. se met en place le droit de succession maritale; lors d'un divorce il existe un droit de l'épouse aux acquêts du mariage. Ces droits, comme certaines autres conséquences financières du divorce, sont donc immédiatement liés à l'ordre successoral prévu par K. au profit de T., de la participation dans l'entreprise de S. et d'autres dispositions en cas de décès. Chaque mise en forme contractuelle doit maintenant non seulement tenir compte de la part réservée à l'épouse lors du décès mais aussi, en cas de divorce, de ses droits à une partie des acquêts.

À côté des contrats de mariage, au choix, en communauté ou en séparation de biens⁴⁸, le droit marital est ouvert à toutes les modifications du statut légal des biens dans le sens le plus large⁴⁹ et il n'est limité que par les règles générales de validité du droit contractuel, § 134 du C.C. (violation d'un interdit légal) et § 138 C.C. (violation des bonnes mœurs). La liberté contractuelle maritale n'est pas soumise au contrôle légal du contenu en ce qui concerne sa convenance⁵⁰, quoi qu'elle soit soumise à celui de la règle d'équité dérivée du § 242 C.C. en ce qui concerne son exécution et son applicabilité à certains moments et dans certaines circonstances matérielles⁵¹, comme lors de l'avènement d'un développement imprévu postérieur ou si l'on a omis au départ de tenir compte de l'intérêt d'une des parties du contrat.

⁴⁷ Nieder, *Guide pour la mise en forme des testaments*, 2ème Ed. 2000, Ann. 1276 e.s

⁴⁸ §§ 1414 e.s. C.C.

⁴⁹ Langenfeld, *Possibilités et limites de la formalisation de contrats en matière de contrat de mariage et de divorce*, Revue Notariale 1985, cahier spécial, p. 167 e.s., 170. Sauf la référence à un droit qui n'est plus en vigueur ou à un droit étranger conformément au § 1409 du C.C.

⁵⁰ Gerber, *Contribution à la discussion*, Revue Notariale 1998, cahier spécial, p. 298

⁵¹ Grziwotz, *L'objet du contrat de mariage ou de partenariat*, Revue Notariale 1998, cahier spécial, p. 228 e.s./260

Les modifications du statut légal des biens, qui part de la séparation des biens des époux, concernent la disposition "par moitiés"⁵² lors d'un décès ou d'un divorce. La distribution par moitiés des acquêts conjugaux peut être insupportable, pour celui des époux qui le réalise, et avoir pour l'autre des conséquences inéquitablement favorables: si le deuxième mariage de K. tourne mal et que celui-ci vend son entreprise pendant le mariage en faisant de gros bénéfices, après l'avoir mise sur pied avant le mariage, la règle des moitiés en faveur de l'épouse, qui a initié le divorce, est injustifiable.

Les points de départ typique pour la modification sont le divorce et l'isolement d'une partie des biens de l'application de la règle des moitiés pour former ainsi plusieurs masses de biens pour lesquels on peut limiter la compensation des acquêts, réalisés pendant le mariage,⁵³ à certaines parties de biens. Il existe bien sûr plusieurs possibilités de gradations qui sont compatibles avec les dispositions du droit allemand contractuel pour permettre la disposition des biens entre époux en cas de décès (contrat de mariage et de succession)⁵⁴.

La compensation légalement prévue des prétentions ou perspectives des époux aux soins et à l'entretien pour cause de vieillesse, d'incapacité de travail ou d'incapacité à soi-même pourvoir à son entretien sont possibles par des accords contractuels maritaux qui peuvent aller de l'exclusion totale jusqu'aux exclusions partielles et ces compensations peuvent prendre plusieurs formes et genres. Au total les conséquences des dispositions du droit successoral se laissent facilement transposer dans des contrats de mariage. La liberté de contracter, accordée par la loi, a conduit, du point de vue de la mise en forme de types, à une grande diversité de parts réservées, ce qui permet des formations individualisées. Celles-ci sont, dans un cadre légal plus ou moins étendues, possibles dans les quatre domaines juridiques pour lesquels on a donné des exemples et elles exigent la formation notariale de droit. La formation de droit ne signifie pas uniquement un développement continu et une concrétisation du contenu dans chacun des domaines juridiques mais une harmonisation entre tous en faveur des accords désirés par K.: l'abandon de la réserve de l'épouse de K. instauré dans le contrat de mariage conduit à des libertés testamentaires qui peuvent rendre nécessaire une préséance successorale anticipée.

3. La formation dans la législation de la protection du consommateur

⁵² *Commentaires de Munich/Kanzleiter*, tome 7, 4ème Ed. 2000, § 1408 Ann. 17

⁵³ *Commentaires de Munich/Kanzleiter* note 52, § 1408 Ann. 14

⁵⁴ Nieder, note 47, Ann. 1098

Le contrat de livraison et d'installation pour les systèmes d'automatisation fabriqués par K. est un contrat de consommateur au sens du § 24 de la loi sur les conditions générales de vente. La mise en forme de droit du contrat a comme base juridique le droit commercial en ce qui concerne la livraison et la loi sur les contrats d'entreprise en ce qui concerne l'installation. Les chevauchements entre les deux types de contrat légalement réglementés, par exemple la garantie en cas de manque de matériaux, sont à régler en donnant la priorité à la loi sur les contrats d'entreprise⁵⁵.

Chaque disposition contractuelle divergente est soumise à un contrôle du contenu, § 8 de la loi sur les conditions générales de vente. La conception du contrat signifie une application, extrêmement complexe, des trois bases juridiques mentionnées: le droit commercial, la loi sur les contrats d'entreprise et la loi sur les conditions générales de vente, dans le cas concret; ce n'est pas la formation de droit, mais bien l'application de la loi qui est demandée à l'encontre des exemples précédents.

L'acte notarial qui authentifie le contrat avec le consommateur est également soumis à un contrôle de contenu, même si celui-ci a été rédigé par le notaire et non par l'entrepreneur et cela indépendamment du fait si la clause en question n'était appliquée qu'une seule fois. La présence d'un seul accord individuel, sur le contenu duquel le consommateur peut avoir de l'influence et qui n'est donc pas pré-établi, conduit à l'exclusion de l'application de la loi sur les conditions générales de vente⁵⁶. En dehors du contrat avec le consommateur, le § 1 de la loi sur les conditions générales de vente s'attache à savoir qui pose les conditions générales de vente. Les réserves utilisées à plusieurs reprises et établies par le notaire, qui n'est pas partie du contrat, ne suffisent pas à ouvrir la voie vers un contrôle du contenu, on suppose alors qu'elles ont été créées sur l'initiative d'une des parties contractuelles ou que celle-ci s'en sert "en quelque sorte immédiatement"⁵⁷.

Les contrats de consommateurs affectent en premier lieu le champ d'activité du notaire dans le domaine des constructions clé en main, sous ses différents aspects. L'abandon de la formation de droit dans le contrat avec le consommateur est confronté à la demande croissante de mise en forme à l'initiation du développement de projets, conditionné par le

⁵⁵ Palandt-Sprau note 6, § 516 Ann. 4

⁵⁶ § 24 a n° 2 de la loi d'application de la loi fédérale

⁵⁷ Palandt-Heinrichs, note 6, § 1 de la loi d'application de la loi fédérale, Ann. 8

nombre croissant de transferts de terrains⁵⁸ et par l'application de la loi sur la propriété des maisons familiales et sur la construction de maisons en série où les exigences architecturales deviennent de plus en plus astreignantes⁵⁹.

4. Les conditions actuelles pour la formation notariale de droit

a) La liberté de contracter - l'équité contractuelle

La formation notariale de droit dans les relations juridiques pour les exemples cités, pré-suppose une doctrine en matière de services juridiques qui garantit au justiciable la liberté contractuelle et la liberté de déterminer le contenu du contrat. Le droit contractuel, qui par principe repose sur des dispositions et sur la liberté de configurer le contrat, reprise dans la loi sur les droits et obligations contractuelles permet la mise en forme de droit de mélanges atypiques de relations juridiques; il a donné lieu à des mises en forme qui reprennent les développements, dans la réalité du droit, et résolve contractuellement les problèmes d'intérêts divergents des parties prenantes. La latitude notariale de formation doit être déterminée par les limites de l'autonomie privée.

La conception libérale du Code civil, en ce qui concerne les contrats, part du point de vue que c'est la procédure du mécanisme contractuel qui légitime le contrat et non "l'équité" difficilement définissable, elle n'apporte donc pas de réponses suffisantes à la demande actuelle d'équité contractuelle⁶⁰. La compensation contractuelle des intérêts ne peut être attendue que de la parité fondamentale entre les parties partenaires du contrat⁶¹. C'est pour cela qu'il faut une base à partir de laquelle on peut mettre en oeuvre la liberté contractuelle.

Les limites un peu floues des §§ 138 et 242 du C.C. ont été concrétisées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale qui prend en considération les droits fondamentaux garantis par la constitution lors de l'application de clauses générales. Si "une des

⁵⁸ Un exemple typique est l'extension des obligations d'autorisation par le § 22 du code de construction concernant les fondations de maisons et l'obligation de protection contre les dangers sur base du § 4 du droit foncier fédéral.

⁵⁹ Voir Röhl, *Le problème des communs dans la division des droits de propriété*, Revue Notariale 1998, p. 345 e.s.

⁶⁰ Commentaires de Munich

⁶¹ Limmer, *L'équité contractuelle des actes notariés et la protection européenne du consommateur dans: Le notaire et le jubilé de la formalisation - Commémoration du notariat rhénan 1998*, p. 15 e.s., 27.

parties du contrat dispose d'une influence excessive au point de pouvoir, dans les faits, déterminer les règles unilatéralement, cette situation rend la partie adverse hétéronome"⁶². Par cette jurisprudence la Cour constitutionnelle impose un ordre de droit civil, dans la formation des cas modelables qui laissent déceler chez une des parties une infériorité structurelle⁶³ et charge hors proportion l'autre jusqu'aux limites imminentes de l'autonomie privée; cet ordre de droit civil doit permettre une intervention corrective en prenant en compte "les circonstances dans lesquelles le contrat s'est réalisé"⁶⁴.

La justice contractuelle, comme limite immanente de l'autonomie privée, est donc l'exigence à laquelle la formation notariale de droit doit se soumettre et à laquelle on peut donc juger la procédure notariale. Il faut bien sûr s'interroger sur les causes de la disparité contractuelle.

La prédominance hétéronome d'une partie d'un contrat peut reposer sur

- une supériorité de fait à laquelle l'autre partie ne peut échapper même si elle l'a décelé ou
- une infériorité de situation d'une partie d'un contrat qui ne distingue pas l'imposition hétéronome de la volonté de son partenaire.

La première alternative concerne des circonstances objectives, qui, même si elles sont reconnues comme telles par la partie en infériorité, ne mèneront pas à une formation contractuelle qui annihilera cette disparité. Le second cas ressort d'une disparité sur des bases subjectives, faute peut-être d'informations nécessaires, d'infériorité intellectuelle ou d'une infériorité dans la situation concrète de négociation⁶⁵.

b) L'équité contractuelle par authentification notariale des actes

Le résultat de la formation notariale de droit du contrat est en général⁶⁶ un acte public qui est établi d'après une procédure très stricte. Aussi bien la garantie de l'impartialité du no-

⁶² Constitution fédérale note 7, p. 1470,

⁶³ Constitution fédérale note 7, p. 38

⁶⁴ Constitution fédérale note 7, p. 39

⁶⁵ Limmer, note 61, p. 28, divise encore en quatre domaines d'infériorité.

⁶⁶ La préparation, par le notaire, du projet pour un client privé fait partie de sa mission pour laquelle s'appliquent également l'indépendance et l'impartialité, Seybold/Schippel/Reithmann note 5, § 1 Ann. 2

taire, § 3 de la loi sur l'authentification, que les obligations de vérification et d'information lors de la procédure, §§ 17 et suivants de la loi sur l'authentification, protègent les parties. La disposition centrale du § 17, sect. 1 de la loi sur l'authentification, qui impose au notaire d'assurer, par l'information, que le contrat authentifié:

- reflète la volonté réelle des parties,
- est approprié,
- se conforme à la loi, est clairement énoncé et
- ne pénalise pas les parties sans expérience et qui n'ont pas l'habitude de telles procédures⁶⁷.

L'élément de précaution est commun à toutes les exigences qui régissent l'établissement de l'acte avant tout engagement contractuel. Les circonstances et la pertinence des volontés des parties doivent être traitées sans ambiguïtés et d'une façon juridiquement exacte pour éviter des conflits potentiels ultérieurs. Un contrat adéquat, qui, est établi après informations quant aux volontés des parties et conseils judicieux, doit également comprendre des précautions suffisantes contre des conflits futurs et les mécanismes nécessaires à son enregistrement.

Pour l'accomplissement de l'équité contractuelle, l'obligation décisive notariale est d'éviter que la partie inexpérimentée ou mal informée soit lésée, § 17, sect. 2 S. 2 de la loi sur l'authentification. Si l'on applique le stéréotype de précaution notariale aux deux raisons de disparité qui entravent l'équité contractuelle on s'aperçoit clairement de l'efficacité et des limites de cette procédure: on ne peut rien contre la supériorité de fait mais on peut éviter une infériorité de situation.

Même si la partie inexpérimentée ou inhabile reconnaît la supériorité de fait de l'autre partie suite aux informations prodiguées par le notaire sur une certaine unilatéralité des clauses établies par l'autre partie, les instruments notariaux sont affaiblis et un contrôle du contenu par le notaire exclu, sauf en cas de violation des règles qui limitent la liberté contractuelle des §§ 134, 138 du C.C.

⁶⁷ Jerschke, *La réalité comme échantillon - la voie indiquée pour un contrat équitable*, Revue Notariale, cahier spécial 1989, p. 21 e.s., 23

Si une des deux parties est en infériorité de situation et si elle reconnaît, suite aux informations fournies par le notaire, la portée d'une clause exigée par l'autre partie, il se crée une situation contractuelle ouverte qui exclut la disparité.

La procédure de l'authentification notariale filtre le contenu contractuel pour atteindre l'équité contractuelle même là où les parties elles-mêmes n'ont que peu d'influence sur la mise en forme de droit du contenu et que toutes les deux elles préfèrent faire confiance au notaire pour la formation de droit. Le devoir d'impartialité du notaire lui défend la proposition ou l'établissement de toute clause unilatéralement favorable ou déséquilibrée⁶⁸.

La prédominance hétéronome par une supériorité de fait d'une des parties se manifeste dans le pouvoir économique, qui, dans la majorité des contrats standardisés impose la liberté contractuelle du plus fort. Les dispositions contraignantes de la loi pour la protection des conditions générales de vente ne représentent pas une diminution de la fonction formatrice de droit du notaire. Puisque la procédure notariale n'élimine pas la disparité de fait, les conditions générales de vente agissent comme un bouclier matériel qui complète la procédure notariale et propose une base pour garantir l'équité contractuelle, même dans les cas où la supériorité de fait d'une des parties est indéniable. Dans ce cas le contrôle d'équité du contenu est sériel au contrôle notarial du contenu⁶⁹, qui, par ses effets préventifs, est à privilégier.

Le modèle de précaution notarial, protégé par des lois d'application constantes en dehors des contrats individuels, couvre les exigences qui, d'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, sont à réclamer par l'équité d'un contrat. De plus les précautions exprimées, dans un contrat équitable, par la formation notariale de droit sont moins limitatives du droit individuel que les conséquences du droit issu des lois d'application des lois fédérales: elles ne réduisent pas la latitude contractuelle possible puisqu'elles ne doivent pas tenir compte des réglementations légales obligatoires qui ne sont pas appropriées aux cas individuels. Elles apportent également plus de sécurité juridique car le contrat notarié "équitable" a la préséance sur les plaintes ultérieures pour violation des dispositions de la loi sur les conditions générales de vente, celles-ci ne donnent leurs garanties d'exécution judiciaire que dans le cadre général des risques de procédure.

⁶⁸ Seybold/Schippel/Schippel note 5, § 1 Ann. 35 f.

⁶⁹ Heinrichs, *Transcription des directives européennes concernant les clauses abusives dans les contrats de consommateur*, NJW 1995 p. 153 e.s., 158

c) **La contrainte de forme**

Le modèle de précaution de la formation de droit par l'authentification notariale n'est efficace que lors de plaintes en justice. En tant que procédure elle n'entrave pas la liberté contractuelle⁷⁰ des parties mais elle alourdit la liberté de formation du contenu. Du point de vue individuel on voit, d'une façon primaire, la liberté contractuelle limitée par les frais en oubliant que l'équité contractuelle n'est pas uniquement le fait des parties du contrat mais également celui de la société. Il n'y a qu'elle qui entend la formation de droit comme un frein interne à l'autonomie privée⁷¹ et reconnaît l'utilité des buts objectifs de la fonction formatrice de droit⁷².

L'acte authentique notarial est la forme légale la plus puissante des services juridiques et elle est la seule qui soit, par son caractère précautionneux, contrainte à l'équité contractuelle. Le droit civil allemand ne connaît donc pas l'acte notarié comme une offre générale de formation de droit mais bien spécialement comme une formation de droit où les fonctions de forme donnent des indications quant à leur utilisation. Les exemples cités, concernant la succession envisagée par un transfert d'une propriété foncière, sont soumis à une mise en forme contraignante dans le droit successoral où des dispositions contractuelles obligatoires (contrat de succession) ont été voulues, mais pas pour les testaments et dans le droit des sociétés de personnes; et dans les contrats de consommateurs pour autant qu'ils concernent la propriété foncière.

V. **La formation notariale de droit dans un marché européen de services juridiques**⁷³

1. **Le droit des consommateurs comme fer de lance de la formation du droit civil européen**

La revue des préceptes actuels de la formation notariale de droit a démontré le développement national au moyen d'exemples qui, dans le contrat individuel, ne sont pas (encore) influencés par le développement juridique européen. Il n'y a rupture du système qu'à l'apparition du contrat des consommateurs, qui a été introduit par une directive européenne

⁷⁰ Häsemeyer, *La forme légale des actions juridiques*, Francfort 1971 p. 231

⁷¹ Häsemeyer note 7, p. 168

⁷² Ils pourraient être du domaine de l'intérêt publique (p. ex.. pour des actions juridiques concernant le statut, tel que l'adoption) et/ou dans le domaine privé, Häsemeyer note 7, p. 168 e.s.

⁷³ Richter note 20, p. 3

dans les lois d'application des lois fédérales⁷⁴. Concrètement cela signifie pour K. qu'il ne peut, par exemple, installer son propre système de régulation de chauffage dans la maison de sa fille et de son mari sans donner de garantie et à prix coûtant. Éventuellement on pourrait, avec succès, exiger de K. l'application de la garantie même si celui-ci avait de bonnes raisons pour demander l'exclusion de celle-ci dans ce cas précis⁷⁵.

Avec les directives⁷⁶ concernant le droit du consommateur il existe déjà maintenant un droit européen des consommateurs qui modifie considérablement les législations sur le droit des obligations des États membres.

Nouveaux et incisifs sont:

- le rattachement personnel de conséquences juridiques au concept de consommateur,
- la normalisation légale d'un contenu contractuel détaillé et contraignant,
- une forme écrite extensive, comprise comme informations à l'informateur, et
- la limitation de la volonté contractuelle par le droit de résiliation.

⁷⁴ Plus haut chapitre II, 2

⁷⁵ D'après le § 11 n° 10 de la loi d'application de la loi fédérale, une exception à la garantie n'est pas valable pour des choses nouvellement fabriquées ou installées même si cela est convenu dans un contrat à part. Puisqu'il s'agit ici d'un contrat de consommateur dans le sens de la directive CE 93/13 qui a donc préséance sur le § 24a de la loi d'application, les conditions du contrat pré formulées sont également à utiliser, même s'il s'agit d'une utilisation unique.

⁷⁶ Reich, nous donne une composition des directives concernant le droit des consommateurs. note 14) p. 541 e.s.; les directives les plus importantes concernant le droit contractuels sont:

- la directive 85/577/CE du 20.12.1985 concernant la protection des consommateurs pour les contrats qui ont été conclus en dehors du lieu de commerce,
- la directive 87/102/CE du 22.12.1986 concernant l'harmonisation des disposition de loi et le dispositions administratives des États membres au sujet du crédit à la consommation,
- la directive 90/314/CE du 13.06.1990 concernant les voyage à forfait,
- la directive 93/13 CE du 05.04.1993 concernant l'harmonisation des dispositions de loi et des dispositions administratives des États membres au sujet des clauses abusives dans les contrats de consommateurs,
- la directive 94/97 CE du 26.10.1994 pour la protection de l'acquéreur lors de l'acquisition de propriétés partagées dans l'immobilier,
- la directive 97/7 CE du 20.05.1997 concernant la protection du consommateur lors de la conclusion de contrats de vente à distance,
- la directive 1999/44 CE du 07.07.1999 sur certains aspects de l'achat de produits de consommation et les garanties pour les produits de consommation,
- la directive 2000/35 CE du 29.06.2000 pour la lutte contre les délais de paiement dans le commerce.

Si l'on entend par-là que ces principes, qui jusqu'à présent étaient étrangers au droit allemand, sont l'introduction à un modèle de droit d'obligations et de contrat européen⁷⁷ il ne reste pour la formation notariale de droit que peu d'espace; ces règles définitives soumettent les deux partenaires du contrat d'une façon rigoureuse au point où des formations individualisées de droit sont à exclure.

Plus en détail:

Le concept consommateur du droit communautaire abandonne les différenciations réelles⁷⁸, actuellement connues dans le droit des obligations allemand, au profit d'un rattachement plus général et personnel qui devrait absorber les inconvénients de "l'autre face" de la liberté de circulation des marchandises, services et capitaux, qui permettent des possibilités plus étendus mais également plus dangereuses dans le marché commun⁷⁹. À côté du rattachement particulièrement "positif" du droit allemand des obligations au commerce, le rattachement "négatif" aux activités de consommateur, laisse pâlir la signification des activités juridiques "normales". Le droit contractuel sera écartelé à cause des conséquences juridiques extrêmement différentes qui suivront le rattachement personnel ou non, surtout en ce qui concerne la possibilité de liberté de résiliation⁸⁰ pour un contrat qui autrement serait déjà définitivement activé.

⁷⁷ Hondius, *Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act*, 1996, a déjà en 1996 perçu, dans les directives concernant le consommateur, l'ébauche d'un droit européen de l'achat; et du même *Consumer Law and Private Law: the Case for Integration*, dans les Cahiers de l'Académie européenne du droit, Trèves, tome 25 199, p. 19 e.s., 22 f., *Dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne? - Les voies législatives et judiciaires*, Revue de la procédure 1995 p. 116 e.s., 122 examine des modèles pour un droit des obligation européen ou un code de commerce. Hoffmann, dans *L'analyse des techniques européennes de formation de droit dans le domaine du droit contractuel du point de vue de la Commission européenne*, dans les Cahiers de l'Académie européenne du droit, Trèves, tome 25 1999, p. 39 e.s., 48.

⁷⁸ Un peu le classement de certaines conséquences légales dans le cas d'une action commerciale, §§ 343 e.s. du Code de commerce, qui présuppose la qualité de commerçant dans le sens que lui donne le Code de commerce.

⁷⁹ Voir. Reich note 14, p. 64 f; Hoffmann note 77, p. 42 f.

⁸⁰ Les directives connaissent le droit de restitution et de révocation concernant la vente au porte-à-porte, les voyages au forfait, le exploitation en temps partagé et le commerce par correspondance pour lesquels, lors de la transposition dans le droit allemand, le droit à la révocation fut introduit dans le Code civil, § 361 du C.C.. C'est pour la première fois que le droit des consommateurs a reçu une structure par laquelle le concept consommateur et le concept entrepreneur ont été définis dans les §§ 13 et 14 du C.C., voir à ce sujet Bülow/Artz, *Les contrat de vente par correspondance et la structure d'un droit des consommateurs dans le C.C.*, NJW 2000, p. 2049 e.s.

Plus contestable⁸¹ encore que le rattachement personnel au concept de consommateur est l'utilisation contesté du contenu obligatoire du contrat du consommateur. On avance que des situations de fait extrêmement complexes, comme on les retrouve dans l'exploitation en temps partagé, seraient concevables et ouverts à réclamation quant à leur contenu. Le peu de succès qu'ils ont se vérifie par les formulations vagues suivantes, par exemple: "l'estimation du montant" que l'on exige, "que l'acquéreur devrait payer pour une installation commune ou un service commun"⁸², et où cette estimation ne doit manifestement même pas être appropriée, comme le précise l'annexe d2 à l'article 4 de la directive là où elle dispose que le délai d'achèvement du bien doit "être estimé d'une manière appropriée".

Cette forme écrite, que préconise le droit à la protection du consommateur est, pour garantir la preuve du contenu du contrat, à préférer à l'autorisation de contrats complètement dépourvus de forme. On peut néanmoins avoir des doutes considérables quant à la réalisation des objectifs d'information par écrit⁸³. Le paradigme d'information du droit de la protection du consommateur⁸⁴ peut le garantir contre des informations fausses et exiger des clauses contractuelles claires et compréhensibles, mais la perception de la qualité des informations données par le texte contractuel, aussi bien que la reconnaissance du sens des informations et de leurs conséquences juridiques éventuelles, comme en cas de conflits, restent absentes.

Finalement la plupart des directives contiennent des droits à la résiliation dont l'objectif légaliste était, à l'origine, d'éviter la surprise au moment de la signature du contrat⁸⁵ Il

⁸¹ Reich note 14) p. 64 f; Hoffmann note 77, p. 42 f.; Hommelhoff, *Le droit civil sous l'influence de l'harmonisation du droit européen*, AcP 192 p. 71 e.s., 86 f., 93 f.

⁸² Annexe i à l'article 4 de la directive, note 76, ; c'est avec raison que Martinek critique la nouvelle loi sur le temps de propriété partagé d'un bien foncier - une protection du consommateur mal interprétée pour les contrat de time-sharing, - NJW 1997 p. 1393 e.s., 1396, en ce qui concerne la forme et le contenu des dispositions légales concernant le exploitation en temps partagé; et c'est avec autant de raison que Hofmeister dans *La sécurité juridique dans le droit du consommateur - Forme dans le droit national et européen* - Revue Notariale, cahier spécial 1993, p. 32 e.s., 43, défend la thèse que la protection "répressive" du consommateur dans des relations juridiques complexes doit être soumis à une protection "préventive" par la formalisation professionnelle et le conseil judiciaire.

⁸³ Wolfsteiner, *La sécurité judiciaire dans la protection du consommateur - La forme dans le droit national et européen* -, Revue Notariale, cahier spécial 1993, p. 21 e.s., 24

⁸⁴ Reich note 14, p. 304 e.s.

⁸⁵ Un exemple typique est le droit de résiliation à l'article 5 de - la directive du 20.12.1985 concernant la protection des consommateurs pour les contrats qui ont été conclus en dehors du lieu de commerce, note 76

faut rattacher à cette idée que l'introduction d'un délai général de réflexion⁸⁶ semblait souhaitable, indépendamment des modalités de réalisation du contrat. Le prix à payer est une insécurité juridique augmentée⁸⁷, dans le cas où le consommateur doit, entre-temps et avant la mise à exécution totale du contrat, effectuer certaines prestations qui devront, lors d'une résiliation, être remboursées ou dans le cas de contrats liés comme le crédit à la construction entre le consommateur et l'entreprise.

Une graduation⁸⁸ complémentaire des droits de résiliation, qui serait rattachée à la mention ou non, dans le contrat, de certaines données minimales, complique encore la situation juridique. Si dans un contrat d'exploitation en temps partagé, par exemple, il manque l'estimation du montant, cité ci-dessus, que l'acquéreur doit payer pour les installations et les services communs, le délai de résiliation s'allonge de 10 jours à trois mois, circonstance dans laquelle on laisse ouvert la question à savoir si le consommateur sait cela dès le départ ou s'il est probable qu'il s'en doute avant la fin du délai. La raison pour laquelle on rallonge le délai de résiliation, dans la circonstance où cette estimation n'est même pas à être "appropriée" reste sans fondement légal valable.

Jusqu'à présent on n'a pas étudié d'une façon empirique l'utilisation du droit de résiliation. Il est, dès lors, un peu étonnant que le législateur européen s'embarrasse d'un instrument dont l'efficacité n'a pas été démontrée tout en ignorant la possibilité d'une étude juridiquement réaliste sur base d'une pratique, vieille de plusieurs années, de résiliation lors de vente de porte à porte.

Les limitations imposées à la formation notariale de droit par la législation sur la protection du consommateur pourraient s'ouvrir sur de nouveaux besoins de formation de droit dans l'application de cette législation:

⁸⁶ Reich note 14) p.65) Limmer, note 61, p. 31

⁸⁷ Drobnič, *Les nouveaux concepts juridiques pour la protection du consommateur européenne dans le nouveau droit contractuel européen et la protection du consommateur*, 1999, p. 201 e.s., p. 205 parle des droits de résiliation comme de facteurs "d'insécurité et de perturbation".

⁸⁸ Note 80); L'article 5 de la directive sur l'exploitation en temps partagé contient une graduation dans le temps, dans laquelle on donne des délais de résiliation différents sont couplés à l'absence des minima requis dans l'annexe de la directive. Plus à ce sujet chez Martinek, Grabitz/Hilf tome 2 A 13, Ann. 172 e.s.

En premier lieu lors du "vieillissement" des nouveaux types de contrat. Dans le droit de la protection du consommateur on normalise les limites très restreintes des relations contractuelles qui ont été développées dans des circonstances valables au moment⁸⁹ de la discussion et de la rédaction de la directive. Si l'environnement économique se modifie, il faudra que la pratique démontre si l'application de ces nouvelles directives reste possible ou s'il faut proposer l'adaptation de certaines clauses. S'il existe des possibilités d'adaptation, au vu du contenu contraignant de la directive, l'avenir nous le dira et cela dépendra, en premier lieu, de la jurisprudence future de la Cour européenne.

On demandera également une formation de droit pour la combinaison d'un contrat de consommateur avec d'autres types de contrat, pour autant que des dispositions légales ne règlent pas les conséquences juridiques du droit de résiliation pour le contrat associé⁹⁰. Si le vendeur de l'exploitation en temps partagé a également pris en charge d'autres prestations en relation avec le contrat du consommateur, comme p. ex. l'achat d'un bien immobilier appartenant à celui-ci, les conséquences de l'exercice du droit de résiliation devraient être formalisées dans le contrat annexe.

2. La complexité croissante de la solution des conflits

La standardisation établie par le droit du consommateur est diamétralement opposé au fait de la complexité croissante de la solution des conflits⁹¹ qui est concevable si on tente d'éviter le conflit au départ, par l'arbitrage et la médiation.

Le droit contractuel dans son rôle d'éviter les conflits doit également tenir compte du droit fiscal qui, au fil du temps, est devenu, pour une partie du moins, le moteur de certaines dispositions économiques⁹² et qui lui aussi limite la formation en droit civil ou la

⁸⁹ Hoffmann note 77, p. 48

⁹⁰ Le § 9 de la loi sur le crédit au consommateurs résout la relation entre le contrat de vente et le contrat de crédit au consommateur en ce qu'il considère que la résiliation du contrat de crédit annule également celui de la vente. De là les problèmes créés par la loi de la directive pour la pratique de la passation des actes; Kaufhold, *La protection du consommateur par le droit contractuel européen - les conséquences matérielles et institutionnelles pour la pratique notariale*, Revue Notariale 1998, p. 254 e.s.

⁹¹ Wagner, note 25, p. 89 e.s.; Richter, *Communication du congrès notarial belge 1999*, Revue de la procédure notariale 2000, page 156 f.

⁹² Un peu comme dans les modèles des maître de l'ouvrage, où des dispositions contractuelles pré formulées qui veulent assurer à l'acquisiteur les avantages fiscaux du maître de l'ouvrage sans lui laisser porter les risques de celui-ci, voir Schmidt/Drenseck, *loi sur l'impôt sur le revenu*, 19ème Ed. 2000, § 21 Ann. 110 f.

rend pratiquement impossible. C'est de cette façon que K. fera dépendre l'étendu du transfert à T., sur la voie de l'ordre successoral prévu, des droits de succession qui seraient prélevés et que, pour le choix de la forme juridique de la société à créer avec son fils S., il va comparer les avantages fiscaux. La formation notariale de droit devra donc tenir de plus en plus compte des conséquences fiscales pour éviter des conflits insolubles lors de l'évaluation des conséquences civiles et fiscales des contrats.

La complexité croissante du droit contractuel n'est pas limitée à la procédure qui précède la conclusion du contrat, elle continue dans son déroulement et son exécution, surtout pour des actions juridiques qui sont à enregistrer telles que celles concernant les biens immobiliers et les sociétés⁹³. C'est pourquoi le déroulement et l'exécution des actes exigent une gestion de l'exécution du contrat qui administre tous les éléments relevant de l'acte qui sont à fournir par des tiers et qui déchargent les justiciables des devoirs d'exécution. La formation du droit contractuel signifie dans ce cas l'association de l'exécution et des possibles obstacles⁹⁴ à celle-ci comme indicateurs pour garantir un déroulement contractuel sans heurts. La conciliation, sous la pression croissante pour le délestage des tribunaux⁹⁵, peut également conduire à de nouvelles formations notariales de droit dans le domaine contractuel. Mais c'est surtout la médiation qui remettra à jour les fonctions notariales classiques: le rôle de médiateur, institutionnellement garanti et totalement impartial, inconnu dans le droit anglo-saxon, sera redécouvert ainsi que ses procédures qui, au fond, ressemblent fondamentalement à celles de l'authentification⁹⁶ et qui se concluent par un accord contractuel.

Une autre facette de la solution des conflits a été rendue accessible par le § 15 du Code de procédure civile européen, en ce qu'il donne la possibilité aux Lands fédéraux d'introduire une procédure de conciliation obligatoire, en dehors des tribunaux, dans certaines affaires civiles par l'exécution de certaines procédures de conciliation avant procès. Le législateur bavarois a désigné, dans la loi bavaroise sur la conciliation du 25.04.2000, en dehors des

⁹³ Comme exemple actuel citons la transformation en Euro du capital des sociétés et le nouveau droit des entreprises, nommé d'après la réforme du Code commercial.

⁹⁴ Exemple: le genre d'identification d'une partie d'une superficie qui n'a pas encore été mesurée peut, dans un acte de vente, décider de sa capacité d'exécution, voir *Revue Notariale* 2000 p. 121 e.s.

⁹⁵ Wagner, note 25, p. 36

⁹⁶ Wagner, note 25, p. 101

avocats intéressés, tous les notaires de l'arrondissement judiciaire concerné pour ce rôle de conciliateur⁹⁷.

L'arbitrage, en dehors des tribunaux, qui a été expressément ouverte au notaire⁹⁸ peut conduire à de nouvelles formations de droit puisqu'elle est porteuse de l'idée de la médiation⁹⁹, qui, dans le statut du tribunal d'arbitrage et de conciliation est ouverte aux notaires allemands.

La conclusion électronique de contrats, en tant que nouveau médium¹⁰⁰ doit être reçue et mise en oeuvre par les notaires de façon à ce que les actes et les procédures notariales gardent leur qualité sinon on risque de voir se perdre la spécificité de la formation notariale de droit. Les risques encourus, dans ce cas, se retrouvent moins dans la technique de l'établissement de l'acte et le genre de documentation des faits, que dans la garantie que les volontés des parties¹⁰¹ soit correctement exprimé et que le notaire s'assure que les parties ont réellement compris de quoi il s'agit.

3. L'utilité de la formation notariale de droit pour le marché des services juridiques

La standardisation et la complexité sont les deux pôles contradictoires qui se dessinent comme déterminantes pour le marché européen des services juridiques. La standardisation, là où le législateur européen balaye, au moyen d'ordonnances et directives, les structures civiles qui se sont développées au fil du temps, la complexité dans les niches des contrats individuels, surtout en ce qui concerne le droit de succession, le droit familial et - peut-être avec certaines limites - dans le droit des sociétés et des biens immobiliers, ainsi que dans les domaines proches des techniques contractuelles de la conciliation et de l'arbitrage en dehors des tribunaux. L'utilité pour le marché décidera, dans le futur,

⁹⁷ Art. 5 Sect.1 de la loi bavaroise sur l'arbitrage, d'autres Lands fédéraux n'ont pas transféré l'arbitrage obligatoire en cas de différend au notariat, voir Schwarzmann "*Médiation et arbitrage de différends*" comme thème du 51ème Congrès des avocats allemands à Berlin, Communication du notariat bavarois 2000, p. 64 e.s., 65

⁹⁸ § 8 Sect. 4 *Règlements des notaires fédéraux*

⁹⁹ Wolfsteiner, *La cour de conciliation et d'arbitrage* (CCA), Le Notaire 1999 p. 115 e.s., 116; Wegmann, *Le concept de conciliation et le statut des cours de conciliation et d'arbitrage*, 1999 p. 122 e.s.,

¹⁰⁰ Erber-Faller, *Les perspectives des activités juridiques par voie électronique*, Communication du notariat bavarois, 1995, p. 182 e.s., 187 f; Kindl, *Les activités juridiques par voie électronique*, Communication du notariat bavarois, 1999, p. 29 e.s.

¹⁰¹ Wolfsteiner note 99, p. 32

s'il y a une demande pour la formation notariale de la part des individus et de la communauté judiciaire institutionnelle.

La formation notariale de droit signifie des précautions avant la conclusion du contrat par le biais de conseils et d'informations dont la prise en considération du subjectif reste l'âme. La formation notariale de droit va de pair avec des frais; et elle est manifestement supérieure au contrat formellement faible qui par son manque de précautions conduit à des conflits dans les relations contractuelles. La perception que les parties ont, de l'offre de formation notariale dans le droits des contrats et obligations, n'est pas importante, pour autant qu'elles soient tenues aux exigences de forme de l'authentification notariale.

Si elle n'avait ses préceptes, la formation notariale de droit dépendrait de sa reconnaissance par les parties des avantages de l'acte public, parties qui ont surtout l'œil rivé sur les résultats. Néanmoins, la mise en forme contractuelle indépendante et impartiale par le notaire, donc l'offre de celui-ci sur le marché, n'est pas, en tant que telle, un argument pour la prise en considération par le consommateur des services notariaux, sa préférence irait plutôt vers un conseiller en affaires contractuelles qui s'occuperait uniquement de ses intérêts. Ce sont simplement les frais inhérents à la considération que l'appel aux services d'un seul notaire peut éviter le prix de deux avocats qui influent sur la décision. Malgré des activités et des objectifs de protection différents¹⁰², il faut faire la parallèle entre les métiers de notaire et de commissaire aux comptes. Les tâches de contrôle effectuées par celui-ci dans l'intérêt public sont légalement réglées et contraignantes, sauf pour les petites sociétés à capital et de personnes, § 316 du Code de commerce, où elles ne s'applique qu'exceptionnellement sur base volontaire et encore pour des considérations purement utilitaires.

Du point de vue de la communauté juridique, donc sous les prémisses d'une régulation appropriée et nécessaire du marché, le résultat spécifique de la formation notariale - l'acte authentique public - avec sa conséquence juridique de l'exécution immédiate et du pouvoir de preuve plus élevé, nécessite une justification qui résulte du genre d'offre sur le marché¹⁰³: ce n'est que par l'indépendance et l'impartialité du notaire et des procédures établies suivant ces principes que l'infériorité de situation d'une des parties peut être

¹⁰² Voir note 22

¹⁰³ Voir III ci-dessus 1

compensée par l'information et l'instruction que se justifie le caractère spécifique de l'acte authentique public et sa reconnaissance dans toute l'Europe comme base d'exécution conformément à l'art.50 CCJ (Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale)¹⁰⁴. C'est donc du ressort de la communauté juridique, dans le cadre de la régulation du marché européen des services juridiques, de décider quelle est la valeur et la place de l'offre de services juridiques notariaux dans laquelle les contraintes de forme ou les conséquences de la forme comme appui pour s'assurer de la considération des intervenants sur le marché..

Dans un cadre européen, la demande de contrainte formelle par authentification notariale, ne peut être que difficilement augmentée, puisque le notariat, avec ses accents latins, n'existe pas dans tous les États membres de l'Union, il est néanmoins possible de rattacher à l'authentification notariale des conséquences formelles qui forcent le système rigide des directives qui élimine toute liberté contractuelle individuelle. Cela présuppose que le législateur européen, pour le droit contractuel et également pour le droit de la protection du consommateur, abandonne les contenus obligatoires des contrats au profit de la prévention, avant contrat, par l'authentification notariale, par laquelle la supériorité de fait d'une des parties du contrat est évitée par les règles protectrices issues des droit du Code des lois.

Un droit des consommateurs qui n'utiliserait pas ces possibilités et se repose uniquement sur des dispositions contraignantes, une information écrite et le droit de résiliation, fait craindre un appauvrissement de la culture juridique du futur¹⁰⁵. Sur base de sa procédure préventive et en laissant la place nécessaire pour la formation de droit, l'authentification notariale pourrait, comme offre de formation, remplacer les droits de résiliation stéréotypés qui impliquent l'insécurité juridique¹⁰⁶. De plus il faut différencier les relations factuelles considérées dans la protection du consommateur; personne n'exigera sérieusement l'introduction d'actes notariaux dans le commerce de porte à porte. Objets de l'authentification notariale seraient, avant tout, les relations factuelles qui règlent des situations juridiques difficiles et lourdes dans leur mise en oeuvre, (p. ex.. le time-sharing) ou des rela-

¹⁰⁴ Hellge, *Les perspectives européennes pour les notariats nationaux*, Journal de notariat autrichien, 2000, p.. 1 e.s., 3

¹⁰⁵ Drobnig souligne la supériorité de l'authentification notariale sur les autres mécanisme contractuels, les informations et le droit de résiliation. note 87, p. 205

¹⁰⁶ Drobnig note 87, p. 205

tions à long terme (p. ex.. le crédit à la consommation). Et pour le reste, les contrats authentifiés même s'ils touchent le droit issu des directives, devraient être exclus de la guidance que celles-ci préconisent dans d'autres domaines, un peu comme s'il s'agissait de la vente à distance dans le cadre d'un processus authentifié par notaire.

L'exigence d'ouverture du droit du consommateur européen à la formation de droit par actes notariés gagne en actualité sur l'arrière fond d'une nécessité de plus en plus reconnue de codifier dans un droit du consommateur harmonisé, le droit hétéroclite issu des directives dans lesquelles il faudra reformer les dispositions, extrêmement divergents, sur les délais et les conditions de résiliation¹⁰⁷. En raison de la réflexion, récemment intensifiée, concernant un droit contractuel européen autonome, il s'agit, et au-delà des quelques essais dans le droit des consommateurs, donc d'une façon beaucoup plus générale, de prendre les caractéristiques de formation de l'acte authentifié par notaire comme base d'un modèle pour le droit contractuel européen¹⁰⁸. Il faudra donc convaincre le législateur européen que l'authentification notariale peut valablement remplacer, dans les contrats, l'automatisme rigide et contraignant, avec comme avantage une prévention qui garantit la bonne compréhension du contenu contractuel et - protégée par les conditions générales de vente - débouche sur l'équité contractuelle.

4. De la nécessité d'une législation européenne de la procédure d'authentification

Dans un marché de services juridiques les précautions notariales ne sont utiles que si les actes notariaux authentifiés garantissent l'équité contractuelle dans tout l'espace européen. Il est donc nécessaire de garantir que le notaire pourra agir en toute indépendance et impartialité, un mélange d'intérêts avec d'autres participants dans le marché des services juridiques doit donc être, soit complètement exclu, soit tellement limité qu'il ne gêne nullement le traitement des cas concrets. De plus il faut rendre obligatoire dans tout l'espace européen l'équité contractuelle par l'obligation du conseil et de l'instruction antérieure à la conclusion du contrat¹⁰⁹. Sans cette garantie harmonisée des clauses élémentaires

¹⁰⁷ Limmer, note 61, p. 32; Drobnič note 87, p. 207

¹⁰⁸ Audition du comité parlementaire européen du 21.11.2000, l'harmonisation du droit civil et commercial des États membres de l'Union, rapporteur Klaus Heiner-Lehne; une discussion scientifique qu sujet du "droit du marché privé" a commencé depuis longtemps, Hommelhoff note 81 p. 105; Zimmermann, *Les contours du droit contractuel européen*, Revue Juridique 1995 p. 477 e.s. Micklitz, *Un droit d'achat unique pour le consommateur dans l'UE?* Revue européenne de l'économie 1997 p. 229 f. Drobnič, dans le discours commémoratif de Ernst Steindorf 1990, *Un droit contractuel pour l'Europe*, p. 1140 e.s..

¹⁰⁹ Dans la langue nationale du justiciable, ce qui est à garantir par la traduction.

res de procédure, qui semblent aux yeux du législateur européen les plus sûres instruments pour le rétablissement de l'équité contractuelle, il n'y aura pas de reconnaissance européenne de la procédure d'authentification; la fonction de formation notariale de droit disparaîtra du droit civil par l'eupéanisation d'autres domaines du droit.

Le produit notarial sur le marché, c'est-à-dire l'acte authentique public national, doit pour cela devenir l'acte authentique européen dont la création est à garantir par un droit de procédure d'authentification. À côté des composants institutionnels, la sauvegarde de l'indépendance et de l'impartialité notariale sont à régler par cette procédure d'authentification qui sert à l'accomplissement de l'équité contractuelle: le conseil préventif et l'instruction préalable.

En considérant les structures et la diversité des missions et tâches des différents notariats en Europe, il ne peut s'agir de demander l'harmonisation totale du notariat par le biais de l'introduction d'un droit de procédure d'authentification. Il faudra se limiter, dans ses objectifs, à l'installation d'une procédure unifiée pour les contrats actuels comme standard minimal dans l'Union européenne, et le couler en forme de directive avec les conséquences attendues que cette offre de formation de droit aura, lors d'une eupéanisation étendue du droit des contrats et des obligations, sur la procédure de création législative - et le présenter en tant qu'offre favorable à l'Europe dans les échanges juridiques et comme "nouvelle" procédure d'authentification.

Il manquerait à l'Union européenne la compétence¹¹⁰ pour réaliser l'harmonisation totale de la procédure d'authentification qui ne prendrait en considération que le droit des contrats et des obligations pour le marché commun. Cependant à la question de l'extension de la compétence au droit européen des contrats et des obligations, l'article 95 du Traité UE (Amsterdam) offre des réponses et des perspectives bien fondées¹¹¹. L'inter-

¹¹⁰ En se référant à l'art. 45 du Traité de l'UE (Amsterdam), l'utilisation de la force publique par le notaire irait à l'encontre d'une disposition fondamentale de la procédure d'authentification. Il devrait néanmoins être possible d'utiliser les règles limitées du droit contractuel pour autant qu'elles n'affectent pas la question de l'exécution immédiate de des actes notariés.

¹¹¹ Basedow, *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, Revue International De Droit Comparé 1998 S. 7 e.s., 22, voit pour le droit contractuel européen dans l'art. 95 du Traité UE (Amsterdam) une ouverture, sans ambiguïtés, vers la compétence notariale, voir également Schwarze/Herrfeld, *Commentaires UE*, 2000, art. 95 du Traité UE ann. 12, 22 f.; von der Groeben/Bardenhewer/Pipkorn, *Commentaires sur le Traité UE*, tome 2, 5ème Ed. 1999, art. 100 a ann. 26

connexion croissante européenne est à l'origine de demande de plus en plus insistante pour une harmonisation des législations et des réglementations administratives entre les États membres¹¹² parce qu'une législation ponctuelle dans le domaine du droit contractuel ne suffit plus à garantir le fonctionnement du marché commun.

Ces questions de formalisation¹¹³ de droit et leurs corollaires, les structures professionnelles (indépendance et impartialité) qui doivent être inséparables des objectifs¹¹⁴ de la formation de droit, appartiennent également au droit des contrats et des obligations.

Le principe de subsidiarité, exprimé à l'article 5 du Traité EU (Amsterdam), ne s'oppose pas au droit des contrats européen, parce qu'une organisation unifiée du droit contractuel comme objectif pour le marché commun appartient aux exceptions qui se situent "à un niveau que les États membres ne peuvent suffisamment atteindre", l'article 5 du Traité UE (Amsterdam)¹¹⁵.

Les notariats européens ont fait un premier essai avec le Code Européen de Déontologie Notariale¹¹⁶, qui entre-temps a été ratifié par pratiquement toutes les organisations de notaires¹¹⁷. Les règles retenues dans celui-ci, complétées pour atteindre un standard minimal pour la procédure d'authentification, pourraient devenir le contenu d'une directive qui serait la base à prendre en considération pour l'authentification notariale lors de prises de mesures législatives futures par le législateur européen.

Des réserves contre une harmonisation, à un possible niveau inférieur que celui atteint par la procédure dans certains États, peuvent être contrées par la considération que des règles plus strictes, que ceux du standard de la directive, seraient permises. Ce que

¹¹² Richter, *Le notaire dans le droit des Communautés européennes*, Communication du notariat bavarois, cahier spécial 1990 p. 20 e.s., 25; Hommelhoff, note 81 p. 73.

¹¹³ Häsemeyer note 7, p. 267 f.

¹¹⁴ Häsemeyer note 7, p. 168 f.

¹¹⁵ Basedow, note 111, p. 17 e.s.; Müller-Graf, *Le droit communautaire européen et le droit privé*, NJW 1993 p. 13 e.s., 17, met l'accent sur la perte de sens du principe de subsidiarité dans les affaires judiciaires dans le marché commun; Seidel, *L'harmonisation minimale dans le marché commun*, 1996, Prise de position p. 68 e.s.; 79, fait remarquer que les souverainetés pour la formalisation dans l'Union européenne en ce qui concerne le marché commun ne doivent pas être "minimales" mais bien fonctionnellement appropriées; contre une solution unifiée, Sturmer, *Les actes notariés dans les échanges de droit européens*, Revue Notariale 1995, p. 343 e.s., 356

¹¹⁶ *Un Code européen pour un droit notarial* du 03./04.02.1995, Revue Notariale 1995, p. 329 e.s.

¹¹⁷ Schippel, *Le Code européen du droit notarial*, Revue Notariale, 1995, p. 334 e.s. 342

Schippel¹¹⁸ a constaté pour la déontologie notariale serait également valable pour une directive sur la procédure européenne d'authentification: "Elle aiguise chez tous les États membres l'envie pour la meilleure constitution possible du notariat et elle peut, peut-être même avec une plus grande probabilité que l'aspiration vers le bas, faire naître la conviction que le notariat en Europe ne pourra remplir sa mission, et par la même occasion garantir son existence, que s'il harmonise ses devoirs professionnels à un très haut niveau."

Une existence dans des niches spécialisées ou une large formation active du droit contractuel par le notaire, ce sont là des alternatives qui seront décidées au niveau européen. Des opportunités pour une formation de droit future sur la voie de la prévention notariale ne se présenteront qu'à l'avènement d'une procédure notariale européenne qui garantit, d'une manière absolue, l'équité contractuelle. On pourrait s'imaginer alors un amendement à la directive concernant l'exploitation en temps partagé qui dispose, que si le contrat est authentifié par notaire et si l'on a retenu les clauses essentielles, qui pour ce type de contrat on le même caractère que les disposition du Code des lois, les droits de résiliation pourraient être abandonnés et le contrat serait d'application dès sa conclusion, et d'autres dispositions que pourraient prendre les parties après la conclusion du contrat ne seraient pas mises en danger et on éviterait les conflits.

¹¹⁸ Schippel, note 117, p. 343

VI. Thèses

1. La formation notariale de droit s'applique aux services juridiques. Elle préconise, dans le domaine de la formation, la liberté contractuelle.
2. L'indépendance et l'impartialité sont les caractéristiques fonctionnelles de la formation notariale de droit dans le marché des services juridiques. Elles justifient les précautions contractuelles avant la conclusion d'un contrat comme une prestation de service spécifique au notaire.
3. Dans le droit réel allemand la fonction de formation de droit du notaire est présente d'une façon impressionnante dans le droit des contrats et obligations, le droit des sociétés, le droit successoral et le droit familial.
4. La liberté de contracter et l'équité contractuelle ne s'excluent pas, pour autant que la disparité, telle que la supériorité de fait ou l'infériorité de situation d'une des parties peuvent être évitées. Les précautions contractuelles introduites par le notaire dans le contrat éliminent une infériorité de situation.
5. Les limites légales de la liberté contractuelle, qui se rattachent à la "mise en place" de conditions contractuelles par une des parties et par conséquent conduisent à un contrôle judiciaire du contenu, évitent l'infériorité de fait d'une des parties du contrat.
6. L'authentification notariale, comme précaution qui conduit à l'équité contractuelle par une forme "interne" appropriée au contenu, rend superflu la limitation de la liberté contractuelle par des dispositions légales contraignantes et permet des formations subjectives. Se soumettre à la forme devrait signifier le droit des parties de librement décider du contenu contractuel et entraîner l'obligation contractuelle dès la conclusion de l'action juridique.
7. La procédure notariale, pour obtenir l'équité contractuelle, constitue la légitimation de la fonction formatrice de droit du notaire dans le droit des contrats et des obligations. L'eupéanisation des règlements du droit contractuel des États membres exige une procédure d'authentification européenne pour garantir la fonction formatrice de droit du notaire.