

L ACTE NOTARIE ELECTRONIQUE

Depuis le 1^{er} février 2006, l'acte notarié électronique est opérationnel, au moins au plan théorique, car tous les outils juridiques sont en place, maintenant que le dernier décret attendu a été publié (Décret n°2005-973 du 10 août 2005 J.O. 11, p. 13.096). Celui-là vient modifier le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 « relatif aux actes établis par les notaires » (ci-après dénommé « le décret »¹). Les actes authentiques numériques seront donc une réalité, si l'on ose dire à propos du domaine virtuel, à condition bien évidemment que les outils technologiques nécessaires soient en ordre de marche⁽²⁾. En effet, indépendamment du droit, pour exister l'acte authentique numérique, nécessitera des avancées matérielles dont est responsables la profession - le Conseil Supérieur du notariat - et non les notaires individuellement. L'expérience autrichienne des « cybernotaires » qui est déjà en marche, sera intéressante à suivre ; il en ira de même de la pratique québécoise⁽³⁾. Mais avouons que la difficulté de l'exercice – le présent article - réside dans l'impossibilité actuelle de connaître les possibilités d'une technologie numérique non encore aboutie. **Relativisons donc les analyses qui vont suivre** dont on ne pourra vérifier la pertinence qu'à la fin du cycle de mise au point de la technique numérique. Depuis Galilée le droit dépend de la science⁴!

HISTORIQUE

La révolution numérique, rappelons le, a commencé en droit français avec le vote de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 qui visait à adapter notre droit de la preuve aux technologies de l'information dans la lignée de la directive européenne « sur un cadre communautaire pour la signature électronique » 1999/93/CE du 13 décembre 1999⁽⁵⁾. Un décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 avec celui le modifiant n° 2002-535 du 18 avril 2002 sont venus préciser la question de la signature électronique et des organes et techniques de certification électronique. La loi de confiance en l'économie numérique amenda le Code civil et le code de la consommation (L n° 2004-575 du 21 juin 2004 créant notamment les art. 1108-1 et 1108-2 ou 1369-4 s. C.civ.). Enfin une ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 (J.O.17 juin p.

¹ Les numéros du décret ci-après cités, sans autres précisions, seront ceux du décret de 1971.

² Certains quotidiens ont parfois annoncé « le premier acte notarié dématérialisé » cf. « Les échos » 23-24/12/2005 p 12. Il s'agit en réalité, non d'un acte authentique numérique, mais de la transmission d'une copie numérique d'un acte papier, à une conservation d'hypothèque, par le système de télétransmission « télé@ctes ». Pour l'instant tous les éléments technologiques nécessaires à la réception d'un acte notarié numérique ne sont pas encore au point. Cf. infra note 16 relative au minutier central.

³ Pour l'Autriche cf. « Notariats européens » JCP N & I 2005 1809 § 51 ; pour le Québec, cf. http://www.notarius.com/public/signature_num/signature.html#ques4 *Signature électronique officielle du notaire* Le fondement légal de la signature numérique repose sur l'article 2827 du *Code civil du Québec* (1991, c. 64, a. 2827; 2001, c. 32, a. 77).

⁴ Cf. Alain Finkielkraut « Nous autres, modernes » Ellipses 2005 p .114.

⁵ cf. C. civ. art.1315 -1 et suivants ; en doctrine cf. notamment, Arnaud Raynouard « Observations critiques sur l'adaptation du droit de la preuve... » Defrénois 2000 p 593s ; Reynis «Le droit à l'épreuve des nouvelles technologies » JCP N 2000 p 1864, Jérôme Huet « L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi » D 2005 chronique 2903; en jurisprudence preuve d'un concubinage au moyen de courrier électronique, cf. Cass. civ. 1^{ère} 18 mai 2005 p n° 04-13.745.

10342) relative à l'accomplissement de formalités contractuelles par voie électronique (cf. art. 1325 et 1369-1 s. C. civ.) clarifie les relations au moyen de l'Internet entre le professionnel – le notaire - et son client.

Le législateur a voulu dans un premier temps régler d'une façon générale – et non corporatiste - la question de l'acte numérique, indépendamment de sa forme. Dans un deuxième temps il a formulé des applications à l'acte authentique qui sont essentiellement des mises en harmonie de textes préexistants sans révolution affichée, sauf une, le minutier central numérique.

LES ELEMENTS TECHNIQUES

Sans revenir sur une présentation exhaustive des mécanismes (⁶), on retiendra que le support électronique n'est nullement imposé aux officiers publics et à leurs clients. Les deux formes – papier, électronique – sont maintenues tant pour les originaux – les minutes ou brevets – que pour leurs copies. Il n'y a pas non plus d'obligation d'unité de support entre l'original et ses copies. (On peut délivrer une copie papier à partir d'un original numérique et vice versa) Les deux formes vont-elles coexister longtemps ? La plus récente va-t-elle l'emporter sur la plus ancienne ? Cela dépendra de la confiance dans les technologies modernes et des coûts sur le long terme, des différents systèmes (cf. infra « les enjeux politiques »).

Par ailleurs de façon classique, les outils – système de traitement et de transmission de l'information – devront être agréés par la profession (Conseil Supérieur du Notariat). En outre, règle de bon sens, les systèmes utilisés par chaque notaire devront être compatibles – « interopérables » - avec ceux des autres notaires et ceux des partenaires traditionnels (administration, Caisse des dépôts et consignation, conservation des hypothèques, Caisse de retraite etc....) (cf. art. 16 nouveau du décret).

La forme électronique des actes authentiques, a un effet contagieux, puisque cette forme se retrouve aussi bien avec les pièces annexées qui doivent être également numérisées (art. 22 al.2 nouveau du décret) que pour les mentions manuscrites (art. 1108-1 al.2 C. civ.) que dans l'établissement d'un répertoire numérique. Remarquons cependant à propos de ce dernier point, que le répertoire peut être sur papier même si l'acte est numérique et réciproquement. Seule contrainte, comme il ne peut y avoir qu'un répertoire annuel, il faudra choisir une fois pour toute, au moins pour une année déterminée. La question des mentions en marge est également réglée (art. 30 nouveau)⁷.

⁶ Pour des détails cf. X. Linant de Bellefonds « Notaires et huissiers face à l'acte authentique électronique » JCP N&I 2003 1196 p 382 ; M Grimaldi et B Reynis « L'acte authentique électronique » Defrénois 2003 37798 p 1023 ; sous la direction de I. de Lamberterie « Les actes authentiques électroniques – réflexion juridique prospective » La documentation française Coll. Perspectives sur la justice) 2002 ; "Contribution notariale à la définition de l'authenticité", Didier Froger Defrénois 2004, art. 37873, p. 173 et suiv.

⁷ Un nouveau fichier comprenant lesdites mentions est créé, signé électroniquement par le notaire et joint au fichier minute.

LA REVOLUTION CACHEE ?

A propos des signatures, si celles des officiers publics sont des signatures électroniques sécurisées, par l'utilisation du procédé REAL⁸, celles des parties et des témoins, nécessitent d' « utiliser un procédé permettant l'apposition sur l'acte notarié visible à l'écran, de l'image de leur signature manuscrite ». (cf. art. 17 du décret) Cela suppose en pratique que le comparant signe sur une tablette électronique qui transmettra l'image de la signature sur l'acte numérique. On aurait pu imaginer d'autres modes de signature, fondés par exemple sur la biométrie. Mais cette solution, même si la loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données a fixé un cadre – mais en a-t-on bien fait le tour – est regardée avec réticence⁹. Il était inutile semble-t-il, de multiplier les écueils à l'avènement effectif de l'acte numérique. Certains regretteront sans doute que la signature électronique n'ait pas été imposée à tous puisque le CSN est prestataire de services de certification électronique. Mais si l'on ne veut pas faire échouer l'évolution, il ne faut peut-être pas la transformer aux yeux des usagers en révolution¹⁰.

Reste que cette solution a été critiquée¹¹ et qu'elle repose essentiellement sur les affirmations et la signature – elle, électronique - du notaire. Il faut bien reconnaître qu'une fois encore, le législateur s'est contenté de poser des principes, mais que l'application en a été laissée non à l'administration comme souvent, mais aux techniciens informatiques et aux intéressés, les notaires. Pour ces derniers se pose alors le dilemme suivant qui s'articule autour de la preuve de l'image de la signature du comparant:

- ou bien les informaticiens mettent au point un système qui permet de garder la trace de ladite image de signature, et de la reproduire en cas de copie de l'acte, et dans ce cas la fiabilité du système repose essentiellement sur la technologie.

⁸ Le système de carte à puce « REAL » est actuellement opérationnel permettant ainsi la signature électronique du notaire, la fabrication et la délivrance du « code PIN » se faisant dans le cadre de l'ADSN, l'autorité de certification et d'enregistrement au niveau national, étant le Conseil Supérieur du notariat, et l'autorité de délivrance, locale, étant la chambre des notaires dont dépend le notaire intéressé.

⁹ cf. Giorgio Agamben « Non à la biométrie » in « *Le Monde* » 06/12/2005.

¹⁰ Il faut bien reconnaître que ce procédé adopté par le décret évite les contraintes de la signature électronique, des tiers certificateurs, des certificats numériques et peut-être surtout un surcoût inévitable.

¹¹ Cf. « Les décrets d'application de l'article 1317 al. 2 du Code civil sur l'acte authentique électronique » http://www.fidalweb.com/listes/liste_doc.asp?TYPE=DOC&IDDOC=561 du 23/11/2005 « Au passage, le décret notaires règle, de manière passablement illusoire, la question de la signature des parties ou témoins en précisant qu'on utilise « un procédé permettant l'apposition sur l'acte notarié, visible à l'écran, de l'image de leur signature manuscrite » (D. 71, art. 17 nouv.) ; comme on sait qu'une telle image n'a rien d'une signature (et ne se prêterait pas au contrôle de son authenticité), il est difficile de penser que cette solution respecte l'exigence de l'article 10 du décret selon lequel « les actes sont signés par les parties, les témoins et le notaire » ; ce qui ne veut pas dire que la solution soit mauvaise : elle déroge simplement à l'article 10. Pour l'acte authentique électronique, la signature du notaire – qui constate et, donc, garantit le consentement ou l'adhésion des parties ou intervenants à l'acte - suffit : le reste n'est qu'image... Il en va de même de « l'image du sceau » du notaire qui « figure sur les actes délivrés en brevet ainsi que sur les copies exécutoires et les copies authentiques » (D. 71, art. 18 nouv.). »

- ou bien, c'est le notaire par sa présence et l'authentification qu'il assume, qui atteste que les formalités *ad validitatem* de la signature ont été respectées, peu important qu'une preuve objective, numérique n'ait pas été conservée. L'acte numérique n'a plus qu'un seul vrai signataire, le notaire ! Il y a alors une véritable révolution cachée, car le notaire devient l'équivalent du juge et de son greffier qui seuls signent les décisions judiciaires ! Certains auteurs vont en ce sens.¹² Le notariat voudra-t-il assumer cette responsabilité ? On se rappellera que classiquement pour les testaments authentiques, ou lorsqu'une personne ne sait ou ne peut signer, la présence de témoins (ou d'un second notaire dans le premier cas), tous signataires de l'acte papier, assure une protection du notaire instrumentaire.

Pour l'acte numérique, La réponse à ce dilemme repose d'abord sur la technologie et en cas d'impossibilité, sur la volonté politique du notariat. Une impossibilité technologique et un refus politique, rendraient elle ineffective la loi ? Exit l'acte notarié numérique ?

On s'interrogera par ailleurs sur les conséquences que pourrait avoir cette sorte de « mixité » de l'acte qui n'est plus un acte purement numérique (acte « manumérique » ?). A partir du moment où la signature des parties sera manuscrite dans les conditions sus indiquées, ne pourrait on pas alors argüer que les mentions manuscrites, doivent être apposées de la même façon, et non selon le procédé de l'art. 1108-1 al 2 C.c. Le signataire tenu de rédiger la mention manuscrite ne devrait il pas alors procéder de la façon dont il signera l'acte ?

LES INNOVATIONS OFFICIELLES

Elles se trouvent aussi bien dans la réception que dans la conservation de l'acte :

- La réception :

Le nouvel article 20 vient consacrer l'acte à distance, qu'une partie seulement des professionnels concernés avaient souhaité¹³. Les clients devraient apprécier ce gain de temps et d'argent, à l'époque de l'énergie chère, puisque un acte notarié unique pourra être reçu au même moment en deux offices notariaux différents.¹⁴ Le texte prévoit en effet : « 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 comparait et qui participe à l'établissement de l'acte. Cet acte porte mention de ce qu'il a été ainsi établi ». Il est prévu ensuite que chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l'acte. Cette signature de la personne

¹² cf. Marlene Trezeguet « Enfin une réglementation des actes authentiques électroniques ! » CEJEM.COM mercredi 26 octobre 2005, « A notre sens, l'image de la signature manuscrite autrement dénommée signature numérique, répond aux exigences de l'article 1316-4 du Code civil puisque la présence du notaire est à même de garantir l'identité des parties et leur consentement. Il ne s'agit donc pas seulement d'un « vestige de l'acte papier ».

¹³ cf. Revue MJN 2001-2 n° spécial p 7

¹⁴ Ainsi un lyonnais et un lillois, chacun chez un notaire local pourront contracter sans avoir à perdre une journée ! Exit le risque de grève des postes qui peuvent retarder l'arrivée de la procuration papier ! Idem pour la de perte du courrier.

à distance se fait également conformément à l'art.17 nouveau du décret, par un procédé permettant de voir l'image de la signature à l'écran.

- La conservation :

Enfin pièce maîtresse du dispositif, la conservation des actes numériques ! Le grand minutier central, comme prévu, voit le jour, établi et contrôlé par le Conseil supérieur du notariat (cf. art. 28 nouveau du Décret de 1971)¹⁵. C'est l'élément nouveau du dispositif de l'acte authentique numérique. Il était nécessaire que la conservation soit collective parce que les coûts de mise en œuvre et surtout de maintenance et les risques sont imprévisibles et de ce fait ne pouvaient sans doute être supportés que collectivement. Ce grand minutier impose en outre, logiquement, aux notaires une unification forcée des modes de production des actes. Par ailleurs, les évolutions technologiques qui vont nécessiter un reformatage du grand minutier central et de son contenu - les minutes numériques et l'environnement numérique s'y rapportant - dénommées « les migrations » (art. 28 nouveau alinéa 5) n'enlèveront pas à l'acte sa nature d'original, ainsi en décide le texte (Une originalité par détermination de la loi) !

Pour éviter toute résistance du « terrain », il est bien précisé que le notaire qui établit l'acte numérique, ou celui qui le conserve (un successeur) bénéficient d'un accès exclusif, au minutier central. Remarquons que si le texte est muet à propos de la limitation de ce droit d'accès exclusif à la durée de conservation des minutes papier en l'office notarial (100 ans actuellement), ça n'est que parce qu'elle est évidente. La réglementation générale traditionnelle continue à s'appliquer. Sur un point cependant, n'y a-t-il dérogation (rien n'a été précisé par le nouveau texte) ? Il s'agit de la question, traitée à l'article 27 du décret, du dessaisissement d'une minute papier. Pour l'acte numérique, dont on sait qu'il est « enregistré pour sa conservation dès son établissement dans un minutier central » (cf. art. 28 al.3 nouveau) devait on considérer qu'il y avait à raison de cet enregistrement, dessaisissements ou au contraire, qu'à raison du droit d'accès exclusif du notaire, ce dernier demeurerait « saisi » virtuellement de sa minute ? Cette dernière logique s'est imposée : A l'évidence obliger comme en matière de papier, le notaire à dresser une copie certifiée par le président du T.g.i. (cf. art. 27 al.2) aurait été contraire à l'esprit du texte nouveau et à l'un des objectifs de la numérisation. Si aucune copie n'a été prévue par le texte à propos de l'acte numérique, personne n'empêchera - dans les premiers temps au moins - le « cybernotaire français », prudent cependant, de conserver une copie papier certifiée conforme par lui (une panne, une grève etc.... sont si vite arrivées).

LES ENJEUX POLITIQUES

Reste à savoir si malgré les moyens mis à la disposition de la profession, le support numérique se généralisera. Le public jouera-t-il le jeu,

¹⁵ En réalité le minutier central numérique – et donc tout le système de l'acte notarié numérique - devrait être opérationnel avant la fin de l'année 2006, selon les indications du CSN (Monsieur Didier Lefèvre que l'on remercie pour ses informations verbales du 06/02/2006), les concepteurs étant actuellement en cours de finition du projet. Car outre le minutier central lui-même, il convient de modifier les logiciels de rédaction d'acte des notaires, pour les rendre compatibles avec ledit minutier numérique. Géographiquement, celui-là sera situé à Venelles (Bouche du Rhône).

ou ses craintes d'un harcèlement numérique¹⁶ le détourneront-t-elles chez les notaires « à l'ancienne » qui lui confèreront encore cette ataraxie de plus en plus rare ? Le fait que l'ensemble du dispositif d'authentification numérique soit généré et contrôlé par la profession notariale – sorte de garantie collective - sous la tutelle de la Chancellerie, donnera sans doute confiance aux citoyens consommateurs ! Reconnaissons cependant que ces deux questions se posent sur deux plans différents. On peut adhérer à la technique, mais rejeter l'ensemble pour les raisons éthiques.

En ce qui concerne les notaires, n'y aura-t-il pas des réticences dues à leur perte d'indépendance. Car il faut bien reconnaître que si le texte a bien précisé l'exclusivité d'accès au minutier central du notaire à l'acte numérique qu'il a reçu (cf. art. 28) la maintenance matérielle à raison de l'évolution de la technologie – la migration (ibidem) - sera tout entière entre les mains de la profession, (le CSN ou l'un des ses épigones) et donc collectivisée. Pire, elle sera entre les mains des informaticiens *lato sensu*. Cette nouvelle organisation, consacre l'idée selon laquelle on devra distinguer maintenant deux éléments dans l'acte authentique : d'une part sa passation-réception, et d'autre part, sa conservation. L'unité ancienne au regard de l'officier public, est maintenant brisée. (cf. Revue MJN 2001-2 supra p.9).

Cette conservation collective appellera-t-elle d'autres mutations à terme ? L'accès au grand minutier ne sera-t-il pas facilité pour les pouvoirs publics puis un jour le public ? La tendance de nos sociétés à tout surveiller – lutte anti-terrorisme exige -, mais aussi à tout médiatiser – dictature de la presse impose - influera-t-elle un jour sur le droit d'accès au minutier numérique ? Mais est-ce un inconvénient ?

Pour une autre raison on peut s'interroger sur l'avenir de ce monopole d'accès au minutier central : Les archives nationales qui ont vocation à tout recueillir in fine, ne seront-elles pas sollicitées par les professions de notaire elles-mêmes, s'il s'avère que les coûts générés par cet outil nouveau et imprévisible (risque de conservation, évolution technologique, primes d'assurances etc.) enflent avec le temps ? Qui sera assez puissant pour discuter avec les multinationales de l'informatique pour gérer le coût de la migration, avec les assureurs – dont le poids va prendre encore plus d'importance comme dans les systèmes de common law - pour gérer le prix des risques ? Les Etats au travers de leurs services d'archives nationales ? Les professions regroupées au niveau européen pour utiliser un grand minutier central européen, au service du notaire européen ? L'évolution tant de la politique européenne que des mentalités des professions, sous la pression de l'économique et des citoyens, commandera la solution. Quelle qu'elle soit, n'oublions pas qu'elle innove notre système juridique de droit écrit.

Jacques CHARLIN

Président d'honneur du MJN.

¹⁶ Ouvrage collectif « Le harcèlement numérique ou l'homme traqué » Ed. Dalloz collec. Présage 2005 qui montre que les citoyens redoutent de se retrouver à la merci des grandes entreprises à raison des fichiers numériques recelant trop d'informations sur eux. La grande entreprise ne peut elle être le notarial aux yeux du public ?