



HAL
open science

La consécration de l'acte authentique avec comparution à distance limitée à la procuration notariée

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. La consécration de l'acte authentique avec comparution à distance limitée à la procuration notariée. La semaine juridique. Notariale et immobilière, 2021. hal-03126765

HAL Id: hal-03126765

<https://hal.science/hal-03126765v1>

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.

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 2 : La consécration de l'AACD limitée à la procuration notariée

Ndlr : la première partie de cette étude, *La consécration opportune et légitime de l'AACD*, a été publiée dans un précédent numéro de la revue

1. L'acte authentique avec comparution à distance (AACD) est consacré par le décret n° 2020-1422 du 20 novembre 2020¹, qui pérennise le dispositif autorisé à titre exceptionnel et temporaire par un décret du 3 avril 2020², mais en autorisant la réception sur support électronique et à distance, non pas de tout acte notarié, mais uniquement des procurations. Ne pas ouvrir la comparution à distance à tous les actes notariés peut apparaître suspicieux aux yeux de ses détracteurs et surprenant, voire décevant, pour ceux qui en reconnaissent l'opportunité et la légitimité³. Des arguments peuvent toutefois être avancés au soutien de la limitation de l'AACD aux procurations notariées.

2. Les atouts de l'expérimentation. Le ministre de la Justice a évoqué le caractère expérimental de cette limitation dans les termes suivants : « afin de pouvoir apprécier dans la durée les impacts, juridiques et techniques d'une telle pérennisation, il est proposé de circonscrire la faculté de dresser des actes notariés à distance aux seules procurations »⁴. La restriction, à titre expérimental, du champ d'application de l'AACD témoigne de l'audace prudente du gouvernement. De fait, si le décret du 20 novembre 2020 ne constitue pas un règlement d'expérimentation au sens constitutionnel du terme⁵ puisqu'il n'est pas limité dans le temps, la démarche de la Chancellerie s'inscrit indubitablement dans le courant en vogue de l'expérimentation des politiques publiques, caractérisée par l'innovation autant que par la circonspection⁶. Procéder par étapes présente principalement deux atouts.

3. L'acceptabilité de la réforme. D'une part, l'expérimentation permet de renforcer l'acceptabilité de la réforme auprès de ses acteurs, spécialement ceux chargés de sa mise en œuvre, en l'occurrence les notaires. Interrogés par le Conseil supérieur du notariat (CSN) en juin dernier sur l'AACD instauré par le décret du 3 avril 2020, 79, 1% des notaires (titulaires, associés ou salariés) n'ont pas répondu à l'enquête. Au sein de cette majorité silencieuse, il est sans doute des sceptiques et même des réfractaires que l'expérimentation est susceptible de rassurer et peut-être à terme de convaincre, à l'instar de la pratique de l'acte authentique électronique (AAE) puis de l'acte authentique électronique à distance (AAED) ayant conduit en quelques années au succès de l'un⁷ et de l'autre⁸.

¹ Nouvel article 20-1 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.

² Décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 ayant autorisé l'acte notarié à distance jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de la première période d'urgence sanitaire, soit jusqu'au 10 août 2020.

³ V. la 1^{re} partie de cette étude, *La consécration opportune et légitime de l'AACD*.

⁴ Rép. min. 3 nov. 2020 (*JOAN*, p. 7829). Dans le même sens, v. D. Ambrosiano, « Derrière chaque notaire, il y a le notariat, comme institution, comme infrastructure », *JCP N* 27 nov. 2020, n° 48, act. 977, selon lequel « il faut se donner le temps de l'expérimentation et ceci notamment pour des raisons de sécurité informatique ».

⁵ L'article 37-1 de la Constitution (issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003) impose que les lois ou règlements à caractère expérimental comportent « un objet et une durée limités ».

⁶ V. l'étude du Conseil d'Etat, « Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ? », Doc. fr. 2019.

⁷ Sur le succès de l'AAE, v. les résultats de l'enquête « Pratiques et perceptions des acteurs des Hauts-de-Seine » (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>) réalisée au cours de l'hiver 2018-2019 dans le cadre de la recherche « Notariat et numérique »,

4. L'appréciation de la réforme. D'autre part, l'expérimentation permet d'apprécier les modalités et les effets d'une réforme, ce qui est particulièrement utile à l'égard de celles opérant une transformation digitale, dans la mesure où les évolutions technologiques rapides invitent à des réexamens juridiques réguliers. Le Conseil d'Etat l'a relevé : « l'expérimentation apparaît comme un outil particulièrement approprié pour tester des mesures visant des nouveaux outils numériques, destinés aux usagers du service public (...), dès lors qu'ils nécessitent d'être développés de manière séquentielle, en lien direct avec leurs utilisateurs »⁹. Le garde des Sceaux l'a confirmé au sujet de l'ouverture partielle de l'AACD, qui « permettra de s'assurer des garanties du système en pratique, notamment au plan technique et en termes de sécurité des échanges et des données »¹⁰. Il s'agira en particulier d'éprouver le système de visioconférence prescrit en cas de comparution à distance¹¹ et surtout le dispositif de signature électronique des parties de niveau qualifié, qui suscite le plus de critiques en doctrine¹² comme en pratique¹³.

5. Les questions soulevées par le domaine matériel du décret. Si l'expérimentation de la procuration notariée à distance est manifestement justifiée, le domaine matériel ainsi assigné au décret du 20 novembre 2020 n'en soulève pas moins de sérieuses questions. Deux seront ici développées : la première intéresse le choix de la procuration (I) et la seconde le périmètre de la procuration notariée à distance (II).

I. Les justifications du choix de la procuration

6. Le choix de la procuration comme domaine d'application, dans un premier temps, de l'AACD se comprend à l'aune du régime de droit commun de la procuration, dont la simplicité et la souplesse ont pu séduire le notariat et l'Etat soucieux de répondre aux attentes de fluidité et d'adaptabilité de plus en plus souvent exprimées à l'ère numérique (A). Le besoin de sécurité, primordial en matière notariale, peut lui aussi être assouvi par la reconnaissance des procurations authentiques à distance (B).

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.

⁸ Sur le succès de l'AAED, v. D. Ambrosiano, « Quel avenir pour l'acte par comparution à distance ? », *Deffrénois* 1^{er} oct. 2020, n° 306 ; J.-F. Humbert, entretien, *SNH* 29 oct. 2020, n° 35, p. 17.

⁹ Etude préc., p. 32-33.

¹⁰ Rép. min. préc.

¹¹ « 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 » (art. 20-1 du décret du 26 nov. 1971). Il en existe deux versions : l'une matérielle (équipement *hardware* installé dans une salle de l'office notarial ; selon un communiqué de presse du CSN en date du 4 avril 2020, 40% des offices en étaient équipés au printemps de cette année) ; l'autre logicielle depuis novembre 2020 (intégrée dans le logiciel de rédaction d'actes le plus utilisé par la profession notariale ou accessible en dehors du LRA). 100% des offices devraient en être dotés avant juin 2022 (D. Ambrosiano, « Derrière chaque notaire, il y a le notariat, comme institution, comme infrastructure », *JCP N* 27 nov. 2020, n° 48, act. 977).

¹² Sur les critiques ayant trait à l'authenticité, v. la 1^{re} partie de cette étude ; sur celles relatives aux différents niveaux de signature électronique, v. Th. Douville, « Le notaire à distance des parties ? Gestion technique », *Deffrénois* 5 nov. 2020, n° 45-16, p. 30.

¹³ V. D. Savouré, J.-F. Sagaut et G. Bonnet, « Le notaire à distance des parties ? Pratique notariale », *Deffrénois* 5 nov. 2020, n° 45-16, p. 27. Adde l'enquête menée par le CSN en juin 2020 au sujet de l'AACD autorisé par le décret du 3 avril : parmi les notaires ayant reçu au moins un AACD avant le 20 mai 2020 (soit un tiers des répondants), le module *DocuSign* de signature électronique qualifiée a recueilli 67, 4 % d'opinions favorables ou très favorables ; en revanche, 81 % ont exprimé une opinion défavorable ou très défavorable à l'encontre du module *IDnow* d'identification des parties à distance, et ce essentiellement pour les raisons suivantes : refus de confier l'identification à un tiers ; complexité du système en particulier pour le client ; dysfonctionnement, coupures, lenteurs à l'utilisation ; délais ; interlocuteurs ne parlant pas le français ; défaut d'aboutissement du procédé.

A. La simplicité et la souplesse de la procuration en droit commun

7. Le choix de limiter la consécration de l'AAED à la procuration ne contredit pas les diverses attentes ayant inspiré le décret du 20 novembre 2020¹⁴, puisque celles tournées vers la simplicité et la souplesse des opérations juridiques se trouvent satisfaites par le recours à la procuration : assurant un « don d'ubiquité »¹⁵, elle remédie aux difficultés voire à l'impossibilité de se déplacer pour signer un acte¹⁶. De surcroît, plusieurs dispositions du Code civil régissant le mandat et la représentation confortent la réalisation des attentes précitées et par là même le choix d'ouvrir la comparution à distance aux procurations plutôt qu'aux actes notariés qu'elles anticipent. Certaines règles de droit commun concernent les participants à la procuration (1), d'autres ses caractères (2).

1. Les participants à la procuration

8. Les procurations sont « des actes plus simples qui font intervenir **un nombre limité de participants** » et permettent ainsi d'« éviter les difficultés techniques d'application de la signature authentique à distance »¹⁷. Il est vrai que seule la participation du représenté est requise par le droit commun du mandat visé par le décret du 20 novembre 2020. En effet, si l'article 1984 du Code civil prévoit que « le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire », l'article 1985 précise que « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire » ; on comprend dès lors l'emploi par ledit décret du pluriel comme du singulier (« lorsqu'une ou les parties à cet acte (de procuration) ne sont pas présentes »).

9. De surcroît, **un unique mandataire**, tel un collaborateur du notaire instrumentaire, peut agir pour le compte de plusieurs parties, y compris lorsque leurs intérêts sont opposés, dès lors qu'elles autorisent cette double représentation (C. civ., art. 1161 issu de la réforme du droit commun des contrats¹⁸). Cette dernière condition est aisément remplie par la stipulation d'une clause de représentation par un mandataire commun, voire par « la signature de la procuration suffisant à établir l'autorisation malgré l'éventuel conflit d'intérêts » entre les parties¹⁹.

2. Les caractères de la procuration

10. La souplesse de la procuration procède de ses **caractères préparatoire et librement révoquant**. Parce que le mandat est distinct du ou des actes dont il anticipe la réalisation et parce que « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble » (C. civ., art. 2004), la procuration facilite les opérations qui en sont l'objet, sans entamer les chances du mandant de les accomplir lui-même.

11. Cette adaptabilité est particulièrement précieuse lorsque l'urgence sanitaire impose des restrictions de déplacement plus ou moins drastiques et évolutives au fil du calendrier des (dé)confinements. Dans un tel contexte, la consécration des procurations authentiques à distance vient à propos, puisqu'elles pallient l'inaccessibilité totale ou partielle des offices notariaux, en droit ou en fait, tout en ménageant la possibilité que les actes qui y sont visés

¹⁴ Sur les aspirations des clients, des notaires et de l'Etat à l'origine de ce décret, v. la 1^{re} partie de cette étude.

¹⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 11^e éd., 2020.

¹⁶ Rappelons que depuis quelques mois, les difficultés de déplacement des parties à un acte notarié peuvent être autrement solutionnées, à savoir par l'AAED, dans lequel chaque partie comparaît devant un notaire différent (art. 20 du décret du 26 nov. 1971, issu du décret n° 2005-973 du 10 août 2005).

¹⁷ Gouvernement, amendement du 2 nov. 2020 à l'article 8 du projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

¹⁸ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, complétée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018.

¹⁹ M. Mekki, « Réforme du droit des obligations : la représentation », *JCP N* 25 nov. 2016, n° 41, act. 1255.

soient finalement établis par le mandant lui-même, et ce en la présence physique d'un notaire, si la situation sanitaire s'est améliorée depuis la signature du mandat²⁰.

12. Pour les temps ordinaires, le caractère préparatoire du mandat et sa révocabilité *ad nutum* confèrent à la procuration notariée à distance deux intérêts : « éviter un bug lors de la séance de signature de l'acte (acte notarié visé par le mandat) et permettre un retour de volonté »²¹ en faveur notamment d'une signature « corps présents ».

B. La sécurité de la procuration en matière notariale

13. Au regard de la pratique et des solutions jurisprudentielles propres aux procurations utilisées dans la perspective d'un acte notarié, la consécration de la procuration authentique à distance est justifiée en ce qu'elle répond à un objectif essentiel en matière notariale, celui de sécurité juridique. Effectivement, ce nouveau mode de réception permet de **gagner en sécurité par rapport à des pratiques jusqu'ici très répandues mais contestables**, à savoir les procurations établies à l'étranger (1) et encore plus les procurations sous signature privée (2).

1. Procuration notariée à distance vs procuration établie à l'étranger

14. Les personnes résidant hors de France qui entendent signer un acte authentique sur le territoire national recourent habituellement à des procurations de droit local, ensuite transmises au notaire instrumentaire en France. Pour être juridiquement efficace, cette pratique suppose que la procuration, lorsque l'authenticité est imposée *ad validitatem*²², soit reçue dans le respect des solennités requises en France pour un acte authentique, ce que la Cour de cassation réfute au sujet des procurations simplement apostillées par un *notary public* d'un pays du *Commonwealth*²³. Ainsi, la nouvelle procuration reçue à distance par un notaire français présente-t-elle une utilité particulière et une sécurité accrue pour les clients établis dans un pays de droit anglo-saxon²⁴.

2. Procuration notariée à distance vs procuration sous signature privée

15. La procuration authentique à distance est à même de modérer, si ce n'est de supplanter, le recours très fréquent aux procurations sous signature privée dans la perspective d'un acte notarié non solennel, en particulier une vente immobilière (hors VEFA dans le secteur protégé) ou un prêt immobilier (non hypothécaire). La présence d'une telle procuration sous signature privée dans la chaîne de l'authenticité constitue un « maillon faible » fragilisant l'opération dans son ensemble²⁵, puisque l'existence, la densité et la liberté du consentement du mandant ne sont pas vérifiées par le notaire. Un tel contrôle est à l'inverse opéré

²⁰ A défaut, l'acte-cible pourra être conclu par un collaborateur du notaire instrumentaire, désigné comme mandataire, et présent à l'étude sous réserve du télétravail impliqué par la crise sanitaire.

²¹ M. Grimaldi, « Le notaire à distance des parties ? Réflexions doctrinales », *Defrénois* 5 nov. 2020, n° 45-46, p. 20.

²² Sur les différentes causes de recours aux procurations authentiques, v. *infra* n° 22.

²³ Civ. 1^{re}, 14 avr. 2016, n° 15-18157, PB. V. not. P. Callé, « Effet en France d'une procuration établie par un *notary public* australien », *JCP* 2016, n° 27, p. 1346 ; S. Godechot-Patris, « L'apostille du *notary public* ne fait pas de l'acte un acte authentique », *RCDIP* 2017, n° 1, p. 55.

²⁴ Sur l'utilité, plus généralement, de l'AACD vis-à-vis des clients expatriés ou étrangers résidant hors du territoire français, v. la 1^{re} partie de cette étude.

²⁵ M. Grimaldi, C. Gijssbers, B. Reynis, « Le décret du 3 avril 2020 sur l'acte notarié à distance », *Defrénois* 9 avr. 2020, n° 15, p. 20. *Adde* not. E. Dubuisson, « Du coronavirus au notaire sans contact », *Defrénois* 19 mars 2020, n° 12, p. 11 ; J.-F. Humbert, « Acte notarié à distance », *Defrénois* 25 juin 2020, n° 26, p. 13 ; Ph. Pierre, « Par procuration... », *JCP N* 3 avr. 2020, n° 14, act. 338.

personnellement par le notaire recevant un AACD²⁶. Comparativement à l'usage habituel des procurations en matière notariale, un gain de sécurité est donc apporté par la procuration authentique à distance.

16. Le choix de restreindre, dans un premier temps, l'AACD à la procuration reçoit donc de solides justifications. Il n'en demeure pas moins que le périmètre exact de la procuration notariée à distance soulève de sérieuses difficultés d'interprétation.

II. L'interprétation du périmètre de la procuration notariée à distance

17. Dans le décret du 20 novembre 2020 et la présentation qui l'accompagne au *Journal officiel*, le terme procuration est employé à plusieurs reprises, sans que ne le soit celui de mandat. Néanmoins, ce dernier plane au-dessus du décret dont le dispositif est précédé du visa des articles 1984 à 1990 du Code civil, qui prennent place dans un chapitre intitulé « De la nature et de la forme du mandat ». Or, selon l'article 1984 du Code civil, « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Ce texte est « extraordinairement vague »²⁷, notamment parce que « mandat » et « procuration » y sont présentés comme des synonymes alors que doctrine et pratique distinguent volontiers les deux notions, la première étant considérée comme le genre et la seconde comme une espèce : le mandat se caractérise par l'accomplissement pour autrui d'actes juridiques dont la nature et le contenu sont fort variables ; « la procuration diffère du mandat classique en ce sens qu'elle n'est qu'une pure délégation de signature » en vue d'un acte déterminé par le mandant²⁸.

18. La question se pose dès lors de savoir si le décret « instaurant la procuration notariée à distance » ne porte que sur la procuration, telle qu'étroitement définie par la doctrine, ou s'il couvre plus largement tous les mandats soumis aux articles précités du Code civil. Si l'application du décret à la délégation de signature en vue d'un acte notarié déterminé ne fait pas de doute (A), l'extension à des mandats généraux est discutable (B).

A. L'application certaine à la délégation de signature en vue d'un acte notarié déterminé

19. La lettre du décret est rendue ambiguë par le visa de l'article 1984 du Code civil qui ne distingue pas la procuration du mandat. En revanche, l'esprit du décret est clair : en autorisant la procuration authentique à distance, ses promoteurs ont entendu faciliter la signature des actes notariés que les parties délèguent à un représentant (1). Cet objectif peut être largement atteint compte tenu de la variété des actes notariés concernés (2).

1. L'esprit du décret

20. Le décret du 20 novembre 2020 a été inspiré par des attentes convergentes des citoyens, des notaires et de l'Etat, toutes tournées vers **une simplification, au moyen d'outils numériques, de la réception des actes notariés les plus courants**, à l'image de ceux établis en matière immobilière et familiale sur le fondement du décret du 3 avril 2020. D'après les

²⁶ V. 1^{re} partie de cette étude.

²⁷ A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, précis Domat, 13^e éd., 2019, n° 643.

²⁸ Association Henri Capitant, « *Offre de réforme du droit des contrats spéciaux* », juin 2020 (<http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/contrats-spe-def-2020.pdf>), qui propose d'inscrire dans le Code civil, en remplacement de l'actuel article 1984, les définitions suivantes : « Le contrat de mandat est celui par lequel le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure des actes juridiques en son nom et pour son compte. Le mandat est appelé « procuration » lorsque le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure un acte dont le contenu est d'ores et déjà défini ».

résultats de l'enquête menée en juin dernier par le CSN au sujet de l'AACD, ont été reçus selon cette modalité des ventes (hors VEFA : 30 % ; VEFA : 14 %), des donations (12 %), des prêts hypothécaires (11 %) ²⁹. En raison du choix du gouvernement de développer progressivement l'AACD, de tels actes ne sont plus susceptibles, pour le moment, d'être établis directement avec comparution à distance. Mais ils peuvent l'être grâce à la technique « à double détente » ³⁰ de la procuration. Une réponse du ministre de la Justice apportée le 3 novembre à une question parlementaire exprime clairement cette possibilité offerte par la procuration notariée à distance : « le dispositif permettra à celui qui envisage la conclusion d'un acte authentique, de conclure cet acte par l'intermédiaire d'un mandataire qu'il pourra désigner dans une procuration établie à distance par un notaire, sans avoir à se déplacer » ³¹. Cette réponse ministérielle explicite l'esprit du décret du 20 novembre 2020, qui couvre donc indubitablement les délégations de signature consenties en préparation d'actes notariés ³².

2. La variété des actes notariés concernés

21. La limitation de la consécration de l'AACD à la procuration ne réduit guère le périmètre des actes notariés concernés *in fine*, tant sont rares ceux qui ne sauraient être reçus par l'intermédiaire d'un représentant ³³.

22. Plusieurs restrictions sont inopérantes. Ainsi, la procuration authentique à distance ne doit pas être écartée lorsqu'il s'agit d'anticiper un acte à l'égard duquel une disposition législative ou réglementaire mentionne la présence d'un notaire aux côtés du ou des signataires ³⁴. Effectivement, nous avons démontré ³⁵ que la présence physique de l'officier public instrumentaire aux côtés de chacun des comparants ne fait pas partie des conditions légales de l'authenticité ; en conséquence, l'indication de cette présence dans un texte spécial doit être interprétée comme un élément descriptif reflétant les pratiques d'une époque et/ou une terminologie habituelle, sans faire obstacle à l'équivalence entre les comparutions physiques ou digitales à un acte notarié ou à la procuration qui le précède.

Par ailleurs, la procuration notariée n'est pas réservée à la représentation conventionnelle à un acte notarié solennel. Certes, lorsque le recours à un notaire est requis par la loi à titre de validité ³⁶, l'exigence de parallélisme des formes entre l'acte principal et la procuration implique que celle-ci soit notariée, à peine de nullité ³⁷. Mais la procuration notariée peut tout

²⁹ S'y ajoutent 18 % de procurations authentiques, 11% d'actes « divers », 3 % de notoriétés. Précisons qu'il s'agit de pourcentages portant sur les AACD reçus par les notaires ayant répondu à l'enquête et ayant déclaré avoir eu recours à ce mode d'établissement au moins une fois lors du premier confinement.

³⁰ A. Bénabent, *op. cit.* n° 642.

³¹ Rép. min. 3 nov. 2020, *JOAN* p. 7829.

³² Pour des raisons économiques évidentes, le domaine immobilier a spécialement retenu l'attention du gouvernement qui a précisé que « le décret autorisant la procuration authentique notariée à distance permettra en particulier la signature de tous les actes de transaction immobilière à distance. Le confinement n'aura donc aucun effet sur l'accès aux transactions immobilières notariées » (amendement préc.).

³³ « Avec les procurations authentiques nous couvrons la quasi-totalité des cas d'usage » : D. Ambrosiano, « Derrière chaque notaire, il y a le notariat, comme institution, comme infrastructure », *JCP N* 27 nov. 2020, n° 48, act. 977.

³⁴ Par exemple, les articles 931 et 1075 du Code civil relatifs à la donation et à la donation-partage, les articles 1394 et 1396 du même code portant sur le contrat de mariage et les conventions matrimoniales modificatives, l'article R. 261-2 du Code de la construction et de l'habitation relatif à la constatation du transfert de propriété dans une vente à terme.

³⁵ V. 1^{re} partie de l'étude.

³⁶ S'agissant par exemple de l'hypothèque, de la donation ostensible, du contrat de mariage, de la vente d'immeuble à construire dans le secteur protégé ou encore de la promesse de vente immobilière de plus de dix-huit mois consentie par un particulier.

³⁷ A partir de certains textes spéciaux (comme l'article 933 du Code civil relatif à l'acceptation d'une donation « devant notaire » par le donataire lui-même ou « la personne fondée de sa procuration »), la jurisprudence a

aussi bien préparer la signature d'un acte pour lequel le formalisme authentique subordonne la publicité foncière à fin d'opposabilité aux tiers³⁸ ou d'information des tiers³⁹ ou encore le formalisme notarié choisi par les parties pour bénéficier des attributs de l'authenticité (force probante jusqu'à inscription de faux, date certaine, force exécutoire)⁴⁰. Dans toutes ces hypothèses, la procuration notariée peut désormais être établie en la présence de l'officier public comme à distance.

23. Toutefois, en raison de leur caractère éminemment personnel, quelques actes ne supportent pas la représentation et échappent ainsi au domaine très vaste de la procuration, quels que soient sa forme et son mode d'établissement. A s'en tenir à ceux qu'un notaire peut ou doit recevoir, le testament est l'exemple archétypal⁴¹, puisque les dernières volontés doivent être exprimées par le testateur⁴² à l'exclusion d'un représentant⁴³. Certains considèrent que la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) en fournit une autre illustration⁴⁴. Il est vrai que cet acte portant atteinte à la réserve héréditaire est particulièrement grave. Cependant, il est douteux qu'il présente un caractère personnel suffisant pour le faire échapper à la représentation conventionnelle, puisque l'article 929 du Code civil prévoit qu'il « n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à héritier ».

24. Si la RAAR ne peut entrer dans le champ d'application du décret du 20 novembre 2020, c'est sans doute pour une autre raison : le parallélisme des formes peut faire obstacle à la réception de la procuration sur support électronique avec comparution à distance. Comme la RAAR est un acte solennel, la procuration doit lui emprunter sa forme, à peine de nullité. Or, selon l'article 930 du Code civil, « la renonciation est établie par acte authentique spécifique reçu par deux notaires ». Cette dernière condition ne peut être remplie par un AAE, ni davantage par une procuration reçue sur support électronique avec comparution à distance, car il est à ce jour techniquement impossible que deux notaires signent un même acte avec chacun leur clé Réal. Le décret du 20 novembre 2020 l'atteste en employant uniquement le singulier à l'égard du notaire instrumentaire.

La règle du parallélisme des formes devrait évincer la procuration notariée à distance vis-à-vis d'autres actes notariés requis *ad validitatem*, à savoir les conventions matrimoniales. En effet, toutes les conditions imposées par l'article 1394 du Code civil ne peuvent être remplies si ces conventions elles-mêmes ou les procurations les ayant pour objet sont établies à distance : peut être satisfaite l'exigence de simultanéité des présences et des consentements des parties

généralisé cette exigence (par exemple, pour la représentation à un contrat de mariage, une procuration spéciale et authentique est imposée *ad validitatem* : Civ. 29 mai 1854, *DP* 1854, 1, p. 207 ; Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, n° 12-15618, *PB*).

³⁸ A l'égard notamment des ventes, échanges, apports en société, constitutions de servitude, d'usufruit, de droit d'usage et d'habitation ayant un objet immobilier.

³⁹ Spécialement, les actes de partage intéressant au moins un immeuble.

⁴⁰ Par exemple, en matière de bail, de cautionnement ou de promesse unilatérale de vente immobilière.

⁴¹ Le consentement à l'adoption plénière d'un enfant, dont l'article 348-3 du Code civil impose le recueil par « un notaire français ou étranger » ou des « agents diplomatiques ou consulaires français », illustre aussi fort bien le caractère éminemment personnel de l'acte s'opposant à ce qu'il soit signé par un mandataire au nom et pour le compte des parents vis-à-vis desquels ledit consentement rompt le lien de filiation préexistant.

⁴² Il en va ainsi que le testament soit olographe (il doit être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : C. civ., art. 970) ou authentique (il doit être dicté par le testateur, lu à celui-ci par le notaire et signé par le testateur : C. civ., art. 972 et 973). En revanche, un testament peut être révoqué par l'intermédiaire d'un mandataire (v. *infra* n° 25).

⁴³ Exclusion que ne saurait remettre en cause la possibilité reconnue par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 de recourir, dans le cadre d'un testament authentique, à un interprète si le testateur ne peut s'exprimer en langue française (C. civ., art. 972, al. 4). Cette exception doit recevoir une interprétation stricte.

⁴⁴ CSN, « La procuration authentique avec comparution à distance. Aspects juridiques », note du 21 nov. 2020.

ou de leurs mandataires (alinéa 1^{er}) ; ne peut l'être la condition de remise par le notaire, « au moment de la signature du contrat, (d') un certificat sur papier libre » (alinéa 2)⁴⁵.

25. Dans d'autres cas, l'exigence de parallélisme des formes ne restreint pas le domaine matériel du décret analysé mais impose de **recevoir la procuration notariée à distance dans le strict respect des conditions de validité de l'acte solennel principal**. A titre d'exemple, la procuration à fin de révocation d'un testament ne peut être valablement reçue que « par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins »⁴⁶ ; la première modalité n'étant pas compatible avec le support électronique, la procuration à distance doit impérativement respecter la seconde, donc être reçue par le notaire en présence de deux témoins choisis dans le respect des prescriptions de l'article 975 du Code civil.

Sous ces quelques réserves, le décret du 20 novembre 2020 couvre donc les délégations de signature consenties dans l'optique d'un acte notarié déterminé. Reste la question de son application à des mandats généraux.

B. L'extension discutable aux mandats généraux

26. Les articles du Code civil visés par le décret assimilent la procuration au mandat (article 1984) et admettent que ce dernier soit « ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant » (article 1987⁴⁷). Ce visa est-il suffisant pour autoriser la réception à distance des mandats par lesquels est déléguée **la gestion de tout ou partie d'un patrimoine** (par exemple, le mandat d'administrer une indivision⁴⁸, le mandat donné par un époux à l'autre de « le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue »⁴⁹, le mandat à effet posthume portant sur la gestion de la succession pour le compte et dans l'intérêt de certains héritiers⁵⁰), voire d'un mandat qui s'étend à **la protection de la personne du mandant ou de ses enfants vulnérables** (mandat de protection future pour soi-même ou pour autrui⁵¹) ?

27. En faveur de l'exclusion de tels mandats généraux divers arguments semblent convaincants : la lettre du décret du 20 novembre 2020, dont le dispositif ne mentionne nullement le mandat ; l'esprit de ce texte, dont les justifications pratiques convergent vers des actes notariés déterminés et dont le gouvernement n'a jamais donné comme exemples d'application des mandats généraux et encore dont le caractère expérimental invite à une réduction de périmètre ; la définition doctrinale de la notion de procuration, qui la distingue nettement de celle de mandat, surtout qu'« il y a plus qu'une nuance entre le pouvoir donné à un collaborateur du notaire aux fins d'établir un acte dont le contenu est déjà négocié, et le contrat par lequel on abandonne à une personne de confiance la gestion de tout un patrimoine »⁵².

28. En faveur de l'extension aux mandats généraux, d'autres arguments peuvent être défendus. D'abord, le visa des articles 1984 à 1990 du Code civil porte à croire que le décret est applicable à tout type de procuration ou mandat soumis à ces dispositions de droit commun, ce qui englobe les mandats généraux précités, gouvernés par des règles particulières

⁴⁵ V. D. Guillou, « Acte authentique électronique avec comparution à distance : le cas des conventions matrimoniales et partenariales », *JCP N* 12 juin 2012, n° 24, act. 498.

⁴⁶ Loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, art. 9, 2°. Rapp. C. civ., art. 971.

⁴⁷ Les articles 1155 et 1988 du Code civil limitent toutefois la portée du mandat général en précisant qu'il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration.

⁴⁸ C. civ., art. 815-3.

⁴⁹ C. civ., art. 218.

⁵⁰ C. civ., art. 812 s.

⁵¹ C. civ., art. 477 s.

⁵² M. Julienne, « Acte notarié à distance : nouvelle étape », *JCP N* 27 nov. 2020, n° 48, édito, p. 2.

et également, à titre subsidiaire, par les articles 1984 et suivants du Code civil⁵³. Ensuite, le CSN, dont le rôle a été déterminant dans l'adoption du décret et qui en a déjà livré une interprétation aux membres de la profession, estime « envisageable de pouvoir recevoir sur le fondement des dispositions du décret des procurations générales »⁵⁴, à l'exclusion (prudente) du mandat à effet posthume et du mandat de protection future⁵⁵. Au soutien de l'admission de ce dernier mandat général, il est possible de mobiliser le droit comparé en évoquant un système juridique très proche du nôtre : une loi belge du 30 avril 2020 a consacré la possibilité pour les notaires d'établir des procurations authentiques sans comparution physique des mandants, « y compris les mandats de protection visés à l'article 490 du Code civil »⁵⁶. Enfin et peut-être surtout, les restrictions au champ d'application du décret du 20 novembre 2020 méritent d'être écartées pour ne pas accrédi-ter l'idée que la réception à distance n'est pas suffisamment fiable *de facto* comme *de jure*, alors que la consécration de l'AACD, fût-elle pour le moment limitée à la procuration notariée à distance, est opportune et légitime.

29. L'heure est désormais venue de son appropriation par les notaires et de la détermination par ceux-ci et les instances de la profession des « bonnes pratiques » à suivre pour que l'expérimentation de la procuration notariée à distance soit pleinement concluante et prolongée par l'extension de ce mode de réception aux actes notariés eux-mêmes.

Si le décret du 20 novembre 2020 est une étape décisive dans la modernisation de l'acte notarié, de toute évidence d'autres textes suivront pour l'ancrer plus largement encore dans l'ère de la dématérialisation et reconnaître qu'il répond au puissant besoin de sécurité juridique suscité par la révolution numérique.

Dans cette perspective, nul doute que des propositions seront formulées par le 117^e Congrès des notaires de France ayant pour thème, en 2021, « Le numérique, l'homme et le droit. Accompagner et sécuriser la révolution digitale ».

⁵³ Les articles 478 et 812-1-4 du Code civil le rappellent clairement au sujet du mandat de protection future et du mandat à effet posthume.

⁵⁴ CSN, note préc., qui donne en exemple celles fondées sur les articles 815-3, 2^o ou 218 du Code civil.

⁵⁵ « Le mandat de protection future ou le mandat à effet posthume, qui échappent en tout ou partie au régime et à l'esprit du mandat de droit commun ne semblent pas en revanche être concernés par le dispositif » (*ibidem*).

⁵⁶ Loi portant des dispositions diverses en matière de justice et de notariat dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus, dont l'article 6 ne limite cependant pas l'autorisation de la procuration digitale par visioconférence, avec signature qualifiée des parties, à la période de crise sanitaire (<http://www.ejustice.just.fgov.be>).