

NOTAIRE

1011

La référence aux « coûts pertinents du service rendu » : nouvelle rationalité de la tarification de l'acte notarié

La loi dite *Loi Macron* a constitué comme un choc pour la profession notariale. Cela tient sans doute au fait que certaines dispositions attestent d'un changement de logique. Il en est ainsi du mode d'élaboration du tarif, désormais bâti en « considération » des « coûts pertinents du service rendu » et construit non plus par le seul garde des Sceaux mais encore par le ministre de l'Économie. Dans cette application du droit de la régulation et l'utilisation de standards très larges de tarifs élaborés en « considération des coûts », les notaires peuvent trouver une nouvelle place dans une perspective de politique économique, notamment numérique, face au droit de la concurrence ici contré.



Étude rédigée par :
Marie-Anne Frison-Roche
professeur de droit économique
à Sciences po (Paris)

1 - La Loi du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, dite *Loi Macron*, a adopté une nouvelle méthode pour l'établissement des tarifs réglementés des notaires. L'article L. 444-1 du Code de commerce qui en prévoit le mode de calcul en se référant aux « *coûts pertinents du service rendu* » peut surprendre, voire choquer. Il traduit bien plutôt le passage d'une rationalité à une autre et ce passage d'une logique à une autre constitue une chance pour la profession notariale¹. La précédente façon de tarifier les actes notariés avait sa logique et sa légitimité mais le nouveau mode choisi par le législateur peut se justifier tout autant. D'une façon différente, mais tout autant. Certainement influencé par le ministère de l'Économie et certainement en anticipant le regard des juridictions de l'Union européenne, mais tout autant.

2 - Ce passage d'une rationalité à une autre peut être admissible, si l'on veut bien observer qu'il s'agit du passage d'une logique de souveraineté à une logique de régulation, d'une logique de politique pure à une logique de politique économique. Entre les deux logiques, le point de contact est l'État, qui faisait dans le pre-

mier système un acte de souveraineté donnant au notaire le tarif en même temps qu'il lui donnait sa mission. Par la loi nouvelle, l'État fait un acte de régulation en explicitant le mode de calcul qui aboutit à une tarification admissible par les autorités de contrôle, devant lesquelles il doit, comme les notaires, se justifier en permanence. D'une façon alliée, l'État et la profession notariale doivent expliciter la façon dont le tarif est élaboré, élément majeur de la nécessité d'un système économique qui ne repose pas sur le pur et simple mécanisme de la concurrence, équilibre entre la concurrence et d'autres soucis que l'Union européenne accueille.

3 - Cette explicitation de la nouvelle rationalité économique de l'acte notarié pensé à travers le droit de la régulation nécessite que l'on voit dans cette référence nouvelle faite aux « coûts pertinents du service rendu » pour tarifier l'acte notarié le signal incontestable de l'entrée dans une nouvelle rationalité (1). Celle-ci relevant des techniques du droit de la régulation, l'outil devient le « coût pertinent » qui permet de dessiner un montant admissible, lequel est beaucoup moins fragile que celui qui était élaboré dans le précédent système (2).

1. L'entrée dans une nouvelle rationalité

4 - Il ne s'agit en rien d'affirmer que la « Loi Macron » en visant les « coûts pertinents pour le service rendu » pour élaborer la tarification de l'acte notarié a opéré un « progrès » du droit. La précédente méthode était tout aussi concevable et solide. Mais elle était différente. Il y a donc bien une entrée dans une « nouvelle rationalité ». En effet, précédemment la tarification des actes notariés

1 Cet article s'appuie sur un *working paper* comprenant des notes de bas de page, des références techniques et des liens hypertextes, accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/la-nouvelle-rationalite-de-la-tarification-de-lact>

relevait d'une logique de souveraineté (A). Désormais, la France adopte concernant les actes notariés le principe de tarifs régulés (B). Le principe est certes différent, mais c'est toujours l'État qui est aux commandes, pas le marché simplement concurrentiel.

A. - Le système précédent d'une fixation souveraine du tarif des actes notariés

5 - Avant la « Loi Macron », le système notarial né de l'histoire est un système de « chaîne de souverainetés » (1°). Il en résulte une fixation souveraine et que l'on pourrait dire « tautologique » des tarifs de l'acte, dans lesquels la notion de coût n'a pas de sens (2°).

1° La chaîne de souverainetés

6 - Le système notarial dans son encastrement dans le système étatique a été décrit et analysé tant de fois, notamment dans la perspective historique, qu'il sera ici résumé de quelques phrases, afin de montrer à la fois la cohérence du système précédent, sa force, mais aussi sa distance avec le système aujourd'hui mis en place.

7 - L'État est souverain pour exprimer et organiser l'ordre social dans l'espace et dans le temps. C'est à ce double titre notamment que les propriétés immobilières et les successions relèvent de la sécurité et de l'ordre collectif dont l'État est garant. En outre, le règlement des conflits et l'interdiction de la justice privée remettent dans la main du Roi puis de l'État cette fonction, pouvoir souverain d'abord « retenu », puis « délégué », le tabellion et le Conseil d'État étant à ce titre cousins.

8 - Le pouvoir de l'*imperium* est confié par les féodaux puis, en continuité, par le contrat social à l'État qui remet les insignes au garde des Sceaux, lequel est tout à la fois celui qui conserve la puissance magique de l'*imperium* du Droit par la marque de celui-ci, car pour rendre la justice il faut aussi garder cette marque-là, pouvoir de dire le Droit, pouvoir exercé par la maîtrise de l'institution juridictionnelle, notamment par le ministère public, mais encore par les notaires, officiers publics.

9 - Pour mettre en application ces sortes d'« actes magiques » exprimant la souveraineté, les actes authentiques dont les jugements ne sont qu'une catégorie, le Roi, et dans sa continuité l'État, saisit dans un même élan des personnes et de la fonction et du pouvoir.

REMARQUE

→ C'est une même chose que de donner le titre, donner la fonction, donner le pouvoir.

10 - Dans la cohérence de ce système, il en est de même pour le notaire : dans le même mouvement que l'État lui donne sa charge, son état, sa fonction, il lui donne son tarif.

11 - C'est donc naturellement le ministre de la Justice, garde des Sceaux, qui assigne au notaire le tarif auquel celui-ci va dresser

les actes pour l'élaboration desquels il a été établi dans son état. Le garde des Sceaux ne le désigne pas et ne fixe pas le montant en raison de sa compétence technique, ou parce que sa profession est bien organisée, ou parce qu'il y a en cela un bon « coût-bénéfice » : c'est un mécanisme de subdélégation de souveraineté.

2° La fixation souveraine et « tautologique » des tarifs, sans considération des coûts du service

12 - Dans cette logique, la notion même de « coût » n'a pas de sens. Lorsque la question se pose de savoir combien celui qui reçoit l'acte notarié doit payer, question qui se pose quotidiennement, on ne recherche en rien un calcul : on remonte à celui qui a engendré le système d'actes, à savoir le garde des Sceaux.

13 - Celui-ci est seul légitime à poser le tarif des actes notariés. C'est en cela qu'on peut parler de « fixation tautologique » des tarifs : dès l'instant qu'on sait qui doit élaborer le tarif, et cela ne peut être que ce ministre-là, alors le tarif est fixé : peu importe son montant, il est forcément légitime puisque sa source est souveraine. Pourquoi partagerait-il ce pouvoir avec un autre ? Cela n'aurait pas de sens. En effet, le tarif est posé par celui qui a délégué le pouvoir, à savoir le garde des Sceaux, ministre de la Justice, qui a délégué son pouvoir au tabellion comme il l'a fait au juge. Comme il a été source de toute justice, il est source de tout tarif. Sans rendre davantage de compte.

14 - Dans la cohérence de ce système, celui qui obtient le bénéfice de l'acte, qu'il s'agisse du justiciable ou du client du notaire, ne saurait être l'auteur de la fixation du montant monétaire auquel l'acte est élaboré. Ce montant ne résulte pas d'un phénomène extérieur de pression, appelé « demande » ou « marché ».

REMARQUE

→ Le montant est incorporé dans le pouvoir d'adopter l'acte : le pouvoir du notaire et le tarif sont indissociables l'un de l'autre, indissociables de leur source qu'est le garde des Sceaux.

15 - Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un prix mais bien d'un tarif, acte d'État. L'on doit le considérer comme « tautologique » en ce qu'il est un « tarif souverain », puisqu'il est indissociable de la « chaîne de souverainetés » précédemment décrite. Dès lors, le ministre de la Justice fixe des montants, pour la détermination desquels les notaires n'ont pas plus voix au chapitre que leurs clients. Ils ne sont pas partie prenante dans la fixation, pas plus que les personnes qui reçoivent les actes notariés : ils reçoivent la délégation de souveraineté, ils n'en sont pas la source. Peu importent leurs « coûts », cela n'est pas le sujet.

16 - L'on peut tout à fait considérer que cette logique n'a plus de raison d'être, qu'il est préférable d'en adopter une autre. L'on ne peut pas dire qu'elle n'avait pas de sens ou de cohérence. Au contraire, sa logique est profonde. Elle a été abandonnée pour

une autre logique. La logique établie par la Loi du 6 août 2015 est également puissante et cohérente. Elle est simplement totalement différente. Elle fait elle aussi une grande place à la profession notariale : l'enjeu est aujourd'hui que celle-ci mesure sa place dans un système nouveau.

B. - Le nouveau système économique de détermination des tarifs régulés

17 - La « Loi Macron » a envisagé les choses d'une façon radicalement nouvelle. Il ne s'agit donc pas d'une « réforme », mais bien d'une conception différente. Il ne faut pas y voir une hostilité ou un complot, mais bien une conception nouvelle, qui se substitue à la précédente. Dans ce nouveau système, le notaire est défini avant tout comme un acteur économique délivrant un « service rendu » (1°). Il devient alors naturel que le tarif s'appréhende comme un « prix régulé » (2°).

1° Le notaire, acteur économique délivrant un service régulé

18 - La culture qui imprègne la « Loi Macron » n'est pas incohérente ou saugrenue. Elle est celle de l'Union européenne et de l'ensemble du droit économique. Il s'agit d'un droit construit et fondé sur des principes intelligibles et prévisibles, tout aussi « juridiques » que les précédents. Ce que l'on pourrait en appeler la « grammaire » en est différente de celle du système dans lequel les notaires évoluaient précédemment. C'est en cela un changement considérable mais cela n'est pas une destruction sans sens dans laquelle tout serait perdu.

19 - Au regard du droit économique tel qu'il se construit et se développe en Europe depuis 1950, la « Loi Macron » n'innove pas. Dans le droit économique la perspective n'est pas celle de la source du pouvoir, à savoir l'histoire, la désignation du pouvoir légitime qui confère le pouvoir, et donc la mission, et donc le tarif. La perspective fondamentale est constituée par la façon dont se passe l'opération économique qui se déroule et le bénéfice qu'en reçoit celui qui la requiert, à savoir le demandeur. Le premier personnage à partir duquel tout s'ajuste est le demandeur de la prestation, du « service rendu », à savoir le client.

REMARQUE

→ C'est par rapport au client que le droit économique va prendre en considération celui qui va lui délivrer la prestation adéquate, ici le notaire en tant qu'il est apte à la lui délivrer.

20 - D'ordinaire, ceux qui désirent une prestation, les « demandeurs », trouvent d'eux-mêmes celle qui leur convient parmi toutes les prestations disponibles offertes par les entreprises, les « offreurs », et l'addition de leurs satisfactions individuelles produit la satisfaction de tous, ce qu'un esprit libéral désignera comme « l'intérêt général », ainsi mécaniquement produit. L'indice du bon fonctionnement est l'émergence des prix adéquats, souvent appelés « justes prix », engendrés par le mécanisme général du marché,

grâce à l'affrontement de tout offreur qui viendra en concurrence avec les autres offreurs pour proposer à un demandeur une prestation plus adéquate, notamment moins chère.

21 - Mais précisément il ne s'est pas agi pour le législateur français de faire place à un mécanisme de prix libres et concurrentiels, pas plus qu'il ne s'agit de lever toute barrière à l'entrée pour ces prestations. La « Loi Macron » n'est pas une loi qui vise à construire un marché concurrentiel, elle n'est pas une loi de libéralisation.

22 - La Loi du 6 août 2015 est au contraire un acte politique qui vise à construire un système économique régulé, dont l'État est l'organisateur et dont l'un des acteurs est le notaire. Mais comme nous sommes dans une rationalité économique et non plus dans une rationalité de dévolution de souveraineté, ce que l'on peut appeler comme étant le « souci » du législateur devient le montant que doit verser celui qui reçoit la prestation de qualité dans un mécanisme économique régulé en *ex ante* par les tarifs.

23 - La nouvelle loi n'est pas une simple loi de libéralisation. Cela ressort *a contrario*. Si le législateur avait voulu, par idéologie, par ignorance, par incurie, par inculture juridique, médiocrités cumulées qu'on lui impute parfois, précipiter la profession notariale dans le grand vide concurrentiel, la loi nouvelle aurait repris les deux principes fondateurs d'un marché concurrentiel, ceux-là mêmes qu'elle a au contraire exclus. Le premier principe du marché concurrentiel est le caractère substituable des prestataires : la loi de la compétition permet à tout un chacun d'entrer sur le marché ; il aurait donc fallu supprimer l'idée même d'acte notarié et que chacun puisse proposer ses services. Le second principe du marché concurrentiel est le plus important : la loi de la compétition entre les offreurs est assurée par la disparition du compétiteur faible qui fait faillite, le marché ainsi « nettoyé » renouvelant sa puissance (notion de « destruction créatrice »).

24 - Tout au contraire, la « Loi Macron » perçoit le notaire comme le professionnel qui délivre des prestations à des consommateurs, mais continue d'exclure la banalisation de l'activité notariale. L'État exclut les effets de la faillite du notaire, maintient le système des charges, s'adosse sur la garantie collective dont on ne trouve l'équivalent qu'en matière bancaire - système dont la régulation s'accroît chaque jour. De la même façon, la concurrence produit des concentrations d'offeurs là où il y a du profit et le droit n'intervient pas si l'absence de rentabilité de l'activité entraîne une absence de professionnel. La Loi du 6 août 2015 au contraire renforce le maillage territorial.

REMARQUE

→ S'il y a des incitations pour que des « nouveaux entrants » apparaissent dans la profession notariale, c'est pour servir une politique de régulation, pas de concurrence.

25 - Ainsi, lorsqu'on entend ou lit que cette loi marquerait d'une façon fracassante et inconsiderée l'entrée de la concurrence « ef-

frénée » dans une organisation de service public ainsi vouée à sa perte, on ne peut que conclure à l'existence d'un quiproquo. Il est vrai que le législateur est passé d'un système à un autre, mais ce n'est pas pour entrer dans un système concurrentiel, c'est pour établir un système régulé. C'est pourquoi il y a le maintien d'un « tarif ».

2° La référence cohérente faite par la loi à un tarif sous la forme d'un « prix régulé par les coûts »

26 - Le droit de la régulation met en équilibre le principe de concurrence et d'autres principes. Il peut s'agir du maillage territorial, du droit effectif de tous à accéder au droit, de la sécurité systémique des propriétés, de la réalité des liens familiaux. Il peut s'agir de défaillances intrinsèques du mécanisme concurrentiel ou de soucis auxquels l'État accorde la priorité dans la prise en charge du groupe social dont il a la garde.

27 - C'est par une représentation déformée de l'Union européenne et de son droit, voire de la Commission européenne elle-même et de la place de la direction de la concurrence en son sein, que l'on perçoit parfois l'Union comme imposant en bloc un principe pur et simple de concurrence. Au contraire et en dehors même du fait que l'Union européenne ne se limite pas à la Commission européenne, l'Europe se construit plutôt, surtout depuis les années 2000, sur la régulation plus encore que sur la concurrence.

EXEMPLE

→ Ainsi, la construction européenne des marchés des transports ou de l'énergie, et surtout la mise en place de l'Union bancaire à partir de 2010, repose sur des régulations et des mécanismes publics qui écartent le jeu simple de la concurrence.

28 - Les tarifications opérées par les États membres sont admises et peuvent s'opérer selon deux méthodes. La première est plutôt libérale, inaugurée par les Britanniques en matière électrique, et consiste dans un *price cap* : l'Administration fixe un tarif en considération d'une entreprise moyenne sur un marché concurrentiel, éventuellement reconstitué théoriquement. Les opérateurs auxquels s'applique ce tarif sont incités à entrer en concurrence entre eux, réduisant leurs coûts pour accroître leurs marges par rapport au standard moyen, voire bénéficier de l'élimination de leurs concurrents moins performants pour lesquels les coûts auront été supérieurs au *price cap*. Cette méthode engendre une compétition entre les offreurs régulés, la concurrence se glissant par cette méthode tarifaire. Il s'agit avant tout d'inciter les opérateurs à la plus grande « efficacité » possible.

29 - L'autre méthode est constituée par la référence faite aux « coûts ». C'est la méthode souvent dite « française ». Elle protège les offreurs, puisque ceux-ci peuvent se prévaloir de leurs « coûts », y compris leurs coûts sociaux ou leurs coûts futurs, cette tarification n'incitant plus du tout à la réduction des coûts, puisque ceux-ci

sont les briques mêmes à partir desquelles le tarif est construit. Les opérateurs ne sont pas mis en concurrence entre eux. Le danger de la tarification par les coûts est inverse : les opérateurs sont tentés de convaincre l'État ou le régulateur de « prendre en considération » de très multiples coûts, pour des montants très élevés, afin d'obtenir un tarif très avantageux. C'est justement pour cela que la démonstration doit être faite que le coût « considéré » est « pertinent ».

30 - La Commission européenne, sans doute par le double jeu d'une influence britannique et d'une volonté de mettre de la concurrence partout où cela est possible, préfère la méthode du *price cap* mais la « Loi Macron » a clairement opté pour la méthode des coûts. La fixation des tarifs en « considération des coûts » est usuelle pour les activités régulées, les prix régulés coexistant avec les prix libres, comme en matière électrique par exemple.

REMARQUE

→ La « Loi Macron » a protégé les notaires contre la Commission européenne, puisque le législateur français préserve la structure professionnelle notariale et ses valeurs, dans le même temps que, reprenant sans innover les principes du droit communautaire de la régulation, il a préservé la profession notariale d'une condamnation européenne à laquelle le précédent système lié à la pure affirmation de souveraineté l'exposait.

31 - La loi nouvelle a ainsi posé les conditions pour que les notaires trouvent une nouvelle dimension pour leur activité et leur rôle social, dans le système économique et social européen dans lequel la « Loi Macron » elle-même s'insère.

2. La compréhension des « coûts pertinents de service rendu »

32 - Il ne s'agit pas ici de reprendre dans le détail technique les articles de la loi nouvelle, analyse faite par ailleurs. Les propos qui suivent visent davantage à montrer la part essentielle que les notaires ont vocation à prendre dans la détermination des tarifs, part active qu'ils n'avaient pas dans le système précédent. C'est en cela que la loi nouvelle peut constituer une chance pour la profession notariale si elle en admet le système probatoire *ex ante* (A). Comme à l'État, qui subit la même charge probatoire, il leur est en outre possible d'adopter une conception de politique économique de ces coûts (B).

A. - La référence aux « coûts pertinents du service rendu » : un système probatoire placé en *ex ante*

33 - Situait le dispositif dans le Code de commerce et visant dans le nouvel article L. 444-2 le fait que *les tarifs prennent en compte les coûts pertinents du service rendu*, la loi exige désormais une démonstration économique qui fonde la rationalité du montant auquel correspond le tarif, après insertion d'autres montants dis-

tinement visés, au titre de la rémunération raisonnable et des péréquations. À cette démonstration, la profession notariale doit participer pleinement (1°). La façon dont les coûts sont pris en compte n'a pas de raison de différer de la façon dont ils le sont dans tous les autres tarifs élaborés « en considération des coûts » dans les autres régulations européennes et mondiales, comme en matière énergétique par exemple (2°).

1° La démonstration *ex ante* des coûts, socle du tarif

34 - Dans le précédent système de délégation de souverainetés, la profession notariale recevait le tarif dans le même mouvement qu'elle recevait ses missions, ses charges et ses pouvoirs : sans discussion, ni participation. Si l'on accorde attention à l'adjectif utilisé par le législateur de coûts « pertinents », cela évoque en droit économique le marché « pertinent ».

35 - Le « marché pertinent » n'est pas le marché en soi, mais le marché particulier qui sera pris en considération par le juge ou l'Autorité de concurrence ou l'Autorité de régulation pour appliquer les règles et trouver la solution concrète. En effet, la « pertinence » est une notion probatoire qui est associée à un fait dans un système de preuves : est « pertinent » un fait dont la démonstration ou non de l'existence aura un effet sur l'issue du litige, ce qui rend ce fait objet de preuve. Dans une perspective moins contentieuse, le fait est « pertinent » si la démonstration ou non de son existence a une influence sur une prise de décision dont il faudra par la suite se justifier devant un organe de contrôle, le plus souvent juridictionnalisé. Dès lors, le « coût pertinent » est un coût qui signale un enjeu probatoire : un coût dont la démonstration aura un effet sur l'enjeu, ici sa prise en considération dans le tarif dont l'auteur est comptable.

36 - Il s'agit d'une méthode probatoire utilisée dans un processus de tarification, le droit de la régulation se développant souvent dans de l'*ex ante*. Les notaires vont pouvoir démontrer au ministre de l'Économie l'existence de tel ou tel coût, et surtout démontrer la « pertinence » de celui-ci. Cela permettra à l'État français de justifier le montant du tarif, élément par élément, jusqu'au moment où il devra en rendre compte. Or, le principe de la reddition des comptes (*accountability*) est désormais permanent.

37 - Il est vrai que le nouveau dispositif prévoit l'intervention de l'Autorité de la concurrence, mais cela ne signifie pas que le calcul du coût lui soit confié. Comme dans les autres textes en matière de régulation, lorsqu'il y a des tarifs, en matière de transport ou de prestation bancaire, les tarifs sont calculés par l'exécutif ou le régulateur, l'avis de l'Autorité de la concurrence étant pourtant recueilli. Elle a une expertise dans la cohérence devant exister entre les tarifs et les coûts.

REMARQUE

→ Il faut éviter que, sous prétexte d'un tarif « prenant en considération les coûts », il n'y ait plus qu'il n'est nécessaire pour que l'équilibre soit créé et maintenu entre le principe de concurrence et d'autres principes.

38 - S'il est vrai que l'Autorité de la concurrence n'a pas à exprimer son avis sur ces autres principes dont l'expression et le maniement relèvent du pouvoir politique, car cette Autorité de la concurrence ne conduit pas la politique économique, son avis est en revanche requis concernant l'autre plateau de cette balance que constitue l'intérêt du client final, afin que l'équilibre dont l'État est gardien soit assuré à long terme. L'Autorité de la concurrence ne doit pas se substituer aux ministres mais doit formuler un avis sur ce dernier point. Rien de plus classique, là encore.

2° Les trois temps : désignation des différents coûts, calculs des coûts, justification des coûts

39 - Autant le droit de l'Union européenne tout à la fois établit des régulations européennes et admet les régulations nationales, autant il exige que d'une façon permanente les montants retenus pour les tarifs soient justifiés, c'est-à-dire « proportionnés », ici par rapport aux coûts pris en « considération ».

40 - La démonstration semble donc s'opérer en trois temps : tout d'abord la détermination des coûts ; puis, le calcul des coûts ; enfin, la justification des coûts. Dans une conception traditionnelle, l'on aura tendance à négliger le troisième temps, estimant que « l'État ne rend pas de compte ». S'il devait être contraint de le faire, ce qui serait bien offensant, mais enfin si cela devait arriver, dans cet accident de l'Histoire que constituerait un procès contre l'État français et ses officiers publics, l'on serait toujours à temps de reconstituer comment l'on avait calculé les tarifs naguère adoptés...

41 - Cette vision n'est plus exacte. La séparation de l'*ex Ante*, temps de l'adoption des tarifs, et de l'*Ex Post*, temps notamment de la contestation de ceux-ci, ne correspond pas à la réalité : le principe d'une reddition des comptes (*accountability*) permanente et continue est si puissante dans l'économie publique que l'État doit dès le départ savoir qu'il devra se justifier dans tous les actes de régulation qu'il prendra. Ainsi, la justification n'est pas le dernier temps de la tarification, c'est au contraire le premier.

42 - Le temps du calcul du montant du tarif est quant à lui continu, puisqu'il devient possible d'adopter des modes de calcul assez souples et de les faire varier, la saga des tarifs électriques étant un cas d'école en la matière, scandée par les décisions juridictionnelles d'aval ou de sanction. La loi nouvelle donne des « marges de discrétion », pour reprendre l'expression qui désigne le classique pouvoir discrétionnaire de l'Administration, puisque la « Loi Macron » ne dit pas que le tarif « résulte » notamment des coûts, ce qui supposerait une transposition directe. De la même façon que la France pratique des prix « orientés vers les coûts », vocable qui offre de la « discrétion » à celui qui se contente de ployer les chiffres vers les coûts, l'Autorité de la concurrence reconnaissant qu'il ne s'agit donc pas de prix simplement concurrentiels, de la même façon, les tarifs doivent selon l'article L. 444-2 du Code de commerce « prendre en compte » les coûts pertinents.

REMARQUE

→ La « prise en compte » est une notion souple, qui offre une marge de discrétion, laquelle sera d'autant plus facilement admise par ceux auprès desquels il faut rendre des comptes que des justifications auront été constituées par avance.

43 - Mais surtout l'enjeu majeur est dans la « pertinence » qui sera accordée à tel ou tel coût. La loi aurait pu donner une liste, ouverte ou fermée, s'aventurer dans une définition. Non, la « Loi Macron » vise simplement les « coûts pertinents du service rendu » : au regard de la nature probatoire de ce qu'est la pertinence, il s'agit de tous les coûts dont il sera possible de soutenir plus tard la prise en considération dans le tarif au regard du « service rendu ».

44 - Ici, non seulement la profession notariale peut faire entendre sa voix auprès du ministre de l'Économie. Mais encore l'on peut penser que le ministre de l'Économie a besoin de la profession notariale. C'est alors affaire de politique économique.

B. - Une conception de politique économique des « coûts pertinents du service rendu »

45 - La Loi n'a posé dans l'article L. 444-2 du Code de commerce que le principe de la « prise en compte » des « coûts du service rendu » qui sont « pertinents » pour la fixation conjointe du tarif par le ministre de la Justice, garde des Sceaux, et le ministre de l'Économie. Les notaires doivent participer pleinement à l'application de ce qui n'est qu'un standard régulièrement utilisé en droit de la régulation : le « coût pertinent » (1°). Ils peuvent aider l'État français à avoir une application dynamique de ce que sont les coûts pertinents en y intégrant par exemple le futur, selon l'exemple du tarif d'accès au réseau électrique qui intègre les coûts de recherche et développement, en pensant la pertinence des coûts dans une véritable politique économique (2°).

1° Le standard du « coût pertinent »

46 - Les coûts « pertinents » pour le « service rendu » sont ceux dont l'allégation peut être soutenue devant l'organe de contrôle, lequel est virtuellement présent dès le stade *ex ante* de la fixation du tarif, c'est-à-dire principalement la Commission européenne.

47 - C'est en cela qu'en passant du système précédent de délégation de souverainetés, proprement incompréhensible pour les institutions de l'Union européenne, la loi nouvelle, en adoptant un système de rationalité économique construite sur une méthode de preuves en permanence disponibles, protège le système national contre une perspective de sanctions européennes. Enfin, nous allons parler la même langue. Sans pour autant adopter le système - ni la langue - britannique, puisqu'il s'agit toujours d'un tarif et non pas d'un prix, d'une régulation et non pas d'une libre concurrence, d'une référence faite aux coûts.

48 - La « tarification par les coûts » est usuellement utilisée et admise par le droit de l'Union européenne depuis des décennies, notamment en matière énergétique. Dans ce standard des coûts dont les organes de contrôle *ex post* admettent que les États, par l'action de leur ministre ou de leur régulateur, « prennent en compte » le poids dans le calcul du tarif dès l'instant que la « pertinence » de ces coûts est soutenable, il ne s'agit pas seulement des coûts qui ont permis la délivrance de l'acte instrumentaire.

49 - On soulignera ici que la « Loi Macron » ne vise pas simplement l'acte notarié mais bien le « service rendu ». La loi n'utilise pas même le terme de « prestation », mais bien celui de « service », le même que celui de l'expression « service public ». Ainsi, la loi ne précise pas que le seul bénéficiaire par rapport auquel il faille considérer les coûts soit le client qui requiert un acte ou un conseil : le « service » peut être fait à un cercle plus large, englobant ainsi une fonction plus sociale de la profession notariale.

REMARQUE

→ Tous les coûts, qui permettent qu'à travers et au-delà de l'*instrumentum* le « service notarial » soit délivré à la personne qui le requiert ou/et qui en a besoin, doivent être pris en compte par l'État.

50 - C'est à la profession notariale elle-même de réfléchir à ce que constitue aujourd'hui, et surtout demain, le « service notarial rendu ». C'est par rapport à celui-ci que les coûts seront pertinents. Or, il peut s'agir de tenir l'intermédiation de secteurs. En effet, le droit de la régulation prend en considération d'une façon pragmatique non pas tant les opérations bilatérales juxtaposées, comme le fait le droit de la concurrence, mais d'une façon plus globale et dans une perspective à long terme le « service rendu » dans le temps, en intégrant notamment les externalités. La prise en charge par le « service notarial » de certaines externalités négatives a un coût, devant se répercuter dans le tarif.

51 - De la même façon, il est des plus classiques d'intégrer les coûts de fonctionnement et de structure, non seulement de l'établissement, mais encore de ce qu'il convient de désigner en suivant la lettre de la loi nouvelle comme le « service notarial ». En effet, c'est en tant que celui-ci est rendu par un notaire et non pas par exemple par quelqu'un qui connaît bien le droit et qui a trouvé avec efficacité le bon formulaire sur Internet, que ce « service » est rendu au client. Cette structure spécifique en tant qu'elle est notariale, régulée pour être soutenable et non pas laissée à la libre concurrence, a un coût.

52 - Plus encore, le droit de la régulation s'oppose au droit de la concurrence en ce que le second est le gardien d'un mécanisme d'ajustements instantanés, la concurrence développant ses vertus en tant que les agents économiques, les produits et les prix ne cessent de bouger à chaque instant, tandis que le droit de la régulation a pour caractéristique inverse d'injecter de la durée sur les

marchés. C'est en cela que la régulation jouxte la politique économique et industrielle.

EXEMPLE

→ **L'énergie ou la banque sont par nature des activités régulées car elles ne se développent efficacement pour le consommateur et la collectivité que dans la durée.**

53 - Plus encore, l'Europe se construit, c'est-à-dire se saisit de son propre futur pour ne pas le recevoir d'une façon passive, par réaction au jour le jour, en subissant des crises ruineuses, mais décide de se bâtir selon ses propres lignes, par ce que l'on peut appeler « l'Europe régulée » : elle se développe, notamment à travers l'Europe énergétique, l'Europe ferroviaire ou l'Union bancaire. L'Europe numérique est en construction, les notaires peuvent y avoir leur rôle et cela a un coût. La démonstration de sa « pertinence » est ouverte.

54 - Une des idées centrales de l'Europe en construction est qu'une activité solide et sûre ne se construit en écartant les crises (prévention du risque systémique) qu'en mettant dans le présent les éléments d'un futur qui ne doit pas exister (crise) et d'un futur qui doit advenir (innovation, par exemple numérique). Il existe en effet deux sortes de futurs : le futur qui existe déjà dans le présent et qui se développera par le seul écoulement du temps, processus désigné comme l'entéléchie. Ainsi, l'innovation peut être considérée comme un futur entéléchique du marché concurrentiel par le dynamisme des entreprises, toujours aptes à entrer sur un marché, voire à construire celui-ci, en prenant les risques pour tenter de faire fortune. Mais il existe un second type de futur, le véritablement « nouveau », celui qui n'existe pas en germe dans le présent.

55 - Les politiques économiques n'existent que pour faire advenir des nouveautés qui n'existeront pas par le seul écoulement du temps, par les seules forces des mécanismes ordinaires, par exemple la seule rencontre des volontés. La politique économique consiste dans un voyage dans le temps, imaginant un avenir non entéléchique et prenant dès maintenant des dispositions pour faire en sorte que ce futur advienne car on l'aura intégré par décision immédiate dans le présent. Ainsi les États-Unis ont eu et continuent d'avoir une politique publique ayant permis le développement de l'économie numérique.

56 - Or, si l'on veut que le « service notarial » de demain soit performant et utile à celui qui le reçoit mais aussi et notamment au système général de garantie des propriétés, il est acquis que le coût des actes futurs sera grandement imputable aux investissements informatiques nécessaires pour l'économie numérique dans laquelle nous sommes entrés. Si l'on veut que cette performance nécessaire soit associée au « service notarial » de demain, cette véritable nouveauté et très coûteuse ne pourra se faire que si le « coût futur » de l'acte, incluant cette performance numérique, soit, dans une perspective dynamique de politique publique, intégrée dans le coût présent du service rendu.

2° Des exemples concrets de « coûts pertinents »

57 - Prenons d'autres exemples de « coûts pertinents » au regard du « service rendu ». Il convient d'intégrer ce qui est au cœur de toute régulation : le coût de la confiance. En effet, toutes les activités régulées, y compris celles que l'on désignait naguère comme des « industries de réseaux », se ramènent aujourd'hui à l'impératif de la confiance, bien public qui pour être inestimable et inappropriable n'en a pas moins un coût.

58 - D'une façon plus précise, le « service notarial » intègre le fait que la défaillance d'un notaire particulier n'a pas d'effet direct pour celui qui a recours à son service, contrairement au principe précité selon lequel tout offreur défaillant doit faire faillite, le premier touché de cet assainissement du marché étant alors son client. Du fait de la garantie collective, le client en est protégé, ce qui enrayer l'effet domino de la défiance et l'on a souligné la corrélation entre l'absence du notariat aux États-Unis, l'insécurité des propriétés immobilières, dans leur titulaire et dans leur contenu, et la crise des *subprimes*.

REMARQUE

→ **La confiance systémique engendrée par le système français est intégrée dans chaque « service rendu ». Il en résulte un « coût systémique » qui constitue un « coût pertinent » du service rendu.**

59 - De la même façon, le notaire rend au client le service d'une cartographie fiable des propriétés immobilières. L'absence de livre foncier fait de cette sécurité une partie intégrante du « service rendu ».

60 - D'une façon plus générale, le notaire rend un « service » qui excède l'établissement de l'acte, le législateur ayant visé le service et non pas seulement l'acte. C'est à la profession notariale d'aider l'État français, dans une démarche probatoire qui constitue non pas tant une charge mais une chance, à détailler les différents coûts du service rendu non seulement aujourd'hui mais encore, voire surtout demain dans une économie numérique. L'État, maître de la politique économique, ce que ne dénie pas le droit de l'Union européenne, peut alors comprendre et reconnaître la pertinence des coûts du service notarial tel que l'État le fixe non pas dans ce qu'il est aujourd'hui mais dans ce qu'il doit être demain.

61 - En effet, le besoin de confiance est devenu central. Or, la concurrence a pour moteur la défiance, de tous contre tous, le contrat lui-même étant un instrument de défiance. Ce bien public ne peut plus aujourd'hui venir d'une délégation de souveraineté selon un héritage royal, le gardien des Sceaux ayant posé sa main sur quelques élus. Mais la confiance va se consolider dans des marchés intermédiés confiés à des professionnels comme les notaires auxquels le tarif permettra dans cette nouvelle logique dans laquelle ils ont une pleine place de jouer tout leur rôle dans une économie renouvelée par le numérique. ■