

Acte authentique, acte de marché

L'acte authentique est souvent opposé au marché, notamment en ce qu'il appartiendrait au droit civil, alors que le marché relève du droit économique, et qu'il n'est que la forme la plus élevée des actes probatoires, sans contact avec la logique marchande. Ces perspectives ne sont pas exactes. Tout d'abord, l'acte authentique n'est pas un acte qui prouve, c'est l'inverse : il dispense de prouver. Cette « anti-preuve » rend le *negotium* incontestable, sans que l'agent économique n'ait plus à se soucier de son exactitude, diminuant par cette sécurité purement juridique les coûts de transaction. En cela, l'acte authentique est un acte normatif et seul le notaire, rattaché à l'État, qui diminue ainsi les externalités négatives du marché, peut lui donner ce pouvoir. Le notaire est alors le régulateur naturel des marchés ainsi intermédiés, dont il diminue les risques.



Étude rédigée par :

Marie-Anne Frison-Roche,
professeur des universités à Sciences Po
(Paris), directeur de *The Journal of Regulation*

1 - L'acte authentique établi par le notaire doit être, comme l'a parfaitement bien démontré M^e Galliez¹, non seulement renouvelé par une vision extérieure au droit traditionnel, notamment l'analyse économique du droit, mais encore on peut aller plus loin en disant qu'il convient aujourd'hui de l'extirper des catégories traditionnelles de l'ordre juridique pour en penser l'utilité et la légitimité, en tant qu'il est un acte authentique et en tant qu'il est établi par un notaire, officier public.

2 - En effet, non pas que le rattachement du système de l'acte authentique notarial à l'État par la délégation que celui-ci fait à l'officier public soit sans pertinence (V. *infra* 2, A), il ne suffit pas de se référer au passé pour soutenir que cela doit demeurer. En effet, ce n'est pas l'ancienneté d'une profession qui justifie qu'elle demeure mais au contraire le souffle de la modernité, par exemple celui du marché concurrentiel porté par la Commission de l'Union Européenne qui l'a balayé selon le mécanisme de la page tournée. Ainsi, une argumentation liant légitimité d'une position de pouvoir liée à son ancienneté déclenche plutôt aujourd'hui une réaction négative, les théories économiques, relayées par les Autorités de concurrence², y voyant des phénomènes

de capture et des coûts de transaction³. Dès lors l'argumentation est en quelque sorte suicidaire puisque la profession pose elle-même sa tête sur le billot de l'efficacité des marchés concurrentiels.

3 - En outre, il convient d'adopter le regard et les compétences de celui qui observe et désormais décide, notamment les organes de l'Union Européenne, plutôt que de demeurer dans une position très défensive, construite sur des distinctions essentiellement académiques, si légitimes soient-elles. On peut prendre deux exemples essentiels. En premier lieu, si l'on aborde l'acte authentique notarial dans une vision par trop civiliste, de ce seul fait on l'oppose au marché car implicitement on l'affronte au droit économique, qui lui est gémellaire du marché⁴. Si l'on procède ainsi, il faut alors un effort herculéen pour défendre le droit civil contre le marché et seule l'évocation des droits fondamentaux peuvent encore le justifier⁵. Il convient donc, comme le démontre M^e Galliez, d'analyser l'acte authentique commercial comme un acte de valeur marchande en lui-même, qui circule sur un marché.

4 - En second lieu, l'acte authentique est généralement présenté⁶ comme la trace d'un *negocium* dont la caractéristique est d'avoir une force probante beaucoup plus élevée que d'autres actes instrumentaires. Ainsi, le vocabulaire le définit comme l'acte « qui a véritablement l'auteur ou l'origine qu'on lui attribue » et, plus techniquement, fait référence, par opposition à l'acte sous seing privé, à « l'acte qui, étant reçu ou dressé par un officier public compétent, (...) fait foi par lui-même jusqu'à inscription de faux »⁷. Mais, si l'on

1 L. Galliez, *Le Notariat à la lumière de l'analyse économique du droit*, 26^e Congrès de l'Union internationale du Notariat.

2 V. M.-A. Frison-Roche, *La régulation, objet d'une branche du droit* in *Droit de la régulation : questions d'actualité* : LPA, numéro spécial, 3 juin 2003, p. 3

3 V. par exemple les travaux de R. Coase, *The Nature of the Firm Origin* : *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford University Press, 1988, vol. 4 (1), p. 3 à 47,

Spring. - V. aussi R. Cooter et T. Ulen, *Law and Economics* : Addison-Wesley, 2e éd., 1998. - E.A. Posner : éd. *Chicago Lectures in Law and Economic*, Foundation Press, 2000. - E.A. Posner, *Economic Analysis of Law* : Little Brown, 5e éd. 1998, *The Economic Structure of the Law* : ed. by F. Parisi et E. Elgar, 2001. - A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit le cas français* : éd. Panthéon-Assas, coll. *Droit comparé*, 2002. - E. Mckay, *Analyse économique du droit*, 2003. t. 1.

4 M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique* : D. 2004, p. 126 à 129.

5 V. A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total* : éd. Seuil, 2010, qui évoque l'effort dogmatique que le droit doit faire, à propos des droits sociaux, contre le marché total.

6 Fr. Terré, *Introduction générale au droit* : Dalloz, 8^e éd., 2009, § 621.

7 G. Cornu, *Vocabulaire juridique* : PUF, 3^e éd., 2002, V^o Authentique.

met l'acte authentique dans la lignée des actes instrumentaires, et que l'on se contente de n'y voir qu'une gradation de la puissance probatoire, d'un accroissement de son utilité, la question naturelle qui vient à un esprit rationnel et simple est la suivante : pourquoi faudrait-il que cet acte soit réservé à une profession particulière, voire monopolistique ? Ainsi, pensé comme cela est fait traditionnellement, l'acte authentique comme un acte instrumentaire probatoire particulièrement puissant, c'est en réalité le ruiner en tant qu'il est un acte notarié. En effet, un esprit soupçonneux, par exemple les Autorités de concurrence, qui ont un pouvoir politique désireux de diminuer *EX ANTE* le coût des opérations de ventes et d'achats, auraient tendance à dire que l'attribution de cette capacité à délivrer cet acte à cette profession est un long accident de l'histoire et qu'il convient de le supprimer pour faire jouer l'ordinaire du marché.

5 - Ces raisonnements sont inexacts parce que les présupposés sont inexacts. Le plus grave est que ceux-ci sont logés au cœur même de la tradition juridique et de sa conception civiliste (*C. civ.*, art. 1317, al. 1^{er}). Si on adopte une conception économique et de droit économique⁸, on s'aperçoit que l'acte authentique, tout à la fois normatif et incontestable (1), fait du notaire le gardien des réalités telles qu'échangées sur les marchés intermédiés (2).

1. L'acte authentique source de sécurité parce qu'acte normatif constituant une « anti-preuve »

6 - La sécurité juridique que produit l'acte notarial résulte de son incontestabilité. Celle-ci est rendue possible puisque l'acte ne se réduit pas à un instrument probatoire (A), il est normatif (B).

A. - L'acte authentique premier vecteur parfait de sécurité juridique car « anti-preuve »

1° Le marché et la sécurité

7 - Le marché concurrentiel se nourrit des risques⁹ que l'entrepreneur prend. En cela, selon Joseph Schumpeter, le dynamisme du capitalisme et du libéralisme dépendent de cet esprit entrepreneurial qui ne recule pas devant le risque. Il est certain que des sociétés qui par leur histoire¹⁰ admettent le risque, sont des sociétés de marchés.

8 - Mais le risque représente un coût à la fois pour une opération, par exemple une vente, pour une structure, par exemple une entreprise, qui s'expose à la défaillance, voire pour un marché s'il y a un risque systémique¹¹. À ce moment là, il va y avoir d'une part un mouvement que les économistes désignent comme « adverse » au risque¹² qui conduit les individus les moins solides à prendre le plus de risque, c'est-à-dire à fragiliser l'ensemble. D'autre part, toute transaction devient plus coûteuse puisqu'elle doit internaliser ce coût du risque¹³.

9 - Un risque particulier n'est plus dans le futur de l'opération ou de l'entreprise, c'est-à-dire la possibilité de ne pas réussir, ce qui est le propre du marché libéral, mais réside dans le passé des éléments constitutifs d'une opération, c'est-à-dire dans la réalité des propriétés, le droit de propriété étant un des piliers constitutifs du marché.

10 - Si le vendeur du bien n'est pas propriétaire de celui-ci, l'acheteur ne peut pas le devenir¹⁴. Cette règle *nemo plus juris* nous coûta la guerre de cent ans.

11 - Le marché ne peut supporter sans coût voire sans dégât considérable, une telle insécurité. Il est incapable par ses propres forces de l'établir *ex ante* ou de la rétablir, et c'est le droit d'une façon exogène, à travers le principe de la sécurité juridique¹⁵, qui va injecter à son bénéfice cette valeur marchande¹⁶.

8 V. par ex., G. Maître, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préface H. Muir Watt : LGDJ, coll. *Droit et économie*, 2005

9 M.-A. Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation* : PUF, coll. *Que Sais-Je*, sous presse, V. entrée *Risque*. - V. également J.-J. Laffont et D. Martimort, *The theory of incentives, the principal-agent model*, Princeton : Princeton University Press, 2002, § 61 à 63.

10 A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique I*, 1835, 1^{re} partie, chap. 1 : « C'est sur cette côte inhospitalière que se sont d'abord concentrés les efforts de l'industrie humaine. Sur cette langue de terre aride sont nés et ont grandi les colonies anglaises qui devaient devenir un jour les États-Unis d'Amérique. C'est encore là que se trouve aujourd'hui le foyer de la puissance, tandis que sur les derrières s'assemblent presque en secret les véritables éléments du grand peuple auquel appartient sans doute l'avenir du continent ».

11 V. par exemple le *Rapport sur la stabilité financière dans le monde* publié par le Fonds monétaire international (Département des marchés monétaires et de capitaux) en juillet 2009 : « Grâce aux politiques engagées les risques systémiques sont en repli mais les vulnérabilités subsistent ». - V. également FMI, *Points de presse*,

chap. 3 : *détection du risque systémique in Rapport sur la stabilité financière dans le monde*, avr. 2009.

12 J.-J. Laffont et D. Martimort, *op. cit.* note (9), § 59 à 63 et § 357 à 360.

13 Ch. Noyer, *Présentation du rapport annuel de la commission bancaire pour 2009*, avr. 2010.

14 Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations* : Dalloz, 10e éd., 2009, § 152.

15 Sur le principe de sécurité juridique, V. not. la très importante thèse que Th. Piazzon lui a consacrée (Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur : Defrénois, Lextenso, coll. de thèses, 2009) ; l'ouvrage coordonné par les professeurs de droit économiques L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *Sécurité juridique et droit économique* : éd. Larcier, 2008) ; Le doyen Carbonnier désigna la sécurité juridique comme répondant à un « besoin élémentaire » : LGDJ, *Flexible droit*, 2000, p. 171), expliquant que lorsque le Conseil d'État, dans son arrêt d'assemblée du 24 mars 2006 (CE, ass., 24 mars 2006, n° 288460, Sté KPMG et a., concl. Y. Aguila : *JurisData* n° 2006-069857 ; RFDA 2006, p. 463 ; JCP G 2006, II, 10113, obs. J.-M. Belorgey. - P. Cassia, *La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit*

à multiples facettes : RDC 2006, p. 1038-1050. - C. Perez (*La consécration du principe de sécurité juridique et la protection du contrat par le droit transitoire*) affirma pour la première fois que la sécurité juridique était un principe général du droit, la doctrine y vît non pas tant une création mais bien plutôt une « consécration » : Cl. Landais et F. Lenica, *Sécurité juridique : la consécration* : AJDA 2006, p. 1028

16 M.-A. Frison-Roche, *Considérations générales sur la confiance dans l'industrie des services financiers in La confiance au cœur de l'industrie des services financiers*, coll. CÉDÉ (Centre d'études en droit économique), R. Crête, M. Naccarato, M. Lacoursière et G. Brisson : éd. Yvon Blais, 2010, § 10 : « Ainsi, même lorsqu'on évoque la théorie de la notoriété, notamment la notoriété des experts qui doivent être impartiaux pour être crédibles, cela renvoie à un marché de l'expertise, dont le dysfonctionnement a fait beaucoup de mal, dès l'instant que les experts, les économistes notamment, parce que leurs travaux sont soutenus financièrement par les banques, se trouvaient par ailleurs, être en conflit d'intérêts. Ainsi, la crédibilité des agents, qui inspirent la confiance des autres, notamment la crédibilité des experts, est un bien sur le marché et non une qualité morale »

2° L'anti-preuve, moyen de la sécurité juridique du marché

12 - Si on reste dans la perspective probatoire, on va mobiliser les compétences et les moyens pour reconstituer et s'assurer de l'existence des propriétés et de leurs titulaires pour que leur transfert soit, et juridiquement et donc économiquement, fiable. On sera sensible au fait qu'une telle exigence est financièrement lourde pour les opérateurs économiques.

13 - Le plus efficace pour produire la sécurité juridique est tout au contraire de sortir de toute perspective probatoire et de poser que l'acte est incontestable, interdisant en cela qu'une preuve contraire puisse nuire à celui qui le détient. Ce faisant, l'acte cesse d'être vraiment « instrumentaire » car il ne reproduit pas tant la réalité d'une opération économique, qu'il faudrait vérifier et dont on pourrait contester la réalité. Au contraire, il écarte cette discussion autour de la réalité des choses, le critère de vérité n'a plus de pertinence : nous sommes dans l'anti-preuve. L'anti-preuve produit la sécurité juridique parfaite puisque ce qui est marqué sur l'acte authentique est incontestable, dans l'indifférence de sa véracité.

B. - L'incontestabilité de l'acte authentique, rendue possible par la normativité de l'acte authentique

14 - L'acte authentique n'est donc en rien un niveau supérieur du système probatoire mais la contradiction même de l'idée de preuve. En cela, l'*instrumentum* n'est plus le reflet nécessaire du *negocium*, il en devient autonome. Cela le rend d'autant plus apte à circuler sur un marché, rejoignant ainsi la notion bien connue en droit financier de « titre », qui a depuis longtemps quitté la conception de preuve d'un rapport entre un droit de créance par rapport à la société pour devenir un bien. Sans vouloir développer plus avant des points qui nous éloigneraient trop de notre sujet, il ne serait sans doute pas sans pertinence d'approfondir l'idée selon laquelle l'acte authentique, à l'inverse de tous les autres actes instrumentaires, pourrait être un bien apte à trouver place sur des marchés¹⁷.

15 - Cet acte incontestable qui définit donc l'acte authentique et laisse de côté sa définition comme acte probatoire, conduit à y voir un acte qui rend réelle la description de l'échange économique qu'il opère en son sein. En cela, il est normatif. Cela n'a rien d'extraordinaire car le

système juridique¹⁸ se caractérise par sa puissance légitime à créer du réel, non pas à partir du donné qui l'entoure (par exemple l'échange économique), mais par rapport à sa propre puissance normative. Comme l'a dit parfaitement le doyen Jean Carbonnier, le droit est un artefact¹⁹. Ainsi, l'acte authentique est un artefact, qui produit une réalité normative, et que l'on ne peut pas plus contester que l'on ne saurait contester une loi²⁰. C'est pourquoi la normativité de l'acte authentique produit une sécurité juridique parfaite dont le marché se nourrit et par laquelle les échanges marchands diminuent leurs coûts de transaction dont l'incertitude fait partie.

16 - La question qui s'ouvre alors est de se demander d'où vient la normativité d'un acte authentique ? En effet, dans un acte instrumentaire probatoire, sa source vient de la réalité qu'il transcrit. Si l'acte authentique est un acte normatif autonome, il se prive de cette source et ne peut prétendre n'être qu'une branche du tronc de la réalité du *negocium*. Il faut donc nécessairement une source normative à l'acte authentique alors que cette exigence ne vaut pas pour les autres actes instrumentaires. Cette source normative provient du statut et des missions quasi régulatrices que l'État confère au notaire, ainsi tout à la fois gardien et responsable de l'incontestabilité de l'acte authentique.

2. Le notaire gardien responsable de l'incontestabilité de l'acte authentique et régulateur des marchés intermédiés à la propriété sûre

17 - Si les pouvoirs offerts par l'État au notaire sont parfaitement causés puisqu'il est l'agent normatif qui permet de réguler les marchés en éliminant le risque de preuve diabolique (A), leur légitimité est assurée par les lourdes responsabilités du notaire, garantes de l'adéquation de l'acte authentique à la réalité des faits (B).

A. - Le notaire, régulateur des marchés intermédiés pour éliminer le risque de la preuve diabolique de la propriété

1° Le notaire, régulateur normatif des marchés intermédiés

18 - Nous retrouvons ici l'histoire (V. *supra* n° 9) mais sous un tout autre angle qui est non plus celui de la légitimité par l'ancienneté

17 Selon les mêmes modalités par exemple, et au-delà du transfert des droits réels, qu'en matière de vente de fonds de commerce, de cession de brevet d'invention ou de créance, V. Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., note (14), § 1279.

18 V. H. Motulsky, *Le droit subjectif et l'action en justice* : *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 215, repris in *Écrits, études et notes de procédure civile*, 1973, p. 85.

19 J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République* : éd. Flammarion, coll. Champs essais, Poche, 2008. - V. également L. Assier-Andrieu, *Le droit dans les*

sociétés humaines : éd. Nathan, coll. Essais et recherches, 1996. - J. Ellul, *Sur l'artificialité du droit*, *Archives de la philosophie du droit*, n° 8, 1963.

20 P. Foriers, *Introduction au de la preuve in La preuve en droit, études publiées par P. Foriers et Ch. Perelman* : éd. Émile Bruylant, 1981, p. 12. - Sur les nuances de la distorsion entre le réel et le droit, le droit ne devant pas déformer : P. Foriers et Ch. Perelman, *Les présomptions et les fictions en droit*, *Travaux du centre national de recherches de logique* : éd. Émile Bruylant, 1974. - Et plus particulièrement les contributions de P. Foriers,

Présomptions et fictions, p. 7 à 26, et de J. Wroblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, p. 43 à 71, et J. de Rivero, *Fictions et présomptions en droit public français*, p. 101 à 113 (« Nous pouvons (...) tirer dès maintenant, deux leçons. La première c'est qu'il est, dans le monde du Droit, des fictions nécessaires dont l'ordre juridique ne peut se passer. La seconde, c'est que, même nécessaire, la fiction demeure fiction, et qu'il est sage de ne pas l'oublier si l'on ne veut pas la voir un jour contestée au nom de la réalité qu'elle a méconnue », p. 105).

mais celui de la légitimité par le fait que les notaires, jadis tabellions proches des juges, tiennent leurs pouvoirs de l'État, et sont d'une façon essentielle des officiers ministériels, c'est-à-dire sont ce que l'on pourrait appeler des « agents normatifs ».

19 - Ainsi, le notaire, parce qu'il tient sa puissance d'établir l'acte authentique de l'être normatif à excellence qu'est l'État, peut seul créer de l'incontestabilité, car le faire équivaut à créer du réel, pouvoir de faire qu'une fiction, au sens technique du terme²¹, équivaille au donné par l'évacuation de la pertinence de la preuve.

2° L'élimination normative du risque de la preuve diabolique de la propriété

20 - *Errare humanum est, sed perseverare diabolicum*. Le marché, s'il ne pouvait bénéficier d'un agent normatif, le notaire qui brise l'exigence probatoire des chaînes de propriétés, s'épuiserait, soit dans la remontée de cette chaîne et du coût de la recherche régressive, soit dans le risque contaminant l'ensemble des marchés par l'insécurité générale des transactions.

21 - L'État intervient donc à la fois d'une façon exogène puisque le notaire est son officier public, intervenant selon une tarification fixée par l'État, et non pas selon des prix flexibles de marché, mais pour répondre à des externalités négatives de marché²². Ainsi, en tant qu'il est notaire et l'auteur de l'acte authentique, le rédacteur a réglé la difficulté par le droit dans ce qu'il a de plus pur, de plus classique et de plus spécifique, c'est-à-dire sa normativité. Ce pouvoir normatif doit cependant trouver sa justification dans l'adéquation de l'acte notarial au réel, que les diligences et responsabilités du notaire permettent de garantir.

B. - Diligences et responsabilités du notaire, indices de son obligation d'opérer une proximité entre réalité des faits et incontestabilité de l'acte

22 - Mais on pourrait aussi dire que le droit pourrait fonctionner d'une façon plus économique, comme le fait l'article 2276 du Code

civil (« *en fait de meubles, possession vaut titre* ») et comme l'avait parfaitement souligné le grand auteur Josserand²³ : ce mécanisme n'est alors en rien de nature probatoire mais au contraire établi une dispense de preuve puisqu'il suffit d'opérer une tradition pour que la propriété soit acquise. Ainsi, dans une analyse économique entre les coûts et les avantages, pour ne pas dire pour toute opération économique même immobilière, la possession signifie la propriété, ce qui élimine l'exigence de preuve de propriété du vendeur et le risque de marché qui y est attaché. Indépendamment même des changements de textes juridiques considérables que cela impliquerait, il ne convient pas pour la raison suivante : il est vrai que le droit est normatif en tant qu'il peut créer sa « réalité à lui » en distance de la réalité qui lui est extérieure, et par sa seule puissance s'imposer à celle-ci (par exemple, l'article 312 du Code civil pose que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari »).

23 - Mais, il ne faut pas qu'il y ait une trop forte distorsion entre la réalité des faits et la reconstitution d'une histoire par le droit (ce qu'exprime la théorie « narrative » du droit), car si la distorsion est trop forte, cela engendre un nouveau risque, la réalité des faits ne supportant plus la violence que lui applique le pouvoir normatif artificiel du droit. Par exemple, si l'on devait sans jamais vérifier que les vendeurs sont très probablement effectivement propriétaires des biens et qu'on se contente de l'asséner par recours à la puissance du droit, on risque une révolte des véritables propriétaires, dépossédés par le mécanisme.

24 - Donc, le système juridique, pour le marché qui l'identifie comme ayant une grande valeur économique et sociale, c'est-à-dire le marché immobilier, demanda au notaire exactement dans le même temps qu'il lui confiait ce pouvoir de créer de toutes pièces des titres incontestables, de vérifier si le vendeur était bien propriétaire du bien²⁴.

25 - Plus encore, si on analyse la jurisprudence, l'incontestabilité de l'acte authentique n'est attachée qu'aux mentions concernant des faits que le notaire a personnellement vérifiés. Cela signifie que cet officier public a pour tâche de rendre le plus proche possible l'histoire autonome racontée par l'acte authentique et la réalité de l'échange

21 R. Dekkers, *La Fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé* : S. 1935.

22 R. Coase, *Le problème du coût social* : Rev. fr. économie, Programme National Persée, 1992, vol. 7(4), p. 153 à 193.

23 L. Josserand, *Cours de droit civil français* : éd. Sirey, 2^e éd., t. I, n° 166 : « Il ne suffit pas d'avoir des droits ; encore faut-il être à même, à l'occasion d'en établir l'existence : les procédés par lesquels on réalise cet objectif constituent les modes de preuves ».

24 V. au sujet de la responsabilité des professionnels, *Les obligations*, op. cit., note (14), § 591. On constate néanmoins en la matière une rigueur croissante de la jurisprudence à l'égard de la profession (sur le contrôle de l'identité des déclarants ; Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1979 : Bull. civ. 1979, I, n° 45, p. 39 ; Defrénois 1980, p. 386, obs. J.-

L. Aubert. - Sur le contrôle de l'efficacité tant pratique que juridique de l'opération passée : Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 218, p. 179 ; Defrénois 1982, I, p. 999, obs. J.-L. Aubert. Sur la recherche des origines de propriété : Cass. 1^{re} civ., 3 mai 1983 : D. 1983, p. 558, note J.-L. Aubert ; JCP G 1984, II, 20200, note M. Dagot) qui a évolué vers un renversement de la charge de la preuve (Devoir de conseil des professions libérales : Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997 : Bull. civ. 1997, I, n° 75 ; D. 1997, somm. p. 319 ; JCP G 1997, IV, 881 ; JCP G 1997, I, 4025, n° 7, chron. G. Viney ; RTD civ. 1997, p. 434). De relatif - variant en fonction des circonstances (Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 1990 : Bull. civ. 1990, I, n° 37, p. 28 ; D. 1990, inf. rap. p. 53 - le devoir de conseil est devenu absolu, les notaires n'en étant plus dispensés par la compétence professionnelle de leurs clients ou par le fait que ceux-ci bénéficient de l'assistance

d'un tiers (Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 312, p. 217 ; D. 1995, inf. rap. p. 195 ; Defrénois 1995, p. 1413, obs. J.-L. Aubert. - Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 459, p. 320. - Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1996 : RCA 1996, n° 325. - Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 419, p. 292 ; D. 1997, inf. rap. p. 7 - Solution étendue au devoir de conseil des avocats (Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1997 : Bull. civ. 1997, I, n° 132 ; JCP G 1997, II, 22948, note R. Martin ; JCP G 1997, I, 4025, n° 11, chron. G. Viney ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 111, obs. L. Leveneur ; D. affaires 1997, p. 729 ; RCA 1997, chron. 19, obs. H. Groutel) et des avoués (Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997 : Bull. civ. 1997, I, n° 214, p. 142 ; JCP G 1997, II, 22970, note E. du Rusquec ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 162, obs. L. Leveneur ; D. affaires 1997, p. 957 ; Resp. civ. et assur. 1997, comm. 339 ; D. 1998, somm. p. 198, obs. P. Jourdain).;

économique par ailleurs réalisé²⁵. En cela, l'acte authentique notarial limite les deux risques : le risque de la preuve diabolique de la propriété et le risque de la distorsion excessive par rapport à la réalité des titularisés des droits.

26 - Les très lourdes responsabilités qui pèsent sur la profession notariale et l'organisation de la profession notariale qui l'a conduit non seulement à un système de soumission disciplinaire mais également de surveillance mutuelle du fait de la mutualisation des coûts des défaillances, permettent d'assurer que la profession assure aussi cette sécurité-là²⁶.

Conclusion

27 - Il résulte de cet ensemble d'une part une dialectique entre le *negocium* et l'*instrumentum*, entre le donné et l'artefact, que l'acte juridique, parce qu'il est authentique et une anti-preuve, injecte en cela une sécurité que le marché ne peut produire en lui-même. Il faut, puisque la source de cet acte n'est pas la réalité mais une normativité juridique, que son auteur soit lui-même rattaché à la normativité juridique, ce qu'est le notaire, directement rattaché à l'État. Cependant, parce que l'État se faisant sert le marché en le régulant²⁷, il ne s'agit en rien de choisir entre l'État ou le marché, entre la réalité des échanges et des propriétés ou l'artificialité de l'acte authentique, car le notaire produit cette utilité marchande de la sécurité juridique en évitant une distorsion excessive entre la réalité des propriétés et la représentation qu'en donne l'acte authentique.

25 « Au sujet de la responsabilité des professionnels, notamment des professions du droit (V. C. Brière, *La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit* : *Resp. civ. et assur.* 2004, *comm.* 17), et plus spécialement des notaires ou de rédacteurs d'actes, on s'est demandé si, lorsqu'à la suite d'une faute du professionnel, le créancier perd une garantie ou se trouve privé d'une possibilité de recouvrer une créance, il en

résulte à coup sûr un préjudice certain », *Les obligations*, *op. cit.* note (14), § 702.

26 Par exemple, lorsqu'un acte est annulé, et puisque les choses doivent être remises dans le même état que si l'acte n'avait pas existé, chacun doit restituer ce qu'il a reçu de l'autre, le vendeur restituant alors le prix ou la partie du prix reçu. En cas de responsabilité du

notaire qui a instrumenté, celui-ci peut en cas d'insolvabilité du vendeur, être tenu de garantir la restitution (*Cass. 1^{re} civ.*, 1^{er} juin 1999 : *Defrénois* 1999, p. 340, *obs.* J.-L. Aubert).

27 V. à ce sujet les actes du Colloque, *Libéralisme et Régulation* organisé par le Conseil supérieur du Notariat (Les Entretiens de la Tour-Maubourg, 12 déc. 2007).