



HAL
open science

La consécration opportune et légitime de l'acte authentique avec comparution à distance

Manuella Bourassin

► To cite this version:

Manuella Bourassin. La consécration opportune et légitime de l'acte authentique avec comparution à distance. La semaine juridique. Notariale et immobilière, 2020. <hal-03111071>

HAL Id: hal-03111071

<https://hal.science/hal-03111071v1>

Submitted on 1 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

La consécration de l'acte authentique avec comparution à distance
Manuella Bourassin, Professeur agrégé à l'Université Paris Nanterre,
Codirectrice du master droit notarial, Rapporteur de synthèse du 117^e Congrès des Notaires
de France

Partie 1 : La consécration opportune et légitime de l'AACD

Ndlr : la seconde partie de cette étude, *La consécration de l'AACD limitée à la procuration notariée*, sera publiée dans un prochain numéro de la revue.

1.L'entrée totale de l'acte authentique électronique dans l'ère de la dématérialisation¹.
L'acte authentique avec comparution à distance est consacré par le décret n° 2020-1422 du 20 novembre 2020 instaurant la procuration notariée à distance, et ce au sein du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, dont le chapitre III se trouve enrichi d'un article 20-1². Ce chapitre dédié à l'acte authentique électronique (AAE) renferme depuis 2005 une disposition autorisant chaque partie à comparaître devant un notaire différent : l'une d'elles en présence du notaire instrumentaire, l'autre aux côtés d'un notaire en participation, la communication entre tous s'opérant au moyen d'un système de visioconférence agréé par le Conseil supérieur du notariat et l'acte devenant parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique qualifiée via sa clé Réal³. Cet acte authentique électronique à distance (AAED) a profondément fait évoluer la pratique notariale depuis quelques mois⁴, mais ne constitue pas une étape décisive dans la dématérialisation de l'acte notarié puisque l'une des parties demeure physiquement en présence du notaire instrumentaire. C'est cette présence que supprime l'acte authentique avec comparution à distance (AACD), faisant ainsi pleinement entrer l'AAE dans l'ère de la dématérialisation. Avec lui, s'ajoute à l'équivalence entre les supports de l'acte notarié - papier ou électronique⁵ - qui concerne l'*instrumentum*, une équivalence entre les modalités de réception de l'acte

¹ Sur les divers impacts du numérique sur l'acte notarié et l'activité notariale, v. la recherche « Notariat et numérique » dirigée par M. Bourassin, C. Dauchez, M. Pichard, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice et la Chambre des notaires des Hauts-de-Seine (<https://cedcace.parisnanterre.fr/contrats-de-recherche-notariat-et-numerique/notariat-et-numerique-956133.kjsp?RH=1554985736557>).

² « *Le notaire instrumentaire peut établir une procuration sur support électronique, lorsqu'une ou les parties à cet acte ne sont pas présentes devant lui.*

L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte et le recueil, par le notaire instrumentaire, du consentement de la ou des parties à l'acte qui ne sont pas présentes s'effectuent au moyen d'un système de traitement, 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.

Le notaire instrumentaire recueille, simultanément avec leur consentement, la signature électronique de cette ou ces parties au moyen d'un procédé de signature électronique qualifiée répondant aux exigences du décret du 28 septembre 2017 déjà mentionné.

L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique qualifiée ».

³ Art. 20 du décret du 26 nov. 1971, issu du décret n° 2005-973 du 10 août 2005.

⁴ Inauguré à la fin de l'année 2018, l'AAED est utilisé de manière « exponentielle » ; il pourrait « devenir, d'ici moins d'un an, le mode majoritaire de signature des actes en participation » (D. Ambrosiano, « Derrière chaque notaire, il y a le notariat, comme institution, comme infrastructure », *JCP N* 27 nov. 2020, n° 48, act. 977), sans doute parce que « les Français (en) sont friands » (D. Ambrosiano, « L'Etat, les Français, le notariat : la trinité », *SNH* 29 oct. 2020, n° 35, p. 20) et que, du côté des deux notaires, s'opère un partage des émoluments sans réduction de moitié de ceux revenant au notaire participant, non instrumentaire, qui est « considéré comme présent » dès lors qu'est utilisé le système de visioconférence agréé par le CSN (art. 68, *in fine*, du règlement intercourts des notaires approuvé par arrêté du ministre de la Justice en date du 22 mai 2018).

⁵ C. civ., art. 1369 visé par le décret du 20 novembre 2020.

notarié - en présence de l'officier public instrumentaire ou à distance - qui se rapporte au *negotium*⁶.

2. La consécration de l'AACD au-delà de la crise sanitaire. La consécration de l'AACD s'inscrit chronologiquement à la suite du décret du 3 avril 2020 ayant autorisé l'acte notarié à distance pendant la première période d'urgence sanitaire, pour « tenir compte de l'impossibilité pour les parties de se rendre physiquement chez un notaire »⁷. Mais elle s'en détache d'une manière remarquable car, contrairement au décret du 3 avril ayant autorisé l'AACD jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, soit le 10 août 2020, le décret du 20 novembre n'est pas un texte d'exception. La procuration notariée à distance qu'il instaure n'est nullement liée à la période d'urgence sanitaire, qui n'est pas même visée dans la notice chapeautant sa publication au *Journal officiel*. Aucune modalité temporelle ne l'assortit d'ailleurs, ni point de départ différé, ni terme : le décret est entré en vigueur le 22 novembre 2020, lendemain de sa publication au *Journal officiel*, sans attendre de probables améliorations pratiques et technologiques, et sa durée est illimitée. L'AACD perdurera donc au-delà de la crise sanitaire. Sa consécration est d'autant plus marquante que l'état d'urgence sanitaire actuel ne la justifiait pas nécessairement, puisqu'il n'a pas l'effet paralysant de celui du printemps : les « déplacements pour se rendre dans un service public ou chez un professionnel du droit, pour un acte ou une démarche qui ne peuvent être réalisés à distance » sont autorisés à titre exceptionnel durant le second confinement⁸.

3. Les questions soulevées par la consécration de l'AACD. A raison de la révolution qu'elle opère, même limitée pour le moment à la procuration notariée (2nde partie de cette étude⁹), la consécration de l'AACD mérite d'être appréciée au regard tant de son opportunité que de sa légitimité. Ces deux qualités nous semblent pouvoir être établies, l'une à l'aune des aspirations qu'elle concrétise (I), l'autre en raison de sa conformité aux exigences de l'authenticité (II).

I. Des aspirations concrétisées

4. Les raisons de la consécration de la comparution à distance. La pérennisation de l'AACD est, selon le Conseil supérieur du notariat (CSN), un choix « guidé par la volonté de l'Etat et du notariat de poursuivre une démarche expérimentale indépendamment de l'urgence sanitaire¹⁰, au bénéfice de tous les Français, et d'apporter immédiatement des réponses opérationnelles aux problématiques rencontrées par ceux vivant à l'étranger »¹¹. Ce communiqué invite à s'arrêter sur trois aspirations révélatrices de l'opportunité de la consécration de l'AACD en droit positif.

5. Les attentes des clients. La consécration de la comparution à distance est d'abord tournée vers les clients vivant à l'étranger, qui peinent à signer des actes notariés depuis la disparition

⁶ Sur cette nouvelle équivalence, v. égal. M. Julienne, « Les premiers pas de l'acte notarié à distance », *JCP N* 10 avr. 2020, n° 15-16, act. 363.

⁷ Notice du décret n° 2020-395 du 3 avr. 2020 (*JO* 4 avr. 2020).

⁸ Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020, art. 4, I, 7°.

⁹ Y seront développées les justifications du choix de la procuration et l'interprétation du périmètre de la procuration notariée à distance.

¹⁰ Notons que cela n'enlève rien à son utilité à l'heure où la crise liée à la Covid-19 continue d'entraîner des restrictions de circulation des personnes et d'entraver en conséquence la signature des actes notariés.

¹¹ Communiqué de presse CSN, 21 nov. 2020 (<https://www.notaires.fr/fr/relation-presse-notaires/parution-du-decret-prennant-acte-notari-avec-comparution-a-distance-pour-les-procurations>).

des attributions notariales de la quasi-totalité des agents diplomatiques et consulaires¹². Pour remédier à ces difficultés majeures¹³, des parlementaires ont envisagé une solution réservée aux Français localisés à l'étranger¹⁴, puis la renaissance de l'AACD mais circonscrite à la seconde période d'urgence sanitaire¹⁵. Le gouvernement a coupé court à ces propositions en adoptant le décret du 20 novembre 2020¹⁶, dont l'absence de restriction *ratione loci* permet l'application aux Français établis à l'étranger ainsi qu'aux clients étrangers demeurant hors du territoire national, à condition néanmoins d'admettre que les seuls critères géographiques tiennent à la compétence du notaire¹⁷ et au recueil par celui-ci, en France, du consentement des parties¹⁸.

La consécration de la comparution à distance répond par ailleurs aux attentes des clients vivant en France, en l'occurrence celles caractérisant la société ultra-connectée d'aujourd'hui¹⁹ : attentes de rapidité, de simplicité et d'accessibilité, qui convergent vers une dématérialisation des échanges et une limitation des déplacements, que des préoccupations environnementales peuvent également susciter. Les notaires justifient par ces attentes de leurs clients tant « la pratique des procurations sous seing privé avec une simple certification de signature (qui) se développe considérablement »²⁰, que les demandes d'actes notariés entièrement à distance²¹. Or « un service public ne saurait ignorer le ressenti de ses usagers, sous peine que ceux-ci, s'ils le peuvent, ne s'en détournent, et, s'ils ne le peuvent, ne le dénigrent »²².

6. L'adhésion des notaires. La prise en compte de l'opinion des notaires sur l'AACD est tout aussi primordiale. Ainsi, une autre cause de consécration de cette modalité de réception tient-elle sans doute aux résultats de l'enquête menée à son sujet par le CSN en juin 2020,

¹² Arrêté du 28 sept. 2018 (JO 9 oct. 2018) portant abrogation de l'arrêté du 18 déc. 2017 fixant la liste des postes diplomatiques et consulaires dans lesquels sont exercées des attributions notariales, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019.

¹³ Préjudiciables à plusieurs millions de Français et binationaux vivant à l'étranger, ces difficultés entravent en outre « les transactions immobilières en matière d'investissement en France, l'attractivité du pays, l'organisation patrimoniale, matrimoniale et successorale des familles mobiles et expatriées, l'égalité de service public entre les métropolitains, les Français d'outre-mer et ceux de l'étranger » (question parlementaire écrite n° 31130, JOAN 14 juill. 2020).

¹⁴ Proposition de loi relative aux Français établis hors de France adoptée en première lecture par le Sénat le 19 mai 2020, art. 18.

¹⁵ Projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, art. 8 issu d'un amendement sénatorial, adopté par le Sénat le 30 octobre 2020.

¹⁶ Amendement au projet de loi précité déposé par le gouvernement le 2 novembre 2020 et adopté le même jour par l'Assemblée nationale : « Cet amendement supprime l'article qui autorise provisoirement l'établissement d'actes authentiques à distance. L'objectif poursuivi par cet article est légitime, mais il va être satisfait par décret avant même que cette loi ne soit promulguée ». Dans la même logique, l'article 18 de la proposition de loi relative aux Français établis hors de France devrait être retiré lors de son examen au Parlement.

¹⁷ Décret du 26 nov. 1971, art. 8 et 9 limitant la compétence d'instrumentation du notaire au territoire national.

¹⁸ La primauté du critère du lieu de réception de l'acte par le notaire sur celui de l'émission du consentement des parties est débattu en doctrine. *Pro*, v. not. M. Grimaldi, C. Gijssbers, B. Reynis, « Le décret du 3 avril 2020 sur l'acte notarié à distance », *Deffrénois* 9 avr. 2020, n° 15, p. 20 ; « Chronique de droit international privé notarial », *JCP N* 10 juill. 2020, n° n° 28, 1143. *Contra*, v. not. Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, « L'acte notarié à distance pour le temps de l'urgence sanitaire », *JCP N* 22 mai 2020, n° 21, 1113.

¹⁹ Sur les bouleversements sociaux qui, depuis l'époque médiévale, ont fait évoluer la notion d'authenticité, v. *L'authenticité. Droit, histoire, philosophie*, dir. L. Aynès, Doc. fr. 2013.

²⁰ D. Savouré, « Le notaire à distance des parties ? Pratique notariale », *Deffrénois* 5 nov. 2020, n° 45-46, p. 27.

²¹ O. Vix, « Acter à distance, une (r)évolution dans l'air du temps », *JCP N* 30 nov. 2018, n° 48, act. 902. *Adde* les résultats de l'enquête « Pratiques et perceptions des acteurs des Hauts-de-Seine » réalisée au cours de l'hiver 2018-2019 dans le cadre de la recherche précitée « Notariat et numérique » (M. Bourassin, C. Dauchez, M. Pichard, « Enquête « Notariat et numérique » : notaires et collaborateurs des Hauts-de-Seine au rendez-vous », *JCP N* 5 avr. 2019, n° 14, p. 17 ; <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02385005v1>).

²² M. Grimaldi, « Le notaire à distance des parties ? Réflexions doctrinales », *Deffrénois* 5 nov. 2020, n° 45-46, p. 20.

révélatrice de l'attention portée par les instances aux retours d'expérience des acteurs de terrain. Il en ressort qu'une majorité des répondants²³ est favorable (36, 7 %) voire très favorable (23, 8 %) à l'AACD et que le pourcentage des opinions positives est plus élevé encore de la part de ceux ayant réalisé au moins un tel acte dans les conditions du décret du 3 avril 2020²⁴ (favorables : 40, 5 % ; très favorables : 46, 6 %). Même si cette adhésion doit être relativisée par le nombre de répondants ainsi que par les vœux d'amélioration formulés y compris par les notaires séduits par l'AACD²⁵, elle révèle une attente de pérennisation de ce mode de réception, que le décret du 20 novembre 2020 a satisfaite.

7. La confiance de l'Etat. Cette pérennisation s'explique enfin par la confiance de l'Etat envers le notariat et les outils que la profession déploie dans la relation client digitale. En atteste la convention d'objectifs 2021-2024 signée le 8 octobre dernier entre le ministère de la Justice et le CSN²⁶, dans laquelle on peut lire que « le service public notarial, fortement automatisé et numérisé, répond aux principes de la confiance numérique ; (...) les interactions distantes avec les clients constituent un des principaux objets de travail pour la durée de la convention ». Avec la consécration de l'AACD quelques semaines après ladite convention, cette aspiration a rapidement trouvé une concrétisation.

8. Aussi approprié qu'il soit aux attentes, aux opinions et aux relations du moment, le décret du 20 novembre 2020 risque de ne pas convaincre ceux que le décret du 3 avril a laissés sceptiques, voire inquiétés au regard des exigences de l'authenticité. La légitimité de la consécration de l'AACD doit donc être éprouvée.

II. L'authenticité respectée

9. « Tout ce qui a été écrit contre ça (la comparution à distance) peut être balayé par un seul argument : ce qui fait l'authenticité c'est la volonté du législateur ou du Gouvernement »²⁷. Certes, la mobilisation de la source normative est essentielle pour établir le respect de l'authenticité par l'AACD. La légalité n'épuise cependant pas l'argumentation tant l'authenticité ne saurait être réduite à une onction étatique²⁸ ni l'acte authentique à un acte public défini par le seul statut d'officier public de celui qui le reçoit²⁹. L'authenticité exige de ce dernier, du notaire en particulier, qu'il ne se contente pas de recevoir l'acte comme un « témoin privilégié »³⁰, mais qu'il accomplisse personnellement divers devoirs³¹, de

²³ Sur les 3326 réponses reçues des notaires interrogés (titulaires, associés et salariés), 2993 réponses complètes ont pu faire l'objet d'un traitement, soit 20, 9 % des notaires en activité.

²⁴ 33, 1 % des notaires ayant répondu à l'enquête ont déclaré avoir reçu au moins un AACD. Plus généralement, 30 000 AACD auraient été dressés entre le 10 avril et le 11 mai 2020 et 7 000 de plus entre la fin du confinement et le terme du 10 août 2020 prévu par le décret du 3 avril (D. Ambrosiano, « Quel avenir pour l'acte par comparution à distance ? », *Dr. et patr.* 1^{er} oct. 2020, n° 306).

²⁵ Principalement, vœu d'autonomie du notariat quant à l'identification et au recueil de la signature des parties comparant à distance, la dépendance à l'égard des sociétés commerciales *DocuSign* et *IDnow* (v. *infra* n° 14) étant dénoncée dans de nombreuses réponses libres ; vœu de simplification du dispositif de réception à distance ; vœu de maintien de relations non dématérialisées avec les clients.

²⁶ V. C. Dauchez, « Signature de la première convention d'objectifs du notariat. Vers une « normalisation » des relations entre l'État et le notariat », *JCP N* 23 oct. 2020, act. 831.

²⁷ Déclaration du président du CSN, 22 oct. 2020 (<https://www.affiches-parisiennes.com/csn-premier-point-presse-de-david-ambrosiano-son-president-nouvellement-elu-11183.html>). Dans le même sens, v. A. Lambert, « La distance n'affecte pas l'authenticité », *Deffrénois* 5 nov. 2000, n° 45-46, p. 1 : « La souveraineté est à la source de l'authenticité des actes de l'autorité publique ».

²⁸ Cl. Brenner, « Le notaire à distance des parties ? Réflexions doctrinales », *Deffrénois* 5 nov. 2020, n° 45-46, p. 20.

²⁹ V. *L'authenticité. Droit, histoire, philosophie*, dir. L. Aynès, Doc. fr. 2013.

³⁰ J. Flour, « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Deffrénois* 1972, art. 30159, p. 977.

vérification notamment. Au prisme de la définition légale de l'acte authentique (A), comme des missions notariales (B), nous souhaitons démontrer que l'authenticité des actes notariés n'est pas altérée par sa réception entièrement à distance, partant que la consécration de l'AACD est légitime.

A. La légalité de l'AACD

10. Les textes visés par le décret du 20 novembre 2020³² expriment le **lien filial entre l'authenticité et la volonté du législateur** : c'est la loi qui attribue aux actes authentiques des effets spécifiques en leur reconnaissant une sécurité juridique renforcée (force probante jusqu'à inscription de faux, date certaine, force exécutoire, éligibilité à la publicité foncière) ; c'est par la loi que l'Etat délègue le service public de l'authentification aux officiers publics dont la signature confère l'authenticité à l'acte ; c'est la loi qui subordonne l'authenticité à la « compétence et qualité pour instrumenter » de l'officier public, ainsi qu'à des « solennités », qu'elle charge le pouvoir réglementaire de préciser³³.

11. La présence physique de l'officier public instrumentaire aux côtés de chacun des comparants ne fait pas partie des conditions légales de l'authenticité. D'éminents auteurs ont affirmé le contraire avec force et conviction³⁴, certains en citant des textes qui évoquent une déclaration ou un consentement « devant notaire »³⁵ ou « en présence » d'un ou deux notaires³⁶ ou encore « en l'étude » d'un notaire³⁷. Toutefois ces précisions peuvent être interprétées comme des éléments descriptifs reflétant les pratiques de leur époque et/ou une terminologie habituelle, plutôt que comme des injonctions procédant de l'essence même de l'authenticité. Au demeurant, elles prennent toutes place dans des textes relatifs à des actes unilatéraux ou contrats particuliers et non dans les lois et règlements qui définissent et encadrent les actes authentiques ou les actes notariés.

En réalité, « il ne résulte d'aucune disposition législative que la mission du notaire instrumentaire ne puisse être accomplie que dans le cas d'une comparution physique des parties »³⁸. Ce défaut de base légale de la comparution physique a été reconnu par le Conseil d'Etat saisi d'un recours portant sur la légalité du décret du 3 avril 2020 relatif à l'AACD. Il aurait pu l'être pareillement au sujet du décret du 10 août 2005 ayant consacré l'AAED, puisque l'une des parties ne se trouve pas physiquement en présence de l'officier public instrumentaire. Il pourrait l'être encore au soutien du décret du 20 novembre 2020, qui renouvelle la confiance de l'Etat envers les notaires, *ès* qualité d'authentificateurs d'actes, indépendamment de leur présence physique auprès du ou des signataires.

³¹ V. les « 10 missions de régulation et de sécurité que l'on pourrait qualifier de fonctions de l'authenticité » identifiées par O. Herrnberger, « Pourquoi parle-t-on encore d'acte « authentique » ? », *JCP N* 7 déc. 2018, n° 49, act. 917.

³² Spéc. les articles 1369 à 1371 du Code civil, la loi du 25 ventôse an XI modifiée, notamment son article 67 et le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 modifié relatif aux actes établis par les notaires.

³³ C. civ., art. 1369 ; *adde* art. 1367, 1371.

³⁴ Spéc. J. Flour, préc. ; P. Catala, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Deffrénois* 2000, n° 20, p. 987 ; Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, préc.

³⁵ Par exemple, C. civ., art. 348-3 (consentement à l'adoption plénière), art. 403 (désignation du tuteur d'un mineur par le dernier vivant des père et mère), art. 788 (déclaration d'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net), art. 804 (renonciation à succession), art. 931 (donation ostensible), art. 933 (mandat d'accepter une donation) ; CCH, art. R. 261-2 (constatation du transfert de propriété dans une vente à terme), art. R. 262-6 (constatation de la livraison dans une vente d'immeuble à rénover).

³⁶ Par exemple, C. civ., art. 973 (testament par acte public), art. 1394 (contrat de mariage), art. 1396 (changements apportés aux conventions matrimoniales), art. 930 (renonciation anticipée à l'action en réduction).

³⁷ Par exemple, C. transports, art. L. 5114-25 et R. 4123-9 (vente aux enchères publiques d'un navire).

³⁸ CE, ord. réf., 15 avr. 2020, n° 439992, *JurisData* n° 2020-005320.

B. La conformité de l'AACD aux missions notariales

12. L'authenticité est le fruit d'un processus dépassant, en amont comme en aval, la réception de l'acte, qui est en outre « dressé, vérifié, conservé par l'autorité publique »³⁹. Or, la phase préparatoire de l'acte notarié, les formalités postérieures d'enregistrement et de publicité et les mesures de conservation et d'archivage ne sont pas concernées par la comparution à distance, qui intéresse uniquement l'« établissement » de l'acte, ce dont témoignent les notions employées par les auteurs du décret du 20 novembre 2020⁴⁰. Ce texte, pas plus que les précédents ayant autorisé des relations dématérialisées entre le notaire instrumentaire et ses clients, n'affecte nullement les autres étapes du cheminement vers l'authenticité à l'occasion desquelles des rencontres physiques peuvent avoir lieu.

13. A s'en tenir au rendez-vous de signature, le notaire est tenu d'honorer des devoirs qui garantissent la régularité et l'efficacité de l'acte et permettent conséquemment de lui reconnaître des attributs remarquables⁴¹ : vérification de l'identité des comparants, informations et conseils à leur prodiguer, contrôle de l'existence, de la densité et de la liberté de leur consentement, recueil de ce consentement et de la signature des parties et, *in fine*, apposition de sa propre signature. L'ensemble est nécessaire pour transformer en vérité publique ce fait individuel qu'est la volonté d'une partie à un acte notarié et pour admettre en conséquence la pleine foi de l'acte authentique comme *instrumentum* et son entière efficacité en tant que *negotium*.

14. Des craintes et critiques sont exprimées à l'encontre d'un partage des missions notariales qui procéderait de l'intrusion de technologies numériques (outils de visioconférence, reconnaissance faciale, détection du vivant, signature électronique) et, pire, de sociétés commerciales de services informatiques spécialisées dans la signature électronique qualifiée⁴² et l'identification des signataires entièrement à distance (en l'occurrence, les sociétés *DocuSign*⁴³ et *IDnow*⁴⁴). Il est permis de soutenir, à l'inverse⁴⁵, que dans le cadre tracé par le décret du 20 novembre 2020, **les missions consubstantielles à l'authenticité sont**

³⁹ *L'authenticité. Droit, histoire, philosophie*, préc., n° 73.

⁴⁰ Dans le corps du décret et l'abstract qui accompagne sa publication au *Journal officiel*, l'établissement de la procuration notariée est mentionné à quatre reprises et d'autres notions y renvoient apertement : notaire instrumentaire ; recueil des consentements ; signatures.

⁴¹ En ce sens, v. not. A. Lambert, « Numérique notarial : sa controverse de Valladolid ! » : <https://www.alain-lambert.org/2020/03/numerique-notarial-sa-controverse-de-valladolid/>

⁴² Il ne s'agit pas de la simple « image de la signature manuscrite » des parties (comme dans l'AAE : décret du 26 nov. 1971, art. 17, al. 3), image qui ne constitue pas une signature électronique au sens de l'article 1367 du Code civil (Civ. 2^e, 17 mars 2011, n° 10-30501, inédit). La signature électronique qualifiée repose sur la technologie de cryptographie asymétrique (clé privée pour signer ; clé publique pour s'assurer de l'intégrité du document) associée à un certificat électronique comportant notamment des informations sur l'identité du signataire ; ce certificat doit être délivré par un tiers de confiance qualifié par l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI). La signature électronique qualifiée se voit reconnaître par le règlement européen eIDAS du 23 juillet 2014 le plus haut niveau de sécurité ; elle bénéficie ainsi de la présomption de fiabilité prévue par l'article 1367, alinéa 2, du Code civil, précisé par le décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 (pour plus d'explications sur les signatures électroniques, v. not. Th. Douville, « Signature électronique : enjeux et perspectives pour le notariat », *Deffrénois* 28 sept. 2017, n° 20, p. 25 ; « Le notaire à distance des parties ? Gestion technique », *Deffrénois* 5 nov. 2020, n° 45-16, p. 30).

⁴³ La société américaine *DocuSign*, leader mondial de la signature électronique, est actuellement le seul prestataire de service de confiance qualifié par l'ANSSI pour délivrer des certificats de signature qualifiée.

⁴⁴ La société allemande *IDnow* est le leader européen de l'identification à distance, service également qualifié par l'ANSSI.

⁴⁵ Tout en reconnaissant que le dispositif actuel est perfectible (sur les vœux exprimés par de nombreux notaires, v. *supra* n° 6 ; sur d'autres perspectives d'amélioration du dispositif de comparution à distance, v. 2nde partie de l'étude).

réalisables par le notaire lui-même, particulièrement les contrôles de l'identité (1) et du consentement (2) des comparants à distance.

1. Contrôle de l'identité des comparants à distance

15. La réprobation de la « substitution d'une prétendue sécurité technologique à la sécurité institutionnelle que confèrent traditionnellement les vérifications personnelles du notaire »⁴⁶ paraît excessive alors que de nombreux outils et services électroniques sont utilisés au quotidien par les officiers publics pour contrôler l'identité des parties, sans susciter un tel grief⁴⁷.

16. En réalité, **le caractère « personnel » des vérifications⁴⁸ n'exclut pas le recours à des aides, numériques ou humaines, dès lors que le notaire demeure seul décisionnaire.** Tel ne serait pas le cas, selon les principales critiques adressées à l'AACD, du fait des technologies visées par les décrets de 2020 et, plus encore, de l'intervention du tiers certificateur qu'appelle l'exigence de signature électronique qualifiée. Il est vrai que le gouvernement a entendu déjouer les cyber risques menaçant l'identification des parties, comme l'utilisation de logiciels « *deep fake* »⁴⁹ ou d'hologrammes, en imposant l'expertise technique de prestataires de services de confiance qualifiés. Nous ne partageons toutefois pas l'analyse de ceux qui y voient « un démembrement de la fonction notariale » antithétique aux conditions de l'authenticité au point de « dégrader » l'acte notarié⁵⁰ et d'être « mortifère pour l'avenir même de la profession » de notaire⁵¹.

17. A rebours, il nous semble que **l'AACD ne substitue pas le tiers certificateur d'identité au notaire et ne consacre pas un partage des prérogatives notariales.** Plusieurs arguments peuvent être avancés en ce sens.

Primo, dans le décret du 20 novembre 2020, l'identification des parties est expressément visée au sein de l'alinéa régissant « l'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte ». Or, cet échange est mené par le notaire instrumentaire, via le système de visioconférence agréé par le CSN, et « au regard de l'identification des parties, (il le place) exactement dans la même situation que celle du notaire, dans son étude, face à des parties qui lui présentent leurs documents d'identité »⁵².

Secundo, l'alinéa suivant implique l'intervention d'un tiers certificateur en imposant la signature qualifiée des parties, mais conforte néanmoins le rôle prééminent du notaire, puisque c'est encore à lui qu'incombe la charge de recueillir cette signature comportant des informations sur l'identité du signataire, et ce en l'ajoutant à *l'instrumentum*⁵³.

⁴⁶ Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, préc.

⁴⁷ Pour l'identification et les vérifications de la capacité des parties, peuvent être cités le dispositif COMEDEC (COMmunication Electronique des Données de l'Etat Civil), INFOGREFFE et le casier judiciaire en ligne, qui font certes l'objet de critiques (v. l'enquête précitée « Notariat et numérique »), mais pas celle examinée plus haut.

⁴⁸ C. civ., art. 1371.

⁴⁹ Application utilisant les technologies *deep learning* d'intelligence artificielle pour substituer dans une vidéo un visage par un autre.

⁵⁰ Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, « L'acte notarié à distance pour le temps de l'urgence sanitaire », *JCP N* 22 mai 2020, n° 21, 1113 ; « Un acte notarié à distance pour les temps ordinaires ? », *JCP N* 5 juin 2020, n° 23, 1124.

⁵¹ F. Jouvion et E. Michelez, « Libres propos sur 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* 12 juin 2020, n° 24, act. 497.

⁵² Circulaire du CSN en date du 16 avril 2020 relative à l'application du décret autorisant l'AACD pendant la (première) période d'urgence sanitaire.

⁵³ En l'occurrence, en annexant à l'AACD une copie de l'attestation signée électroniquement via *DocuSign* par le comparant à distance - une copie, et non le fichier PDF contenant l'original du certificat électronique de la

Tertio, il ressort du dernier alinéa du décret qu'une fois les vérifications effectuées, le notaire conserve son pouvoir de décider d'authentifier ou non l'acte, car celui-ci n'est « parfait » que « lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique qualifiée⁵⁴ ». Le notaire demeure libre de refuser d'y procéder via sa clé Réal, notamment si, en dépit du certificat délivré par le prestataire informatique, l'identité du comparant à distance lui paraît douteuse. Ainsi, la fonction des opérateurs techniques demeure modeste et les notaires conservent « le premier rôle »⁵⁵, celui dont dépend l'authenticité.

18. Cette analyse est de nature à conforter un allègement opérationnel préconisé par le CSN depuis la première période d'utilisation de l'AACD, à savoir **la vérification par le seul notaire de l'identité du comparant s'il l'a rencontré en face-à-face au cours des dix dernières années**⁵⁶, c'est-à-dire sans recourir à un tiers certificateur d'identité⁵⁷. La régularité de cette désactivation du module de vérification d'identité du prestataire *IDnow* peut être confortée, outre par un accord de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information⁵⁸, en relevant que la vérification de l'identité du comparant par un tiers certificateur n'est pas un élément substantiel de l'acte - l'authenticité repose sur les contrôles effectués par le notaire instrumentaire - et que son inobservation n'est nullement visée par l'article 41 du décret du 26 novembre 1971 qui énonce limitativement les conditions formelles des actes notariés dont le défaut entraîne une disqualification en acte sous signature privée. De tels arguments ont déjà conduit la Cour de cassation à reconnaître l'efficacité des procurations sous seing privé non annexées⁵⁹. A l'avenir, ils pourraient prospérer au soutien de procurations authentiques reçues à distance sans certification par un prestataire informatique de l'identité du client déjà connu du notaire instrumentaire.

2. Contrôle du consentement des comparants à distance

19. Prérogative exclusive du notaire recevant physiquement les parties, **la vérification de la compréhension du contenu de l'acte et de la liberté de la volonté** qui le sous-tend demeure l'apanage de l'officier public en cas de comparution des parties à distance. En effet, selon le décret du 20 novembre 2020, « le recueil, par le notaire instrumentaire, du consentement de la

signature qualifiée apposée par le comparant, car ce fichier PDF originel n'est pas compatible avec la norme PDF/A utilisée pour les actes notariés électroniques.

⁵⁴ Adjectif retenu en toute rigueur par le décret du 20 novembre 2020, qui le substitue au mot « sécurisée » au sein des articles 17, 20, 25, 30, 31 et 37 du décret du 26 novembre 1971.

⁵⁵ Ch. Gijsbers, « Le notaire à distance des parties ? Réflexions doctrinales », *Defrénois* 5 nov. 2020, n° 45-46, p. 20. Dans le même sens, v. M. Julienne, « Les premiers pas de l'acte notarié à distance », *JCP N* 10 avr. 2020, n° 15-16, act. 363 et « Acte notarié à distance : nouvelle étape », *JCP N* 27 nov. 2020, n° 48, édito, p. 2.

⁵⁶ Circulaire CSN du 16 avril 2020 précisant que vis-à-vis des clients dont le notaire instrumentaire a vérifié personnellement l'état civil depuis moins de dix ans, la date de cette vérification doit être précisée lors de l'envoi auxdits clients de l'attestation de recueil de consentement.

⁵⁷ En revanche, conformément aux décrets du 3 avril et du 20 novembre 2020, le module *DocuSign* de signature électronique qualifiée est utilisé.

⁵⁸ Accord évoqué par le CSN (dans une « Foire aux questions » ouverte aux notaires le 21 novembre 2020, il est précisé que la distinction entre les clients vus depuis moins de dix ans par le notaire et les autres est un « choix opérationnel convenu entre la société DocuSign et l'ANSSI lors de la qualification de leur solution, en tenant compte notamment du statut d'officier public du notaire »). Accord dont le contenu exact est toutefois difficile à vérifier tant les décisions de l'ANSSI de qualification d'un prestataire ou d'un service sont lapidaires (à l'égard de *DocuSign*, v. https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2019_4886_np.pdf ; https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2019_4891_np.pdf). « L'ANSSI doit rendre de nouvelles grilles d'évaluation début 2021 en matière de sécurité » (D. Ambrosiano, « Derrière chaque notaire, il y a le notariat, comme institution, comme infrastructure », *JCP N* 27 nov. 2020, n° 48, act. 977). Il est souhaitable que soient alors plus clairement qu'aujourd'hui décorréliées, d'une part, la procédure d'identification à distance et, d'autre part, l'exigence de signature qualifiée à distance.

⁵⁹ Ch. mixte, 21 déc. 2012, n° 11-28688 et 12-15063.

ou des parties à l'acte qui ne sont pas présentes » s'effectue au moyen de la visioconférence agréée par le CSN « garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu » des informations transmises. Via ce système sécurisé, les informations et conseils afférents à l'acte sont délivrés par le notaire, la lecture de l'acte et les modifications qui lui sont éventuellement apportées sont faites par le notaire en mode partage d'écran - autant d'étapes au cours desquelles l'intelligibilité de l'acte pour les comparants et leur libre arbitre doivent être appréciés par l'officier public.

20. Le contrôle du consentement des parties repose toujours sur le seul discernement du notaire. Si au cours des étapes précédemment décrites, il estime que le consentement manque de densité, de lucidité, de liberté, il opposera un refus d'instrumenter évinçant la suite du processus réglementaire. Dans le cas inverse, le décret prévoit que « le notaire instrumentaire recueille, simultanément avec leur consentement, la signature électronique de cette ou ces parties au moyen d'un procédé de signature électronique qualifiée ». Le risque d'altération de l'authenticité est dénoncé par ceux qui en déduisent que l'acte notarié à distance est un « acte partagé » : la réception des consentements est le fait du notaire, mais le recueil des signatures des parties qui, selon ces auteurs, donne à leur consentement un caractère définitif et le rend juridiquement efficace, suppose l'intervention d'une autorité de certification⁶⁰. Cette démonstration n'empêche pas la conviction principalement pour trois raisons.

21. D'abord, la distinction de la « réception » du consentement et de son « recueil » ne se retrouve pas dans les textes gouvernant les actes notariés. Ainsi, le décret du 26 novembre 1971 utilise certes le premier terme, mais au sujet des actes eux-mêmes, et réserve le second au consentement ; dans le décret du 20 novembre 2020, l'expression « recueil du consentement » est employée au sein de l'alinéa portant sur les échanges en visioconférence au cours desquels la volonté des parties est extériorisée verbalement et gestuellement, ce qui permet au notaire de la constater personnellement.

22. Ensuite, le recueil du consentement est de nouveau évoqué par le décret lorsqu'il exige le recueil simultané de la signature électronique qualifiée des parties. Cette répétition, loin de constituer une maladresse rédactionnelle, éclaire la nature de l'attestation signée électroniquement via *DocuSign* : il s'agit d'une confirmation du consentement préalablement recueilli par le notaire lui-même.

23. Enfin, ce qui scelle le consentement des parties à l'acte notarié électronique et lui permet de produire effet avec la sécurité renforcée attachée à l'authenticité, n'est pas leur propre signature, fût-elle qualifiée, mais celle du notaire. Il ne l'apposera via sa clé Réal que si les échanges menés en visioconférence l'ont convaincu de l'existence et des qualités du consentement du ou des comparants à distance.

L'officier public garde donc bien la maîtrise des prérogatives que l'Etat lui délègue pour exercer le service public de l'authenticité.

24. En définitive, **l'unicité de l'acte authentique n'est pas compromise par la consécration de la comparution à distance**, car cette modalité de réception n'engendre pas un acte notarié imparfait se rapprochant pernicieusement d'un acte contresigné électroniquement par un avocat en l'absence des parties, voire d'un simple acte sous signature privée. Parce que l'établissement entièrement à distance d'un acte authentique ne contredit pas la définition qu'en donne la loi, ni ne contrevient aux missions inhérentes au statut d'officier public, le décret du 20 novembre 2020 a légitimement consacré de manière durable l'équivalence entre les modalités de réception de l'acte notarié - « corps présents » ou à distance - qui prolonge l'équivalence entre ses supports - papier ou électronique.

⁶⁰ Cl. Brenner, S. Gaudemet et G. Bonnet, préc. ; S. Gaudemet, « Le notaire à distance des parties ? Réflexions doctrinales », *Defrénois* 5 nov. 2020, n° 45-46, p. 20.

25. La confiance ainsi renouvelée envers la dématérialisation des actes notariés n'est point exclusive des relations traditionnelles entre le notaire et ses clients, relations marquées en toutes circonstances - matérielles comme virtuelles - par l'humanité et la sécurité. Uniment, le décret conforte une proximité numérique qui s'ajoute à la proximité physique entre les notaires et l'ensemble des concitoyens⁶¹.

26. La confiance n'exclut pas la prudence. Si la comparution à distance est à même de doter l'authenticité d'un « atout supplémentaire »⁶² et de « renforcer le rôle du notaire »⁶³ plutôt que de le marginaliser à l'ère numérique⁶⁴, sa nouveauté et les questionnements qu'induit nécessairement celle-ci ont déterminé les auteurs du décret du 20 novembre 2020 à circonscrire l'AACD aux procurations notariées (2nde partie de cette étude).

⁶¹ D. Ambrosiano, « Derrière chaque notaire, il y a le notariat, comme institution, comme infrastructure », *JCP N* 27 nov. 2020, n° 48, act. 977.

⁶² « Atout supplémentaire pour que le notaire prolonge dans la sphère numérique la mission de sécurisation et de confiance qu'il accomplit dans la sphère physique » (O. Herrnberger, LinkedIn 23 nov. 2020).

⁶³ D. Boulanger, « La procuration authentique à distance est née ! » : <https://www.cridon-ne.org>

⁶⁴ J.-F. Humbert, « Acte par comparution à distance », *Defrénois* 25 juin 2020, n° 26, p. 13 ; A. Lambert, « La distance n'affecte pas l'authenticité », *Defrénois* 5 nov. 2000, n° 45-46, p. 1.