

NOTAIRE

L'acte notarié à distance admis par le décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 au temps de l'état d'urgence sanitaire aurait-il vocation à être pérennisé après le retour aux temps ordinaires ainsi qu'on le suggère déjà ? Cela supposerait de lever des obstacles institutionnels non négligeables, mais surtout d'accepter de composer avec ce qui fait l'essence de l'authenticité au risque de rapprocher l'acte notarié d'un simple acte privé contresigné en faisant perdre à ses attributs exceptionnels les justifications qu'ils tirent de la réception des consentements par l'officier public avec les solennités requises. Autant de questions sur lesquelles il ne pourrait s'agir de faire l'économie d'un débat.

1124

Un acte notarié à distance pour les temps ordinaires ?



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 première partie de cette étude, *L'acte notarié à distance pour le temps de l'urgence sanitaire*, a été publiée in *JCP N 2020, n° 21-22, 1113*.

1 - Dérogation pour urgence n'est pas expérimentation législative. – Le décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 est éphémère. Justifié par l'urgence, il disparaîtra avec les circonstances qui l'ont justifié, ou plus exactement déploiera ses effets jusqu'à l'expiration d'un délai d'« un mois à compter de la date de la cessation de l'état d'urgence sanitaire »¹. La parenthèse refermée, le temps sera celui du retour à la législation ordinaire. De fait, la

¹ Etat d'urgence qui vient d'être prolongé par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 « jusqu'au 10 juillet 2020 inclus » (art. 1^{er}, I). Ce qui devrait mener jusqu'au 10 août compris si l'on admet l'écoulement d'un mois complet, et sauf nouvelle prorogation ou à l'inverse réduction de sa durée de l'état d'urgence – Rapp., sous l'empire de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, *Circ. 17 avr. 2020, p. 2.* – Ch. Gijsbers, *Quand commence et quand prend fin l'état d'urgence sanitaire ?* : *Bull. Cridon Paris, avr. 2020, p. 65.*

législation prise au titre de l'urgence n'est pas celle qui l'est au titre de l'expérimentation législative. Les mesures exceptionnelles, destinées à répondre à des circonstances qui le sont elles-mêmes, ne sont pas de celles, expérimentales, qui peuvent être perpétuées après évaluation dans les termes et formes prévus par la Constitution².

2 - Poser comme tels les termes du débat. – C'est dire que si la question était posée demain de l'introduction en droit français d'un acte notarié à distance de l'ordre de celui du décret de 2020, comme cela est presque systématiquement évoqué sinon plus ou moins directement encouragé, ce serait dans un contexte assurément différent, celui des temps ordinaires, et sans pouvoir cette fois-ci faire l'économie d'un débat, au demeurant déjà ouvert, qui ramène aux principes mêmes de l'authenticité et au statut du notaire. En somme, si des tentations se faisaient jour de transformer le temporaire en permanent, il faudrait poser le problème comme tel : s'interroger sur le véhicule normatif requis (1) mais aussi et surtout sur les incidences d'une telle (r) évolution (2).

1. Préalables institutionnels

3 - Retour aux temps ordinaires. – La question devrait d'abord être résolue de l'instrument normatif propre à permettre une telle réforme. Ce que le pouvoir réglementaire a pu faire dans le cadre du décret du 3 avril 2020, après que la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 a déclaré l'état d'urgence sanitaire et sur fond, a-t-on notamment dit, de continuité du service public, il n'est pas acquis qu'il le puisse de la même façon en temps normal. L'interrogation est au moins double, que l'on se contentera de formuler faute de savoir trancher.

4 - Compétence de la loi ou du règlement ? – La question se poserait au premier chef de savoir si la compétence serait en la matière celle de la loi ou du règlement.

D'un côté, il est vrai, les formalités de l'instrumentation notariale procèdent largement du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971. De même, la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, qui a fait entrer l'acte authentique électronique dans le Code civil, a renvoyé à un décret les conditions de son établissement et de sa conservation ; encore qu'il se soit en large part agi à l'époque de prendre date, les conditions de l'écriture, de la signature et de l'archivage électroniques n'ayant pu être matériellement définies que 5 ans plus tard, dans le décret n° 2005-973 du 10 août 2005 (*C. civ.*, art. 1369, al. 2 [ancien art. 1317]). Enfin, le Conseil d'État, saisi en référé, vient de rejeter une requête

² *Const.* 4 oct. 1958, art. 37-1.

en suspension du décret de 2020, non seulement en invoquant l'urgence mais aussi en débordant sur des questions de fond³.

Ceci étant, d'un autre côté, le débat n'était que partiellement ouvert, dans le cadre de cette procédure de référé, de la légalité d'un texte réglementaire qui composerait avec les garanties de l'authenticité⁴. De plus, ordonner la suspension d'un texte pris pour répondre à l'urgence sanitaire aurait pu paraître en la circonstance manquer d'opportunité. Enfin, on se souvient que, tout juste un an après que Jacques Flour a eu montré, dans sa célèbre étude déjà plusieurs fois rappelée, combien l'habilitation des clercs touchait aux fondements mêmes de l'authenticité, le législateur est intervenu, en 1973, pour légaliser spécialement cette entorse en l'inscrivant dans la loi de ventôse an XI⁵.

REMARQUE

→ Ceci rejoint sans doute, plus largement, l'idée que les principes qui fondent la compétence des notaires comme la disposition de l'acte authentique relèvent avant tout de la loi.

5 - Sort des dispositions législatives prescrivant la présence du notaire ? – Là n'est pas tout. Il faudrait encore de se demander

si les dispositions de nature législative dont il a déjà été fait mention, qui requièrent un ou plusieurs consentements reçus « devant notaire » ou « en présence » d'un ou deux notaires, n'appelleraient pas en toute hypothèse une intervention de la loi si un acte notarié avec comparution à distance devait être admis⁶. Pour cause, les différents accommodements que l'urgence sanitaire a pu faire admettre dans l'application et dans l'interprétation du décret du 3 avril 2020 perdraient, en temps

³ *CE*, ord. réf., 15 avr. 2020, n° 439992 : *JurisData* n° 2020-005320 ; *JCP N* 2020, n° 17, act. 397, obs. P. Noual.

⁴ Trois observations simplement. D'abord, il eût été plus exact de se placer sur le terrain de la réception ou de la vérification personnelle par le notaire de l'identité et du consentement que sur celui de l'instrumentation authentique sans comparution des parties, puisqu'il en va ainsi en cas de procuration notariée. Ensuite, la question n'était pas spécifiquement posée des textes de lois qui se réfèrent à un acte « devant » ou « en présence » d'un notaire, possiblement parce que l'urgence permettait de passer outre ainsi qu'on l'a montré dans la première partie de cette étude (*JCP N* 2020, n° 21-22, 1113, n° 19). Enfin, la décision ne sera pas même mentionnée aux tables du Recueil Lebon.

⁵ *L.* n° 73-546, 25 juin 1973, art. 18 modifiant *L. 25 ventôse an XI*, art. 10.

⁶ Notamment, et pour s'en tenir au Code civil : « devant notaire » : *C. civ.*, art. 348-3 (consentement à l'adoption), 403 (tutelle testamentaire), 788 (acceptation à concurrence de l'actif net), 804, al. 2 (renonciation à succession), 931 et 933, al. 2 (donation et procuration pour accepter), 1035 (acte portant révocation d'un testament) et 1346-2 (subrogation *ex parte debitoris*). – « en présence » d'un ou deux notaires : *C. civ.*, art. 930, al. 1^{er} (RAAR), 973 et 979, al. 1^{er} (testament authentique et mystique). – « devant notaire, en la présence et avec le consentement simultané » des personnes parties ou de leurs mandataires : *C. civ.*, art. 1394, al. 1^{er} (convention matrimoniale).

Le nouvel acte notarié à distance supposerait de façon tout à fait différente de repenser la réception de l'acte qui est au cœur de l'authenticité

ordinaire, le fondement qu'ils ont conjoncturellement trouvé dans les nécessités du moment⁷. S'il fallait donc que le temporaire devienne un jour permanent, la réflexion devrait cette fois-ci être véritablement conduite de la pérennité de ces dispositions législatives. Car, d'une part, il n'existe pas en droit d'abrogation par désuétude, d'autre part et peut-être surtout, les hésitations que l'abrogation implicite emporte en pratique sont suffisamment importantes pour devoir être prévenues⁸. On a déjà dit en effet le risque de réversibilité de l'argument consistant, pour écarter la lettre d'un texte ancien, à faire valoir l'esprit d'un texte nouveau, lequel texte nouveau aurait pourtant pu modifier le texte ancien et ne l'a précisément pas fait⁹. Bref, si le législateur entend abroger des textes jugés anciens qu'il le dise et qu'il mesure d'ailleurs à cette occasion que, sans être purement descriptifs, ces textes participent à la définition de la réception de l'acte notarié et expriment à leur manière la nécessité consubstantielle de la réception telle que Flour, là encore, l'avait lumineusement montré¹⁰. Par où le choix de l'instrument normatif rejoint bien le fond du droit.

2. Questions substantielles

6 - Entre doutes et réticences. – Ces interrogations levées quant aux formes, la question de fond resterait entière : celle de savoir s'il serait envisageable et opportun de consacrer demain, et pour les temps ordinaires, un acte notarié sans comparaison ou présence physique des parties. Flour rappelait que « c'est à ses amis que l'on doit, d'abord, la vérité », ou du moins celle que l'on fait sienne¹¹. Elle oblige ici à faire part de ses doutes, et plus encore de ses réticences, tant en droit qu'en opportunité. Ce qui n'interdit évidemment pas de réfléchir à d'autres solutions afin de répondre à des nécessités pratiques, pour autant que les besoins soient avérés et que les réponses puissent être trouvées dans le respect des exigences de l'authenticité.

7 - Risques d'un démembrement de l'authenticité. – En droit, comme il a été dit, l'acte notarié à distance est sans analogie possible avec l'acte authentique papier et l'acte authentique électronique. Alors que jusqu'à présent le pouvoir normatif s'est toujours efforcé de faire en sorte que le numérique demeure un instrument au service de la substitution d'un support de rédac-

tion à un autre (l'électronique au papier) et d'un mode de conservation à un autre (le MICEN à l'archivage papier), le nouvel acte notarié à distance supposerait de façon tout à fait différente de repenser la réception de l'acte qui est au cœur de l'authenticité.

L'office du notaire, on l'a longuement montré dans la première partie de cette étude, ne serait plus rempli comme il l'est classiquement, pour la raison décisive que la distanciation ne lui permet pas d'accomplir par ses seuls sens toutes les vérifications d'identité ni le recueil définitif des consentements en ce qu'ils s'expriment dans la signature des parties¹².

8 - Partage de prérogatives notariales. – L'urgence sanitaire, et plus encore l'obligation de confinement qui s'est brutalement imposée en France comme ailleurs, ont certes pu expliquer un temps que l'on prenne quelques libertés avec les principes, mais on ne pourrait en revanche occulter les incidences d'un tel dispositif si l'on voulait le pérenniser. Ce serait dissocier ce qui, dans l'authenticité, forme un tout. Ce serait, en l'état des moyens technologiques dont on dispose, si sécurisés soient-ils, concéder un partage avec un tiers de prérogatives, sinon de missions inhérentes au statut d'officier public ministériel : la vérification de l'identité des parties ou d'autres personnes concourant à l'acte, et celle de l'expression définitive de leur consentement ou de leur déclaration par l'apposition de leurs signatures.

Dit autrement, ce serait accréditer la possibilité d'un démembrement des fonctions notariales sans que les attributs de l'acte ne s'en ressentent. En sorte que l'on ne peut manquer de se demander si ce ne serait pas par un effet d'entraînement – mieux vaut poser la question au risque de paraître inconvenant – accréditer l'idée d'actes partagés. Le souvenir est trop récent du très regrettable démembrement de l'authenticité que le législateur a cru pouvoir permettre dans le divorce et la séparation de corps par consentement mutuel sans juge pour que l'on balaie cette crainte d'un revers de la main¹³. Qui plus est, faut-il le rappeler, à une époque où l'acte sous signature privé contresigné par avocat emporte certification d'identité et de signature, où le législateur lui a fait acquérir le bénéfice de la force probante jusqu'à inscription de faux quant à son origine et le bénéfice de la dispense de mention manuscrite (*C. civ.*, art. 1374) ; et alors que l'attribution de la force exécutoire, qui serait assurément un non-sens ne serait-ce qu'en termes institutionnels¹⁴, n'est plus

7 V. *supra* JCP N 2020, n° 21-22, 1113, n° 19.

8 Fr. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit* : Dalloz, 11^e éd., 2019, n° 549 et 550.

9 V. *supra* JCP N 2020, n° 21-22, 1113, n° 19.

10 J. Flour, *Sur une notion nouvelle de l'authenticité* : Defrénois 1972, art. 30159, p. 977.

11 J. Flour, *préc. note 10, spéc. n° 40*.

12 Sur ces faiblesses structurelles de l'acte à distance, le recours qu'il impose à une certification de signature par un prestataire informatique et les conséquences qui en résultent sur le processus d'authentification, V. JCP N 2020, n° 21-22, 1113, n° 12.

13 C'était du reste le fait de la loi et non d'un décret. – Rapp. *supra* n° 4.

14 V. not. Y. Gaudemet, *L'acte d'avocat : une analyse publiciste*, in *Mél. Ch. Larroumet* : *Économica*, 2010, p. 181.

seulement de l'ordre des revendications professionnelles mais a pris la forme d'un débat ouvert par la Chancellerie à l'occasion de l'instauration d'une commission ; la même Chancellerie, qui y avait opposé à diverses reprises, et récemment encore, une très juste fin de non-recevoir...¹⁵

9 - Éventualité d'une certification par la profession ? – On objectera peut-être, pour prévenir la critique d'un démembrement de l'authenticité, la perspective d'une certification de signature réalisée par la profession elle-même. Sans préjuger évidemment de l'opportunité pour une profession de se doter d'instruments techniques propres, comme le notariat a toujours su le faire, la vérité oblige à dire que le rempart serait bien fragile sinon illusoire pour la question qui nous retient. On l'a dit, la difficulté n'est pas seulement technique, elle est d'abord et avant tout juridique. Une sécurité informatique, si parfaite soit-elle, si étroitement contrôlée par la profession puisse-t-elle être, ne saurait remplacer l'habilitation personnelle du notaire en tant qu'agent public de la légalité. La « réception » de l'acte notarié, qui confère les attributs de l'authenticité, dépend tout entière des vérifications personnellement accomplies par le notaire instrumentaire : elles sont la raison d'être de la confiance hors du commun que la loi accorde au notaire auquel elle confie ce pouvoir d'authentification¹⁶. Tout ceci est étranger aux garanties du corps professionnel qui intéressent la prévention et la mutualisation des risques.

10 - Risques inhérents au recul de la solennité. – En outre, la question de l'identité du tiers certificateur laisserait en toute hypothèse intacte celle de la solennité de l'acte authentique, en tant que forme instrumentaire, et avec elle des garanties de bonne réception des conseils prodigués par l'officier public, d'existence et d'intégrité du consentement ainsi que de confidentialité des échanges. Le notariat sait mieux que quiconque qu'il serait aussi réducteur qu'aventureux de se contenter de se draper dans l'étendard de la modernité pour réduire le formalisme de l'acte notarié à une symbolique désuète.

L'acte authentique n'est pas un acte ordinaire. S'il requiert la présence physique du notaire aux côtés de celui qui s'engage, c'est aussi que celle-ci contribue à l'expression d'un consente-

ment libre et éclairé. Et s'il doit être en principe reçu à l'étude (bureau annexe compris le cas échéant), c'est que celle-ci est le lieu de l'office public, celui où l'officier public ministériel fait passer l'acte souscrit devant lui de la sphère privée à la sphère publique en l'authentifiant. Seule la nécessité permet une réception à l'extérieur, en un lieu en toute hypothèse compatible avec la dignité des fonctions et la confidentialité des échanges qu'imposent le secret professionnel mais aussi l'intégrité du consentement¹⁷.

11 - Garanties notariales et réalités virtuelles. – Or comment satisfaire à pareilles exigences sans comparution physique des parties, dans un lieu dont le notaire ne sait rien d'autre que les quelques centimètres carrés que la caméra de son interlocuteur lui permet d'apercevoir et sous l'angle qu'on a bien voulu lui donner ? Là aussi, les nécessités du moment ont pu conduire les auteurs du décret du 3 avril 2020 à prendre, le temps de la crise, quelques libertés avec les principes¹⁸. Mais les questions ne pourraient évidemment être occultées s'il devait être question de pérenniser un tel dispositif. Ainsi qu'on l'a très justement observé, « il serait [...] dangereux, s'agissant d'établir la réalité d'un accord, d'assimiler à la constatation faite sur le vif du consentement d'un présent, la constatation faite sur écran du consentement d'un absent »¹⁹. Chacun sait qu'une image ne dit pas tout. Comment s'assurer que celui qui s'appête à consentir ou à déclarer ne subit pas de pression ? Qu'il est seul dans la pièce où il s'exprime ? Qu'il ne lit pas sur quelque papier ou prompteur un texte préparé à l'avance, qui ne reflète pas sa volonté ? Comment, à partir d'une simple image, vérifier que le consentement n'est pas surpris, ou découvrir que la volonté exprimée est incertaine, fluctuante..., bref, qu'elle n'est pas encore fixée ou qu'elle l'est insuffisamment pour valoir engagement définitif ? En outre, s'il advenait que l'obstacle technique précédemment évoqué, tenant à l'impossibilité pour un acte authentique électronique de recevoir la signature de deux notaires au moyen chacun de leurs clés REAL, venait à être levé, les garanties seraient-elles réunies pour recevoir un testament authentique, qui pourrait du reste déjà être reçu en présence de deux témoins en place du second notaire²⁰ ? Et pense-t-on sérieusement que les conditions seraient réunies pour recevoir une renonciation anticipée à l'action en réduction, qui suppose une comparution du renonçant en la seule présence des deux notaires ? Si nombre d'actes sont, aussi légitimement qu'opportunément, de la compétence réservée du notaire, c'est aussi en raison des

15 V. le discours de J.-J. Urvoas, prononcé le 27 janvier 2017 à l'occasion de l'assemblée générale statutaire de la conférence des bâtonniers (http://cnb.avocat.fr/Discours-de-Monsieur-Jean-Jacques-URVOAS-garde-des-sceaux-le-27-janvier-2017-a-l-occasion-de-l-AG-statutaire-de-la_a2896.html) : « En l'état, l'acte d'avocat ne peut être doté de la force exécutoire, car son auteur n'est pas officier public et ministériel. Ce n'est pas une question de compétence, c'est une question de statut. Conférer la force exécutoire suppose d'avoir reçu une parcelle d'autorité publique. Et seuls les officiers publics et ministériels en sont dotés, avec les conséquences qui y sont attachées ». – Adde *supra* JCP N 2020, n° 21-22, 1113, n° 11 et la note.

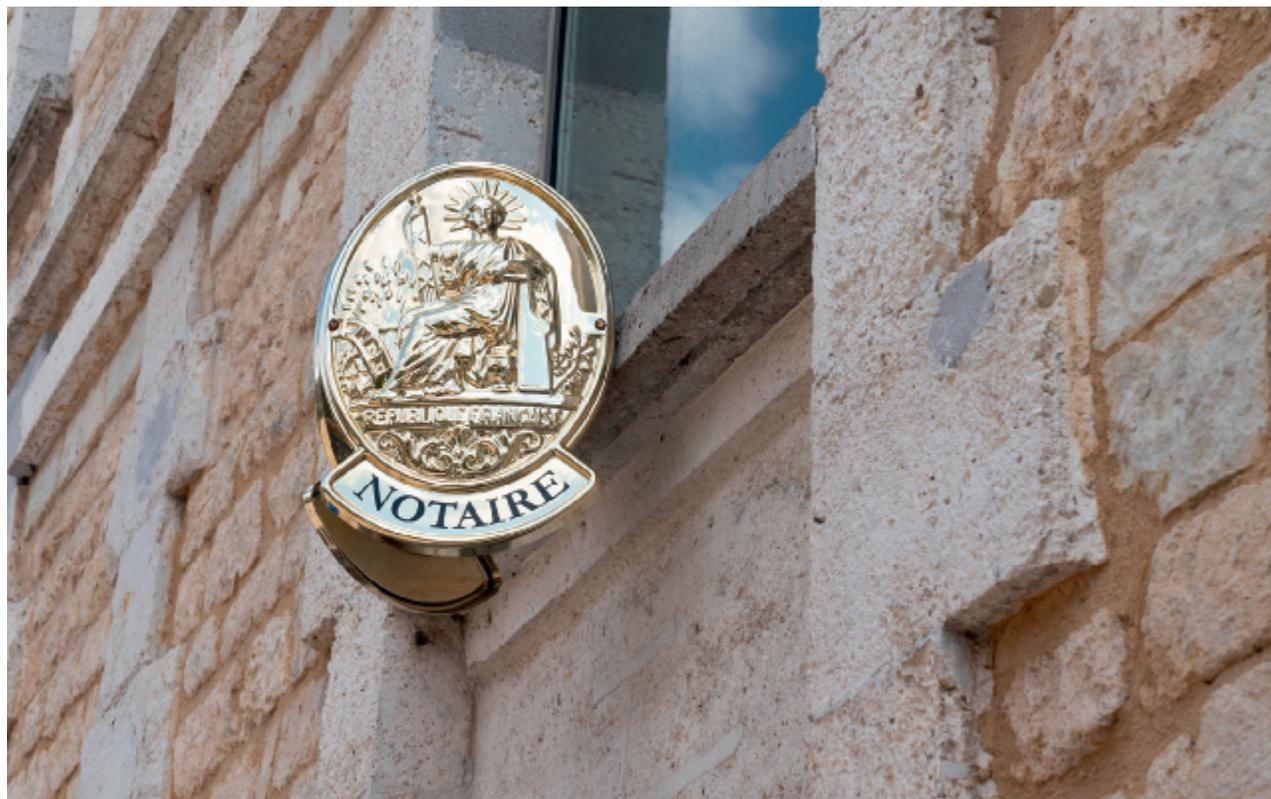
16 Ce qu'encore une fois Flour avait admirablement démontré (*préc. note 10*). – V. égal. JCP N 2020, n° 21-22, 1113, n° 5 s.

17 V. D. n° 71-942, 26 nov. 1971, art. 10. – Règl. national et règl. inter-cours de la profession notariale, 24 déc. 2009, art. 12. – L'exigence est traditionnelle : V. Rolland de Villargues, *Répertoire du notariat*, t. 1, 1840, V° Acte notarié, n° 264 et s.

18 V. JCP N 2020, n° 21-22, 1113, n° 12.

19 M. Grimaldi et B. Reynis, *L'acte authentique électronique* : Defrénois 2003, p. 1023, n° 11.

20 V. JCP N 2020, n° 21-22, 1113, n° 20.



© OCEANPROD - GETTY

garanties qu'offre la solennité, et l'importance du formalisme ne peut être détachée des attributs considérables de l'acte notarié²¹. Il faut, comme l'écrivait si justement Catala, « avancer avec une extrême prudence pour ne pas dépouiller l'acte de ce qui justifie la force particulière de ses effets »²².

12 - Éventualité d'une limitation du champ d'application matériel ? – Les uns feront peut-être valoir que la comparution à distance devrait être réservée à certains actes, à l'exclusion notamment de ceux qui viennent d'être pris pour exemple. Les autres ajouteront peut-être que la comparution physique devrait demeurer le principe, la distance entre le notaire et les parties n'étant que l'exception. Réapparaîtrait en somme, moyennant le cas échéant des ajustements, une liste d'actes de l'ordre de celle qui était hier, et pour quelques mois encore, de la compétence des clerks habilités. Il n'est plus temps de revenir sur les atteintes au fondement de l'authenticité qui pouvaient résulter de l'habilitation – indépendamment bien entendu des compétences que

celle-ci réunissait –, mais il l'est en revanche de formuler deux observations. En premier lieu, les termes de la question différaient notablement : si l'habilitation des clerks a supposé une liste d'actes, c'est que sans elle leurs pouvoirs auraient été privés de fondement, et si cette liste pouvait difficilement être générale, c'est possiblement aussi qu'une telle solution aurait fini par conduire à s'interroger sur les pouvoirs propres du notaire. En second lieu, les conséquences n'en seraient pas moins là : s'accréditerait l'idée d'une forme de hiérarchie, entre des actes de première importance et des actes de seconde importance. Ce qui, d'une part, pourrait bien finir par fragiliser l'unité de l'acte notarié, puisque c'est on l'a dit la réception, et donc le cœur même de l'authenticité qui est ici en cause ; et ce qui, d'autre part, ne serait assurément pas sans risque pour les actes relégués dans la seconde catégorie, qui ne cesseraient de se rapprocher, dans l'esprit de ceux qui les concluent du moins, des actes sous seing privé, parmi lesquels l'acte électronique contresigné. Les considérations juridiques rejoignent alors les considérations d'opportunité.

21 Michel Grimaldi prévient en ces termes : « puisse [le notaire] ne pas oublier qu'une critique du formalisme, de son rythme et de son coût, est aussi peu ou prou une contestation de sa raison d'être » (*La scie ou la balle...* : Defrénois 2011, p. 1569).

22 P. Catala, *Le formalisme et les nouvelles technologies* : Defrénois 2000, p. 897, n° 23. – Rapp. J. Flour, préc. note 10 : « Un principe de saine méthode veut qu'il y ait toujours concordance logique entre la définition d'une notion juridique – ici, celle de réception – et les effets qui lui sont attachés par la loi : il faut que les effets soient commandés et justifiés par la définition ».

13 - Risques de dévaluation. – En opportunité, non plus, on ne saurait faire l'économie d'un débat sur les risques de dévaluation que les facilités d'accomplissement à distance pourraient faire encourir à l'acte notarié en contrepartie des avantages qu'on voudrait en attendre. On s'accordera sans doute à reconnaître qu'il serait trop rapide, pour justifier cette concession supplémentaire à l'instantanéité, de se contenter d'affirmer

qu'elle réhausse l'acte authentique. Il faudrait mettre en balance le risque de lui faire perdre une partie de son prestige.

REMARQUE

→ Rappelons au préalable que le débat sur l'acte notarié et la modernité numérique a déjà eu lieu, après que la loi du 13 mars 2000 a permis l'acte authentique électronique et avant que le décret du 10 août 2005 n'en précise les conditions de mise en œuvre. Et à cette époque, pas si lointaine, ce débat avait été clos par un rejet dûment étayé et unanime d'un acte à distance qui abolirait la condition de comparution physique des parties²³. D'où la question de savoir ce qui justifierait que le débat soit aujourd'hui réouvert.

14 - **Vers un consumérisme numérique ?** – Sans doute faut-il composer avec une clientèle qui se dit toujours plus affairée et toujours moins mobile, pour certaines occupations du moins, et qui voit quotidiennement croître les facilités des opérations à distance, depuis un ordinateur ou un simple téléphone, sans contrainte de lieu ni même d'horaire. Ceci dit, il n'est probablement pas illégitime de continuer à faire comprendre qu'un acte authentique vaut bien un déplacement jusqu'à un notaire, ce d'autant que les distances se réduisent à plus d'un titre : avec le maillage territorial, bien entendu, mais aussi avec les facilités offertes par l'acte électronique notarié entre parties distantes, sur lequel on reviendra, qui permet depuis quelques mois de relier l'hexagone en étant physiquement présent aux côtés de son notaire²⁴.

15 - **Vers davantage de confusions ?** – Au-delà, on ne peut sous-estimer le risque que l'on prendrait, pour satisfaire les exigences d'une clientèle, à reléguer dans l'opinion commune la réception de l'acte notarié au rang de formalité secondaire. L'acte notarié est fait pour tous ; la protection, la sécurité et l'égalité d'accès qu'assure le service public de l'activité notariale bénéficient à tous. Est-ce alors si infondé de redouter que, chemin faisant, l'acte notarié ne finisse, dans l'esprit d'une clientèle affairée mais aussi moins affairée, professionnelle mais aussi privée, avertie mais aussi profane, par se détacher bel et bien de la qualité d'officier public de celui qui le reçoit ? Qu'on s'autorise simplement à rappeler ici, sans évidemment confondre les actes, que l'une des différences extérieures les plus manifestes entre l'acte électronique notarié et l'acte électronique contresigné par avocat, tient précisément à ce jour à ce que le premier ne peut être reçu qu'en la présence physique du notaire, tandis que le

second pourrait l'être sans la présence physique de l'avocat, par un acte électronique à distance²⁵...

16 - **De lege lata : éprouver l'existant.** – Tout ceci ne signifie pas qu'il n'y ait aucun enseignement à tirer de cette traversée de la crise sanitaire, ni, faut-il le préciser, que l'on se complaise à s'arc-bouter sur des principes en restant sourd aux nécessités, avérées, de la pratique.

De lege lata, avant tout, au fur et à mesure que la vie reprendra un cours plus ordinaire – possiblement d'ailleurs, on peut du moins l'espérer, avant même que le décret d'avril 2020 ne disparaisse de l'ordonnancement juridique –, différentes possibilités se réouvriront, qui permettent déjà de composer avec les difficultés matérielles qu'il peut y avoir à réunir simultanément les parties, tout en garantissant leur comparution physique. La plupart sont anciennes, dont le notariat sait faire le meilleur usage et qui ont continué à être mobilisées le temps de la crise lorsque du moins les conditions sanitaires étaient réunies. Parmi elles, les traditionnelles procurations notariées et l'expression échelonnée des consentements là où elle est admise. À quoi s'ajoute une faculté en pratique bien plus récente : l'acte entre parties distantes, déjà évoqué, qui garantit à chacune des parties ou personnes concourant à l'acte, bien que distantes les unes des autres, la présence physique à ses côtés d'un notaire de part et d'autre de la chaîne numérique. Permis dès le décret du 10 août 2005²⁶, l'instrument n'a été déployé qu'au cours des derniers mois, après qu'un minutieux travail de la profession a permis de réunir les garanties requises pour sa mise en œuvre : la première démonstration officielle en a été faite en septembre 2017, lors du 113^e Congrès des notaires²⁷, et le premier acte a été signé pour ce que l'on sait le 10 octobre 2018²⁸. Le recul manque alors pour apprécier l'usage de ce nouvel instrument, respectueux des exigences de l'authenticité, et la façon dont il sera reçu par les intéressés.

17 - **De lege feranda : porter remède aux difficultés de l'étranger.** – *De lege ferenda*, au demeurant, on peut s'interroger sur l'usage d'un acte à distance aux fins de porter remède à la situation des Français de l'étranger et plus largement des étrangers devant recourir à un notaire français. Chacun sait les difficultés contemporaines, sinon l'impasse dans laquelle on peut se trouver depuis la disparition des attributions notariales des postes diplomatiques et consulaires, pour obtenir, sans un déplace-

23 V. P. Catala, *préc. note 23, spéc. n° 20*. – M. Grimaldi et B. Reymis, *préc. note 19, spéc. n° 6, 11 et 13*. – L. Aynès (*ss dir.*), *L'authenticité - Droit, histoire et philosophie : Doc. fr., 2013, n° 124*. – Rapp. A. Raynouard, *Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique : Defrénois 2003, p. 1117, n° 22-23, préc. in JCP N 2020, n° 21-22, 1113, n° 9, note 11*.

24 *Infra n° 16*.

25 V. M. Julienne, *L'acte juridique immatériel, in L'immatériel et le droit : Fondation Varenne, 2017, p. 73, spéc. n° 14 et 20*, montrant notamment combien le recours à la technique diffère d'une constatation personnelle.

26 D. n° 2005-973, 10 août 2005, modifiant D. n° 71-942, 26 nov. 1971, art. 20 aux termes duquel : « Lorsqu'une partie ou toute autre personne concourant à un acte n'est ni présente ni représentée devant le notaire instrumentaire, son consentement ou sa déclaration est recueilli par un autre notaire devant lequel elle comparait et qui participe à l'établissement de l'acte ».

27 113^e Congrès des notaires. 3^e commission, #Numérique. Lille, 19 sept. 2017.

28 CSN, communiqué, 10 oct. 2018 : JCP N 2018, n° 42, act. 821.

On peut s'interroger sur l'usage d'un acte à distance aux fins de porter remède à la situation des Français de l'étranger et plus largement des étrangers devant recourir à un notaire français

ment physique en France, ne serait-ce qu'une procuration authentique²⁹. La loi ne pourrait-elle permettre, pour y remédier, que les ambassades et consulats, qui sont des « enclaves » françaises à l'étranger couvertes par les immunités de la Convention de Vienne, mettent à disposition des expatriés et des ressortissants étrangers un local dédié et un matériel informatique adéquat leur permettant de consentir à une procuration authentique ou même à un acte authentique substantiel, répondant ainsi à une véritable difficulté de notre époque³⁰ ?

18 - Authentification délocalisée. – Ce serait offrir, depuis la France et jusque dans les locaux consulaires français, non seulement les compétences mais aussi le pouvoir d'instrumenter d'un notaire français, tout en permettant d'ailleurs la conservation des actes au MICEN. Justifiée par les besoins particuliers de la cause, cette forme d'authentification délocalisée resterait, nous semble-t-il, aussi respectueuse que possible des principes de l'authenticité, dès lors qu'elle ne serait admise qu'en un lieu public, dans un local dédié de l'ambassade ou du consulat³¹. Une proposition de loi relative aux Français établis hors de France, déposée au Sénat en décembre 2019, devrait être l'occasion d'une telle réflexion, encore qu'elle semble bien, dans son dernier état, n'être pas assortie de l'ensemble des garanties qui viennent d'être dites³².

19 - L'authenticité : cultiver un fruit précieux. – En attendant, on ne saurait mieux faire que de renvoyer aux sages conseils de Catala. Alors en effet que la loi du 13 mars 2000 venait d'être votée, Catala rappelait que « l'authenticité ne peut se passer de cette comparution physique du contractant par-devant le témoin privilégié habile à recevoir l'acte »³³ ; et s'il prévenait déjà que « des audaces plus grandes seront sans doute conçues et, tôt ou tard, éprouvées », « par exemple, la confection simultanée

en temps réel de télé-contrats authentiques, combinant les vidéoconférences, les « e-mails » et d'autres technologiques véhiculant l'écriture, l'image ou la parole », c'était pour mieux conclure : « le notariat doit faire preuve de sagesse, alors même qu'il souhaite ne pas affronter la concurrence sous des couleurs fanées. La raison postule clairement qu'il ne faut rien concéder

à la modernité qui puisse affaiblir l'acte authentique »³⁴. C'est en effet une pièce essentielle, parmi les meilleures, de notre système juridique qui se joue ici : l'authenticité telle que l'a façonnée la tradition juridique française et dont le notaire est l'un des principaux dépositaires. ■

À retenir

L'urgence n'est pas l'expérimentation législative. Envisager, comme on le suggère déjà, de pérenniser un acte notarié à distance sur le modèle du décret du 3 avril 2020 supposerait de poser le problème comme tel. L'instrument normatif une fois identifié (loi ou règlement), le débat de fond devrait être ouvert et les risques seraient de trois ordres au moins, non sans crainte d'accréditer par un effet d'entraînement l'idée d'un rapprochement de l'acte notarié et de l'acte privé contresigné : risques d'un démembrement de l'authenticité, la distanciation ne permettant pas au notaire d'accomplir par ses seuls sens les vérifications qui traditionnellement lui incombent ; risques inhérents au recul de la solennité, constitutive de l'acte notarié ; et risque chemin faisant d'une érosion des attributs exceptionnels de l'authenticité, qui tirent leurs justifications de la réception des consentements par l'officier public avec les solennités requises. Ceci n'interdit pas pour autant de s'interroger sur les conditions auxquelles un acte à distance pourrait remédier à une réelle difficulté rencontrée depuis l'étranger à la suite en particulier de la disparition des attributions notariales des postes diplomatiques et consulaires.

29 L'arrêté du 28 septembre 2018 déjà cité (*JO 22 déc. 2018 : JCP N 2019, n° 3, act. 143*) ayant abrogé un précédent arrêté du 18 décembre 2017 qui fixait la liste des postes diplomatiques et consulaires compétents.

30 Rapp. notamment *Conv. Vienne sur les relations diplomatiques, 1961, art. 27*.

31 Dont des agents sont du reste investis par ailleurs de compétences en matière d'état civil.

32 Alors que la proposition initiale paraissait supposer la présence des parties dans les locaux du consulat ou de l'ambassade (*Sénat, prop. de loi n° 179, 5 déc. 2019, relative aux Français établis hors de France*), la commission des lois envisagerait apparemment de façon différente, que les parties consentent depuis le lieu de leur choix. Auquel cas, on en reviendrait pour l'essentiel à ce qui vient d'être dit de l'acte notarié sans comparution physique (*Rapp. Sénat n° 364, 4 mars 2020, art. 18*).

33 P. Catala, *préc. note 24, spéc. n° 20*.

34 *Ibid.*, n° 24.