



## **ETUDE SUR LA DÉFINITION DE L'ACTE NOTARIAL AUTHENTIQUE et** **ASPECTS ECONOMIQUES**

**DOCUMENT ÉLABORÉ PAR LE GROUPE DE TRAVAIL « ACTE AUTHENTIQUE » DE  
L'UIINL. PRÉSIDENT : ENRIQUE BRANCÓS NUÑEZ.**

### **PRÉAMBULE**

La présente étude a pour objet de présenter brièvement et de clarifier les raisons pour lesquelles l'efficacité de l'acte authentique est supérieure à celle de tout autre document. A savoir, pourquoi il est dépositaire de foi publique.

Il nous faut commencer par signaler une évidence. Des documents dotés de contenu et d'effets juridiques existent depuis que l'homme a appris à s'exprimer à travers des graphismes. Parmi ceux-ci figurent ceux qui documentent des affaires juridiques conclues entre particuliers. À partir de là, des formules ont été progressivement trouvées afin d'améliorer leur efficacité grâce à l'ajout de garanties insérées dans la formalisation.

Ces garanties sont parfois très élémentaires, tel le cas du *deed* de Common Law, dans lequel la présence de deux témoins, l'apposition d'un timbre et la formule sacramentelle *signed as a deed* suffisent. Le *deed* est considéré comme une preuve supplémentaire, à l'instar de toute autre preuve, et ne peut bénéficier d'aucun privilège.

En revanche, les garanties sont beaucoup plus complètes et sophistiquées s'agissant de l'acte authentique, dont la source la plus récente se trouve dans les *iuditia ficta* du Moyen Âge, où les parties, en vue de conférer à l'acte vérocité et caractère exécutoire, simulaient par-devant le juge une demande qui était consentie par la partie défenderesse. Le juge veillait à la légalité de l'acte, qui avait ainsi la valeur d'une sentence. Personne ne pouvait le contester ou s'opposer à son exécution, sauf, à titre purement exceptionnel, en cas de défaut. Le rôle du juge sera progressivement exercé par des fonctionnaires hautement spécialisés, à savoir les notaires. Vis-à-vis du document leur fonction sera analogue à celle du juge, et les effets survenus seront identiques à ceux des sentences, sous réserve de l'éventuelle révision de la part du pouvoir institutionnel. Mais, en principe, le document sera reconnu et exécuté en tant que document authentique. Il est dépositaire de foi publique.

Cet ensemble de garanties qui incorporent la présence du notaire et confèrent ainsi au document des effets substantifs, probatoires et exécutoires particuliers, a été reconnu par les plus hautes instances juridictionnelles. Ainsi, par exemple, la sentence du Tribunal de Justice de l'Union européenne en date du 9 mars 2017 stipule que *le fait de réserver les activités reliées à l'authentification des actes portant sur la création ou le transfert de droits réels immobiliers à une catégorie particulière de professionnels, à laquelle s'attache une confiance publique et sur laquelle l'État membre concerné exerce un contrôle particulier, constitue une mesure appropriée pour atteindre les objectifs de bon fonctionnement du système du livre foncier, ainsi que la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers .....l'intervention du notaire est importante et nécessaire.....vu que la participation dudit professionnel ne se borne pas à confirmer l'identité de la personne qui a apposé sa signature au pied du document, mais implique également le fait que le notaire a pris connaissance du contenu de l'acte en vue de garantir la légalité de la transaction en cours, et qu'il a constaté la capacité dont jouit la personne intéressée pour pouvoir accomplir des actes juridiques.* Et ce même Tribunal renforce cette reconnaissance en stipulant dans sa

sentence du 24 mai 2011 que *le fait que les activités notariales s'accomplissent en vue de buts d'intérêt général visant, notamment, à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, constitue un motif de caractère général impératif qui justifie d'éventuelles restrictions à l'article 49 TFUE relatives aux particularités qui caractérisent l'activité notariale, telles que l'organisation des notaires à travers des procédures de sélection qui leur sont applicables, la limitation de leur nombre ou de leurs compétences territoriales, et même leur régime de rémunération, d'indépendance, d'incompatibilité ou d'inamovibilité.*

Pour expliquer pourquoi l'efficacité de l'acte authentique est supérieure à celle de tout autre document, tel le *deed* de Common Law, cette étude prend comme point de départ la définition de l'acte authentique élaborée au sein de l'UINL et la CNUE, et -sur la base des Principes fondamentaux du Notariat latino/germanique et des Normes de déontologie et Règles d'organisation notariale- analyse ce que les Règlements de l'UE appellent « procédure d'authentification », en veillant tout particulièrement aux garanties qu'elle regroupe, qui vont de l'organisation, la responsabilité et le régime des notaires jusqu'à leur propre travail précis et rigoureux dans l'élaboration et la validation de l'acte authentique.

Cette étude est un premier pas visant à instaurer la circulation universelle des actes authentiques en tant que documents dotés d'une efficacité supérieure à celle de tout autre document.

### **POINT DE DEPART**

Nous prendrons comme point de départ les définitions de l'acte authentique issues des Assemblées de l'UINL et de la CNUE qui se sont tenues à La Granja le 16 juin 2017 et à Cancún le 11 novembre 2017 en y soulignant les principaux points.

Le terme « acte authentique » signifie un **acte dressé en tant qu'acte authentique** et :

(i) dont **l'authenticité** porte sur la **date, la signature et le contenu des actes juridiques et des relations juridiques inscrits dans l'acte.**

(ii) qui a été **établi par une autorité publique ou un déléataire de l'autorité publique** qui a reçu de manière permanente **des pouvoirs spéciaux de l'État** pour dresser des actes authentiques, conformément à une **procédure légale.**

En vertu de cette procédure, l'autorité publique ou le déléataire de l'autorité publique est tenu :

--- de veiller à ce que les parties donnent un **consentement éclairé** en parfaite connaissance de la **portée juridique et des conséquences** de l'instrument ;

--- d'agir en toute **indépendance et impartialité** ;

--- de **vérifier l'identité et la capacité juridique des parties** ainsi que la **légalité de l'acte**;

--- de fournir aux parties des **informations juridiques complètes et compréhensibles** ;

--- et, comme conséquence du contrôle de légalité et validité de l'acte, de **refuser son intervention si l'acte recherche un but illicite ou de mauvaise foi.**

L'acte authentique se caractérise par ses qualités de **pérennité et d'efficacité renforcée.**

Nous aborderons à présent l'analyse des principaux éléments constitutifs de la définition de l'acte authentique reproduite ci-dessus.

## **ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA DÉFINITION**

### **1 . Établi par une autorité publique ou un délégataire de l'autorité publique qui a reçu de manière permanente des pouvoirs spéciaux de l'Etat.**

#### **1.1 La délégation de la fonction publique et ses conditions. Notion d'autorité.**

La foi publique fait partie des pouvoirs de l'Etat. Le seul dépositaire de foi publique est celui qui l'exerce parce que l'Etat lui en confère l'autorité ou lui délègue l'exercice de ladite autorité.

Cette notion apparaît clairement dans les derniers Règlements de l'Union Européenne, dans lesquels l'authenticité est définie comme une notion autonome du droit communautaire, affectant ainsi et s'appliquant directement dans tous les Etats membres de l'UE.

**\*\*Règlement UE 650/2012, Attendu 62) : «L'authenticité»** d'un acte authentique doit être un concept autonome recouvrant des éléments tels que la véracité de l'acte, les exigences de forme qui lui sont applicables, les pouvoirs de l'autorité qui le dresse et la procédure suivie pour le dresser. Elle doit également recouvrir les éléments factuels consignés dans l'acte authentique par l'autorité concernée, tels que le fait que les parties indiquées ont comparu devant ladite autorité à la date indiquée et qu'elles ont fait les déclarations qui y sont mentionnées. Une partie souhaitant contester l'authenticité d'un acte authentique devra le faire par-devant la juridiction compétente de l'État membre d'origine de l'acte authentique, en vertu de la loi dudit État membre ».

**\*\*Règlement 44/2001** : la définition de la notion de « tribunal » comprend « toute autorité désignée par un Etat membre comme étant compétente à l'égard des affaires relevant du champ d'application du [...] Règlement ». Le notaire fait partie de ces autorités, tel que précisé par le Tribunal de Justice de l'Union européenne dans le cas 484/15, relatif à un TEE émis par un notaire croate. Ce dernier est une autorité aux termes du Règlement, mais il n'exerce pas de fonction juridictionnelle, laquelle incombe aux juges. Ses actes demeurent toujours assujettis à une éventuelle révision de la part du pouvoir juridictionnel.

**\*\* Règlement 650/2012** : aux fins dudit Règlement, le terme « tribunal » comprend non seulement les organes judiciaires, mais également toute autorité compétente en la matière exerçant des fonctions juridictionnelles, et répondant aux conditions établies par la même disposition. La même notion ressort du cas 551/15 TJUE.

Les Règlements suivants vont dans le même sens :

**\*\* Règlement (UE) 2016/1103**, qui prescrit une coopération renforcée en matière de compétence, de loi applicable, de reconnaissance et d'exécution des résolutions concernant les régimes économiques matrimoniaux.

\*\* Règlement (UE) 2016/1104, qui prescrit une coopération renforcée en matière de compétence, de loi applicable, de reconnaissance et d'exécution des résolutions concernant les effets patrimoniaux des unions enregistrées.

De nombreuses législations de pays membres de l'UINL partent du même principe : le notaire détient la qualité, soit de fonctionnaire, soit de délégué d'une fonction publique. Le choix des normes référencées est justifié par le fait qu'il s'agit de dispositions de nature plurinationale qui homogénéisent et rassemblent la fonction notariale, afin qu'elle puisse produire des documents notariaux authentiques susceptibles d'être reconnus et exécutés dans tous les pays sur un pied d'égalité.

En définitive, la fonction d'authentification, la foi publique, revient à l'Etat, et lui seul peut la conférer à ses autorités, ou aux délégués de ladite autorité. A défaut d'attribution de la part de l'Etat il n'y a ni foi publique ni véritable authenticité dans le sens ci-dessus énoncé.

C'est ainsi que les « Normes de déontologie et Règles d'organisation notariale » stipulent que « Le notaire est un officier public qui tient une délégation de pouvoir de l'Etat, lui permettant de conférer aux documents qu'il rédige le caractère d'authenticité, d'en assurer la conservation, et de leur donner la force probante et la force exécutoire ».

## **1.2. Accès à la fonction publique et conditions. Exercice individuel contre exercice à titre corporatif. Niveau minimal exigé du notaire : homogénéité de sa formation.**

La Résolution n°7 de l'Assemblée des Notaires membres de l'Union tenue à Rome en novembre 2005 stipule que la condition essentielle en vue d'accéder à l'exercice de la profession notariale est que le candidat détienne un diplôme en droit. L'article 5 des Règles d'organisation notariale exige en outre que le notaire détienne la qualification juridique la plus élevée de son pays en matière d'exercice du Droit, et dispose des connaissances légales nécessaires au contrôle efficace et juste de la légalité des actes et documents qu'il devra authentifier.

La Résolution Rome 2005 susvisée stipule comme condition essentielle que la fonction notariale soit publique, et exercée de manière indépendante et impartiale. Le Titre 1.2. des Principes Fondamentaux du Notariat de type latin complète cette exigence comme suit : « La fonction notariale est une fonction publique, et en conséquence le notaire détient l'autorité de l'Etat. Il exerce sa fonction de manière impartiale et indépendante, en dehors de toute hiérarchie étatique. Le notaire n'agit toujours qu'au nom de l'Etat, qui délègue en lui sa fonction d'authentification ».

Bien que dans certains pays le notaire soit un fonctionnaire public intégré dans l'administration administrative de l'Etat, ceci n'affecte pas la valeur de l'acte authentique si ledit notaire introduit dans le document qu'il élabore toutes les garanties analysées dans la présente étude. A cet égard, même en cas d'absence de l'organisation coopérative requise pour être membre de l'UINL, les actes authentiques dressés par ce notaire auront la même valeur et la même aptitude à circuler au niveau international que les actes élaborés dans les pays membres de l'UINL.

### **1.3. Fonction des organes corporatifs. Contrôle corporatif, procédures et portée.**

La résolution n°7 de l'Assemblée des Notaires membres tenue en novembre 2005 à Rome stipule que pour pouvoir être membres de l'Union Internationale, les notaires d'un pays donné doivent être organisés légalement. Le Titre III, 12, des Principes fondamentaux du Notariat de type latin exige que les notaires appartiennent à un organe collégial, obligation énoncée dans l'article 21 des Normes de déontologie et Règles d'organisation. L'article 26 stipule que l'État, directement ou par l'intermédiaire des Collèges ou Associations de notaires, détient les pouvoirs d'examen, de contrôle, d'inspection et de sanction de l'activité notariale, qui sera soumise au contrôle des tribunaux. Les infractions et sanctions seront établies légalement, conformément au principe « *nula poena sine lege* ». Dans les cas les plus graves, la sanction corporative peut consister dans la suspension temporaire des fonctions et même dans l'exclusion de l'Ordre notarial.

La confiance des Etats dans la délégation du pouvoir d'inspection aux Associations et Collèges notariaux varie au cas par cas. Certains pays ne comprennent pas que ce sont les notaires eux-mêmes qui ont en premier lieu intérêt à ce que le système notarial fonctionne correctement, car il y va de leur avenir. Dans tous les cas, le contrôle étatique, direct ou indirect, sur l'activité des notaires individuels garantit que l'acte authentique soit revêtu de la force probante et exécutoire, jouissant de la double présomption de légalité et d'exactitude de son contenu, tel qu'indiqué dans le Titre II, point 8 des Principes fondamentaux.

Les notaires membres ont souhaité mettre en particulier l'accent sur le fait que la fonction de contrôle et d'inspection des notaires revient en dernière instance à l'Etat, sous réserve du contrôle final que doit exercer le pouvoir juridictionnel. Le contrôle corporatif doit aller de pair avec le contrôle étatique.

### **1.4. Responsabilité particulière du notaire : administrative, civile et pénale.**

La responsabilité corporative du Notaire est compatible avec la responsabilité civile, laquelle, dans presque tous les Etats tend à être une responsabilité objective ou de résultat, ainsi qu'avec la responsabilité administrative et pénale. Dans de nombreux cas cette responsabilité se voit rehaussée par le fait que le Notaire exerce une fonction publique ou est délégataire de ladite fonction. Là aussi les infractions les plus graves peuvent entraîner comme sanction corporative la suspension de l'exercice de la fonction. La gravité de la sanction renforce la valeur de l'acte authentique. Le notaire peut également encourir une responsabilité pénale, parfois aggravée par le fait de détenir une fonction publique.

Ce qui est essentiel dans l'acte authentique notarial, c'est que le contrôle étatique est permanent et non seulement « ex post » à l'égard du document validé en infraction des normes.

### **1.5. Rédaction et autorisation de l'acte authentique par le Notaire. « Dresser ».**

Le Point 6 des Principes fondamentaux stipule que le notaire est seul maître de la rédaction de ses actes. A cet égard il en est l'unique auteur. Il ne partage cette responsabilité avec personne. Vu que le notaire est libre d'accepter le document, de le refuser ou d'y introduire les modifications qu'il estimera pertinentes, avec l'accord des parties, et que

conformément à l'article 16 des Normes de déontologie et règles d'organisation, il doit refuser son ministère lorsque l'acte est contraire à la loi ou à l'ordre public, ou susceptible d'induire les tiers en erreur, et/ou constitue une fraude à la loi, à un tiers ou à l'autorité publique – si le Notaire accepte un document, même s'agissant de projets ou de brouillons, ou s'il confère le caractère d'acte authentique à un document auparavant dressé sous seing privé, il en devient responsable, et par conséquent en est l'auteur.

Il convient de distinguer l'enregistrement d'un document non notarial et l'élévation d'un tel document à la catégorie d'acte authentique notarial. Dans le premier cas, son existence est simplement constatée au moment de l'enregistrement. Dans le deuxième cas, le notaire doit inclure tous les éléments - identification, appréciation de la capacité et de la représentation, consentement éclairé, contrôle de la légalité, etc. – comme il le ferait s'agissant d'un document authentique qu'il aurait intégralement rédigé. Ce deuxième document est le seul pouvant détenir la valeur d'acte authentique notarial.

Il est nécessaire par ailleurs de distinguer la rédaction de la validation, moment solennel où le Notaire, par sa signature, confère au document la valeur d'acte authentique si celui-ci remplit toutes les conditions et contient tous les éléments requis par la loi. L'acte devient authentique à partir du moment de la signature. Il s'agit d'un acte d'autorité qui résulte du caractère de fonctionnaire public ou de délégué de la fonction publique que l'Etat confère au notaire et qui permet d'attribuer au document la qualité de foi publique.

A la différence des autres professionnels du Droit, le notaire signe les documents qu'il rédige et les valide, assumant la responsabilité à leur égard, et leur conférant en même temps la valeur de foi publique au nom de l'Etat.

### **1.6 Titularité des documents. Responsabilité des archives. Continuité des archives.**

L'acte authentique est également un document public car son contrôle ne relève pas exclusivement des constituants ou des parties requérantes, qui peuvent soit les rendre publics, soit les garder secrets. Rien n'empêche le document sous seing privé de demeurer caché. En revanche, l'Etat peut avoir accès à l'acte authentique dans les cas prévus par la loi, et, dans la plupart des pays, seul le titulaire des archives ou du registre notarial peut avoir la qualité de gardien ou de dépositaire dudit document. Sans préjudice de l'obligation de secret professionnel, essentielle dans la relation du notaire avec le client et du document notarié lui-même, l'acte authentique ne peut demeurer caché ou secret et, sans déroger au devoir du secret professionnel, il est toujours accessible par l'entremise de l'autorisation judiciaire ou, à défaut, des organes administratifs qui jouissent du pouvoir d'obtenir les informations nécessaires à l'exercice de leurs fonctions.

C'est pourquoi l'article 3.1. des Normes de déontologie et d'organisation impose au notaire latin l'obligation d'assurer la conservation du document sans limitation dans le temps. Étant officier public, le notaire ne peut nier le caractère public de ses archives ou de son registre, ce qui ne signifie pas que ceux-ci puissent être accessibles à tous, mais que l'Etat peut en prendre connaissance pour accomplir sa mission. L'acte authentique ne subit pas le même traitement que les documents issus de l'activité de certains professionnels juridiques du monde anglo-saxon, dont les archives souvent disparaissent lorsque ceux-ci cessent d'exercer leur profession.

### **1.7 Position des organes corporatifs et du notaire en tant que coopérateurs des pouvoirs publics. Apport d'informations : blanchiment, contrôle fiscal, etc.**

L'acte authentique contribue également à l'accomplissement des missions de l'Etat en facilitant non seulement la preuve dans les instances judiciaires, mais en fournissant également à l'administration d'importantes informations. Un nombre infini de sujets tels que le blanchiment de capitaux, le contrôle fiscal, l'urbanisme, les politiques de l'habitat, agraires ou industrielles, le cadastre, etc., trouvent dans l'acte authentique une source d'informations de valeur inestimable pour les politiques publiques. L'article 10 des Normes de déontologie et règles d'organisation stipule que, sans porter atteinte à son devoir de secret professionnel, le notaire collabore avec les institutions et organismes de l'État, tant dans les fonctions déléguées que dans le cadre des relations officielles relatives à ses attributions.

## **2 . Dressé en tant qu'acte authentique.**

### **2.1. Toutes les interventions du notaire ne méritent pas la qualification d'acte authentique : restrictions.**

Le point 11 des Principes Fondamentaux du Notariat latin précise que l'intervention notariale s'étend aussi à la légalisation des signatures apposées par des particuliers sur des documents sous seing privé, ainsi qu'à la certification de la conformité des copies à leurs originaux, et toute sorte d'activités prévues par une législation nationale donnée. Parmi celles-ci figure celle de constater certains faits ou circonstances que le notaire peut voir, entendre ou percevoir. Dans ce cas le notaire certifie la foi publique des documents qu'il autorise, mais ceux-ci ne sont pas concernés par le présent texte, car seuls peuvent être considérés actes authentiques ceux qui suivent la procédure d'authentification résultant de la définition susvisée. Nous analyserons ci-après les différentes étapes de cette procédure d'authentification qui constitue la raison et le fondement des effets spéciaux liés à l'acte authentique.

## **3 . Conformément à une procédure légale.**

### **- 3.1 Identité**

Les principes fondamentaux du Système de Notariat latin, Titre II, point 3, imposent au Notaire l'obligation d'identifier les parties. Il en est ainsi, d'ailleurs, dans toutes les législations notariales. À cette fin, le notaire peut avoir recours à tous les moyens à sa portée, depuis les pièces d'identité jusqu'aux moyens modernes d'identification électronique, quels qu'ils soient. Mais le notaire ne peut jamais, dans l'acte authentique, déléguer, renoncer ou renvoyer cette obligation au moyen utilisé. L'obligation légale d'identifier à laquelle est astreint le notaire prévaut, en raison de sa spécialité, sur tout outil ou instrument d'identification, lequel ne peut en soi suppléer la fonction notariale. Si jamais le notaire a des doutes sur l'exactitude de l'identification effectuée par de tels moyens techniques, il devra vérifier l'identité en parallèle, par ses propres moyens. Ainsi, ad exemplum, dans certains pays, depuis longtemps, le notaire peut avoir recours à des témoins qui connaissent le comparant, et qui soient à leur tour connus du notaire.



De même, dans les cas où un comparant aurait recours à la signature électronique comme outil pour la production d'un document numérique, le notaire devra s'assurer que le dispositif de signature électronique est effectivement utilisé par son titulaire et qu'il coïncide avec la personne du comparant. Pour des raisons de spécialité, le recours à la signature électronique dans l'acte authentique n'exonère pas le notaire de l'obligation de s'assurer de l'identité du comparant. La valeur de l'acte authentique est supérieure à celle de tout autre document, ce qui impose au notaire l'obligation d'identifier, obligation qu'il ne peut déléguer. C'est pourquoi il est difficilement concevable d'omettre la présence physique du comparant par-devant le Notaire, notamment si nous mettons en relation l'identification avec l'évaluation de la capacité énoncée ci-après.

Dans tous les cas, l'identification par quelque moyen que ce soit revient en dernière instance au notaire, et il ne peut y renoncer au bénéfice d'un moyen technique.

### - **3.2 Capacité juridique**

Le même Principe fondamental susvisé impose au notaire l'obligation de vérifier la capacité et la légitimité des comparants par rapport à l'acte ou l'affaire qu'ils souhaitent concrétiser. S'agissant d'un acte authentique, le comparant ne doit pas seulement jouir de la capacité intellectuelle, il doit la posséder au moment de passer l'acte. Le notaire devra donc s'assurer que le comparant ne souffre d'aucun trouble ni d'aucune altération de sa capacité intellectuelle au moment de donner son consentement. Ce qui, comme cela a toujours été souligné par la doctrine notariale, doit être apprécié par le notaire dans un rapport de proximité avec le comparant. L'appréciation de la capacité ne peut avoir lieu que de manière directe et non indirecte.

Ce Principe fondamental ajoute que le notaire doit s'assurer que la volonté exprimée par les parties en sa présence a été librement exprimée.

### - **3.3 Consentement éclairé : parfaite connaissance de la portée juridique et des conséquences. Fournir des informations juridiques complètes. Est-il possible de tout prévoir ? Preuve documentaire.**

La Résolution N°7 de l'Assemblée des Notaires membres de l'Union internationale précise que le notaire a l'obligation légale d'assister et de conseiller les requérants sur le plan juridique. Le Titre IV, point 13 oblige le notaire à une assistance renforcée lorsqu'une des parties se trouve en situation d'infériorité par rapport à l'autre, afin de parvenir à l'équilibre nécessaire pour que le contrat soit passé sur un pied d'égalité. Cette règle est appliquée de manière particulièrement stricte dans les normes nationales visant la protection des consommateurs. Cela fait partie de ce qui est connu comme la « fonction d'équilibrage » du notaire.

Il est précisé textuellement que dans l'acte authentique le notaire doit fournir des informations juridiques complètes. Ce qui ne signifie pas qu'il doit prévoir toutes les implications possibles, surtout si celles-ci résultent d'éléments ou de circonstances extérieures dont le notaire n'a pas connaissance. L'information complète se réfère aux



conséquences dérivées directement de l'affaire juridique, dans des circonstances d'évolution normales.

Comme il a été indiqué antérieurement, la responsabilité du notaire qui était, dans la jurisprudence de la plupart des Etats membres de l'UINL, à caractère subjectif, à savoir qu'il suffit d'accomplir la démarche adéquate, a acquis désormais un caractère objectif, à savoir que son intervention doit parvenir à un résultat déterminé. La conséquence directe en est que l'absence d'informations peut engager la responsabilité, tout du moins civile, du notaire. Cette approche jurisprudentielle fait que le notaire, lequel, à la différence d'autres professionnels du droit, engage en outre sa responsabilité en signant l'acte authentique, doit être extrêmement vigilant en ce qui concerne la portée juridique des informations fournies, et doit s'assurer d'un consentement éclairé. Si le notaire estime par ailleurs que des charges d'ordre civil, administratif ou fiscal à l'encontre d'un comparant peuvent résulter de l'acte authentique, il doit en faire mention dans l'acte, et cette mention doit être cosignée par les comparants et par lui-même, afin d'éviter toute réclamation ultérieure de responsabilité.

Dans les documents non notariaux, il est pratiquement impossible de déterminer une telle responsabilité, car les auteurs de l'acte sont les professionnels de deux parties aux intérêts opposés, et aucun d'entre eux ne signe le document comme le fait le notaire latino-germanique.

- **3.4 Indépendance et impartialité, y compris dans les pays qui admettent l'intervention de deux notaires.**

En tant qu'officier public le notaire n'est pas seulement obligé à l'égard des parties mais également à l'égard de la légalité et de la vérité. A cette fin il doit se comporter avec impartialité et indépendance. Le Principe Fondamental n°2 précise que le notaire n'occupe pas de place dans la hiérarchie des fonctionnaires de l'Etat. Il ne peut agir sous pression hiérarchique, d'autant plus qu'il est responsable de ses interventions tant sur le plan civil que pénal. L'article 5.4 des Normes déontologiques et règles d'organisation définit la position du notaire en affirmant qu'il devra agir avec indépendance au regard des parties et de l'Administration, mais jamais au préjudice de celle-ci. Il ajoute qu'il devra éviter l'influence d'une ou l'autre des parties et la discrimination de ces dernières. Le principe de l'indépendance du notariat est également mentionné dans le Titre 1, 2 des Principes fondamentaux.

En ce qui concerne l'impartialité, les Normes déontologiques et règles d'organisation signalent qu'elle doit être active, en compensant l'absence ou les asymétries d'information au sujet des parties, en prêtant une attention particulière à la partie contractante nécessitant davantage d'assistance, et en offrant son conseil de professionnel avisé. A cet égard les normes de protection et de défense des consommateurs et des usagers exigent une vigilance particulièrement rigoureuse de la part du notaire.

- **3.5 Contrôle de la validité et de la légalité : portée de l'acte en soi. L'acte illicite ou de mauvaise foi : influence de circonstances ou de faits connexes connus/inconnus du notaire. Le refus d'intervention.**

L'obligation du notaire d'agir en conformité avec la légalité dérive directement de sa qualité d'officier public, du fait qu'il exerce une fonction dont il a la charge ou qui lui a été déléguée. L'Etat, tout comme ses délégués, ne peut agir contre la légalité. Ce principe ressort tant des Normes déontologiques et règles d'organisation, article 3,1, que du Principe Fondamental, point 5, qui signale que le notaire doit adapter la volonté des parties aux exigences légales, et qu'il doit contrôler la légalité.

La protection de la légalité par le notaire a lieu en général par une voie négative, silencieuse, mais des plus efficaces : lorsque l'acte est contraire à la loi, il peut refuser son intervention. Les Normes de déontologie et règles d'organisation, article 16, mentionnent les cas de refus d'intervention du notaire, lorsque l'acte est contraire à la loi ou à l'ordre public, ou constitue une fraude à la loi ou à l'autorité publique, avec une référence particulière à l'autorité fiscale et à la prévention en matière de blanchiment de capitaux.

Et il ne doit pas seulement s'abstenir en raison de la défense de la loi, mais également lorsque l'acte ou l'affaire est susceptible d'induire les tiers en erreur ou constitue une fraude à l'égard d'un tiers. À cet égard le notaire veille non seulement à la légalité mais également à la transparence des actions juridiques.

Ce contrôle évident de la légalité ne peut concerner des faits qui seraient en rapport avec l'action ou l'affaire donnant lieu à l'acte authentique, mais dont le notaire n'aurait pas eu connaissance. En définitive, le contrôle de la légalité devra comprendre tout ce qui dérive de l'acte authentique et concerner tous les faits ou circonstances connus du notaire. Il est nécessaire toutefois d'ajouter que les dénommées contre-lettres et la simulation ne portent pas tort au tiers qui n'en a pas eu connaissance, ni à l'Etat, qui peut ne pas les connaître.

Dans les systèmes notariaux de type latino-germanique le contrôle de la légalité est exercé « ex ante », ce qui ramène le risque de litiges à des niveaux pratiquement négligeables du point de vue statistique, en diminuant ainsi les coûts et le temps associés aux actions menées par-devant les tribunaux. Là réside la grande différence par rapport aux systèmes de Common Law basés sur le *deed*, où n'intervient pas un fonctionnaire ou un délégué de la fonction publique chargé d'en contrôler la légalité. Le nombre de litiges, comparé au nombre de ceux qui surviennent par rapport aux *deed*, montre clairement la plus grande efficacité de ce qui est appelé la « sécurité juridique préventive », qui se base sur le contrôle préalable exercé par les notaires.

#### 4. Authenticité sur :

- **4.1. La date.**

La date de l'acte authentique fait foi et doit être acceptée par tous, y compris par les tribunaux, sauf démonstration de son caractère frauduleux suite à une procédure pour action frauduleuse.

- **4.2. La signature.**

Les indications mentionnées aux points 3.1 et 3.2 s'appliquent à la signature, en ajoutant que celle-ci est censée exprimer le consentement par rapport à une action, ce qui requiert l'indispensable intervention directe du notaire à ce moment précis.

- **4.3. Le contenu des actes et des relations juridiques inscrites dans l'acte.**

Le contenu des déclarations des parties dans l'acte authentique relève également de la foi publique. Cela ne suppose pas que les parties ont nécessairement déclaré la vérité ou fait état de leurs dernières intentions dans le document, mais plutôt que, en présence du notaire, après identification et vérification de leur capacité légale, elles ont procédé à des déclarations dont les conséquences leur ont été suffisamment explicitées. En conséquence, ni *l'exceptio rei non lectae* ni, sauf cas exceptionnel, le concours des vices d'erreur, de dol, de violence ou d'intimidation n'ont lieu de figurer dans l'acte authentique. La foi publique est également liée à ce que le notaire vérifie et consigne personnellement dans l'acte. Il n'en est pas de même dans d'autres interventions notariales, telles que la simple légalisation des signatures apposées sur des documents, qui ne requièrent pas les exigences formelles de l'acte authentique.

Par ailleurs, les systèmes juridiques sont enclins à aggraver la responsabilité pénale dans les cas d'action frauduleuse dans un document public. Le but recherché est d'encourager la véracité des déclarations faites par les parties, compte tenu de la large crédibilité dont doit jouir l'acte authentique dans le domaine juridique.

#### 5 . Pérennité

Il a déjà été indiqué que l'acte authentique est également un document public car les archives ou registres sont accessibles à l'Etat dans les cas prévus par la loi, lequel peut même en être titulaire, sans limitation dans le temps. Il n'en est pas ainsi pour tous les autres types de documents dans lesquels interviennent des professionnels du droit autres que les notaires. Qui plus est, lorsque ces professionnels cessent leur activité, il arrive que leurs archives soient perdues, et les clients ne pourront ainsi disposer que de la copie qui est en leur possession. En cas de perte ou de vol il n'y a aucune possibilité, ni pour l'Etat ni pour les parties, de prouver leur existence. Un pays membre donné jouit, à titre exceptionnel, de la possibilité de retrait de certaines modalités de l'acte authentique.

Il est important de délimiter la frontière existant entre l'acte authentique en tant que document juridique encore vivant et le document historique.

## 6 . Efficacité renforcée.

- **6.1 . Efficacité probatoire.**
- **6.2 . Efficacité exécutoire.**
- **6.3. Présomption de légalité et d'exactitude.**
- **6.4. Reconnaissance et exécution de l'acte authentique au niveau international.**

Le Titre II, 8 des Principes fondamentaux du Notariat stipule : « *Les actes notariés jouissent de la double présomption de légalité et d'exactitude de leur contenu et ne peuvent être contestés que par la voie judiciaire. Ils sont revêtus de la force probante et exécutoire* ». Et il ajoute au point 10 :

« *Les actes notariés qui répondent aux principes ci-dessus énoncés devront être reconnus dans tous les Etats et y produire les mêmes effets probants, exécutoires et constitutifs de droits et obligations que dans leur pays d'origine* ».

Il est nécessaire de souligner que l'efficacité supérieure du document notarial se voit renforcée dans certains pays par l'aggravation pénale pour faux dans un document public, ou par ce que l'on appelle *querelle de faux*. La plus grande crédibilité de l'acte authentique implique par conséquent :

- Pour celui qui commet un faux, une aggravation de responsabilité.
- Pour celui qui met en doute avec témérité le document public, une peine civile.

Il est évident enfin que les effets de l'acte authentique ne sont pas signalés par les propres notaires, mais par les législations nationales respectives, qui reconnaissent au cas par cas les effets supérieurs de l'acte authentique.

## **CONCLUSION**

Il faut noter que nous avons parlé d'effets supérieurs, alors que très souvent, y compris dans les textes législatifs, l'expression utilisée est « effets privilégiés ». Cette différence terminologique est volontaire, et part du constat qu'un privilège a normalement pour origine une concession à titre gracieux, alors qu'en matière d'acte authentique il ne s'agit pas d'une concession à titre gracieux de la part des auteurs, à savoir les notaires, mais d'une conséquence des garanties qui interviennent dans son élaboration. Garanties qui résultent non seulement de l'activité mise en œuvre par le notaire dans la rédaction du document, mais également de la rigueur particulière à laquelle sont soumis tant le notaire que l'organisation notariale. La supériorité des effets est la conséquence de la supériorité des « inputs » qui constituent l'acte authentique, ce qui conduit l'Etat à lui conférer la foi publique. On ne peut parler de privilège mais de supériorité des garanties. Il suffit de rappeler ici l'énoncé du Règlement UE 650/2012, Attendu 62 :

« *L'authenticité d'un acte authentique devrait être un concept autonome recouvrant des éléments tels que la véracité de l'acte, les exigences de forme qui lui sont applicables, les pouvoirs de l'autorité qui le dresse et la procédure suivie pour le dresse. Elle devrait également recouvrir les éléments factuels consignés dans l'acte authentique par l'autorité concernée, tels que le fait que les parties indiquées ont comparu devant ladite autorité à la date indiquée et qu'elles ont fait les déclarations qui y sont mentionnées. Une partie souhaitant contester l'authenticité d'un acte authentique devrait le faire devant la juridiction compétente de l'Etat membre d'origine de l'acte authentique en vertu de la loi dudit Etat membre* ». Et de rappeler que cette norme est d'application directe dans toute l'Union Européenne, rien de moins.



## ÉTUDE SUR LA DÉFINITION DE L'ACTE NOTARIÉ AUTHENTIQUE ANNEXE SUR LES ASPECTS ÉCONOMIQUES

DOCUMENT ÉLABORÉ PAR LE GROUPE DE TRAVAIL "ACTE AUTHENTIQUE" DE L'UINL.  
PRÉSIDENT: ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ.

Il est fréquemment affirmé sans motif que l'intervention d'un notaire dans l'Acte authentique suppose un coût plus élevé qui ne serait pas justifié. Une telle affirmation est démentie par la réalité des faits, car plusieurs aspects énumérés ci-après ne sont pas pris en compte dans les analyses.

### **1. L'alternative à l'intervention du notaire latino-germanique n'est pas le document privé élaboré sans contrôle de légalité.**

L'argument à l'encontre de l'Acte authentique est que l'intervention notariale ne devrait en aucun cas être obligatoire. Pourquoi un citoyen devrait-il investir du temps et de l'argent dans les services d'un notaire, alors que quiconque sachant lire et écrire peut rechercher un formulaire sur internet et rédiger lui-même son propre contrat? L'argument semble irréfutable; toutefois la réalité a vite fait de démontrer qu'il est insuffisant.

La plupart des affaires qui requièrent l'intervention d'un notaire relèvent d'actes d'importance particulière dans la vie des personnes physiques ou morales. Rédiger un testament, régler les relations personnelles et patrimoniales entre les époux, acheter un immeuble, souscrire une hypothèque à long terme, créer une association ou une personne morale, etc. ne sont pas des initiatives pouvant être engagées par un citoyen avisé sans les conseils juridiques appropriés, soit du notaire, soit de l'avocat ou de tout autre spécialiste. Toute personne sensée aura recours aux conseils d'un expert. Avec le coût correspondant que cela suppose. On pourrait objecter que tout citoyen devrait toujours pouvoir jouir de la pleine liberté, y compris de celle de se tromper, en économisant là où il ne devrait pas le faire. Mais, quoi qu'il en soit, le "faites-le vous-même" n'est pas une solution, car les faits sur lesquels opère le droit sont un peu plus complexes.

Les rapports juridiques relatifs aux biens et aux droits de longue durée ne concernent pas seulement le titulaire actuel et son successeur ou acquéreur direct. La valeur et l'efficacité juridique de ce rapport affecte tous les futurs titulaires, formant des chaînes de titularité où la rupture d'un maillon affecte tous les titulaires ultérieurs, qui se voient dépossédés de leur bien ou de leur droit - comme l'affirmait déjà l'aphorisme du droit romain *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, ou, plus simplement, *nemo dat quod non habet*: nul ne peut transmettre ce qu'il n'a pas acquis. Si une des transmissions de la chaîne est nulle ou inefficace pour quelque motif que ce soit, l'acquéreur présumé ne peut rien transmettre à ses successeurs. Le droit qui pourrait faire l'objet d'une requête de la part de tous les titulaires est déchu.

Le droit romain posait donc le dilemme juridique suivant: supposons que le citoyen A décide d'acheter au citoyen B une maison d'un prix élevé, et, en vue d'économiser les frais, se passe de tout conseil juridique et rédige lui-même le contrat. Il paie rigoureusement le prix convenu mais, en raison de son manque d'expérience, omet une mention essentielle, ce qui rend le contrat nul et non avenu. Au bout d'un certain temps il vend la maison à un tiers, soit C. Si B ou ses héritiers ont connaissance de la cause de nullité ils peuvent réclamer la propriété à A et à C. Et C, bien qu'étant en position de tiers par rapport à l'opération déclarée nulle et non avenue, pourrait se voir privé du droit de propriété de l'immeuble qu'il avait acquis en toute bonne foi.

Cette règle inexorable pourrait rendre extrêmement difficiles les transactions, en raison de l'insécurité qu'elle génère pour tout acquéreur potentiel d'un bien ou d'un droit. C'est pourquoi les systèmes juridiques ont conçu des structures qui, soit évitent la génération du préjudice – systèmes de sécurité juridique préventive –, soit le corrigent à posteriori moyennant l'indemnisation du sujet lésé – systèmes contentieux –, soit compensent le préjudice subi – systèmes d'assurance du titre. Il va de soi qu'aucun de ces systèmes ne résulte gratuit pour le citoyen.

Dans les pays de la *common law* on utilise les assurances ou la recherche sur les titres, la *title search*. Dans les systèmes notariaux latino-germaniques, d'inspiration française, le notaire contrôle la légalité et répond de telles opérations à travers l'Acte authentique, dont les caractéristiques ont fait l'objet de l'étude précédente. Nous verrons par la suite que l'acte public ou Acte authentique a un rôle particulièrement important dans les systèmes s'inspirant du BGB allemand.

Dans tous les cas, à toutes fins utiles, tous les systèmes mis en place par les différentes cultures juridiques en vue de protéger la sécurité des tractations juridiques ont inévitablement un coût. Dans le cas de la *title insurance*, la prime de l'assurance. S'agissant du *title research*, les honoraires du professionnel chargé de la recherche relative aux titres. Dans le système de l'Acte authentique, le tarif du notaire. Les différents systèmes juridiques ont en commun le fait que, pour le meilleur ou pour le pire, tous doivent faire appel à la voie professionnelle car le "faites-le vous-même" s'avère insuffisant. Il s'agit de décider quel est le système le plus efficace. Le non-système ne fonctionne pas.

Toujours dans le cas supposé de transmissions successives dans le temps, le transfert de propriété dans les systèmes d'inspiration française résulte de la perfection de la procédure juridique d'achat. L'inscription au registre n'a pas de caractère constitutif. Compte tenu des caractéristiques particulières du document notarié, déjà analysées dans la précédente étude dont le présent document est l'annexe, la preuve de la titularité découle de la chaîne des titres notariés. La publication dans le registre ne sert qu'à déterminer la priorité en cas de double vente. La régularité de la chaîne des transmissions repose sur l'Acte authentique.

De son côté, dans les systèmes d'inspiration germanique, la propriété n'est transmise – sur la base de l'instrument notarié authentique ou de l'Acte authentique – que par l'inscription constitutive dans le Registre des propriétés. Aucun autre droit, à l'exception de celui qui est enregistré, n'est pris en considération. Tous les droits enregistrés sont réputés existants par rapport à leur titulaire,

et tous ceux qui ne sont pas inscrits sont considérés inexistant. Mais l'attribution de propriété effectuée par le Registre des propriétés s'appuie également sur les caractéristiques spéciales de l'Acte authentique notarié.<sup>1</sup> Le document notarié est la condition préalable à l'inscription sur le Registre allemand. Et, d'une certaine manière, l'Acte authentique rend compatibles l'acte causal et l'*Auflassung*. Si, d'aventure, une disparité fréquente et importante du point de vue statistique venait à survenir entre la conséquence prévisible du contrat causal figurant dans l'Acte authentique et l'attribution de titularité résultant de l'accord abstrait de transfert publié par le Registre des propriétés de l'*Auflassung*, le système deviendrait insoutenable, par suite des indemnités générées par l'échec du contrat causal. Une des tâches du notaire allemand consiste à veiller à ce que le contrat causal et l'*Auflassung* pointent dans la même direction.

La première conclusion à tirer est que, en dépit des différences existant entre ces deux grands systèmes – qui dans de nombreux pays présentent des variantes intermédiaires- les Actes authentiques, compte tenu de leurs caractéristiques particulières, revêtent une énorme importance en matière de concrétisation de la sécurité juridique préventive et de fonctionnement des registres. Un bon titre est la base d'un bon registre. Il n'est pas possible d'élaborer des registres fiables avec des titres de faible fiabilité.

Certains systèmes de la *common law* disposent de registres où sont inscrits des documents sous seing privé, les *deeds*, qui ne sont pas des Actes authentiques. Il en résulte que la protection des tiers diminue parce que les titres inscrits au registre ne sont pas suffisamment fiables. Il suffit de voir les *warnings* (avertissements) sur de possibles titres falsifiés ou frauduleux figurant sur les pages web du *Land Registry* ou de la *Companies House*, que toute personne peut constater lors de la consultation de ces registres, et qui ont fait l'objet de commentaires dans la partie centrale de la présente étude.

Pour avoir une idée des risques encourus par les systèmes qui ignorent l'Acte authentique, même lorsqu'il disposent d'un *Land Registry* assez évolué tel qu'au Royaume-Uni, nous pouvons constater l'existence de compagnies d'assurance qui offrent d'indemniser les risques de falsification de documents, de droits de tiers cachés, d'identification erronée, de titres défectueux, de servitudes occultes, d'inscription erronée dans le registre, d'héritiers méconnus, de testaments non prouvés, de défauts de représentation, d'inefficacité du titre, etc.<sup>2</sup> À titre d'exemple, Countrywide, une entreprise qui fournit la *Defective Title Insurance* associée à la *Law Society*, établit les primes suivantes: 0,125% pour assurer des titres de propriété (maillons) perdus; 0,25%

---

<sup>1</sup> Le système de transmission immobilière allemand, hautement efficace, est basé sur la dissociation entre le contrat causal (vente, permutation, donation, etc.) et l'accord abstrait de transfert de propriété ou *Auflassung*. Seul l'accord abstrait, à savoir le consentement de changement du titulaire, est inscrit sur le Registre. La simplicité de l'*Auflassung* fait que tout éventuel défaut ou cause de nullité est totalement exceptionnel. Tout éventuel problème pouvant affecter le contrat causal n'est pas communiqué à l'*Auflassung*, la transmission est maintenue, et le préjudice réparé à travers un mécanisme d'indemnisation hérité des anciennes *condictio* du droit romain. Si les divergences entre le résultat de l'*Auflassung* et celui du contrat causal étaient trop fréquentes, le système ne serait probablement pas soutenable. Mais c'est précisément le contrôle effectué par le notaire dans l'instrument notarié qui évite que survienne une telle disparité.

<sup>2</sup> Consulter des modèles de police sur *Contrywide, cli.co.uk*, ou sur *Themelton.co.uk*



pour des titres de propriété adverses; entre 0,35% et 0,50% pour une possible usucapion par des tiers.....

Il en est de même pour les registres du commerce. Le *Financial Times*<sup>3</sup> révèle que les criminels tirent profit de l'existence de la *Companies House* anglaise car celle-ci, dépourvue de la capacité de vérifier l'authenticité des données élémentaires, confère aux faussaires et aux kleptocrates l'*imprimatur* qui leur permet de faire des affaires au Royaume-Uni. Le montant d'argent sale blanchi à Londres chaque année s'élèverait à des centaines de milliards (1.000.000.000) de livres, selon des estimations de l'Agence nationale contre le crime. Plus de

10.000 personnes se sont plaintes d'avoir été victimes de faussaires qui, agissant sous couvert de sociétés, ont utilisé leurs données. Ainsi 76 titulaires réels de sociétés détiennent le même nom et la même date de naissance d'individus figurant sur la liste des personnes sanctionnées par les États-Unis. Environ 2.000 personnes disposant d'un contrôle significatif sur des sociétés étaient en fait des administrateurs frappés d'interdiction. Étant dépourvue du pouvoir d'identification et de contrôle de légalité dont bénéficie l'Acte authentique, "la *Companies House* est non seulement inutile mais néfaste- affirme une personne interviewée – puisqu'en ne procédant pas aux vérifications de base elle contribue à favoriser la fraude".

Tous ces risques sont impossibles et il n'est pas nécessaire de souscrire une assurance à cet égard dans les systèmes de sécurité juridique préventive basés sur l'Acte authentique. L'intervention du notaire latino-germanique, qui contrôle la légalité de la forme et du fond du document, ne bénéficie pas seulement aux contractants mais également aux tiers acquéreurs ultérieurs, vu que la notaire agit en qualité de *gatekeeper*, contrôlant la régularité de toute la chaîne de transmission, évitant ainsi que celle-ci ne contienne des maillons défectueux qui pourraient porter préjudice à d'éventuels acheteurs ultérieurs. Le "faites-le vous-même" ne ferait qu'accroître de tels risques, et, le cas échéant, impliquerait le coût d'une assurance des titres. L'intervention professionnelle est donc inévitable dans les affaires juridiques d'importance. Nous allons à présent en analyser le coût.

## **2. Les coûts des systèmes alternatifs à celui de l'Acte authentique ne sont pas inférieurs à ceux du notaire latino-germanique. Avantages du rendement à échelle croissante et du contrôle étatique des prix.**

**2.1** Les coûts du système notarial latino-germanique sont inférieurs à ceux des systèmes alternatifs.

En sa qualité de fonctionnaire public ou de délégataire d'une fonction publique, le notaire représente l'État dans tous les actes dans lesquels il intervient. L'État devant être impartial à l'égard de tous les citoyens, le notaire est également astreint à cette impartialité. Cela le distingue

---

<sup>3</sup> *Financial Times*. Caroline Binham, 4 mai 2019.

des professionnels indépendants, qui ne sont concernés que par la défense de l'intérêt de leurs clients.

L'étude de KNIEPER, *The Economic Relevance of Notarial Authentic Instruments*, fournit les données suivantes—en référence à l'étude préalable de MURRAY et STÜRMER<sup>4</sup>— en comparant les coûts de vente en 2007 d'un terrain de 100.000 euros et d'un terrain avec une habitation pour un prix total de 250.000 euros, en Estonie, en France, en Allemagne, en Angleterre/Pays de Galles, en Italie et aux États-Unis. Nous avons ajouté l'Espagne. Les chiffres sont donnés en pourcentage par rapport au prix d'achat. L'étude figurant à l'annexe 1 permet de visualiser ce que représentent ces coûts par rapport au montant total des dépenses de la transaction.

Montant de l'opération	100.000 euros	250.000 euros
Estonie	0,38% (0,40% en 2016)	0,37% (0,40% en 2016)
France	1,35% (2,07% en 2016)	1,08%. (1,32% en 2016)
Allemagne	0,45%. (0,55% en 2016)	0,36%. (0,42% en 2016)
Angleterre et Pays de Galles. Comprend les recherches ("searches"), les frais d'avocat du vendeur et les frais d'avocat de l'acheteur.	1,48%	0,65%
États-Unis. Comprend l'assurance des titres, les frais d'avocat du vendeur et les frais d'avocat de l'acheteur.	1,23%	0,65%
Italie	0,5% en 2016	0,5%. En 2016
Espagne	0,40%	0,37%

En bref, à l'exception de la France, où le notaire intervient également en qualité de percepteur d'impôts et rend d'autres services additionnels, les coûts du notaire latin sont nettement inférieurs. Dans certains États des États-Unis où il est fréquent d'engager un *escrow agent*, les honoraires, soumis au marché libéral, peuvent osciller entre 0,80 % et 1,75 %.

En ce qui concerne les sociétés commerciales, le problème ne réside pas tellement dans le prix, qui est très compétitif lorsqu'on a recours à l'Acte authentique, mais plutôt dans l'absence d'authenticité du titre, qui fait que le Registre commercial des pays de la *common law* n'est pas

<sup>4</sup> P. Murray a comparé les coûts de transmission de quatre pays de la common law et de trois pays de la civil law pour des montants allant de 100.000 à 250.000 euros. Les données ont été partiellement mises à jour en 2016 dans le rapport Knieper. Les détails se trouvent dans l'annexe 1 jointe à cette étude. Bien qu'ils opèrent dans des domaines différents, il est nécessaire de signaler que les agents en charge de l'intermédiation immobilière perçoivent des honoraires allant de 4 % à 8% de la valeur de l'opération, ce qui dans la plupart des cas implique que les honoraires du notaire sont multipliés par 10. L'intervention du notaire, unique responsable de la sécurité juridique des transactions immobilières, est, en comparaison, marginale dans l'augmentation du coût de l'immeuble.

fiable. En fait, comme l'on peut constater sur la page web de la *Companies House* et tel qu'indiqué dans le rapport KNIEPER:

*“La Companies House n’assume aucune responsabilité quant aux conséquences (de ses inscriptions) ni quant aux omissions”.*

En fait - ajoute KNIEPER— *la décharge de responsabilité met en évidence la mauvaise qualité des services d’enregistrement et reconnaît la faible utilité du registre pour protéger la bonne foi des parties contractantes et faciliter les transactions. Elle ne permet pas d’éviter la mise sous séquestre de sociétés ni l’usurpation d’identités, ni l’allégation de pouvoirs de représentation frauduleux. Des fonctions essentielles qui sont garanties dans les registres bien organisés de la civil law sont ici absentes. En fait, la Companies House fait savoir qu’elle doit traiter chaque mois 50 à 100 cas d’identité sociétaire frauduleuse.<sup>5</sup>*

En matière commerciale, la dérégulation de la *common law* peut sembler moins chère, mais, vu qu’elle n’offre aucune sécurité en échange, finit par avoir un coût plus élevé. Pour être sûrs de l’exactitude des données d’une société, il est nécessaire, pour chaque opération, de faire appel à une *legal opinion*, ce qui prend plus de temps et finit par être plus cher. En revanche, l’inscription sur les Registres commerciaux basés sur l’inscription d’Actes authentiques permet à tous les opérateurs d’avoir la certitude de l’exactitude des données publiées, puisque les tiers qui les consultent sont ainsi protégés. Les consultations sont donc plus rapides et moins onéreuses. Si le Registre commercial n’est pas en mesure de garantir cette protection, chaque opérateur devra finir par faire appel à un conseiller juridique qui fournira une *legal opinion* et le coût total flambera. En général chaque opérateur a recours à son propre assesseur juridique, et en conséquence les *legal opinions* reviennent inutilement à répétition, en multipliant le montant total du coût.

Le fait que le notaire soit un fonctionnaire public ou le délégué d’une fonction publique, et qu’il soit en conséquence soumis à un contrôle rigoureux, et la fiabilité de son document – l’Acte authentique – permet la pleine protection des titulaires et des tiers acquéreurs en évitant la faiblesse mise en évidence sur leurs propres pages web par le *Land Registry* ou la *Companies House* lorsqu’ils doivent mettre en garde les usagers sur la possibilité de voir enregistrés des titres falsifiés ou frauduleux. Et cela pour un coût qui n’est pas supérieur à celui des systèmes de la *common law*, bien au contraire. Nous reviendrons sur ces deux points.

Il convient pour le moment de retenir seulement que la position institutionnelle du notaire entraîne une économie en matière de coûts et l’accroissement de la sécurité juridique, en ligne

---

<sup>5</sup> *“Companies House cannot take any responsibility for the consequences and omissions.” Indeed, the disclaimer acknowledges the low quality of registration services and affirms the very limited usefulness of the register for the protection of good faith business partners and the ease of doing business. It does not prevent the hijacking of companies nor the theft of identities nor the fraudulent pretention of powers of attorney. Crucial functions, which are guaranteed by a well-organized register in civil law jurisdictions, are absent. In fact, Companies House reports that it has to deal with 50 to 100 cases of company identity theft every month.*

avec les thèses énoncées par les prix Nobel COASE, NORTH ou ACEMOGLU, qui démontrent que des institutions appropriées sont la base de la prospérité économique.

**2.2.** Le contrôle étatique du coût de l'intervention notariale et les rendements d'échelle croissants supposent un abaissement des coûts

La plupart des systèmes notariaux latino-germaniques présentent une combinaison de *numerus clausus* et de contrôle étatique des prix à travers des tarifs approuvés par le gouvernement, dont le résultat, comme il découle des chiffres susvisés, n'est absolument pas défavorable. Notamment si l'on tient compte de la possibilité d'une politique de subventions croisées qui permet que certaines opérations notariales présentant un fort intérêt social peuvent intervenir à des coûts inférieurs à ceux du marché libéral, comme nous verrons ci-après au point 7. Si l'on soustrait des coûts comparés la partie destinée à ces subventions croisées, la comparaison s'avère encore plus favorable pour le système notarial latino-germanique.

Une raison économique explique une telle réduction des coûts: les rendements d'échelle croissants dérivés du *numerus clausus*. En régulant la délimitation des notariats les Gouvernements facilitent un niveau de plein emploi dans la profession, ce qui entraîne l'abaissement des coûts de production, vu que les éléments productifs, le travail et l'investissement technologique sont rentabilisés au maximum.

### **3. Le notaire latino-germanique évite la double intervention.**

Le notaire est un fonctionnaire public ou le délégataire d'une fonction publique, soumis au devoir d'impartialité garanti à travers un contrôle rigoureux de son activité. En cela il se distingue des professionnels des parties, qui encourent l'incompatibilité si le même professionnel assiste deux parties adverses. Le double coût des systèmes alternatifs est éliminé à travers le contrôle de l'impartialité du notaire latino-germanique. Un seul conseil juridique, forcément impartial, suffit, et non deux.

Les Normes déontologiques des professionnels de la *common law* mettent en garde quant au risque de conflit d'intérêts et interdisent, ou pour le moins déconseillent, que le même professionnel intervienne dans la défense de parties contractantes aux intérêts opposés. À titre d'exemple, au Royaume-Uni le Code de conduite des *Solicitors* régle les cas, supposés exceptionnels, où un *solicitor* pourrait, sous toutes réserves, intervenir pour le compte de deux clients ou plus pouvant faire l'objet d'éventuels conflits d'intérêts (Norme 3.7). Dans un tel cas le *solicitor* doit avoir expliqué au client les risques encourus, et doit croire en son âme et conscience que celui-ci les a compris. Il doit recevoir une autorisation écrite et ne doit procéder à aucune intervention sans le consentement exprès des clients. Il doit en outre être convaincu en son âme et conscience que les bénéfices d'une intervention conjointe sont supérieurs aux risques. Lorsqu'il s'agit de sociétés importantes, les propres cabinets professionnels collectifs confient à deux

membres distincts la défense des intérêts du vendeur et de l'acheteur. Il est évident que l'intervention de ces deux professionnels n'abaisse pas le coût total de l'opération.<sup>6</sup>

En revanche, le contrôle rigoureux auquel est soumise l'intervention du notaire en tant que fonctionnaire public ou délégataire d'une fonction publique, joint à son devoir d'impartialité, rend inutile la double intervention en cas de conflit d'intérêts. Le notaire latino-germanique défend l'intérêt de la loi et arbitre entre les parties comme le ferait un juge. La réduction des coûts qui en résulte est, par conséquent, évidente.

#### **4. Le notaire latino-germanique accroît la sécurité juridique: il évite la prestation par équivalence.**

Il est important de souligner la différence existant entre les systèmes où la qualité de titulaire d'un acquéreur est garantie à travers une assurance sur les titres, et les systèmes où l'Acte authentique, grâce au contrôle de légalité effectué par le notaire, garantit la succession des titres tout le long des siècles, de telle manière que les éventuels cas où un acheteur pourrait perdre son acquisition ne sont statistiquement pas pertinents.

Sans l'intervention d'un officier public ou d'un délégataire de la fonction publique, chargé de contrôler la légalité matérielle et formelle des actes qu'il autorise, la possibilité, pour un particulier, de générer des actes défaillants – qu'ils soient nuls, inefficaces, frauduleux ou falsifiés - est bien plus grande. La chaîne des titres s'écroule comme un château de cartes si l'un des maillons vient à faillir, ce que les pays de la *common law* essaient de compenser à travers l'assurance des titres. Or, si l'assurance permet d'indemniser la perte de la propriété, elle n'est pas, de toute évidence, une solution, mais une simple réparation du dommage en cause. Même s'il est indemnisé, le fait qu'un acquéreur se voie dépossédé de sa propriété est moins satisfaisant et plus coûteux car il faut ajouter le coût du contentieux, qui ne survient pas dans les systèmes de sécurité juridique préventive tels que celui de l'Acte authentique. Et nous avons déjà pu constater que la solution proposée par la *common law* n'est pas non plus la moins onéreuse au départ. Il ressort clairement du tableau comparatif qui figure au point 2 de la présente étude et comprend les données relatives aux États-Unis, que le coût des assurances des titres est supérieur à celui de l'Acte authentique.

---

<sup>6</sup> *At present the code of conduct laid down by the Solicitors Regulation Authority (SRA) states that acting for both buyer and seller on a transfer of land for value is "indicative" of a potential conflict of interest. But it does provide that a solicitor may act for both seller and buyer if:*

*the solicitor has explained the relevant issues and risks to the clients and they clearly understand those issues and risks;*  
*all the clients have given informed consent in writing;*

*the solicitor is satisfied it is reasonable for them to act for all the clients and that it is in their best interests; and*  
*the solicitor is satisfied the benefits to the clients outweigh the risks.*

*In practice, when a firm of solicitors agrees to act for both parties in a conveyancing transaction, they will usually arrange for a separate solicitor to work for each party. These solicitors will often work in different offices so much of the conveyancing will proceed in the same way as if separate firms were acting. (Homewardlegal.co.uk)*

## 5. Le notaire latino-germanique diminue les risques de contentieux.

Il est extrêmement compliqué d'élaborer des statistiques montrant les différences d'éventuels risques de contentieux entre les actes dressés par un notaire dans les pays du notariat latino-germanique, et les mêmes actes dressés dans les pays qui méconnaissent l'intervention notariale. Le rapport Knieper<sup>7</sup> relève, pour ce qui est des documents de transfert de propriété, qu'alors que le pourcentage de condamnations des notaires est inférieur à 0,1%, les réclamations pour mauvaise gestion à l'encontre des avocats des États-Unis ont été supérieures à 4% lors de la récente crise américaine des subprimes et durant les années suivantes. Le taux d'erreurs retrouvées dans la préparation, la formalisation ou la transmission des documents a été de 32,66%.

Nous avons déjà pu voir comment, et à quel prix, les assurances sur les titres cherchent à compenser les dommages dérivés de titres défaillants. Nul doute que la légalité exercée par le notaire dans l'Acte authentique est forcément plus efficace que le manque de contrôle, ce qui se voit reflété dans les chiffres. Et cela, faut-il le répéter, pour un coût non seulement équivalent, mais inférieur.

---

<sup>7</sup> For the Member States of the Council Europe, the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) stated in 2014 that, indeed, "[i]t has to be noted that the percentage of notarial documents actually challenged by the parties before a judge is very low", in contrast to disputes between clients and realtors and/or lawyers. Andorra reports that no disputes reach the courts; Estonia confirms that "there are practically no court proceedings against notaries in real estate matters in recent years"; Colombia reports that litigation involving notaries is about 0.02% of all cases; in Italy, the number of court proceedings involving notaries are "close to zero" according to the Answers to Questionnaire, while CEPEJ reports that "only 0.003% of notarial deeds concerning real estate are challenged before a Court every year (and the number of non notarial contracts challenged every year before a Court is instead much higher)"; Korea reports 1 to 3 cases per year against notaries, as compared to 50 cases against lawyers and 100 to 150 cases against realtors; Kosovo has until now not registered any case against notaries; Lithuania reports one case against a notary, all years combined.

A study commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, although mostly critical towards notaries, quotes two authors (P. Sparkes EU Study) of whom one confirms that only one authentic instrument out of thousand becomes subject to a court dispute in Germany, whereas the other asserts that in 2003 out of 4.5 million French actes authentiques only 4,000 gave rise to negligence claims against notaries.

Given the constancy of these figures, the CEPEJ does not exaggerate when concluding "that the pre-emptive filter of the notary screens courts from a large amount of extra workload."

Again, the picture is very different in the USA. A report on data collected by the American Bar Association (ABA) for the period of 2004 to 2007 reveals "a dramatic spike in lawsuits filed by sellers and agents against buyers, buyers against sellers and agents, brokers against title and mortgage companies and even lawyers against lawyers" and recommends that buyers should be eager to interview professionals with a view to find a person with whom one feels "comfortable with [...] who will look out for you, goes through the process with you step by step and communicates what they'll need from you during the process."

The successor ABA Study for the years 2012-2015 by the Standing Committee on Lawyers' Professional Liability on the "Profile of Legal Malpractice Claims" extends the previous findings and reveals that since the 2008 subprime disaster and recession real estate claims have dropped but still reach 14.33% in 2015. For the years 2012 to 2015, real estate matters accounted for 14.89% of all claims against lawyers, which corresponds to 6,577 out of a total of 44,185 cases. That is the second most important category of malpractice claims, behind personal injuries claims. Real estate law "includes legal activities dealing with all aspects of real property transactions including, but not

limited to, real estate conveyances, title searches and property transfers...". "32.66% of all errors reported relate to the preparation, filing and transmittal of documents." A commentator explains that "[t]hese errors do not relate to pleadings or contested matters. Instead, these claims relate to the preparation of contracts, leases, deeds, and will and trusts. Participants in the study voiced their concerns that lawyers are not memorializing their clients' decision in writing and taking greater care in drafting agreements, wills and trusts to avoid later disputes over interpretation of those documents."

The comments read like a pleading in favour of preventive justice and notarial professionalism.

## **6. Le notaire latino-germanique réduit la durée de la négociation.**

Tel que cela a été expliqué dans le corps principal de la présente étude, les systèmes de sécurité juridique préventive basés sur l'Acte authentique – dans lesquels le notaire exerce un contrôle de la légalité formelle et matérielle, c'est-à-dire de la forme et du fond du document – permettent de dresser des registres de propriété et commerciaux basés sur une présomption de véracité et garantissent la pleine protection des tiers qui les consultent et/ou procèdent à une acquisition auprès d'un titulaire figurant dans le registre. Même dans les systèmes tels que le système français, où le registre ne protège pas l'acheteur en cas de résolution de titres antérieurs, le contrôle de légalité effectué par le notaire vis-à-vis de chacun des maillons de la chaîne fait que la titularité publiée soit au plus haut point fiable. La combinaison de l'Acte authentique avec la publicité du registre rend beaucoup plus simple et rapide l'analyse de la validité des titres précédents, ou *title search*, laquelle au contraire ralentit la procédure dans les systèmes de la *common law*.

Le renforcement de l'Acte authentique à travers les communications télématiques avec le registre et le cadastre permet d'aboutir à un niveau élevé d'efficacité. C'est le cas des Pays-Bas, qui dispose d'un système appelé KikAkte. Le notaire consulte le plan, la titularité et les charges de la propriété auprès du Kadaster – qui est la somme du registre et du cadastre –, dresse l'acte, celui-ci est signé par les parties et le notaire, lequel adresse une copie électronique paramétrisée au Kadaster, où l'inscription est automatiquement insérée. D'après le rapport Doing Business de 2019, la totalité du processus dure en moyenne 2,5 jours. Le même rapport signale un délai de 21,5 jours pour une transmission au Royaume-Uni, de 20 jours à Los Angeles et de 12 jours à New York. Et, qui plus est, les registres de Los Angeles et de New York se bornent à publier l'existence d'un document de transmission ou d'imposition sans aucune garantie, ce qui oblige à souscrire une assurance sur le titre pour garantir une compensation économique au cas où la titularité du vendeur résulterait défectueuse, ou le titre d'acquisition s'avérerait défectueux. En définitive, le système de la *common law* prend plus de temps, implique plus d'insécurité et résulte plus coûteux.

## **7. Le notaire exerce à travers son cabinet d'autres fonctions visant à satisfaire les besoins sociaux des sujets économiquement faibles.**

Tout en admettant d'emblée que les politiques de subventions croisées doivent être gérées de manière très prudente et préventive, elles sont inévitables si l'on veut que tout citoyen, au-delà de sa situation économique ou géographique, puisse bénéficier des prestations de services publics que l'on veut rendre universels. Toute structure de services croisés doit être mise en place dans un cadre de contrôle politique et doit avoir un caractère exceptionnel, mais cela ne l'empêche pas d'être bénéfique sur le plan social, à condition d'être bien administrée.

Cela dit, l'établissement de tarifs publics en matière d'honoraires notariaux – tout en n'étant pas unanime dans l'ensemble des pays membres de l'UINL – permet de financer des politiques



publiques à travers l'exercice des fonctions notariales. Ainsi, à titre d'exemple, la titularisation de la propriété immobilière, la facilitation de l'accès à l'habitat social, les programmes de concentration parcellaire, certaines modalités de médiation ou de juridiction volontaire, sont possibles grâce à la prise en compte conjointe de l'activité du notaire et de son financement à travers des tarifs qui les rendent accessibles. Un tarif convenablement structuré permet également que les services notariaux couvrent la totalité du territoire d'un pays, afin que l'ensemble des citoyens puisse bénéficier de tels services, indépendamment de leur lieu de résidence.

Ainsi les groupes les plus défavorisés de la société peuvent avoir accès à certains services notariaux, ce qui permet de mettre en place la prestation universelle, tant du point de vue de la capacité économique que de la situation géographique.

### **8. Compatibilité avec les nouvelles technologies**

Il ne faudrait pas penser que le travail du notaire dans l'élaboration de l'Acte authentique est incompatible avec les nouvelles technologies. Bien au contraire, il tire profit de la rapidité et de l'adaptabilité de ces dernières à sa fonction, sans aucune diminution de la sécurité juridique préventive.

À ce jour les Notariats de divers pays se servent de supports électroniques et de technologies de signature électronique dans la rédaction des actes matriciels, que ce soit en vue de copies, d'archives et/ou de communications aux registres ou autres organismes publics. La technique du Code de vérification sécurisée permet également de consulter les Actes authentiques à tout moment et à partir de tout point du globe.

S'agissant d'un constat facilement vérifiable, il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point.

## CONCLUSIONS:

- Dans les systèmes de publicité déclarative par inscription sur le registre, la succession d'Actes authentiques forme de longues chaînes de titularité dont la légalité est contrôlée par le notaire, tant du point de vue formel que matériel. Dans les systèmes de Grundbuch, l'attribution de la propriété effectuée par le Registre des propriétés s'appuie sur les caractéristiques particulières de l'Acte authentique notarié. Dans les deux cas, la conséquence vertueuse de l'Acte authentique est ce que l'on connaît comme sécurité juridique préventive.
- Ces chaînes permettent d'élaborer un registre des propriétés ayant pour effet la pleine protection du tiers acquéreur. Il en est de même pour les registres commerciaux.
- La garantie sur la titularité que fournit l'Acte authentique, jointe à un système approprié de publicité du registre, permet de réduire les contentieux et d'éviter les systèmes de compensation des dommages sur la base d'une assurance souscrite sur le titre.
- La large fiabilité des registres basés sur l'Acte authentique, jointe à des systèmes électroniques de consultation et d'inscription, réduisent les temps et les coûts de la transaction. Le système hollandais KikAkte, qui met en rapport le Kadaster/Registre avec le notaire et permet, avec une totale sécurité pour l'acquéreur, de réduire le délai des transmissions immobilières à 2,5 jours en moyenne, constitue à cet égard une solution exemplaire.
- Le devoir d'impartialité du notaire, résultant de sa qualité de fonctionnaire public ou de délégué d'une fonction publique soumis à des contrôles rigoureux, permet de réduire le coût de l'intervention de deux professionnels privés concomitants, l'un pour l'acheteur et l'autre pour le vendeur.
- Les avantages susvisés de l'Acte authentique ne supposent nécessairement pas un coût plus élevé, la comparaison des deux systèmes indiquant plutôt le contraire.
- Tout cela conduit à considérer que les systèmes de sécurité juridique préventive basés sur l'Acte authentique sont supérieurs aux systèmes de réparation propres à la *common law*, basés sur l'assurance des titres, et encore plus aux systèmes qui ne prennent en compte aucun mécanisme de sécurité, avec ce que cela suppose en matière d'augmentation des risques de contentieux et de coût social.
- Conformément aux postulats de la *New Institutional Economics*, les systèmes de sécurité juridique préventive basés sur l'Acte authentique méritent d'être encouragés en vue d'éviter les contentieux et de favoriser la paix sociale, l'universalité des garanties juridiques, l'efficacité et le bien-être économique.

## ANNEXE I

P. Murray has compared costs in 2007 for four civil law and three common law States. We present his findings for transfer costs for real estate of a value of 100,000 € (land) and of 250,000 € (land and house).

In **Estonia** the transfer costs were in the first scenario (100,000 € sales price): 4,000 € for the realtor, 379 € for notary's fees, and 110 € registration fee. Percentagewise, notary's total fees were 8.43% of total costs and 0.38% as percent of sales price, while broker's fees amounted to 89.12% of total costs. For the second scenario (250,000 € sales price), the transfer costs were: 10,000 € for the realtor, 922 € for notary's fees, and 294 € registration fee. Percentagewise, notary's total fees were 8.22% of total costs and 0.37% as percent of sales price, while broker's fees amounted to 90.16% of total costs.

In **France** the transfer costs were in the first scenario (100,000 € sales price): 6,000 € for the realtor, 1,154 € for notary's fees plus 200 € for his overhead charges, i.e. 1,354 € notarial conveyance fees in total, 5,090 € transfer tax and 100 € registration fee. Percentagewise, notary's total fees were 10.79% of total costs and 1.35% as percent of sales price, while broker's fees amounted to 47.83% of total costs. For the second scenario (250,000 € sales price), the transfer costs were: 15,000 € for the realtor, 2,391 € for notary's fees plus 300 € for his overhead charges, i.e. 2,691 € notarial conveyance fees in total, 12,725 € transfer tax and 250 € registration fee. Percentagewise, notary's total fees were 8.78% of total costs and 1.08% as percent of sales price, while broker's fees amounted to 48.91% of total costs.

In **Germany** the transfer costs were in the first scenario (100,000 € sales price): 4,000 € for the realtor, 454 € for notary's fees plus 105 € for effectuation, i.e. 559 € notarial conveyance fees in total, 3,500 € transfer tax and 311 € registration fee. Percentagewise, notary's total fees were 6.68% of total costs and 0.56% as percent of value (0.45% without costs of effectuation), while broker's fees amounted to 47.79% of total costs. For the second scenario (250,000 € sales price), the transfer costs were: 10,000 € for the realtor, 904 € for notary's conveyance fees plus 205 € for effectuation, i.e. 1,109 € notarial conveyance fees in total, 8,750 € transfer tax and 648 € registration fee. Percentagewise, notary's total fees were 5.41% of total costs and 0.44% as percent of value (0.36% without costs of effectuation), while broker's fees amounted to 48.76% of total costs.

In **England and Wales** the transfer costs were in the first scenario (100,000 € sales price): 2,000 € for the realtor, 304 € searches fees, 608 € for buyer's lawyer's fees, 571 € for seller's lawyer's fees, i.e. 1,483 € conveyance fees in total, 0 € transfer tax, 441 € inspection fees and 88 € registration fee. Percentagewise, total conveyance costs were 36.98% of total costs and 1.48% as percent of sales price, while broker's fees amounted to 49.84% of total costs. For the second scenario (250,000 € sales price), the transfer costs were: 5,000 € for the realtor, 304 € searches fees, 676 € for buyer's lawyer's fees, 635 € for seller's lawyer's fees, i.e. 1,614 € conveyance fees in total, 2499 € transfer tax, 514 € inspection fees and 220 € registration fee. Percentagewise, total conveyance costs are 16.39% of total costs and 0.65% as percent of value, while broker's fees amounted to 50.77% of total costs. It seems, however, that Murray has omitted costs for title insurance in the UK which are estimated to amount to 182 €. If we add these costs as seems appropriate, we arrive at a total of conveyance costs of 1,665 €, which is 1.67% of the sales price in the 100,000 € scenario, and of 1,796 €, which is 0.72%, of the 250,000 € scenario.

In the **USA** (upstate New York) the transfer costs were in the first scenario (100,000 € sales price): 6,000 € for the realtor, 467 € owner's title insurance, 342 € for buyer's lawyer's fees, 419 € for seller's lawyer's fees, i.e. 1,228 € conveyance fees in total, 304 € transfer tax, 190 € appraisal fees and 27 € registration fee. Percentagewise, total conveyance costs were 15.85% of total costs and 1.23% as percent of value while broker's fees amounted to 77.42% of total costs. For the second scenario (250,000 € sales price), the transfer costs were: 15,000 € for the realtor, 853 € title insurance, 342 € for buyer's lawyer's fees, 419 € for seller's lawyer's fees, i.e. 1,614 € conveyance fees in total, 761 € transfer tax, 228 € appraisal fees and 27 € registration fee. Percentagewise, total conveyance costs were 9.15% of total costs and 0.65% as percent of value, while broker's fees amounted to 85.05% of total costs.

The numbers speak for themselves: In the three jurisdictions practicing authentication, i.e. in Estonia, France and Germany, the percentage of notarial fees and costs for the 100,000 € scenario were 0.38%, 1.35% and 0.56% as percent of sales price respectively, while in jurisdictions without authentication, i.e. England and Wales and the USA (upstate New York), the percentage of conveyance fees were 1.67% and 1.23% as percent of sales price respectively. In their majority, the notarial systems were more cost effective than the non-notarial systems. For the 250,000 € scenario, the percentages of notarial fees and costs were 0.37% as percent of sales price for Estonia, for France 1.08% and for Germany 0.44%, while they were 0.72% for England and Wales and 0.65% for the USA (upstate New York). Again, in their majority, the notarial systems were more cost effective than the non-notarial systems. We want to stress, however, that in higher sales price ranges, the cost effectiveness in the UK is higher than in notarial systems, since the solicitors'/conveyancers' fees do not increase proportionately with the sales price. Murray affirms that "for the largest transactions, UK conveyancing fees are among the lowest among the jurisdictions considered".

Obviously, the amounts and numbers for the UK and the USA presented by Murray cannot rely on tariffs, differently from most notarial systems. However, there are good reasons to assume that they reflect, indeed, the reality of the market. Murray based his

findings for the UK on a representative study of 2006 which had surveyed some 11,000 professional conveyancers<sup>105</sup>, and he based his findings for the upstate New York market on precise information of which he formed averages. In addition, his results for the UK were shared and not contested by another study that had as an objective to paint a bright picture of the English cost effectiveness.

In the Questionnaire, we have asked for fees and costs of conveyance as of 2016 in the notarial system. Apparently there is an evolution as from 2007.

We assume that a similar evolution has taken place in the non-notarial systems but were unable to verify this assumption by figures. However, we are confident that the assumption on fees and costs in the UK and USA (upstate New York) have not dramatically changed: the authors of both studies that we have used here have maintained their figures in later publications, Sparkes and others in the 'Study on Cross Border Acquisition of Residential Property' of 2016<sup>108</sup>, and Murray in a book of 2010, co-authored with Stürner. Certainly, Murray and Stürner have expressed the amounts in local currencies only, which might be more appropriate in a way but complicates comparisons in general, but the most relevant point for our purposes has not changed: the percentages of conveyance costs as part of total sales prices. Faced with the difficulty to research exact fees and costs, we have decided to take the figures and amounts for the UK and USA, as collected in 2006, as reference, being conscious of the fact that they may have evolved.

We start our documentation with the three civil law countries that had also been covered by Murray and by Murray and Stürner.

For 2016, **Estonia** reports notarial fees of roughly 400 € and registration fees of roughly 110 € for a sales price of 100,000 €, and notarial fees of roughly 1,000 € and registration fees of roughly 590 € for a sales price of 250,000 €, which corresponds to an increase from 0.38% to 0.4% and from 0.37% to 0.4% of notarial fees respectively. While registration fees are stable for the 100,000 € scenario, they have doubled for the 250,000 € scenario.

For 2016, **France** reports notarial fees of 2,069 € and additional costs of 400 €, including registration fees, for a sales price of 100,000 € and notarial fees of 3,290 € and additional costs of 400 €, including registration fees, for a sales price of 250,000 €. Percentagewise, the fees amount now to 2.07% for the 100,000 € scenario and to 1.32% for the 250,000 € scenario for notarial fees and registration fees of 0.4% and 0.16% respectively.

For 2016, **Germany** reports notarial fees of 546 € and registration fees of 273 € for a sales price of 100,000 € and notarial fees of 1,070 € and registration fees of 535 € for a sales price of 250,000 €. Percentagewise, the part of notarial fees as percent of sales price has increased from 0.45% to 0.55% for the 100,000 € scenario and from 0.36% to 0.42% for the 250,000 € scenario and the percentage of registration fees is 0.27% for the 100,000 € scenario and 0.21% for the 250,000 € scenario.

In sum, when we compare the conveyance fees and costs in the five jurisdictions covered by Murray's Study today, we can state that the cost effectiveness is still higher in Estonia and Germany as compared to the UK and upstate New York, but lower in France. With respect to France, the Study of 'Dual Conseil' explains that the French exception is owed to the costs of additional services such as the collection of taxes and the archivation of instruments that the French notary assumes...

....Murray and Stürner have concluded that it "is safe to say that the CNUE study has demonstrated that there is no apparent immediate cost advantage that is inherent to any particular system. For instance, for transactions of moderate value the countries with the lowest transaction costs were the notarial jurisdictions of Estonia and Germany. England, France and the U.S. tended to be higher cost jurisdictions. The non-notarial jurisdictions tended to have lower costs for the transaction involving greater values. [...] A notarial system can have either very low or very high costs, depending on the individual system as well as transaction specific circumstances. [...] There is a similar variance in immediate costs in non-notarial countries. England turned out to be a relatively high cost jurisdiction, particularly for lower value transactions. In the State of Maine, also a common-law jurisdiction, transaction costs to participants were 30% lower than in England for transactions of corresponding value, even including the cost of title insurance".