

possibilité d'avoir recours à l'acte notarié à distance pendant la période d'urgence sanitaire dans l'hypothèse où l'une ou toutes les parties sont placées dans l'impossibilité d'être présentes ou représentées (D. n° 2020-395, 3 avr. 2020, art. 1^{er}) ; elle permet simplement de considérer comme n'étant pas tardif l'acte notarié établi dans le délai supplémentaire imparti. Il s'agit d'une véritable présomption légale garantissant la sécurité juridique des opérations immobilières.

• **Computation à partir du terme de la période protégée.** – Un point mérite

encore d'être précisé. L'article 2 de l'ordonnance de 2020 dispose que l'acte est réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de la période juridiquement protégée, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois. Cet article semble envisager l'interruption du délai de six mois, délai légalement imposé pour la réitération authentique, au sens de l'article 2231 du Code civil. Ainsi, il y aurait lieu de considérer qu'un nouveau délai de six mois court à compter de l'expiration de la période juridiquement protégée. Si cette interprétation peut être envisagée,

elle ne doit pas induire en erreur. Ce délai de six mois est, en tout état de cause, réduit à deux mois comptés à partir du terme de la période protégée.

En définitive, le mécanisme de report de l'article 2 de l'ordonnance de 2020 est exceptionnel et autonome des dispositions des articles 2228 et suivants du Code civil régissant, de manière générale, l'interruption et la suspension des délais.

Période juridiquement protégée	Période de régularisation
12 mars 2020 23 juin 2020 inclus	24 juin 2020 à 0 h 24 août 2020 à 24 h

Libres propos

NOTAIRE

497

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

POINTS CLÉS → Toujours à la pointe de la technologie, la profession notariale franchit un nouveau cap dans la dématérialisation → Profitons de cette avancée technologique pour renforcer le rôle du notaire et l'usage de l'acte authentique



Frédéric Jouvion, notaire à Paris
Étienne Michelez, notaire à Paris

Grande révolution qui était en gestation depuis déjà longtemps¹, le décret n° 2020-395 du 3 avril 2020²

autorise l'acte notarié à distance pendant la période d'état d'urgence sanitaire. Serait-ce là une marque de modernité sans égale, pour une profession qui, souffrant encore de son image vieillotte du notaire

balzacien, a, en permanence, fait des investissements conséquents pour se doter des technologies les plus modernes qui soient - au risque de perdre ses propres troupes, parfois dépassées par une course toujours plus rapide vers de nouveaux outils, certes utiles et intelligents, mais qu'il faut apprendre à maîtriser ?

• **Situation de crise.** – Mais ce décret, voulu depuis près de deux années par la profession notariale, finalement pris dans l'urgence, avait aussi pour objet de répondre à une situation de crise, en période de crise exceptionnelle.

Il était reproché au notariat par certains représentants d'autres professions l'impossibilité dans laquelle les études notariales se sont trouvées, suite au confinement, de permettre la signature d'actes. Et ceci, bien que les notaires aient tenté de faire face à cette situation aussi nouvelle qu'imprévue, par l'usage des procurations sous-seing privé, cela n'étant pas suffisant. Plus délicate encore était la régularisation des actes solennels ou les Vefa dans le secteur protégé dont l'état d'urgence empêchait purement et simplement la signature, même par procuration.

D'où l'idée, qui *a priori* n'était pas mauvaise, de passer un nouveau cap dans la course à la modernité, par la mise en œuvre d'un nouvel acte notarié hors la présence des parties contractantes et sans que celles-ci soient présentes ni représentées. Outre sa « modernité » indéniable, cette solution avait pour avantage de résoudre

1 : L'assemblée générale du Conseil supérieur du notariat a pris la décision en janvier 2018 d'autoriser la comparution à distance pour établir un acte notarié.

2 : M. Julienne, *Les premiers pas de l'acte notarié à distance* : JCP N 2020 n°15-16, act 363. – JCP N 2020, n° 15-16, act. 364. – Cl. Brenner, S. Gaudemet,

G. Bonnet, *L'acte notarié à distance pour le temps de l'urgence sanitaire* : JCP N 2020, n° 21-22, 1113 ; *Un acte notarié à distance pour les temps ordinaires ?* : JCP N 2020, n° 23, 1124.

de manière pragmatique les effets néfastes de blocage de l'industrie immobilière, que cette pandémie covid-19 faisait peser sur le marché de l'immobilier.

• **Consentement.** – Premier accroc dans cette belle idée : il n'est pas prévu par les textes en vigueur qu'une personne qui n'est, ni présente, ni représentée à un acte notarié, puisse y consentir.

Ainsi l'article 20 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, modifié par le décret du 10 août 2005, dispose-t-il que : « 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. Cet acte porte la mention de ce qu'il a été ainsi établi. (al. 2) L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte s'effectue au moyen du système de transmission de l'information mentionné à l'article 16. (al. 3) Chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l'acte puis y appose sa propre signature. (al. 4) L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée ».

• **Signature.** – Deuxième souci, l'article 1367 du Code civil. C'est un article pourtant récent, puisqu'il a été modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Il est, dans sa rédaction actuelle, lui-même issu de l'article 4 de cette ordonnance qui se retrouve dans le chapitre III portant « Les différents modes de preuve » des obligations. Il dispose que « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. (al. 2) Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Donc il n'était a priori pas possible, dans l'état actuel de notre droit, de recevoir un acte sans que les parties à celui-ci soient



© LINOUCHE PHOTO - GETTYIMAGES

présentes ou représentées et que, d'une manière ou d'une autre, elles aient signé l'acte, soit directement, soit indirectement par le jeu du mandat. Sans signature, il n'est ni possible d'identifier ladite partie, ni d'assurer qu'elle a donné son consentement à l'opération en question.

L'article 1367 du Code civil est, avec l'article 1366 du même code, qui dispose que « L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité », issu de la retranscription en droit français du Règlement « eIDAS » n° 910/2014 du 23 juillet 2014³.

3 : Important rappel : le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté, le 23 juillet 2014, le règlement n° 910/2014/UE sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, dit règlement « eIDAS ». En juin 2012, la Commission avait initié des travaux destinés à favoriser le commerce électronique au sein de l'Union avec pour objectif l'adoption d'un règlement qui s'appliquerait directement aux États membres, sans transposition

La Chancellerie s'est donc retrouvée dans une impasse. S'il était certainement possible grâce aux nouvelles technologies issues du système de visio-conférence sécurisé et agréé par le Conseil supérieur du notariat (CSN)⁴, de se passer pendant une période exceptionnelle de la présence physique des parties, ou même de leur représentation⁵, il semblait en revanche au-delà de nos forces juridiques nationales de s'opposer à la mise en place par la Communauté européenne d'un mode de preuve, tant de la qualité ou de l'identité numérique de la personne, que de la quali-

dans leur droit national. Plus de deux ans de discussions ont été nécessaires pour parvenir au texte définitif du règlement eIDAS. Ce règlement a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) le 28 août 2014 et est entré en vigueur le 17 septembre 2014. Il est applicable depuis le 1^{er} juillet 2016 pour la majeure partie de ses dispositions. La reconnaissance mutuelle des moyens d'identification électronique est obligatoire depuis le 29 septembre 2018.

4 : On parle ici du système Lifesize.

5 : Il semble bien que personne ne soit vraiment dupe du fait que, passée la période dite de « protection juridique », ce nouveau type d'acte va d'une manière ou d'une autre perdurer.

té de son consentement, devant s'imposer à tous les États de l'Union.

• **Nouveau texte.** – Ce nouveau texte de droit interne, que nous connaissons bien maintenant, forme l'article 1 dudit décret du 3 avril 2020 et dispose : « Jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée, le notaire instrumentaire peut, par dérogation aux dispositions de l'article 20 du décret du 26 novembre 1971 susvisé, établir un acte notarié sur support électronique lorsqu'une ou toutes les parties ou toute autre personne concourant à l'acte ne sont ni présentes ni représentées. (al. 2) L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte et le recueil, par le notaire instrumentaire, du consentement ou de la déclaration de chaque partie ou personne concourant à l'acte s'effectuent au moyen d'un système de communication et de transmission de l'information garantissant l'identification des parties, l'intégrité et la confidentialité du contenu et agréé par le Conseil supérieur du notariat. (al. 3) Le notaire instrumentaire recueille, simultanément avec le consentement ou la déclaration mentionnée au deuxième alinéa, la signature électronique de chaque partie ou personne concourant à l'acte au moyen d'un procédé de signature électronique qualifié répondant aux exigences du décret du 28 septembre 2017 susvisé. (al. 4) L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée ».

• **Nouveau mode de réception des actes.** – De là vient le doute, ou la certitude du quiproquo, remettant en cause la force et la spécificité de l'acte notarié. À juste titre, nombre de notaires grincent des dents, prêts à se révolter, jeunes ou moins jeunes. Effectivement, ce nouveau mode de réception de nos actes aurait dû faire la joie de notre sage communauté notariale confinée, comme nombre de nos concitoyens, pour qui venir signer un acte chez son notaire n'est pas un « juste motif » de déplacement. La possibilité de signer en cette période d'état d'urgence sanitaire des actes permettait d'initier une (très faible) activité que nous avions quasi perdue malgré la mise en place très rapide de mesures de télétravail, qui, si elles permettent de préparer des projets et de conserver un lien avec la clientèle, ne permettraient pas de recevoir nos actes en l'absence de nos clients et de nos colla-

borateurs, et donc de faire fonctionner les offices, chiffre d'affaires à l'arrêt.

• **Partenaire unique.** – Ce texte a créé une levée de boucliers en raison de son troisième alinéa qui a imposé une société partenaire unique et obligatoire de la réception de ce nouvel acte authentique. Car c'est bien un dispositif hybride dont il s'agit. Et il nous semble que cette construction, mortifère pour l'avenir même de notre profession, aurait pu être assez simplement évitée⁶, afin de rester dans l'épure de ce que doit être un acte authentique et donc l'acte notarié de notre droit continental.

• **Rôle d'authentification du notaire.** – En effet, notre Code civil dispose à l'article 1369 (toujours issu du même article 4 chapitre III de l'ordonnance du 10 février 2016) que : « L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter. (al. 2) Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. (al. 3) Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

Pour le professeur Laurent Aynès « l'authenticité résulte d'un processus, celui de l'authentification »⁷. « Seul le notaire confère l'authenticité à un acte : délégataire de la puissance publique, nommé par arrêté ministériel, il est le détenteur du Sceau de l'État »⁸.

Le notaire garantit que tout ce qui est mis dans l'acte est conforme à la loi et à la volonté éclairée des parties en toute impartialité. Le notaire doit s'assurer de l'identité des parties présentes à la signature⁹.

Comme le professeur Mekki l'énonce dans un article sur le travail de la commission dirigée par le professeur Aynès¹⁰ : « L'analyse au présent a amené le groupe de travail à distinguer trois éléments constitutifs de l'acte authentique qui en font toute la spécificité. Il s'agit, tout d'abord, du processus d'authentification de l'article 1317 du Code civil : un officier public qui agit

dans le cadre de ses attributions et qui réceptionne un acte rédigé dans le respect de certaines solennités. Il s'agit, ensuite, des attributs propres à l'acte authentique : force probante, force exécutoire, date certaine et aptitude à la publication. Enfin, et surtout, le rapport a cherché à dégager la « substance même » de l'acte authentique. C'est là l'apport majeur du rapport qui explique que l'acte authentique a souvent été imité mais n'a jamais été égalé. Il constitue « un acte instrumentaire, dressé, vérifié et conservé par l'autorité publique »¹¹. L'officier public dresse un acte qu'il façonne et fabrique et qu'il ne se contente pas de réceptionner de manière passive. L'officier public vérifie les données de fait et les données de droit garantissant la légalité de l'acte établi ».

Le notaire n'est pas, face à son acte, un simple « agent », dans un rôle d'enregistrement ou de publicité foncière, percepteur de droits de mutation, qu'il ne doit pas et n'entend pas devenir.

Certes, le débat de savoir si le devoir de conseil entre - ou non - dans le cadre de ses obligations, en sa qualité de notaire, ou de simple rédacteur, n'est pas tranché (en tout cas rien dans les textes ne le précise), mais un acte authentique n'est pas qu'un morceau de papier (ou un fichier électronique) auquel la seule signature de l'officier ministériel conférerait de « super pouvoirs ».

Ce contrat (ou ce fichier) a une telle valeur car en signant cet acte, le notaire garantit sur sa propre responsabilité, à la fois civile et parfois pénale, ainsi que sur ses deniers personnels et ceux de ses pairs, que les parties dont la comparution figure dans l'acte qu'il a rédigé sont bien les personnes qu'il a devant lui, ou qui sont dûment représentées.

Il garantit qu'elles sont identifiées, qu'elles disposent de leur capacité, qu'elles consentent bien à l'acte, que leur consentement est éclairé, parce que le notaire leur a expliqué ce à quoi elles s'engagent et qu'il a fait l'effort de vérifier qu'elles ont bien appréhendé la portée des engagements qu'elles vont prendre en contractant dans l'acte notarié.

• **Intermédiation.** – Alors, quel est le problème de ce nouvel acte ? Le ou les notaires sont bien situés en présence des parties contractantes, physiquement ou par écran interposé ; en effet, qui a fait une visio-conférence ne peut que valider le fait que le système apporte le même ressenti

6 : En espérant qu'il le soit dans les versions futures de cet acte... car versions futures il devra y avoir.

7 : Définition de la Commission Aynès repris dans *L'authenticité et nous*, guide réalisé par le CSN à l'occasion de la journée de l'authenticité du 14 novembre 2013.

8 : *Documentation du CSN, L'authenticité et nous*.

9 : CSN, *Guide de l'authenticité*, fiche 22.

10 : *Itinéraire d'une authenticité : à propos du rapport de la Commission présidée par Laurent Aynès* : Dalloz Étudiant, 14 oct. 2013.

11 : *Rapport Aynès*, n° 73, p. 103.

Quand le notaire, officier public et ministériel, reçoit un acte, il n'a besoin de personne d'autre

qu'un rendez-vous en présence physique du client.

L'acte notarié est lu et expliqué de la même manière, et nous nous assurons pareillement de la compréhension de celui-ci par les parties.

Évoquons à nouveau les termes de l'article 1369¹². Par conséquent, quand le notaire, officier public et ministériel, reçoit un acte, il n'a besoin de personne d'autre, d'aucune technologie particulière, de rien d'autre, que de sa conscience et de son ressenti : il se suffit à lui-même et la responsabilité que les tribunaux font peser sur ce notaire est la résultante de l'immense confiance que l'État lui a consentie. Le notariat tout entier est fier de ce constat et c'est bien ce qui fait sa force et son honneur au quotidien.

Dès lors, comment envisager de voir apparaître, dans cet acte notarié séculaire, l'intervention d'une société commerciale étrangère, n'ayant aucun lien avec la profession, pour « qualifier » le procédé numérique de la signature de ce nouvel acte à distance et assurer deux points essentiels avec la profession notariale :

- l'identité des signataires ;
- le consentement des parties contractantes par la seule signature dite « qualifiée » par l'ANSSI.

En effet, si de tout temps, dans un acte authentique, le notaire est le garant de l'identité des signataires et de l'expression de leur consentement éclairé, dans le système issu du décret du 3 avril 2020 (à la lecture de l'ensemble des textes ci-dessus rappelés) il partage ses compétences avec la société qui va recevoir la signature dite « qualifiée » : c'est elle qui devient garante de l'identité et comme c'est elle qui est garante de la signature des parties sur l'attestation qui doit être annexée à l'acte notarié aux termes de laquelle le client déclare « qu'il lui a bien été donné lecture de l'acte et qu'il y consent ».

Donc la réception du consentement est « partagée » entre le notaire et la société « tiers de confiance » et ce, même dans l'hypothèse où l'on utilise la délégation au notaire pour le face-à-face¹³. Le « tiers de confiance » recueille le consentement à signer, en assurant notamment le contrôle

exclusif du signataire grâce à une authentification à deux facteurs.

• **Évolutions attendues.** – Il est donc urgent, à notre sens, non de supprimer ce nouvel acte, qui, maintenant qu'il a été annoncé, a créé une forte attente vis-à-vis du public, tant particulier, que professionnel, (d'autant plus qu'à l'heure où nous écrivons ces lignes, bien malin est celui qui dira quand les mesures liées au covid-19 s'arrêteront, en attendant d'autres crises diverses nécessitant à nouveau le confinement de la population), mais de modifier les textes pour permettre au notaire de reprendre, non seulement la mainmise, mais surtout l'autorité sur son acte, dont il demeure seul et unique garant et responsable.

Toute la procédure de signature électronique initiée par la réglementation européenne est de toute évidence une grande avancée, mais elle doit vivre sa vie, hors la sphère spécifique de compétence du notariat de droit continental.

Si le souhait de l'État est de permettre à un notaire en période d'urgence sanitaire (ou par la suite, quelle que soit la période), de recevoir un acte sans la présence ou la représentation des parties, il doit pouvoir le faire seul et sans l'assistance de quelque société que ce soit. Ceci signifie :

- attester de l'identité des parties, qu'il soit en leur présence ou en visioconférence (une procédure spécifique devra à ce titre être prévue pour éviter tout conflit). Les notaires, côtoyant chaque année des millions de personnes, pourront mettre en place une véritable identité numérique des citoyens, conservée et sécurisée par leurs soins ;
- attester sous son entière responsabilité que chacune des parties a bien donné son consentement et que ce consentement est éclairé par la lecture et l'explication de l'acte qui lui en a été faite par le notaire. Là encore, on pourra imaginer de nouveaux systèmes de preuve dont seul le notaire qui reçoit l'acte a la maîtrise.

• **Conclusion** - En guise de conclusion, il est impératif de modifier de manière urgente deux textes.

Premièrement - L'article 1^{er} du décret du 3 avril 2020 doit être modifié¹⁴. Ainsi, on garderait la rédaction suivante de l'alinéa 2 : « L'échange des informations né-

cessaires à l'établissement de l'acte et le recueil, par le notaire instrumentaire, du consentement ou de la déclaration de chaque partie ou personne concourant à l'acte s'effectuent au moyen d'un système de communication et de transmission de l'information garantissant l'identification des parties, l'intégrité et la confidentialité du contenu et agréé par le Conseil supérieur du notariat ».

Il conviendrait en revanche de supprimer la suite du texte : « Le notaire instrumentaire recueille, simultanément avec le consentement ou la déclaration mentionnés au deuxième alinéa, la signature électronique de chaque partie ou personne concourant à l'acte au moyen d'un procédé de signature électronique qualifié répondant aux exigences du décret du 28 septembre 2017 susvisé ».

Et il faudrait maintenir la rédaction actuelle de l'alinéa 4 suivant : « L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée ».

Deuxièmement - Il conviendrait de modifier l'article 1367 du Code civil, de la manière suivante : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte.

Lorsque l'acte est reçu par un notaire par un procédé de visio-conférence agréé par... et dans les conditions de..., et qu'aucune des parties n'est ni présente, ni représentée à l'acte, le notaire instrumentaire peut attester avoir reçu le consentement de la partie non physiquement présente ou représentée, sans qu'une signature de sa part soit nécessaire.

Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Par conséquent, nous aspirons fermement à ce que cette inadaptation de nos textes législatifs et réglementaires soit modifiée, de manière à sécuriser les relations contractuelles, consacrer la force probante de l'acte authentique et rendre tout son sens à notre système de droit continental, sans quoi la vision consumériste de la *common law* gagnera encore une étape en cette période de guerre pandémique et économique.

12 : V. *supra*.

13 : On peut, sur ce point, se reporter aux conditions générales de vente des logiciels de réception d'acte, qui ont été modifiées en conséquence.

14 : Pour la version actuelle de l'article, V. *supra*.