

## Le droit de présentation des notaires : un privilège digne d'un autre temps ?

Nicolas Laurent-Bonne, Professeur à l'École de droit de l'Université d'Auvergne

1. Le droit de présentation des notaires, créé par la loi sur les finances du 28 avril 1816 (art. 91), est la faculté qu'ont ces officiers de présenter leur successeur à l'agrément de l'autorité exécutive. Depuis la promulgation de ce texte, l'exercice de son droit de présentation par le titulaire de l'office donne lieu au paiement d'un prix, fixé par les parties elles-mêmes dans une convention que la pratique qualifie communément de traité de cession. Tandis que le décret révolutionnaire des 29 septembre et 6 octobre 1791 portant unification du notariat français avait supprimé la vénalité de ces offices, la loi de 1816 paraît ainsi renouer avec une pratique d'Ancien Régime. Ce commerce notarial, que dénonce une partie de la doctrine, est désormais devenu l'objet de vives controverses.

2. Le Conseil constitutionnel, qui a tout récemment été le lieu d'un tel débat, est saisi le 10 septembre 2014 par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 91 de la loi sur les finances du 28 avril 1816, en tant qu'il est applicable aux notaires (1). Le 30 octobre 2013, le requérant avait saisi le tribunal administratif de Paris d'un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation d'un arrêté du garde des Sceaux portant nomination d'un notaire associé. À l'appui de sa requête, il invoque la méconnaissance par la loi de 1816 des principes d'égalité devant la commande publique et d'égal accès aux dignités, places et emplois publics protégés par les articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans sa décision n° 2014-429 QPC du 21 novembre 2014, le Conseil constitutionnel rappelle que les notaires exercent une profession libérale (consid. 7), si bien que leur nomination par le ministre de la justice ne peut être qualifiée de commande publique (consid. 9). Le juge constitutionnel en déduit surtout que, s'ils participent à l'exercice de l'autorité publique, les notaires n'occupent toutefois pas un emploi public au sens de l'article 6 de la Déclaration (consid. 8). Considérant que les griefs invoqués sont inopérants, le Conseil décide alors que le mot « notaires » figurant dans l'article 91 de la loi sur les finances du 28 avril 1816 est conforme à la Constitution (2).

3. Cette décision du Conseil constitutionnel est le miroir des deux corps du notaire, écartelé entre la charge publique qu'il assume et l'exercice libéral d'une profession réglementée. Elle offre ainsi une édifiante illustration du statut hybride du notariat contemporain (3) (I) que l'on observe également dans la nature controversée du droit de présentation (II).

### I - Le statut hybride du notaire

4. Tandis que la célèbre loi du 25 ventôse an XI qualifiait le notaire de « fonctionnaire » (4), le règlement national, qui reprend le premier article de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le qualifie désormais d'« officier public » (5). Déléguataire du sceau de l'État, le notaire est établi pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité. Assumant le service public de l'authentification, l'officier est investi d'une parcelle de l'autorité de l'État. En témoignent notamment les modalités d'organisation de la profession, placée sous une étroite tutelle étatique. Nommé par arrêté ministériel, le notaire est dans l'obligation de résider dans le lieu fixé par le gouvernement et d'instrumenter à titre habituel dans le cadre du ressort qui lui est assigné, son activité étant, en outre, placée sous le contrôle du parquet. Déléguataire d'une mission de service public, le notaire agit ainsi, selon certains auteurs, « comme la main de la puissance publique » (6). Cette conception, que partagent doctrine et jurisprudence (7), a par ailleurs été reprise dans le rapport rendu en 2008 par la commission pour la libération de la croissance française (décis. n° 216).

5. Techniquement recevable, une telle analyse paraît de surcroît historiquement pertinente. La figure du notaire contemporain, en tant qu'agent investi par une autorité publique, se dessine en Italie, à la fin de l'Époque carolingienne, et se développe dans le sud de la France à partir du XII<sup>e</sup> siècle, pour ne s'épanouir et s'unifier qu'avec le renforcement de l'État royal, à la charnière du Moyen Âge et de l'Époque moderne (8). Dans le nord de l'Italie, des scribes dont l'office tend à se détacher de l'institution judiciaire commencent ainsi à dresser de leur seul chef des instruments publics. Émanation de la juridiction dont ils constituent un démembrément fonctionnel, ces premiers notaires reçoivent dès le XII<sup>e</sup> siècle une délégation de la puissance publique - comme le pape, l'empereur ou le roi de France - et sont à ce titre détenteurs de la *manus publica* selon la célèbre formule du pape Alexandre III (1159-1181) (9). Ce notaire, « personne publique » - tel que le qualifient Cujas († 1590) et Bodin († 1596) (10) - , est

l'objet dès le XVI<sup>e</sup> siècle d'un contrôle étroit et croissant de l'autorité royale dont il est l'un des officiers. Dans les premières décennies du XVII<sup>e</sup> siècle, Charles Loyseau († 1627) relève alors dans son célèbre *Traité des offices* que le notaire « ne peut être autre que muni de l'autorité publique » (11). La loi de ventôse an XI est venue consacrer une institution d'Ancien Régime dont les modalités d'organisation ont profondément évolué, mais dont l'esprit est demeuré intact. Unanimement admise par la doctrine contemporaine, la participation du notaire à l'exercice de l'autorité publique demeure l'une des constantes de l'histoire notariale.

**6.** Relique d'une histoire pluriséculaire, cette conception a tout récemment été battue en brèche par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 24 mai 2011. La Cour avait estimé que « les activités notariales, telles qu'elles sont définies en l'état actuel de l'ordre juridique français, ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, alinéa 1<sup>er</sup>, CE » (12). Les États membres étant dès lors infondés à restreindre l'accès à cette profession à leurs propres ressortissants, le législateur français a été contraint de supprimer la condition de nationalité dans un décret du 17 octobre 2011 (13). Alors que certains saluent « un point de vue moderne et dynamique » (14), d'autres relèvent la pauvreté des arguments déployés par la Cour de justice (15). La mise en perspective historique - avec toutes les précautions qu'elle suppose, notamment à l'égard de l'instrumentalisation idéologique ou justificative (16) - , invite l'interprète à formuler de nouvelles réserves sur un arrêt qui donne une lecture anhistorique et dépourvue de toute perspective comparative *lato sensu* (17). Conséquence d'une prémissse qui tombe en ruine, la participation du notaire à l'exercice de l'autorité publique vient cependant d'être reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2014-429 QPC. Consacrant ainsi la position qu'avait faiblement soutenue l'État français devant la Cour de Luxembourg, le Conseil s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence de l'Union.

**7.** Tout en reconnaissant la participation des notaires à l'autorité publique, cette décision rappelle cependant que ces officiers publics et ministériels n'occupent pas « des "dignités", places et emplois publics au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 » (consid. 8). En dépit de ce qu'avait pu soutenir le requérant, les notaires ne font pas partie du personnel de l'administration. Bien qu'ils soient nommés par l'autorité publique et qu'ils exercent une mission de service public, l'indépendance de ces derniers vis-à-vis de l'administration ne fait pas d'eux des fonctionnaires, comme c'est, par exemple, le cas en Égypte ou au Laos (18). L'administration exerce en effet sur eux un pouvoir disciplinaire, et non hiérarchique, tandis qu'ils sont rémunérés par les clients qui les requièrent. En France, la fonctionnarisation des notaires apparaît comme une tentation lancinante des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, rythmés par les successives convulsions révolutionnaires et les élans républicains. Demandée dans des pétitions adressées aux assemblées lors des révolutions de 1830 et de 1848, elle est décrétée par la commune de Paris en 1871 et périodiquement proposée devant le Parlement - notamment par Clémenceau - entre 1899 et 1933 (19).

**8.** À rebours de la loi de ventôse an XI qui les qualifiait de fonctionnaires publics, le Conseil constitutionnel considère que « les notaires exercent une profession réglementée dans un cadre libéral » (consid. 7), comme le prévoit également le règlement national du 24 décembre 2009. Le juge constitutionnel fait prévaloir le caractère libéral de la profession de notaire, lequel se comporte alors, selon certains, comme un véritable « chef d'entreprise » (20). Une telle conception, qui avait été entrevue par le Conseil d'État dans un arrêt rendu le 27 mars 1957 (21), a récemment été rappelée par la première chambre civile de la Cour de cassation. Pour l'application de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier relatif à l'information annuelle de la caution, un arrêt a, en effet, décidé, à propos d'un office notarial, que l'exercice d'une activité libérale caractérisait une entreprise (22). Pour autant, les nombreuses règles qui gouvernent le statut et l'activité de l'officier public et ministériel ainsi que le caractère personnel de l'office paraissent faire obstacle à ce que l'on considère son exploitation comme une universalité de fait susceptible d'exister, abstraction faite de son titulaire. D'aucuns relèvent qu'il s'agit peut-être d'une activité libérale avec clientèle, mais sans fonds (23).

**9.** À bien des égards, la décision du Conseil constitutionnel ne peut être que saluée, tant elle rappelle le statut  *sui generis* du notaire placé dans « une situation intermédiaire entre celle de fonctionnaire et celle de membre d'une profession libérale » (24). Une telle conception demeure alors, avec le droit de présentation du titulaire de l'office, l'un des éléments constitutifs de l'identité notariale.

## II - La nature controversée du droit de présentation

**10.** La reconnaissance par le juge constitutionnel du cadre libéral dans lequel s'exerce la profession notariale conduit à exclure l'application des principes d'égalité devant la commande publique et d'égal accès aux dignités, places et emplois publics. Partant, le droit reconnu au titulaire de l'office de présenter son successeur à l'agrément du garde des Sceaux n'est pas contraire à l'article 6 de la Déclaration de 1789. Cette décision, si louable soit-elle, ne suffit pas à éteindre la controverse séculaire entourant la nature et l'opportunité du droit de présentation des officiers

publics et ministériels.

**11.** Décrié par certains, non sans excès, comme « une tare d'Ancien Régime » supprimée par la Révolution et rétablie en catimini sous la Restauration<sup>(25)</sup>, le droit de présentation des notaires est vivement critiqué par une série de rapports rendus récemment au ministre de l'économie et des finances. L'inspection générale des finances, qui a procédé à l'analyse économique de trente-sept professions réglementées, relève que ce droit du titulaire de l'office constitue une regrettable entrave à la liberté d'installation<sup>(26)</sup>, entraînant notamment par voie de conséquence une hausse du tarif des notaires<sup>(27)</sup>. Le parlementaire Richard Ferrand est, quant à lui, parvenu à une conclusion peu ou prou équivalente, dans l'une de ses propositions teintée d'un pessimisme historique que l'on croyait devenu hors de saison. Le député propose de supprimer le droit de présentation au bénéfice d'un concours, considérant qu'une telle mesure consisterait à « préférer à la sécurité dynastique issue de 1816 l'égalité républicaine du XXI<sup>e</sup> siècle, conformément à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »<sup>(28)</sup>. Le *Schéma pour une évolution*, préparé en 1983 par le ministère de la justice, avait déjà entrevu la remise en cause de ce droit du titulaire de l'office, qualifié de « vénérable » mais d'« obsolète » par le directeur des affaires civiles et du Sceau. Sa suppression aurait permis d'abattre ce que le garde des Sceaux présentait alors comme les oripeaux d'une institution d'Ancien Régime<sup>(29)</sup>. Une telle présentation, si caricaturale qu'elle puisse paraître, est devenue le lieu commun d'un discours pour le moins partisan, sinon réducteur. La grille de lecture économique mobilisée par l'inspection générale des finances est venue étayer une analyse idéologique reposant sur une mise en perspective historique dont il convient d'évaluer la pertinence.

**12.** Au lendemain du Congrès de Vienne (1814-1815) qui impose à la France une indemnité de guerre, le Royaume est en proie à des difficultés financières sans précédent. C'est pour faire face à la dette publique que le gouvernement imposa un supplément de cautionnement aux officiers publics et ministériels dans la loi sur les finances du 28 avril 1816. Le droit de présentation a, quant à lui, été introduit pour prévenir le mécontentement de ces officiers contraints de participer à l'effort budgétaire. Devant la Chambre des pairs lors de la séance du 20 avril 1816, le duc de Richelieu, alors rapporteur du projet de loi, déclarait sans détour que le gouvernement avait « accordé aux offices sujets à des cautionnements des avantages qui les rendent en quelque sorte héréditaires »<sup>(30)</sup>. Ce système mis sur pieds par la loi de 1816 s'apparente, en effet, au mécanisme de *resignatio in favorem* qui se pratiquait au Moyen Âge tardif et à l'Époque moderne, permettant à l'officier de résigner son office de son vivant en faveur d'un tiers<sup>(31)</sup>. En 1816, l'intention du législateur est éminemment réactionnaire, non par opposition systématique aux réformes révolutionnaires qui avaient strictement aboli ce système, mais par opportunisme budgétaire.

**13.** Rédigé en des termes vagues, l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 allait alors favoriser l'épanouissement d'une forme de vénalité des offices publics, que doctrine et jurisprudence occultent ouvertement. Comme le relevait en effet en 1839 un avoué bordelais dans des observations adressées au garde des Sceaux, « personne n'a intérêt à ce qu'on déclare que la loi du 28 avril 1816 a voulu rétablir la vénalité des offices »<sup>(32)</sup>. Lorsque Dalloz fait lui-même allusion au « prix de l'office », celui-ci se reprend, préférant évoquer la « somme qui doit être payée au titulaire pour (...) l'exercice de son droit de présentation »<sup>(33)</sup>. Une telle ambivalence s'observe encore dans la jurisprudence : tout en accordant à l'officier une « propriété de nature spéciale », un arrêt rendu le 23 mai 1854 par la Cour de cassation s'empressait de relever que la loi de 1816 avait « modifié, mais sans l'abroger, le principe constitutionnel de la loi abolitive de la vénalité des charges »<sup>(34)</sup>.

**14.** Au lendemain de la promulgation de cette loi, doctrine et jurisprudence opèrent alors une *summa divisio* entre l'office et le droit de présentation du titulaire de l'office analysé comme un droit personnel et inaccessible : seule la promesse d'en user en faveur d'un candidat déterminé est faite moyennant le paiement d'un prix<sup>(35)</sup>. Ce prix, qui correspondrait à la contrepartie financière de l'engagement de présentation, est déterminé par les parties elles-mêmes dans une convention. Tandis que la pratique qualifie ce contrat de « traité de cession »<sup>(36)</sup>, la doctrine préfère, quant à elle, le qualifier de « convention de présentation » par laquelle le « cessionnaire » contracte une simple obligation de faire<sup>(37)</sup>. Techniquement, cette analyse permet alors d'éviter le piège redoutable de la vénalité.

**15.** Si le droit de l'officier public et ministériel présente un fort caractère personnel en raison de l'agrément que lui confère le garde des Sceaux, une telle analyse ne laisse pas de surprendre l'interprète. Le « prix de cession », évalué selon des critères de rendement de la charge, ne constitue certainement pas la rémunération d'un service. Une telle conception, qui confine à l'hypocrisie doctrinale<sup>(38)</sup>, a cependant été abandonnée par la jurisprudence, ayant déserté le terrain de la rémunération d'un service pour lui préférer la vente. Dans un fameux arrêt rendu le 16 juillet 1985 par la première chambre civile, la Cour de cassation a décidé que, si l'office notarial n'est pas dans le commerce, le droit de présentation du notaire constitue un droit patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé<sup>(39)</sup>. L'évidente patrimonialité du droit de présentation n'en demeure pas moins conditionnée

par l'agrément du garde des Sceaux constituant, selon la jurisprudence, « un élément légal de la validité de la convention » (40).

**16.** La rétrospective historique, couplée à la dogmatique juridique, invite alors l'interprète à regarder cette patrimonialité conditionnée du droit de présentation comme une réincarnation mutilée d'un privilège d'Ancien Régime. Tandis que le Conseil constitutionnel reconnaît l'exercice par les notaires d'une profession libérale, ne pourrait-on pas saluer le pragmatisme non dévoilé de l'inspection générale des finances proposant l'abrogation du droit de présentation au profit d'une cession de clientèle civile ?

**Mots clés :**

**NOTAIRE** \* Droit de présentation \* Question prioritaire de constitutionnalité

**CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS** \* Contrôle de constitutionnalité \* Question prioritaire de constitutionnalité \* Notaire \* Droit de présentation

(1) CE 10 sept. 2014, n° 381108, AJDA 2014. 1742, obs. J.-M. Pastor.

(2) Cons. const., 21 nov. 2014, n° 2014-429 QPC, D. 2014. 2350 ; AJDA 2014. 2281 ; LPA 9 déc. 2013, n° 245, obs. F. Hartman.

(3) J. Motel, La déontologie notariale, AJ fam. 2014. 348.

(4) L. 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, anc. art. 1<sup>er</sup>, abrogé par l'Ord. n° 45-2590 du 2 nov. 1945, art. 10.

(5) Ord. 2 nov. 1945, art. 1<sup>er</sup> et Règlement national - Règlement intercours du 24 déc. 2009.

(6) L. Aynès (dir.), L'authenticité. Droit, histoire, philosophie, Doc. fr., 2<sup>e</sup> éd., 2013, n° 68-70, p. 100-102.

(7) V. not. Civ. 11 nov. 1857, S. 1857. I. 55.

(8) F. Roumy, Histoire du notariat et du droit notarial en France, in M. Schmoeckel et W. Schubert (dir.), *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2009, p. 125-168.

(9) Décrétale insérée, en 1234, dans le recueil du pape Grégoire IX (X, 2, 22, 2 [E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, Leipzig, 1879, t. II, col. 344]).

(10) Cités par C. Loyseau, Du droit des offices, in Les œuvres de Maistre Charles Loyseau, Lyon, 1701 p. 7.

(11) C. Loyseau, *idem*, p. 282.

(12) CJUE 24 mai 2011, aff. C-50/08, *Commission européenne c/ France*, D. 2011. 1401, édito F. Rome, 1417, 1544, entretien J. Tarrade, et 2012. 390, obs. N. Joubert ; AJDA 2011. 1058, et 1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RFDA 2011. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2011. 590, obs. A.-L. Sibony et A. Defossez, et 879, obs. E. Guinchard ; RMCUE 2013. 45, chron. E. Sabatakakis ; JCP 2011. 661, obs. F. Picod ; JCP N 2011. Act. 497, obs. C. Nourissat ; Dr. adm. 2011. Comm. 77.

(13) Décr. n° 2011-1309, 17 oct. 2011.

(14) JCP 2011. 661, obs. F. Picod.

(15) L. Aynès (dir.), *supra* note 6, n° 69, p. 101.

(16) N. Laurent-Bonne, L'avenir du notariat est-il dans son histoire ?, D. 2014. 1771.

(17) Y. Gaudemet, Lendemains amers pour un bicentenaire, Dr. et patr. 2011. 205.

(18) M. Revillard, Rép. internat., v° Notaire, n°s 21 et 25.

(19) J.-L. Halpérin, Avocats et notaires en Europe. Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine, LGDJ, 1996, p. 87-88.

(20) J.-F. Pillebout et J. Yaigre, Droit professionnel notarial, 9<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, n°s 34-38, p. 9-10.

(21) CE 27 mars 1957, *Conseil supérieur du notariat*, Lebon 1957. 211.

(22) Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 2004, n° 01-02.755, Bull. civ. I, n° 94 ; RLDC 2014/5, n° 188, note A. Decoux.

(23) J.-Y. Mazan et R. Samson, Le fonds libéral sans clientèle, JCP E 2009. 1470. n° 7 ; V. égal. B. Beignier et B. Bernabé, Office, charge et fonds : notions distinctes, JCP N 2012. 1362.

(24) E. du Rusquec, Nature juridique des offices publics et ministériels, Gaz. Pal. 1987. II. 678.

(25) T. Wickers, La dernière corporation, Gaz. Pal. 2014, n° 116, p. 9.

(26) Rapp. n° 2012 M 057 03, t. III, annexe 2, p. 18.

(27) Rapp. n° 2012 M 057 03, t. III, annexe 1, p. 39.

(28) R. Ferrand, Professions réglementées. Pour une nouvelle jeunesse, oct. 2014 (synthèse).

(29) Cités par E. Suleiman, *Private Power and Centralization in France. The Notaires and the States*, Princeton, Princeton University Press, 1987, p. 201-209.

(30) Archives parlementaires, 2<sup>e</sup> série, t. XVII, Paris, 1870, p. 348.

(31) P. Sueur, Histoire du droit public français. XV<sup>e</sup> - XVIII<sup>e</sup> siècle, PUF, 4<sup>e</sup> éd., t. I, 2008, p. 277-281.

(32) Journal des avoués, t. 67, 1939, p. 679.

(33) D. Dalloz, Répertoire, Paris, t. XXXIV, 1865, n° 198, p. 148.

(34) Civ. 23 mai 1854, D. 1854. I. 170.

(35) J. Defrénois, À propos du droit de présentation, Defrénois 1947. 109.

(36) J. Héral, Rép. civ., <sup>1<sup>re</sup>s Office public ou ministériel, n° 26.</sup>

(37) J.-F. Sagaut et M. Latina, Manuel de déontologie notariale, Defrénois, 2014, n° 45, p. 21-22.

(38) Relevée par P. Delvolvéd, La patrimonialité des actes administratifs : rapport de synthèse, RFDA 2009. 44 .

(39) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1985, n° 84-13.745 , Bull. civ. I, n° 224 ; RTD civ. 1987. 88, note J. Mestre ; Defrénois 1986. 785, obs. J.-L. Aubert ; JCP 1986. II. 20595, note M. Dagot.

(40) Civ. 2<sup>e</sup>, 11 mai 2000, n° 97-12.362 , n° 97-12.423 et n° 97-15.736, D. 2001. 1138 , obs. P. Delebecque .

Copyright 2025 - Dalloz – Tous droits réservés