

**CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT**

**Réunion des Présidents honoraires**

**Séance du 12 septembre 2017**

**Relative à l'acte authentique à distance**

**RELEVÉ DE CONCLUSIONS**

---

**Les Présidents Honoraires** Armand Roth, Laurent Dejoie et Alain Lambert, (Bernard Reynis pour les précédentes séances)

**Attendu** la volonté de l'Etat de réaliser dans les meilleurs délais la transition numérique, de rapprocher le service public des usagers,

Attendu la pression qui va s'exercer sur l'utilisation des progrès technologiques dans le service public du droit,

Attendu la probable évolution de la procuration sous seing privé vers le support électronique,

Attendu la pertinence de traduire le nouveau concept de transition numérique en principe de neutralité technologique avec son corolaire de principe d'équivalence tel qu'il avait été affirmé pour le support de l'acte authentique,

Attendu l'opportunité d'étendre ce principe à l'ensemble de l'instrumentation de l'acte notarié,

Attendu l'absence de risque avéré pour la qualité du consentement lorsqu'il est recueilli à distance par visioconférence,

Attendu qu'il est souhaitable de poser les principes de droit avant de décrire la déclinaison technologique en résultant,

Attendu une certaine urgence à agir pour éviter les initiatives individuelles ou contreproductives,

**Recommandent au Président du Conseil Supérieur du Notariat,**

Sur la base des travaux qu'ils ont menés depuis plusieurs semaines et dont ils adresseront le contenu dans les jours à venir, un résumé étant joint ci-dessous,

**De lancer les études juridiques et légistiques nécessaires pour adapter le droit existant, afin de fonder l'instrumentation à distance, en modifiant le décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires dans sa version de 2005,**

*Résumé des travaux menés ce mardi 12 septembre 2017*

*A titre liminaire*

- Retour sur la note d'orientation relative à l'acte authentique « à distance » et analyse des échanges (point 1 de l'ordre du jour)

Le présent relevé de conclusions vise à rendre compte des questions soulevées par la note d'orientation transmise par le Président honoraire Alain Lambert le 17 juillet 2017, et relative à l'acte authentique à distance. La réunion n'a pas donné lieu, comme le prévoyait le premier rapport de l'ordre du jour à une discussion générale, mais seulement à lister les questions à débattre telles qu'elles ont été posées lors du précédent débat par voie de messagerie électronique.

**A la lumière de ces échanges, les travaux ont été consacrés principalement aux propositions de modification rédactionnelle, ainsi qu'aux préconisations juridiques sur les nécessités technologiques appropriées à l'authenticité de l'acte instrumenté à distance.**

- Méthode de délibération (point 2 de l'ordre du jour)

**Afin de donner au délibéré la meilleure efficacité possible dans un temps limité, la méthode de délibération retenue est d'engager la réflexion, à partir du droit existant**, afin de concentrer les débats sur les modifications qui devraient être apportées, si le CSN décidait de poursuivre dans la voie envisagée. La question de l'impact technologique pouvant être examinée dans un second temps, comme il en avait été décidé en 2000. Le décret n'ayant été publié que 5 ans après en 2005.

*Sur l'examen des questions soulevées par échanges électroniques, les Présidents honoraires ont conclu de la façon suivante :*

- Présentation du concept de transition numérique : principe de neutralité technologique et son corollaire le principe d'équivalence (point 3 de l'ordre du jour)

**Les Présidents honoraires relèvent que le principe de neutralité technologique prévoit que la loi doit se garder créer des discriminations entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées**, afin d'être en mesure de rester adaptée à l'évolution rapide des progrès techniques.

**Dès lors, toute nouvelle technologie doit répondre de manière au moins équivalente à la technologie antérieure**, afin de préserver la sécurité juridique et les potentialités du fondement juridique considéré. Dans ce dessein, **le principe d'équivalence est la transcription juridique des exigences technologiques permettant de préserver les qualités substantielles du fondement juridique.**

A titre d'exemple, la **loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique** a ajouté un article 1316-1 au code civil de la manière suivante :

« L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions à en garantir l'intégrité. »

S'agissant de l'article 20 du décret de 1971 (issu de la rédaction de 2005), qui prévoit l'établissement d'un acte authentique à distance par la réception par un autre notaire que le notaire instrumentaire,

l'application du principe de neutralité est conditionnée par l'obligation de respecter l'article 16 du même décret relatif à l'échange des informations qui dispose ce qui suit :

« Le notaire qui établit un acte sur support électronique utilise un système de traitement et de transmission de l'information agréé par le Conseil supérieur du notariat et garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'acte.

« Les systèmes de communication d'informations mis en œuvre par les notaires doivent être interopérables avec ceux des autres notaires et des organismes auxquels ils doivent transmettre des données. »

**En conclusion, de la même manière, l'ensemble de l'instrumentation à distance, doit faire l'objet d'une application règlementaire du principe d'équivalence afin de préserver chaque attribut de l'authenticité, sans qu'il puisse être supposé qu'il en manque sur tel ou tel aspect.**

- La qualité du consentement à distance (point 4 de l'ordre du jour)

**L'authenticité à distance par l'usage de la visioconférence (ou télétransmission) requiert de préserver l'intégrité absolue du concept d'authenticité « in situ » ou « face à face » selon le principe de neutralité juridique.** Elle suppose donc de n'affaiblir aucun élément de cette instrumentation comme la qualité du recueil du consentement. **Sur ce point, les membres conviennent qu'il est inutile, voire dommageable, d'être zélé au point d'ajouter des éléments qui ne relèvent pas de la pratique actuelle en présentiel.**

Les diligences du notaire lors de la réception de l'acte *in situ* s'attachent à vérifier l'intégrité du consentement (articles 1130 et suivants du code civil), s'il existe, reçoit tous les titres et justificatifs indispensables à l'identité et au pouvoir des intéressés à l'acte et effectue un contrôle de la légalité de l'intention des parties.

**S'agissant tout particulièrement du consentement, les Présidents honoraires relèvent que le droit positif n'a jamais cherché à définir la qualité du consentement dont il donne une définition négative.** Dès lors, au regard des vices y afférant, sa définition implique que les diligences accomplies soient casuistiques, qu'elles recouvrent une multitude de cas de figure, que l'étendue de cette vérification est laissée à l'arbitrage et à la responsabilité du notaire qui en est le seul responsable. Il lui revient d'apprécier si la visioconférence ou télétransmission est suffisante pour emporter son jugement.

**Les Présidents honoraires concluent donc qu'il n'y a pas de risque particulier de vicier le consentement au seul motif qu'il est recueilli par visioconférence (ou télétransmission) et qu'il est plus opérant de viser dans le texte l'ensemble de l'instrumentation que particulièrement le recueil du consentement afin de ne pas focaliser une attention disproportionnée sur ce point.**

**En outre, les Présidents honoraires conviennent que, pour ces raisons, il n'est pas souhaitable de prévoir l'enregistrement des échanges entre le notaire et le client, puisque cette précaution n'a jamais été indispensable à l'authenticité « traditionnelle » et ne doit pas être considéré comme un élément substantielle à celle-ci.**

- La mise en œuvre technologique (point 5 de l'ordre du jour)

**Comme il en a été pour l'acte authentique électronique, la mise en œuvre de l'instrumentation à distance requiert de disposer de la technologie agréée par le Conseil supérieur du notariat, à hauteur de l'exigence absolue de garantie de la sécurité juridique, du respect des rites, de la mystique, du recueil du consentement, et de l'authenticité même de l'acte.**

Entre la loi de 2000 et le décret de 2005, le Conseil supérieur du notariat a pris le temps nécessaire pour s'assurer de disposer de la technologie la plus appropriée pour atteindre le niveau de sécurité requis. Il devra faire de même pour l'instrumentation à distance.

***Les Présidents honoraires s'accordent sur le point de concevoir la mise en œuvre de la technologie sur l'ensemble de ce que l'on appelle communément « l'instrumentation », afin qu'il n'y ait pas de doute sur le fait que l'ensemble de son contenu est compatible avec le mode à distance.***

***Il convient d'insister sur le fait qu'il n'y a pas lieu, à ce stade, de vouloir décrire les technologies indispensables aux qualités de l'instrumentation numérique, afin de se donner le temps nécessaire à la solution la plus appropriée, et de saisir d'autres opportunités liées au fait que l'Etat lui-même va se fixer à des prescriptions pour ses missions régaliennes qu'il va accomplir à distance (ex : audiences judiciaires).***

***En outre, la définition des capacités technologiques ne doit pas être rédigée dans le détail, au risque de devenir obsolète. C'est pour cela qu'elle ne relève pas d'un autre niveau de hiérarchie des normes que celui d'une circulaire ou au plus d'un arrêté. Nous sommes en capacité de construire des environnements technologiques pour répondre à tous nos besoins immédiats, mais il faut être capable de définir ces besoins avec du recul et les exprimer en termes sociaux et non technologiques.***

Afin de ne pas, à notre stade, rester dans l'abstraction excessive, il est permis d'imaginer que cette dernière s'accomplisse sur une plateforme de sécurité et de confiance (type réseau Réal) comportant le volet technologique visioconférence. Laquelle plateforme de sécurité serait conçue comme un office physique accessible numériquement, où chaque notaire pourrait instrumenter de son propre office sur la base d'un cahier des charges exigeant déontologiquement et technologiquement, afin de s'assurer que toutes les formes requises de l'authenticité et de la protection des données personnelles soient respectées.

***Dès lors, les Présidents honoraires ont étudié la meilleure formulation de fondement juridique, qui permettra, lorsque la technologie le permettra, de mettre en œuvre les actes authentiques à distance.***

***Enfin, l'authenticité à distance doit entrer dans une infrastructure unique garantie par le Conseil supérieur du notariat et sous sa responsabilité. L'unicité permettant de garantir l'intégrité, cette infrastructure à distance ne saurait se concevoir autrement que par le Conseil Supérieur.***

*Sur l'examen des modifications rédactionnelles nécessaires à l'instrumentation d'un acte authentique « à distance »*

- Examen et proposition de modifications du décret n°71-941 du 26 novembre 1971 (modifié) relatif aux actes établis par les notaires (point 6 de l'ordre du jour)

**La présente proposition vise à adapter le droit existant, afin de fonder l'instrumentation à distance, en modifiant le décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires dans sa version de 2005, ainsi que le préconise le guide de légistique (rubrique 3.4.1 Modifications et insertions<sup>1</sup>).**

---

<sup>1</sup> « 1°) Le texte à modifier est évidemment celui qui est en vigueur ; on doit donc travailler sur la rédaction « consolidée » et à jour du texte compte tenu des modifications successives qui ont pu lui être déjà apportées, en prenant soin de n'en omettre aucune. On ne modifie en revanche jamais un texte modificatif, simple support de dispositions qui se sont incorporées dans le texte modifié. »

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a anticipé le besoin d'actes authentiques numériques en modifiant l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1317 (anc.) du code civil<sup>2</sup>, article resté inchangé depuis 1804, pour abandonner la référence à la réception dans le lieu de l'instrumentation, laissant ainsi ouverte la perspective de l'acte authentique à distance physique. Le nouvel article 1369 est alors rédigé comme suit : « *L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter* ».

***Les Présidents honoraires concluent, par conséquent, que la mise en œuvre de l'acte authentique à distance doit être prévue par le décret régissant les actes sur support électronique, c'est-à-dire le décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.***

En outre, le décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires à l'article 20 (dans sa rédaction de 2005) prévoit la possibilité d'établir des actes authentiques à distance par le procédé du second notaire. Cette réception à distance d'un acte authentique est prévue comme suit :

**Article 20 (en vigueur)**

« *Lorsqu'une partie ou toute autre personne concourant à un acte n'est ni présente ni représentée devant le notaire instrumentaire, son consentement ou sa déclaration est recueilli par un autre notaire devant lequel elle comparaît et qui participe à l'établissement de l'acte. Cet acte porte la mention de ce qu'il a été ainsi établi.*

« *L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte s'effectue au moyen du système de transmission de l'information mentionné à l'article 16<sup>3</sup>.*

« *Chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l'acte puis y appose sa propre signature.*

« *L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée.*

***Les Présidents honoraires concluent qu'il conviendrait de modifier cette faculté ouverte juridiquement en 2005, pour lui préférer l'instrumentation à distance***, la considérant comme une étape de la transition numérique applicable à l'acte authentique. Cette transition, au regard des progrès technologiques, s'avérant, d'ores et déjà, obsolète.

---

<sup>2</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – disposition codifiée à l'article 1369 du code civil

<sup>3</sup> Article 16 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, modifié par le décret n°2005-973 du 10 août 2005 : « *Le notaire qui établit un acte sur support électronique utilise un système de traitement et de transmission de l'information agréé par le Conseil supérieur du notariat et garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'acte.*

*Les systèmes de communication d'informations mis en œuvre par les notaires doivent être interopérables avec ceux des autres notaires et des organismes auxquels ils doivent transmettre des données.*

Dès lors, afin de disposer d'une base réglementaire pour ouvrir la voie à l'instrumentation à distance des actes authentiques, les Présidents honoraires conviennent de modifier la rédaction de l'article 20 de la façon suivante :

**Cette proposition a été remaniée ultérieurement**

« Art. 20. - Lorsqu'une partie ou toute autre personne concourant à un acte n'est ni présente ni représentée devant le notaire instrumentaire, son consentement ou sa déclaration est recueilli **par télétransmission**. Cet acte porte la mention de ce qu'il a été ainsi établi.

**Lorsque le notaire instrumente ainsi, il utilise un système de traitement et de transmission de l'information agréé par le Conseil supérieur du notariat et mis sous sa responsabilité et garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'instrumentation.**

L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte s'effectue au moyen du système de transmission de l'information mentionné à l'article 16.

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

**Le vocable « télétransmission » (alinéa 1<sup>er</sup>) est préféré à celui de « numérique », considérant qu'il est une terminologie générique** au regard de l'évolution technologique et ne saurait devenir obsolète au gré de l'innovation technologique.

**L'alinéa 2 de la proposition a pour objet de doter l'instrumentation à distance de l'acte authentique d'une disposition garantissant l'application du principe d'équivalence**, afin de garantir tous les attributs de l'authenticité, ainsi que le prévoit les précédentes conclusions. A noter que cet alinéa est largement inspiré de la rédaction de l'article 16 du décret de 1971 (*cf note de bas de page*).

**De plus, cet alinéa prévoit que l'authenticité à distance entre dans une infrastructure unique garantie par le Conseil supérieur du notariat et sous sa responsabilité.** L'unicité permettant de garantir l'intégrité, cette infrastructure à distance ne saurait se concevoir autrement que par le Conseil. (*Cf conclusions du point 5 de l'ordre du jour*)

**Au cours des discussions sur chaque point de l'ordre du jour, les Présidents honoraires concluent qu'il reviendra au Conseil supérieur du notariat de rédiger un guide des bonnes pratiques relatif à l'acte authentique à distance.**

Ainsi, s'agissant d'un certain nombre d'actes, le Conseil saura formuler les **recommandations** adéquates tenant compte des raisons intrinsèques à la nature même de cet acte.

**Enfin il est rappelé, à toutes fins utiles, que le choix de l'instrumentation à distance relève de l'accord des parties et du choix du notaire instrumentaire qui en est le seul responsable, comme il l'est en présentiel. Il lui revient d'apprécier si la visioconférence ou télétransmission est suffisante pour emporter son jugement. Comme il a toujours le choix de recevoir ses actes sur support papier ou support numérique.**