



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



Notaire Professor Dr. Reinhold GEIMER, München

La circulation de l'acte notarié
et ses effets dans le commerce juridique

Index

A. Remarques générales	7
I. Aperçu des missions du notaire	7
II. Domaine principal de l'activité notariale	8
III. Procédure de médiation, de conciliation et d'arbitrage	8
IV. Consultation en matière fiscale	9
V. Les alternatives quant à la forme prévues par le droit allemand	9
1. La forme écrite	9
a) Lex lata	9
b) De lege ferenda: réduction à la forme purement textuelle	10
c) De lege ferenda: la forme électronique comme alternative à la signature auto graphe	10
d) Déclarations dans le cadre de la procédure du livre foncier et des registres	11
2. Législation de la signature sous la forme authentique	11
3. Authentification notariale	11
VI. Actes électroniques	11
VII. Authentification de faits	12
VIII. Langue officielle	12
IX. Conséquences du non-respect de la forme	12
X. Sens et finalité des conditions de forme	12
B. Effets des actes notariés	14
I. Le point d'Archimède: encadrement des effets d'un acte notarié dans un ordre juridique déterminé	14

1.	Dans l'optique du droit allemand	14
2.	Dans l'optique de systèmes juridiques étrangers	14
II.	Effet probatoire	14
III.	Aucun effet res iudicata	17
IV.	Actes notariés comme base de la transaction juridique et de la constitution/constatation de droits	17
1.	Droit immobilier	17
a)	§ 313 du Code civil allemand	17
b)	§ 29 de la loi relative à la tenue du livre foncier et à la publicité foncière	18
2.	Droit des sociétés et droit relatif aux personnes morales	19
a)	Constitution de sociétés et de personnes morales	19
b)	Transfert de parts de sociétés à responsabilité limitée	20
c)	Demandes d'inscription au registre de commerce	20
d)	Constitution de sociétés de personnes	21
e)	Fonction de filtrage moyennant l'intervention du notaire	21
3.	Affaires relevant du droit de succession	22
a)	Coopération du notaire avec le tribunal compétent en matière successorale	22
b)	De lege ferenda: délivrance de certificats d'héritier par les notaires	23
c)	De lege ferenda: Compétence du notaire pour la conservation officielle de testaments et l'ouverture des dispositions à cause de mort conservées auprès du notaire	24
d)	Fichier central des testaments tenu sous forme électronique	24
V.	La force exécutoire des actes notariés	24
VI.	Délivrance de l'exequatur non pas par les juridictions de l'Etat mais par les notaires	26
1.	Exequatur de compromis d'avocat	26
2.	Exequatur de sentences arbitrales	27
a)	De lege lata	27
b)	De lege ferenda	27
VII.	Tentative de règlement extrajudiciaire des litiges par le notaire comme condition à l'accès aux tribunaux	27

VIII. Autres mesures de délestage de la justice grâce à l'intervention des notaires	28
1. Autorisation de consulter le livre foncier	28
2. Communication électronique avec les services du livre foncier et les tribunaux chargés de la tenue du livre foncier et des registres	29
IX. La réduction des frais résultant de l'activité notariale	29
1. Frais de transactions immobilières	29
2. Economie de frais due à la prévention des litiges	29
C. Le notaire dans la vie des citoyens	29
I. Reconnaissances de la paternité et de la maternité et autres actes juridiques relatifs au statut juridique de l'enfant, en particulier l'adoption	29
II. Contrats matrimoniaux et autres conventions passées entre les fiancés les conjoints	29
III. Testaments, contrats d'héritier et autres actes juridiques en matière successorale	31
1. Authentification obligatoire pour les contrats d'héritier	31
2. Importance du droit fiscal pour le contenu des dispositions à cause de mort	31
3. Importance du droit international privé (règles relatives à la collision des normes) pour le façonnage des dispositions à cause de mort	31
IV. Liquidation de succession	31
V. Exécution de legs	31
VI. Renonciations à la succession	32
VII. Contrats portant sur la succession d'un tiers encore vivant	32
1. Principe	32
2. Exception	33
VIII. Contrats d'héritier, contrats relatifs à la part réservataire (Pflichtteil) et contrats sur la renonciation à des libéralités	33
IX. Contrats de vente successorale et autres aliénations similaires	33
X. Cession de parts successorales	33
XI. Succession anticipée	34
XII. Acquisition de biens fonciers en vue de la demeure familiale	34
XIII. Unions libres	34
1. Relations juridiques entre les concubins	34

2. Relations juridiques avec les enfants	35
XIV. Communautés de vie homosexuelles enregistrées	35
D. Le notaire: interlocuteur des commerçants et des entreprises	35
I. Sociétés de capitaux: constitution, augmentation de capital et modifications des statuts	36
II. Transformation	36
III. Contrats de subordination (regroupement de sociétés), contrats de cession de bénéfices et autres contrats conclus entre les entreprises	37
IV. Contrat de vente d'entreprises	38
E. Questions en matière du droit international	38
I. Détermination du droit étranger applicable	38
II. Pouvoir des notaires d'instrumenter	38
III. Compétence internationale	39
1. Absence de limitation de la marge de manœuvre du notaire en raison d'éléments d'extranéité de l'objet de son authentification	39
2. Compétences internationales exclusives des notaires allemands	39
a) Transferts de propriété de biens immobiliers allemands (dessaisines-saisines)	39
b) Délivrance de cédules partielles d'hypothèque et de dette foncière (Grundschuld)	40
c) Vente aux enchères de biens immobiliers	40
d) Contrats de société, statuts, modifications des statuts, transformations et transfert du patrimoine de sociétés de capitaux allemandes	40
IV. Authenticité d'actes étrangers	41
V. Effets produits par les actes étrangers	41
VI. Locus regit formam actus (auctor regit actum): droit local comme alternative à la forme prescrite par le droit applicable à la transaction (lex causae)	42
1. Art. 9 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles et art. 11 de la loi d'introduction au Code civil allemand (Einführungsgesetz zum BGB; EGBGB)	42
2. Conséquences du choix de la loi applicable à la forme	42
3. Champ d'application	43
a) Actes de transfert ou de constitution de droit réels	43

b)	Actes et opérations juridiques concernant l'organisation des sociétés et de personnes morales allemandes	43
c)	Etablissement de testaments et de contrats d'héritier	43
VII.	Principe Lex fori	44
F.	Exécution internationale des actes exécutoires	45
I.	Principe de base: nécessité de la déclaration constatant la force exécutoire	45
1.	L'absence de reconnaissance de la force exécutoire étrangère par une des effets	45
2.	L'exequatur en tant qu'acte constitutif	46
3.	Effet de l'exequatur	47
II.	Exequatur d'actes exécutoires étrangers selon le droit allemand autonome	47
1.	§ 794 al. 1 pt.. 5 du Code allemand de procédure civile	47
2.	Proposition: application analogue des §§ 722 et 723 du Code allemand de procédure civile	47
3.	Digression: la position libérale d'autres ordres juridiques sur la question de l'exequatur d'actes exécutoires étrangers	48
4.	Résumé	49
III.	Libre circulation des actes exécutoires par la suppression de l'exigence de l'exequatur?	49
IV.	Conventions de Bruxelles et de Lugano et le Règlement N° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale	50
1.	Exequatur conformément à l'art. 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano de 1968 ou à l'art. 57 du Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000	50
2.	Notion de l'acte authentique au sens de l'art. 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano de 1968 et art. 57 du Règlement (CE) N° 44/2001	51
3.	Obligation d'exécution inconditionnelle	52
V.	Précisions sur l'exequatur	53
1.	Conditions de l'exequatur	53

a)	L'authenticité d'actes notariés étrangers et leur force exécutoire selon la loi de l'Etat d'origine	53
b)	Pouvoir d'instrumenter du notaire étranger	53
2.	Absence de vérification de la compétence internationale de l'Etat d'origine	54
a)	Droit allemand autonome	54
b)	Conventions de Bruxelles et de Lugano et Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale	55
3.	La compatibilité du titre avec l'ordre public de l'Etat requis	55
VI.	Les exceptions de l'art 1 par. 2 pt. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et du Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000	56
VII.	Absence de l'exequatur de titres relevant du droit public	57
VIII.	Procédure d'exequatur	57
IX.	Objections présentées par le débiteur	58
1.	Objections contre la recevabilité de la formule exécutoire	58
2.	Objections formulées contre le droit substantiel	59
a)	Action en constatation	58
b)	Action d'opposition à l'exécution d'un acte (Vollstreckungsgegenklage)(§ 767 ZPO) et autres recours d'opposition	58
X.	Domages-intérêts du fait d'une exécution injustifiée	60
XI.	Conséquences d'un refus de délivrer l'exequatur	60
XII.	Convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers	61
G.	Limites territoriales de l'exequatur: l'exequatur sur l'exequatur ne vaut	63
H.	Thèses	63

A. Remarques générales

I. Aperçu des missions du notaire

Par la suite, il sera question des effets des actes et d'autres activités des notaires allemands et étrangers du point de vue allemand. Ce faisant, je ne traiterai pas de l'acte au sens strict et je mentionnerai également les activités du notaire allemand qui ne se manifestent pas dans un acte.

Font partie des fonctions du notaire en Allemagne, non seulement l'activité d'authentification, mais aussi l'accomplissement de nombreuses autres tâches à effectuer dans le cadre de l'administration préventive de la justice. Si l'on voulait résumer toutes ces tâches dans une clause générale, on pourrait la formuler comme suit: il incombe au notaire de prêter l'assistance juridique, qui, par l'intervention qualifiée lors de la formation de relations juridiques privées (constitution, modification et suppression de droits) et leur sécurisation et protection, sert la sécurité juridique et la prévention des litiges et ce, tant dans l'intérêt des particuliers concernés que dans l'intérêt public.¹ Il est impossible de faire une énumération exhaustive des fonctions assumées par le notaire. Dans la perspective de l'objectif formulé, la notion peut être interprétée de manière flexible.

Le rôle du notaire dans l'administration préventive de la justice consiste, en particulier dans le façonnage des contrats et ce, également dans les cas où la loi ne prévoit pas l'intervention obligatoire du notaire. S'y ajoutent toutes les mesures visant à mettre en œuvre des transactions juridiques, les activités dites "d'exécution administrative" qui font partiellement l'objet de dispositions législatives et dont l'importance dans la pratique dépasse par contre largement le cadre de la simple exécution obligatoire.² Font partie de cette activité d'exécution administrative, la communication du notaire sur l'échéance du prix de vente pour les contrats de vente, l'obtention d'autorisations de partage et d'autres autorisations de droit public, conformément à la loi sur les transactions immobilières et au règlement relatif aux transactions immobilières, l'obtention de pièces justificatives de la radiation, la vérification du paiement du prix de vente, l'obtention d'actes de l'état civil. Un domaine partiel très important de l'activité notariale est également celui de la conservation (le dépôt de fonds, de titres et d'objets de valeur). En outre, s'y ajoute la procédure formelle de conciliation en cas de partages successoraux et lors de la transition des droits réels relatifs à la propriété immobilière et foncière.

¹ Frenz dans Eylmann/Vaasen, *Bundesnotarordnung-Beurkundungsgesetz*, 2000 (*Loi fédérale relative au Notariat*), BNotO § 1 pt 11.

² § 51 *Beurkundungsgesetz (BeurkG)* (*Loi sur l'authentification des actes*).

Cependant, ce n'est pas la totalité des champs d'activités du notaire. Il peut également procéder à des notifications, dresser des protêts de traite et des protêts de chèques; il peut délivrer des attestations sur l'âge, etc.

II. Domaine principal de l'activité notariale

L'authentification d'actes juridiques, le conseil et l'assistance aux intéressés avant l'authentification et lors de l'exécution de l'acte juridique authentifié, à savoir l'inscription au livre foncier ou au registre de commerce est au cœur de l'activité notariale qui tend à la prévention des conflits et partant, au désencombrement de la justice. Lors de la procédure d'authentification, le notaire explique les points susceptibles de déclencher un conflit et s'efforce, dans le cadre du dialogue avec les intéressés, de trouver une réglementation appropriée et conciliant les intérêts opposés. Par son acte notarié, le notaire veille à ce que tout litige soit évité.

III. Procédure de médiation, de conciliation et d'arbitrage

Dans ce contexte, il y a lieu de faire également état de la procédure de médiation et de la procédure d'arbitrage. Selon le § 8 al. 4 de la Loi fédérale du Notariat allemand (Bundesnotarordnung; BNotO), l'activité du notaire en tant qu'arbitre n'est pas soumise à autorisation spéciale.

Les notaires peuvent également mettre en œuvre des procédures de conciliation ayant lieu à titre volontaire. En leur qualité d'administrateurs impartiaux et connaissant le droit, ils sont particulièrement aptes à se charger de ce type de règlement extrajudiciaire des litiges. Une fonction commune à ces procédures est de pallier et de régler les conflits moyennant un conseil neutre et une explication donnée par le notaire en tant que titulaire d'une fonction publique (se rapprochant de celle du juge) afin d'éviter que des litiges soit portés devant les tribunaux. Cette fonction désengorge la justice et sert en même temps l'intérêt commun et les intérêts des parties concernées.

C'est ici que se trouve un champ d'activité "naturel" pour les notaires, qui, en raison de leur obligation de rester impartiaux et indépendants, sont particulièrement aptes à assumer de telles fonctions proches de celles du juge en vue de décharger la justice.

La Bundesnotarkammer (le Conseil fédéral du Notariat allemand) soutient avec véhémence cet objectif. Ainsi, a-t-elle mis à la disposition des notaires un "règlement de conciliation" donnant des précisions sur la conciliation. Par ailleurs, elle a publié une convention d'arbitrage-type que le notaire peut intégrer dans l'acte si les parties le souhaitent. Cela permet de faire trancher tout éventuel litige entre les parties par un tribunal

d'arbitrage. La Bundesnotarkammer recommande de désigner les arbitres dès le moment de l'authentification.

Outre la Bundesnotarkammer, l'Association des notaires allemands (Deutscher Notarverein) dont le siège est situé à Berlin, s'est également penchée sur les thèmes de la conciliation notariale et de l'activité d'arbitrage. Elle a mis en place un tribunal arbitral institutionnel sous le nom: "Cour d'arbitrage et de conciliation des notaires allemands".

IV. Consultation en matière fiscale

Le notaire peut prêter conseil dans un sens large, donc également dans les cas où l'authentification notariale n'est pas prescrite. Il est également habilité à prêter conseil en matière fiscale sans être pour autant obligé de le faire. Le notaire n'est pas un conseiller fiscal. Il a le droit de se charger d'une consultation en matière fiscale, mais il n'en est pas obligé.

Néanmoins, le droit fiscal joue un rôle important dans la confection de ses contrats et de ses actes. On peut en effet parler d'une interdépendance entre le droit civil et le droit fiscal. Des lacunes dans la conception fiscale peuvent être à l'origine de graves préjudices. Aussi est-il important que le notaire précise d'emblée que sa responsabilité n'est pas engagée en ce qui concerne les répercussions fiscales d'une authentification et qu'il recommande d'avoir recours à un conseil fiscal. S'il se charge toutefois de la consultation fiscale, il assume également la responsabilité de conséquences fiscales négatives.

V. Les alternatives quant à la forme prévues par le droit allemand

Le Code civil allemand (Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch; BGB) connaît les formes suivantes:

1. La forme écrite

a) Lex lata

La forme écrite veut que l'acte soit signé de manière autographe par celui qui l'a délivré et ce, par sa signature ou moyennant un paraphe tenant lieu de signature et légalisé par le notaire. Tout contrat doit être signé par les parties sur le même acte. Si plusieurs actes homonymes sont établis pour un contrat, il suffit, selon le § 126 al. 2 du Code civil allemand (BGB), que chaque partie signe respectivement l'acte destiné à l'autre partie.

b) De lege ferenda: réduction à la forme purement textuelle

Il va de soi que l'exigence de la signature autographe constitue un obstacle au commerce électronique. C'est la raison pour laquelle, le législateur entend réduire, dans bien des cas, la forme écrite à la forme purement textuelle. Cette forme simplifiée par rapport à la forme écrite requiert uniquement une déclaration lisible en caractères; aucune signature autographe n'étant nécessaire. N'exigeant donc aucune signature, cette forme est censée faciliter les transactions juridiques.

Il est prévu de passer de la forme écrite à la simple forme textuelle (étant de nature moins stricte) dans les domaines où il s'agit de déclarations sans effet probatoire et où les effets juridiques de l'acte sont de faible importance ou facilement réversibles et dans lesquels le déclarant n'a pas besoin d'être averti; cette fonction d'avertissement étant inhérente à la forme écrite en raison de l'exigence de la signature autographe.

Ainsi la forme écrite est maintenue pour toute promesse de rente viagère selon le § 761 BGB, pour tout cautionnement (§ 766 BGB), toute reconnaissance de dette autonome fondant un rapport d'obligation (§ 780 BGB) et toute reconnaissance autonome d'un rapport d'obligation existant (§ 781 BGB). Dans ces cas, l'exigence de la forme écrite a essentiellement une fonction d'avertissement. Le débiteur doit être protégé contre tout engagement précipité. Contrairement à la forme écrite, la forme dite textuelle n'est pas liée au support papier, vu l'absence de la signature du déclarant; un document électronique se prêtant également à cet effet.

c) De lege ferenda: la signature électronique comme alternative à la signature autographe

Il est par ailleurs prévu d'introduire une nouvelle forme électronique comme alternative à la forme écrite. La signature autographe sera substituée par la signature électronique. Si la forme écrite prescrite par la loi doit être remplacée par la forme électronique, l'auteur d'une déclaration devra y ajouter son nom et apposer une signature électronique qualifiée sur le document électronique, conformément à la loi relative à la signature digitale.

S'agissant d'un contrat, les parties devront signer chacune par voie électronique, un document homonyme et ce, dans la manière décrite ci-dessus. C'est ce que prévoit le projet visant à modifier le § 126a BGB. La signature électronique se substitue donc à la signature autographe.

d) Déclarations dans le cadre de la procédure du livre foncier et des registres

Pour l'instant, il est prévu de garder la forme papier pour les déclarations pour lesquelles le droit procédural pertinent prévoit une demande écrite, tel que c'est encore le cas actuellement pour la procédure du livre foncier et des registres. Pour l'avenir, il est toutefois prévu de créer les conditions techniques et juridiques nécessaires pour la tenue électronique des inscriptions au livre foncier et aux registres de façon à permettre des transactions juridiques électroniques avec les services du livre foncier et les tribunaux chargés de la tenue des registres.

2. Légalisation de la signature sous la forme authentique

Là où la loi assujettit certaines déclarations à la légalisation des signatures, cette déclaration doit être rédigée sur support papier et la signature du déclarant doit être légalisée par devant notaire, § 129 BGB. Si la déclaration est signée par l'auteur moyennant un paraphe, la forme écrite requiert la certification notariale du paraphe selon le § 126 al. 1 BGB

3. Authentification notariale

La procédure d'authentification est régie par la loi relative à l'authentification des actes (Beurkundungsgesetz; BeurkG). A lieu devant le notaire une audience au cours de laquelle les intéressés font part de leurs déclarations de volonté qui feront l'objet de l'authentification, § 8 BeurkG.

A la différence de la forme écrite (§ 126 al. 2 BGB), il est possible de faire authentifier, dans le cadre d'un contrat, l'offre et l'acceptation d'une offre de manière séparée, et même par des notaires différents (à des endroits différents), § 128 BGB.³

L'authentification notariale est la forme la plus "forte". Elle remplace la forme écrite et à la certification des signatures, § 126 al. 3 et § 128 al. 2 BGB.

VI. Actes électroniques

Conformément aux §§ 8 ss. de la loi allemande sur l'authentification des actes (BeurkG), il est nécessaire de dresser un procès-verbal de l'audience d'authentification ayant eu lieu devant le notaire. Le notaire est tenu de signer ce procès-verbal en y apposant son sceau. En cas d'authentification des déclarations de volonté, le notaire doit lire le procès-verbal aux parties et le faire signer par celles-ci après qu'elles aient approuvé le texte.

³ Exemple: le vendeur résidant à Berlin et désirant vendre un bien immobilier situé à Hambourg, accepte, devant un notaire de Berlin, l'offre soumise par un acheteur résidant à Munich et ayant fait l'objet d'une authentification par un notaire de Munich.

Les actes établis par les notaires allemands figurent encore sur support papier, une version électronique alternative n'étant pas encore admise. Pour l'instant, l'évolution future n'est pas encore prévisible. Comme déjà mentionné, l'on travaille à l'élaboration d'une loi adaptant les conditions de forme du droit privé au commerce juridique moderne. Cette loi ne traite toutefois pas de l'authentification notariale.

VII. Authentification de faits

Mise à part l'authentification de déclarations de volonté, l'activité du notaire englobe également l'authentification de faits. Il faut signaler que le notaire ne peut authentifier des faits, à savoir des opérations externes qu'il a directement constatées lui-même. Ne peuvent faire l'objet de son attestation ni ses conclusions juridiques ni ses appréciations. Entrent en ligne de compte par exemple, des authentifications de décisions prises par l'assemblée générale d'une S.A., conformément aux § 36 ss. BeurkG, complétés par le § 130 de la Loi allemande sur les sociétés anonymes (Aktiengesetz; AktG) relative à l'authentification des assemblées générales de sociétés anonymes et de sociétés en commandite par actions.

VIII. Langue officielle

En Allemagne, l'allemand est la langue officielle. Tout acte est donc, par principe, dressé en langue allemande. Cependant, le notaire peut également dresser l'acte dans une autre langue pour autant qu'il l'a maîtrisée suffisamment (§ 5 al. 2 de la loi sur l'authentification des actes).

IX. Conséquences du non-respect de la forme

Si la forme prescrite par la loi n'est pas respectée, l'acte juridique devient nul et non avenue.⁴ Cela vaut également, lorsque, dans le cas concret, une certaine forme a été déterminée par un acte juridique, § 125 BGB.

X. Sens et finalité des conditions de forme

Les formalités légales servent à protéger le déclarant contre tout engagement précipité de sa part en cas de transactions juridiques à risques (fonction d'avertissement).⁵ La forme

⁴ La loi prévoit toutefois, dans certains cas de figure, la possibilité de remédier à des vices de forme, tel que visé par le § 313 phrase 2 du Code civil allemand: l'absence de la forme est compensée par l'inscription au livre foncier.

⁵ Pour plus de précisions à ce sujet voir Bernhard dans *Beck'sches Notarhandbuch (manuel des notaires)*, 3e Ed., 2000, F pt. 10 ss.

doit inciter à engager des réflexions avec circonspection et promouvoir le caractère sérieux de la décision en fonction de l'importance de celle-ci. Dans tous les domaines dans lesquels le droit allemand veille à ce que le déclarant connaisse le texte de sa déclaration de volonté, il prescrit soit la signature auto graphe soit l'authentification notariale. Dans la procédure d'authentification des actes, la lecture de l'acte permet de protéger les parties de manière institutionnelle contre toute précipitation dans la conclusion du contrat, ainsi que d'apporter un conseil sur la portée juridique de la transaction, en particulier dans l'intérêt de la partie économiquement la plus faible.

La garantie de preuves va de pair avec cette exigence. Elle répond surtout aux intérêts des parties en permettant de distinguer la conclusion du contrat de toute négociation préalable à celui-ci, et de constater fiablement l'acte juridique tout en le rendant apparent aux tiers. La garantie de preuves sert également l'intérêt public, par exemple en facilitant la tenue des registres par la justification de l'identité du signataire moyennant la certification des signatures. Le législateur allemand prescrit l'authentification notariale pour les opérations importantes du droit immobilier, du droit de succession et du droit des sociétés. Les consommateurs en particulier sont obligés de faire authentifier leurs actes lorsque le conseil qualifié d'un organe indépendant et impartial de l'administration de la justice est nécessaire non seulement aux fins d'avertissement et de preuves, mais également lorsqu'il s'agit d'opérations juridiques complexes et importantes.

Au cours de la procédure d'authentification, il appartient au notaire de déterminer la volonté des parties, d'éclaircir les faits et de transcrire le résultat obtenu dans un acte écrit valide. Le législateur fait usage des formalités comme instrument permettant d'assurer l'équilibre entre les parties au contrat. Cet équilibre est une condition nécessaire pour justifier la liberté contractuelle selon l'esprit de la philosophie du droit. Dans ce contexte, l'authentification par le notaire impartial et connaissant le droit, constitue la forme la plus forte et la plus solide afin d'éviter tout déséquilibre tenant à des différences au niveau des connaissances juridiques et du pouvoir économique. Dans le processus d'authentification, le notaire accomplit une fonction sociale en tant qu'intermédiaire visant à assurer la réalisation d'un acte juridique équitable quant au fond.⁶

Cela permet également d'assurer un degré optimal de protection des consommateurs, en particulier par le biais de l'assistance notariale prescrite par le § 17 de la loi allemande sur l'authentification des actes (*Beurkundungsgesetz*; *BeurkG*). Le notaire doit en effet veill-

⁶ Bernhard dans *Beck'sches Notarhandbuch*, 3e Ed., 2000, F pt. 20.

ler à ce que les intéressés dénués d'expériences ou incompetents ne soient pas défavorisés.

B. Effets des actes notariés

I. Le point d'Archimède: encadrement des effets d'un acte notarié dans un ordre juridique déterminé

1. Dans l'optique du droit allemand

A l'instar d'une décision judiciaire, l'acte notarié ne produit pas d'effets *per se*; les effets doivent plutôt être encadrés dans un ordre juridique déterminé. Ainsi, il est seulement possible de poser et de résoudre cette question des effets d'un acte notarié sous l'optique d'un système juridique déterminé.

2. Dans l'optique de systèmes juridiques étrangers

Il s'agira ci-après de traiter des effets produits par les actes notariés sous l'angle de vue du droit allemand en particulier; il convient toutefois de souligner que les actes établis par des notaires allemands peuvent également revêtir une importance dans l'optique de systèmes juridiques étrangers, à savoir si ce n'est pas le droit allemand qui est applicable mais le droit étranger, conformément aux dispositions du droit international privé. Cela peut être le cas, par exemple, quant il s'agit de savoir si l'acte établi par le notaire allemand sera "reconnu", c'est-à-dire accepté comme étant équivalent par le droit étranger pertinent.

II. Effet probatoire

Tout acte notarié est un acte authentique au sens des § 415 ss. du Code allemand de procédure civile (*Zivilprozessordnung*; ZPO). D'après les dispositions du § 415 ZPO, l'acte authentique constitue la preuve intégrale de la transaction authentifiée par le notaire. Ainsi, la libre appréciation des preuves par le juge est limitée⁷. Seule la preuve d'une authentification inexacte de la transaction est admise.

L'acte dressé par le notaire sous la forme prescrite par la loi sur l'authentification des actes constitue la preuve intégrale de la déclaration authentifiée (manifestation de la volonté)⁸ ou l'opération effectivement authentifiée.⁹ Cela vaut également pour les actes étran-

⁷ § 286 du Code allemand de procédure civile (*Zivilprozessordnung*; ZPO).

⁸ § 415 ZPO.

gers, s'ils répondent aux exigences imposées aux actes nationaux.¹⁰ La valeur probante de l'acte s'étend à toute l'opération authentifiée par le notaire; c'est-à-dire non seulement au contenu de la déclaration, mais aussi aux constatations faites dans l'acte notarié sur l'identité des déclarants, leur âge (jouant un rôle pour la capacité juridique), la conviction du notaire de la capacité juridique et de celle de tester, l'endroit, l'heure et les autres circonstances de la déclaration, etc.

Peuvent jouir de force probante, non seulement les actes notariés, à savoir les documents rédigés par le notaire, mais aussi les déclarations reçues sous la forme authentique par le notaire. Si le notaire certifie l'authenticité d'une signature apposée sur une déclaration sous seing privé, l'authenticité de la signature est établie.¹¹ C'est à ce moment-là que les dispositions en matière de preuve du § 416 ZPO seront appliquées. Si la signature est authentique, la déclaration est considérée comme étant faite. Cette preuve ne peut être contestée. Il est toutefois possible, selon le § 415 al. 2 ZPO, de fournir la preuve contraire selon laquelle l'opération décrite dans le procès-verbal a fait l'objet d'une authentification incorrecte.¹²

La légalisation de blancs-seings¹³ jouit en principe de la même valeur probante. Le juge chargé de la tenue du livre foncier ou le greffier tout comme le juge chargé de la tenue des registres peuvent refuser d'accepter la déclaration, s'ils ont des doutes fondés que le blanc-seing a été complété comme convenu.¹⁴ Toute traduction d'un acte en langue étrangère, effectuée par le notaire aux termes du § 50 BeurkG jouit, elle aussi, de la pleine force probante.¹⁵

Est attribuée aux actes, dressés par des notaires allemands, une présomption d'authenticité, conformément au § 437 al. 1 ZPO. En cas de doute sur l'authenticité, le tribunal peut demander une déclaration portant sur l'authenticité (§ 437 al. 2 ZPO).

Cette disposition ne s'applique pas aux actes rédigés par des notaires étrangers. *Sedes materiae* pour ces actes est au contraire le § 438 ZPO qui dispose ce qui suit:

"(1) La question de savoir si un acte dressé par une autorité à l'étranger ou par une personne dotée de foi publique doit être considéré comme étant authentique sans aucun jus-

⁹ § 418 ZPO.

¹⁰ Winkler, *Beurkundungsgesetz*, 14e Ed., 1999, § 1 pt. 12.

¹¹ § 418 ZPO.

¹² Winkler, *Beurkundungsgesetz*, 14e Ed., 1999, § 1 pt. 18.

¹³ § 40 al. 5 *Beurkundungsgesetz*.

¹⁴ Winkler § 1 pt. 20.

¹⁵ Winkler § 1 pt. 22.

tificatif, fera l'objet d'une appréciation par le tribunal, en fonction de chaque cas particulier.

(2) La preuve de l'authenticité d'un tel acte peut être fournie moyennant la légalisation par un consul ou un mandataire de la République fédérale d'Allemagne (traduction non-officielle).“

La légalisation atteste l'authenticité de la signature et le caractère officiel de l'authentificateur et, le cas échéant, l'authenticité de son sceau¹⁶. Par contre, elle n'atteste le respect des formalités requises par l'Etat d'origine de l'acte, à moins qu'une légalisation dite "étendue" ait été effectuée selon le § 13 al. 4 de la loi consulaire.¹⁷

Les formalités parfois très pénibles de la légalisation (§ 438 ZPO) ont été plus ou moins assouplies par la Convention de la Haye supprimant l'exigence de la formalité de la légalisation des actes publics étrangers du 5 octobre 1961¹⁸. Dans le domaine d'application de cette convention, il suffit que l'Etat d'origine délivre l'apostille. Cela permet d'éviter la lourdeur de la procédure de légalisation qui requiert toute une série de légalisations et d'apostilles.

Au surplus, les actes étrangers ont été dispensés de toute formalité en vertu d'accords bilatéraux et multilatéraux, même si les pays concernés ont adhéré à la Convention de la Haye.¹⁹ Ainsi l'art. 1 de l'accord franco-allemand, dispensant les actes authentiques de la légalisation du 13 septembre 1971, stipule²⁰:

"Les actes authentiques ...ne nécessitent ni la légalisation, ni l'apostille ni la certification ni de formalité analogue pour être utilisés dans l'autre Etat.“

Il est expressément prévu à l'art. 11 al. 2 que cet accord prévaut sur la Convention de la Haye.

Dans ce contexte, il y a lieu de faire également mention de l'art. 49 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et, dorénavant du nouvel art. 57 du Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale²¹ qui entrera en vigueur le 1er mars 2002 et se substituera à la Convention de Bruxelles de 1968. Après cette date,

¹⁶ § 13 al. 2 de la loi consulaire. voir à ce sujet Spellenberg dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 3e Ed., art. 11 de la loi d'introduction au BGB, pt. 95.

¹⁷ Voir à ce sujet Bindseil dans Hecker/Müller-Chorus, *Handbuch der konsularischen Praxis*, 2e Ed., 1998, § 4 C pt. 6 ss. ainsi que dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 3e Ed., art. 11 EGBGB pt. 97.

¹⁸ Journal officiel de la R.F.A 1965 p. II 875.

¹⁹ Enumération par exemple chez Spellenberg dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 3e Ed., art. 11 EGBGB, pt. 98.

²⁰ Journal officiel de la R.F.A 1974 p. II 1075.

²¹ Journal officiel des Communautés Européennes N° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1.

"aucune légalisation ni formalité analogue" n'est exigée en ce qui concerne les actes à présenter lors de la procédure d'exequatur. Cela est également prévu par l'art. 35 du Règlement (CE) N° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs ("Bruxelles II")²², l'art. 19 al. 2 phrase 2 du Règlement (CE) N° 1347/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité²³ ainsi que par l'art. 4 al. 4 du Règlement (CE) N° 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres de l'Union européenne des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale²⁴.

III. Aucun effet res iudicata

L'acte notarié ne produit pas d'effet res iudicata (force de la chose jugée); c'est en ce point qu'il se distingue fondamentalement du jugement.²⁵ Si un intéressé entend faire constater son droit avec effet res iudicata, il doit introduire une action en constatation ou en exécution. Pour ce qui concerne la preuve, l'effet probatoire de l'acte notarié joue à nouveau un rôle au cours du procès.

IV. Actes notariés comme base de la transaction juridique et de la constitution/constatation de droits

1. Droit immobilier

a) § 313 du Code civil allemand

L'activité du notaire revêt une importance capitale dans tout le domaine du droit immobilier. *Sedes materiae* est le § 313 du Code civil allemand. Tout contrat par lequel une partie s'engage à transférer ou acquérir la propriété d'un bien foncier est soumis à la formalité de l'authentification notariale, une légalisation notariale des signatures n'étant pas suffisante. S'avère plutôt nécessaire un procès-verbal lu aux intéressés, approuvé par eux et signé par le notaire.

Si un contrat est conclu sans que lesdites formalités soient respectées, il devient tout de même entièrement valide par rapport à son contenu, si la dessaisine-saisine (accord des

²² Journal officiel des Communautés Européennes N° L 160 du 30 juin 2000, p. 19.

²³ Journal officiel des Communautés Européennes N° L 160 du 30 juin 2000, p. 1.

²⁴ Journal officiel des Communautés Européennes N° L 160 du 30 juin 2000, p.37.

²⁵ Geimer *Deutsche Notar-Zeitschrift* (DNotZ; Revue allemande du Notariat) 1975, p.461, p. 482 avec des références.

parties pour le transfert de propriété d'un bien foncier) et l'inscription au livre foncier ont lieu, § 313 S. 2 BGB.

Le notaire participe de manière décisive au transfert de propriété d'un bien foncier et d'autres droits réels immobiliers (p.e. les droits de superficie) et en cas de constitution de droits réels immobiliers et d'autres droits réels analogues. Or, l'acte notarié en tant que tel ne génère pas à lui seul le transfert de propriété ou la constitution du droit. Cela requiert l'inscription au livre foncier. Le droit allemand se détache donc sur ce point du pur principe de la consensualité issu du droit romain. De même, à la différence de nombreux pays de droit romain, l'inscription au livre foncier et à d'autres registres (tel que le registre des navires) produit, aujourd'hui encore, des effets constitutifs et non uniquement déclaratoires en droit allemand. Pour ce qui concerne le transfert de propriété et la constitution de droits réels immobiliers, les §§ 873 et 925 BGB prévoient deux éléments constitutifs, à savoir l'accord des parties conclu devant le notaire, d'une part, et l'inscription au livre foncier, d'autre part.

b) § 29 de la loi relative à la tenue du livre foncier et à la publicité foncière

Le § 313 BGB est complété par le § 29 de la loi relative à la tenue du livre foncier et à la publicité foncière (Grundbuchordnung;GBO), selon lequel l'inscription au livre foncier ne peut avoir lieu que si le consentement à l'inscription, d'une part, et les autres déclarations nécessaires à l'inscription, d'autre part, sont mis en évidence par des actes authentiques ou des actes certifiés sous la forme authentique. D'autres conditions préalables à l'inscription doivent être justifiées par des actes authentiques ou certifiés sous la forme authentique, pour autant que les services du livre foncier n'en aient pas connaissance. Cette réglementation est destinée à assurer l'exactitude des inscriptions au livre foncier, à savoir la conformité du contenu de celui-ci avec la situation juridique matérielle. Elle constitue la base pour garantir au mieux l'exactitude des inscriptions au livre foncier. C'est précisément en raison du fait que le système allemand du livre foncier soutient de manière extraordinaire la défense de la bonne foi et que l'acquisition de bonne foi d'un bien vendu par un vendeur non autorisé conduit à une perte de la propriété ou à une déchéance du droit du véritable propriétaire ou bénéficiaire (non inscrit au livre foncier), que les documents d'inscription à justifier doivent répondre à des exigences très élevées. Seul le notaire peut en garantir l'accomplissement.

2. Droit des sociétés et droit relatif aux personnes morales

a) Constitution de sociétés et de personnes morales

Ce n'est pas seulement dans le secteur immobilier que le notaire a une importance capitale, mais aussi dans le domaine du droit des sociétés et du droit relatif aux personnes morales ainsi que lors de l'assistance juridique dans les échanges commerciaux en général. La constitution de sociétés à responsabilité limitée²⁶ et de S.A.²⁷ est soumise à la formalité de l'authentification notariale. Il en est de même pour l'augmentation du capital et la modification des statuts d'une société.²⁸

Ici également, l'authentification en tant que telle ne vaut pas encore la constitution de la société; ce n'est que grâce à l'enregistrement au registre de commerce que la société est constituée en tant que personne morale avec responsabilité limitée, etc.²⁹ Ici également, nous pouvons constater que deux actions complémentaires sont nécessaires, à savoir l'acte constitutif établi devant le notaire et l'inscription au registre de commerce.

Ce principe est répandu dans le monde entier, du moins dans le système juridique de la plupart des Etats membres de l'Union européenne. Ainsi, l'inscription au registre de commerce est constitutive de droits, par exemple pour la constitution de la société et l'augmentation du capital, mais aussi pour le transfert du siège, d'autres modifications des statuts, des fusions, des scissions, etc. Cependant, il conviendrait de mettre en cause ce dogme incontesté en droit relatif aux sociétés de capitaux, à savoir l'importance constitutive de l'inscription au registre de commerce ou dans d'autres registres.

Si l'on se plaint de la lenteur des procédures d'inscription, il ne sert à rien de revendiquer un registre central au niveau national ou européen.³⁰ Il faudrait plutôt s'interroger sur la nécessité de maintenir le principe de l'effet constitutif de l'inscription. Certes, nous ne pouvons pas supprimer complètement le contrôle juridique de constitutions de sociétés, d'augmentations du capital et de transformations ou limiter ce contrôle à la procédure simpliste dite du "table A", telle que connue en droit anglais, étant donné que les échanges commerciaux et les consommateurs doivent être protégés contre toute constitution peu sérieuse ou inexacte.

²⁶ § 2 de la Loi allemande relative aux sociétés à responsabilité limitée (GmbHG).

²⁷ § 23 de la Loi allemande relative aux sociétés anonymes (Aktiengesetz; AktG).

²⁸ §130, § 179 ss. AktG, § 53 ss. GmbHG.

²⁹ § 41 AktG, § 11 GmbHG.

³⁰ Car cela conduirait à d'avantage de bureaucratie. Une meilleure organisation du personnel et de la structure des registres pourrait remédier à cette situation. Cela ne réussit pas toujours très bien.

Il conviendrait toutefois de déléguer au notaire des fonctions de contrôle incombant normalement au juge chargé de la tenue des registres. La société verrait alors le jour en tant que personne morale avec limitation de la responsabilité sur le patrimoine social précisément pas au moment de l'inscription au registre de commerce, mais dès la délivrance de l'attestation du notaire sur la légitimité de la constitution de la société. Il serait possible d'en prévoir autant pour les augmentations de capital et les transformations.

Une telle délégation serait la voie la plus simple, la plus efficace et la moins onéreuse pour mettre fin aux plaintes concernant les durées d'inscription trop longues. Elle déchargerait les autorités de registre de manière sensible, étant donné que le tribunal chargé du registre pourrait alors - suite à "l'autorisation" du notaire - procéder à l'inscription (désormais uniquement déclaratoire) au registre sans aucune vérification.³¹

Cette proposition ne vise pas à "écarter" le juge chargé de la tenue des registres, car d'une part, la compétence du notaire existerait parallèlement à celle du juge et d'autre part, l'introduction d'une telle compétence "concurrentielle" serait laissée à l'appréciation des différents Etats. Ceux-ci ne feront usage de cette option que si leurs tribunaux sont désespérément surchargés et si toutes les mesures visant à raccourcir les durées d'inscription ont échoué. L'introduction d'une telle compétence est sérieusement envisagée et elle a déjà été partiellement réalisée en Italie.

b) Transfert de parts de sociétés à responsabilité limitée

Le § 15 de la loi relative aux sociétés à responsabilité limitée (GmbHG) prescrit l'authentification notariale pour tout transfert d'une part de société à responsabilité limitée. Le transfert des parts de société n'est pas inscrit au registre de commerce. Il ne s'agit donc pas de deux actions complémentaires dans ce cas. La cession d'une part de société n'est plutôt valablement accomplie qu'à partir du moment où elle fait l'objet d'une authentification par devant notaire.³²

c) Demandes d'inscription au registre de commerce

Même si l'authentification notariale n'est pas prévue pour les demandes d'inscription au registre de commerce, les signatures de celles-ci doivent être légalisées par le notaire. L'intervention du notaire en vertu du § 12 du Code de commerce allemand (Handelsge-

³¹ Le fait que seuls les pays du notariat latin connaissent les notaires ne justifie pas de rejeter d'emblée cette proposition, car elle a pu être réalisée dans les Etats du *common law* et les Etats scandinaves également; ces Etats pouvant déléguer la fonction de contrôle à d'autres organismes.

³² Le cas échéant, lorsque toutes les autorisations et approbations prévues par la loi et les statuts ont été présentées.

setzbuch; HGB) assure la sécurité du registre. Par ailleurs, la plupart des demandes d'inscription au registre de commerce sont formulées par le notaire, bien que cela ne soit pas obligatoire. De ce fait, la précision et l'exactitude des inscriptions au registre de commerce sont également promues.

d) Constitution de sociétés de personnes

Même dans les domaines dans lesquels l'authentification notariale n'est pas nécessaire, tels que la constitution d'une société de personnes (société en nom collectif, société en commandite, pour autant que l'apport de biens immobiliers ou de parts de sociétés à responsabilité limitée n'est pas obligatoire)³³, le notaire y est associé dans la vie juridique pratique, étant tenu de légaliser les signatures de la demande d'inscription, conformément aux §§ 12, 106, 162 du Code de commerce allemand (HGB). C'est la raison pour laquelle il est, dans de nombreux cas, chargé de rédiger le projet de la demande et, assez fréquemment aussi, d'élaborer le contrat de société.

e) Fonction de filtrage moyennant l'intervention du notaire

Par conséquent, la légalisation des signatures jouit, dans la pratique, non seulement de la force probante, mais aussi d'une fonction de filtrage considérable dans les échanges avec les registres de l'Etat, car ces derniers sont épargnés de toute demande inadéquate et incorrecte. Un autre avantage est celui de la protection des personnes sans expériences en matière de transactions commerciales.

Aussi la Bundesnotarkammer a-t-elle proposé de modifier et de compléter le § 40 de la loi allemande sur l'authentification des actes (Beurkundungsgesetz; BeurkG). Cette disposition règle la légalisation notariale des signatures. Le but poursuivi par le législateur se limite *de lege lata* à conserver la preuve de l'identité du signataire. Ce faisant, les effets liés à l'intervention du notaire sont utilisés insuffisamment. En effet, à l'occasion de la légalisation des signatures, le notaire se charge également, dans de nombreux cas, du contenu juridique de la déclaration signée. Tant le déclarant que le destinataire de la déclaration en profitent. Cela permet en particulier au tribunal chargé de la tenue du registre, d'éviter la réception de nombreuses demandes erronées, voire insensées.³⁴ Force est

³³ S'il y a apport de biens immobiliers, de droits assimilés aux biens immeubles ou de parts de société à responsabilité limitée, il existe l'obligation de les authentifier aux termes du § 313 phrase 1 BGB et du § 15 GmbHG.

³⁴ Peuvent être destinataires, aussi bien le tribunal d'instance en tant que service du livre foncier (§ 1 al. 1 phrase 1 de la Loi relative à la tenue du livre foncier et à la publicité foncière, Grundbuchordnung, GBO) que les autres tribunaux chargés des registres (§ 8 Code de commerce [HGB]), § 10 al. 2 de la Loi relative au régime des coopératives, § 160b de la Loi relative à la juridiction gra-

de constater qu'une procédure de registre régulière serait tout à fait inconcevable sans la participation du notaire à l'élaboration du projet et à la vérification des déclarations destinées au registre. En effet, le notaire refuse toute demande qui serait insensée, irrecevable, ambiguë ou erronée. Il transcrit plutôt les désirs et les préoccupations des personnes concernées en trouvant des formulations juridiques, avec lesquelles les juges chargés de la tenue du registre et les greffiers sont familiarisés. De cette manière, il contribue substantiellement à un traitement du dossier en toute célérité. Sans cette fonction de filtrage du notaire, les travaux des tribunaux chargés de la tenue des registres³⁵ seraient beaucoup plus inefficaces. En effet, tout vice de forme entachant une déclaration faite par les intéressés engendre des questions et des réponses prenant du temps et des décisions en procédure formelle qui annulent les déclarations entachées de vices.

Les effets positifs de l'activité notariale à l'occasion de la légalisation des signatures ne devront, selon la proposition de la Bundesnotarkammer, plus être considérés comme des effets secondaires, tel que cela a été le cas jusqu'ici; ils devront plutôt faire l'objet du texte de loi.

3. Affaires relevant du droit de succession

a) Coopération du notaire avec le tribunal compétent en matière successorale

En plus de la coopération entre le notaire et les services du livre foncier, d'une part, et le tribunal chargé de la tenue des registres, d'autre part, il convient également de relever sa coopération avec le tribunal compétent en matière successorale. En Allemagne, on connaît –ce qui est le cas dans seulement peu de pays - l'institution juridique du certificat d'héritier. Il s'agit plus précisément d'un certificat qui fait état de la personne de l'héritier. Il atteste à l'égard de tiers de bonne foi, le droit de succession, même si ce certificat s'avère non fondé quant à son contenu, §§ 2365, 2366 BGB. Il en est de même pour le certificat d'exécution du testament aux termes du § 2368 BGB.

cieuse, §§ 21, 55, 1588 BGB, § 1 du Règlement sur les registres des navires (Schiffsregisterordnung) que d'autres organismes, tel que l'office fédéral de la navigation aérienne (§ 78 de la loi sur les droits portant sur des avions (Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen; LuftfzRG). Font partie des déclarations à authentifier et destinées au tribunal, les autorisations en particulier (§ 19 GBO, § 29 du Règlement sur les registres des navires), des consentements relevant du droit procédural qui sont une sous-catégorie des autorisations (§§ 22 al. 2, p. 27 GBO) ainsi que les demandes d'inscription aux registres (§ 12 HGB, § 5 al. 2 de la Loi sur l'association en partenariat [Partnerschaftsgesellschaftsgesetz; PartGG], § 157 al. 1 de la Loi sur le régime des coopératives [Genossenschaftsgesetz; GenG], §§ 77, p. 150 phrase 2 BGB.

³⁵

Y compris les services du livre foncier dans la procédure d'inscription au livre foncier.

Selon le § 35 de la loi allemande relative à la tenue du livre foncier et à la publicité foncière (GBO), l'inscription de la succession au livre foncier ne peut avoir lieu que si la succession est prouvée par le certificat d'héritier. Il est fait exception à cette règle en cas de testaments notariés et de contrats d'hérédité. Si la succession repose sur une disposition à cause de mort faisant partie d'un acte notarié, il suffit de présenter, au lieu du certificat d'héritier, l'acte notarié qui contient la disposition à cause de mort ainsi que le procès-verbal sur l'ouverture de la disposition. Ceci montre le degré d'importance et de confiance qu'attache la législation allemande à l'activité du notaire.

Le certificat d'héritier même est délivré *de lege lata* par le tribunal compétent en matière successorale. Il en est de même pour le certificat d'exécution du testament. Est compétent, en règle générale, le Amtsgericht (tribunal d'instance), dans la circonscription duquel est situé le dernier domicile du testateur.³⁶ Il est nécessaire que le demandeur atteste ses indications relatives à la succession sous la foi du serment. Le notaire est – parallèlement au tribunal - compétent pour dresser acte de toute déclaration tenant lieu de serment. Par conséquent, de nombreux certificats d'héritier sont préparés et gérés par les notaires. Dans ce contexte, le notaire doit préciser toutes les circonstances effectives et juridiques de la succession et les prendre en compte lors de la rédaction de la demande en vue du certificat d'héritier.

Ici également, le notaire a une fonction de filtrage. Les tribunaux sont manifestement déchargés, étant donné qu'ils ne sont pas chargés de demandes diffuses ou déplacées; le notaire veillant à ce que les demandes et les déclarations en vue de la procédure soient faites le plus convenablement possible.

b) De lege ferenda: délivrance de certificats d'héritier par les notaires

En vue de décharger les tribunaux, la Bundesnotarkammer a suggéré de déléguer la compétence pour la délivrance de certificats d'héritier aux notaires. Le droit de succession est d'ores et déjà au cœur du champ d'activité du notaire. En sa qualité d'intermédiaire neutre dans les affaires successorales, il accomplit déjà *de lege lata* des tâches importantes dans la procédure en vue de la délivrance du certificat d'héritier. Si l'on donnait suite à la pro-

³⁶ Si le défunt est Allemand et si le lieu de son domicile ou de sa résidence ne se situe pas en Allemagne au moment du décès, c'est le tribunal d'instance Schöneberg à Berlin-Schöneberg qui est compétent. Celui-ci peut renvoyer l'affaire à un autre tribunal pour des raisons valables, § 73 al. 2 de la Loi relative à la juridiction gracieuse (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FGG). Si le défunt est un ressortissant étranger et si le lieu de son domicile ou de sa résidence ne se situe pas en Allemagne au moment du décès, chaque tribunal d'instance dans la circonscription duquel les biens successoraux sont situés, est compétent pour l'ensemble des biens successoraux se trouvant en Allemagne, § 73 al. 3 FGG.

position, l'Allemagne connaîtrait une évolution existant déjà depuis longtemps en Autriche. En effet, la mise en œuvre de la procédure de règlement de la succession y est quasi entièrement assumée par le notaire en sa qualité de "commissaire judiciaire" (Gerichtskommissär).

c) De lege ferenda: Compétence du notaire pour la conservation officielle de testaments et l'ouverture des dispositions à cause de mort conservées auprès du notaire

Une autre proposition vise à créer une compétence des notaires pour la conservation officielle de testaments³⁷ et pour l'ouverture des dispositions à cause de mort conservées auprès du notaire.

d) Fichier central des testaments tenu sous forme électronique

La Bundesnotarkammer entend également établir un fichier central des testaments qu'elle tiendra sous forme électronique, tel que les organisations notariales d'autres pays européens le connaissent déjà. Ce faisant, il est également prévu de procéder à une mise en réseau transfrontalière, permettant ainsi de faciliter à l'avenir la vérification de l'existence et du contenu de dispositions à cause de mort (testaments et/ou contrats d'héritier). Le système actuel est obsolète et il n'est plus suffisamment significatif en raison du haut pourcentage d'étrangers dans la population. Actuellement, il n'existe aucun registre central en Allemagne, mais seulement un registre décentralisé aux fins de notifications destinées aux offices d'état civil compétents pour le registre des naissances. Ceux-ci sont avisés de l'ouverture de la succession par l'office de l'état civil qui a authentifié le décès du testateur et en font part au tribunal compétent en matière successorale. Cela suppose toutefois que le décès soit enregistré par un office d'état civil allemand.

V. La force exécutoire des actes notariés

La force exécutoire des actes notariés revêt une grande importance dans la réalité juridique. L'acte notarié exécutoire constitue un instrument juridique particulièrement efficace pour permettre d'appliquer rapidement et efficacement la législation tout en désencom-

³⁷ Le notaire doit faire en sorte que tout testament qu'il a reçu sous la forme authentique soit conservé auprès du tribunal d'instance compétent, §§ 2258a ss. BGB. Seuls les contrats d'héritier peuvent être conservés au rang des minutes du notaire si les intéressés le souhaitent, § 2300 BGB, § 34 al. 3 BeurkG.

brant les juridictions de l'Etat. Par ailleurs, c'est une méthode peu onéreuse pour les citoyens souhaitant faire établir des titres exécutoires.³⁸

Conformément au § 794 al. 1 pt. 5 du Code de procédure civile allemand (Zivilprozessordnung; ZPO), l'exécution forcée a lieu en vertu d'actes reçus par un notaire allemand sous la forme prescrite et dans le cadre des attributions liées à ses fonctions. Dans lesdits actes, le débiteur s'est soumis à l'exécution forcée immédiate par rapport aux droits qui y sont précisés. Sont exceptées les droits

- qui ne peuvent faire l'objet d'un règlement par voie de compromis,
- dont l'objet est une manifestation de la volonté ou
- qui concernent l'existence d'un bail à loyer à usage de logement.

Avec l'acte notarié exécutoire, on dispose d'un titre exécutoire dont la qualité est équivalente à celle d'un jugement. A la différence de ce dernier, l'acte notarié exécutoire ne naît pas dans une situation de litige entre les parties, il est plutôt dressé en raison de la soumission volontaire du débiteur à l'exécution forcée dans une procédure non-contentieuse.³⁹

L'acte exécutoire en Allemagne est assez répandu. Ainsi, tous les contrats de crédit conclus avec les banques et les caisses d'épargne sont garantis par une déclaration d'exécution forcée.

Conformément au § 800 ZPO, la déclaration d'exécution forcée peut également se produire de manière à ce que l'exécution forcée soit admise à l'encontre du propriétaire respectif du bien foncier. Cela requiert toutefois une inscription au livre foncier.

Ce ne sont pas seulement les crédits qui sont rendus exécutoires selon le § 794 al. 1 pt. 5 ZPO, mais aussi d'autres obligations de paiement du prix de vente ou d'autres obligations de paiement. S'étant aperçu des avantages inhérents à cette institution juridique, le législateur a largement étendu son champ d'application. En effet, à compter du 1er janvier 1999, la déclaration d'exécution forcée n'est plus limitée à des créances d'argent, mais peut porter en principe sur toutes les créances; c'est-à-dire des créances se rapportant à une action ou à une abstention peuvent être rendues exécutoires, comme par exem-

³⁸ On estime qu'environ 95 % de tous les actes translatifs de droits réels immobiliers prévoient l'assujettissement du débiteur à l'exécution forcée. S'y ajoutent presque tous les prêts accordés par les banques et autres établissements de crédit, mais aussi de la part de particuliers. Bien évidemment, la déclaration en vue de l'exécution forcée plus souvent utilisée dans la pratique des notaires allemands, tel que c'est le cas pour les reconnaissances autonomes d'un rapport d'obligation existant et les conventions de divorce. Grâce à la modification du § 794 al. 1 pt. 5 du Code de procédure civile, les statistiques portant sur les actes notariés exécutoires s'amélioreront encore.

³⁹ Cf. également note de bas de page n° 90 la citation de von Bar dans un contexte international

ple l'obligation dans un contrat de promotion immobilière de construire une maison. Ainsi, l'obligation de vider les lieux, peut faire l'objet d'une déclaration d'exécution forcée. Par voie de conséquence, le créancier ne doit pas saisir un tribunal pour faire valoir l'exécution forcée, mais il peut avoir recours directement à l'huissier de justice ou au tribunal chargé de l'exécution.

VI. Délivrance de l'exequatur non pas par les juridictions de l'Etat mais par les notaires

1. Exequatur de compromis d'avocat

Pour désengorger d'avantage encore la justice, le législateur a introduit l'institution du compromis d'avocat bénéficiant de la force exécutoire.⁴⁰ Un compromis conclu par des avocats au nom et pour le compte des parties représentées est déclaré exécutoire, sur demande explicite d'une partie, si le débiteur s'est assujéti à l'exécution forcée immédiate et si le compromis a été transcrit, en indiquant la date du jour de sa conclusion, auprès du tribunal d'instance ayant la compétence judiciaire de droit commun d'une des parties au moment de la conclusion du compromis.

Avec le consentement des parties, le compromis peut également être conservé et rendu exécutoire par un notaire dont le siège de son office est situé dans la circonscription d'un tribunal compétent aux termes du § 796a al. 1 ZPO, § 796 c ZPO. Ainsi le notaire se voit déléguer une tâche revenant originellement au juge et qui doit être séparée clairement de ses attributions selon la loi fédérale relative au notariat, en particulier la compétence d'authentification⁴¹.

Même si la demande d'exequatur des parties est identique, le notaire doit rejeter cette demande comme étant non fondée, si les circonstances révèlent que les parties n'étaient pas habilitées objectivement ou subjectivement à conclure un compromis ou si le compromis est contraire aux dispositions légales, qui sont à respecter d'office. A ce titre, le notaire se trouve dans la même situation que le juge.

La décision positive du notaire rend le compromis d'avocat exécutoire et constate avec force de chose jugée la validité de celui-ci ainsi que l'existence de la créance déclarée comme exécutoire.

⁴⁰ §§ 796a ss. du Code de procédure civile.

⁴¹ § 20 de la loi fédérale relative au Notariat (BNotO).

2. Exequatur de sentences arbitrales

a) De lege lata

Par la réforme du droit de la procédure arbitrale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, les notaires se sont vus déléguer une autre compétence concurrentielle: la délivrance de l'exequatur, à savoir la déclaration constatant la force exécutoire de sentences arbitrales dont la teneur a été convenue (et qui sont rendues en raison d'un compromis conclu lors de la procédure d'arbitrage). Le § 1053 al. 4 ZPO se situe dans la logique de la création de compétences alternatives du notaire aux fins de désencombrer la justice; création, initiée par le § 796c ZPO. Avec le consentement des parties, il est possible de rendre exécutoire une sentence arbitrale - dont la teneur a été convenue – devant un notaire dont le siège de son office se situe dans la circonscription du tribunal territorialement compétent pour l'exequatur selon le § 1062 ZPO.

La décision positive confère force exécutoire à la sentence arbitrale et ce, au même titre que l'exequatur délivré par la juridiction de l'Etat. Les décisions négatives prises par le notaire ont l'autorité de la force jugée, aux mêmes conditions que les décisions rendues parallèlement par la juridiction de l'Etat.

b) De lege ferenda

La Bundesnotarkammer a suggéré de déléguer à l'avenir également la compétence aux notaires pour délivrer l'exequatur de toutes autres sentences arbitrales, y compris celles, rendues dans une procédure arbitrale contentieuse.

VII. Tentative de règlement extrajudiciaire des litiges par le notaire comme condition à l'accès aux tribunaux

Une des autres étapes de la promotion du règlement extrajudiciaire des litiges est constituée par la loi du 15 décembre 1999⁴². Selon le § 15a de la loi d'introduction du Code de procédure civile (Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung; EGZPO) une loi adoptée par un Land peut disposer que l'introduction d'une action dans une affaire de peu d'importance n'est admise que lorsqu'un organisme de conciliation établi ou reconnu par l'administration judiciaire du Land a essayé de régler le conflit d'un commun accord.⁴³

⁴² Journal officiel de la R.F.A. 1999 p. I 2400.

⁴³ Cela concerne en particulier

- les litiges relatifs au patrimoine portés devant le tribunal d'instance dont la valeur n'excède pas la somme de 1.500,-- DM,

- les litiges portant sur des demandes résultant du droit relatif au voisinage conformément au §§ 910, 911 et 923 du Code civil allemand et conformément au § 906 du Code civil allemand et aux

L'accès aux tribunaux est donc barré avant une telle tentative de conciliation. En effet, la partie demanderesse doit accompagner l'introduction de l'action d'une attestation sur l'échec de la tentative de règlement.⁴⁴ De nombreuses lois des Länder ont désigné le notaire comme organisme de conciliation, telle la loi bavaroise relative à la conciliation du 25 avril 2000.⁴⁵

Par le biais de la conciliation obligatoire, le législateur reprend une évolution qui fait l'objet de discussion dans les pays anglo-américains sous le mot d'ordre "Alternative Dispute Resolution".

La conciliation obligatoire crée un nouveau champ de coopération entre le notaire et les juridictions civiles. Du point de vue dogmatique, il s'agit d'une évolution très intéressante dont les premiers signes étaient déjà apparus par le § 104 de la loi allemande portant sur l'aménagement des droits réels relatifs à la propriété immobilière et foncière⁴⁶. Il s'agit là de problèmes en corrélation avec la restructuration des droits réels de la propriété foncière et immobilière dans l'ancienne République démocratique allemande (territoire d'adhésion).

VIII. Autres mesures de délestage de la justice grâce à l'intervention des notaires

1. Autorisation de consulter le livre foncier

Toujours afin de désencombrer la justice, la Bundesnotarkammer a proposé que les notaires accordent au public la consultation du livre foncier lequel sera prochainement automatisé dans toute l'Allemagne. Cette réforme permettra de consulter en ligne le contenu du livre foncier dans les notariats. Le citoyen aurait alors un accès plus facile aux données du livre foncier. Jusqu'à présent, les renseignements portant sur les livres fonciers sont fournis par les tribunaux d'instance qui en assurent la tenue.

dispositions légales des Länder au sens de l'art. 124 de la Loi d'introduction du BGB, à l'exception d'impacts émanant d'une activité professionnelle,
- les litiges portant sur des droits se fondant sur l'atteinte à l'honneur personnelle; atteinte, qui n'a eu lieu ni dans la presse ni à la radio.

⁴⁴ Cette attestation doit aussi lui être délivrée sur demande, si la procédure de règlement qu'il a demandé, n'a pas eu lieu dans un délai de trois mois.

⁴⁵ Journal officiel des lois et des règlements de la Bavière (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt) 2000, p. 268.

⁴⁶ Cf par exemple, Vossius, *Sachenrechtsbereinigungsgesetz*, 1995, pt. 1 ss. avant § 87.

2. Communication électronique avec les services du livre foncier et les tribunaux chargés de la tenue du livre foncier et des registres

Les notaires allemands envisagent également la communication électronique en particulier avec les services du livre foncier et du registre. Cela permettrait de réduire la durée et les frais de la procédure de part et d'autres. La Bundesnotarkammer est en train d'établir un Intranet notarial particulièrement sécurisé pour créer l'infrastructure nécessaire à cet effet. Cet Intranet pourrait être lié aux réseaux existant dans les autres Etats membres de l'Union européenne.

IX. La réduction des frais résultant de l'activité notariale

1. Frais de transactions immobilières

Il convient également de mentionner l'effet de l'activité notariale en ce qui concerne la réduction des frais. En effet, en Allemagne, les frais de transactions immobilières, par exemple, sont les moins élevés de toute l'Europe et même du monde entier. Plus particulièrement, ils se situent largement en-dessous de ceux demandés dans les pays ne connaissant pas le notariat latin. Les frais de transactions habituels dans le domaine du Common law sont, par exemple, beaucoup plus élevés.

2. Economie de frais due à la prévention des litiges

S'y ajoute l'économie de frais découlant de la prévention des litiges. En effet, seuls un millième de tous les actes notariés font l'objet d'un litige porté devant le tribunal.⁴⁷

C. Le notaire dans la vie des citoyens

Suite à cet aperçu des différentes fonctions du notaire prévues par le droit allemand, nous nous interrogerons sur la question des personnes et des circonstances dans lesquelles a lieu le recours au notaire.

I. Reconnaissances de paternité et de maternité et autres actes juridiques relatifs au statut juridique de l'enfant, en particulier l'adoption

Dès la naissance d'un être humain, le notaire peut jouer un rôle dans le cadre de la reconnaissance de paternité ou de maternité lorsqu'il s'agit d'une adoption.

L'assimilation de la naissance légitime et de la naissance illégitime imposée par la Cour européenne des Droits de l'homme⁴⁸ et par la Cour fédérale constitutionnelle⁴⁹ a conduit

⁴⁷ Plus de précisions par Schwachtgen *DNotZ* 1999, p. 269, 270.

à une réforme substantielle du statut juridique de l'enfant en Allemagne. Dans cette optique, la légitimation de l'enfant illégitime a été supprimée.

II. Contrats matrimoniaux et autres conventions passées entre les fiancés et les conjoints

Dans ce contexte, il existe toute une série d'actes en matière matrimoniale et de droit de la famille que je ne citerai pas en détail dans le présent rapport, étant donné qu'ils sont axés autour des mêmes thèmes dans tous les pays, bien que les solutions juridiques varient d'un pays à l'autre.

Je tiens à relever seulement le rôle majeur du notaire dans la rédaction des contrats matrimoniaux. Le droit allemand n'interdit pas de passer un contrat matrimonial après le mariage; il ne le rend pas difficile non plus. Eu égard au taux élevé de divorce en Allemagne, il est toutefois devenu d'usage de régler par contrat tous les domaines pertinents dans le cadre du mariage déjà avant celui-ci. De tels contrats ne concernent pas seulement le régime matrimonial, mais aussi des questions relatives au "Versorgungsausgleich" (correspondant approximativement à la prestation compensatoire en droit français) et à la pension alimentaire après le divorce. Peuvent faire l'objet d'un tel contrat les conventions sur le droit de succession et la part réservataire (Pflichtteil) des conjoints. Si le mariage échoue, le notaire interviendra à nouveau en ce qui concerne la convention sur les conséquences du divorce si les conjoints veulent divorcer d'un commun accord, c'est-à-dire s'ils veulent éviter tout conflit.⁵⁰ Dans ce contexte, les conjoints conviennent souvent de transférer les biens fonciers communs à l'un des conjoints en prévoyant que ce dernier assumera, en tant que futur débiteur unique, les hypothèques et les dettes envers les banques garanties par ces hypothèques; l'autre conjoint étant dispensé - ou du moins dégagé - de toute responsabilité.

⁴⁸ Cour des Droits de l'homme *FamRZ (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; Revue du droit de la famille)* 1995, p. 1106.

⁴⁹ Bundesverfassungsgericht (*Cour constitutionnelle fédérale*) 1992, 158, *FamRZ* 1995, p. 789.

⁵⁰ Pour le divorce par consentement mutuel qui est d'ores et déjà admissible, il est prévu d'introduire une décision en procédure écrite. Sera ainsi supprimée l'audience obligatoire devant le tribunal de la famille. Étant à la fois moins longue et moins onéreuse, cette procédure sera ouverte lorsque les parties présentent une convention reçue sous la forme authentique par devant notaire et réglant toutes les conséquences pertinentes du divorce.

III. Testaments, contrats d'héritier et autres actes juridiques en matière successorale

1. Authentification obligatoire pour les contrats d'héritier

Si les conjoints sont heureux dans leur mariage ou que le ménage n'aboutit du moins, à aucun divorce, il prend fin par le décès. Dans ce cas également, nombreux sont ceux qui consultent un notaire. Cela n'est toutefois pas obligatoire, étant donné qu'un testament ou un testament conjoint peut également être établi sous seing privé. L'authentification n'est obligatoire que pour les contrats d'héritier.

Le contrat d'héritier lie les parties au contrat, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas modifier unilatéralement leurs dispositions à cause de mort. Tout un chacun sait que les contrats d'héritier et d'autres contrats concernant la succession d'un testateur encore vivant ont été interdits par le droit révolutionnaire du Code civil française qui a influencé la plupart des ordres juridiques des pays latins jusqu'aujourd'hui.

2. Importance du droit fiscal pour le contenu des dispositions à cause de mort

Dans la plupart des cas, le contenu des dispositions à cause de mort dépend considérablement du droit relatif aux droits de succession qui, lui, continue à faire l'objet d'initiatives de réforme politico-juridiques.

3. Importance du droit international privé (règles relatives à la collision de normes) pour le façonnage des dispositions à cause de mort

Le conseil du notaire est également important au regard de la mondialisation. Aujourd'hui, il n'est plus rare qu'un Allemand vivant à Berlin ou à Munich possède des biens fonciers à l'étranger, comme en Italie, en Floride ou en Suède. Aussi le notaire doit-il vérifier quelle loi est applicable pour conseiller aux parties, le cas échéant, de dresser une autre disposition à cause de mort du même contenu selon les dispositions légales en vigueur en Floride, en Italie ou en Suède. Dans ce contexte, l'interdiction de passer des contrats d'héritier joue également un rôle important; le cas échéant, le notaire conseillera aux parties de rédiger des dispositions unilatérales du même contenu pour prévenir le risque d'une éventuelle non-reconnaissance du contrat d'héritier allemand dans l'Etat de situation des biens successoraux.

IV. Liquidation de succession

Ces quelques exemples montrent clairement que le notaire accompagne l'homme du "berceau à la tombe".

Après la mort, il intervient à nouveau dans le cadre de la liquidation de la succession, à savoir lors du partage de la succession entre plusieurs cohéritiers, si la succession comprend des biens fonciers ou des parts d'une société à responsabilité limitée.

V. Exécution de legs

Cela vaut également pour l'exécution du legs de biens fonciers et de parts de sociétés à responsabilité limitée. Le droit allemand ne connaît pas le legs par lequel le légataire devient directement propriétaire de la chose léguée. Le legs produit plutôt des effets relevant du droit des obligations.⁵¹ Cela signifie que l'ensemble de la succession, y compris les choses léguées, sont transmis à/aux (l')héritier(s). Celui-ci/ceux-ci sont obligés de transférer ou de transmettre la propriété de ce bien au légataire.⁵² Voici un exemple: Le testateur institue sa femme comme héritière universelle et lègue sa société à responsabilité limitée à son neveu. Après son décès, la veuve devient héritière unique. Cela signifie qu'elle devient titulaire de toutes les parts sociales en vertu de la transmission de la succession *ipso facto*. Conformément à la disposition à cause de mort, elle est toutefois obligée de transférer les parts sociales au légataire par acte notarié.

VI. Renonciations à la succession

Le droit de succession allemand ne connaît pas de *hereditatis iacens*.⁵³ Après le décès du testateur la succession est dévolue à ses héritiers. Ces derniers ne sont pas tenus de l'accepter; ils peuvent seulement y renoncer. S'agissant de renonciations à la succession, le notaire intervient également dans de nombreux cas, étant donné que la déclaration en fa-

⁵¹ On parle également d'un legs entraînant droit de créance (Damnationslegat).

⁵² § 2174 du Code civil allemand dispose ce qui suit (traduction non-officielle: "Est constitué par le legs, un droit pour le légataire de demander la prestation de la chose léguée de la personne grevée par une charge." Même si le droit international privé allemand (art. 25 EGBGB) vise que le droit de succession étranger est applicable – qui prévoit un legs par lequel le légataire devient directement propriétaire de la chose léguée - l'effet réel des biens légués situés en Allemagne n'est pas reconnu au motif que la question de l'acquisition de droits réels ne relève pas du champ d'application du statut de succession mais du statut de droits réels pour lequel s'applique la règle de *lex rei sitae* (art. 40 EGBGB). Ainsi le legs par lequel le légataire devient directement propriétaire de la chose léguée en Allemagne (prescrit par la loi étrangère pertinente) est "déclassé" en tant que legs particulier (par lequel le légataire reçoit qu'un droit personnel sur la chose léguée), Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW; Revue juridique hebdomadaire) 1995, p. 59; Tribunal bavarois de grande instance (Bayerisches Oberstes Landesgericht; BayObLG) Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts 1995, p. 376; Palandt/Heldrich, BGB, 60e Ed., 2001, art. 25 EGBGB pt. 11.

⁵³ De manière succincte le § 1922 al. 1 du Code civil allemand: "Après le décès d'une personne (dédéfunt), le patrimoine de celui-ci (succession) est entièrement dévolu à une ou plusieurs personne(s) (héritiers)."

veur de la renonciation est soumise à la formalité de la légalisation des signatures par le notaire, pour autant qu'elle ne fait pas l'objet d'un procès-verbal dressé par le tribunal compétent en matière successorale.⁵⁴

VII. Contrats portant sur la succession d'un tiers encore vivant

1. Principe

Le droit allemand connaît également, contrairement à certains ordres juridiques étrangers, des contrats portant sur la succession d'un tiers vivant. Certes, de tels contrats sont par principe nuls et non avenus, selon le § 312 du Code civil allemand. Il en est de même pour un contrat portant sur la part réservataire (Pflichtteil) ou un legs provenant de la succession d'un tiers encore vivant.

2. Exception

Ces dispositions ne s'appliquent toutefois pas à un contrat conclu par les futurs héritiers ab intestat et relatif à la part successorale légale ou la part réservataire d'un d'entre eux.

VIII. Contrats d'héritier, contrats relatifs à la part réservataire (Pflichtteil) et contrats sur la renonciation à des libéralités

Tout contrat d'héritier, tout contrat relatif à la part réservataire et tout contrat sur la renonciation à des libéralités sont soumis à la formalité de l'authentification notariale selon le § 2348 BGB. Il s'agit concrètement de contrats par lesquels les membres de la famille ou le/la conjoint(e) du testateur renoncent à leur part successorale ou leur part réservataire prévue par la loi. Il en est de même pour une renonciation à des libéralités, conformément au § 2352 BGB.⁵⁵

IX. Contrats de vente successorale et autres aliénations similaires

Tout contrat en faveur d'une vente successorale par l'héritier est soumis à l'authentification notariale aux termes du § 2371 BGB. Selon le § 2385 BGB, cette disposition couvre également des contrats similaires tels que la vente d'une succession dévolue au vendeur par contrat ou d'autres contrats qui visent l'aliénation d'une succession acquise d'une manière ou d'une autre par l'aliénateur.

⁵⁴ § 1945 al. 1 du Code civil allemand.

⁵⁵ Il s'agit plus précisément du cas de figure suivant: La personne qui renonce a été instituée comme héritière par un testament conjoint ou par un contrat d'héritier conclu avec un tiers ou bien un legs qui lui a été dévolu.

X. Cession de parts successorales

De tels contrats sont assez rares dans la pratique lorsqu'il n'existe qu'un seul héritier étant donné que cet héritier unique ne cède en général pas la succession in toto, mais seulement quelques biens successoraux. Par contre, ils sont assez répandus en présence d'indivisions successorales. Dans ce cas, un cohéritier cède sa quote-part (indivis) dans la succession à un autre cohéritier ou à un tiers. Le transfert des droits réels de la part successorale requiert également l'authentification notariale selon le § 2033 al. 1 phrase 2 BGB.

XI. Succession anticipée

La succession dite anticipée joue un rôle majeur dans la pratique des notaires. Dans cette variante, le testateur cède déjà de son vivant les parties essentielles de son patrimoine à ses enfants et aux personnes qu'il considère comme étant capables de bien gérer son patrimoine à l'avenir et de l'accroître dans la mesure du possible. L'aliénateur garde souvent à perpétuité l'usufruit ou du moins un droit d'habitation du bien foncier cédé.

Etant donné que la succession anticipée ne fait pas l'objet de dispositions légales particulières, une pratique notariale d'élaboration des contrats assez large s'est développée, qui couvre en particulier le cas où la jeune génération décède avant celle des parents. Dans ce cas, le notaire inclut une réserve portant sur une demande en restitution dans l'acte.

Depuis toujours, la succession anticipée est d'usage chez les agriculteurs et les commerçants lorsqu'un père désirant se retirer des affaires transmet son entreprise à ses enfants par exemple.

Dernièrement, cette tendance est à observer de plus en plus chez les particuliers également et ce, principalement pour des considérations tenant aux droits de succession, ceci d'autant plus que le législateur entend augmenter les droits de succession.

XII. Acquisition de biens fonciers en vue de la demeure familiale

Le notaire est également important pour le citoyen ordinaire, lorsqu'il s'agit de l'acquisition de biens fonciers, qu'il achète une parcelle de terrain pour construire ou qu'il acquiert un logement en propriété.

Dans de nombreux cas, il achète une maison ou un appartement qui restent à construire, c'est-à-dire au moment de l'authentification, il existe seulement un plan de la maison ou de l'immeuble à construire. Il s'agit là d'un contrat de promotion immobilière. Dans ces cas, il faut veiller à ce que l'acheteur soit protégé pour l'éventualité d'un non-achèvement du projet immobilier par le fabricant de l'ouvrage (promoteur immobilier).

XIII. Unions libres

1. Relations juridiques entre les concubins

Le nombre de couples vivant ensemble sans acte de mariage (les dénommés concubins) ne cesse d'augmenter. Or, ces concubins ont le même besoin – voire un plus grand besoin – de régler leur situation comme le font les conjoints, d'autant plus qu'une obligation alimentaire n'existe pas en principe et que le survivant ne devient pas héritier légitime du partenaire décédant en premier.⁵⁶

2. Relations juridiques avec les enfants

Entrent en ligne de compte en cas d'union libre, les reconnaissances de paternité et des conventions relatives à la pension alimentaire en particulier, ainsi que la décision de donner le nom de famille aux enfants d'un autre lit et des conventions sur l'autorité parentale et le droit de visite.

XIV. Communautés de vie homosexuelles enregistrées

La loi mettant fin à la discrimination de communautés de vie homosexuelles⁵⁷ est entrée en vigueur le 1er août 2001. Cette loi introduit la communauté de vie à perpétuité pour deux personnes du même sexe moyennant une déclaration à souscrire devant l'autorité compétente. Ce faisant, les partenaires doivent déterminer le régime des biens applicable. La situation habituelle est la participation compensatoire – qui correspond au régime matrimonial légal de la participation aux acquêts (*Zugewinngemeinschaft*).

A part cela, les partenaires ont également la possibilité de régler leur régime des biens par un contrat de communauté de vie reçu sous la forme authentique par devant notaire. Ce domaine va créer un nouveau champ d'activité pour les notaires.

Les partenaires enregistrés bénéficient d'un droit de succession légal et d'un droit à la part réservataire au même titre que les conjoints. Ils peuvent rédiger des testaments conjoints, ce que la loi en vigueur jusqu'ici ne permettait qu'aux époux. Par ailleurs, les partenaires ont la possibilité de passer des contrats d'héritier et des contrats portant sur la part réservataire devant notaire.

⁵⁶ Exposé détaillé à ce sujet: Grziwotz dans *Beck'sches Notarhandbuch*, 3e Ed., 2000, B III.
⁵⁷ Journal officiel de la R.F.A. 2001 p. I 266.

D. Le notaire: interlocuteur des commerçants et des entreprises

Laissons maintenant de côté les perspectives du citoyen ordinaire et concentrons-nous sur le commerçant et les entreprises. Là également, le système juridique allemand investit le notaire de missions importantes dont nous ne décrirons ci-après que les grandes lignes.

I. Sociétés de capitaux: constitution, augmentation de capital et modifications des statuts

Comme nous l'avons déjà mentionné, la constitution de sociétés de capitaux (société à responsabilité limitée, société anonyme, etc.) requiert l'authentification notariale. Cela vaut également pour les augmentations et les réductions du capital et pour les décisions en vue de la modification des statuts. S'agissant de grandes sociétés anonymes, chaque assemblée générale doit faire l'objet d'une authentification notariale.

II. Transformation

Il en est de même en droit relatif aux transformations des sociétés. En Allemagne, il existe une nouvelle loi relative aux transformations des sociétés depuis le 1er janvier 1995. Elle reprend, dans une loi unique, les possibilités de transformation et de fusion prévues jusqu'ici dans une multitude de lois individuelles, tout en élargissant ces possibilités de manière considérable.⁵⁸ La loi ajoute à la fusion et à la transformation une autre institution juridique, à savoir celle de la scission qui, jusqu'ici, n'a été possible que pour les seules entreprises sous direction de la "Treuhand" (organisme public allemand d'administration fiduciaire du patrimoine de l'ex-RDA). Le cercle des entreprises susceptibles de participer à une transformation (sujets de droit) a été agrandi sensiblement. Par ailleurs, il existe un grand nombre de nouvelles possibilités relatives à la restructuration dans le cadre d'une succession universelle.⁵⁹

⁵⁸ Pour plus de précisions, cf. Heckschen dans *Beck'sches Notarhandbuch*, 3e Ed., 2000, D IV.

⁵⁹ Dans l'ensemble, on peut distinguer quatre types de restructurations:

1. Fusion en vue
 - d'une reprise
 - d'une nouvelle constitution
2. Division avec les sous-catégories suivantes
 - a) Scission en vue
 - d'une nouvelle constitution
 - d'une fusion
 - b) Détachement en vue
 - d'une nouvelle constitution
 - d'une reprise
3. Cession de patrimoine
 - Transmission complète et transmission partielle

D'après la loi en vigueur, seuls les sujets de droit, dont le siège est situé sur le territoire national, sont susceptibles de participer à une transformation.⁶⁰ La transformation dans un cadre transfrontalier n'est pas prévue par la loi. Il se peut toutefois qu'il y ait des changements dans ce domaine en raison de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. L'arrêt "Centros" rendu par la CJCE⁶¹ en est déjà une indication. La nouvelle loi relative à la transformation étend la compétence du notaire également à des cas dans lesquels l'intervention du notaire n'était pas nécessaire jusqu'à présent, par exemple les assemblées des membres de coopératives et le contrat de fusion conclu entre des coopératives.

En conséquence de la mondialisation de l'économie, il existe actuellement une grande vague de fusion, affectant l'Allemagne, l'Union européenne, l'Espace économique européen et les rapports transatlantiques. Dans ce contexte, le notaire se voit investir de nouvelles missions revêtant une grande importance pour la structure économique globale de l'Allemagne et de l'Europe.

III. Contrats de subordination (regroupement de sociétés), contrats de cession de bénéfiques et autres contrats conclus entre les entreprises

Les contrats conclus entre des sociétés anonymes et ceux conclus entre une société à responsabilité limitée et une société anonyme ne sont pas soumis à la formalité de l'authentification notariale, la forme écrite étant suffisante. Les contrats conclus entre des entreprises requièrent toutefois le consentement de l'assemblée générale ou l'assemblée des associés de la société dominée et de la société dominante. Par ailleurs, il est prescrit d'inscrire la conclusion de tels contrats au registre du commerce et de ce fait, le notaire s'en charge. Sont concernés, en particulier, les contrats de subordination et les contrats de transferts de bénéfiques. Ces contrats sont souvent conclus pour des raisons fiscales. Grâce à un tel contrat, un entrepreneur (entreprise dominée) cède les pouvoirs de décision et de gestion à une autre entreprise (entreprise dominante) et s'engage à transférer tous ses bénéfiques à cette entreprise. Celle-ci s'engage en même temps à assumer les pertes. De cette manière, il est possible de procéder à un règlement direct par voie de compensation dans le cadre de ce que l'on appelle le groupe de société par contrat (Vertragskonzern), règlement, qui peut entraîner des allègements fiscaux.

⁶⁰ 4. Changement de forme
§ 1 al. 1 Loi relative à la transformation (Umwandlungsgesetz;UmwG); Zimmermann dans *Beck'sches Notarhandbuch*, 3e Ed., 2000, G pt. 189.

⁶¹ CJCE, arrêt du 9 mars 1999, affaire C-212/97, Rec. 1999, p. I-1484 = IPRax 1999, 360 (Behrens p. 323). Sur les réactions de tribunaux nationaux à cet arrêt, voir Behrens IPRax 2000, p. 384.

A la différence d'un contrat de subordination, un contrat prévoyant le transfert de bénéfices à une autre société d'un groupe peut également être conclu rétroactivement au début de l'exercice social, vu que le risque que des actes étant à l'origine légitimes puissent devenir illégitimes par la suite, est exclu, ce qui est le cas pour le contrat de subordination.⁶²

IV. Contrat de vente d'entreprises

Lors de la passation d'un contrat de vente d'entreprise, l'intervention du notaire joue un grand rôle, que ce soit dans le cas du dénommé "Share-Deal" (à savoir la cession de parts sociales) ou du "Asset-Deal" (cession de certains biens de l'entreprise) en vue de l'exigence de l'authentification visée au § 313 du Code civil allemand (BGB) et du § 15 de la loi relative aux sociétés à responsabilité limitée (GmbHG).

E. Questions en matière du droit international

I. Détermination du droit étranger applicable

Le notaire n'est pas censé connaître le droit étranger. Il doit toutefois avoir des connaissances approfondies du droit international privé allemand et constater, selon ses règles, si le droit étranger peut s'appliquer du point de vue allemand. Il est tenu d'en aviser les parties, § 17 al. 3 phrase 2 de la loi sur l'authentification des actes (Beurkundungsgesetz; BeurkG).

Le notaire peut par exemple demander une expertise sur le contenu du droit étranger auprès de l'Institut des notaires allemands de Würzburg. Cet institut est une institution scientifique de la Bundesnotarkammer qui accomplit un travail très efficace et qui dispose d'une très bonne bibliothèque et de collaborateurs excellents.

II. Pouvoir des notaires d'instrumenter

Le pouvoir de dresser des actes authentiques émane de l'autorité publique. En sa qualité de titulaire d'une fonction publique, le notaire ne peut prêter son ministère que sur le territoire national. Si un notaire allemand se rendait au Mexique, par exemple, pour y au-

⁶² Outre le contrat de subordination et le contrat de cession de bénéfices, visés au § 291 de la loi sur les S.A. (Aktengesetz; AktG), celle-ci contient également des dispositions sur ce que l'on appelle "Gewinngemeinschaft", c'est-à-dire que les sociétés sont liées par un accord de mise en commun de bénéfices § 292 al. 1 pt. 1 AktG, contrat sur le transfert partiel de bénéfices § 292 al. 1 pt. 2 AktG, et le contrat de louage portant sur une entreprise (*Betriebspachtvertrag*) et le contrat de mise à disposition de l'entreprise (*Betriebsüberlassungsvertrag*), § 292 al. 1 pt. 3 AktG.

thentifier un contrat de vente ou un testament, il porterait atteinte à la souveraineté territoriale du Mexique.⁶³ Selon les règles de droit international public, la responsabilité de l'Allemagne serait alors engagée pour violation de cette souveraineté. L'acte serait nul et non avenü comme acte authentique sur le territoire national.

S'en distinguent les cas d'authentification de transactions effectives sur le territoire national desquels le notaire allemand a pris connaissance à l'étranger. Si un notaire allemand se rend par exemple à Zurich pour assister à une assemblée générale d'une société anonyme et s'il dresse un acte sur le déroulement de cette assemblée après son retour en Allemagne, l'acte est valable parce qu'il a été dressé en Allemagne. Néanmoins le notaire a violé le droit international public. La Suisse pourrait alors se plaindre auprès du Ministère des affaires étrangères à Berlin ou de l'ambassadeur allemand à Bern. En tout état de cause, une procédure disciplinaire sera engagée à l'encontre du notaire.

III. Compétence internationale

1. L'absence de limitation de la marge de manœuvre du notaire en raison d'éléments d'extranéité de l'objet de son authentification

Lorsqu'un notaire allemand prête son ministère sur le territoire national, sa marge de manœuvre n'est pas limitée en raison d'éléments d'extranéité inhérents à l'objet de son authentification.⁶⁴ Il n'importe donc pas que

- la loi étrangère soit applicable
- les personnes participant à la transaction soient des étrangers ou que leur domicile ou leur siège soit situé en Allemagne
- que les biens sur lesquels porte l'acte juridique soient situés à l'étranger.

2. Compétences internationales exclusives des notaires allemands

a) Transferts de propriété de biens immobiliers allemands (dessaisines-saisines)

L'Allemagne exige toutefois toute une série de compétences internationales exclusives. En effet, la déclaration des parties en vue du transfert de propriété d'un bien foncier allemand par exemple (dessaisine-saisine) et d'un droit réel similaire selon le § 925 du Code civil allemand (BGB) ne peut être faite que devant un notaire allemand.

⁶³ Cf. par exemple, Cour fédérale de justice 1999, p. 346.

⁶⁴ Le sujet évoqué ci-après a déjà fait l'objet du rapport national circonstancié rédigé par Me Wimer et de Me Ott à l'occasion du XX^e Congrès de l'Union internationale du Notariat latin à Cartagena (Colombie).

b) Délivrance de cédules partielles d'hypothèque et de dette foncière (Grundschuld)

Cela vaut également pour la délivrance de cédules partielles d'hypothèque et de dette foncière (Grundschuld) aux termes du § 20 al. 2 de la loi fédérale relative au Notariat (Bundesnotarordnung; BNotO).

c) Vente aux enchères de biens immobiliers

Il en est de même pour ce qui concerne la vente aux enchères de biens immobiliers selon le § 20 al. 3 BNotO.

d) Contrats de société, statuts, modifications des statuts, transformations et transfert du patrimoine de sociétés de capitaux allemandes

(i) Doctrine stricte

La question de savoir dans quelle mesure les notaires étrangers peuvent exercer leurs fonctions dans le domaine du droit des sociétés est contestée. Selon une opinion exprimée dans la littérature, l'Allemagne réclamerait une compétence exclusive sur le plan international. Cela signifie que les contrats de société, les statuts, les décisions portant sur des modifications des statuts, les transformations et le transfert du patrimoine de sociétés de capitaux allemandes ne pourraient être authentifiés que par les seuls notaires allemands, étant donné que la finalité de leur intervention consiste en leur enseignement du droit; les connaissances approfondies du droit des sociétés allemandes ne pouvant être attendues d'un notaire étranger. Le dernier serait donc incapable de fournir un conseil et une assistance appropriés.⁶⁵

(ii) Jurisprudence libérale

Les tribunaux allemands adoptent une attitude assez critique à l'égard de cette approche.⁶⁶ Dans la mesure où le notaire étranger est équivalent au notaire allemand quant à sa formation et ses fonctions, et où le droit relatif à l'authentification des actes est similaire à celui appliqué en Allemagne, l'acte notarié étranger est assimilé à l'acte notarié allemand. La jurisprudence ne requiert pas la même procédure pour cette substitution, telle que prévue par la Loi fédérale sur l'authentification des actes, mais seulement l'équivalence.⁶⁷ Dans ce contexte, il faut partir du but recherché par la condition de forme du droit alle-

⁶⁵ Références chez Zimmermann dans *Beck'sches Notarhandbuch*, 3e Ed., 2000, G pt. 190 ss.

⁶⁶ Références chez Spellenberg dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 3e Ed., art. 11 EGBGB pt. 92.

⁶⁷ Cour fédérale de justice *NRW* 1981, p. 1160. Remarques critiques à ce sujet par Geimer *DNotZ* 1981, p. 406.

mand en vérifiant si l'authentification effectuée à l'étranger réalise ce but d'une manière similaire à celui atteint dans le cadre de la procédure à suivre par le notaire allemand. Il ne suffit pas que l'authentificateur étranger porte le titre professionnel de "notaire". Sa formation et son statut juridique devant bien plus être comparables à ceux d'un notaire allemand, l'authentificateur étranger doit prêter son ministère selon une procédure comparable à la procédure d'authentification allemande.⁶⁸

IV. Authenticité d'actes étrangers

Il y a lieu de faire la distinction entre la question de la substitution et celle de l'authenticité d'acte notarié étranger. Cela signifie: l'Etat destinataire de l'acte, à savoir dans lequel l'acte étranger doit être utilisé requiert du pays dont le notaire a dressé l'acte, une confirmation écrite attestant l'authenticité de l'acte, c.-à-d. qu'elle émane de l'authentificateur concerné et que celui-ci est compétent pour l'authentification et habilité à cet effet selon la loi du pays d'origine. Cette dénommée "légalisation" concerne une question relevant du droit de la preuve, à savoir l'authenticité de l'acte et non pas la question relevant du droit substantiel qu'est le respect de la forme notariée par un authentificateur (équivalent à un authentificateur allemand). Au début du présent rapport, il a déjà été renvoyé au § 438 ZPO qui ne prévoit pas impérativement la "légalisation", ainsi qu'à la libéralisation introduite par la Convention de la Haye relative à la suppression de la légalisation des actes authentiques du 5 octobre 1961⁶⁹ en introduisant l'apostille. L'apostille délivrée par l'Etat d'origine est suffisante dans le cadre du champ d'application territorial de la Convention, pour autant qu'il n'ait pas été renoncé à toute preuve au moyen d'autres conventions de droit international public.

V. Effets produits par les actes étrangers

Dans cette optique, si l'acte dressé par un notaire étranger ou par un autre authentificateur est considéré comme étant authentique en Allemagne, la force probante de cet acte est en principe identique à celle d'un acte dressé par un notaire allemand (§§ 415, 417 et 418 ZPO), à condition que l'authentificateur étranger et la procédure d'authentification étrangère soient comparables à l'équivalent allemand.⁷⁰ Ainsi, "l'acte" d'un *notary public* américain ne peut jamais être classé parmi les actes au sens du § 128 BGB, §§ 8 ss. de la Loi

⁶⁸ Pour plus de précisions Wolfsteiner *DNotZ* 1978, 532; Brambring *Neue Juristische Wochenschrift* 1975, 1255.

⁶⁹ Journal officiel de la R.F.A. 1965 p. II 875.

⁷⁰ Spellenberg dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 3e Ed., art. 11 EGBGB pt. 97b.

sur l'authentification des actes, même si le *notary public* affirme avoir lu l'écrit, que les intéressés l'ont approuvé et qu'ils l'ont signé de manière autographe.

VI. Locus regit formam actus (auctor regit actum): droit local comme alternative à la forme prescrite par le droit applicable à la transaction (lex causae)

1. Art. 9 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles et art. 11 de la loi d'introduction au Code civil allemand (Einführungsgesetz zum BGB; EGBGB)

Le principe *Locus regit formam actus* est consacré par l'art. 9 de la Convention européenne sur le droit des contrats du 19 juin 1990 et (dans le cadre d'un champ d'application élargi) dans l'art. 11 EGBGB. Selon ce principe, le droit applicable sera alternativement le droit applicable à la transaction ("Wirkungsstatut") et le droit local.

2. Conséquences du choix de la loi applicable à la forme

Les parties au contrat peuvent choisir la loi applicable à la transaction juridique et ce, de manière expresse ou concluante. En Allemagne, les règles correspondantes de la Convention de Rome sur le droit des contrats ont été transformées dans l'art. 27 ss. de la loi d'introduction au Code civil. Par le choix de la loi applicable, l'acte juridique est soumis dans son intégralité au régime juridique choisi. Si les parties choisissent, par exemple, le droit allemand pour le contrat de vente d'un bien immobilier situé en Espagne, la condition de forme visée par le § 313 BGB est également applicable selon le point de vue allemand, à savoir que le contrat de vente doit faire l'objet d'une authentification notariale.⁷¹ Il existe toutefois une possibilité de couvrir la nullité de l'acte aux termes du § 313 phrase 2 BGB. Si le transfert de propriété prend effet selon le droit afférent à la localisation du bien, la nullité de l'acte due à l'absence de la formalité d'authentification notariale est couverte (§ 313 phrase 1 BGB), même si – comme dans l'exemple précédent – ce régime légal (en l'occurrence le droit espagnol) ne connaît ni la dessaisine-saisine (= un contrat de droit réel lequel est conclu séparément et qui a pour objet le transfert de propriété du bien immobilier) ni l'inscription (constitutive d'un droit) au livre foncier.⁷²

⁷¹ Cour fédérale de justice, décisions de la Cour fédérale de justice 52, p. 239; p. 53, p. 194; 57, p.337; 73, 391. Spellenberg opère une distinction en fonction du choix expresse ou concluant de la loi applicable, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 3e Ed., art. 11 EGBGB pt. 34.

⁷² Les détails sont controversés, références, par exemple, chez Palandt/Heldrich, BGB, 60e Ed., 2001, art. 11 EGBGB pt. 6 par exemple.

3. Champ d'application

a) Actes de transfert ou de constitution de droits réels

L'application de la règle *locus regit actum* connaît cependant des limites. Conformément à l'art. 9 al. 6 de la Convention européenne sur les obligations contractuelles et à l'art. 11 al. 4 et 5 EGBGB, elle ne s'applique pas aux transferts de droits réels, à savoir à l'acte de transfert ou de constitution de droits réels. L'exception à cette règle ne couvre cependant pas l'acte d'engagement relevant du droit des obligations (*schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft*) qui est à la base de l'acte de transfert du droit réel immobilier. Pour cet acte d'engagement, il suffit de respecter la forme prévue par la loi du lieu de rédaction de l'acte et ce, même si le contrat de droit réel est régi par une loi ne connaissant pas la distinction – habituelle en droit allemand – entre l'acte obligatoire d'une part, et l'acte ayant pour objet un droit réel immobilier d'autre part, et qui prévoit que le transfert de propriété a lieu lors de la conclusion du contrat de vente par exemple. Or, selon l'art. 11 al. 4 EGBGB qui est fondé sur l'art. 9 al. 6 de la Convention de Rome relative aux obligations contractuelles, cela ne vaut pas dans les cas où le contrat "est soumis aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que, selon cette loi elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond."

b) Actes et opérations juridiques concernant l'organisation des sociétés et de personnes morales allemandes

Comme évoqué précédemment, la jurisprudence allemande est défavorable à l'exclusion de la loi du lieu de rédaction de l'acte, par application analogue de l'art. 11 al. 5 EGBGB aux actes et opérations juridiques affectant l'organisation des sociétés et celles de personnes morales allemandes et ce, même si les actes ou opérations respectives doivent être inscrits aux registres allemands.⁷³

c) Etablissement de testaments et de contrats d'héritier

Pour établir des testaments en conformité avec la Convention de la Haye sur la loi applicable à la forme des dispositions de dernière volonté du 5 octobre 1961 à laquelle l'Allemagne a adhéré, il suffit de respecter la loi du lieu de rédaction de l'acte. Au niveau national, on peut trouver cette règle dans les dispositions de l'art. 26 EGBGB. Selon cet article, la loi du lieu de rédaction de l'acte régit également les contrats d'héritier exclus par

⁷³ Références chez Spellenberg dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 3e Ed., art. 11 EGBGB pt. 1 ss.; le même auteur dans *Festschrift Schütze*, 1999, p. 887, 898 ss.

la Convention de Haye au motif que les pays de droit romain en particulier, ne connaissent pas de contrats d'héritier.

VII. Principe Lex fori

Le principe lex fori est appliqué en droit procédural dans le monde entier.⁷⁴ Même si la loi étrangère s'applique au fond (*on the merits*), tel que c'est le cas pour la capacité d'exercice d'un étranger ou pour le contrat obligatoire (parce que les parties à l'acte juridique ont choisi une loi étrangère comme étant applicable), les procédures engagées devant les tribunaux et les autorités allemandes sont régies par le droit procédural allemand, qui entretient une relation d'interdépendance avec le droit relatif à la procédure d'authentification. L'exigence de justifier des données à la base des inscriptions par des actes authentiques ou certifiés sert à protéger à la fois les tribunaux nationaux chargés de la tenue des registres et les intéressés. Les inscriptions doivent se fonder sur des documents fiables, exacts et jouissant de la force probante, permettant ainsi d'éviter si possible tout différend ou toute incertitude juridique. Sous l'optique de l'éthique du droit, la présomption de l'exactitude du livre foncier allemand (§ 891 BGB) et la déchéance d'un droit ou l'exclusion d'un éventuel bénéficiaire légitime par une acquisition de bonne foi (§ 892 BGB) ne peuvent être justifiés – comme évoqué ci-dessus – que par l'effet combiné d'une authentification sûre et d'une inscription sûre.⁷⁵

Dans ce contexte, il y a lieu de renvoyer également à l'art. 16 de la Convention de Bruxelles et de Lugano ainsi qu'à l'art. 22 du Règlement (CE) du 22 décembre 2000 N° 44/2001. Selon l'art. 16 par. 1 ou l'art. 22 par. 1, sont seuls compétents en matière de droit réels, les tribunaux de l'Etat membre où l'immeuble est situé. Selon l'art. 16 par. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ou l'art. 22 par. 2 du Règlement (CE) N° 44/2001, sont seuls compétents au niveau international en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un Etat membre ou de validité des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet Etat membre. Certes, ces dispositions s'appliquent uniquement lorsqu'il s'agit d'une procédure contradictoire à deux parties selon le modèle classique de la procédure civile.⁷⁶ Il convient toutefois de transférer l'appréciation qui leur est inhérente au domaine de la juridiction gracieuse et, plus particulièrement, à la procédure d'authentification.

⁷⁴ Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4e Ed., 2001, pt. 319.

⁷⁵ Le rapport national de Me Wimer et de Me Ott contient déjà des précisions claires à ce sujet.

⁷⁶ Plus de précisions dans Geimer, *Festschrift Schippel*, 1996, 869, 883; Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 1997, art. 2 pt. 57 et art. 16 pt. 152.

F. Exécution internationale des actes exécutoires

I. Principe de base: nécessité de l'exequatur

1. L'absence de reconnaissance de la force exécutoire étrangère par une extension des effets

En dépit de la mondialisation et des échanges internationaux, la valeur exécutoire⁷⁷ attribuée à un acte notarié⁷⁸ dans l'Etat d'origine, n'est toujours pas étendue automatiquement à d'autres Etats⁷⁹, et encore moins aux Etats où l'exécution doit avoir lieu. Strictement parlant, il n'existe donc *aucune reconnaissance d'actes exécutoires*. S'agissant de l'exécution transfrontalière d'actes notariés tout comme de l'exécution d'un jugement, rendu par un tribunal de l'Etat et des tribunaux d'arbitrage et condamnant quelqu'un à fournir une prestation, il est nécessaire de recourir à l'exequatur, à savoir la déclaration constatant la force exécutoire dans l'Etat requis. La force exécutoire visée par loi de l'Etat d'origine contient un mandat adressé aux organes nationaux chargés de l'exécution, à savoir de la réalisation de la créance sur demande et, en cas de besoin, avec des moyens de coercition. Le mandat en direction des organes d'exécution d'un autre Etat est exclu par le droit international public; la souveraineté des Etats étrangers devant être respectée.

Le droit existant dans l'Etat d'origine et attribuant la force exécutoire à un acte notarié ne jouent donc en principe aucun rôle pour les organes d'exécution d'autres Etats. Dans ces Etats, que nous appellerons "Etats requis" par la suite, la force exécutoire de l'Etat d'origine n'est observée que dans la mesure où la loi de l'Etat requis le prescrit.

Le législateur de l'Etat requis pourrait très bien disposer que la force exécutoire conférée par l'Etat d'origine sera étendue à son propre territoire. En raison de cette extension des effets, le degré de la force exécutoire serait évalué, dans l'Etat requis également, selon la législation de l'Etat d'origine.

Le droit allemand n'a pas opté pour cette solution, ce que traduisent les §§ 722, 723 du Code allemand de procédure civile (ZPO). De même, aucune législation ne prévoit une telle reconnaissance au sens d'une extension des effets pour la force exécutoire. Grosso

⁷⁷ Geimer, *Vollstreckbare Urkunden ausländischer Notare*, DNotZ 1975, 461

⁷⁸ Voir exposé fondamental du point de vue allemand: Wolfsteiner, *Die vollstreckbare Urkunde*, 1978; du point de vue autrichien: Rechberger/Oberhammer/Bogensberger, *Der vollstreckbare Notariatsakt (L'acte notarié exécutoire)*, 1994 sowie Wagner/Knechtel, *Notariatsordnung (Loi relative au Notariat; NO)*, 5e Ed., 2000, Précisions sur le § 3 NO pt. 1 ss.

⁷⁹ Par conséquent, ne sont pas applicables le § 328 du Code de procédure civile (Zivilprozessordnung; ZPO) et l'art. 26 de la Convention de Bruxelles/ Lugano, et dès à présent l'art 33 du Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

modo la reconnaissance se limite à l'effet *res iudicata*, à l'effet de forclusion, à l'effet constitutif de droit, à l'effet d'intervention et à l'effet de déclaration visant à associer une tierce partie au litige (*Streitverkündungswirkung*).⁸⁰ L'acte exécutoire ne produit quant à lui pas de tels effets.

Cela vaut également en ce qui concerne le champ d'application des conventions internationales et des traités du droit communautaire dérivé. A cet égard, il suffit de citer les art. 31 ss. des Conventions de Bruxelles et de Lugano⁸¹ ainsi que les art. 38 ss. du Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui entrera en vigueur le 1er mars 2002 et qui se substituera à la Convention de Bruxelles de 1968.

2. L'exequatur en tant qu'acte constitutif

Comme déjà évoqué, toutes les législations – du moins celles que nous connaissons – refusent d'étendre la force exécutoire au territoire national au sens d'une véritable reconnaissance et ce, dans le souci d'éviter l'apparence que les organes d'exécution allemands suivraient les ordres d'organes judiciaires étrangers.

Au surplus, une telle reconnaissance de la force exécutoire d'un acte étranger se heurterait à des difficultés énormes dans la pratique. En effet, en reconnaissant un tel acte, on étendrait la force exécutoire étrangère au territoire national. Par conséquent, le degré de l'exécution devrait être apprécié selon la loi régissant l'exécution dans l'Etat d'origine. Or, on ne peut exiger d'un organe d'exécution, en particulier d'un huissier de justice, qu'il connaisse la loi étrangère en matière d'exécution.⁸²

C'est la raison pour laquelle, la force exécutoire sur le territoire national doit être conférée originairement à un titre exécutoire étranger⁸³, qu'il s'agisse d'un acte notarié exécutoire.

⁸⁰ Sur les effets produits par les jugements et susceptibles d'être reconnus, cf. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4e Ed., 2001, pt. 2799 ss.

⁸¹ Leutner souligne à juste titre dans "*Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*" (1997, p.36) que – contrairement aux décisions rendues par des tribunaux étrangers – la reconnaissance au sens d'un *transfert des effets* de l'Etat d'origine vers l'Etat requis n'entre pas en ligne de compte parce que l'acte exécutoire ne produit aucun effet qui serait susceptible d'être reconnu. La *force exécutoire* inhérente à l'acte *selon la loi de l'Etat d'origine* (p. 203 ss.) n'est pas étendue à l'Etat requis; celui-ci lui confère bien plus la force exécutoire selon la loi nationale et les assimile ainsi aux titres exécutoires délivrés sur le territoire national (p. 31).

⁸² Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung* I/2, 1984, p. 1413.

⁸³ Cour fédérale de justice *FamRZ* 1986, p. 45 = *EWiR* (Entscheidungen im Wirtschaftsrecht; décisions en droit économique) 1985, 207 (Geimer) = *RIW* (Recht der Internationalen Wirtschaft; droit économique international) 1986, p.554 = *NJWt* 1986, 1440 = *IPRax* 1986, 294 (Dopffel 277).

toire ou d'une décision judiciaire. Ainsi, l'exequatur délivré par le l'Etat requis, qui produit cet effet, n'est pas un constat de l'extension de la force exécutoire étrangère au territoire national, il s'agit plutôt d'un acte procédural constitutif.⁸⁴

3. Effet de l'exequatur

La force exécutoire conférée à un titre étranger par le biais de l'exequatur de l'Etat requis est régie exclusivement par la loi de l'Etat requis et correspond, quant au fond, à la force exécutoire d'un titre délivré par celui-ci.⁸⁵ Même après la suppression de la force exécutoire dans l'Etat d'origine, le titre étranger garde la force exécutoire qui lui a été conférée par l'exequatur sur le territoire de l'Etat requis. Toutefois, cette force exécutoire peut également être exclue par le biais d'une action d'opposition à l'exécution d'un acte ("Vollstreckungsgegenklage" ou "Vollstreckungsabwehrklage").⁸⁶ Cela garantit de vérifier dans le cadre d'une procédure contentieuse - et non pas dans une procédure d'exécution forcée - si la force exécutoire a été supprimée.

II. Exequatur d'actes exécutoires étrangers selon le droit allemand autonome

1. § 794 al. 1 pt. 5 du Code allemand de procédure civile

Le § 794 al. 1 pt. 5 du Code allemand de procédure civile (Zivilprozessordnung, ZPO) n'offre pas de fondement juridique pour l'exequatur d'actes exécutoires étrangers. Cette disposition concerne uniquement l'exécution forcée sur la base "d'actes reçus devant un tribunal allemand ou par un notaire allemand dans les limites de ses attributions et en respectant la forme requise". Aussi le champ d'application du § 794 al. 1 pt. 5 ZPO est-il limité rigoureusement aux actes dressés par des notaires allemands. Cette disposition n'offre donc aucune base juridique pour l'exécution de titres dressés devant des notaires étrangers.⁸⁷

2. Proposition: application analogue des §§ 722 et 723 du Code allemand de procédure civile

Entrent toutefois en ligne de compte comme base juridique les §§ 722, 723 ZPO.⁸⁸ Ces dispositions ne concernent que la déclaration constatant la force exécutoire de jugements

⁸⁴ Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Ed., § 722 pt. 3; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3e Ed., § 722 pt. 24.

⁸⁵ Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4e Ed., 2001, pt. 3101.

⁸⁶ Voir infra VIII.

⁸⁷ Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21e Ed., 1995, § 794 pt. 24, 99.

⁸⁸ Geimer DNotZ 1975, 461, 464; Geimer, *Festschrift Ferid*, 1988, 89 ss.; Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4. Ed., 2001, pt. 3106; Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung I/2*,

étrangers, à savoir des décisions judiciaires. Selon l'opinion prévalant dans la jurisprudence et dans la doctrine, la notion de jugement est assez large; l'on refuse néanmoins d'appliquer cette règle également aux actes notariés.⁸⁹ Cette position est trop restrictive. En effet, si le droit allemand admet d'autoriser, sur le territoire national, l'exécution de décisions rendues par des tribunaux étrangers à certaines conditions, cela doit valoir, à plus forte raison, pour des actes étrangers exécutoires. La principale réserve maintenue à l'égard de l'exécution de décisions judiciaires rendues à l'étranger, tient à un certain scepticisme à l'égard de l'administration de la justice dans d'autres pays. On veut éviter que les actes délivrés par l'autorité publique d'un autre pays fassent l'objet de l'exécution forcée sur le territoire national. Ces réticences sont cependant non fondées lorsqu'il s'agit d'actes exécutoires délivrés par des notaires étrangers, vu que les intéressés ont fait leurs déclarations devant le notaire étranger à titre volontaire et sans contrainte imposée par l'Etat. *Ludwig von Bar*, de renommée internationale au 19^e siècle, l'a décrit avec une précision qui reste valable encore aujourd'hui.⁹⁰

"L'admission de l'exécution forcée d'actes étrangers émanant de la juridiction gracieuse suscitent encore peu de préoccupations. Même si l'on n'a pas confiance en une décision judiciaire étrangère, les actes émanant de la juridiction gracieuse d'un Etat civilisé n'impliquent pas per se une falsification ou une grave erreur d'interprétation, d'autant plus que les parties peuvent le plus souvent choisir elles-mêmes les organes appropriés; heureusement, les falsifications, c'est-à-dire les cas où les personnes qui n'ont pas comparues dans la réalité, mentionnées comme telles, sont assez rares (traduction non-officielle)."

3. Digression: la position libérale d'autres ordres juridiques sur la question de l'exequatur d'actes exécutoires étrangers

L'argumentaire a été développé avec difficulté pour le droit allemand parce que le législateur allemand a omis la question des actes étrangers qui se trouve en Autriche *verbis expressis* dans la loi. Selon le § 79 du Règlement autrichien d'exécution (Exekutionsordnung), il est également possible d'exécuter des actes dressés à l'étranger et bénéficiant de la force exécutoire dans ce pays. D'autres Etats connaissent, eux aussi, une telle norme, comme la France à l'art. 509 du Nouveau Code de Procédure Civile, la Grèce à l'art. 905

1984, 1620; Zöllner/Geimer, ZPO, 22e Ed., 2001, § 722 pt. 8. Même opinion: Schütze DNotZ 1992, 66, 81; Wiczorek/Schütze, ZPO, 3e Ed., § 723 pt. 2.

⁸⁹ Baumann dans Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, 3e éd. (situation: octobre 2000) 795. 170 cf. note de bas de page 4; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21e Ed., 1995, § 722 pt. 10 ainsi que § 794 pt. 24, 99; Spellenberg dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 3e éd., 1998, art. 11 pt. 45.

⁹⁰ von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts II*, 2e Ed., 1889, 542.

lit. f de la Loi relative à la procédure civile,⁹¹ l'Italie à l'art. 68 de la Loi sur le droit international privé du 31 mai 1995, l'Espagne à l'art. 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,⁹² la Slovaquie et la République Tchèque à l'art. 63 de la loi relative au droit international privé du 4 décembre 1963.⁹³

4. Résumé

Selon l'opinion prévalant dans la jurisprudence et dans la doctrine allemande, il est actuellement inconcevable d'exécuter des actes notariés étrangers en dehors du champ d'application des conventions internationales; ce qui diminue considérablement l'importance du droit autonome. En effet, le droit autonome n'est pas très important dans la réalité juridique. C'est le droit des conventions qui occupe le premier plan, et plus particulièrement, la Convention de Bruxelles et de Lugano, et à l'avenir, le Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale, qui entrera en vigueur le 1er mars 2002 et qui remplacera la Convention de Bruxelles de 1968.

III. Libre circulation des actes exécutoires par la suppression de l'exequatur?

L'exigence de l'exequatur d'un titre exécutoire de l'Etat d'origine dans d'autres Etats par application des art. 31 ss. des Conventions de Bruxelles et de Lugano ou dès lors de l'art. 38 du Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 coûte du temps et de l'argent. Elle comporte le risque qu'un débiteur ayant de mauvaises intentions, transfère sa fortune dans un autre Etat avant que la déclaration constatant la force exécutoire ne soit parvenue au créancier. C'est la raison pour laquelle, il a été exigé, lors de la discussion sur la réforme, d'accélérer les moyens d'exécution et de supprimer totalement l'exigence de l'exequatur dans le souci de rendre l'exécution plus efficace.⁹⁴ Or, la réalisation de cette proposition se fait attendre. Le nouveau Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000

⁹¹ Art. 906 al. 3 ZPG comme argumentum e contrario.

⁹² Cf à ce sujet Fernandez Rozas/Sanchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, 1991, 592.

⁹³ Ce n'est pas le cas pour la Suisse qui ne connaît pas l'acte exécutoire, bien que l'art. 31 de la Loi sur le droit international privé prévoit que les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution d'un acte émanant de la juridiction gracieuse sont applicables, Jametti Greiner, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, 1998, p. 208. Il existe toutefois une obligation d'exécution aux termes de l'art. 50 de la Convention de Lugano, cf. Jametti Greiner, *op.cit.*, p. 353.

⁹⁴ Cf p.e. les propositions de réforme de la Commission reproduites au Journal officiel des Communautés européennes du 31 janvier 1998 n° C 33/22.

maintient strictement la nécessité de l'exequatur. Il faut entendre l'art. 41 dudit règlement comme traduisant les vestiges d'une revendication d'un titre exécutoire européen à utiliser dans un cadre transfrontalier. Cet article dispose ce qui suit:

"La décision est déclarée exécutoire dès l'achèvement des formalités prévues à l'article 53⁹⁵, sans examen au titre des articles 34 et 35.⁹⁶ La partie contre laquelle l'exécution est demandée ne peut, en cet état de la procédure, présenter ses observations."

Cette nouvelle disposition est manifestement contraire à l'art. 34 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Certes, les Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoit, elle aussi, pour la juridiction du premier degré une procédure "ex parte", à laquelle le débiteur ne participe pas. Mais l'art. 34 al. 2 prescrit l'examen par le juge chargé de l'exequatur, des raisons de non-reconnaissance visées par les conventions respectives.⁹⁷ Cet examen disparaît désormais dans le souci d'accélérer les procédures. Il n'a lieu que dans le cadre d'un recours introduit par le débiteur devant la juridiction du deuxième degré.⁹⁸

IV. Conventions de Bruxelles et de Lugano et le Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale

Les conventions bilatérales ont largement perdu leur valeur en Europe centrale par rapport aux Etats contractants des Conventions de Bruxelles et de Lugano, dont fait également partie la Pologne depuis le 1 février 2000.⁹⁹

1. Exequatur conformément à l'art. 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ou à l'art. 57 du Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000

L'art. 50 s'applique dans le champ d'application desdites conventions, à savoir en matière civile et commerciale, à l'exception des matières particulières énumérées à l'art. 1 al. 2 de la convention respective. Dans le Règlement (CE) N° 44/2001, qui entrera en vigueur le 1er mars 2002, cet article est remplacé par l'art. 57 ayant pratiquement le même libellé. Celui-ci s'énonce comme suit:

"(1) Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un Etat membre sont, sur requête, déclarés exécutoires dans un autre Etat membre, conformément à la procédure prévue

⁹⁵ Cf. p. e. les propositions de réforme de la Commission reproduites au Journal officiel des Communautés européennes du 31 janvier 1998 n° C 33/22.

⁹⁶ Ex-art. 27 et 28 de la Convention de Bruxelles de 1968.

⁹⁷ Déjà de convention lata en faveur d'une *vérification restrictive d'office dans la procédure ex parte* Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 1997, art. 34 pt. 27 ss.

⁹⁸ Art. 45 du Règlement (EG) N° 44/2000.

⁹⁹ Journal officiel de la R.F.A 2000 p. II 1246. Voir à ce sujet Martiny/Ernst IPRax 2001, p. 29; Sawzuk, *Festschrift Schütze*, 1999, 733; Wagner WIRO 2000, p. 47.

aux articles 38 et suivants. La juridiction auprès de laquelle un recours est formé en vertu des articles 43 ou 44 ne refuse ou révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de l'acte authentique est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis.

(2) Sont également considérés comme des actes authentiques au sens du paragraphe 1, les conventions en matière d'obligations alimentaires conclues devant des autorités administratives ou authentifiées par elles.

(3) L'acte produit doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité dans l'Etat membre d'origine.

(4) Les dispositions de la section 3 du chapitre III sont applicables en tant que de besoin. L'autorité compétente de l'Etat membre dans lequel un acte authentique a été reçu, à la requête de toute partie intéressée, établit un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe VI du présent règlement."

2. Notion de l'acte authentique au sens de l'art. 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et de l'art. 57 du Règlement (CE) N° 44/2001

L'art. 50 de la Convention de Bruxelles ne parle pas d'actes notariés mais "d'actes authentiques" – bien que dans les six Etats fondateurs de la Communauté économique européenne (CEE), seuls les actes notariés étaient considérés comme actes exécutoires. La notion est donc plus large. A ce sujet, le rapport *Jenard et Möller* se base sur trois critères quant à l'art. 50 de la Convention de Lugano du même libellé¹⁰⁰, à savoir que :

(1) L'acte doit être reçu par une autorité publique. Les actes privés exécutoires sont exclus. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a statué clairement, dans son arrêt rendu dans l'affaire *Unibank*¹⁰¹, que l'authenticité d'un acte authentique, au sens de l'art. 50 de la Convention de Bruxelles doit être établie par une autorité publique ou une toute autre autorité habilitée à cet effet par l'Etat d'origine. C'est la raison pour laquelle les compromis passés par les avocats selon le droit allemand ne relèvent pas de l'art. 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano; étant quant à eux, des actes privés. Une fois rendus exécutoires par un tribunal de l'Etat (§ 796b ZPO) ou par le notaire (§ 796c ZPO), ils deviennent des titres exécutoires selon le § 794 al. 1 pt. 4b ZPO.¹⁰²

¹⁰⁰ Journal officiel des Communautés européennes 1990 C 189, p. 80.

¹⁰¹ CJCE arrêt du 17 juin 1999 affaire C 260/97 (*Unibank*) EWS 1999, 268 = DNotZ 1999, 919 (*Fleischhauer* p. 925) = IPRax 2000, 409 (Geimer, p. 366); cf à ce sujet *Jayme/Kohler* IPRax p. 99, 401, p. 409. Concrètement, il s'agissait de titres de créance danois (*Gaeldsbrev*) qui sont directement exécutoires selon § 478 al. 1 pt. 5 *Retsplejlov*.

¹⁰² Opinion contraire: *Schütze* DZWir (*Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*) 1993, 133, 135; *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 3e Ed., § 796b pt. 11.

(2) L'authenticité doit porter sur la créance exécutoire, la légalisation de la signature n'étant pas suffisante.

(3) L'acte doit être exécutoire per se dans l'Etat d'origine. Il ne suffit pas que l'acte puisse être déclaré exécutoire dans une procédure sur titres ou dans toute autre procédure.¹⁰³

Un autre élément constitutif important est la participation du débiteur à l'établissement du titre exécutoire; celle du créancier n'étant pas nécessaire. L'engagement unilatéral du débiteur (ou de son représentant) suffit.¹⁰⁴ Il faut donc en exclure les protêts exécutoires de chèques en droit français, établis par le huissier sans la participation du débiteur.¹⁰⁵

3. Obligation d'exécution inconditionnelle

La Convention de Bruxelles et, à l'avenir, le Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 prévoient que l'obligation d'exécution existe même dans le cas où l'Etat requis ne connaît pas l'acte exécutoire. Ici également, il n'est pas possible d'invoquer l'ordre public pour motiver la non-délivrance de la déclaration constatant la force exécutoire.¹⁰⁶

Dans les Etats qui ne connaissent pas cette institution juridique (le Royaume-Uni, la Norvège et la Suisse), une discussion sur l'acte exécutoire sera tôt ou tard engagée; discussion, qui conduira le cas échéant à une troisième vague d'extension après la substitution par le droit romain et les conquêtes napoléoniennes^{107, 108}. Une telle évolution aboutira dans ces pays également à une application plus rapide de la législation tout comme à un désencombrement efficace de la justice, sans parler d'une réduction des frais pour les justiciables.

¹⁰³ Leutner, op.cit., p. 45 ss.

¹⁰⁴ Leutner op.cit., p. 44. 134, 200 f. Récemment, Gerhard Wagner (*Prozessverträge*, 1998, p.778 ss.) a voulu s'écarter de l'acte de procédure unilatéral en se déclarant en faveur d'un contrat conclu pendant le procès sans donner de motifs valables. Rosenberg/Gaul/Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11e Ed., 1997, 184 (§ 13 IV note de bas de page 178) ne se prononcent pas à ce sujet.

¹⁰⁵ Leutner, op.cit, 1997, p. 44, 202.

¹⁰⁶ Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 1997, art. 50 pt. 4.

¹⁰⁷ Loi notariale de 25e Loi vëntose de l'an XI (16 mars 1803).

¹⁰⁸ Leutner, *Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, 1997, 287.

V. Précisions sur l'exequatur

1. Conditions de l'exequatur

a) L'authenticité d'actes notariés étrangers et leur force exécutoire selon la loi de l'Etat d'origine

Le demandeur doit produire une expédition revêtue de la formule exécutoire et établie en conformité avec la loi de l'Etat d'origine. Cela permet de prouver tant l'authenticité que la force exécutoire conformément au droit de l'Etat d'origine; aucune légalisation n'étant nécessaire dans ce cas.¹⁰⁹ Si la partie contre laquelle l'exécution est demandée objecte qu'il n'existerait aucun titre valable selon le droit de l'Etat d'origine, le juge de l'Etat requis doit vérifier cette objection. En effet, si l'acte notarié ne peut produire aucun effet selon le droit de l'Etat d'origine, sa force exécutoire est également inexistante. La force exécutoire, selon le droit de l'Etat d'origine, est toutefois la condition sine qua non à la déclaration constatant la force exécutoire dans l'Etat requis.

b) Pouvoir d'instrumenter du notaire étranger

Le notaire étranger doit avoir le pouvoir d'instrumenter afin de dresser un acte exécutoire. Pour cette condition, il n'existe aucune disposition expresse, ni dans le droit autonome ni dans les conventions. Elle découle toutefois, de manière impérative, des principes du droit coutumier international. L'authentification est déjà, en tant que telle, l'exercice de l'autorité publique,¹¹⁰ et *a fortiori*, l'établissement de titres exécutoires. Le notaire intervient en tant que détenteur de l'autorité publique. En cette qualité, il ne peut – comme déjà évoqué sous E I – compromettre la souveraineté d'autres Etats. Par contre, s'il procède à des authentifications sur un territoire étranger, il porte atteinte aux règles de droit international public. Tous les Etats, y compris ceux qui sont directement concernés, doivent refuser la déclaration constatant la force exécutoire pour un titre établi contrairement au droit international public, sinon ils seraient impliqués dans la violation de celui-ci.¹¹¹

¹⁰⁹ Les différents traités ne contiennent pas de dispositions détaillées concernant les formalités, cf. art. 50 par. 3, 47 pt. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

¹¹⁰ Sur l'exercice de l'autorité publique par les notaires au sens de l'art. 45 CE voir Stumpf/Gabler *notar 2000*, p. 11 avec d'autres références.

¹¹¹ Geimer, *Internationales Zivilprozessordnung*, 4e Ed. 2001, pt. 533 ss.

2. Absence de vérification de la compétence internationale de l'Etat d'origine

a) Droit allemand autonome

La reconnaissance de *décisions judiciaires* suppose, en règle générale, l'existence de la compétence internationale de l'Etat d'origine.¹¹² Même dans le cadre d'une déclaration constatant la force exécutoire d'actes étrangers exécutoires, la question se pose de savoir si et, le cas échéant, selon quels critères la compétence internationale de l'Etat d'origine doit être vérifiée. Ensuite, il s'agit de trouver des critères selon lesquels on pourrait affirmer la compétence internationale pour dresser des actes exécutoires en respectant le principe de "l'effet miroir"¹¹³. Cependant, les normes relatives à la compétence judiciaire ne sont pas tout à fait adéquates quant à l'activité du notaire. En effet, il n'y a pas de défendeur et, contrairement au tribunal, le notaire n'intervient pas à l'encontre du débiteur, et d'autant moins, contre son gré et en son absence. Le notaire n'exerce – à la différence du tribunal – *pas de pouvoir coercitif*. Il découle du rapport juridique procédural, fondée sur l'action intentée, une *obligation pour le défendeur de se prononcer devant le tribunal*, au sens d'une charge procédurale. Si le défendeur ne se prononce pas devant le tribunal ou s'il ne se fait pas représenter, un jugement par défaut pourra être prononcé à son égard. La situation est par contre différente pendant la procédure d'authentification: l'authentification et partant, la création d'un titre exécutoire, a seulement lieu si le débiteur participe à la procédure.¹¹⁴

¹¹² Par exemple § 328 al. 1 pt. 1 du Code allemand de procédure civile (ZPO), § 16a pt. 1 de la Loi relative à la juridiction gracieuse (FGG); art. 102 al. 2 pt. 1 de la Loi d'introduction au Règlement d'insolvabilité (EGInsO).

¹¹³ Sur le principe de "l'effet miroir" voir Geimer, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, 1995, p. 6, 114.

¹¹⁴ Au regard de la compétence, on peut parler d'une "soumission" ou d'une "prononciation sans réserve". Voir Martiny dans *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts* III/1, 1984, chap. I § 4 pt. 544 (p.252) publié par l'Institut Max-Planck-Institut du droit international privé: "dans la mesure où l'on considère une vérification de la juridiction comme nécessaire, on peut supposer une acceptation de la compétence du tribunal." Aux fins de comparaison voir Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, *IPRG-Kommentar*, 1993, art. 30 pt. 10: "Il est plutôt rare que la partie contre laquelle l'exécution est demandée formule des objections quant à la compétence. Par le fait qu'il s'est déclaré prêt à trouver une solution amiable au conflit devant le tribunal étranger, il a donc accepté sa compétence (art. 6, art. 26 Bst. c IPRG) de sorte que cette compétence doive être reconnue en Suisse."

b) Conventions de Bruxelles et de Lugano et Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale

(i) Décisions judiciaires

Les Conventions de Bruxelles et de Lugano ne prévoient par principe aucune vérification de la compétence internationale de l'Etat d'origine – à l'instar du Règlement (CE) N° 44/2001¹¹⁵ - dans le stade de la reconnaissance et de l'exequatur de décisions judiciaires, selon l'art. 28 par. 3 de la Convention de Bruxelles et l'art. 28 al. 4 de la Convention de Lugano.¹¹⁶ Il existe toutefois des exceptions en matière d'assurances et en matière de contrats conclus par les consommateurs et dans le domaine des compétence exclusives visées à l'art. 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

(ii) Actes exécutoires

Par ailleurs, l'art. 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et l'art. 57 du Règlement (CE) N° 44/2001 ne prévoient aucune vérification de la compétence internationale de l'Etat d'origine.¹¹⁷ Ainsi tout acte authentique doit être déclaré exécutoire dans le champ d'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano et - dès à présent - du Règlement (CE) N° 44/2001 même si l'acte a été dressé contrairement aux dispositions nationales relatives à la compétence, pour autant que cette violation ne conduit pas à la nullité de l'acte et partant, du titre exécutoire. Toute violation des règles de compétence des Conventions de Bruxelles et de Lugano est exclue d'emblée, étant donné que l'ordre de compétence prévu par la Convention respective, ne vaut pas pour l'établissement des actes notariés.¹¹⁸

3. La compatibilité du titre avec l'ordre public de l'Etat requis

Dans la mesure où l'on applique de manière analogue les §§ 722, 723 du Code allemand de procédure civile (ZPO) aux actes exécutoires – tel que c'est le cas dans le présent rapport – il faut s'en tenir, en ce qui concerne le droit allemand autonome, au § 328 pt. 1 par. 4 en relation avec le § 723 par. 2 du Code allemand de procédure civile. Les conventions

¹¹⁵ De même, selon l'art. 16 du Règlement (CE) N° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs ("Bruxelles II") l'art. 16 et l'art. 25 du Règlement (EG) N° 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité, la compétence internationale de l'Etat d'origine est vérifiée à l'occasion de l'exequatur.

¹¹⁶ Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 1997, art. 28 pt. 1 ss.

¹¹⁷ Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 1997, art. 50 pt. 13.

¹¹⁸ Geimer DNotZ 1999, p. 764, 766.

respectives, en particulier l'art. 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, ainsi que l'art. 57 du Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale prévoient, eux aussi, un examen de l'ordre public.¹¹⁹ Dans ce contexte, il convient d'examiner si

- a) la créance à exécuter est contraire à l'ordre public de l'Etat requis. Vu que les actes notariés exécutoires dressés à l'étranger portent en général sur le paiement d'une somme d'argent ou sur la prestation d'autres choses fongibles, cela n'est pas le cas en règle générale;
- b) il n'existe pas de collision entre le rapport juridique sur lequel est fondé la créance et l'ordre public.
- c) la procédure d'authentification est contraire à l'ordre public. Les cas dans lesquels une telle violation existe, sont plutôt seulement de nature théorique, du moins pour ce qui concerne le domaine du notariat latin.

VI. Les exceptions de l'art 1 par. 2 pt. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et du Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000

L'art. 1 par. 2 pt. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et du Règlement (EG) N° 44/2001 exclut certains domaines de droit civil du champ d'application de la Convention et du Règlement. Contrairement à l'opinion prévalant dans la jurisprudence et dans la doctrine, qui s'en tiennent au libellé¹²⁰, on ne devrait pas appliquer cette règle d'exception aux actes exécutoires.¹²¹ Cela est important par exemple, s'il s'agit de conventions passées entre les conjoints en cas de divorce, si une somme forfaitaire est stipulée comme étant exécutoire pour compenser la pension alimentaire post-maritale (qui relève du champ d'application de la Convention et du Règlement) et des créances résultant du régime matrimonial (pour lesquelles il faut appliquer la règle d'exception de l'art. 1 al. 2 pt. 1).

¹¹⁹ Leutner précise à juste titre dans "*Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, 1997, p. 31: "L'art. 50 des Convention de Bruxelles et de Lugano privilège les actes exécutoires par rapport à l'exequatur pour les décisions judiciaires étrangères, étant donné que pour les premiers, les raisons d'un refus de délivrer l'exequatur sont limitées à la réserve de l'ordre public." Leutner, p.39 considère cela comme un témoignage de confiance particulière envers les notaires. Cf. à ce sujet l'exposé de Geimer DNotZ 1999, p. 764.

¹²⁰ Rapport Jenard sur l'art. 50.

¹²¹ Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 1997, art. 1 pt. 57 et l'art. 50 pt. 9.

VII. Absence de l'exequatur des titres relevant du droit public

Les §§ 722 et 723 du Code allemand de procédure civile (ZPO) ne portent pas sur les titres exécutoires concernant les créances relevant du droit public, mais seulement sur les titres concernant des créances de droit civil. Cela vaut également pour le droit des contrats. Tout convention et tout traité passés entre les Etats ne portent que sur la déclaration constatant la force exécutoire de titres en matière civile et commerciale, tel que c'est le cas pour le Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000.

VIII. Procédure d'exequatur

Dans le champ d'application territorial des Convention de Bruxelles et de Lugano, la procédure d'exequatur est réglée d'une façon largement uniforme en Europe.¹²² Il en est de même pour le Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale.

En Allemagne, la requête visant à rendre exécutoire un titre étranger conformément à l'art. 31 de la Convention de Bruxelles et de Lugano ou l'art. 38 du Règlement (EG) N° 44/2001, doit être présentée, selon l'art. 32 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et l'art. 39 du Règlement (EG) N° 44/2001, au Président d'une chambre du *Landgericht* (correspond approximativement au tribunal de grande instance)¹²³; le tribunal d'instance n'étant pas compétent. La décision rendue par le Président ne peut faire l'objet d'une opposition (dans le même ressort), mais d'un recours formé devant l'*Oberlandesgericht* (correspondant approximativement à la Cour d'appel). La décision rendue par l'*Oberlandesgericht* peut faire l'objet d'un recours formé devant le *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice).

¹²² Dans le domaine des conventions internationales, il convient de respecter les lois nationales d'exécution, pour autant que la convention en question ne contient pas elle-même des dispositions sur l'exequatur.

¹²³ La *compétence territoriale* est déterminée par le domicile ou le siège de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. Si celle-ci n'est pas domiciliée sur le territoire de l'Etat requis, c'est le tribunal dans le ressort duquel l'exécution forcée doit avoir lieu qui est compétent (art. 32 al. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano).

La compétence matérielle et territoriale du tribunal allemand de grande instance selon l'art. 32 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et selon l'art. 39 du Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 sont des compétences exclusives (§ 3 de la Loi allemande sur l'exécution de conventions internationales et de Règlements de la Communauté Européenne dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution en matière civile et commerciale (Loi relative à la reconnaissance et l'exécution – AVAG – Journal officiel de la R.F.A. 2001 p. I 288). Les détails de la procédure d'exequatur sont réglés – en complément des art. 31 ss. des Conventions de Bruxelles et de Lugano et de l'art. 38 du Règlement (CE) N° 44/2001 – dans les §§ 4 ss. AVAG.

IX. Objections présentées par le débiteur

Les droits procéduraux du débiteur ne sont pas compromis par l'acte notarié exécutoire. Même s'il a accepté l'exécution forcée immédiate, il est libre de formuler des objections, telles que le paiement, la compensation, le sursis de paiement, etc., et ce, par le biais d'une action d'opposition à l'exécution d'un acte (Vollstreckungsgegenklage). L'obligation pour une partie d'énoncer ses arguments et la charge de la preuve est répartie de la même manière que dans une action en exécution d'une prestation ou d'un contrat, introduite à la demande du créancier.

1. Objections contre la recevabilité de la formule exécutoire

Les objections contre la recevabilité d'une clause d'un acte allemand exécutoire peuvent être formulées selon les §§ 795, 732, 726, 768 du Code de procédure civile (ZPO) dans des procédures spécifiques. Ces procédures ne s'appliquent pas lorsqu'il s'agit de l'exequatur d'une formule exécutoire d'un acte étranger. Dans ce cas, l'objection doit être formulée dans le cadre de la procédure d'exequatur.

2. Objections formulées contre le droit substantiel

a) Action en constatation

Un acte notarié exécutoire n'a pas per se la force de la chose jugée.¹²⁴ Selon les §§ 797 al. 4, 767 al. 2 du Code allemand de procédure civile (ZPO), le débiteur peut donc invoquer des objections qu'il aurait déjà pue formuler au moment de l'établissement de l'acte; la forclusion n'existant pas.

Si le créancier veut faire constater son droit avec force de la chose jugée, il doit intenter une action en constatation du droit. Le débiteur peut, lui aussi, intenter pour sa part une action en constatation de la non-existence d'un rapport juridique; sans pour autant supprimer la force exécutoire du titre. Aussi l'action en constatation de la non-existence d'un rapport juridique introduite par le débiteur est-elle très rare en Allemagne.

b) Action d'opposition à l'exécution d'un acte (Vollstreckungsgegenklage) (§ 767 ZPO) et autres recours d'opposition

Les objections formulées par le débiteur à l'égard de la créance sont plutôt invoquées par le biais de l'action d'opposition à l'exécution d'un acte et ce, conformément au § 767 du Code allemand de procédure civile ou par une institution comparable de droit étranger. Cela peut se faire de deux manières:

¹²⁴ Cf supra B III.

(i) dans l'Etat d'origine

En premier lieu, le débiteur peut faire valoir ses objections contre le droit substantiel dans l'Etat d'origine par le biais de l'action d'opposition à l'exécution d'un acte ou par d'autres recours prévus par la loi de l'Etat d'origine. La force exécutoire est donc supprimée conformément à la loi de l'Etat d'origine et le titre n'est plus exécutoire dans l'Etat requis non plus; le débiteur devant toutefois se prévaloir de cela dans le cadre de la procédure d'exequatur de l'Etat requis. Si la force exécutoire n'est supprimée *qu'après l'achèvement de cette procédure*, le débiteur a la possibilité d'invoquer, dans l'Etat requis, la suppression ou la modification de la force exécutoire de l'acte existant dans l'Etat d'origine dans le cadre d'une procédure particulière régie par le § 29 de la Loi allemande concernant l'exécution de conventions internationales dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution en matière civile et commerciale (Loi d'exécution sur la reconnaissance et l'exécution; Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – AVAG)¹²⁵.

(ii) dans l'Etat requis

Le débiteur peut également renoncer à l'introduction d'une action d'opposition à l'exécution de l'acte concerné dans l'Etat d'origine (parce qu'il ne possède aucun patrimoine dans ce pays) et n'attaquer l'exequatur que dans l'Etat requis. Dans ce cas, il doit toutefois formuler ses objections dans la procédure d'exequatur (§§ 12, 14 AVAG). S'il laisse l'exequatur devenir inattaquable, ses objections ne seront plus recevables et il ne peut plus être entendu avec les objections, lorsqu'elle se réfèrent à des faits avant l'expiration du délai applicable à la voie de recours ou – s'il a formé un recours – après l'achèvement de la procédure de recours.¹²⁶

Par contre, si ces objections n'ont été formulées qu'après l'achèvement de la procédure d'exequatur, il a encore la possibilité d'intenter une action d'opposition à l'exécution de l'acte (§ 14 AVAG).

Exemple: Le débiteur effectue un paiement après que le titre a été rendu exécutoire de manière inattaquable. Dans ce cas, le débiteur peut intenter une action d'opposition contre l'exequatur allemand, conformément au § 767 du Code allemand de procédure civile.

¹²⁵ Journal officiel de la R.F.A. 2001 p. I 288.

¹²⁶ Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 1997, art. 36 pt. 28. Remarques critiques sur la solution proposée par le législateur allemand dans § 14 (ex § 15) AVAG Leutner, *Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, 1997, p. 265 ss.

X. Dommages-intérêts du fait d'une exécution injustifiée

Selon les règles relatives à la collision de normes, c'est la loi du lieu de l'exécution qui est applicable à toute demande en indemnisation. En Allemagne, le débiteur d'un acte exécutoire étranger est mieux protégé que celui d'un acte exécutoire allemand. En effet, une responsabilité objective, laquelle est indépendante de toute faute, existe, aux termes du § 717 al. 2 du Code allemand de procédure civile (ZPO) en cas d'exécution de décisions judiciaires mais non pas en cas d'exécution d'actes (§ 795 al. 1 pt. 5 ZPO).¹²⁷ En ce qui concerne l'exécution d'actes étrangers, le § 28 de la loi allemande concernant l'exécution de conventions internationales et de règlements de la Communauté Européenne portant sur la reconnaissance et l'exécution en matière civile et commerciale (Loi d'exécution relative à la reconnaissance et l'exécution; Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – AVAG)¹²⁸ connaît une disposition calquée sur le § 717 al. 2 du Code allemand de procédure civile et justifiant également une responsabilité objective.

XI. Conséquences d'un refus de délivrer l'exequatur

Si l'exequatur est refusé (parce que la procédure d'authentification étrangère était contraire à l'ordre public par exemple), le créancier doit agir en justice pour obtenir un titre pouvant être exécuté dans l'Etat requis. Pour ce faire, il doit s'adresser aux tribunaux de l'Etat ayant la compétence internationale pour une telle action. En ce qui concerne le champ d'application de la Convention de Bruxelles et Lugano et du Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale, il convient de tenir compte de l'art. 2 ss. En effet, si seul l'Etat, dans lequel l'acte exécutoire a été dressé et où celui-ci jouit encore de la force exécutoire, a la compétence internationale, il peut y avoir des complications, au cas où, selon la loi de cet Etat, une nouvelle action en exécution d'une prestation serait inadmissible, en raison du fait par exemple, que l'on considère dans cet Etat que le créancier n'a pas d'intérêt légitime pour obtenir un autre titre exécutoire sous forme d'un jugement condamnant le débiteur à fournir la prestation. Un tel point de vue serait contraire à la Convention.

Néanmoins, il est nécessaire de protéger le créancier. Dans un tel cas, on admettra probablement – même dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles de 1968 et de la Convention de Lugano et du Règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 –

¹²⁷ Zöller/Stöber, ZPO, 22. Ed., 2001, § 717 pt. 5.

¹²⁸ BGBl. 2001 p. I 288.

une action devant les tribunaux autrichien ou allemand au motif d'une compétence internationale d'exception, pour autant que le rapport avec le territoire national soit suffisant.¹²⁹

XII. Convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers

Actuellement, des négociations sur une Convention mondiale concernant la compétence et les jugements étrangers ("Convention mondiale d'exequatur") calquée sur le modèle de la Convention de Bruxelles, sont en cours dans le cadre de la Conférence de la Haye de droit international privé. Sous l'optique du notariat latin, il est très important que les dispositions de l'art. 50 de la Convention de Bruxelles soient également reprises dans la convention mondiale d'exequatur. En effet, compte tenu de la mondialisation, les actes notariés exécutoires ne doivent pas se heurter aux frontières nationales.¹³⁰ De même, il faut éviter qu'un déséquilibre s'installe d'emblée entre les pays du notariat latin et ceux du Common Law. Ces derniers ont été quelque peu négligés lors des "bénédictions" des romains dans le monde. Le droit romain n'y a trouvé qu'un faible écho, mise à part la préférence des *common lawyers* pour les termes latins. En outre, l'évolution du droit romain au Moyen âge, en particulier en Italie du Nord, n'a pas été intégrée dans les îles britanniques ou – si tel était le cas – qu'avec réticence. Il est donc évident, que les pays du Common law ne connaissent pas l'institution juridique moderne de l'acte exécutoire. Certes, de nombreuses affaires que le notariat latin règle par un acte notarié exécutoire, sont résolues par ces pays de manière comparable sur le plan fonctionnel, mais sur le plan de la construction du droit, la façon de procéder est plus obsolète dans les *Summary Proceedings* par le *judgment by consent* ou le *judgment par confession*. Relevant du champ d'application de la future Convention mondiale d'exequatur, ces jugements doivent être reconnus et exécutés dans tous les Etats contractants. Par contre, pour ce qui concerne les titres exécutoires notariés, il n'y a aucune chance qu'ils soient mis en œuvre sur le plan international, si les dispositions de l'art. 50 de la Convention de Bruxelles ne sont pas reprises dans la Convention mondiale d'exequatur. L'art. 34 de l'avant-projet prévoit seulement l'exequatur d'actes exécutoires, sous réserve de réciprocité.

Cette évolution serait très regrettable, car – je tiens à le relever une fois de plus – dans le domaine du notariat latin les actes exécutoires constituent une alternative efficace aux procédures judiciaires tout en désencombrant la justice de manière considérable. Au sur-

¹²⁹ Sur la compétence d'exception (non prévue par les conventions) voir Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 1997, art. 31 pt. 64.

¹³⁰ Exposé exhaustif cf. Fleischhauer IPRax 1999, 216.

plus, il n'existe aucune raison valable pour ne permettre l'exécution internationale des actes exécutoires que sur la seule base de la réciprocité, d'autant plus que cette restriction n'existe pas pour l'exequatur de *judgments by consent* ou de *judgments by confession*. Le notaire se trouve par ailleurs sur un pied d'égalité avec le juge dans le cadre du procès civil. Etant un officier indépendant et impartial, il est responsable du contenu juridique des actes qu'il reçoit.

En d'autres termes, il s'agit là d'une *professio iuris* procédurale.¹³¹ Elle constitue également le *tertium comparationis* par rapport aux *judgments by consent* ou aux *judgments by confession* du droit anglo-américain, sauf que le Common Law est plus archaïque à cet égard ou – les termes employés étant moins expressifs – ou au moins moins développés que le Civil Law dans les pays connaissant le notariat latin. Il est tout de même instructif de voir que les Etats-Unis requièrent un acte d'assujettissement à présenter au tribunal pour que celui-ci puisse rendre un *judgment by confession* ou un *judgment by consent*. Dans ce cas, il est plus judicieux que le débiteur (ou son représentant) compare devant le notaire en reconnaissant sa dette et en se soumettant à l'exécution forcée immédiate.

Bien que les deux institutions juridiques reposent sur le même concept, à savoir l'établissement d'un titre exécutoire dans une procédure rapide et peu onéreuse et, bien que les *judgments by confession* ou les *judgments by consent* remplissent la même fonction juridique que les actes notariés exécutoires dans les pays du notariat latin, il est prévu, en l'état actuel de la discussion à la Haye, de les traiter différemment. Seuls les quasi-jugements du Common Law devront relever du champ d'application de la nouvelle convention mondiale, tandis que les actes exécutoires dressés par les notaires latins en seront exclus. Ce faisant, les efforts déployés au niveau international en vue d'une exécution forcée efficace et d'un désencombrement des tribunaux, sont conduits *ad absurdum*. Dans ce contexte, il convient de se pencher sur la juridiction arbitrale. Ici, il est reconnu depuis l'époque Ptolémée que les parties peuvent opter pour les tribunaux d'arbitrage au lieu de s'engager sur la voie des juridictions de l'Etat. Les sentences arbitrales bénéficient de la libre circulation dans le monde entier, précisément parce qu'il s'est avéré que les parties pourraient se priver de la protection juridique émanant des juridictions de l'Etat pour profiter d'autres formes de régler leurs conflits. Ce qui vaut pour les sentences arbitrales doit valoir a fortiori pour les actes notariés exécutoires.

¹³¹ Fleischhauer IPRax 1999, p. 216, 219.

G. Limites territoriales de l'exequatur: l'exequatur sur l'exequatur ne vaut

Si un titre exécutoire provenant d'un Etat A est déclaré exécutoire dans l'Etat B, cet exequatur y constitue la base de l'exécution forcée. Par contre, cet exequatur ne peut être déclaré exécutoire en Allemagne (seul le titre exécutoire de l'Etat A).

Le principe "l'exequatur sur l'exequatur ne vaut" est généralement reconnu¹³². Tout jugement d'exequatur, par lequel un jugement étranger est déclaré exécutoire dans un Etat tiers, ne peut donc être déclaré exécutoire. Par conséquent, l'utilisation de l'exequatur est limitée territorialement à l'Etat, dans lequel la déclaration constatant la force exécutoire a eu lieu.

Exemple: Un notaire allemand déclare exécutoire une sentence arbitrale de New York, conformément au § 1053 al. 4 du Code allemand de procédure civile (Zivilprozessordnung; ZPO). La sentence arbitrale doit ensuite être exécutée en Grèce. Toutefois, ce n'est pas l'exequatur (notarial) allemand qui peut constituer la base de la procédure d'exequatur en Grèce, mais seulement le titre exécutoire établi à l'origine, à savoir la sentence arbitrale de New York.

H. Thèses

1. L'authentification notariale est nécessaire lorsqu'il s'agit de transactions importantes relevant du droit immobilier, du droit de succession et du droit des sociétés. Le consommateur en particulier, a besoin de faire authentifier ses actes par le notaire et continuera à en avoir besoin. En effet, seul le notaire est en mesure d'assurer un conseil et l'intervention qualifiée d'un organe indépendant et impartial de l'administration de la justice.

¹³² Références chez Geimer, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile*, 1966, p. 26 note de bas de page 7; Geimer, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, 1995, p. 87, 171; le même auteur dans Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung* V/2, 1984, p. 1174; Kegel, *Festschrift Müller-Freienfels*, 1986, p. 392; Kropholler, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 28 (1988), p. 115; Linke, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2e Ed., 1995, pt. 355; Martiny dans *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, tome III 1, 1984, chapitre. I pt. 381; Baumann, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen in Unterhaltssachen*, 1989, p. 17; Jametti Greiner, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, 1998, p. 100; Stojan, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile*, 1986, p. 171; Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2e Ed., 1996, pt. 812, p. 936. Opinion différente: Schütze *ZZP* (Zeitschrift für Zivilprozessrecht) 77 (1984), p. 287.

2. La constitution de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés anonymes requiert l'authentification notariale, tout comme l'augmentation du capital et la modification des statuts. Le dogme incontesté valable en droit des sociétés de capitaux, à savoir l'effet constitutif de l'inscription au registre, n'est plus adapté aux temps modernes. Si l'on se plaint que la durée des procédures d'inscription est trop longue, il ne sert à rien de revendiquer l'introduction d'un registre central au niveau national ou européen. Il conviendrait plutôt de transférer certaines fonctions de contrôle aux notaires: la société voit le jour en sa qualité de personne morale à responsabilité limitée non pas au moment de l'inscription au registre, mais dès l'attestation du notaire selon laquelle la société a été constituée légalement. Cela devrait valoir non seulement pour l'augmentation du capital et toute transformation, mais aussi pour les transferts de sièges, d'autres modifications des statuts, les fusions, les scissions, etc.
3. Lors du conseil européen extraordinaire de Tampere/Finlande en vue de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice, les 15 et 16 octobre 1999, les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne ont revendiqué un "véritable espace judiciaire européen", dans lequel tant les particuliers que les entreprises pourraient faire valoir leurs droits dans un cadre transfrontalier et ce, sans être entravé par "l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques". Dans ce contexte, il a été réclamé, à juste titre, d'introduire un "titre exécutoire européen" permettant l'exécution forcée dans tous les Etats membres de l'Union européenne sans qu'il ne soit nécessaire de délivrer au préalable l'exequatur. L'acte notarié exécutoire s'y prête particulièrement bien. Il crée de manière simple et surtout économique, un titre exécutoire sans le besoin d'avoir recours aux tribunaux surchargés. Du point de vue de l'éthique du droit, ce titre est placé à un niveau très élevé. En effet, le débiteur y a participé de son plein gré en se déclarant prêt à se soumettre à l'exécution forcée immédiate. Ce faisant, ses droits procéduraux ne sont nullement restreints; au contraire, ils sont même encore étendus, vu qu'il n'existe pas de forclusion – à la différence d'un jugement rendu par un tribunal et condamnant le débiteur à fournir la prestation.
4. L'art. 57 par. 4 du Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale qui se substituera à l'art. 50 de la Convention de Bruxelles le 1er mars 2002, dispose:

"L'autorité compétente de l'Etat membre dans lequel un acte authentique a été reçu établit, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe VI du présent règlement."

Doivent figurer, entre autres, sur ce formulaire, les informations suivantes: le nom du créancier ainsi que "le texte de l'obligation exécutoire en annexe au présent certificat". Le terme de "texte" devrait être supprimé, car une interprétation pointilleuse de cette formulation pourrait créer des obstacles de nature bureaucratique à la force exécutoire internationale des actes notariés. Il suffirait de préciser le titre exécutoire duquel il s'agit, en faisant référence à l'acte notarié respectif.

La délivrance dudit certificat devrait relever de la compétence des Chambres des notaires ou des organisations professionnelles des notaires. Cela permettrait de garantir une intervention ciblée et hautement qualifiée d'une autorité qui est bien familiarisée avec les spécificités des actes exécutoires.

5. Le Parlement européen avait proposé de conférer aux notaires la compétence pour constater la force exécutoire des actes exécutoires étrangers. Il est regrettable que le Conseil n'ait pas repris les dispositions correspondantes dans le Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale. Il a toutefois été proposé de donner suite à cette proposition et de modifier le règlement en ce sens.
6. En Allemagne, les notaires peuvent *de lege lata* déclarer exécutoires des compromis passés par des avocats et des sentences arbitrales d'une teneur convenue (les sentences arbitrales contenant un compromis entre les parties). Ils sont donc en concurrence avec les instances judiciaires de l'Etat par rapport à la compétence. Il conviendrait d'étendre cette compétence à toutes les sentences arbitrales et à l'exequatur d'actes notariés étrangers aux fins de désencombrement de la justice.
7. Les pays du Common Law ne connaissent malheureusement pas l'institution juridique moderne de l'acte exécutoire. Certes, de nombreuses affaires que le notariat latin règle par acte notarié exécutoire, sont résolues de manière comparable sur le plan fonctionnel par ces pays, mais sur le plan de la construction du droit, la façon de procéder est plus obsolète dans les *Summary Proceedings* par le *judgment by consent* ou le *judgment par confession*. Relevant du champ d'application de la fu-

ture Convention mondiale d'exequatur, ces jugements doivent être reconnus et exécutés dans tous les Etats contractants. Or, il n'y a aucune chance que les titres exécutoires notariés soient mis en œuvre sur le plan international, si les dispositions de l'art. 50 de la Convention de Bruxelles ou l'art. 57 du Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale ne sont pas reprises dans la convention mondiale d'exequatur. L'art. 34 de l'avant-projet n'est pas satisfaisant, en ce qu'il prévoit seulement l'exequatur d'actes exécutoires sous réserve de la réciprocité. Dans le domaine du notariat latin les actes exécutoires constituent une alternative efficace aux procédures judiciaires et contribuent notablement au désencombrement de la justice. De plus, il n'existe aucune raison valable pour l'exécution internationale des actes exécutoires sur la seule base de la réciprocité, vu que cette restriction n'existe pas pour l'exequatur de *judgments by consent* ou de *judgments by confession*. Les sentences arbitrales bénéficient de la libre circulation dans le monde entier, précisément parce qu'il s'est avéré que les parties peuvent renoncer à la protection juridique émanant des juridictions de l'Etat au profit d'autres formes de règlements des conflits. Ce qui vaut pour les sentences arbitrales doit valoir a fortiori pour les actes notariés exécutoires.