

ÉTUDE LA PROFESSION

NOTAIRE

Le nouvel acte électronique institué par le décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 consiste en un acte notarié d'exception, la distanciation entre le notaire instrumentaire et les parties sur lequel il repose infligeant une entorse inédite à la conception classique de l'authenticité qui implique au contraire la présence physique du notaire. Admis à titre dérogatoire le temps de l'état d'urgence sanitaire, cet acte notarié, justifié par les nécessités du moment, trouve dans celles-ci son unique fondement et, logiquement, ces nécessités délimitent en retour les possibilités qu'il offre.

1113

L'acte notarié à distance pour le temps de l'urgence sanitaire



Étude rédigée par Claude Brenner, Sophie Gaudemet et Gilles Bonnet



Claude Brenner et Sophie Gaudemet, professeurs à l'université Panthéon-Assas (Paris II) - Gilles Bonnet, notaire à Paris

Ndlr : la seconde partie de cette étude, *Un acte notarié à distance pour les temps ordinaires ?* sera publiée dans un prochain numéro de la revue.

1 - D'un acte électronique à l'autre. – Paru avec une extrême réactivité qu'il faut saluer, le décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 a introduit provisoirement dans le droit positif une nouvelle forme de l'acte notarié : l'acte électronique à distance.

Cet acte n'a rien à voir avec l'entrée de l'authenticité dans l'ère de l'électronique et donc dans la modernité, cette entrée ayant déjà été opérée par le décret n° 2005-973 du 10 août 2005 à l'origine, notamment, du nouvel article 20 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.

En 2005, il s'était précisément agi d'admettre un acte notarié électronique qui garantisse la comparution physique de chacune des parties, quoique distantes, devant notaire ; concrètement, un acte authentique souscrit grâce à la présence à leur côté d'un officier public de part et d'autre de la chaîne informatique. En droit, chacun s'accordait en effet à admettre que c'était là une

condition du respect de ce qui fait l'essence de l'acte notarié. En fait, le déploiement dans les études de ce nouvel instrument d'authentification, qui avait nécessité la mise en place, avec toutes les garanties requises, de moyens et d'outils technologiques fiables et sécurisés, commençait tout juste ces derniers mois à se concrétiser à ce qu'il semble.

2 - Des temps normaux à l'urgence sanitaire. – La crise sanitaire consécutive à l'épidémie de covid-19 et le confinement obligatoire décidé dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire établi par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ont convaincu les autorités nationales de permettre temporairement le recours à un acte notarié électronique d'un tout autre ordre, sans comparution physique des parties, pour éviter une paralysie complète du service public notarial pendant possiblement de longues semaines. Probablement, d'autres voies auraient pu être explorées pour faire face à la crise. Aussi bien, la Belgique, le Québec et les autres nations, dont le système notarial est voisin du droit français, ont réagi chacune à sa manière pour tenter dans l'urgence de maintenir en activité ces fonctions vitales du corps social. Le pouvoir normatif français était donc certainement libre et, en tout cas, s'est estimé contraint, dans l'urgence du moment, d'alléger les exigences naturelles de l'authenticité pour le temps du confinement par une règle temporaire et de nature exceptionnelle : une loi (au sens matériel) d'exception. À circonstances exceptionnelles, mesures exceptionnelles !

3 - Vice-versa ? – Une législation temporaire n'est toutefois pas une expérience grandeur nature, une mesure d'exception, justifiée par des circonstances exceptionnelles, n'est pas une expérimentation législative, conduite dans les temps et suivant les principes ordinaires. Il serait au demeurant surprenant que les circonstances dramatiques que traverse notre pays comme le reste du monde aient pu être l'occasion de mettre à l'épreuve des faits une évolution pour ne pas dire une révolution juridique. C'est dire que si l'acte notarié à distance prévu pour le temps de l'urgence sanitaire mérite incontestablement qu'on s'y arrête, et d'autant plus que ce temps est en voie d'étirement, afin d'identifier les possibilités concrètes d'authentification qu'il offre aujourd'hui (1^{re} partie de l'étude), on ne saurait demain faire l'économie d'un débat de principe s'il devait être question de reconduire un dispositif de cet ordre après le retour aux temps ordinaires (2nde partie de l'étude).

4 - Division. – Pour comprendre les enjeux et la portée de la réforme adoptée pour le temps de l'urgence sanitaire, l'analyse de l'innovation (1) est le préalable nécessaire à la détermination de ses applications possibles (2).

1. Quelle innovation ?

5 - Un acte notarié établi à distance. – L'acte électronique institué par le décret du 3 avril 2020 est un acte notarié d'un genre nouveau : un acte établi par notaire sans comparution ou présence physique des parties ; le seul véritable acte notarié à distance qu'ait jamais connu le droit français. Le rapprochement que l'on peut être tenté de faire avec l'acte électronique issu du décret n° 2005-973 du 10 août 2005 ne doit, en effet, pas faire illusion : en ce qui concerne celui-ci, les parties étant physiquement distantes l'une de l'autre (ou bien l'une ou les unes des autres), le contrat auquel il s'agit de donner la forme authentique (le *negotium*) constitue, certes, un contrat à distance, mais l'acte authentique en tant que tel, c'est-à-dire la forme instrumentaire, suppose tout au contraire la comparution de chaque partie devant un notaire chargé d'authentifier son consentement. Ainsi conçu, l'acte électronique repose sur la présence physique des parties devant un notaire et l'acte dressé dans ces conditions ne présente sur le terrain de l'authenticité pas plus d'originalité qu'un acte notarié établi matériellement sur la foi d'une procuration dressée par un autre notaire ou à l'issue de la comparution successive des parties, ce que le Code civil connaît depuis toujours¹. Il en va tout autrement avec le décret du 3 avril 2020 qui fait reposer l'acte notarié électronique, autorisé pour le temps de l'urgence sanitaire, non plus seulement sur une dématérialisation de l'écriture, mais beaucoup plus hardiment sur un recueil des consentements par écrans et claviers interposés. Ce qui a commandé des adaptations, qui ne sont pas seulement techniques, mais fondamentales sur le terrain de l'authenticité.

6 - Adaptations techniques : recours à des substituts technologiques. – La mise en œuvre d'un acte électronique à distance, décidée dans l'urgence pour lever les barrières du confinement, repose sur la substitution de procédés de sécurisation numériques aux vérifications que la distanciation ne permet pas aux notaires d'accomplir par leurs seuls sens. S'agissant des échanges préalables à l'instrumentation, nécessaires en particulier à l'accomplissement par le notaire de ses missions d'information et de conseil, ils ne soulevaient pas de difficultés particulières, étant donné que la profession dispose d'ores et déjà d'un réseau de visioconférence avec les clients agréé par le Conseil supérieur du notariat et opérationnel *via* le logiciel *LifeSize*². La vérification de l'identité des parties et autres personnes concourant à l'acte ainsi que le recueil de leurs consentement et signature néces-

1 V. C. civ., art. 932. – Adde C. civ., art. 930, al. 1^{er}. – Sur l'exception du contrat de mariage : V. n° 19.

2 V. D. n° 2020-395, 3 avr. 2020, art. 1^{er}, al. 2 : JCP N 2020, n° 15-16, act. 364 : « L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte et le recueil, par le notaire instrumentaire, du consentement ou de la déclaration de chaque partie ou personne concourant à l'acte s'effectuent au moyen d'un système de communication et de transmission de l'information garantissant l'identification des parties, l'intégrité et la confidentialité du contenu et agréé par le Conseil supérieur du notariat ».

Pour ce qui est de l'identité des parties et autres personnes concourant à l'acte, le décret s'en remet aux garanties d'identification que procurent le contrôle de l'accès au réseau sécurisé de communication électronique utilisé et la signature électronique qualifiée qu'il exige

sitaient en revanche d'innover étant donné que ces diligences et formalités, qui participent des exigences élémentaires de l'authenticité, avaient, jusqu'à présent, toujours été accomplies par le notaire, agissant personnellement et sans intermédiaire³.

7 - Identification numérique versus identification notariale.

– Pour ce qui est de l'identité des parties et autres personnes concourant à l'acte, le décret s'en remet aux garanties d'identification que procurent le contrôle de l'accès au réseau sécurisé de communication électronique utilisé et la signature électronique qualifiée qu'il exige. De fait, la vérification d'une pièce d'identité à distance n'eût pas permis de débusquer de possibles falsifications. Mais quelle confiance accorder à une certification privée et simplement numérique échappant totalement au notaire⁴ ? Le moins que l'on puisse dire est que l'acte notarié à distance présente déjà sous ce rapport une sérieuse fragilité et cela explique sans doute que, dans le vade-mecum qu'il a adressé à toute la profession, le Conseil supérieur du notariat ait avancé une distinction dont on peine à trouver le fondement juridique entre l'hypothèse où le notaire instrumentaire a, au cours des 10 années précédentes, reçu physiquement le client, contrôlé son identité et conservé la preuve de celle-ci, et l'hypothèse où cela n'a pas été le cas : dans la première, l'identité étant alors considérée comme suffisamment attestée par les vérifications propres du notaire, il pourrait instrumenter sans autre exigence sous ce rapport que la mention de la date à laquelle a porté la précédente vérification faite par ses soins et un processus conséquemment allégé de signature électronique⁵ ; dans la seconde, le notaire « déléguerait » la vérification d'identité à un service informatique agréé dans le cadre de la procédure de signature

électronique, ce service y procédant au moyen d'une visioconférence préalable⁶. La distinction ne laisse pas de surprendre. Si l'identification numérique offre la sécurité qu'on lui prête, pourquoi l'escamoter au profit d'une vérification notariale somme toute assez rudimentaire, s'agissant d'une instrumentation distanciée à la fois dans le temps et l'espace de la réception physique du client ? Si elle est tenue pour équivalente juridiquement aux diligences habituelles du notaire qui ne peuvent, par la force des choses, s'accomplir comme à l'ordinaire, comment prétendre la fonder, lorsqu'elle est mainte-

nie, sur une « délégation » contraire au statut de notaire ?

REMARQUE

→ On conviendra que la voie proposée ne manifeste pas une confiance immodérée dans l'outil numérique mis en avant...

8 - **Consentement à distance et signature numérique.** – L'innovation la plus importante n'est cependant pas là. Car, avec la vérification d'identité, on demeure dans l'antichambre de l'authenticité. Elle tient au recueil des consentements ou déclarations et signatures qui forment l'acte même (le *negotium*) dont l'authentification est requise. La distanciation physique interdisant au notaire de les constater *ex propriis sensibus*⁷, le système de communication agréé par le Conseil supérieur du notariat sert également à les transmettre au notaire installé en bout de chaîne numérique, un agent de certification (*DocuSign*) fournissant, sous forme de signature qualifiée au sens du règlement européen eIDAS⁸, un ersatz numérique à sa réception notariale,

3 On fait ici abstraction de la possibilité instaurée par le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 et supprimée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (avec effet définitif au 31 décembre 2020) pour le notaire de recevoir un acte avec l'intervention d'un cleric habilité. – Rapp. la seconde partie de cette étude, à paraître.

4 Il est évidemment tout différent que les notaires s'appuient quotidiennement sur une certification tierce, qui a aussi ses fragilités, pour identifier les parties : celle de l'État dans la délivrance des pièces d'identité. Car le notaire dans l'exercice de sa fonction d'authentification représente précisément l'État par délégation.

5 Concrètement, à réception d'un courriel contenant un lien sécurisé vers le document à signer, le client en aurait lecture et signerait en scannant sa pièce d'identité et en saisissant un code SMS afin de confirmer son identité auprès de DocuSign (CSN, note d'information, 4 avr. 2020, p. 3 et 4).

6 CSN, note d'information, préc. note 5, p. 4.

7 N'ayant aucune maîtrise de la réalité simplement virtuelle que lui renvoie l'image numérique, le notaire n'est derrière son écran qu'un spectateur ordinaire. – V. cependant É. Dubuisson, *Du coronavirus au notaire sans contact* : *Defrénois* 2020, n° 158M9. – M. Julienne, *Premiers pas de l'acte notarié à distance* : *JCP N* 2020, n° 15-16, act. 363. – Comp. M. Julienne, *L'acte juridique immatériel*, in *L'immatériel et le droit* : *Fondation Varenne*, 2017, p. 73, n° 20.

8 Il va de soi que la distinction préconisée par le Conseil supérieur du notariat et évoquée au numéro précédent suivant que le signataire aurait été reçu ou non par le notaire au cours des 10 années précédentes ne saurait avoir pour effet de substituer, dans le premier cas, à l'exigence que formule le décret d'une signature numérique qualifiée au sens du règlement eIDAS une signature numérique de niveau simplement avancé. – Comp. cep. CSN, note d'information préc. note 5, p. 3. – A. Caprioli et P. Agostini, *Principales évolutions du régime de la signature, du cachet et de la copie numériques* : *AJCA* 2016, p. 418.

qui est expédié simultanément⁹. Après quoi le notaire, qui n'a donc reçu qu'une attestation informatique de la signature des parties, appose sa propre signature numérique sécurisée (au moyen de sa clé REAL) sur l'acte électronique qu'il dresse, d'où celui-ci tire sa perfection¹⁰, et donc acquiert son authenticité (*C. civ.*, art. 1367, al. 1^{er}) ; une authenticité cependant dégradée, imparfaite¹¹ : acquise non par nature, mais par réputation de la loi.

9 - Authenticité imparfaite. – En effet, le processus d'établissement de l'acte notarié électronique que l'on vient de décrire réalise une hypothèse inédite de démembrement de la fonction notariale, non pas simplement par délégation à une tierce autorité d'une partie des missions naturellement inscrites dans le processus d'authentification, mais par substitution d'une prétendue sécurité technologique à la sécurité institutionnelle que confèrent traditionnellement les vérifications personnelles du notaire en tant qu'autorité investie statutairement de la mission publique de contrôler lui-même entièrement la régularité et l'efficacité des volontés juridiques auxquelles il confère l'authenticité. C'est dire que loin de réaliser une avancée technologique qui restaurerait le fondement véritable de la force particulière de l'acte notarié comme on a pu le soutenir, le décret du 3 avril 2020 s'écarte en réalité de ce qui fait traditionnellement l'authenticité. Il suffit, mais il faut, pour le comprendre, partir de ce qui constitue la notion d'acte authentique.

10 - Notion et attributs de l'acte authentique. – Avant toute chose, l'acte authentique s'entend d'une forme instrumentaire : de l'*instrumentum* par opposition au *negotium* : c'est la forme dont le notaire enveloppe la volonté qu'il lui est demandé d'authentifier et qui fait ainsi passer l'acte juridique souscrit devant lui de la sphère privée à la sphère publique¹² ; la forme qui en conséquence de l'office public dont le notaire est investi par l'État confère à cette volonté les trois attributs que sont la force probante absolue, la date certaine et la force exécutoire. Cette dotation d'effets distinctifs de l'acte sous seing privé est tout entière une expression de puissance publique : la force probante acquise jusqu'à inscription de faux est le degré hié-

rarchiquement le plus élevé dans le système des preuves légales (*i.e.* des preuves dont l'État décide de la valeur par opposition au système de la preuve libre qui est question de fait), la force exécutoire est une mise à disposition offerte à l'avance du monopole de l'usage légitime de la force (ou de la violence pour parler comme Max Weber) qui appartient à l'État, quant à la date certaine dans laquelle on a trop tendance à ne voir qu'une application particulière de la force probante de l'acte authentique, elle consiste en réalité dans la manifestation – aujourd'hui malheureusement de plus en plus perdue de vue – de la maîtrise qui appartient à l'État dans l'appréhension du paramètre temps pour la résolution des conflits de droit : de même que le temps est une dimension de l'espace physique, il est une composante interne au système juridique empreinte de relativité (*V. C. civ.*, art. 1377).

11 - Essence de l'acte authentique. – Reste à savoir ce qui justifie que la loi dote ainsi l'acte notarié de cette efficacité hors du commun. D'évidence, cela ne procède pas – du moins directement – de la forte compétence professionnelle qui appartient au notaire à raison de sa formation juridique, de son mode d'accès à la profession, de la discipline professionnelle qui lui est imposée¹³ : de nombreux avocats sont en fait tout aussi compétents que les notaires les plus aguerris et ils exercent un devoir de conseil non moins exigeant ; ne leur en déplaise et quoi que la confusion s'installe sur ce point dans les esprits avec une certaine irresponsabilité politique¹⁴, ils n'ont aucun titre à doter les actes qu'ils peuvent contresigner des attributs de l'authenticité. Flour, systématisant les idées de Planiol, avait recherché l'explication dans l'idée que le notaire serait un « témoin privilégié » et cette idée qui faisait de la force probante renforcée le cœur de l'authenticité – « son fruit le plus précieux »¹⁵ – a eu une destinée remarquable¹⁶. Elle est peut-être réductrice, les travaux de la commission dite « authenticité » dirigée par Laurent Aynès ayant montré que le notaire n'est pas un simple témoin : l'acte authentique (au sens de *negotium*) est son œuvre, une œuvre à la réalisation de laquelle il doit mettre tout son art afin d'en assurer la pleine efficacité en tant qu'agent de légalité¹⁷. Il n'en reste pas moins que la délégation de puissance publique sur laquelle repose l'authenticité requiert une vérification du consen-

9 D. n° 2020-395, 3 avr. 2020, art. 1^{er}, al. 2 et 3.

10 D. n° 2020-395, 3 avr. 2020, art. 1^{er}, al. 4.

11 A. Raynouard, *Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique* : Defrénois 2003, art. 37806 : « En revanche, tirant parti des possibilités techniques offertes par la signature électronique sécurisée et le chiffrement des communications (transmission sécurisée de données), peut-on justifier l'authenticité sans présence réelle de l'officier public ? Dit autrement, un acte dont le consentement de l'une des parties ne serait transmis au notaire qu'au seul moyen d'une communication électronique, est-il toujours un acte authentique ? [...] Il me semble que la réception purement intellectuelle est une négation de l'authenticité. [...] Cela revient à consacrer une authenticité imparfaite ».

12 On fait ici abstraction des hypothèses d'authentification notariale se reliant à ce que l'on appelle parfois la juridiction volontaire et qui vont aujourd'hui se multipliant. – Sur ces hypothèses, V. not. Cl. Brenner, *Authentification notariale et juridiction étatique*, in Mél. L. Aynès : LGDJ-Lextenso, 2019, p. 45.

13 Dans l'article lumineux qu'il a consacré à l'authenticité en réaction à l'institution du clerc habilité, Flour a tout dit de ce paralogisme ; on ne peut mieux faire qu'y renvoyer le lecteur (*Flour, Sur une notion nouvelle de l'authenticité* : Defrénois 1972, art. 30159, p. 977, n° 28).

14 On songe évidemment à l'investiture publique, à la suite de la crise juridictionnelle née du mouvement de protestation du barreau contre la réforme des retraites, d'une certaine commission chargée, entre autres, de réfléchir à l'attribution de la force exécutoire à l'acte d'avocat.

15 Flour, *préc. note 13, spéc. n° 5 et 25*.

16 V. par ex. P. Catala, *Le formalisme et les nouvelles technologies* : Defrénois 2000, art. 37210, n° 16. – M. Grimaldi, *L'acte authentique électronique* : Defrénois 2003, n° 4. – A. Raynouard, *préc. note 12, spéc. n° 36 et s.*

17 *L'authenticité. Droit, histoire, philosophie*, L. Aynès (ss dir.) : Doc. fr., 2^e éd., 2013, n° 54 et s.

Le nouvel acte notarié électronique, qui introduit précisément une distance entre le notaire et ses clients pour remédier à l'empêchement d'une réception de l'acte, au sens exact du terme, pour cause de crise sanitaire, pose problème

tement des parties effectuée par le notaire en leur présence et suivant les solennités imposées, parce que cette vérification personnelle, cette « réception », qui est de l'essence même de l'acte authentique¹⁸, est la raison d'être de la confiance hors du commun que la loi lui accorde ; c'est en ce sens seulement que l'authenticité est la récompense de la qualité du consentement des parties : elle est la rétribution des garanties institutionnelles qu'offre l'intervention personnelle du notaire¹⁹.

12 - Faiblesses structurelles de l'acte notarié à distance. – C'est en cela que le nouvel acte notarié électronique, qui introduit précisément une distance entre le notaire et ses clients pour remédier à l'empêchement d'une réception de l'acte, au sens exact du terme, pour cause de crise sanitaire, pose problème. À trois titres au moins.

Premièrement, par la force des choses, la proximité virtuelle que l'outil informatique établit entre les parties et le notaire en lieu et place de leur présence en face-à-face n'offre pas les garanties qui sont traditionnellement attendues de ce dernier. Comment en effet vérifier à distance par écrans interposés, ce dont la présence physique permet d'avoir l'assurance ? Comment être certain que les explications sont données et l'acte passé dans des conditions d'attention satisfaisantes et le respect de la confidentialité nécessaire ? Comment s'assurer que le consentement est exprimé en parfaite compréhension des enjeux et en totale liberté, alors que cela tient parfois à des signaux subtils et difficilement perceptibles, tandis que l'image que renvoie l'ordinateur n'offre qu'un champ focal fermé²⁰ ?

Deuxièmement, au-delà, la dissociation sur laquelle repose le nouvel acte notarié électronique entre le recueil du consentement, qui serait le fait du notaire, et la certification de la

signature, qui serait le fait d'un prestataire informatique, apparaît contraire à l'essence même de l'authentification. On fait, certes, valoir au soutien de cette distinction que l'essentiel dans l'acte authentique consisterait dans la signature du notaire, celle des parties n'étant que très secondaire, quand on ne va pas jusqu'à souligner que la certification dont elle ferait présentement l'objet lui conférerait une bien meilleure valeur que celle que les parties sont invitées à apposer dans l'acte notarié électronique des temps ordinaires,

puisqu'elle se fait alors sur une simple tablette²¹ et n'a donc aucune valeur électronique. Mais il y a là un double sophisme : – si en tant que formalité matérielle, la signature des parties (ou plus exactement son apposition) est dans l'acte authentique classique secondaire, si la propre signature du notaire est incontestablement plus essentielle à l'acte authentique (instrumentaire) qu'elle parait, cela tient à ce que la première est apposée en la présence et sous les yeux du notaire qui peut donc attester avec la foi attachée à ses constatations (jusqu'à inscription de faux) qu'elle a bien eu lieu, de sorte qu'il l'endosse en quelque sorte par la sienne propre lorsqu'il authentifie l'acte. Or, comme il a été dit, dans le cas de l'acte à distance, le notaire est dans l'incapacité matérielle d'attester personnellement cette signature dont la certification est confiée à un tiers précisément pour cette raison ; la sienne propre ne saurait donc pallier les faiblesses de celle des parties et encore moins y suppléer²². Or, cette signature est une exigence absolument fondamentale pour cette raison élémentaire que l'authenticité n'est qu'une forme destinée à envelopper et, en une certaine manière, à sublimer la volonté juridique des parties (le *negotium*) sans laquelle elle n'est rien : une coquille vide, dépourvue de fruits²³. Le soin particulier que le décret met à la réglementer en atteste : en s'attachant avec tant de précisions techniques à la signature des parties, il témoigne de ce que le notaire ne peut accomplir pleinement sa mission et de ce que, conséquemment, l'expression du consentement des

18 C. civ., art. ancien 1317. – C. civ., art. nouveau 1369. – On ne peut mieux faire sur ce point encore que de renvoyer à la démonstration de Flour (*préc. note 13, spéc. n° 4 et s.*). – V. également *L'authenticité*, *préc. note 17, spéc. n° 42*. – Et la citation de J.-Ch. Laurent (*JCP G 1953, II, 7348*) : « L'officier public, d'après la loi, est présent à l'acte : il le reçoit, il le rédige, il le lit, il le signe. Quand il est absent, il n'y a plus d'acte authentique. C'est la présence effective de l'individu pourvu de pouvoirs spéciaux attachés à sa personne, qui confère à l'acte une valeur particulière. Sans lui, il n'existe qu'un acte informe, sans caractère juridique ».

19 V. *L'authenticité*, *préc. note 17, spéc. n° 124*, approuvant pour cette raison le rejet par le décret du 10 août 2005 de la tentation d'un acte notarié électronique à distance, et de conclure : « Ce serait donc une voie bien périlleuse de dépouiller l'acte de ce qui fonde précisément la force de ses effets ».

20 Rapp. *infra* la seconde partie de cette étude.

21 V. D. n° 71-941, 26 nov. 1971, art. 17, al. 2.

22 C'est pourquoi il n'y a aucun argument à tirer au soutien du nouvel acte notarié à distance de l'hypothèse où la présence du notaire et ses constatations inscrites dans l'*instrumentum* permettent au contraire de suppléer la signature qu'une partie est incapable d'apposer.

23 Il est significatif que la jurisprudence sanctionne par la même nullité absolue le défaut de signature du notaire et des parties (*Cass. 1^{re} civ.*, 28 nov. 1972, n° 71-13.226 : *Bull. civ. I*, n° 260 ; *JCP G 1973, II, 17461, note M. Dagot*. – *Cass. 1^{re} civ.*, 12 juill. 2007, n° 06-10.362 : *JurisData n° 2007-040110* ; *JCP N 2007, n° 30-34, act. 543* ; *D. 2007, p. 2161*. – *Adde Cass. 1^{re} civ.*, 2 juin 1993, n° 91-14.591 : *JurisData n° 1993-001242* ; *Bull. civ. I*, n° 196).

parties « migre » plus encore dans leur signature, à l'image, en somme, d'un acte sous seing privé ;

– si en tant qu'acte juridique²⁴ ou, plus certainement, en tant que formalité de parachèvement de l'acte juridique, la signature a une double fonction de manifestation du consentement à l'acte et d'identification de la partie (*C. civ., art. 1367*), la dissociation de ces deux éléments que prétend réaliser le décret et sur laquelle on pourrait être tenté de prendre appui pour soutenir que les garanties de l'authenticité sont respectées, est en réalité en trompe-l'œil. Comment prétendre en effet que la vérification du consentement, tenue pour équivalente à sa réception, reste du seul registre du notaire, alors que ce consentement demeure à l'état de simple velléité, tant qu'il n'a pas été rendu juridiquement efficace par la signature qui lui donne son caractère définitif ? Un consentement même affirmé avec la plus grande fermeté apparente n'est juridiquement obligatoire que lorsqu'il est exprimé définitivement et il ne l'est que par la signature qui achève le processus décisionnel lorsqu'il est voulu que l'acte soit formalisé par écrit pour engager et non seulement pour faire preuve. À plus forte raison lorsque cette formalisation est imposée pour la validité de l'acte ou consiste en une authentification dotée d'une efficacité propre. La simultanéité qu'impose le décret entre le recueil par le notaire du consentement et de la signature électronique n'y change rien : à supposer cette simultanéité effective (en dépit du décalage pouvant exister entre le flux vidéo et le transit de l'attestation de consentement signée numériquement), il n'en demeure pas moins que le seul consentement définitif (et donc juridiquement efficace) est celui qui s'exprime dans la signature, puisque le décret du 3 avril 2020 l'impose.

Troisièmement, enfin, en tant que forme instrumentaire, l'authenticité est entourée de solennités qui ne participent pas simplement d'un décorum d'apparat ou d'une symbolique désuète, mais sont l'expression de l'autorité publique qui s'incarne dans la magistrature notariale et le respect d'un protocole élémentaire que son exercice commande en retour. Or, comment cette exigence pourra-t-elle être satisfaite par l'acte à distance²⁵ ?

2. Quelles applications ?

13 - Un acte légitimé par les nécessités du moment. – L'authenticité étant l'expression d'une délégation de puissance publique décidée souverainement dans le respect des règles supérieures, constitutionnelles, européennes ou à valeur fondamentale, le pouvoir normatif dispose *a priori* de la liberté d'alléger les exigences naturelles de l'authenticité le temps de l'urgence sanitaire, par une règle temporaire et de nature exceptionnelle : une loi (au sens matériel) d'exception destinée à garantir la continuité du service public notarial en adaptant son fonctionne-

ment aux contraintes du moment. On n'aperçoit donc à première vue pas d'obstacle à admettre le recours à l'acte notarié à distance dans les circonstances du moment, quelle que soit l'importance des libertés qu'il prenne avec la notion classique de l'acte authentique. Mais, par définition, une telle « loi » se fonde sur des circonstances particulières qui en constituent la raison d'être et doivent en logique en marquer également les limites : une règle élémentaire de bonne interprétation veut donc que le champ d'application du nouvel instrument et les conditions de son utilisation soient déterminés par la nécessité causale qui le fonde.

14 - Le dépassement des frontières. – Cette justification de l'acte notarié à distance peut faire admettre la possibilité d'y recourir au bénéfice d'une partie se trouvant à l'étranger, qu'elle y soit confinée ou non, alors même que le décret du 3 avril 2020 présente l'innovation qu'il porte comme faisant exception à l'article 20 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, c'est-à-dire à la possibilité de participer à un acte électronique notarié à distance du notaire instrumentaire à condition de comparaître devant un autre notaire, mais non pas aux articles 8 et 9 du décret n° 71-942 du même jour, qui limitent la compétence d'instrumentation du notaire au territoire national, puisqu'une personne en territoire étranger se trouve empêchée d'accéder à un agent d'authentification plus gravement encore qu'un résident français du fait de la disparition des fonctions notariales des agents diplomatiques et consulaires²⁶.

15 - Atteinte ou conformité aux principes ? – On observera simplement, à cet égard, que, si le pouvoir normatif français a pu ainsi lever unilatéralement le verrou qui interdit en temps ordinaire au notaire de recueillir à l'étranger un consentement pour lui donner l'authenticité en France, les justifications tirées du respect des souverainetés nationales et des exigences de la courtoisie internationale qu'on en donne souvent apparaissent plus fragiles que jamais. Car on ne voit pas que le fait que le consentement donné à l'étranger y soit recherché physiquement ou par voie numérique change quoi que ce soit aux principes. Quant à soutenir que la compétence du notaire étant déterminée par le lieu de réception du consentement, non par celui de son émission²⁷, le centre de gravité de la situation internationale se trouverait en France, cela serait une justification d'autant plus fragile que la « réception » notariale du consentement se trouve démantelée dans l'acte authentique à distance du fait du processus de tierce certification de la signature électronique des parties²⁸.

24 I. Dauriac, *La signature : th. Paris II*, 1997.

25 Sur cette question : V. *infra*, la seconde partie de cette étude.

26 A. 28 sept. 2018 : JO 22 déc. 2018 ; JCP N 2018, n° 3, act. 143.

27 En ce sens : M. Grimaldi, Ch. Gijbers, B. Reynis, *Le décret du 3 avril 2020 sur l'acte notarié à distance* : *Defrénois* 2020, n° 159J2, § 2.

28 V. n° 12.

Une règle élémentaire de bonne interprétation veut donc que le champ d'application du nouvel instrument et les conditions de son utilisation soient déterminés par la nécessité causale qui le fonde

16 - Obligation ou faculté d'instrumenter à distance ? – Faut-il aussi déduire de la nécessité justificative que l'instrumentation électronique à distance s'impose au notaire lorsque son ministère est requis ? L'obligation générale qui lui est faite de prêter son concours incline à le penser à condition naturellement qu'il dispose de l'équipement nécessaire et sous les réserves habituelles²⁹. Le caractère exceptionnel du procédé d'authentification provisoirement institué par le décret du 3 avril 2020 invite toutefois à poser en règle une solution plus nuancée : l'obligation d'y recourir ne devrait s'imposer qu'en cas de nécessité avérée, à tout le moins d'utilité actuelle au regard des effets attendus de l'acte à instrumenter. Ainsi, à supposer l'établissement à distance de ces actes compatibles avec leurs exigences propres³⁰, à quoi bon recevoir en situation d'urgence un contrat de mariage préalable à une union dont la célébration sera nécessairement retardée à une époque inconnue ? Sous la même réserve, pourquoi devrait-on s'évertuer à recourir à la forme électronique à distance lorsqu'un testament olographe dûment conseillé et éventuellement expédié ou déposé à l'office avec toutes précautions utiles pourrait souvent y suppléer au moins provisoirement ?

17 - Alternatives possibles. – Plus généralement, dans la mesure, bien sûr, où l'état d'urgence sanitaire ne l'interdirait pas, un acte authentique classique devrait, au besoin, pouvoir être reçu par le notaire en son étude ou, si la nécessité l'impose, en la résidence du client, moyennant évidemment le respect scrupuleux des précautions et gestes barrières que commandent les circonstances. Ce qui pourrait être d'autant plus crucial que l'état d'urgence sanitaire, dont on rappelle qu'il est possiblement reconductible et, de fait, en voie de reconduction, est appelé à se prolonger après la levée de l'obligation de confinement pour de nombreuses semaines peut-être. Ce qui serait en outre particulièrement salutaire pour les près de 60 % d'études ne disposant pas des installations informatiques nécessaires³¹, spécialement pour les études rurales dont l'éloignement peut rendre difficile l'utilisation au quotidien des ressources numériques que mettraient à disposition d'autres études ainsi que les y invite le Conseil supérieur du notariat. Sans compter que tous les clients du notariat, et notamment les plus âgés, ne disposent pas nécessairement des moyens et connaissances informatiques, mais aussi aujourd'hui linguistiques (puisque la certification

de signature numérique mise en place impose actuellement un échange avec un opérateur étranger) nécessaires à l'usage de l'acte électronique à distance.

REMARQUE

→ Aussi bien certaines chambres, avec l'aval des autorités préfectorales et l'instance professionnelle nationale, ont d'ores et déjà pris délibération pour autoriser les notaires (titulaires) de leur ressort à recevoir des clients pour recueillir la signature de procurations authentiques après rendez-vous téléphonique ou en visio-conférence, de manière à pouvoir instrumenter sans être contraints par le processus d'authentification mis en place le 3 avril 2020.

18 - Champ d'application matériel de l'acte à distance. – Reste à se demander si tous les actes notariés sont susceptibles d'être dressés à distance suivant les prescriptions du décret du 3 avril 2020 ou si certains doivent au contraire être tenus pour laissés de côté. D'évidence et sous réserve de ce qui vient d'être dit, la raison d'être du texte et la généralité de sa lettre sont telles qu'il n'y a pas de distinction de principe à opérer selon que la forme notariée est imposée pour la validité de l'acte (donation, constitution d'hypothèque, vente en l'état futur d'achèvement...) ou sa publicité, à peine d'inopposabilité (vente immobilière ordinaire...) ou non (partage immobilier...), ou selon qu'elle est recherchée librement pour doter l'acte des attributs de l'authenticité (force probante renforcée, date certaine et force exécutoire). Il n'y a pas davantage à distinguer selon qu'il s'agit d'un acte produisant des effets substantiels ou à efficacité simplement déclarative ou probatoire, telle une notoriété successorale : en visant, comme son devancier du 10 août 2005 (n° 2005-973) qui lui a visiblement servi de modèle, le consentement ou la déclaration de chaque partie ou personne concourant à l'acte, le texte instituant l'acte notarié à distance l'a naturellement inclus dans son champ d'application matériel. Ce qui ne devrait d'ailleurs pas interdire, au besoin, de dresser un tel acte par le secours de procurations authentiques dans les conditions précédemment dites³².

19 - Actes devant être ordinairement consentis en présence. – Le fait que les textes qui prescrivent l'authenticité déclarent souvent que le ou les consentements doivent être donnés « devant

²⁹ En ce sens : M. Grimaldi, Ch. Gijbers, B. Reynis, *préc. note 30*, § 4, *spéc. n° 3*.

³⁰ Sur cette question, V. n° 19.

³¹ D'après les chiffres du Conseil supérieur du notariat (*Acte à distance pendant la période d'urgence sanitaire, comm. 4 avr. 2020*).

³² En dépit d'une opinion contraire (M. Grimaldi, *Droit des successions : LexisNexis, 7^e éd., 2017, n° 556*. – *Comp. 111^e Congrès des notaires de France. La sécurité juridique. Un défi authentique. Strasbourg, 10-13 mai 2015 : rapp., n° 3043 et 3044*), l'affirmation du requérant que constate l'acte de notoriété successorale n'a en effet rien d'un serment et il n'existe en droit positif aucune interdiction de revendiquer ou déclarer un droit auquel on prétend par mandataire.

notaire » ou en sa « présence » ne saurait non plus exclure que les actes en question soient passés à distance en application du décret du 3 avril 2020 sous prétexte qu'il suppose au contraire, selon ses propres termes, que « les parties ou toutes autres personnes concourant à l'acte ne sont ni présentes ni représentées »³³. Non parce que les textes considérés ne sauraient être interprétés comme ayant condamné une manière de procéder qui n'existait pas à l'époque de leur rédaction : l'argument, qui est aujourd'hui souvent utilisé pour donner aux réformes une portée extensive, n'a, en lui-même, guère de valeur, car il appartient au législateur de mettre les textes anciens en concordance avec les nouveaux si telle est son intention³⁴. La justification de cette exception aux prescriptions ordinaires tient plus simplement à ce que la possibilité d'instrumenter à distance par voie électronique déroge explicitement, pour le temps de l'urgence sanitaire, à l'exigence habituelle de la réception physique des consentements par le notaire et n'a, au demeurant, pas d'autre raison d'être. Cette justification ne vaut plus, cependant, lorsque, exceptionnellement, la loi impose que les parties consentent à l'acte authentique l'une en présence de l'autre, ce qui est le cas du contrat de mariage (initial ou modificatif)³⁵, de sorte que la possibilité de l'instrumenter électroniquement à distance lorsqu'elles sont éloignées l'une de l'autre apparaît plus discutable. Ainsi qu'il a été fort justement observé, une telle possibilité n'en pourrait pas moins être admise dans l'idée que la simultanéité de l'expression du consentement des parties importe seule au législateur en ce cas³⁶. À quoi il pourrait être ajouté que l'impossibilité de leur réunion, à raison des circonstances du moment, pourrait avoir valeur justificative.

20 - Actes subordonnés à la signature de deux notaires. – En revanche, en l'état actuel des choses, il ne paraît pas que les actes notariés qui requièrent la signature de deux notaires, tels le testament authentique (sous réserve de la possibilité

de recourir à deux témoins) et la renonciation anticipée à agir en réduction, puissent être « reçus » à distance, un même acte notarié électronique ne pouvant techniquement recevoir la signature de deux notaires³⁷. Ce qui pour le premier doit inviter à rechercher autant que faire se peut les alternatives dont il a déjà été parlé³⁸ et pour la seconde paraît être un empêchement fort naturel, tant l'encadrement extrême dont elle fait l'objet, à raison de sa gravité extraordinaire, paraît difficilement compatible avec la banalisation de l'acte et les risques de régression du contrôle que porte en elle l'utilisation à distance de la technologie numérique. ■

À retenir

L'acte électronique institué par le décret du 3 avril 2020 est acte notarié d'un genre nouveau : le seul véritable acte notarié à distance qu'ait jamais connu le droit français. Techniquement, il repose sur la substitution de procédés de sécurisation numériques aux vérifications que la distanciation ne permet pas aux notaires d'accomplir par ses seuls sens : vérification de l'identité des parties et autres personnes concourant à l'acte, mais aussi recueil de leurs consentement et signature. C'est dire qu'il s'écarte de ce qui fait traditionnellement l'authenticité et que son fondement est à rechercher exclusivement dans les circonstances particulières qui en constituent la raison d'être et doivent en logique délimiter l'usage qui peut en être fait. Temporellement, il est nécessairement lié à la période de l'état d'urgence sanitaire ; spatialement, il pourrait permettre de recueillir des consentements à l'étranger ; matériellement, il ne s'impose qu'en cas de nécessité concrète et en l'absence de toute alternative possible.

33 En ce sens : *M. Grimaldi, Ch. Gijsbers, B. Reynis, préc. note 30, § 2.* – V. cependant *M. Julienne, préc. note 7.*

34 V. *infra* la seconde partie de cette étude, à paraître.

35 *C. civ., art. 1394.* – Pour le changement de régime matrimonial : *G. Champenois, Les régimes matrimoniaux : Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 209, avec les réf.*

36 *M. Grimaldi, Ch. Gijsbers, B. Reynis, préc. note 30, spéc. n° 2.*

37 *Comp. M. Grimaldi, Ch. Gijsbers, B. Reynis, loc. cit.*

38 S'il le fallait absolument, la forme internationale du testament, qui s'accommode de la présence de deux témoins choisis parmi les clercs de l'étude (les dispositions de l'article 975 du Code civil leur étant inapplicables), pourrait éventuellement permettre de contourner l'impossibilité de recueillir à distance un testament authentique dans la mesure où le décret du 3 avril 2020 pourrait lui être appliqué avec accommodement dans le respect de son esprit, ce qui ne saurait évidemment valoir qu'au regard des exigences du droit français.