

TAVOLA ROTONDA

Regole, fiducia e sviluppo economico

Marie-Anne Frison-Roche*

Qu'il me soit permis de remercier les promoteurs de cette réflexion commune d'une façon plus particulière, en ce qu'ils prêtent ainsi attention aux réflexions d'une universitaire française d'une part, et plus particulièrement spécialisée dans les questions économiques d'autre part, double face de l'extranéité. Cette ouverture, qui me vaut le plaisir et l'honneur de m'exprimer, est due plus particulièrement au Président de l'Association nationale des notaires en Italie et je tiens à l'en remercier.

J'y tiens d'autant plus que la fermeture d'une profession sur elle-même, ou son rattachement excessif à un Etat particulier, ne me paraît pas l'approche la plus fructueuse.

En effet, si les notaires développent le thème d'une radicale différence avec d'autres professions libérales, celle des avocats notamment, sans admettre des points de contact, voire des points communs, c'est une position faible. Ainsi, il est vrai que les notaires ont seul le pouvoir d'authentifier et cela les rend irréductibles à d'autres professions, mais ils sont aussi les détenteurs d'une confiance des deux parties aux contrats, de la confiance des familles, voire encore de la confiance du marché, et en cela cet élément fondamental est partagé avec d'autres professions.

C'est pourquoi il me semble que les notaires ne doivent pas se présenter comme étant les héritiers de ce qui serait un ordre ancien, emblème de valeurs morales antinomiques avec le marché, car ils revendent alors une position radicalement antinomique avec le mécanisme du marché concurrentiel, les lois et les autorités de concurrence qui défendent celui-ci. Les études sont des entreprises.

Le service n'est pas pour autant une prestation pour laquelle l'appartenance professionnelle de celui qui la rend est indifférente, ou s'apprécie au cas par cas, suivant sa compétence simplement technique (maîtriser le droit) ou sa réputation professionnelle propre: c'est bien en tant que le notaire appartient à une profession organisée et rattachée à l'Etat, ce qui accrédite sa qualité, c'est bien parce

* Université Science Po di Parigi. Discorso pronunciato in francese.

que l'Etat lui fait confiance, que le demandeur de service, à savoir le client sur le marché, à son tour et par un mécanisme transif, du seul fait qu'il est notaire lui fait confiance. Ainsi, ne dressons pas le droit civil contre le droit économique, le droit civil s'y épuisera ; ne revendiquons pas l'hétérogénéité des notaires par rapport aux organisations de marché, la puissance des autorités de concurrence auront alors raison d'une logique qui n'intègre pas la réalité économique.

Mais aujourd'hui, plus que jamais les marchés ont besoin de confiance, pas seulement les marchés financiers, mais encore les marchés immobiliers sur lesquels les droits de propriétés, dans leur teneur et leur titularité, doivent être assurés, les marchés sur lesquels des investissements à long terme doivent être opérés, ne fonctionnent que sur la confiance. Or, le marché ordinaire, sans intermédiaire fiable, fonctionne dans les instants successifs des transactions et seul l'Etat, dont l'une des caractéristiques essentielles est la stabilité dans le temps, peut offrir aux opérateurs, notamment aux investisseurs, une garantie pour les opérations économiques qui se développent dans le temps. En cela, les notaires, dans leur lien avec l'Etat, sont des intermédiaires de marché efficaces. De la même façon, le marché ordinaire ne fournit d'information que sur les prix et les parties dans les contrats sont opposées l'une à l'autre, les conseils dont elles peuvent s'entourer ne modifiant pas cette configuration. Les notaires, en ce qu'ils sont des tiers extérieurs dans leurs personnes à l'opération économique et fiable par la construction de la profession à laquelle ils appartiennent, apportent la confiance que le marché ne peut spontanément engendrer. C'est pourquoi le notariat et la logique de marché ne s'opposent en rien, dès l'instant qu'on ne réduit plus le marché au simple modèle de la concurrence pure et parfaite du 19^{ème} siècle. La crise nous montre justement que cette conception-ci est dépassée.

Dès l'instant que l'intermédiation est non seulement bienvenue, mais nécessaire, parce que la question de la confiance et de la considération de la durée dans les opérations économiques devient cruciale, que l'Etat dont le notaire porte la marque et le sceaux y apporte réponse, la question du coût de l'intervention du notaire, injustifiée dans le modèle de la pure concurrence, devient justifiée dans une économie régulée.

La régulation est la mise en balance entre le principe de concurrence et d'autres principes, a-concurrentiels, voire anticoncurrentiels, comme la prévention des risques systémiques ou l'insertion de la durée dans des marchés gouvernés par des échanges instantanés.

Le plus souvent, le régulateur est un organisme public, par exemple une autorité administrative indépendante créée par la loi, à laquelle l'Etat a conféré par délégation des pouvoirs. Il peut aussi s'agir de personnes privées. On peut considérer que c'est le cas des notaires.

Il est ainsi remarquable que le pays qui intègre le plus efficacement la durée (par tradition) et l'équilibre entre le dynamisme marchand et la maîtrise par l'Etat, est la Chine. Or, la Chine est le pays dans lequel se développent conjointement le droit de la concurrence (lentement certes mais l'on peut espérer sûrement) et le notariat, dont les structures sont désormais très implantées. La propriété immobilière y devient sûre, préalable à toute économie à dynamisme endogène.

Le notariat européen, qui a été en grande partie à l'origine, par son exemple, de ce développement en Chine, doit s'appuyer en retour sur un tel exemple économique. Cela me paraît plus fructueux que de lutter contre un modèle de marché, lui-même conçu comme niant l'intérêt de l'intermédiation de confiance. Il est vrai que les autorités de concurrence, aussi bien nationales qu'européenne, ont souvent tendance à se référer à la conception ancienne de la concurrence, telle qu'Adam Smith l'avait construite, fonctionnant par un ajustement de l'offre et de la demande, sans intermédiaire. La crise a révélé que cela comporte de grands risques, et pour les parties qui ne sont pas à égalité d'information, et pour les marchés qui peuvent être balayés par des risques systémiques. D'ailleurs, la Commission européenne accorde aujourd'hui des exemptions aux Etats pour que ceux-ci puissent s'extraire à la loi concurrentielle (qui admet notamment sans difficulté la faillite des entreprises faibles).

Dans une vision dynamique et économique, il convient donc de se demander si le notariat, profession organisée et qui tient son pouvoir de l'Etat justifie à la fois son statut et son coût, au regard du bon fonctionnement des marchés, de la protection de ceux-ci et de l'objectif de croissance économique.

Si l'on adopte une vision statique et ancienne d'un marché dont le bon fonctionnement résulte du commerce, lequel s'opère par l'accumulation d'opérations économiques ponctuelles, ce qui opère mécaniquement un accroissement des volumes et des richesses finalement distribuées (notion économique de «surplus global»), il est vrai que le notariat s'insère difficilement dans cette représentation de l'économie, et parce qu'il est rattachée à l'Etat, qui doit demeurer extérieur au marché libéral, même s'il en garantit les institutions, et parce qu'il est un intermédiaire entre l'offre et la demande, accroissant le coût

de fonctionnement du marché, donc le prix, alors que le marché tend vers le prix exact (notion économique de «juste prix»).

Mais si l'on adopte une vision dynamique, on observe que les marchés sont fragiles, même les marchés des biens et services, qu'on ne peut déconnecter aujourd'hui très aisément déconnecter des marchés financiers. L'information doit porter sur les biens, la titularité des propriétés, la qualité des services, etc. L'impartialité doit s'insérer dans les échanges, ce qui est impossible dans un contact direct entre parties opposées, par exemple le vendeur et l'acheteur. Le tiers doit intervenir: si l'on ne veut pas que ce soit ex post le juge, cela doit être ex ante le notaire.

En effet et en outre, l'Etat doit être présent, car, en tant qu'il est l'Etat, il a le pouvoir de créer une réalité qui lui est propre, c'est-à-dire du normatif: ainsi, le notaire, parce qu'il est officier ministériel, crée de l'incontestable. Or, l'incontestabilité présente une sécurité juridique dont la valeur économique est très grande sur un marché. Ce-la est déjà vrai d'une opération économique ponctuelle; cela devient crucial pour une opération économique à long terme, dont chaque maillon juridique dans le temps doit être sécurisé. Si les actes juridiques en cause sont incontestables, parce qu'établis par un notaire, car celui-ci a délégation de l'Etat, alors l'agent économique reçoit une sécurité juridique dont le coût est parfaitement justifié. Peuvent de cette façon se développer efficacement des opérations d'investissement à long terme dans des marchés en croissance.

Ainsi, si l'on a une vision économique dynamique des marchés, dans la durée, et qu'il convient de protéger de leur faiblesse, notamment leur faiblesse systémique due à une asymétrie d'information qui dépasse le cas des marchés financiers et à laquelle la puissance normative de l'Etat, que le notaire porte dans sa puissance de créer de l'incontestable, on cesse d'opposer le notariat et l'économie.

Si l'on reprend plus en détail le statut de la confiance sur les marchés, qu'il s'agit des marchés financiers, lesquels vrillent, voire s'effondrent autour de celle-ci, ou des marchés des biens et services qui la requièrent aussi désormais (par l'information des consommateurs sur autre chose que le prix, les risques notamment), il convient de souligner que la confiance n'est pas un «bien privé»: la confiance est un «bien public», qui n'est possédée par personne. C'est un bien commun, que l'économie désigne comme «non-rival», c'est-à-dire que ce n'est pas parce que je le possède que mon voisin ne peut le posséder ou cesse de le posséder: au contraire, plus j'ai confiance et plus mon voisin a confiance. A l'inverse, si je cesse d'avoir con-

fiance, mon voisin s'inquiète de mon comportement et cesse à son tour d'avoir confiance: cet «effet-domino» est l'illustration du risque systémique. Il est culminant dans les marchés financiers, mais irriguent toute l'économie.

Or, ce bien public qu'est la confiance est avant toute chose gardé par l'Etat, parce que ses représentants sont désignés par le peuple, parce qu'il est permanent dans le temps malgré les turbulences économiques, parce qu'il est garant en dernier ressort, parce qu'il est l'institution nécessaire derrière tout marché libéral.

Si les marchés viennent à manquer de confiance, hypothèse terrible que l'Europe est en train de vivre, ils dysfonctionnent, n'envisagent plus l'avenir. Cette perte de confiance peut venir du fait que les Etats peuvent ne plus être garants en dernier ressort, car ils pourraient faire faillite: c'est l'hypothèse nouvelle de la dette souveraine grecque, qui change complètement la perspective. Un Etat peut ne pas tenir ses engagements dans le temps, peut disparaître autrement que par la guerre (qui a ses règles propres), peut disparaître par l'effet de son comportement financier.

A ce moment, la confiance devient un bien public très fragile et ce sont les délégataires étatiques de celle-ci qui doivent prendre le relais et sont les plus précieux personnages du système: les régulateurs publics, les banques centrales, mais aussi les notaires doivent se revendiquer comme ceux qui peuvent maintenir ce bien public sur les marchés des biens et services financiarisés.

Certes, la Commission Européenne ne conçoit pas les choses ainsi, parce qu'elle se réfère le «marché du droit», comme un marché autonome, le droit étant un service autonome, l'activité juridique constituant un bien en tant que tel. En cela, il est aisé de poursuivre le raisonnement, en affirmant qu'à cette aune, puisque le droit est un bien autonome ordinaire, ceux qui le «fabrique» et le «vendent» sont des offreurs qui doivent être «ordinaires»: à ce titre, tout statut spécial doit être combattu. L'autorité de concurrence européenne s'y emploie.

Mais si l'on considère que le droit est un instrument intégré du marché économique, ce que ne récuserait pas l'analyse économique du droit, on ne peut alors concevoir un «marché du droit» qui serait ainsi pensé d'une façon autonome. Cette myopie est une erreur d'analyse. Le droit est l'instrument neutre et préalable des opérations économiques, comme il est le préalable des marchés eux-mêmes. Ainsi, si les marchés sont fragiles et reposent sur la confiance, le droit doit injecter dans les marchés de la confiance. Il peut le faire par des personnages: le notaire en est un.

Il demeure que le système du marché se distingue du monde médiéval en ce que les «titres» n'y ont pas le même statut. Sous l'Ancien Régime, le titre valait en soi: il suffisait de naître et d'hériter (structure verticale). Le marché, structure horizontale, a balayé les titres, s'ouvrant à tous, aucun titre ne pouvant faire barrière. Le droit de la concurrence garde le souvenir de cela, réagissant avec grande méfiance face à des mécanismes de diplômes requis, de professions ayant des monopoles, etc.

Mais aujourd'hui, une pensée économique plus fine restitue le rôle des titres d'une façon différente. De la même façon que les marques sur des produits circulant sur des marchés ne sont plus analysés que de simples publicités mais comme des concentrés d'information pouvant créer de la confiance chez le consommateur quant à la qualité du produit, le titre d'une personne peut accréditer sa qualité. Ainsi, le client sait, en s'adressant à cette personne, que, du seul fait qu'elle s'appartient à cette profession, elle présente des garanties de compétence professionnelle et de rigueur déontologique. C'est pourquoi la notion de «profession», détestée par les Révolutionnaires ayant décapité l'Ancien Régime, est en train de renaître dans le système du marché, parce qu'elle est une économie de recherche d'information sur la personne, donc une économie de coût de transaction: parce que la personne a pour titre d'être notaire, le client sait qu'elle est compétente et qu'elle est «tenue» par les structures de sa profession.

Ce dernier point, essentiel dans une économie de marché en recherche des points de confiance qui se sont évanouis, est commun par exemple aux notaires et aux avocats. Sur ce point, il ne faut pas que les deux professions se montent l'une contre l'autre.

Le premier point, à savoir le rattachement entre l'Etat et le notaire, est propre au notariat, et permet par délégation de créer de l'incontestabilité, élément de grande valeur économique sur les marchés.

Le notariat est par essence cela ou bien ne sera plus. C'est pourquoi il doit à la fois revendiquer sa nature, à la fois différente du marché dans sa conception ordinaire et parfaitement ajusté à une conception dynamique des marchés, et revendiquer ce qui est commun avec d'autres professions, comme la profession d'avocat, et ce qui est fondamentalement spécifique.

Dans un monde actuel, qui est un système où les titres ne sont plus acquis mais des concentrés d'information qui rattachent les personnes qui en sont dotées à une profession garante et à des valeurs communes, il ne suffit pas d'avancer son titre pour être justifier.

C'est à la profession, d'une façon permanente, de justifier face à ses deux interlocuteurs que sont l'Etat, dont elle tire son office, et le marché, sur lequel elle exerce son office, que ce système est justifié. C'est pourquoi, et je sais qu'il en est ainsi, la qualité des formations, la rigueur de la discipline, la solidarité professionnelle, doivent être sans cesse maintenus et contrôlés.

Elles le sont de droit par l'Etat, elles le sont de fait par le marché. C'est ainsi que l'efficacité doit se construire, sans affrontement et choix entre ce qui serait un ancien système qui serait le notariat et un nouveau qui serait le marché, ou le droit civil qui serait le notariat et le droit économique qui serait le marché, car cela est inexact et infructueux. L'efficacité est dans un notariat qui remplit sa fonction naturelle sur un marché, auquel il apporte la sécurité de l'incontestabilité et de la confiance d'une profession issue de l'Etat et contrôlée par lui, dans un moment de l'histoire où le bien public de la confiance est plus que jamais volatile.