

NOTAIRE

La crise sanitaire a été l'occasion d'introduire en droit français l'acte authentique avec comparution entièrement à distance par visioconférence. Le droit européen des droits de l'homme peut apporter sa pierre à la construction de ce nouvel édifice. Il permet de consacrer un droit d'accès numérique au notaire conférant ainsi au nouveau dispositif son onction. Toutefois, le statut du notaire commande que l'accès numérique soit seulement optionnel et invite à sanctuariser l'accès physique en consacrant en contrepoint du droit d'accès numérique un droit d'accès physique au notaire sur le territoire.

1283

Le droit d'accès au cyber-notaire



Étude rédigée par Corine Dauchez et Jean-Pierre Marguénaud



Corine Dauchez, maître de conférences en droit privé à l'université Paris Nanterre, membre du CEDCACE (EA 3457). Jean-Pierre Marguénaud, agrégé de droit privé et de sciences criminelles, membre de l'IDEDH université de Montpellier

1 - Dématérialisation de la relation entre le notaire et le client.

– La crise de la Covid-19 a provoqué une brutale accélération de la digitalisation des pratiques des citoyens qui allait déjà bon train. Le notariat n'a pas été surpris par ce mouvement, bien au contraire. En effet, la profession est inscrite de longue date dans un vaste chantier de dématérialisation de ses activités¹.

Ainsi, en 1997, elle avait déjà entrepris la construction de son propre réseau intranet sécurisé et s'était lancée, dès le début des années 2000, dans la dématérialisation de ses activités de *back office* avec les services de la Direction générale des impôts². Grâce à la loi du 13 mars 2000³, le notariat est devenu la première profession

1 Le présent article est rédigé par des universitaires membres de la recherche « Notariat et numérique : le cyber-notaire au cœur de la République numérique », portée par le CEDCACE, réalisée sous la direction scientifique de M. Bourassin, C. Dauchez et M. Pichard et avec le soutien de la mission de recherche droit et justice (Conv. n° 218.02.05.37, 5 févr. 2018).

2 C. Dauchez, *La coproduction de la publicité foncière en ligne par l'État et le notariat* : RF adm. publ. 2020, p. 181 et s.

3 L. n° 2000-230, 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature

libérale à se doter d'une certification de signature électronique sécurisée, dont la plupart des États européens ont pu s'inspirer. Le premier acte authentique électronique (AAE), signé en 2008, a ainsi fait entrer le notariat dans la dématérialisation du *front office* de ses activités. Néanmoins, le notaire instrumentaire était toujours en présence de son client.

Un décret du 10 août 2005⁴, finalement mis en pratique en 2018, est allé plus loin dans la dématérialisation de la réception de l'acte notarié. Il a institué l'acte authentique électronique à distance (AAED) qui suppose néanmoins que chacune des parties soit en présence d'un notaire différent, l'un instrumentaire, l'autre en participation, la communication entre tous s'opérant par un moyen de visioconférence agréé par le Conseil supérieur du notariat (CSN). Le premier confinement du printemps 2020 a accentué ce processus de distanciation du client et du notaire instrumentaire en provoquant la création, par le décret du 3 avril 2020⁵, de l'acte authentique avec comparution entièrement à distance (AACD), dispensant de toute présence physique du notaire aux côtés du client, que le décret du 20 novembre 2020⁶ a pérennisé pour la seule procuration notariée. La réception de l'acte à distance, bien qu'elle ait suscité un débat, car la présence physique du notaire avec le client est traditionnellement considérée comme une condition légale de l'authenticité⁷, est désormais consacrée.

2 - L'impulsion des pouvoirs publics. – L'État, agissant en conformité avec la politique numérique impulsée par l'Union européenne, est lui-même engagé dans une politique de dématérialisation de ses relations avec les citoyens : le programme Comité d'action publique 2022 (CAP 22), lancé en 2017, vise d'ailleurs à dématérialiser 100 % des services publics à l'horizon 2020. Aussi, même sans l'accélération provoquée par la Covid-19, il ne fait guère de doute que les officiers publics que sont les notaires ne pouvaient manquer d'être aspirés dans cette spirale.

Dernièrement, la reconnaissance de la compétence technologique de la profession et son « *intention de poursuivre ses investissements entrepris depuis plus de vingt ans dans la dématérialisation* » ont été inscrits dans la convention d'objectifs du

notariat, signée avec l'État le 8 octobre 2020⁸. La convention d'objectifs conclut même en prévoyant un pilotage commun de l'évolution des tarifs entre la Chancellerie et Bercy « *afin d'assurer une visibilité économique aux professionnels leur permettant de poursuivre leur transformation au profit de la clientèle* »⁹. C'est dire, au regard des enjeux et tensions qui se cristallisent autour de la politique tarifaire, toute l'importance que l'État attache à la transformation numérique de la relation client. Crise sanitaire ou non, l'heure du cyber-notaire et de la réception des actes à distance a sonné. La présence physique du notaire auprès du client est appelée à se faire moins systématique.

3 - La recherche d'un équilibre. – Pour autant, ici comme ailleurs, la modernisation ne doit pas se conjuguer avec la déshumanisation. Un juste équilibre devra donc être trouvé. On peut commencer par le chercher en se tournant vers la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) dans la mesure où elle a placé la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sur la voie de la reconnaissance d'un droit d'accès au notaire. Le droit européen des droits de l'homme peut, en effet, opportunément apporter sa pierre à la nouvelle construction de la comparution entièrement à distance, dont les fondations ont été coulées pendant la pandémie. Il permet de consacrer un droit d'accès numérique au notaire, conférant ainsi à l'AACD une légitimité supranationale. Toutefois, le statut d'officier public du notaire commande que l'accès numérique soit seulement une option au traditionnel accès physique.

1. La consécration d'un droit d'accès numérique au notaire

4 - Un accès numérique se justifie parce qu'il permet de renforcer le droit d'accès à l'authentificateur des actes. Il peut se déployer parce que la renonciation au droit de comparaître, c'est-à-dire à la présence physique, est un classique du droit processuel européen.

A. - Le renforcement du droit d'accès à l'authentificateur des actes

5 - Caractère concret et effectif du droit d'accès au notaire. – On sait que, suivant la conception européenne qui fait du notariat un « *chien de garde* »¹⁰ de l'authenticité et par extension du droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6, § 1 de la

électronique : JO 14 mars 2000, texte n° 1.

4 D. n° 2005-973, 10 août 2005, modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires : JO 11 août 2005, texte n° 34.

5 D. n° 2020-395, 3 avr. 2020, autorisant l'acte notarié à distance pendant la période d'urgence sanitaire : JO 4 avr. 2020, texte n° 1.

6 D. n° 2020-1422, 20 nov. 2020, instaurant la procuration notariée à distance : JO 21 nov. 2020, texte n° 25.

7 Sur ce débat, V. not. 117^e Congrès des notaires de France, *Le numérique, l'Homme et le droit*, Nice, 2021, n° 3589. – M. Bourassin, *La consécration opportune et légitime de l'acte authentique avec comparution à distance* : JCP N 2020, n° 51, 1257. – Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, *Un acte notarié à distance pour les temps ordinaires ?* : JCP N 2020, n° 23, 1124.

8 C. Dauchez, *Signature de la première convention d'objectifs du notariat. Vers une « normalisation » des relations entre l'État et le notariat* : JCP N 2020, n° 43, act. 831.

9 Convention d'objectifs du notariat, p. 12.

10 J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme* : JCP N 2015, n° 18, 1147.

Crise sanitaire ou non, l'heure du cyber-notaire et de la réception des actes à distance a sonné

Conv. EDH¹¹, le droit d'accès au notaire est un droit de l'homme à l'accès à l'authentificateur des actes privés dont doivent bénéficier les justiciables en attente de sécurité juridique.

Ce droit d'accès au notaire, à l'instar de ce qui est reconnu pour l'accès au juge civil depuis la célèbre jurisprudence *Airey c/ Irlande*¹², doit être concret et effectif et non pas théorique et illusoire. Toutefois, la voie numérique ne peut que rendre plus concret et plus effectif un tel droit d'accès à l'authentificateur. Ce sera le cas pour le justiciable vivant à l'étranger que les inconvénients et le coût d'un long voyage peuvent matériellement empêcher d'accéder au notaire français. L'introduction de la comparution à distance est d'ailleurs d'autant plus nécessaire que « *les clients vivant à l'étranger, [...] peinent à signer des actes notariés depuis la disparition des attributions notariales de la quasi-totalité des agents diplomatiques et consulaires* »¹³.

Ce sera également le cas pour la personne isolée que les circonstances météorologiques, sanitaires ou médicales peuvent empêcher de sortir de son logis pour une période indéterminée. Tel sera surtout et de plus en plus souvent le cas pour celui qui est tellement habitué à utiliser l'outil numérique, que la perspective de se déplacer systématiquement chez le notaire lui semble désormais aussi incongrue que l'obligation que l'on aurait imposée jadis à qui savait écrire de venir toujours s'exprimer de vive voix.

6 - L'accès numérique au notaire inscrit ainsi les notaires dans l'ère de la modernité numérique dans laquelle les citoyens sont eux-mêmes entrés et aux usages desquels ils doivent s'adapter. Chaque mutation technologique génère sa part de risques et d'inconvénients, mais elle offre aussi des avantages qu'il faut savoir saisir au prix d'un minimum d'efforts d'adaptation.

Les bienfaits de la révolution numérique, qui ont été reconnus en matière de liberté d'expression par l'arrêt de la CEDH du 10 mars 2009¹⁴, puis par la décision du Conseil constitutionnel portant sur la « *Loi favorisant la diffusion et la création sur Internet* » du 10 juin 2009¹⁵, ont également vocation à être pris en compte dans le champ notarial, qu'il s'agisse de l'accueil de la clientèle dans la période de préparation de l'acte ou lors de sa réception ; de la délivrance de conseils ou de la diffusion d'informations en dehors de toute perspective de conclusion d'acte.

11 J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme* : JCP N 2015, n° 18, 1147.

12 CEDH, 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c/ Irlande* : JurisData n° 1979-300012.

13 M. Bourassin, *La consécration opportune et légitime de l'acte authentique avec comparution à distance* : JCP N 2020, n° 51, 1257, n° 7.

14 CEDH, 10 mars 2009, n° 3002/03 et 23676/03, *Times Newspaper Ltd c/ Royaume-Uni*.

15 Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : JurisData n° 2009-024431 ; JCP G 2009, 101, note J.-Ph. Feldman.

7 - Adéquation aux évolutions juridiques et pratiques. – Dans ces conditions de renforcement

concret et effectif et non théorique et illusoire du droit d'accès à l'authentificateur, qui participe du renforcement de l'accès au droit des citoyens, on ne peut qu'approuver les dispositions de la loi du 18 novembre 2016 qui imposent au notaire de proposer une relation numérique à sa clientèle ainsi que des services en ligne¹⁶. De même, on peut saluer les efforts de la profession notariale visant à développer les sites Internet des offices, se conformant ainsi aux préconisations européennes¹⁷.

Dans le même ordre d'idées, la convention d'objectifs du notariat, signée en 2020, qui incite fortement les notaires à développer les interactions distantes avec les clients, se concilie parfaitement avec la conception européanisée du droit d'accès au notaire. Quant à la phase d'expérimentation ouverte par le décret du 20 novembre 2020 pour vérifier la pertinence d'une éventuelle extension de l'AACD à d'autres actes que la procuration, elle ne peut être que favorablement accueillie dans la mesure où elle déboucherait sur la généralisation de l'accès numérique au notaire¹⁸. Une telle solution serait préférable au maintien du seul accès physique au notaire, car elle ouvrirait la voie à la modernité garante d'une meilleure effectivité tout en ménageant la possibilité de réserver les cas éventuels où le notaire exerçant ses missions de vérification considérerait obligatoire la présence physique du client¹⁹.

Elle se situerait dans le prolongement de la décision du Conseil d'État, qui a rejeté la demande de suspension du décret du 3 avril 2020 qui autorisait l'AACD, pendant la période d'urgence sanitaire pour assurer la continuité du service public notarial. La Haute Juridiction administrative a, en effet, admis que la dérogation apportée aux modalités de réception des actes n'était que temporaire et qu'aucune disposition législative n'indiquait « *que la mission du notaire instrumentaire ne puisse être accomplie que dans le cas d'une comparution physique des parties* »²⁰. Urgence sanitaire ou non, le droit positif n'impose nullement la comparution physique des parties devant le notaire ; ce que

16 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 3, I et III, de modernisation de la Justice du XXI^e siècle : JO 19 nov. 2016, texte n° 1.

17 CEDH, 10 mars 2009, n° 3002/03 et 23676/03, *Times Newspaper Ltd c/ Royaume-Uni* : « grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grande quantité de données, les sites internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, d'une manière générale, à faciliter la circulation de l'information ».

18 V. l'orientation des travaux du 117^e Congrès des notaires de France, Nice, 2021, n° 3618 : « La limitation actuelle de l'AACD à la procuration notariale n'est certainement qu'une étape avant sa généralisation ».

19 Sur la vérification du consentement du client par le notaire et le caractère facultatif du recours à l'AACD, V. 117^e Congrès des notaires de France, Nice, 2021, n° 3622 et 3623.

20 CE, ord. réf., 15 avr. 2020, n° 439992 : JurisData n° 2020-005320 ; Dr. famille 2020, alerte 64, obs. J. Couard ; JCP N 2020, n° 17, act. 397, obs. P. Noual.

confirme le décret du 20 novembre 2020 pérennisant l'AACD qui n'est pas un texte d'exception²¹.

8 - La reconnaissance d'un droit d'accès numérique au notaire se justifie d'autant plus aisément qu'elle se situerait dans une logique de renonciation au droit de comparaître déjà largement admise par la Cour EDH.

B. - La renonciation au droit de comparaître

9 - **Admission de la renonciation au droit de comparaître.** – C'est surtout en matière pénale que se pose la question de la présence physique devant le juge qui, à l'évidence, n'est pas un « magistrat de l'amiable ». Quoique non mentionnée en termes exprès au § 1 de l'article 6 de la Conv. EDH, la faculté pour l'« accusé » de prendre part à l'audience découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'article. L'exercice des droits à « se défendre lui-même », à « interroger ou faire interroger les témoins » et à « se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience », qui sont nommément reconnus, ne se conçoit guère sans sa présence. Cependant, la Cour EDH a admis, sans la moindre difficulté, la renonciation à ce droit de comparaître. C'est ainsi que, par ses arrêts de grande chambre *Sejdovic c/ Italie* du 1^{er} mars 2006²² et *Hermi c/ Italie* du 18 octobre 2006²³, elle a fermement rappelé que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Conv. EDH n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré aux garanties d'un procès équitable de manière expresse ou tacite.

10 - La renonciation au droit de comparaître devant le juge n'est pourtant pas sans incidence sur la matière civile. On sait en effet que c'est la clef de voute du système de reconnaissance de l'arbitrage par la CEDH depuis son arrêt *Deweer c/ Belgique* du 27 février 1980²⁴. D'après le professeur Frédéric Sudre, ces principes favorables à la renonciation en matière d'arbitrage paraissent d'ailleurs transposables au mode amiable de règlement des litiges (médiation, conciliation) en plein développement²⁵. Il devrait en aller de même pour le « magistrat de l'amiable » dont le rôle est davantage de concilier et certainement pas de décider.

11 - **Réserves formulées par la CEDH.** – La CEDH, plus particulièrement en matière pénale, a cependant précisé que pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Conv. EDH, la re-

nonciation au droit de prendre part à l'audience doit se trouver établie de manière non équivoque ; s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité et ne se heurter à aucun intérêt public important.

L'AACD devrait répondre aux exigences de la CEDH, dès lors que le justiciable a renoncé sans équivoque à la comparution physique et que la comparution à distance est entourée de sérieuses garanties (présence numérique *via* un système de visio-conférence sécurisé et signature électronique qualifiée)²⁶.

Enfin, les enjeux de la renonciation au droit d'accéder à l'authentificateur de l'acte sont certainement d'une toute autre nature que ceux attachés à la renonciation au droit de comparaître au procès pénal. En effet, la présence physique est une garantie du procès équitable. Toutefois, la fonction du « magistrat de l'amiable », expression que la CEDH a bien pris la précaution de placer entre guillemets dans la fameuse décision *Ana Ionita c/ Roumanie* du 21 mars 2017²⁷, n'est pas de juger les justiciables qui requièrent son intervention.

Le notaire ne tranche pas un litige et ne condamne personne lorsqu'il reçoit les clients au cours d'un rendez-vous qui n'est pas véritablement une audience, bien qu'il les entende. Le notaire donne force de vérité officielle aux conventions privées qu'il reçoit en toute impartialité, tout en veillant à l'équilibre des intérêts de chacune des parties. Comparissant devant lui, les justiciables, s'ils ont besoin d'être entendus, n'ont donc nullement besoin de se défendre.

De même, les réserves formulées par la CEDH, auxquelles font écho les récentes décisions du Conseil d'État du 27 novembre 2020²⁸ et du Conseil constitutionnel du 15 janvier 2021²⁹ semblant diriger vers la généralisation du principe de présence physique dans le procès pénal, auront certainement moins de raisons d'être dans le domaine d'activité de l'authentificateur des actes privés.

12 - Ce plaidoyer en faveur de la reconnaissance d'un droit d'accès numérique au notaire ne devra en aucun cas être compris comme un moyen de préparer les esprits au passage à l'accès numérique obligatoire. Le statut du notaire commande en effet d'aménager une place de choix à l'accès humain, présentiel et physique : l'accès numérique au notaire doit être optionnel.

21 M. Bourassin, *La consécration opportune et légitime de l'acte authentique avec comparution à distance* : JCP N 2020, n° 51, 1257, n° 3.

22 CEDH, gde ch., 1^{er} mars 2006, n° 56581/00, *Sejdovic c/ Italie*.

23 CEDH, gde ch., 18 oct. 2006, n° 18114/02, *Hermi c/ Italie* : JCP G 2007, II, 10050, note D. Szymczak.

24 CEDH, 27 févr. 1980, n° 6903/75, *Deweer c/ Belgique*.

25 Fr. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme* : PUF, coll. *Droit fondamental*, 15^e éd., 2021, p. 573.

26 D. n° 71-941, 26 nov. 1971, art. 20-1, *relatif aux actes établis par les notaires* : JO 3 déc. 1971.

27 CEDH, 21 mars 2017, n° 30655/09, *Ana Ionita c/ Roumanie* : *JurisData* n° 2017-017016. – J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *Le notaire, « magistrat de l'amiable » au regard du juge européen des droits de l'Homme* : JCP N 2017, n° 36, 1257.

28 CE, ord., 27 nov. 2020, n° 446712, 446724, 446728, 446736 et 446816 : *JurisData* n° 2020-019336. – V.-L. Benabou, E. Jeuland, *L'audience en visio-conférence : une exception au principe de présence physique* : JCP G 2021, 2.

29 *Cons. const.*, 15 janv. 2021, n° 2020-872 QPC : *JurisData* n° 2021-000297 ; *Procédures* 2021, comm. 86, note J. Buisson. – V.-L. Benabou et E. Jeuland, *Vers la généralisation du principe de présence physique ?* : JCP G 2021, 140.

L'accès numérique au notaire inscrit ainsi les notaires dans l'ère de la modernité numérique

2. Le caractère optionnel de l'accès numérique au notaire

13 - Confiance du public. – Comme l'a reconnu la CEDH dans sa décision *Ana Ionita c/ Roumanie* du 21 mars 2017³⁰, en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)³¹, le « magistrat de l'amiable » doit bénéficier de la confiance du public ce qui le rapproche des autres professions judiciaires³². Cependant, son statut d'officier public confère une spécificité à la confiance qui lui est accordée par le public. Il commande donc que l'accès numérique ne soit pas imposé aux citoyens et que les deux modalités d'accès (numérique et physique) leur soient proposées et rend nécessaire la consécration d'un droit d'accès physique au notaire sur le territoire.

A. - La dualité des modalités d'accès au cyber-notaire

14 - Spécificité de la confiance accordée par le public à l'authentificateur. – Toutes les professions libérales présentent ce trait commun de reposer sur la confiance de leur clientèle³³. Aussi, le notaire, comme tout autre professionnel libéral, doit susciter la confiance de ses clients. Pour autant, le notaire, on le sait, bénéficie d'un statut hybride : il n'est pas seulement un professionnel libéral, il est également un officier public. Il ne peut pas être assimilé à un fonctionnaire, pas plus que ne peut l'être le service public de l'authenticité à un service public administratif.

Quoi qu'il en soit, la confiance que lui témoigne ses clients est plus impérieuse que pour d'autres professionnels libéraux soumis à un statut purement privé. La confiance dont il est le bénéficiaire est un jeton à double face : une face privée, celle de la confiance de ses clients qui ne met en cause que des intérêts privés, les siens et ceux de ses clients ; une face publique, celle de la confiance du public, qui met en cause la confiance que les citoyens lui accordent en tant qu'officier public.

Dans ce dernier cas, la confiance témoignée envers le notaire n'est qu'une déclinaison de la confiance des citoyens à l'égard de

l'État, autrement dit de la *fides publica*. Cette confiance se distingue de la simple confiance du

public dont doivent également bénéficier les autres professions judiciaires, telles que les magistrats ou les avocats, pour pouvoir mener à bien leur mission et pour que leur action puisse prospérer³⁴. La confiance accordée au notaire par les citoyens revêt un véritable caractère public en raison du rattachement du notaire au pouvoir exécutif, dont il reçoit directement ses prérogatives de puissance publique depuis qu'il a été détaché définitivement de l'autorité judiciaire au moment de la Révolution³⁵. Depuis cette époque, le notaire représente une parcelle de l'autorité publique³⁶.

Le statut d'officier public du notaire implique donc que la confiance accordée par le public au notaire soit une confiance publique.

15 - Confiance du public et légitimité de l'autorité de l'État. – Par ailleurs, contrairement à l'État, le notaire ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte : il ne peut ni imposer aux parties les termes de la convention à laquelle elles souscrivent librement, ni les modifier postérieurement, ainsi que l'a relevé la CJUE dans son fameux arrêt du 24 mai 2011³⁷.

De même, la convention qu'il dresse et reçoit doit nécessairement emporter l'adhésion des parties. Ce consensus suppose une relation de confiance entre le notaire et ses clients. La confiance des clients à l'égard du notaire légitime ainsi, autrement que par la contrainte, l'autorité de l'acte public qu'il reçoit³⁸ et auquel les parties acceptent de se soumettre volontairement. C'est autrement dire que la confiance des citoyens à l'égard du notaire participe de leur adhésion au monopole étatique de la violence symbolique légitime dont les notaires sont des acteurs essentiels³⁹. Il existe ainsi un intérêt public impérieux à l'existence et la préservation de la confiance du public à l'égard des notaires, car sa défiance porterait atteinte à la légitimité de l'autorité de l'État.

Contrairement à la position de la CJUE, les activités notariales participent certainement de manière directe et spécifique

30 J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *Le notaire, « magistrat de l'amiable » au regard du juge européen des droits de l'Homme* : JCP N 2017, n° 36, 1257.

31 CJUE, 9 mars 2017, aff. C-342/15, Léopoldine Gertraud Piringier, n° 52 : Europe 2017, comm. 182, note V. Michel ; JCP G 2017, 451, note J. Perrek. – CJUE, 1^{er} oct. 2015, aff. C-32/14, ERSTE Bank, n° 54 : JurisData n° 2015-025700 ; JCP N 2016, n° 1, 1000, note M. Combet ; Europe 2015, comm. 519, note S. Cazet.

32 J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *Le notaire, « magistrat de l'amiable » au regard du juge européen des droits de l'Homme* : JCP N 2017, n° 36, 1257.

33 R. Savatier, *L'origine et le développement du droit des professions libérales en APD, Déontologie et discipline professionnelle* : Sirey, Paris, 1953-1954, p. 46.

34 J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *Le notaire, « magistrat de l'amiable » au regard du juge européen des droits de l'Homme* : JCP N 2017, n° 36, 1257.

35 R.-H. Bautier, *Les diverses origines et l'évolution de l'institution notariale française en tant que dépositaire de puissance publique* : Le Gnomon, n° 48, 1986, p. 28.

36 R.-H. Bautier, *Les diverses origines et l'évolution de l'institution notariale française en tant que dépositaire de puissance publique* : Le Gnomon, n° 48, 1986, p. 28.

37 CJUE, 24 mai 2011, aff. C-50/08, Commission c/ France, pt 82 : JurisData n° 2011-032037 ; Dr. adm. 2011, comm. 77, note Ch. Froger ; Europe 2011, comm. 248, note V. Michel.

38 L. Cluzel et C. Dauchez, *Registres publics vs blockchain publique. L'État et le notariat face à la révolution blockchain* : RDP, à paraître, n° 21.

39 L. Cluzel et C. Dauchez, *Registres publics vs blockchain publique. L'État et le notariat face à la révolution blockchain* : RDP, à paraître, n° 21.

à l'exercice de l'autorité publique, mais l'autorité publique qu'elles diffusent au sein de la société civile ne repose pas sur la contrainte mais la confiance des citoyens tant recherchée aujourd'hui par les pouvoirs publics.

16 - Choix par le citoyen des modalités d'accès au notaire. – L'appréhension et l'usage des outils numériques sont si contrastés que la confiance de tous les citoyens ne peut pas être gagnée par la seule voie de la digitalisation.

Sauf par l'effet de l'abstraction du discours juridique, il n'existe pas concrètement d'équivalence entre l'accès physique et l'accès dématérialisé : être reçu par le notaire dans son office ou le voir par écran en visioconférence n'est pas la même chose. Un *medium* numérique est nécessairement intermédié, si bien que l'utilisateur doit savoir s'en servir. Or, certains individus seront très à l'aise face à la technologie et ils utiliseront sans réserve les outils numériques pour accéder au notaire. Pour d'autres individus, en revanche, l'usage du numérique sera source de difficulté. Les hypothèses sont multiples : *illectronisme* des personnes en difficulté, existence de zones blanches et grises, coût de l'équipement numérique, préférence de l'individu pour le contact en présentiel...

Tous les citoyens sont des êtres humains aux comportements différents et positionnés dans des situations différentes au regard de l'accès au numérique. Ils doivent en conséquence pouvoir choisir la manière dont ils accèdent au service public notarial et recourir au mode qui entraîne naturellement leur adhésion ; il en va de la confiance du public à l'égard du notaire qui doit donc proposer des voies d'accès adaptées à tous, numérique et physique.

Le choix entre les deux modes d'accès au notaire doit donc relever par principe de la volonté du citoyen⁴⁰. Contrairement à l'accès numérique⁴¹, l'accès physique ne pourra pas lui être refusé par le notaire.

REMARQUE

➔ La dualité des modes d'accès au cyber-notaire implique en effet, au regard de l'enjeu de confiance publique qu'il recèle, qu'après la reconnaissance du droit d'accès numérique au notaire se développe un droit d'accès physique au notaire sur le territoire.

B. - Le droit d'accès physique au notaire sur le territoire

17 - Absence de reconnaissance expresse en droit interne. – Le droit d'accès physique au notaire sur le territoire n'a jamais fait l'objet d'une reconnaissance expresse en droit interne. En effet,

40 117^e Congrès des notaires de France, Nice, 2021, n° 3622 : il est précisé « qu'à ce stade » l'usage du procédé doit demeurer facultatif.

41 V. la possibilité pour le notaire de refuser l'accès numérique, *supra* n° 7.

une telle consécration ne s'est jamais imposée dès lors que nul ne pouvait imaginer un accès autre que physique. Les progrès technologiques ayant fait leur œuvre, la reconnaissance de ce droit s'impose aujourd'hui avec acuité afin que l'accès numérique ne devienne pas la norme.

Le Défenseur des droits, dans son rapport sur la « Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics », préconisait d'ailleurs d'adopter une disposition législative au sein du Code des relations entre les usagers et l'Administration (CRPA) imposant de préserver plusieurs modalités d'accès aux services publics pour qu'aucune démarche ne soit accessible uniquement par voie dématérialisée⁴². Une disposition équivalente concernant l'accès au service public de l'authenticité, qui ne peut être assimilée à une administration, serait également tout à fait opportune.

En attendant, on ne peut que se prononcer pour la reconnaissance d'un droit d'accès physique au notaire sur le territoire au regard de l'enjeu étatique qu'il représente et dont on peut prendre conscience à la lumière de la crise de confiance publique provoquée par la dématérialisation à outrance des services publics.

18 - Dématérialisation de l'État et crise de confiance publique. –

La corrélation entre la présence physique des services publics sur le territoire et la confiance publique s'est crûment révélée aux pouvoirs publics lors de la crise des « gilets jaunes ». Le grand débat organisé en 2019 a permis de mettre en évidence que le malaise populaire s'était cristallisé autour du démantèlement des services publics de proximité créant le sentiment d'un abandon public⁴³.

La crise de confiance dans laquelle a été plongé l'appareil étatique est certainement un corollaire immédiat de la politique de dématérialisation poursuivie par l'État. À force de se dématérialiser, l'État poursuivant sa transformation numérique et une logique de rationalisation budgétaire⁴⁴, s'invisibilise dans le monde physique à mesure qu'il se dépouille de ses agents qui « au contact des Français sont le cœur battant de l'État »⁴⁵.

Une étude récente, « Territoire, bien-être et politiques publiques », du Conseil d'analyse économique (CAE), centre de réflexion rattaché aux services du Premier ministre, recommande d'ailleurs « d'éviter la stratégie du tout numérique, afin

42 Défenseur des droits, *rapp. Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, 2019, p. 6.

43 S. Soriano, *Un avenir pour le service public. Un nouvel État face à la vague écologique, numérique, démocratique* : Odile Jacob, 2020, p. 25.

44 M. Bourassin et C. Dauchez, *Accès des notaires au fichier immobilier : les notaires au cœur de la transformation numérique de l'action publique* : JCP N 2019, n° 13, 1151.

45 S. Soriano, *Un avenir pour le service public. Un nouvel État face à la vague écologique, numérique, démocratique* : Odile Jacob, 2020, p. 15. – *Adde* : www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-demat-num-21.12.18.pdf : l'objectif de dématérialisation, s'il est louable, ne doit pas se résumer « à pallier la disparition des services publics sur certains territoires et à privilégier une approche budgétaire et comptable ».

Le numérique est un complément et non un substitut aux activités en présentiel de la profession notariale

de préserver le lien social »⁴⁶. En effet, le développement des services publics numériques « se réalise au risque d'un délitement du lien social »⁴⁷.

Rousseau, bien éloigné des considérations numériques, soulignait déjà que le contrat social se doublait « d'un contrat sentimental »⁴⁸ : « Le grand tout de la citoyenneté ne suffit donc pas [...] à donner consistance à l'être ensemble, il faut aussi qu'il prenne chair dans les différentes formes que peut prendre une sociabilité de proximité »⁴⁹. La recherche de services publics de proximité et « à visage humain » est depuis devenue un axe prioritaire de l'action publique⁵⁰ dans lequel le service public de l'authenticité a été intégré.

19 - Présence physique des notaires sur le territoire. – La convention d'objectifs du notariat fait, en effet, la part belle à la présence des notaires sur le territoire. Elle rappelle dans un considérant liminaire que « l'État détermine le cadre d'exercice des missions confiées à la profession afin de l'éclairer dans l'allocation des moyens nécessaires à l'accomplissement de ses missions, au regard notamment des enjeux de sa présence sur tout le territoire, de ses obligations de service public [...] »⁵¹. Elle souligne également que « ce service public doit être accessible, disponible, évolutif » et qu'il suppose « une présence équilibrée sur le territoire national et la préservation d'une présence physique, sans laquelle il n'y a pas de véritable accès au droit ».

La convention d'objectifs, loin de s'en tenir à préserver la présence physique des notaires sur le territoire, utilise même les notaires comme contrepoids à la dématérialisation des services publics. Elle acte l'engagement du notariat à participer activement aux permanences des professionnels du droit, notamment dans les « France services » en partenariat avec les conseils départementaux d'accès au droit (CDAD), dont le déploiement a été organisé pour répondre à la crise des « gilets jaunes ». La reconnaissance d'un droit d'accès physique au notaire sur le territoire ne fera donc pas grand débat.

Elle sera d'autant plus aisée que depuis la loi Croissance⁵² le déploiement des notaires sur le territoire fait l'objet de dispo-

sitions spécifiques destinées à les rendre plus proche des usagers⁵³. Toutefois, une augmentation massive du nombre de notaires qui conduirait des offices à

la faillite ou les mettrait excessivement en difficulté économique ne pourrait qu'être néfaste à la confiance publique. Il en irait de même si elle entraînait une augmentation des comportements à risques de la part des professionnels de plus en plus nombreux à être confrontés à des difficultés financières.

Les notaires sont des acteurs de confiance publique et leurs offices des biens de confiance publique qui incarnent la présence de l'État sur le territoire de la République au même titre que les services publics administratifs. L'action publique ne doit donc pas conduire à les décrédibiliser.

20 - La reconnaissance du droit d'accès numérique au notaire ne fait donc pas du cyber-notaire un *pure player*⁵⁴. Le numérique est un complément et non un substitut aux activités en présentiel de la profession notariale. Le droit européen des droits de l'homme permet d'introduire des premiers jalons pour encadrer ces avancées numériques. Sauf à prolonger par un désenchantement notarial le désenchantement démocratique auquel l'État est actuellement confronté à raison de la dématérialisation à outrance des services publics, le droit d'accès au cyber-notaire doit donc comprendre à la fois un droit d'accès numérique et un droit d'accès physique sur le territoire. ■

L'essentiel à retenir

- Le droit européen des droits de l'Homme permet de consacrer un droit d'accès numérique au notaire.
- Un droit d'accès physique au notaire sur le territoire doit être consacré.
- Le droit d'accès numérique au notaire doit être optionnel.

46 www.cae-eco.fr/Territoires-bien-etre-et-politiques-publiques.

47 G. Koubi, *Services publics numériques « sans » lien social*, in *La transformation numérique du service public : une nouvelle crise ?*, L. Cluzel-Métayer, C. Prebissy-Schnall, A. Sée (dir.) : Mare & Martin, à paraître.

48 Cité par P. Rosanvallon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours* : Seuil, 2004, p. 41.

49 Cité par P. Rosanvallon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours* : Seuil, 2004, p. 41.

50 www.seine-maritime.gouv.fr/Actualites/Archives/Archives-2018/Action-publique-2022-pour-une-transformation-du-service-public.

51 Convention d'objectifs du notariat, p. 2.

52 L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : JO 7 août 2015, texte n° 1.

53 La création de nouveaux offices prévue dans le cadre de la liberté d'installation est destinée à « renforcer la proximité ou l'offre de services » (L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 52), à « améliorer l'accès aux offices publics ou ministériels dans la perspective de renforcer la cohésion territoriale des prestations » (C. com., art. L. 462-4-1).

54 Wikipédia, V. *Pure player* : un *pure player* (faux anglicisme, déformation de l'anglais américain *pure play*) est une entreprise exerçant dans un secteur d'activité unique non diversifié. En France, l'expression s'est toutefois popularisée pour désigner les entreprises œuvrant uniquement sur Internet. Le terme « *pure player* » peut s'appliquer au commerce électronique, le tout en ligne ne proposant aucun magasin où ses clients pourraient venir physiquement effectuer leurs achats.