

NOTAIRE

1269

Le notaire et le risque pénal

En raison des exigences qui sont les siennes, la fonction notariale expose ceux qui l'exercent au risque pénal. Mais, étant un professionnel, le notaire y est soumis plus intensément que le simple citoyen, ce qui l'oblige à mieux connaître ce risque, pour mieux le comprendre et mieux le maîtriser tout au long de sa pratique quotidienne.



Étude rédigée par :
Christophe Blanchard,
 professeur à l'université d'Angers

1 - **Paradoxe**¹. - Le rapprochement du notaire et du risque pénal laisse entrevoir un paradoxe, puisque, chargé de « rendre les projets plus sûrs » le notaire s'exposerait à cette occasion au risque pénal. Sécuriser serait source de risque. En réalité, ce n'est pas tant l'exercice de la profession notariale qui, en soi, expose au risque, mais le fait de ne pas l'exercer dans les règles de l'art.

2 - **Raison d'être**. - Pourquoi cette emprise du droit pénal sur l'activité notariale ?

Une première clé d'explication tient à la diversité et à la richesse de ses missions. Le notaire se fait collecteur d'impôts, rédacteur d'actes, authenticateur, confident, conservateur des actes, conseiller juridique. La multiplicité de ses activités augmente la prise au risque pénal.

La deuxième raison est liée à la qualité d'officier public. Le corps social en attend une probité irréprochable, comme de tous ceux qui disposent d'une parcelle de la puissance publique, astreints de ce fait à une plus grande exigence que le citoyen *lambda*. Le droit pénal est le soutien de cette probité, en tant qu'il vient dessiner la ligne rouge et sanctionner les notaires qui la franchiraient. Il entend ainsi protéger la fonction notariale contre ceux qui, par leurs agissements, jettent l'opprobre sur la fonction tout entière et érodent la confiance dans l'officier public.

3 - **Droit pénal et déontologie notariale**. - Dans cette tâche, le droit pénal est assisté du droit disciplinaire, qui assure la police de la profession, en sanctionnant un nombre plus élevé de manquements et de comportements indéliques. Ce faisant, il absorbe le choc du risque pénal, limitant l'intervention de ce dernier aux cas les plus graves.

Cependant, malgré la performance des règles disciplinaires, de la déontologie notariale et des institutions en charge de la faire respecter, le droit pénal demeure présent, car, en tant que défenseur de la probité, il se doit de sanctionner les comportements les plus gravement attentatoires à la fonction notariale.

4 - **Connaître le risque pénal**. - Le notaire exerçant à titre individuel² s'expose au cours de son activité à un risque pénal avéré. Et pour mieux vivre avec, il est préférable de le connaître pour en avoir une appréciation juste et éviter de le surestimer ou de le sous-estimer. À cet effet, il importe de le caractériser (1) et de comprendre que la situation du notaire est à part. Parce qu'il est un professionnel du droit, le risque pénal est plus intense que celui encouru par le simple citoyen (2).

1. La caractérisation du risque pénal

5 - **Protection de la fonction notariale**. - Toute l'activité notariale est jalonnée d'infractions, qui, dans une première approche, peuvent donner le sentiment d'un notaire cerné par le risque pénal et - peut-être - d'une défiance à son égard. Pourtant, il n'en est rien. Si le droit pénal sanctionne certains agissements, c'est pour protéger la fonction, qui doit être préservée de ceux qui pourraient y porter atteinte de l'intérieur, c'est-à-dire les notaires eux-mêmes (A), ou de l'extérieur, à savoir les tiers (B).

A. - La protection de la fonction contre les notaires

6 - À la profession notariale doit normalement s'attacher le crédit et la confiance que l'on prête aux officiers publics. Aussi convient-il de sanctionner les notaires qui attenteraient à cette confiance par leurs agissements délictueux (1^o) ou ceux qui s'y associeraient ou y prêteraient leur concours (2^o).

2 Mais il faut avoir à l'esprit que les sociétés titulaires d'un office notarial peuvent voir, en tant que personnes morales, leur responsabilité pénale engagée, dès lors que les conditions en sont réunies. Sur celles-ci, V. C. *pén.*, art. 121-2.

1 Cette contribution est la reprise d'une intervention au colloque de l'Arnu Reims du 6 avril 2018. L'appareil scientifique allégé en a été conservé.

1° L'auteur de l'infraction

7 - **Infractions aggravées.** - Les infractions commises par le notaire sont de deux types. Il existe tout d'abord les infractions de droit commun, qui peuvent être commises par n'importe quel citoyen, mais pour lesquelles la qualité de notaire est une circonstance aggravante.

8 - **Abus de confiance.** - C'est le cas de l'abus de confiance. Si cette infraction est commise par un notaire, en tant que détenteur d'une parcelle de la puissance publique, la sanction de 3 ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende (*C. pén., art. 314-1*) passe à 10 ans d'emprisonnement et 1 500 000 € d'amende³.

REMARQUE

→ A été ainsi condamné un notaire qui avait reçu des qualités d'un organisme financier des fonds pour le paiement de travaux exécutés pour le compte d'une SCI, mais qui a détourné les sommes pour se faire rembourser un prêt qu'il avait personnellement octroyé à ladite société et pour payer les dettes personnelles du gérant de la société. Un tel détournement était constitutif d'un abus de confiance⁴, dès lors qu'il n'était nullement prévu dans l'acte de prêt que le notaire puisse employer les fonds pour les utilisations qu'il en a faites.

9 - **Escroquerie.** - L'escroquerie, quant à elle, est sanctionnée de 5 ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende (*C. pén., art. 313-1*). La peine est rehaussée à 7 ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende, dès lors qu'elle est commise par une personne dépositaire de l'autorité publique (*C. pén., art. 313-2 1°*).

C'est précisément cette peine aggravée qui est encourue par un notaire qui a reçu le paiement intégral d'une créance et obtient ensuite du créancier une remise partielle de la dette en faisant croire à l'état d'insolvabilité des débiteurs. En abusant de sa qualité et de la confiance qu'elle inspire, il est parvenu à se faire remettre des sommes d'argent et se les approprier⁵.

10 - **Infractions attitrées.** - En d'autres circonstances, le risque pénal se resserre sur le notaire, en ce qu'il est saisi par le droit pénal dans la spécificité de sa fonction notariale. Certaines infractions ne peuvent en effet être commises que par des personnes revêtues d'un titre particulier, par exemple les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public.

11 - **Authenticateur.** - Le risque apparaît tout d'abord dans la fonction authenticatrice du notaire. On sait la force attachée à l'acte authentique, qui veut que ce qui est personnellement constaté par le notaire ne peut être remis en cause que par la pro-

cédure d'inscription en faux. Il est le garant de l'intégrité de cet acte, qui peut être revêtu de la force exécutoire et permettre ainsi une mesure d'exécution forcée.

Aussi le notaire qui contreviendrait à sa mission authenticatrice commettrait un acte ruinant la raison d'être même de sa fonction et la confiance publique qui doit s'attacher à cet acte. Pour cette raison, l'altération frauduleuse de la vérité commise dans une écriture publique ou authentique par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public est constitutive d'un crime passible de la cour d'assises et pour lequel le notaire encourt une peine de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 € (*C. pén., art. 441-4*).

Dès lors qu'il a altéré la vérité, qu'il a eu conscience de le faire et que cette altération est de nature à causer un préjudice, le faux est constitué. La caractérisation du préjudice est d'ailleurs quasi-automatique, puisqu'elle résulte de l'existence même du faux, en tant qu'il porte atteinte en soi à la foi publique. Il y aura un faux, quand, par exemple, le notaire déclare de manière mensongère que le créancier et le débiteur ont comparu et que le premier a délivré quittance du paiement reçu du second⁶.

12 - **Impartialité du professionnel.** - Étant chargé de l'établissement de l'acte, le notaire est tout entier dédié à cette fonction. Il est au service de l'acte et non d'une partie, de sorte qu'il est astreint à un devoir d'impartialité, dont la méconnaissance peut faire entrer le notaire dans le champ de la prise illégale d'intérêt⁷, à l'exemple de celui qui, maire, adjoint ou conseiller municipal établirait des actes intéressant sa commune.

13 - **Conservateur.** - Chargé de rédiger l'acte authentique, le notaire se doit aussi de le conserver dans ses minutes. En tant que professionnel digne de confiance, il peut se voir en outre confier des biens, des titres, par exemple un testament olographe.

Dans tous les cas, le notaire est tenu d'assurer la conservation des biens remis. Un manquement à cette obligation peut être de nature à engager sa responsabilité pénale sur le fondement de la destruction de bien. Si la destruction ou le détournement d'acte, de titre ou de fonds remis procèdent d'une simple négligence, le notaire encourt un an d'emprisonnement et 100 000 € d'amende (*C. pén., art. 432-16*). La sanction est en revanche beaucoup plus lourde, lorsque la destruction ou le détournement est intentionnel, puisque la sanction est alors de 10 ans d'emprisonnement et d'un million d'euros d'amende, montant qui peut être porté au double du produit retiré de l'infraction (*C. pén., art. 432-15*).

Constitue ainsi une destruction constitutive d'une infraction le fait pour un notaire de détruire un compromis de vente sous seing privé que les clients lui avaient confié⁸ ou encore le fait pour

3 *C. pén., art. 314-3*. Il faut d'ailleurs relever que jusqu'en 1994, l'abus de confiance commis par un notaire était constitutif d'un crime.

4 *Cass. crim., 19 juin 2002, n° 02-82.780*.

5 *Cass. crim., 10 févr. 1855 : Bull. crim., n° 39*.

6 *Cass. crim., 13 nov. 1857 : Bull. crim., n° 374*. - V. aussi *CA Paris, 30 oct. 1998 : JurisData n° 1998-023053*.

7 *C. pén., art. 432-12*. Il existe cependant un fait justificatif pour les communes de 3 500 habitants au plus sous réserve de satisfaire à certaines conditions (*C. pén., art. 434-12, al. 2, et s.*).

8 *Cass. crim., 11 oct. 1994, n° 92-81.724 : JurisData n° 1994-002325 : Dr. pén. 1995, comm. 34 ; Rev. sc. crim. 1995, p. 584, obs. R. Ottenhof*.

un notaire de se dessaisir d'actes qui lui avaient été remis en cette qualité⁹.

14 - Fonds publics. - Enfin, on ne saurait omettre le notaire collecteur de l'impôt. Toute perception d'une taxe, d'une contribution ou d'un impôt, que le notaire sait ne pas être dû ou excéder ce qui est dû est constitutif du délit de concussion¹⁰. En revanche, les honoraires et émoluments semblent exclus du champ de l'infraction.

2° Le complice de l'infraction

15 - Définition de la complicité. - Le risque pénal qui pèse le plus fréquemment sur le notaire n'est pas qu'il se rende l'auteur d'une infraction, mais que, par son activité de rédacteur d'actes, d'authentificateur, il prête son concours à la commission d'une infraction. Il se fait alors complice, le plus souvent¹¹ par aide ou assistance apportées à l'auteur de l'infraction. Elle fait encourir au complice la même peine que l'auteur de l'infraction (*C. pén., art. 121-7*).

16 - Exemples. - A été reconnu complice de fraude fiscale un notaire qui avait conseillé à ses clients, qui souhaitaient faire une donation, d'établir un acte de vente fictive, afin d'éluder les droits de mutation à titre gratuit¹². Il a ainsi fourni aux parties, en toute connaissance de cause, les moyens frauduleux pour y parvenir. De manière générale, toute dissimulation consciente d'un élément d'assiette risque de faire du notaire un complice de fraude fiscale. A été considéré comme complice d'abus de confiance le notaire qui authentifie un contrat de vente après s'être aperçu que le chèque n'était pas tiré sur le compte de l'association acquéreur mais sur celui d'une autre association, alors qu'il savait que la première association n'avait pas les fonds et qu'il n'était pas certain qu'elle obtiendrait le prêt lui permettant de régulariser sa situation¹³. Enfin, le notaire qui fait verser par les acquéreurs, pour le compte du vendeur, des sommes d'argent avant la signature des actes authentiques constatant une VEFA¹⁴ est complice. Qu'il soit complice ou auteur de l'infraction, un tel notaire jette l'opprobre sur l'ensemble de sa profession justifiant l'intervention du droit pénal.

B. - La protection de la fonction contre les tiers

17 - Plan. - Il est parfois nécessaire de protéger la fonction notariale contre les agissements émanant de tiers. Tel est le cas, lorsque

⁹ *Cass. crim.*, 11 oct. 1994, *préc. note 8*.

¹⁰ Puni de 5 ans d'emprisonnement et à 500 000 € d'amende, dont le montant peut être porté au double du profit retiré de l'infraction, *V. C. pén., art. 432-10, al. 1^{er}*.

¹¹ Sur les autres éléments de la complicité, *V. C. pén., art. 121-7*. - Et sur l'existence d'une complicité par abstention pour les professionnels, *V. n° 33*.

¹² *Cass. crim.*, 23 mars 1987, n° 86-92.272.

¹³ *Cass. crim.*, 4 nov. 1991, n° 89-87.051 : *JurisData n° 1991-003274*.

¹⁴ *Cass. crim.*, 29 oct. 1973, n° 73-93.915.

certaines veulent obtenir du notaire des informations recueillies à l'occasion de son ministère. Le législateur lui confère un véritable droit de se taire (1°).

Mais, au nom de l'intérêt général, le législateur apporte parfois des dérogations, soumettant le notaire à un devoir de parler (2°).

1° Le droit de se taire

18 - Existence et portée du droit de se taire. - Le droit pénal vient tout d'abord prêter main-forte au notaire confident, amené à recueillir des informations confiées à l'occasion de ses fonctions, en lui accordant la protection particulièrement vigoureuse du droit pénal pour le secret professionnel (*C. pén., art. 226-13*). Celui-ci présente une valeur absolue¹⁵, en ce qu'il est attaché à la qualité même d'officier public, qu'il est opposable à tous et que le notaire ne saurait en être dispensé par le client.

L'officier public est alors en mesure de placer un obstacle difficilement franchissable sur la route de ceux qui voudraient obtenir des informations couvertes par le secret. C'est ainsi qu'il peut l'opposer à des légataires particuliers qui souhaiteraient avoir connaissance des relevés de compte du défunt. En revanche, il doit accéder à une telle demande, si elle émane du légataire universel ou à titre universel.

19 - Communication du testament. - Une difficulté redoutable existe à propos de la communication du testament. Dès lors qu'il est remis au notaire ou établi par lui, ce testament est naturellement couvert par le secret professionnel, obligeant l'officier public à s'opposer à toute communication à d'autres personnes que les héritiers réservataires.

Bien souvent, la demande de communication du testament est faite par les autorités judiciaires à l'occasion d'une procédure en abus de faiblesse. Quelle conduite à tenir ? Deux situations doivent être distinguées. La première est celle où, par commission rogatoire, le juge d'instruction demande au notaire de se dessaisir d'un testament authentique ou olographe. Dans un tel cas, le notaire est en droit d'opposer le secret professionnel et ne doit pas communiquer le testament.

20 - Communication du testament dans le cadre d'une perquisition. - La deuxième situation est celle où une perquisition est réalisée à l'étude. Elle doit être obligatoirement menée en présence du juge d'instruction et du président de la chambre ou de son délégué. Le juge d'instruction peut alors prendre connaissance et saisir tous les documents qu'il juge utiles, ses pouvoirs ne faisant l'objet d'aucune restriction. Il doit quand même provoquer préalablement toute mesure utile pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense (*CPP, art. 96, al. 3*). Fort de cette plénitude de pouvoirs, le notaire doit accéder à toutes les demandes du juge d'instruction. Si celui-ci entend prendre connaissance du testament et le saisir, l'officier public n'a pas d'autre choix que de s'exécuter. C'est alors le juge qui se saisit du document et non le notaire qui le révèle.

¹⁵ *Règl. nat.*, art. 3.4.

C'est au prix de cette protection vigoureuse du secret professionnel, que chaque citoyen peut être assuré que ce qu'il confie au notaire ne sera pas révélé.

2° Le devoir de parler

21 - Risque pénal lié à la conservation du silence. - Mais le secret professionnel connaît d'un certain nombre d'exceptions, obligeant ou autorisant le notaire à parler. Les informations détenues ne sont plus couvertes par le secret professionnel. C'est alors la non-divulgateur de ces informations qui devient un risque pénal.

22 - Lutte contre le blanchiment et Tracfin. Déclaration de soupçon. - C'est ainsi que le secret professionnel est levé pour les besoins de la lutte contre le blanchiment de capitaux ou contre le financement du terrorisme.

C'est le cas avec la déclaration de soupçons qui s'impose au notaire (*C. mon. fin., art. L. 561-2 et s.*) et qui doit être faite auprès de Tracfin, dès lors que le notaire sait ou a de bonnes raisons de soupçonner que les sommes ou les opérations qu'il réalise participent au financement du terrorisme par leur provenance ou leur finalité ou proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an.

REMARQUE

→ Cette déclaration de soupçon fait l'objet d'un dispositif protecteur pour éviter les représailles, empêchant qu'une telle déclaration puisse porter préjudice au notaire, qui ne pourra pas être poursuivi pour dénonciation calomnieuse ou violation du secret professionnel (*C. mon. fin., art. L. 561-22*).

23 - Sanction en l'absence de la déclaration de soupçon. - En revanche, le notaire qui ne réaliserait pas une telle déclaration en présence d'éléments de nature à nourrir le soupçon n'encourt pas de sanctions spécifiques. On ne saurait exclure pour autant que les juridictions répressives retiennent, dans certaines circonstances, la complicité du notaire pour blanchiment au titre d'une complicité par abstention¹⁶.

CONSEIL PRATIQUE

→ De plus, pour assurer l'efficacité du dispositif, le notaire ne doit pas révéler la déclaration de soupçon et les suites données à la déclaration à la personne concernée à peine d'encourir une peine d'amende de 22 500 € (*C. mon. fin., art. L. 574-1*).

24 - Obligation de dénonciation. - En d'autres cas, le notaire est astreint à une obligation de dénonciation. Il ne s'agit plus de simples soupçons mais d'infractions avérées. Lorsqu'il acquiert dans l'exercice de ses fonctions la connaissance d'un crime ou d'un délit, il est tenu, en tant qu'officier public, d'en donner avis

sans délai au procureur de la République (*CPP, art. 40*). Mais cette obligation ne fait l'objet d'aucune sanction spécifique fulminée par le texte, se rapprochant davantage d'une simple faculté. Ce qui ne l'empêche pas de constituer un fait justificatif, de sorte que le notaire s'y conformant, ne violerait pas le secret professionnel.

25 - Permission de dénoncer. - Dans d'autres situations, le notaire n'est pas astreint à une obligation de dénoncer, mais se voit accorder par la loi la permission de le faire. Dès lors, celui qui n'en userait pas ne s'exposerait à aucune sanction ; celui qui l'exercerait ne violerait pas le secret professionnel.

C'est le cas notamment, lorsque l'on constate ou que l'on soupçonne des sévices, des privations ou des mauvais traitements sur des mineurs ou sur une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique (*C. pén., art. 226-14, 1°*). Ce pourrait être le cas par exemple d'un client âgé ou handicapé, dont on soupçonne qu'il soit victime d'un abus de faiblesse.

À l'issue de ces quelques illustrations, le risque pénal du notaire opère à front renversé. Il consiste parfois dans le fait de parler (violation du secret professionnel) et, dans d'autres cas, dans le fait de se taire (absence de dénonciation de certains faits).

Il tend en outre à s'intensifier pour le notaire en raison de sa qualité d'officier public et de professionnel du droit.

2. L'intensification du risque pénal

26 - Sévérité accrue. - De manière générale, en raison de ses compétences, le professionnel occupe une place à part au sein du droit pénal, en ce qu'il fait l'objet d'une sévérité accrue. Étant lui-même un professionnel du droit, le notaire n'y échappe pas et se doit donc d'avoir une conscience aiguë de la spécificité de sa responsabilité pénale¹⁷. Cette intensification du risque se révèle par deux séries de facteurs : techniques (A) et politiques (B).

A. - Facteurs techniques

27 - Sur le plan technique, la sévérité tient à l'affaiblissement de l'élément moral ou intentionnel (1°) et à l'affermissement de la complicité par abstention (2°).

1° L'affaiblissement de l'élément moral

28 - Dol général et dol spécial. - On sait que, pour être constituée, l'infraction doit réunir un élément matériel et un élément moral (*C. pén., art. 121-3*), sauf le cas des délits commis par négligence ou imprudence. En droit pénal, l'intention¹⁸ s'incarne pour toute infraction dans un dol général, qui désigne la conscience chez le coupable de violer la loi pénale, et, parfois, dans un dol spécial, qui

¹⁷ Sur cette question, V. M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préf. J.-Ch. Saint-Pau : Dalloz, 2012.

¹⁸ Définie comme une volonté tendue vers la provocation d'un résultat délictueux, V. Ph Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général* : A. Colin, 7^e éd., n° 381.

¹⁶ Sur laquelle, V. n° 34.

est une intention vers un résultat précis déterminé par le législateur. En principe, le dol général et le dol spécial doivent être établis par les autorités de poursuite et caractérisés par les juridictions de jugement. Mais la mise en évidence de cet élément intentionnel connaît des spécificités liées à la qualité de professionnel communément admises aujourd'hui par la doctrine pénaliste.

En effet, le professionnel est par définition compétent. Il se doit donc de connaître la réglementation à laquelle il est soumis ou dont il doit assurer le respect, en ce compris le dispositif pénal régissant son domaine de compétences. Dès lors, s'il accomplit des faits délictueux, il ne peut le faire qu'avec la conscience et la volonté de violer la loi pénale. La doctrine évoque un « dol de fonction »¹⁹ ou un « dol présumé »²⁰. S'il fallait résumer d'un trait cette appréciation, « les juges déduisent [...] le caractère intentionnel de la qualité de professionnel, qui, en tant que tel et selon les formules bien connues, "ne peut ignorer" ou "ne peut pas" ne pas savoir »²¹. L'élément intentionnel n'est plus établi de manière autonome, parce qu'il est tout simplement déduit de la matérialité des faits et s'en trouve profondément affaibli pour le professionnel.

REMARQUE

→ **Parce que le professionnel est compétent, il ne peut pas ignorer que les faits ou ses agissements contreviennent à la loi pénale et s'il les accomplit pourtant, c'est avec la conscience d'attenter à la règle pénale. Le résultat est tout simplement l'instauration d'une présomption d'intention coupable, dès lors que l'auteur des faits est un professionnel²².**

29 - Exemples. - C'est ainsi que, pour le délit de tromperie, l'élément intentionnel est déduit de l'absence de vérifications²³ qu'un professionnel compétent aurait normalement dû mener. Pour la jurisprudence, cette défaillance révèle sa conscience et sa volonté d'enfreindre la loi pénale. Dans le délit de fraude fiscale (*CGI, art. 1741*), l'intention se déduit bien souvent des circonstances, telles que la commission en connaissance de cause de ces agissements, la démonstration de la constance et de l'importance des carences déclaratives ou comptables. Enfin, le commissaire aux comptes se rend coupable du délit de communication d'informations mensongères, dès lors qu'il a seulement connaissance du caractère mensonger de l'information²⁴.

19 A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires* : LexisNexis, 5^e éd., 2018, n° 837.

20 W. Jeandidier, *L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose*, in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq* : LexisNexis, 2004, p. 369, spéc. p. 383.

21 M. Bénéjat, *préc. note 17*, n° 102.

22 « [...] Un professionnel est a priori un bon professionnel et [...] un bon professionnel sait nécessairement ce que la loi l'oblige à faire ou lui interdit de faire » (M. Véron, *obs. ss Cass. crim.*, 31 janv. 2007, n° 05-85.886 et n° 06-81.258 : *JurisData* n° 2007-037224 ; *JurisData* n° 2007-037223 : *Dr. pénal* 2007, *comm.* 56).

23 *Cass. crim.*, 11 oct. 1989, n° 88-87.168 : *JurisData* n° 1989-704616.

24 *Cass. crim.*, 18 mai 2011, n° 10-87.768 : *JurisData* n° 2011-012377 : *Dr. sociétés* 2011, *comm.* 182, *obs.* R. Salomon.

30 - Compatibilité avec la Constitution et la CEDH. - On pourrait objecter à de telles présomptions qu'elles attentent gravement à la présomption d'innocence. Pourtant, le Conseil constitutionnel a considéré que cette dernière ne fait pas obstacle aux présomptions d'intention coupable²⁵. Il faut d'ailleurs noter que la Cour européenne des droits de l'homme a antérieurement adopté une solution analogue. Elle accepte les présomptions de fait ou de droit, précisant que l'article 6, § 2 « commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense »²⁶. De telles présomptions de mauvaise foi pesant sur le professionnel ne sont donc pas en soi contraires aux textes internationaux.

31 - Résumé. - Ainsi, il ne s'agit plus d'établir que le professionnel savait mais qu'il ne pouvait pas ne pas savoir²⁷, puisqu'il est doté de toutes les compétences nécessaires. Et il peut difficilement se défaire d'une telle présomption²⁸, sauf à prouver qu'il ignorait ce qu'il faisait... faute d'avoir les compétences nécessaires. Le choix se réduit alors à l'incompétence ou la malhonnêteté.

Cette conception particulière de l'élément moral des infractions commises par le professionnel tend à faciliter la répression, puisqu'il suffit de prouver la matérialité des faits pour retenir sa responsabilité pénale.

2° L'affermissement de la complicité par abstention

32 - Définition. - Le plus souvent, le notaire n'est pas l'auteur de l'infraction, mais la nature de son activité peut l'amener à s'associer à une infraction en devenant complice. On ne saurait en principe inférer la complicité d'une simple abstention²⁹, sauf à ce qu'elle soit convenue préalablement entre le complice et l'auteur.

33 - Complicité par abstention des professionnels. - Pourtant, la jurisprudence s'est peu à peu tournée vers cette complicité par abstention pour retenir la responsabilité pénale de certains professionnels, même en l'absence d'accord préalable avec l'auteur des agissements délictueux. Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, les professionnels ont une obligation d'agir et le manquement à cette dernière - l'inaction - est coupable, si elle facilite la commission d'une infraction, devenant ainsi un acte de complicité.

A ainsi été reconnu coupable de complicité par abstention le notaire qui a reçu le même jour des actes d'achat et revente, qui a

25 Décision rendue à propos de présomptions posées par le législateur, V. *Cons. const.*, 16 juin 1999, n° 99-411 DC : *JurisData* n° 1999-765189 ; *D.* 1999, p. 589, *obs.* Y. Mayaud.

26 CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, § 28 : *Rev. sc. crim.* 1989, p. 167, *obs.* L. E. Pettiti. - CEDH, 30 mars 2004, n° 000053964/00, *Radio France c/ France*, § 24.

27 *JCl. Pénal des affaires*, V° *Notions fondamentales*, fasc. 5, par B. de Lamy et M. Segonds, n° 83.

28 F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général* : *Économica*, 10^e éd., 2003, n° 469-3.

29 *Cass. crim.*, 22 mai 1984, n° 82-91.523 : *JurisData* n° 1984-700969 ; *Rev. sc. crim.* 1985, p. 309, *obs.* P. Bouzat.

fermé les yeux sur des mouvements comptables anormaux, en ce que le premier vendeur recevait son prix du second acquéreur, et sur les incidences fiscales des ventes quasi-simultanées. Le tribunal a vu dans l'ensemble de ces abstentions une complicité d'escroquerie³⁰, en ce que le notaire s'est abstenu d'informer les parties sur les risques de l'opération et qu'en se retranchant derrière un « pseudo-devoir de réserve », il a participé à une fraude aux droits de l'administration fiscale. Il aurait dû révéler cette fraude qu'il ne pouvait ignorer. En s'abstenant de le faire, il s'est rendu complice.

34 - Rapprochement avec l'élément intentionnel. - Ce mouvement doit en plus être combiné avec ce qui a été dit à propos des présomptions. Comme toute infraction, la complicité suppose un élément moral, en ce que le complice doit avoir participé en connaissance de cause à l'infraction principale.

À cet égard, l'attitude de la jurisprudence est la même que pour l'infraction principale. Elle déduit la volonté de s'associer à une infraction principale de la matérialité des faits et de la qualité de professionnel. Parce qu'il est réputé être compétent, il ne peut pas ne pas savoir.

C'est ainsi qu'un notaire a été condamné pour complicité de fraude fiscale pour avoir prêté son concours, quoique sachant que les actes pour l'établissement desquels son office était requis, constituaient l'instrument nécessaire et obligé de la fraude, compte tenu de leur simultanéité et des majorations fictives de prix³¹.

Cette présomption d'intention délictueuse combinée à la complicité par abstention offre peu d'échappatoire et accroît incontestablement le risque pénal.

B. - Facteurs politiques

35 - Relais de la politique criminelle. - L'intensification du risque pénal tient aussi à la place que les pouvoirs publics assignent au notaire.

Il suffit pour s'en convaincre de considérer la lutte contre le blanchiment, les circuits d'argent sale et le financement du terrorisme. C'est la volonté politique de combattre ces fléaux sans faiblir qui n'a cessé d'accroître la complexité des dispositifs de lutte et les

obligations incombant aux professionnels au contact des circuits de blanchiment.

Pour garantir l'efficacité du dispositif, les manquements à ces obligations peuvent en effet être érigés en infractions, le but étant de contraindre chacun à l'accomplissement parfait et probe de sa mission.

C'est ainsi que le notaire fait office de vigie ou d'éclaireur, en faisant remonter l'information aux autorités compétentes, dans des domaines où les agissements sont le plus souvent occultes et savamment dissimulés. C'est très clairement le cas avec la déclaration de soupçon dans le dispositif Tracfin et avec les obligations de dénonciation. Le notaire devient un rouage du dispositif de lutte contre certaines infractions et de l'application de la politique criminelle.

36 - Intensification de la lutte contre la fraude fiscale. - En d'autres circonstances, le législateur entend accroître la lutte contre des phénomènes délictueux jugés particulièrement graves et souhaite à cet effet réprimer tous ceux qui, de près ou de loin, sont susceptibles d'intervenir à un titre ou à un autre dans l'accomplissement d'agissements répréhensibles. Tel est le cas des professionnels qui font office d'intermédiaire. Il suffit d'évoquer sur ce point la volonté du Gouvernement de lutter contre la fraude fiscale³². Dans cet esprit de répression, il prévoit la création d'une sanction administrative contre ceux qui, dans l'exercice d'une activité professionnelle de conseil à caractère juridique, financier ou comptable ou de détention de biens ou de fonds pour le compte d'un tiers, ont intentionnellement fourni une prestation au contribuable lui permettant de commettre une fraude fiscale pour laquelle ce dernier se sera vu appliquer la majoration de 80 %³³. C'est un nouveau risque qui pourrait peser à l'avenir sur les professionnels du conseil en matière fiscale.

37 - En conclusion, le risque pénal existe incontestablement ; aussi le notaire se doit-il de le comprendre pour mieux le dominer. Pour ne jamais franchir la ligne rouge, rien ne remplace la parfaite connaissance de son emplacement. ■

³⁰ TGI Paris, 23 févr. 1982 : D. 1983, p. 157, note J.-M. Robert et G. Tixier. - Cass. crim., 22 déc. 1986, n° 85-91.140 : JurisData n° 1986-002682.

³¹ Cass. crim., 22 déc. 1986, n° 85-91.140 : JurisData n° 1986-002682. - V. à propos d'un commissaire aux comptes condamné pour complicité d'escroquerie, M. Véron, préc. note 22.

³² Projet de loi relatif à la lutte contre la fraude, 28 mars 2018.

³³ Projet de loi relatif à la lutte contre la fraude, 28 mars 2018, art. 7.