

NOTAIRE

498

## Acte authentique électronique avec comparution à distance : le cas des conventions matrimoniales et partenariales

**POINTS CLÉS** → Le champ d'application de l'acte authentique à distance n'est *a priori* pas restreint → Ceci permet de poser la question de son applicabilité à la matière conjugale, particulièrement pour conclure une convention matrimoniale ou partenariale → Il convient de trouver une réponse en droit interne et européen



**Dorian Guillou,**  
diplômé notaire, Michelez  
notaires Paris

Le décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 autorisant l'acte authentique électronique avec comparution à distance a été édicté pour répondre aux blocages juridiques qui sont la conséquence des mesures de confinement et de l'interdiction de se déplacer chez son notaire. Gage de confiance en l'officier public ministériel dont la seule signature suffit pour la validité de l'acte, l'acte authentique électronique avec comparution à distance a fait l'objet d'une certaine appréhension et de nombreuses critiques dans sa mise en œuvre (choix d'un unique prestataire de services de confiance qualifié, l'exigence de la visio-conférence qui n'est pourtant pas un outil déployé dans toutes les études, etc.)<sup>1</sup>.

Cet acte authentique à distance a été indéniablement pensé pour permettre la signature des Vefa, des actes contenant constitution de garanties hypothécaires, et des donations, actes pour lesquels la fermeture au public des offices rendait impossible la signature de procurations authentiques, requises *ad validitatem* pour ce type d'actes. Nous ne reviendrons pas ici sur la procédure à suivre pour cet acte particulier qui a déjà

été commentée<sup>2</sup>. Nous rappellerons seulement que l'acte authentique se forme par la seule déclaration des parties devant le notaire. Les signatures des parties ne sont pas apposées sur l'acte, elles le sont seulement par voie numérique sur un document **annexé** à l'acte.

Le champ d'application de cet acte n'est *a priori* pas restreint, permettant donc de poser la question de son applicabilité à la matière conjugale, particulièrement pour conclure une convention matrimoniale ou partenariale. Nous tâcherons de trouver une réponse en droit interne et européen.

### 1. Le droit interne

Les règles légales régissant la forme des conventions matrimoniales autorisent-elles le recours à l'acte authentique électronique avec comparution à distance ? Rappelons les termes de l'article 1394 du Code civil, siège de la matière : « [t]outes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires. (al. 2) Au moment de la signature du contrat, le notaire délivre aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat [...] ».

À la lecture de cet article, l'exigence de la présence des époux ou de leur mandataire semble interdire le recours à tel acte à distance.

• **Commentaires.** – Certains commentateurs ont ainsi proposé de retenir une lecture prudente du champ d'application du

décret<sup>3</sup>, respectant ainsi la lettre d'un texte légal dont il n'est pas du ressort du décret d'en modifier les termes, dans la mesure où le Gouvernement n'y a pas été habilité.

D'autres ont souligné que la présence des époux n'est pas essentielle dans la mesure où ils peuvent être représentés<sup>4</sup>. En effet, est autorisée la conclusion d'un mandat spécial, qui consiste en une délégation de signature stricte, sans possibilité pour le mandataire de discuter du contenu du contrat de mariage<sup>5</sup>. Pour ces auteurs, c'est la simultanéité du consentement qui est essentielle, laquelle pouvait tout à fait être respectée par l'intermédiaire des modalités de l'acte authentique électronique avec comparution à distance.

• **Réflexions sur la convention matrimoniale.** – À l'appui de la réflexion, on observera tout d'abord que si le texte autorise en effet les époux à être représentés, la pratique de procurations pour la conclusion de conventions matrimoniales est extrêmement rare (voire inexistante car déconseillée).

Ensuite, à supposer l'expression des consentements possible à distance par-devant notaire, il faut remarquer qu'il ne sera pas possible pour le notaire de remettre de certificat sur papier libre « au moment de la signature ». Faut-il voir dans cette exigence légale une justification à la présence des parties ou à tout le moins de leur(s) mandataire(s) ? Si tel devait être le cas, assurément que l'acte authentique électronique avec comparution à distance ne pourrait être utilisé puisqu'il est pensé pour les situations où les parties ne sont « ni présentes, ni représentées ».

La question se poserait alors dans les mêmes termes quant à savoir si cette procédure peut être utilisée pour conclure un mandat en vue d'une convention matrimoniale. Est avancée l'idée selon laquelle l'article 1394 du Code civil, rédigé avant le confinement, n'a pas pu prévoir une telle situation, laquelle, exceptionnelle, devrait autoriser une lecture souple<sup>6</sup>.

Toutefois, le décret du 3 avril 2020 constitue une disposition réglementaire qui ne saurait, malgré l'état d'urgence et à défaut d'habilitation du Gouvernement, modifier une disposition législative spécifique, qui n'est d'ailleurs pas visée par le décret. Il en va du respect de la hiérarchie des normes.

1 : V. Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, *L'acte notarié à distance pour le temps de l'urgence sanitaire* : JCP N 2020, n° 21, 1113. – Fr. Jouvion et É. Michelez, *L'acte notarié sur support électronique sans présence ni représentation de l'une des parties : comment conjuguer avancée technologique et renforcement de la fonction notariale* : JCP N 2020, n° 24, act. 497.

2 : V. Fr. Jouvion et É. Michelez, *préc. note 1.* – V. aussi l'excellent article de Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, *préc. note 1.*

3 : M. Julienne, *Les premiers pas de l'acte notarié à distance* : JCP N 2020, n° 15-16, act. 363.

4 : M. Grimaldi et C. Gijsbers, B. Reynis, *Le décret du 3 avril 2020 sur l'acte notarié à distance* : Defrénois 9 av. 2020, n° 15, p. 20.

5 : JCl. *Notarial Formulaire, V° Contrat de mariage*, fasc. 12, par M. Mathieu, n° 32.

6 : M. Grimaldi et C. Gijsbers, B. Reynis, *préc. note 5.*

Enfin il faut remarquer que le décret du 3 avril 2020 déroge à l'article 20 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 qui régit depuis le 1<sup>er</sup> février 2006 l'acte authentique électronique à distance. Faisant exception seulement à cette modalité de signature, il nous apparaît que le décret du 3 avril 2020 et l'article 20 du décret du 26 novembre 1971 doivent avoir le même champ d'application. Si cette analyse est correcte, les actes envisageables par l'intermédiaire de l'acte à distance « ancienne mouture » devraient l'être par l'intermédiaire de l'acte authentique électronique avec comparution à distance. Force est de constater que l'acte à distance n'est que très peu pratiqué, et ne l'a sans doute pas été pour des contrats de mariage.

## REMARQUE

→ **Le Conseil supérieur du notariat a pris position pendant le confinement, précisant que l'acte à distance nouvelle mouture avait vocation à concerner tous les actes solennels ou non, mais, compte tenu de la période que nous traversons et face à l'incertitude, a estimé prudent de ne pas recevoir les conventions matrimoniales par ce moyen<sup>7</sup>.**

• **Réflexions sur le Pacs.** – En ce qui concerne le Pacs, le cinquième alinéa de l'article 515-3 du Code civil dispose que « [l]orsque la convention de pacte civil de solidarité est passée par acte notarié, le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement du pacte et fait procéder aux formalités de publicité prévues à l'alinéa précédent ». Cet article ne semble pas s'opposer à ce que le Pacs prenne la forme d'un acte authentique électronique avec comparution à distance. Il paraît même adapté dans la mesure où il est prévu que le notaire recueille le « consentement ou [...] la déclaration de consentement des parties », ce qui est conforme aux termes légaux régissant le Pacs.

## 2. Le droit européen

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, la matière conjugale est partiellement régie par les règlements (UE) du Conseil du 24 juin 2016, numéros 1103 et 1104, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Les premiers

7 : Conseil supérieur du notariat, FAQ Comparution à distance aspects juridiques et métier, mise à jour 20 mai 2020, p. 3. – V. aussi l'analyse de Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, préc. note 1.

paragraphes des articles 23 et 25<sup>8</sup> de chacun de ces règlements régissent la forme que doivent prendre la convention matrimoniale/partenaire et la déclaration de choix de loi. Les règlements exigent qu'une telle convention soit « formulée par écrit, datée et signée », exigence formelle pensée en tant que seuil minimal au sein de l'Union européenne, les États membres restant libres d'exiger une forme plus contraignante<sup>9</sup>.

• **Signature électronique.** – Ces règlements réservent la possibilité d'une convention sous la forme électronique par les termes suivants : « [t]oute transmission par voie électronique qui permet de conserver durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ». Cette formulation ne fait l'objet d'aucun éclairage sur sa portée dans les considérants introductifs aux règlements. Cette réserve vise assurément l'acte sous signature privée électronique, l'acte authentique électronique ordinaire et à distance tel qu'existant avant le 3 avril 2020. Cette précision des règlements concernant la transmission par voie électronique permet de réputer écrit un acte électronique. Dans ce cas, l'acte est alors bien signé par les parties même si cette signature intervient de manière électronique.

L'acte authentique électronique avec comparution à distance ne reçoit pas, à proprement parler, la signature des parties. La seule signature apposée électroniquement sur l'acte est celle du notaire qui recueille préalablement le consentement ou la déclaration des parties par visioconférence.

La réserve des règlements sur la transmission électronique autorise-t-elle à s'affranchir ainsi de l'apposition de la signature des parties sur l'acte lui-même ? Cela n'est pas certain, ce qui interroge donc la conformité avec le droit européen de ce nouvel acte à distance pour les conventions matrimoniales et partenariales.

• **Recueil des signatures.** – C'est d'ailleurs en raison de l'absence de signature des parties sur l'acte lui-même que le décret du 3 avril 2020 prévoit le recueil de la signature des parties par l'intermédiaire « d'un procé-

8 : Cons. UE, règl. (UE) 2016/1103, 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux. – Cons. UE, règl. (UE) 2016/1104, 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

9 : Cons. UE, règl. (UE) 2016/1103, préc. note 8, cons. 47 et 48. – Cons. UE, règl. (UE) 2016/1104, préc. note 8, cons. 46 et 47.

dé de signature électronique qualifié répondant aux exigences du décret du 28 septembre 2017 [...] »<sup>10</sup>. Ce recueil n'intervient qu'en « parallèle » de la réception de l'acte, lequel « est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée ». Ce recueil parallèle est assurément un moyen de preuve du consentement des parties si était intentée une action en faux en écritures publiques.

L'acte ne saurait toutefois être considéré comme ayant reçu la signature des parties, ses caractéristiques lui permettent seulement de présenter en annexe une copie d'un document signé électroniquement par les parties en séance. Ces modalités répondent-elles aux exigences européennes ? À défaut de plus de précision, la prudence devrait conduire le notaire à s'abstenir de recevoir un tel acte dans sa forme actuelle quand il sera question de convention matrimoniale ou partenaire. Une solution pourrait être trouvée par une combinaison astucieuse bien qu'incertaine : recevoir l'acte notarié avec comparution à distance en y annexant une copie du même acte signé électroniquement par les parties. Ainsi les exigences des textes européens (écrit daté et signé par les parties) et des règles internes françaises (acte authentique) semblent, dans ce cas, pouvoir être respectées. Cela ressemble toutefois à un malheureux « bricolage » juridique questionnant l'acte authentique et ses particularités.

• **Point de vigilance en présence de non-résidents.** – Une dernière difficulté doit être évoquée et à laquelle peut être confronté le notaire lorsque les parties à la convention ne résident pas en France. En effet, les règlements prévoient différents cas de figure pour lesquels il convient de respecter les exigences formelles d'une loi étrangère pour ce type de convention<sup>11</sup>, si ces règles excèdent l'exigence formelle des règlements. Aussi faudra-t-il s'interroger sur la conformité de ce nouvel acte à distance français avec les règles formelles de l'État du lieu de résidence habituelle des parties si ces dernières vivent dans un autre État membre de l'Union européenne, voire s'interroger sur sa conformité avec les règles formelles de la loi applicable si celle-ci prévoit des règles formelles supplémentaires. C'est donc à la lumière d'un droit étranger que devra également être analysée la possibilité de conclure une convention matrimoniale, partenaire ou de choix de loi via ce nouvel acte à distance.

10 : D. n° 2017-1416, 28 sept. 2017.

11 : Cons. UE, règl. (UE) 2016/1103, 24 juin 2016 et Cons. UE, règl. (UE) 2016/1104, 24 juin 2016, art. 23, § 2, 3, 4, et 25, § 2, 3.

## CONSEIL PRATIQUE

→ La prudence recommandera de solliciter l'analyse d'un juriste de droit local pour s'assurer que cette modalité de réception ne contrevient pas à d'éventuelles règles locales impératives et, dans le doute, de préférer inviter les parties à passer quelques jours en France afin d'organiser la signature d'un acte authentique « ordinaire ».

**Conclusion** - Dans le contexte conjugal, l'acte authentique électronique avec com-

parution à distance soulève des questions inédites et doit, en l'état des textes, être manié avec prudence. Si cette modalité d'acte devait être pérennisée, la réponse aux incertitudes évoquées pourrait être trouvée dans un ajustement technique consistant en la mise en place d'un acte à distance sur lequel les parties pourront effectivement apposer leur signature. Cet ajustement, s'il est intégralement géré par les notaires de France, aussi bien s'agissant des logiciels que des certifications d'identité nécessaires, permettra à la profession de conserver son indépen-

dance nécessaire au statut de la profession. Toutefois, un tel ajustement technique ne pourra être satisfaisant que s'il est précédé d'une réflexion plus large sur l'authenticité et la préservation de son essence et de ses qualités<sup>12</sup>. Sans cette réflexion, d'ajustements techniques en contournements techniques, il est à craindre que l'authenticité s'étiolle.

<sup>12</sup> : Cl. Brenner, S. Gaudemet, G. Bonnet, *L'acte notarié à distance pour les temps ordinaires ?* : JCP N 2020, n° 23, 1124

# Textes

## NOTAIRE

499

### Coronavirus: adaptation des règles de fonctionnement des instances notariales dans le cadre de la crise sanitaire

D. n° 2020-694, 8 juin 2020 : JO 9 juin 2020

Un décret du 8 juin 2020 prévoit les adaptations transitoires, nécessaires au fonctionnement des instances notariales dans le cadre de la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19.

Plus précisément il :

- reporte les dates des assemblées générales ordinaires de notaires ainsi que les dates et échéances relatives à la désignation des membres des instances représentatives de la profession notariale ;
- adapte la durée de mandat des membres ainsi désignés ;
- assouplit les modalités de vote et les règles de quorum tant pour la désignation des membres des instances que pour le fonctionnement de celles-ci ;
- permet aux présidents de chambre de proroger les budgets dans les conditions qu'il détermine.

## NOTAIRE

500

### Accès à la formation de notaire : modification de la composition de la Commission nationale de sélection

A. n° JUSC2013606A, 4 juin 2020 : JO 7 juin 2020

Un arrêté du 4 juin 2020 modifie l'arrêté du 21 juin 2019 portant désignation des membres de la Commission nationale

de sélection prévue par l'article 12 du décret n° 73-609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire (A. n° JUSC1917722A, 21 juin 2019) :

- M<sup>me</sup> Anne Gerai-Goudour, notaire assistante à Toulouse, est nommée en qualité de membre suppléant, en remplacement de M. Alexandre Gary, démissionnaire ;
- M<sup>me</sup> Lauranne Herboux, notaire assistante au Pont-de-Beauvoisin (73), est nommée en qualité de membre suppléant, en remplacement de M. Adrien Grosset, démissionnaire.

## SÛRETÉS

501

### Coronavirus : la fin de la suspension des délais dans la saisie immobilière

Ord. n° 2020-595, 20 mai 2020 : JO 21 mai 2020

Depuis la loi dite d'urgence du 23 mars 2020, les ordonnances se multiplient. Leur objectif est de poser des règles pour une période dite juridiquement protégée. De très nombreuses distinctions ont été opérées. Les difficultés ont été d'autant plus importantes que la qualité rédactionnelle de ces textes laisse souvent à désirer et qu'ils ne présentent pas de logique. La question des délais en est la plus parfaite illustration. Aucun de ces textes n'a posé un principe général de prorogation des délais. Les règles ont été posées matière par matière et même de nombreuses distinctions ont dû être effectuées à l'intérieur de chacune d'entre elles.

Le droit de la saisie immobilière n'a pas échappé à ce mouvement. L'article 2 II de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 avait prévu, par dérogation à l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 édictant une règle de report posée de manière générale pour les délais de procédure notamment, une règle spécifique de suspension des délais de la procédure de saisie immobilière. Selon cette disposition « les délais mentionnés aux L. 311-1 à L. 322-14 et R. 311-1 à R. 322-72 du Code des procédures civiles d'exécution sont suspendus pendant la période mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> ».