

L'authenticité notariale

Évoquer et penser l'authenticité, c'est également penser la garantie collective. L'avenir de l'authenticité conditionne l'avenir de cette garantie collective.

Aborder la question de l'authenticité, c'est aborder le cœur de la profession notariale. Je reprendrais une image du doyen Carbonnier lorsqu'il abordait la notion d'ordre public : l'authenticité est le rocher sur lequel repose le notariat.

Si l'on tentait de définir très largement ce qu'est l'authenticité, on parlerait d'une qualité, d'une vertu que l'on rattache à un écrit, un fait, ou à un acte.

Ramenée à la profession, elle est inextricablement liée à l'acte authentique, avec ses trois caractéristiques principales qui figurent au sein du Code civil : intervention d'un officier public, ici ministériel, qui est un tiers impartial et qui reçoit les actes avec les solennités requises.

Art.1369 du code civil : « *L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter. [...]* »

En réalité, l'authenticité n'existe pas en tant que telle : c'est une interface entre un processus (l'authentification) et un résultat (l'acte notarié). L'authenticité est le lien, le trait d'union, entre ce processus et ce résultat.

Quand on pense l'authenticité, on pense, au-delà, à la place de la profession notariale dans notre société.

On présente le notaire comme étant « *l'ombre de la société sur le contrat* » (B. Reynis), mais il est davantage l'ombre de l'État sur tous les actes juridiques. En cela il joue un rôle fondamental d'interface entre intérêt général et intérêts particuliers.

Ce rôle va s'intensifier dans les années à venir :

- L'État a décidé de se retirer, et laisse à d'autres (au notaire notamment) le soin d'opérer un contrôle ;
- Le retrait de l'État se traduit aussi par un phénomène de déjudiciarisation, dans le cadre d'une société plus conflictuelle.

Tout cela dans un mouvement de pulvérisation des droits subjectifs.

Le notaire, dans ce contexte, va être un représentant, un délégué de l'État, mais va aussi alléger les charges des juges. Il endosse un rôle para-judiciaire, voire judiciaire. Le notaire devient le garant de l'effectivité des droits subjectifs.

L'authenticité est une vertu reconnue par tous.

Cette vertu est cependant aujourd'hui en danger, elle doit aujourd'hui relever de nouveaux défis :

- **L'empire du marché** : tout est réduit à un produit, le modèle étant celui de l'offre et de la demande. Tout a un prix. On prétend qu'il faut en ce sens créer un marché du droit.

On rattache à l'empire du marché la concurrence entre les systèmes juridiques, entre *common law* et *civil law*, et la concurrence entre les professions (vers la profession unique, avec suppression de ce qui singularise le notariat. La bâtonnière de Paris en fait une priorité).

Demain, l'authenticité sera-t-elle partagée, banalisée, marchandisée ?

- **L'emprise du numérique**, avec le phénomène des algorithmes (intelligence artificielle, blockchain, etc.). Le droit lui-même devient l'objet du numérique.

Demain, l'authenticité sera-t-elle déshumanisée ? désintermédiée ?

De manière naturelle, un premier regard rétrospectif confirme que l'authenticité est une vertu qu'il faut préserver. Un deuxième regard plus prospectif permet de constater que cette qualité est convoitée.

I. L'authenticité, une vertu à préserver

Deux éléments sont au cœur de cette notion : un homme : le notaire, et un objet : l'acte authentique.

A. Le notaire.

C'est un officier public et ministériel. Il bénéficie à ce titre d'un statut, inextricablement lié à ce qui fait la force du notariat, l'authenticité.

Ce statut et la force de l'authenticité sont reconnus par les instances européennes, malgré ce que l'on a pu en dire, notamment en 2014.

En 2011 et 2015, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a considéré que les activités notariales ne participaient certes pas à « l'exercice de l'autorité publique ». (Cf. notamment CJUE, gde ch., Commission c. Belgique et autres, 24 mai 2011).

Cependant, en même temps, en 2011, la Cour de justice définissait l'authenticité par le fait que le notaire est tenu de vérifier que toutes les conditions légales exigées pour la réalisation des actes sont réunies. La décision ajoute que « *le notaire exerce cette vérification en poursuivant un objectif d'intérêt général, à savoir garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers.* »

Cela permet de justifier un certain nombre de dérogations aux libertés fondamentales.

Cet aspect ne doit pas être oublié et la Cour de justice n'a pas l'image tronquée du notariat qu'on a bien voulu nous présenter.

Pourquoi un tel lien entre l'authenticité et le statut ? Le notaire est un officier public et ministériel délégataire de la puissance publique et il est tenu à un certain nombre de devoirs, qui figurent dans des règles déontologiques de la profession : devoir d'instrumenter, de confraternité, conseil, impartialité, etc. Ces règles constituent le ciment de la profession.

En résumé, le notaire est garant de l'accessibilité, de l'intelligibilité et de l'effectivité des règles de droit, et c'est en cela qu'il est reconnu.

Des contraintes sont liées à ce statut : tarif réglementé, dépendance économique, obligation de conservation, contrôle de l'Etat, répartition géographique...

Tous ces éléments caractérisent l'authenticité, qui n'existe que parce que l'homme qui en est à l'origine exerce un service public.

Demain, cette authenticité et cet homme vont répondre aux nouvelles attentes de l'État, qui va déléguer aux notaires de nouvelles fonctions, notamment para-judiciaires (certificat européen de succession par ex.), mais également une justice de l'amiable. Le notariat doit s'emparer de la médiation par exemple, car comme le dit la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) : Le notaire est « *un magistrat de l'amiable* » (CEDH, 21 mars 2017, n°30655/09).

L'expression n'est pas anodine, elle vient insister sur le fait qu'il fait partie de la fonction judiciaire. Sans être un avocat, sans être un juge, mais en tant que notaire. Il sera d'ailleurs lui aussi soumis à l'article 6 § 1, sur le droit à un procès équitable.

B. L'acte notarié

L'acte notarié est trop souvent présenté comme un frein à l'activité économique, alors que

c'est tout le contraire, puisqu'il garantit la sécurité juridique. En cela, il peut être considéré comme un moteur de l'activité économique.

Marie-Anne Frison-Roche (spécialiste du droit de la régulation) insistait sur ce point quand elle parlait d'un « *acte de marché* ».

L'acte notarié n'est pas simplement une preuve, il dit/constate ce qui est vrai, qui devient alors incontestable. C'est un facteur fort de stabilité, au point que certains voient de ce fait dans le notaire un agent régulateur du marché.

Comment l'authenticité est-elle liée à ce résultat qu'est l'acte notarié ? En réalité, l'acte notarié n'est pas qu'un résultat. Comme l'authenticité, il est à la fois :

- **Processus : l'authentification.** Le notaire intervient comme contrepoids à l'accélération sociale, il se donne le temps de la vérification, de la rédaction et de la conservation (Cf. L. AYNES, « *l'authenticité : droit, histoire, philosophie* », La documentation française, 2014) :
 - o Vérification : le notaire vérifie le passé pour garantir l'avenir, s'assure de la validité de l'acte qu'il instrumente. Le devoir de conseil joue un rôle fondamental. Enfin, il a un devoir de vigilance (TRACFIN). Être notaire, ce n'est pas « noter et se taire » ;
 - o Rédaction : il dresse les actes, ce n'est pas qu'un simple témoin, un simple scribe. Il doit maîtriser l'art de la clause ;
 - o Conservation : il conserve les actes, et si les méthodes de conservation changent avec le numérique, le principe demeure.
- **Résultat : l'acte authentique.** L'acte notarié est un acte authentique qui confère date certaine. Cet acte permet la publicité. Il a une force probante exceptionnelle contre lequel il faut engager une procédure en inscription de faux. Il a une force exécutoire, qui n'a de sens que parce qu'elle est inextricablement liée à la force probante, cf. infra.

II. L'authenticité, une qualité convoitée

L'authenticité est convoitée à la fois par d'autres professions juridiques et par d'autres « prestataires » de services juridiques.

A. Convoitée par d'autres professions juridiques

On pense essentiellement aux avocats.

L'authenticité peut-elle être revendiquée par cet acte symbolique qu'est l'acte contresigné par avocat¹ ?

L'existence de plusieurs professions juridiques permet-elle de dire que demain, l'authenticité sera une sorte d'authenticité hybride, d'authenticité partagée ?

1. L'acte d'avocat peut-il revendiquer un droit à l'authenticité ?

L'acte contresigné est très utile, il a été reconnu au sein même du code civil (art.1374 du code civil) et il sert à régler ou réguler de nombreuses situations (règlements des relations entre fiancés, entre concubins, etc.).

Cependant, dès que le législateur entend protéger une institution ou un intérêt particulier, il se tourne vers les actes authentiques, et parmi ces derniers, vers l'acte notarié (consentement à l'adoption, PMA, changement de régime matrimonial, contrat de mariage, etc.).

Quoi qu'il en soit, l'acte contresigné ne peut pas être et ne sera jamais un acte authentique.

¹ Ensuite « acte d'avocat » ou « acte contresigné ».

Tout d'abord, parce que les rédacteurs n'ont pas le même statut : l'avocat ne veut pas des contraintes associées. L'indépendance qui caractérise l'avocat n'est pas compatible avec le statut du notaire.

Il ne faut pas oublier que le notariat est un service public, qui doit donc répondre au principe de continuité et d'égalité. D'ailleurs, la CJUE insiste sur la différence entre la certification de signature, qui peut être faite par un avocat, et le véritable acte authentique établi par un officier public, en évoquant le fait que le recours à des professionnels tels que les notaires assure la protection de la bonne administration de la justice, une administration préventive de la justice (CJUE, Arrêt du 9 mars 2017, C-342/15, EU:C:2017:196.).

C'est pourquoi l'acte contresigné par avocat confère à l'acte une date certaine, une force probante renforcée, mais n'est pas pour autant un « acte public » caractérisé par la volonté et le sceau de l'État).

2. L'avenir est-il dans une authenticité partagée ?

Dans une authenticité partagée, elle serait le fruit d'une combinaison entre actes d'avocats et actes notariés. On pense ici à l'article 229-1 Code civil (divorce par consentement mutuel conventionnel), avec intervention des avocats puis d'un notaire en bout de chaîne qui se contente de déposer l'acte au rang de ses minutes et d'opérer une vérification formelle.

On fait ainsi naître un monstre juridique : un acte qui a date certaine, la force probante de l'acte contresigné par avocat et une force exécutoire d'acte authentique sans vérification au fond.

- C'est **techniquement absurde** :
 - o Un dépôt sans vérification au fond qui donne force exécutoire contrevient aux règles fondamentales.
 - o On déconnecte force probante exceptionnelle jusqu'à procédure en inscription de faux (qui est en l'occurrence réduite à la force d'un acte d'avocat) et force exécutoire, alors que les deux sont intimement liées.
- C'est **politiquement dangereux** : on réduit le notaire à une chambre d'enregistrement. On réduit le notaire latin au *public notary* des systèmes de *common law*.

Pourtant, ces deux entités juridiques sont bien distinguées en jurisprudence, en ce compris par la Cour de cassation, qui à l'occasion d'un arrêt en date du 14 avril 2016 (n°15-18.157) avait clairement différencié les deux. Et demain, si on arrive à considérer que la dernière intervention du notaire permet d'allouer la force exécutoire, pourquoi les autres professions ne pourraient-elles pas la revendiquer ?

On pourrait imaginer que les agents immobiliers demandent qu'on dépose leur acte (qui n'a aucune force probante particulière) et qu'il acquiert force exécutoire. La même revendication pourrait venir des experts comptables ou de tout autre rédacteur d'actes !

Il faut revenir à la pensée de Durkheim, qui évoquait dans sa thèse le principe cardinal de la division du travail social. Cette division est au cœur de la solidarité. Elle consiste à dire que chacun a son rôle et que chaque rôle se complète.

Il doit y avoir une division du travail juridique. M. Alliot-Marie, au moment du projet de loi sur l'acte contresigné par avocat, disait bien que « *acte contresigné, acte notarié, chacun a son utilité, chacun a sa nécessité* ».

S'il faut une unité, elle ne doit pas être « *l'écrasement des différences mais l'harmonie des contrastes.* » (A. Camus).

Je pense qu'il faut maintenir la singularité de l'acte authentique et éviter de multiplier ses avatars.

B. convoitée par d'autres prestataires de service juridiques

Le numérique fait du droit un nouveau marché. Les legaltech revendiquent aussi un droit à l'authenticité.

Cependant, le droit n'est pas un produit, mais un bien collectif. Notons que les instances européennes sont aujourd'hui séduites par ces nouvelles théories économiques.

Alors, si l'authenticité doit aborder le virage numérique, elle ne doit pas se laisser abuser par le mirage numérique.

1. Le virage numérique

Cette transition a été faite par le notariat depuis longtemps en pratique (FCDV, MICEN, etc.). On doit aujourd'hui se demander si ces nouvelles technologies vont faire naître une nouvelle forme d'authenticité ?

Prenons le cas de l'acte authentique électronique avec visioconférence. L'acte authentique classique est censé être instrumenté par un notaire, dans un lieu. Avec l'acte authentique à distance, on aura deux notaires dans deux lieux, il faut nécessairement repenser l'authenticité.

Ces éléments ne semblent cependant pas incompatibles : finalement, on a deux notaires instrumentaires qui agissent ensemble de façon indivisible.

Il faudra ensuite s'interroger sur la signature des clients : est-elle réellement une signature électronique au regard du règlement eIDAS ? Il faut une présomption de fiabilité avec une signature certifiée. Le CSN est un tiers certificateur, aussi ne pourrait-on pas concevoir le notaire comme un représentant du CSN ?

Demain, les actes sous signatures privées électroniques, qui pourront être intégrés dans l'acte authentique, auront-ils le statut d'acte authentique ?

Le notariat devrait envisager en ce sens une réflexion sur les procurations authentiques électroniques.

2. Le mirage numérique

Pour illustrer les fantasmes nés du développement des nouvelles technologies et de leurs effets potentiellement disruptifs sur les métiers du droit en général et ceux du notariat en particulier, il convient d'accorder une place centrale aux blockchains et smart contracts. Ceux qui les défendent, notamment les ingénieurs et commerciaux, prétendent marquer la fin du tiers de confiance.

La *blockchain* permettrait d'obtenir une date certaine et une sécurité absolue, au point que dans un amendement de 2016, certains ont pu demander, pour les titres financiers, que l'on reconnaisse l'authenticité de la *blockchain* au même titre que l'acte notarié.

L'authenticité de demain relèvera-t-elle des algorithmes ? C'est une vue de l'esprit. Tout d'abord parce que l'acte enregistré sur la *blockchain* n'est pas pour l'instant un écrit électronique au sens du code civil même si cet élément peut suffire comme élément de preuve entre commerçants ou pour des biens d'une valeur inférieure à 1500 euros. Le pseudonymat fait obstacle à cette qualification d'écrit électronique (art. 1366 et 1367 C. civ.), les signatures ne sont pas certifiées pour bénéficier d'une présomption de fiabilité. La force probatoire est donc limitée et fragilisée même si elle n'est pas inexistante.

En outre, on dit que la *blockchain* permettrait de prouver la propriété. Or, la propriété ne se prouve pas seulement par des titres, seuls capables d'entrer dans une blockchain, mais aussi par l'usucapion, l'accession, l'occupation ou l'apparence.

La *blockchain* prétend régler les conflits entre acquéreurs successifs d'un bien immobilier.

C'est impossible : désormais la condition de bonne foi qui avait disparu est revenue par le biais de l'article 1198 al. 2 du code civil. Comment une *blockchain* pourrait-elle prendre en considération cet élément moral qu'est la bonne foi ?

Enfin, on prétend que la *blockchain* permet d'authentifier un acte. Pas du tout : cette affirmation ne concerne que *l'instrumentum*, mais l'authentification vient de l'homme et de son statut. Le notaire vérifie aussi le *negotium*. L'authenticité vient d'un processus, l'authentification, processus de vérification de la légalité et de la pleine efficacité de l'acte.

Néanmoins, *blockchain* et *smart contract* peuvent servir sans desservir l'authenticité.

Quelques exemples d'utilisation de la *blockchain* comme outil peuvent être évoqués :

- En présence d'un acte authentique électronique, une *blockchain* privée envisagée comme une sorte d'intranet permettrait de remettre des copies électroniques authentiques ;
- Elle pourrait permettre la mise en place d'un réseau européen des actes notariés. Il y a des résistances politiques pour un acte authentique européen ; peut-être que par le numérique et la *blockchain* privée une harmonisation européenne pourrait se faire.
- Elle pourrait intégrer des documents qui ne transiteront plus par le client (diagnostics par ex.) ;
- Elle pourra être utile pour remplacer les *data room* utilisées lors de la conception d'un projet immobilier.

Les *smart contracts* (contrats « auto exécutants ») pourront être utilisés par le notariat pour restituer automatiquement les dépôts de garantie, les séquestres, l'indemnité d'immobilisation, etc.

C'est une technologie qui doit être au service du notariat, et non l'inverse.

En conclusion, il n'y a pas de désintermédiation, mais au contraire une ré-intermédiation, à laquelle le notariat doit penser afin que l'authenticité soit une véritable authenticité 3.0, voire 4.0.

Transition de Monsieur le Président introduisant l'intervention de maître LANDON.

Ces évolutions décrites doivent toujours être passées au tamis de la jurisprudence. Quid de l'authenticité dans les prétoires ? Quid des sanctions de l'authenticité ? Me LANDON a défendu des confrères au pénal, il a eu à intervenir sur des dossiers différemment médiatisés, puisque le pénal est une arme si puissante qu'elle est utilisée aujourd'hui de façon disproportionnée, instrumentalisée, sans fondement juridique mais dans le but de faire mal au professionnel.