

L'environnement électronique influe-t-il sur la nature de l'acte juridique ?

Cyril Nourissat

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

Directeur du Diplôme universitaire Droit notarial international

Directeur de l'Équipe de Droit international européen et comparé (EDIEC – EA 4185)

Des remerciements très sincères doivent être adressés au notariat autrichien, son Président, et les organisateurs de cette manifestation pour cette invitation. C'est autant un honneur qu'un plaisir d'être présent à Salzbourg.

Cette dernière partie de notre colloque pose une question assez fondamentale qui, pour être très générale, n'en appelle pas moins une réponse précise. Afin de tenter d'esquisser cette réponse, quelques observations liminaires doivent être formulées. Elles constitueront les principales délimitations du thème de cette intervention.

La première observation, essentielle, tient au fait que de manière délibérée le propos sera limité à une catégorie d'acte juridique et non à tous les actes juridiques. Sans surprise, le choix va se porter sur la catégorie des actes notariés, c'est-à-dire des actes authentiques notariés. Et pour faciliter les choses, face à la diversité des définitions qui peuvent en être données dans les droits nationaux, il est proposé de retenir celle qui réunit aujourd'hui les 22 notariats des États membres de l'Union européenne, à savoir celle qui a été forgée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans le célèbre arrêt *Unibank*¹ puis a été adoptée par de nombreux règlements de coopération judiciaire civile. Par exemple, on peut retenir celle donnée par le règlement « TEE » qui définit l'acte authentique comme : « *un instrument établi par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire par l'État membre d'origine, dressé dans la forme requise, et qui authentifie la signature et le contenu de l'acte* ». Cette définition est, chacun le sait, reprise dans le règlement « successions » ou encore le règlement « régimes matrimoniaux ».

¹ CJCE, 17 juin 1999, Unibank, C-260/97.

A la faveur d'une étude, désormais ancienne, réalisée par le CNUE pour le compte du Parlement européen (2008) il a été montré que cette définition permettait, d'une part, d'accueillir sans difficulté les spécificités qui peuvent exister dans tel ou tel droit national, d'autre part et surtout, de bien distinguer ce qui est « authentique » de ce qui ne l'est pas².

Dans la veine de ce développement, une remarque supplémentaire en forme d'alerte. La distinction opérée par la proposition de règlement sur la filiation (présentée en décembre 2022) qui conduit à vouloir faire coexister les « actes authentiques contraignants » et les « actes authentiques non contraignants » apparaît comme non seulement assez discutable sur un plan strictement juridique mais encore porteuse d'un certain nombre de difficultés pratiques futures (par exemple, sous l'angle de leurs régimes respectifs de circulation, acceptation, reconnaissance et exécution). Elle devrait probablement être oubliée si l'on ne souhaite pas déstabiliser une matière aujourd'hui plutôt bien établie car connue et acceptée par tous les notariats européens³.

La seconde observation, tout aussi essentielle, consiste à bien préciser ce que recouvre l'expression « environnement électronique », « environnement numérique ». Ici, de manière délibérée, il est proposé de retenir une approche fondée sur la dématérialisation, c'est-à-dire en lien avec le support de l'acte juridique, avec l'*instrumentum*. Or, avec le recul qu'autorise l'écoulement du temps, il est manifeste de prime abord que l'acte authentique électronique, lorsqu'il est autorisé par le droit national, est sans influence sur la nature de l'acte. Et d'insister sur le fait que – étape par étape – plusieurs États membres (pour rester dans la sphère de l'Union européenne) ont construit un environnement juridique favorable au développement d'un acte authentique électronique en tout point équivalent à un acte authentique papier, en d'autres termes un acte « traditionnel ». Mais, et c'est décisif, l'on comprend que pour que l'*instrumentum* dématérialisé permette une pleine identité quant au *negotium*, il a fallu le dire, le décider, légiférer en dernière analyse...

² [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2008/408329/IPOL-JURI_ET\(2008\)408329_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2008/408329/IPOL-JURI_ET(2008)408329_FR.pdf)

³ En ce sens, nos obs in C. Nourissat, Chronique de droit notarial de l'Union européenne, Defrénois 11/2023, n° DEF212w5.

Et poser ainsi l'affirmation que l'authenticité est unique par la consécration de la « neutralité » du support de l'acte mais aussi par l'affirmation de l'équivalence entre présence physique et présence numérique du notaire⁴.

Qu'il nous soit permis alors de partir de l'expérience française – celle qui est la moins mal connue de l'auteur – au travers des deux étapes successives qui illustrent parfaitement le constat que tout est fait pour que l'environnement électronique n'influe pas en définitive sur la nature juridique de l'acte authentique.

La première étape est celle de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000. Par cette loi, une disposition sur les actes authentiques électroniques a été insérée dans le Code civil : l'article 1371 al. 2 du Code civil⁵. Cet article confère à l'acte authentique électronique le même statut que les actes authentiques « papier » ! Et pour ce faire, des règles d'établissement des actes authentiques électroniques sont contenues dans les articles 16 à 20 du Décret relatif aux actes établis par les notaires n° 71-941 du 26 novembre 1971, tel que modifié par le Décret n° 2005-973 du 10 août 2005. Ainsi, l'acte électronique doit être signé par le notaire en utilisant une signature électronique sécurisée, les parties (et les témoins) doivent apposer leur signature manuscrite de façon à ce qu'elle soit visible à l'écran en bas de l'acte notarié. On observera que la procédure d'authentification requiert donc la présence des parties, au risque pour le notaire de ne pas être en mesure de vérifier leur identité et les conseiller comme le lui impose son statut.

La deuxième étape (à moins qu'il ne s'agisse de la seconde ?) est celle qui, en suite de la période dite de « confinement », a conduit à se passer de la présence physique des parties. On pense, ici, aux deux décrets de 2020 qui ont rendu possible – le premier de manière transitoire, le second à titre pérenne mais pour un seul type d'acte – cet acte notarié authentique avec comparution des parties à distance⁶, soit mettant en place la figure d'un

⁴ Sur ces idées, cf. not. M. Bourassin, Politiques numériques notariales : l'enjeu de l'authenticité, JCP 2023.1036.

⁵ Art. 1371 CC : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. »

⁶ Décret 2020-395 du 3-4-2020 autorisant l'acte notarié à distance pendant la période d'urgence sanitaire et décret 2020-1422 du 20-11-2020 instaurant la procuration notariée à distance.

acte intégralement dématérialisé. Rappelons que le premier décret visait tous les actes notariés sur support électronique : actes pour lesquels l'authenticité est requise pour la validité de l'acte juridique (par exemple, la vente en l'état futur d'achèvement), pour des nécessités de publicité foncière (par exemple, la vente d'immeuble), pour préconstituer une preuve (par exemple, une reconnaissance de dette) ou encore pour détenir un titre exécutoire (par exemple, un bail). Désormais, avec le second décret, il n'est plus question que des procurations notariées à distance (PND), ce qui ne cesse de surprendre l'observateur, même s'il importe de souligner que dans la perspective de la pratique notariale internationale la procuration est probablement un des actes, un des contrats les plus essentiels qui ne va pas sans poser des belles questions de rattachement et partant de loi applicable⁷.

D'autres illustrations pourraient aussi être mises en avant en se livrant à un panorama des règles nationales en la matière ; panorama qui permettrait de vérifier que – selon les États membres – le degré d'assimilation entre acte authentique « papier » et acte authentique « électronique » est plus ou moins poussé.

Ce rappel opéré et le terrain ainsi exploré, il s'infère une observation centrale qui doit être mise en lumière et pourra, peut-être, alimenter le débat lors de la table ronde qui suit.

La référence fondamentale, sur le plan juridique, reste avant tout l'acte authentique « papier », l'acte authentique traditionnel et le cadre législatif et réglementaire où il s'exprime pleinement. L'enjeu est alors systématiquement de partir de ce cadre pour affronter le défi de « l'environnement électronique » (pour reprendre le terme utilisé par les organisateurs de ce colloque) et partant élaborer quelques dispositions d'assimilation aussi bien strictement juridiques que purement techniques, afin que ce qui est vrai pour l'acte authentique « papier » le soit aussi pour l'acte authentique « électronique », que ce soit sous l'angle de la relation du *negotium*, de la force probante de l'acte et, le cas échéant, de sa force exécutoire. Et d'observer que d'une certaine manière les dispositions nationales d'assimilation, d'adaptation sont certainement satisfaisantes dès lors que le constat peut être fait que certains actes électroniques entrent pleinement et entièrement dans la pratique des notaires

⁷ Sur un aspect de ces questions, C. Nourissat, Acte authentique reçu par un notaire à distance des parties : aspects de droit international privé, *Solution Notaire Hebdo*, 30/2021, p. 15s.

de terrain, comme en attestent par exemple le succès rencontré, en France, par les procurations notariées à distance des parties (plus de 70.000 depuis qu'elles sont possibles).

D'où la première conclusion qui pourrait en être tirée par rapport à la question initialement posée : l'environnement juridique n'influe pas, en l'état, sur la nature de l'acte juridique parce que, répétons-le, on part en réalité des « fondamentaux » de l'acte juridique traditionnel pour prendre en compte le défi qu'est l'environnement juridique. Du moins, pour certains actes juridiques bien définis comme si – intuitivement – le législateur et la pratique considèrent que l'acte authentique ne peut pas toujours se déployer dans un environnement électronique. On pense, ici, à certains actes authentiques qui requiert des solennités particulières que la dématérialisation ne permettrait pas de satisfaire. Tel est par exemple le cas, en droit français, de la renonciation anticipée à la réserve successorale.

Mais la donne est en passe de changer et peut-être même de s'inverser, ce qu'il convient maintenant d'examiner et surtout d'analyser.

Et de s'attacher, pour la discuter, à une idée qui est aujourd'hui affichée comme un *leitmotiv* si ce n'est un principe d'avenir : le principe du « numérique par défaut ». Chacun sait que ce principe irrigue les propositions actuellement examinées dans les enceintes européennes, en particulier celle du 1^{er} décembre 2021 portant un futur règlement relatif à la numérisation de la coopération judiciaire et de l'accès à la justice dans les affaires transfrontières civiles, commerciales et pénales, et modifiant certains actes dans le domaine de la coopération judiciaire⁸. Ce texte suscite une attention particulière car le Conseil de l'Union (sous présidence française) s'en est saisi en en faisant une priorité à l'ordre du jour de diverses réunions politiques (cf. par ex. les Conseils JAI depuis février 2022) et manifestations plus grand public (cf. par ex., UEFrance22, La justice civile en Europe à l'ère numérique, Paris, 4 mai 2022)⁹.

⁸ COM(2021) 759 final, 1^{er} déc. 2021.

⁹ Pour une rapide présentation, cf. C. Nourissat, A propos de la « numérisation » de la coopération judiciaire transfrontière civile, commerciale ou pénale, Procédures 2022, Focus 6.

On ne reviendra pas sur le contenu de cette proposition qui poursuit son parcours législatif, car il a été présenté dans ses moindres détails par Monsieur PETRI. Très simplement, seront formulées deux observations qui sont autant de mises en garde contre les risques qui pèsent en matière de ce qui pourrait être appelé la « dénaturation de l’acte juridique ».

La première observation tient à ce principe qui est sous-jacent dans la proposition de règlement de décembre 2021 (mais aussi dans d’autres instruments en cours d’examen). Ce principe, c’est celui du « numérique par défaut », posé par une communication de décembre 2020 et repris dans la proposition actuelle ; un principe qui signifie que la numérisation doit être vue comme « un moyen d’améliorer l’efficacité et la résilience (*sic*) de la communication et de réduire les coûts et la charge administrative, en faisant du canal de communication numérique la voie de communication privilégiée (*souligné par nous*) »¹⁰. En d’autres termes, demain l’espace juridique et judiciaire civil européen sera numérique ou ne sera pas...

Or, sous le seul angle strictement juridique (les aspects techniques sont laissés aux spécialistes de l’informatique), différentes alertes doivent être présentes à l’esprit. Bien sûr la question de la protection des données personnelles, encore plus sensible en matière de « justice » au sens large que dans d’autres domaines. La proposition de règlement ne peut faire durablement l’impasse sur cette question, sauf à risquer très vite – après son adoption – d’encourir les foudres de la Cour de justice, dans la ligne du récent arrêt préjudiciel en appréciation de validité qu’a suscité la 5^{ème} directive blanchiment et a conduit le juge du Kirchberg à invalider plusieurs de ses dispositions, en particulier en ce qu’elles violaient ouvertement les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (respect de la vie privée et familiale, protection des données à caractère personnel)¹¹. Le propos ne va porter que sur la question du formalisme des actes qui est abordée par l’article 10 de la proposition. Dans une formule simpliste, cet article énonce que « les documents transmis dans le cadre d’une communication électronique ne sont pas privés d’effet juridique et ne sont pas considérés comme irrecevables dans le cadre de procédures judiciaires transfrontières relevant des actes juridiques énumérés aux annexes I et II au seul motif qu’ils se présentent sous forme

¹⁰ Exposé des motifs, p. 3.

¹¹ CJUE, 22 nov. 2022, Luxembourg Business Registers, C-37/20 et C-601/20 ; sur cet arrêt, cf. nos obs. in Clunet 2/2023.4, spéc. pp. 771-773.

électronique ». Le sens de cette disposition n'est pas évident. On sait que, en matière d'acte juridique, le droit des États membres peut exiger des formes particulières, notamment *ad validitatem*, telles que procédant d'une logique de certification, de légalisation ou d'authentification, ce qui dans ce dernier cas intéresse au plus haut point le notariat. Si les règlements auxquels la proposition du 1^{er} décembre se réfère règlent d'ores et déjà la question de la légalisation (ou de son avatar simplifié qu'est l'apostille) et parfois la question de la certification, tel n'est pas toujours le cas de l'authentification, pourtant définie par certains de ces mêmes règlements, on le sait. Probablement, faudrait-il, comme dans certains règlements, préciser les choses pour les futurs actes juridiques numériques par défaut... Par exemple, il serait bien de s'inspirer de l'article 11.5 du règlement « Rome I » sur la loi applicable à la forme du contrat, en particulier lorsque l'acte intéresse le transfert de droits réels immobiliers. Sur ce point, le numérique par défaut doit clairement signifier que le cadre relatif à la justice en ligne (au sens large) ne peut pas avoir d'incidence sur les exigences de forme posées par le droit de l'Union ou le droit national en matière d'acte juridique lorsque le droit de l'Union européenne y renvoie.

La deuxième observation sera plus brève même si elle est plus générale. Le principe du « numérique par défaut » va probablement dans le sens de l'histoire (même s'il faut toujours se méfier de cette formule car il est facile de lui faire dire tout... et n'importe quoi !). Mais il faut faire un peu rapidement de l'illectronisme et de la fracture numérique qui sont des réalités d'évidence dans de nombreux États européens. La sensibilité à cette question est bien réelle car, en France, la « fracture » est un terme hautement symbolique si ce n'est épidermique, comme le montre régulièrement l'actualité nationale. Il est vrai que ce pays est confronté à ce que l'on appelle la « diagonale du vide » qui a à voir très directement avec le sujet puisque cette bande de terre qui barre la France du sud-est au nord-ouest est notamment caractérisée par une quasi absence de couverture par les réseaux. Ce n'est pas qu'une donnée géographique ou technique. Et cela prend tout son sens lorsqu'on s'attache au diagnostic implacable fait par David Goodhart dans son ouvrage de 2017 *The road to somewhere*¹². Attention à ce que le « numérique par défaut » ne creuse encore plus le fossé, ne renforce davantage le clivage entre « gagnants » et « perdants » de la mondialisation (de

¹² D. Goodhart, *The Road to Somewhere : The New Tribes Shaping British Politics*, Pingouin, 2017.

l'eupéanisation) et sa traduction peu flatteuse pour ceux que l'on dira « déconnectés », ce qui est un comble pour un sujet comme celui qui nous a réuni aujourd'hui. Ajoutons-y le vieillissement de la population en Europe (dont l'Union vient enfin de prendre conscience avec ces travaux plus qu'urgents et nécessaires sur les adultes vulnérables), et il y a là une dimension qui mérite de retenir l'attention et conduit à inciter ceux qui écrivent les textes de demain à avoir les doigts qui tremblent lorsqu'ils tapent sur leur clavier¹³ !

Ce n'est pas jouer le rôle un peu facile des *Cassandra* de service, mais surtout inviter ceux qui entendent « façonner l'avenir numérique de l'Europe » (ce sont les mots mêmes du Conseil européen) à ne jamais l'ignorer !

¹³ Référence est faite ici à la fameuse phrase de Montesquieu tirée de *De l'esprit des lois* : « Il est parfois nécessaire de changer certaines lois mais le cas est rare et, lorsqu'il arrive, il ne faut y toucher que d'une main tremblante ».