

De la COVID-19 à l'acte électronique à distance : réflexions sur les enjeux de l'authenticité dématérialisée

Naivi Chikoc Barreda

Volume 51, numéro 1, 2021

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1081838ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1081838ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Chikoc Barreda, N. (2021). De la COVID-19 à l'acte électronique à distance : réflexions sur les enjeux de l'authenticité dématérialisée. *Revue générale de droit*, 51(1), 97–133. <https://doi.org/10.7202/1081838ar>

Résumé de l'article

La distance est le maître-mot du contexte pandémique auquel la planète est confrontée depuis mars 2020. Elle s'est installée dans les relations humaines en conquérant les secteurs d'activité les plus divers. L'acte notarié, traditionnellement fondé sur le rapport présentiel entre les parties et le notaire, qui permet à ce dernier l'accomplissement de son devoir d'authentification personnelle, n'a pas échappé à un tel bouleversement. L'admission de la comparution des parties devant le notaire par visioconférence met à l'épreuve la notion d'authenticité jusque-là uniforme au sein du notariat latin. Le présent texte propose une réflexion sur les principaux enjeux de l'authenticité dématérialisée du point de vue de ses fondements et de la reconnaissance internationale de ses effets juridiques.

De la COVID-19 à l'acte électronique à distance : réflexions sur les enjeux de l'authenticité dématérialisée

NAIVI CHIKOC BARREDA*

RÉSUMÉ

La distance est le maître-mot du contexte pandémique auquel la planète est confrontée depuis mars 2020. Elle s'est installée dans les relations humaines en conquérant les secteurs d'activité les plus divers. L'acte notarié, traditionnellement fondé sur le rapport présentiel entre les parties et le notaire, qui permet à ce dernier l'accomplissement de son devoir d'authentification personnelle, n'a pas échappé à un tel bouleversement. L'admission de la comparution des parties devant le notaire par visioconférence met à l'épreuve la notion d'authenticité jusque-là uniforme au sein du notariat latin. Le présent texte propose une réflexion sur les principaux enjeux de l'authenticité dématérialisée du point de vue de ses fondements et de la reconnaissance internationale de ses effets juridiques.

MOTS-CLÉS :

Acte authentique, électronique, distance, COVID-19, notaire, international.

ABSTRACT

Distance is the watchword in the pandemic context the world is facing since March 2020. It has settled in human relations by conquering the most diverse sectors of activity. The notarial deed, traditionally based on the face-to-face relationship between the parties and the notary, which enables the latter to fulfil his duty of personal authentication, has not escaped such upheaval. The admission of the appearance of the parties before the notary by videoconference puts to the test the notion of authenticity, which had hitherto been uniform within the Latin notarial

* L'auteure est professeure adjointe à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Elle est notaire et membre de la Chambre des notaires du Québec.

system. This text proposes a reflection on the key challenges of the dematerialized authenticity, from the point of view of its foundations and the international recognition of its legal effects.

KEY-WORDS:

Authentic act, digital, distance, COVID-19, notary, international.

SOMMAIRE

Introduction.....	98
I. L'acte électronique à distance : panorama actuel en droit comparé....	100
II. Les enjeux liés au contenu de l'authenticité dématérialisée.....	107
A. Remarques préliminaires.....	107
B. Les obstacles : la notion classique d'authenticité.....	111
C. Les moyens de surmonter les obstacles : l'authenticité réinterprétée.....	114
III. Les enjeux liés à l'efficacité internationale de l'authenticité dématérialisée.....	121
A. Délimitation des lois applicables aux conditions et aux effets de l'authenticité.....	121
B. L'acte à distance et l'équivalence fonctionnelle avec l'acte authentique présentiel.....	126
Conclusion.....	131

INTRODUCTION

Une première remarque conceptuelle s'impose quant à la notion d'acte électronique à distance qui fera l'objet de la présente analyse. Il s'agit de l'acte reçu par le notaire en dehors de la présence physique des parties, lesquelles comparaissent à distance ou par écran interposé. Cette clarification préalable permet de distinguer l'acte électronique par comparution à distance de l'acte électronique simple, dans lequel le rôle joué par le numérique se limite au support de l'acte, sans affecter la relation entre le notaire et les parties, qui continue à avoir lieu selon le principe de la comparution présenteielle, y compris l'acte conclu par des parties distantes l'une de l'autre, mais en présence des notaires se trouvant à chaque bout de la chaîne. L'objectif de cette étude est de contribuer au débat scientifique sur les principaux enjeux

actuels et futurs de l'acte électronique à distance, dont la reconnaissance législative est, certes, à un stade préliminaire, mais qui fait déjà son chemin au sein du notariat latin.

L'acte notarié à distance émerge dans le contexte de la présente crise sanitaire comme une réponse conjoncturale aux défis générés par la distanciation sociale imposée à la population et le besoin d'assurer la continuité du service notarial. Les exemples étudiés montrent que cette nouvelle modalité de réception des actes est un « produit » de la pandémie et non pas une démarche spontanée qui s'inscrit inévitablement dans le processus de transformation numérique de la profession notariale, chemin emprunté depuis deux décennies par plusieurs États¹.

Théoriquement parlant, cette innovation n'est pas directement la conséquence du label d'« activité essentielle » que certains gouvernements ont attribué à la fonction notariale au début de la crise sanitaire actuelle. Une telle reconnaissance ne conduit pas directement à l'acte électronique à distance; au contraire, elle légitime le maintien de l'activité en présentiel, exemptant les citoyens des restrictions à la libre circulation pour l'obtention des services notariaux jugés essentiels. La finalité de la mesure visait à éviter la paralysie de l'activité notariale, comme cela s'est produit dans plusieurs pays où le déplacement vers les bureaux des notaires devait être justifié par des motifs d'urgence pendant les périodes de confinement général de la population. La seule façon d'y parvenir, même en présence d'une déclaration formelle du caractère essentiel du service notarial, était d'autoriser le notaire à aller vers les parties et non l'inverse. Par conséquent, le caractère essentiel de l'activité, qui s'harmonisait difficilement avec les restrictions à la liberté de circulation des citoyens, a justifié le recours à la procédure à distance. Bien que les services notariaux aient été qualifiés ainsi, il s'avérait nécessaire de concilier leur prestation avec les directives gouvernementales prises pour lutter contre la propagation de la pandémie. En pratique, cette reconnaissance représente un moment stratégique dans le processus de mise en œuvre de l'acte électronique à distance envisagé par certains États.

1. Salvatore Medola, « Non paura ma sanorealismo: alcune riflessioni sull'atto notariale in video-conferenza », *Il quotidiano giuridico* (4 mai 2020) en ligne : <www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/05/04/non-paura-ma-sano-realismo-alcune-riflessioni-sull-atto-notariale-in-video-conferenza?highlight=video-conferenza>; Claude Brenner, Sophie Gaudemet et Gilles Bonnet, « L'acte notarié à distance pour le temps de l'urgence sanitaire » (2020) 21-22 *La semaine juridique notariale et immobilière* 1113.

Si l'acte notarié à distance apporte des solutions efficaces aux problèmes urgents d'accès au service notarial dérivés de la crise sanitaire, il en suscite d'autres auxquels il convient de réfléchir. Nous offrirons en premier lieu un état des lieux comparatif sur le phénomène des actes électroniques à distance (I). L'analyse de cette innovation à la lumière du principe de la foi publique inhérente à la mission que la loi confère au notaire et qui constitue le fondement du monopole notarial de l'authenticité s'avère incontournable (II). Dans un monde interconnecté où la comparution des parties se déterritorialise, les actes notariés ainsi reçus sont de plus en plus appelés à traverser les frontières. La dimension internationale des rapports juridiques instrumentés déjà présente dans le quotidien du notaire trouve, dans cette modalité d'acte notarié, un potentiel d'expansion qui entraîne son lot de questionnements (III).

I. L'ACTE ÉLECTRONIQUE À DISTANCE : PANORAMA ACTUEL EN DROIT COMPARÉ

Le droit québécois a été l'un des premiers à adopter l'acte électronique à distance, par un arrêté ministériel du 27 mars 2020², qui l'a autorisé à titre temporaire pendant l'état d'urgence sanitaire, incessamment renouvelé. La mesure est valable jusqu'à un an suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire et peut être prorogée jusqu'à cinq fois pour une durée d'un an³, dans l'attente d'un règlement qui est actuellement en cours d'élaboration et par lequel cette modalité est censée s'introduire définitivement. Malgré sa consécration expresse en l'an 2000 par la *Loi sur le notariat*⁴, ni l'acte électronique à distance ni l'acte électronique simple n'avaient été mis en œuvre dans la pratique notariale québécoise avant le mois d'avril 2020. La crise sanitaire a pourtant accéléré une solution qui était déjà en voie d'adoption sous

2. Arrêté du ministre de la Santé et des Services sociaux n° 2020-010 en date du 27 mars 2020 en date, concernant l'ordonnance de mesures visant à protéger la santé de la population dans la situation de pandémie de la COVID-19, prolongé par les décrets gouvernementaux qui se sont succédés.

3. Arrêté n° 2020-4304 du ministre de la Justice en date du 31 août 2020 concernant des mesures visant à assurer la bonne administration de la justice dans la situation de la pandémie de la COVID-19.

4. Selon l'article 50, al 3 de la *Loi sur le notariat*, RLRQ c N-3 :

Dans les limites et suivant les conditions prévues par règlement du Conseil d'administration, la signature des parties et des témoins à un acte reçu sur un support autre que le papier, peut être apposée hors la présence du notaire et celui-ci n'est pas alors tenu de signer l'acte au même lieu où la dernière des parties à signer l'a fait.

l'impulsion de la Chambre des notaires⁵. Vingt ans après sa conception par la *Loi sur le notariat*, l'acte électronique à distance est devenu une réalité au Québec, sans avoir eu à transiter préalablement par l'acte électronique simple ou en présentiel. Contrairement à la plupart des notariats dont les actes sur support électronique (dressés en présentiel dans tous les cas) étaient opérationnels depuis plusieurs années, la pratique notariale québécoise est directement passée de l'acte sur support papier à l'acte électronique par comparution à distance, lequel est présentement admis sans restriction en raison de la matière ou de la présence des parties sur le territoire québécois.

Les conditions de réception et de conservation de l'acte électronique dans ses deux modalités, présentielle et à distance, seront encadrées de façon à la fois réglementaire et contractuelle. En vue d'établir ces modalités à titre permanent, la Chambre des notaires du Québec a élaboré des normes minimales portant sur la clôture des actes électroniques (laquelle comprend essentiellement la signature officielle numérique, la signature électronique des parties et des témoins, la tenue de la visioconférence afin de recevoir l'acte à distance) et leur conservation. La prestation de ces différentes solutions technologiques sera assurée par des fournisseurs externes au notariat, lesquels devront obtenir, « sauf exception », une autorisation préalable de la Chambre des notaires lorsque leurs services comportent une part d'« externalisation »⁶ tel l'hébergement en nuage. L'autorisation sera accordée à la suite d'un processus de vérification par lequel la Chambre des notaires contrôle la conformité du prestataire et des services proposés avec les exigences requises⁷. En plus, la Chambre se réserve un certain droit de

5. Voir Raphaël Amabili-Rivet, « La transformation numérique de la pratique notariale : adapter le cadre législatif et réglementaire à la réalité du 21^e siècle » (2019) 121:2 R du N 365 aux pp 405–409.

6. « Un service d'externalisation de documents technologiques s'entend d'un service offert à un notaire lui permettant de transférer ou de confier à un fournisseur, peu importe le moyen, en tout ou en partie, ses documents technologiques et ses ressources informatiques physiques ou logicielles. Ces derniers ne sont plus, de ce fait, exclusivement situés à son domicile professionnel », voir en ligne : <www.cnq.org/fournisseurs-de-services-aux-notaires/>, sous « Autorisation pour un service d'externalisation de données ».

7. Un prestataire de solutions technologiques devrait être une personne morale incorporée, selon le droit québécois, le droit fédéral ou celui d'une autre province canadienne, avoir un établissement ou un représentant au Québec, et demeurer inscrit au registre des entreprises du Québec. Par l'entremise d'une entente conclue entre le prestataire et la Chambre des notaires, qui serait ensuite verrouillée par le contrat de services liant le prestataire au notaire, le premier s'engage à offrir au notaire en question le service technologique visé, dans le respect des normes de qualité et de sécurité définies par l'ordre professionnel, celui-ci étant de ce fait déchargé de toute responsabilité découlant des agissements non conformes du prestataire. Parmi ces exigences

regard sur leurs activités pendant la durée de l'entente, au moyen d'audits réguliers et d'autres processus de contrôle.

Dans le contexte de la pandémie, plusieurs États européens ont également fait le pas vers l'acte électronique à distance dans le but d'assurer la permanence de l'activité pendant la pandémie. Il est, dès lors, le fruit d'une nécessité et non pas une conséquence de la modernisation de l'activité notariale, même si cette modalité était déjà à l'étude dans certains cas.

En France, une proposition à cet effet avait été explicitement abordée, mais rejetée lors des travaux préparatoires précédant les modifications législatives apportées par le décret du 10 août 2005 ayant mis en œuvre l'acte notarié électronique et l'acte notarié électronique à distance entre les parties, chacune comparant physiquement devant son notaire. L'acte électronique totalement dématérialisé, par comparution à distance, avait cependant été approuvé par le Conseil supérieur du notariat en 2018⁸, la crise sanitaire ayant précipité son adoption immédiate, à titre provisoire, pendant l'état d'urgence, par le Décret n° 2020-395 du 3 avril 2020. Cette nouvelle modalité de réception, en vigueur jusqu'au 10 août 2020, n'était limitée ni par des critères tenant au type d'actes juridiques à instrumenter ni par des critères territoriaux exigeant la présence des parties en France.

Le Décret n° 2020-1422 du 20 novembre 2020 a renouvelé l'acte avec comparution à distance, tout en restreignant son admissibilité aux procurations authentiques. Le choix de la procuration répond à une nécessité pratique motivée par la conjonction de deux facteurs. D'une part, l'exigence de la forme notariée à laquelle est soumise la procuration en vue de la conclusion de certains actes, telles les donations et les hypothèques immobilières, et, d'autre part, la suppression des fonctions notariales des agents diplomatiques et consulaires français en Europe⁹ laissaient peu de marge aux personnes résidant dans un autre

figurent l'obligation de protection des données, la conservation des actes (dans le cas où celle-ci fait l'objet de l'entente) et des données associées, au moyen d'un hébergement dont l'instance serait localisée en territoire canadien. Le rapport contractuel est expressément soumis à la loi québécoise, choix qui s'accompagne d'une clause compromissoire désignant l'arbitrage au Québec comme mode de résolution des différends entre les parties.

8. Frédéric Jouvion et Étienne Michelez, « L'acte notarié sur support électronique sans présence ni représentation de l'une des parties: comment conjuguer avancée technologique et renforcement de la fonction notariale » (2020) 24 La semaine juridique notariale et immobilière 10.

9. Arrêté du 6 décembre 2004 relatif à l'exercice des attributions notariales des agents diplomatiques et consulaires.

État européen pour la conclusion de ces actes. Ce « recul » par rapport à la situation antérieure n'a toutefois pour but que d'expérimenter l'efficacité du dispositif en vue de son instauration permanente. Tel que précisé par le ministre de la Justice,

« [a]fin 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, [ce 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, avant d'étendre le cas échéant le dispositif à l'ensemble des actes notariés »¹⁰.

Le décret impose l'utilisation d'une signature électronique qualifiée, au sens du Règlement eIDAS¹¹. Cette signature électronique qualifiée est délivrée aux parties par la société DocuSign, prestataire de services de confiance certifié par l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI), ainsi qu'aux notaires, par le Conseil supérieur du notariat français (CSN). La séance de signature de l'acte se déroule par l'entremise de la plateforme LifeSize, seul logiciel de visioconférence agréé par le CSN. Quant aux modalités d'identification, elles diffèrent selon que le notaire a vérifié ou non l'identité du client au cours des dix années précédant la réception de l'acte, le tiers de confiance intervenant dans ce dernier cas pour certifier l'identité du signataire avant la comparution à distance¹².

En Autriche, la loi concernant la COVID-19 du 4 avril 2020 a étendu la procédure de réception des actes notariés à distance par visioconférence, prévue à l'article 69b de la loi *Notariatsordnung* (restreinte depuis 2019 aux actes de constitution de sociétés), à l'ensemble des actes juridiques (art 90a de la loi *Notariatsordnung*), à l'exception des dispositions pour cause de mort (testaments et pactes successoraux : art 67(1) de la loi *Notariatsordnung*), jusqu'au 31 décembre 2020. Depuis le 1^{er} janvier 2021, cette modalité n'est plus limitée au besoin d'éviter la propagation de la COVID-19, devenant ainsi d'application permanente¹³.

10. Réponse ministérielle 31130 du 03.11.2020 JOAN à la p 7829, en ligne : <questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-31130QE.htm>.

11. *Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.*

12. Conseil supérieur du notariat, note d'information du 4 avril 2020, en ligne : <www.cridon-ne.org/wp-content/uploads/2020/04/note_dinformation_du_4_avril_2020.pdf>.

13. Loi n° 157 du 23 décembre 2020 (Bundesgesetz, mit dem die Notariatsordnung, das GmbH-Gesetz, das 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz und das EIRAG geändert werden).

Selon l'article 69b(2), dans le cas d'une partie qui n'est pas physiquement présente, le notaire doit prendre des mesures de sécurité pour s'assurer que son identification est effectuée de manière sécurisée et indubitable à l'aide d'une procédure électronique, soit en utilisant une pièce d'identité officielle avec photo, soit au moyen d'une pièce d'identité électronique. Dans leur exécution du devoir d'identification, les notaires sont soumis aux directives du ministère de la Justice dans le but de prévenir et de lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, conformément au règlement *Notar-E-Identifikations-Verordnung*, adopté sur le fondement de l'article 69b(2) de la loi *Notariatsordnung*. L'article 69b(3) de cette loi exige une connexion bidirectionnelle acoustique et optique en temps réel et ininterrompue entre le notaire et les parties. La signature électronique qualifiée des notaires, au sens du Règlement eIDAS, est octroyée par la Chambre des notaires. Des mesures additionnelles sont prises dans le cas du comparant muet ou sourd-muet, capable de lire et d'écrire, lequel doit confirmer de façon manuscrite qu'il a lu l'acte et que celui-ci est conforme à sa volonté, attestation devant être annexée à l'acte notarié et conservée avec celui-ci.

En Belgique, la possibilité pour le notaire d'agir à distance des comparants est limitée aux procurations authentiques dématérialisées. Il s'agit d'une modalité de réception introduite par la loi du 23 avril 2020, qui autorise sans limitation temporelle l'établissement de procurations numériques en faveur d'un employé de l'étude ou d'une personne de confiance qui comparaît physiquement devant le notaire¹⁴. La procuration permet en effet d'effectuer un large éventail d'opérations juridiques, à l'exception des actes strictement personnels, comme le testament. Ce service notarial à distance est matériellement limité aux procurations, mais aucune exigence n'est prévue quant au lieu de comparution des parties, lesquelles peuvent en bénéficier depuis un État étranger. Le système d'identification repose sur l'utilisation d'une carte d'identité électronique ou de l'application ItsMe, qui fournit une signature qualifiée au sens du Règlement eIDAS¹⁵. La signature du notaire est apposée au moyen d'une carte d'identité électronique par

14. La loi du 6 juillet 2017 dite « Pot-pourri V » autorisait la réception de l'acte authentique par vidéoconférence devant deux notaires, chaque partie devant comparaître en personne devant le notaire de son choix.

15. Sur la procédure à suivre pour la réception de la procuration électronique à distance en Belgique, voir Angelo Magnani, « L'atto notarile "a distanza". Il caso del Belgio » (2020) 3 Jus civile 1, aux pp 6-7 [Magnani, « Atto notarile — Belgio »].

l'intermédiaire du Réseau notarial sécurisé (RNS), contrôlé par la Fédération royale du notariat belge (Fednot). Le RNS est une plateforme nationale permettant de relier l'ensemble des études notariales ainsi que celles-ci avec la Fednot, et à laquelle sont intégrées les diverses applications de clôture de l'acte, y compris celle relative à la réalisation de la visioconférence.

Aux Pays-Bas, l'article 26 de la loi temporaire COVID-19 justice et sécurité, prolongée jusqu'au 1^{er} décembre 2020, limitait l'utilisation des actes électroniques à distance aux situations où il s'avérait impossible de comparaître en personne devant le notaire, à condition qu'une procuration privée n'ait pas été suffisante à la conclusion de l'acte. L'exigence relative à l'impossibilité de comparaître devant un notaire a fait l'objet de vives critiques dans la pratique notariale, étant donné l'ambiguïté de la formule législative et la difficulté de prouver la situation factuelle justificative d'un tel procédé. En ce qui concerne la portée spatiale de la comparution virtuelle, le droit néerlandais témoignait également de réticences à l'égard de ce mécanisme exceptionnel, le comparant devant se trouver physiquement présent sur le territoire national¹⁶.

Le Brésil est un autre exemple où l'acte électronique à distance a été adopté, pour l'ensemble des actes juridiques et sans restriction quant à la présence des parties sur le territoire national, avec la particularité qu'il a été érigé en solution permanente. L'acte électronique à distance est institué par le *Provimento nº 100 du 26 mai 2020* du Corregedor Nacional de Justiça, qui met en place une plateforme unique sécurisée (e-Notariado) pour la réception des actes et dont la maintenance est assurée par le conseil fédéral du Colégio Notarial do Brasil. La création du système électronique e-Notariado répond à l'objectif d'uniformiser la pratique des actes notariés électroniques à l'échelle nationale. Il intègre un ensemble de services comprenant la délivrance de certificats notariés numériques et de signatures électroniques notariées, un système de visioconférence pour la réception de l'acte, ainsi que pour l'identification électronique, et la validation des données biométriques. Le notaire agit comme « autorité de certification » pour la délivrance des signatures électroniques aux parties, au moyen d'un *certificado digital notariado*, émis après avoir procédé à leur identification

16. À partir du 1^{er} août 2021 dans l'Union européenne, il sera possible de procéder à la constitution des sociétés à responsabilité limitée, de façon totalement dématérialisée, conformément à la directive (UE) n° 2019/1151 du 31 juillet 2019.

en présentiel. Lors de la visioconférence, le notaire vérifie à distance l'identité des parties en faisant appel à l'ensemble des éléments d'identification disponibles, notamment dans le système intégré e-Notariado, dans des bases biométriques et dans des registres de signatures ouverts par d'autres notaires. Pour apposer sa signature électronique, le notaire se sert d'un certificat numérique faisant appel à l'Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP).

D'autres États étudient présentement des propositions législatives introduites dans le présent contexte pandémique en vue d'adopter l'acte authentique à distance. Au Portugal, un projet pilote pour l'adoption de l'acte électronique à distance a été lancé par le Décret-loi du Conseil des ministres du 7 mai 2020, sous réserve de certaines exceptions, notamment en ce qui concerne les actes et les faits juridiques soumis au registre foncier¹⁷. En Espagne, il est seulement possible de dresser à distance le procès-verbal notarié de l'assemblée générale des actionnaires, en utilisant des moyens de communication à distance en temps réel, qui garantissent de manière adéquate l'accomplissement de la fonction de notaire¹⁸. La *Loi 3/2020 du 18 septembre 2020 sur les mesures procédurales et organisationnelles pour faire face à la COVID-19 dans le domaine de l'administration de la justice* prévoit la présentation, par le gouvernement, dans un délai ne dépassant pas neuf mois, d'un projet de loi établissant la fonction notariale et registraire par voie électronique, dans le but de faciliter la prestation de ces services en dehors de la présence physique des parties. On peut en déduire que la future loi aura une vocation de permanence, car elle aura probablement été adoptée en contexte de normalité. Une proposition pour l'autorisation de l'acte électronique à distance est en cours d'étude par le ministère de la Justice. Compte tenu du caractère expérimental de la proposition, un tel dispositif ne sera pas employé de façon générale, mais entend se limiter aux actes juridiques unilatéraux (par ex, les procurations ou la souscription des polices d'assurance) et à ceux passés par des parties ayant des intérêts convergents (principalement en matière de sociétés)¹⁹. Les notaires utilisent une plateforme électronique

17. Décret-loi du Conseil des ministres du 7 mai 2020, en ligne : <www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=345>.

18. Art 40.7 *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*.

19. José M García Collantes, « Inmediación notarial y nuevas tecnologías. Una visión europea » (2020) n° spécial *Revista del Notariado* 17 aux pp 21–22; Manuel González-Meneses García-Valdecasas et Segismundo Alvarez Royo-Villanova, « ¿Documentos notariales por videoconferencia? El COVID-19 y la intermediación a distancia » (17 avril 2020), en ligne : <chayderecho.com>.

exclusive, le Système intégré de gestion notariale (SIGNO), et l'entité responsable de fournir l'ensemble des services technologiques aux notaires est l'Agencia Notarial de Certificación (ANCERT), constituée en 2002 par le Conseil général du notariat, dans le but de mettre en œuvre le plan de modernisation technologique des notaires.

Bien qu'il soit encore tôt pour y voir une tendance, certains auteurs signalent une orientation irréversible vers la généralisation des actes électroniques à distance²⁰. À ce jour, ce procédé demeure exceptionnel, mais une certitude s'impose : il a déjà pénétré le monde du notariat latin. Dans les pays qui ne l'ont pas encore adopté de façon définitive, la réflexion est ouverte au sein des organes représentatifs de la profession, dans la pratique notariale et dans les instances gouvernementales.

II. LES ENJEUX LIÉS AU CONTENU DE L'AUTHENTICITÉ DÉMATÉRIALISÉE

L'introduction de l'acte électronique à distance soulève de nombreuses interrogations du point de vue de l'attribut essentiel de l'acte, sa valeur authentique. Sans avoir la moindre prétention de les résoudre dans le présent article, nous nous proposons de souligner la signification d'une transformation qui bouleverse la conception traditionnelle de l'authenticité, telle qu'elle est unanimement comprise par les États de tradition notariale (A), de confronter la comparution à distance aux présupposés essentiels de l'authenticité, en soulevant les principaux obstacles à son intégration au sein du notariat latin (B), et d'introduire des pistes d'analyse permettant de repenser l'authenticité, seule façon de dépasser les obstacles face à une réalité dont on ne peut qu'anticiper la progression (C).

A. Remarques préliminaires

Quel que soit le nombre de pays dans lesquels l'acte à distance est en place, l'introduction d'une telle mesure dans l'un des États appartenant au notariat latin suscite un intérêt primordial pour l'organisation dans son ensemble. La modification apportée concerne les fondements

expansion.com/2020/04/17/documentos-notariales-por-videoconferencia-el-covid-19-y-la-inmediacion-a-distancia.

20. Magnani, « Atto notarile — Belgio », *supra* note 15 à la p 15.

mêmes du système, car on a « ébranlé les colonnes du temple »²¹. Loin de produire un changement formel, la réception à distance de l'acte notarié opère une véritable révolution de la fonction notariale. Au-delà d'une simple alternative au support papier, l'acte notarié électronique à distance exige de repenser la mission du notaire en tant qu'officier public, ainsi que les prémisses qui soutiennent la valeur du document en tant qu'acte authentique.

Dans l'immense majorité des États appartenant au notariat latin, le maximum de distance que l'acte notarié avait atteint avant l'irruption de la COVID-19 était celle qui séparait les parties entre elles, lesquelles pouvaient exprimer leurs volontés séparément, chacune devant un notaire, indépendamment du support physique ou électronique de l'acte. La dématérialisation de la procédure notariale que nous connaissons touchait concrètement les aspects relatifs à la signature et au support de l'acte, ce qui avait une incidence sur la fonction de conservation du document, mais, en aucun cas, sur les devoirs inhérents à l'authentification. La distance dont nous parlons depuis l'arrivée de la pandémie n'est pas celle qui sépare les parties à l'acte, mais ces dernières, du notaire, ce qui suppose une rupture avec le fondement traditionnel du notariat, ancré dans le principe de la foi publique requérant la rencontre physique notaire-parties, qui se résume, en d'autres mots, à la notion d'authenticité.

Le principal argument avancé par certains auteurs pour dépasser le paradoxe repose sur la reconnaissance légale immuable de l'authenticité, le virage au distanciel opérant un changement de moyens et non de résultat. La réception à distance de l'acte notarié serait une « modalité » de réception équivalente à celle qui a lieu en présence du notaire, dans la mesure où les moyens technologiques utilisés respectent les exigences de sécurité et de qualité nécessaires pour reproduire, par écran interposé, l'audience présentielle²². Jusqu'au mois de mars 2020, la présence physique des personnes qui comparaissent devant le notaire pour manifester leurs volontés était le socle implicite de la foi publique notariale. Si cette condition a pu être interprétée différemment dans un contexte d'urgence sanitaire (et juridique)²³,

21. Nous empruntons cette expression graphique à Pierre Catala, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple » (2006) 11 Dr. famille 5, étude 43.

22. González-Meneses García-Valdecasas et Segismundo Alvarez Royo-Villanova, *supra* note 19.

23. En France, par une décision du 15 avril 2020, le Conseil d'État a rejeté la requête visant à ordonner la suspension de l'exécution du décret autorisant l'acte notarié à distance pendant la

force est de constater qu'elle renferme un principe incontestable dans la doctrine et dans la jurisprudence de tous les temps²⁴. Les raisons sont classiques : le notaire est un témoin privilégié, investi par la loi, pour témoigner des faits juridiques se déroulant et des actes passés en sa présence, ce qui confère au produit de son activité, l'acte notarié, une force probante exceptionnelle qui le place au sommet de la pyramide des moyens de preuve des actes juridiques. Si la présence physique des parties est devenue une alternative à la comparution par visioconférence, il sera nécessaire de construire un autre récit du notaire et de sa fonction, suffisant à légitimer le monopole de l'authenticité que le législateur lui confère et justifiant la position exceptionnelle de l'acte à distance dans l'échelle probatoire. Certes, d'un point de vue strictement juridique, le maintien de la force probante de l'acte notarié à distance ne fait aucun doute, mais la question de ses fondements est ouverte au débat scientifique et nécessite des réponses scientifiques. Se retrancher derrière le privilège légal sans être en mesure de fournir une explication au changement conduirait à « attribuer l'authenticité de manière arbitraire »²⁵.

Le format électronique de l'*instrumentum* se substitue au papier comme « moyen » d'expression de la volonté et lui est totalement équivalent. Il s'agit, en ce sens, d'une simple modalité du *support* de l'acte authentique, lequel peut être reçu par le notaire sur papier ou électriquement, une simple question de goût ou de préférence. Or, dans

période d'urgence sanitaire au motif qu'il déroge à l'article 1371 du *Code civil* selon lequel le notaire serait tenu de recevoir l'acte devant des parties physiquement présentes. Pour le Conseil d'État, « il ne résulte d'aucune disposition législative que la mission du notaire instrumentaire ne puisse être accomplie que dans le cas d'une comparution physique des parties et que le décret se borne à déroger temporairement aux modalités, qui résultent du décret du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, en vertu desquelles l'officier public peut établir un acte authentique » (CÉ, ordonnance en référé, 15 avril 2020, n° 439992, Inédit au recueil Lebon), en ligne : <www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000041807020>.

24. La particularité de l'acte notarié, c'est sa supériorité probatoire indiscutable, du fait de la place prépondérante qu'il occupe au sein du système de la preuve civile, de sorte qu'il est nécessaire d'entamer une procédure d'inscription en faux pour contester la véracité des faits que le notaire a la mission de constater *ex propriis sensibus*. La foi publique se rapporte précisément aux « faits que l'officier public y a énoncés comme les ayant accomplis lui-même ou comme s'étant passés en sa présence dans l'exercice de ses fonctions » (Jacques Flour, « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », (1972) 25 *Deffrénois* 977, art 30159). La raison de cette compréhension du fondement de la force probante de l'acte notarié repose sur l'idée magistralement décrite par Planiol dans sa célèbre affirmation selon laquelle « l'officier public est un témoin privilégié dont l'attestation a, aux yeux de la loi, une valeur exceptionnelle » (Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t II, LGDJ, 11^e éd, 1931 au para 90).

25. Arnaud Raynaud, « Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique » (2003) 18 *Deffrénois* 1117 au para 40.

l'acte électronique à distance, c'est l'objet de l'authenticité qui change et non pas seulement le support qui la véhicule. L'emprise du numérique ne s'arrête pas au contenant de la déclaration de volonté, mais pénètre la *substance* du témoignage privilégié que le notaire est appelé à fournir en tant qu'officier public. Ce changement fondamental ne peut être expliqué à partir de la simple identification du numérique au papier, mais réclame la construction d'une nouvelle compréhension de la fonction notariale, ce qui est plus difficile à aborder.

Mise devant le fait accompli, l'Union du notariat latin (UINL) a progressivement clarifié sa position à cet égard. Dans un communiqué officiel du 28 avril 2020, publié sur le site web de l'institution, on peut lire : « nous exprimons le souhait que tous les notariats membres puissent s'engager sur la voie de la transition numérique, de manière sécurisée et en respectant les principes et les fondements du notariat latin »²⁶. De nombreux États se sont engagés depuis plusieurs années dans la voie de la transition numérique d'une façon sécurisée, mais c'est le respect des principes et des fondements du notariat latin qui *limite* — ou à tout le moins, encadre — les progrès dans cette voie. Le flou paraît se dissiper légèrement lorsque l'accent est mis sur la mission du notaire de garantir « la sécurité juridique dans la prestation du consentement des parties, les identifier et contrôler la légalité; ils sont les seuls responsables de ce contrôle et l'authentification requiert leur intervention au-delà des moyens informatiques ». L'ambivalence de la déclaration se comprend, étant donné la dimension politique de la problématique et ses répercussions sur l'ensemble du système.

Le pas décisif semble avoir été franchi dans un texte élaboré par le Groupe de travail « Nouvelles technologies » de l'UINL, qui a reçu l'approbation du Conseil de direction de cet organisme le 26 février 2021²⁷. Le document n'a, certes, aucun effet normatif pour les notariats membres mais sa valeur purement symbolique n'est pas pour autant négligeable, dans la mesure où il contient une déclaration expresse d'acceptation de l'acte notarié à distance. Dans ses conclusions, le groupe déclare que « [l']important n'est pas la présence physique

26. Union internationale du notariat latin (UINL), *L'exercice du notariat en période de pandémie — Les nouvelles technologies au service de la fonction notariale*, en ligne : <www.uinl.org/-/the-exercise-of-the-notarial-activity-in-times-of-pandemic-new-technologies-at-the-service-of-the-notarial-function#p_73_INSTANCE_g4QgRSEIbf0Q>.

27. Ce projet de « décalogue » a été diffusé en espagnol sur le site de l'Office notarial permanent d'échange international, en ligne : <www.onpi.org.ar/documentos/publicaciones/publicaciones-del-notariado-internacional/decalogo_para_las_escrituras_notariales_a_distancia.pdf>.

devant le notaire, mais la comparution directe devant le notaire responsable de l'authentification, quoique par l'intermédiaire d'une plateforme électronique »²⁸. Ce principe général ayant été admis, l'encadrement devient désormais crucial, car l'UINL insiste sur le fait que la technologie n'est qu'un outil au service du notaire qui ne peut en aucun cas le remplacer dans l'exécution de ses devoirs élémentaires. À la lecture du document, nous distinguons trois conditions essentielles auxquels l'acte à distance devrait se conformer pour préserver son caractère authentique : la vérification directe et personnelle de l'identité et de la capacité des parties par le notaire, le contrôle de la liberté du consentement et l'utilisation d'une plateforme électronique apte à garantir la sécurité des échanges et la protection des données. Cette dernière exigence englobe les deux autres, dans la mesure où elle fournit les moyens de les accomplir à distance. On attend de cette plateforme qu'elle soit 1) procurée par l'État ou agréée par l'ordre professionnel, en évitant autant que possible le recours à des prestataires privés (compte tenu du statut d'officier public du notaire); 2) administrée ou contrôlée directement par le notariat ou aménagée à cette fin. Il ressort de ce document informel une préférence marquée de l'UINL pour une plateforme électronique sous l'emprise des organes directifs du notariat. Bien que ce ne soit pas expressément indiqué, la référence à *une* plateforme paraît renfermer le caractère uniforme ou centralisé de celle-ci, par opposition à l'utilisation de plateformes multiples. Consciente de ses limites, l'UINL fait preuve de pragmatisme face à une réalité qui la dépasse et sur laquelle elle ne peut qu'exprimer de simples orientations sans effet concret.

B. Les obstacles : la notion classique d'authenticité

L'authenticité « traditionnelle » repose sur l'expérience sensorielle directe du notaire, une « présence » virtuelle des parties ne donnant lieu qu'à une authenticité « dégradée » ou « imparfaite »²⁹, en tant qu'incompatible avec la réception impérative *ex propriis sensibus*³⁰. Les

28. Voir à la page 4 du texte (notre traduction). Cette affirmation catégorique contraste avec les conclusions antérieures du groupe de travail selon lesquelles « la présence des parties devant le notaire est un élément essentiel pour la prestation du service notarial », dans un document non publié intitulé « L'émergence Covid-19 et le notariat : dispositions exceptionnelles pour la rédaction des actes et systèmes informatiques ».

29. Brenner, Gaudemet et Bonnet, *supra* note 1 au para 8.

30. Selon Raynouard, *supra* note 25 au para 39, « la modalité excluant la constatation *de visu* de cette manifestation fait perdre l'effet essentiel de l'authenticité ». Selon Didier Froger, « [i]l est

défaillances de la capacité de captation de la réalité qui touchent désormais le notaire distant entraîneraient une perturbation du devoir d'authentification dont il a la charge à titre personnel. Celle-ci se traduirait d'une part, dans les difficultés d'appréhender intégralement les faits qu'il a la mission de constater et, d'autre part, dans le partage de ses fonctions avec des acteurs externes auxquels il a besoin de faire appel pour combler le déficit sensoriel généré par la distance.

Une partie de la doctrine souligne l'impact négatif de la distance sur la fonction de vérification du consentement et de l'identité des parties, laquelle ne pourrait s'accomplir que partiellement, étant donné les limites d'une communication indirecte, susceptible d'interruptions et de manipulations qui échappent au contrôle du notaire et qui, en général, ne lui permettraient pas d'acquiescer la certitude quant à la conformité du contenu de l'acte avec la volonté exprimée des parties ou quant à l'absence d'influence de tierces personnes dont la présence s'avère impossible à constater effectivement. L'écran interposé entre le notaire et les parties nuit à la qualité du consentement dont le premier est garant³¹. La mise en place des outils technologiques nécessaires à la réalisation des fonctions confiées au notaire brouillerait la frontière entre le domaine qui lui est réservé par le législateur et celui assumé de fait par les tiers certificateurs. Le programme informatique est en mesure de générer des données objectives sur l'ensemble des opérations exécutées par l'intermédiaire des plateformes et des logiciels de communication employés pour recevoir l'acte notarié, telles que l'horodatage associé à chaque événement ou action réalisé, le nombre d'utilisateurs connectés, la géolocalisation des intervenants à ce moment précis, les fichiers envoyés, l'inaltérabilité de leur contenu, l'apposition par les parties de leur signature et la fiabilité de celle-ci, etc. Normalement, ces aspects factuels sont au cœur du devoir d'authentification du notaire, mais ils pourront désormais être « certifiés » par les outils informatiques eux-mêmes et par les tiers chargés de fournir un « service de confiance ». Il en résulterait un certain affaiblissement de la

en effet impossible d'imaginer la signature d'un acte notarié à distance par un client qui serait à son domicile alors que le notaire se trouverait physiquement dans son bureau »; cette hypothèse serait « antinomique avec la notion d'authenticité car elle repose sur une idée inconcevable consistant à imaginer la signature d'un acte notarié hors la présence physique du notaire » (Didier Froger, « La réception d'un acte établi sur support électronique alors que les comparants sont physiquement éloignés : mythe ou réalité » (2004) 92 Petites affiches 64).

31. Voir un résumé de ces critiques dans Angelo Magnani, « L'atto notarile 'a distanza'. Un istituto giuridico da tracciare o un *modus exprimenti*? » (2020) 3 *Jus civile* 641, aux pp 669–671 [Magnani, « Atto notarile — un istituto »].

fonction d'authentification du notaire, ne serait-ce que du fait de l'érosion de l'exclusivité du monopole qui lui était ordinairement réservé sur certains aspects de l'opération juridique instrumentée.

Dans cette perspective, l'interposition des fournisseurs externes de services de confiance serait à l'origine de la rupture de la « chaîne de l'authenticité »³². Un recentrage des certifications informatiques autour des représentants de la profession, qui en conserveraient le contrôle et en assumeraient la responsabilité, est certes de nature à éviter l'externalisation des fonctions notariales, mais interpelle quant au principe même de la délégation qui serait désormais attribuée collectivement à l'ordre professionnel³³.

La restriction de la comparution à distance à des actes juridiques précis ou l'exclusion de cette modalité pour certains actes³⁴ soulève également des interrogations. Cette solution de compromis a l'avantage de pallier les risques inhérents à l'authentification à distance dans le cas des actes strictement personnels ayant des répercussions significatives sur le patrimoine ou sur le statut familial des comparants. Toutefois, elle comporte la rupture de l'unité de l'authenticité, qui deviendrait susceptible de degrés ou d'appréciations différentes en fonction de la gravité de l'acte juridique instrumenté. Une telle distinction est de nature à engendrer « des actes de première et des actes de seconde catégorie »³⁵. La dualité de traitement en résultant est inédite et renferme un certain paradoxe sur le plan théorique. Soit l'authenticité dématérialisée est équivalente à l'authenticité présente et, dans

32. « Propos du professeur Michel Grimaldi » dans Michel Grimaldi et al, « Le notaire à distance des parties? Réflexion doctrinale » (2020) 45–46 Deffrénois 20 au para 4.

33. Une telle admission comporterait un changement dans le contenu du rôle du notaire, car « c'est une habilitation personnelle que le notaire a reçue, en récompense de vérifications personnelles, et non une habilitation collective à la profession ». Voir « Propos du professeur Sophie Gaudemet », dans Grimaldi et al, *ibid* au para 2.

34. Cette solution est adoptée en droit positif par les systèmes français et belge (voir section I ci-dessus). Elle est aussi préconisée par le Conseil général du notariat espagnol, dont la proposition limite l'adoption de l'acte à distance aux actes juridiques unilatéraux et à ceux passés par des parties ayant des intérêts convergents (principalement en matière de sociétés), ce qui rejoint les conclusions préliminaires du groupe de travail « Nouvelles technologies » de l'UINL, dans sa première version non publiée, selon laquelle « l'acte authentique à distance, du fait des exigences techniques et juridiques requises, doit être considéré possible mais rester limité à des cas spécifiques et justifiés (notamment les actes unilatéraux ou sans opposition d'intérêt) », position qui a par la suite été assouplie dans le projet de « décalogue », *supra* note 27, en devenant une simple recommandation de « considérer la possibilité de limiter la comparution à distance » auxdites situations [nos italiques, notre traduction].

35. « Propos du professeur Sophie Gaudemet » dans Grimaldi et al, *supra* note 32 au para 2.

ce cas, on ne comprend pas pourquoi elle devrait être exclusive à certains actes, soit elle ne l'est que partiellement et, donc, on ne saurait non plus comprendre pourquoi ces actes à distance mériteraient la qualification d'authentiques³⁶.

La cohérence au sein d'un même ordre juridique ne s'obtiendrait que par une signification unitaire de l'authenticité, autorisant ou excluant le recours à la comparution virtuelle pour l'ensemble des actes juridiques. N'est pas moins cohérente la solution adoptée par la législation notariale de la ville de Buenos Aires prévoyant les « *certificados de actuación remota* »³⁷, l'authentification par écran interposé se limitant à la constatation des faits perçus à travers les moyens audiovisuels, c'est-à-dire à la représentation de la réalité sans s'étendre à la réalité représentée, dont l'existence ne peut être vérifiée par l'expérience sensorielle immédiate du notaire³⁸. Alors que le certificat dressé à distance est un acte authentique, le document signé par les parties qui en constitue le contenu demeure sous seing privé, l'authenticité ne rayonnant pas à l'intérieur de l'acte. Cette double dimension est en harmonie avec une compréhension de l'authenticité par essence sensorielle, reposant sur les constatations effectuées par le notaire *de visu et auditu*. Elle ferme la porte —pour le moment— à l'admissibilité de l'authenticité dématérialisée.

Les arguments basés sur la notion d'authenticité ne manquent pas et ont toute la force de la conviction. C'est à l'acte authentique dressé à distance de faire la preuve de ses garanties.

C. Les moyens de surmonter les obstacles : l'authenticité réinterprétée

Si l'on part de la prémisse que l'authenticité est par définition incompatible avec la distance entre les notaires et les parties, nous nous heurtons à un obstacle dirimant qui ne peut être surmonté par aucun argument, peu importe le niveau de sécurité des moyens informatiques

36. *Ibid* au para 5. Le professeur Grimaldi avertit de ce défaut de cohérence.

37. Résolution 102 du 2 avril 2020 du Conseil de direction du Collège des notaires de la Ville de Buenos Aires.

38. Carlos M D'Alessio et María Cecilia Herrero de Pratesi, « Certificados de actuación remota: un instrumento eficaz al servicio de la comunidad » (2020) 114 La Ley 2; Cristina N Armella et al, « Emergencia, pandemia, tecnología y notariado », à la p 14, en ligne: <www.uinl.org/fr/-/argentina-estudio-emergencia-pandemia-tecnologia-y-notariado-puesta-a-disposicion-de-los-notarios-del-mundo#p_73_INSTANCE_g4QgRSEIbf0Q>.

employés par le notaire lors de la réception de l'acte. Le rejet de l'authenticité dématérialisée coupe court à la discussion et rend l'analyse stérile. Elle devient seulement possible si l'on ouvre la voie à une nouvelle compréhension des conditions de formation de l'acte authentique, ce que nous proposons d'explorer dans cette section.

La reconnaissance légale de la comparution à distance comme modalité de réception de l'acte notarié n'est qu'un point de départ dans ce mouvement de reconstitution de l'authenticité. La législation notariale québécoise en est l'exemple. L'emploi, par la *Loi sur le notariat*, des termes « *en présence* » du notaire instrumentant ou de celui recevant par délégation le consentement de l'une des parties à l'acte n'est susceptible que d'une interprétation dans le sens de comparution physique (art 50 al 1 et 2)³⁹. Toutefois, le législateur a jugé cette présence non essentielle à l'authenticité, et admet formellement sa dérogation pour les actes établis sur support électronique, lesquels peuvent être reçus « *hors la présence du notaire* » (art 50 al 3), expression qui ne doit pas logiquement être traduite par « absence » du notaire du processus de formation de l'acte. Ce n'est pas par hasard que les conditions auxquelles l'arrêté ministériel soumet l'acte notarié à distance tournent autour des verbes « voir » et « entendre »⁴⁰. Or, la justification de la valeur authentique de l'acte notarié par la seule attribution légale d'un tel caractère serait artificielle. Ces conditions minimales réclament un encadrement strict pour qu'elles remplissent l'objectif auquel elles sont destinées, celui de garantir l'équivalence entre l'acte à distance et l'acte reçu en présentiel, que son support soit matériel ou technologique.

À supposer vaincu l'obstacle conceptuel, la réception dématérialisée de l'acte doit franchir une autre série d'obstacles si elle veut s'ériger en candidate à l'authenticité. L'authentification est un processus réel qui repose sur l'exécution d'un ensemble d'opérations (vérifications,

39. En particulier, cette exigence est prévue de façon expresse par le *Code civil du Québec* en matière de modification des conventions matrimoniales par contrat de mariage (art 437), de testament authentique (arts 717, 719, 720, 721, 722.1), ainsi qu'à l'article 2819 alinéa 2, qui prévoit que lorsque le consentement est manifesté par une personne qui ne peut signer, le notaire doit le recevoir en présence d'un témoin qui signe.

40. Selon l'arrêté, *supra* note 3 :

1° le notaire instrumentant doit pouvoir voir et entendre chaque partie;

2° chaque partie ou intervenant doit pouvoir voir et entendre le notaire instrumentant;

3° lorsque le contexte l'exige, les témoins doivent pouvoir voir et entendre les parties ainsi que le notaire instrumentant;

4° les signataires et le notaire instrumentant doivent pouvoir voir l'acte ou, selon le cas, la partie de l'acte qui les concerne.

constatations, contrôle de légalité) *par le notaire* lors de la réception de l'acte, d'où la certitude que la loi attribue à ses déclarations sur la véracité des événements qui se produisent devant lui et sur la régularité de l'opération qu'il instrumente. Cependant, la mission du notaire de type latin n'est pas éclipsée par le recours à des dispositifs d'assistance qui viennent ponctuellement interférer entre le notaire et les parties à l'acte, tel que le démontre l'intervention des témoins qui signent en lieu et place de la personne empêchée de le faire par elle-même ou privée des sens de la vue ou de l'ouïe, celle des interprètes en langage des signes ou celle des traducteurs des comparants ne connaissant pas la langue de rédaction de l'acte. Il s'agirait alors de trouver le juste équilibre entre assistance et substitution des rôles, le centre de gravité du processus d'authentification devant demeurer le notaire instrumentant⁴¹.

Le domaine de la foi publique qui s'attache aux affirmations du notaire et celui relevant de la sécurité technique associée aux outils informatiques doivent être délimités, afin de ne pas dénaturer la mission du notaire au point qu'elle devienne accessoire à l'intervention de tiers certificateurs qui partagent avec lui des tâches inhérentes à la fonction d'authentification, car celle-ci « requiert [son] intervention au-delà des moyens informatiques »⁴². En effet, si la portée de l'authenticité résultant de l'acte électronique à distance devait être réduite à l'attestation des opérations effectuées au cours du processus informatique menant à la réception de l'acte, la valeur du document serait considérablement réduite et l'intervention du notaire deviendrait celle d'un simple facilitateur. La certitude apportée par un procédé technologique ne saurait remplacer la sécurité juridique, car la première est au service de la seconde et non l'inverse.

Dans le système du notariat latin, la sécurité juridique de l'acte authentique, la « preuve reine » de la procédure civile, se justifie par la spécificité de la fonction notariale et serait, dès lors, inconciliable avec la confusion des rôles entre le notaire et un autre professionnel du droit, tenu à un devoir de conseil à l'égard des parties⁴³. Certes, ce devoir est renforcé dans le cas du notaire en raison de son statut

41. Sur le partage des tâches relevant du processus d'identification entre le notaire et les outils techniques, voir Michel Grimaldi, Charles Gijssbers et Bernard Reynis, « Le décret du 3 avril 2020 sur l'acte notarié à distance » (2020) 15 *Deffrénois* 20 [Grimaldi et al, « Décret »].

42. UINL, *supra* note 26. Voir aussi Magnani, « Atto notarile – un istituto » *supra* note 31 à la p 666.

43. « Propos du professeur Sophie Gaudemet », dans Grimaldi et al, *supra* note 32 au para 2.

d'officier public dont découle l'impératif d'agir avec impartialité, mais il ne fait pas à *lui seul* la singularité de la fonction notariale⁴⁴. La marque distinctive du notariat repose sur le devoir d'authentification et c'est sur ce terrain que le fondement devra être recherché. La force probante supérieure dérivée de la valeur authentique de l'acte notarié ne se limite pas aux seules perceptions de la réalité matérielle par le notaire. Fait partie essentielle du domaine de l'authentification la garantie de l'identité des parties et de la libre expression de leur consentement. L'acte notarié est ainsi doté d'une présomption de véracité des faits constatés par le notaire *ex propriis sensibus* et d'une présomption de validité, à l'égard de tous, de l'acte juridique instrumenté.

Une signature numérique apte à établir le lien entre le signataire et le contenu d'un document dont l'intégrité est assurée équivaut à une signature manuscrite et donne lieu à une présomption simple de fiabilité ou de correspondance entre le détenteur du certificat électronique de signature et celui qui en a fait usage. Cette présomption se fonde sur l'identification préalable effectuée par le prestataire du service en vue de l'attribution de la signature électronique. Or, ce n'est que l'apposition de celle-ci devant le notaire, qui procède à son identification, *lors de la réception de l'acte*, non seulement par sa signature, mais par des moyens additionnels plus ou moins sophistiqués⁴⁵, qui confère à cette signature les effets résultant de l'authenticité. Sans ces

44. Voir aussi Brenner, Gaudemet et Bonnet, *supra* note 1 au para 11. Selon ces auteurs, « l'efficacité hors du commun » de l'acte authentique « ne procède pas — du moins directement — de la forte compétence professionnelle qui appartient au notaire à raison de sa formation juridique, de son mode d'accès à la profession, de la discipline professionnelle qui lui est imposée », car « de nombreux avocats sont en fait tout aussi compétents que les notaires les plus aguerris et ils exercent un devoir de conseil non moins exigeant ».

45. Ceux-ci peuvent consister dans la présentation des pièces d'identité officielles sur format papier ou sur format électronique; l'usage de techniques de reconnaissance faciale ou biométriques; l'obtention de données auprès des organismes publics grâce à une coopération entre le notariat et les instances gouvernementales, qui mettraient à la disposition des notaires des registres ou des répertoires contenant des éléments d'identification fiables (par ex, Brésil et Argentine). Le choix des moyens relève de chaque législateur et entraîne des effets équivalents sur le plan de l'authenticité, mais le degré de certitude réelle attaché à la vérification de l'identité dépendra de la complexité du dispositif utilisé. Voir, à titre illustratif, la classification des niveaux de garantie (faible, substantiel et élevé) des moyens d'identification électronique délivrés dans le cadre d'un schéma d'identification électronique notifié afin de bénéficier de la reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne, selon l'article 8 du Règlement eIDAS et dont les spécifications techniques sont prévues par le *Règlement d'exécution (UE) 2015/1502 de la Commission du 8 septembre 2015 fixant les spécifications techniques et procédures minimales relatives aux niveaux de garantie des moyens d'identification électronique visés à l'article 8, paragraphe 3, du règlement (UE) no 910/2014 du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur*.

vérifications additionnelles et concomitantes à l'émission du consentement, le devoir d'identification se déplacerait du notaire vers le prestataire externe, l'identification reposant entièrement sur le service de confiance fourni par celui-ci lors de la délivrance du certificat électronique de signature.

La double fonction de la signature des parties, consistant à assurer l'identité du signataire et l'expression du consentement éclairé, devra alors demeurer sous la responsabilité exclusive du notaire pour qu'elle produise les effets qui lui sont propres lorsqu'elle est apposée sur un acte authentique, peu importe son support. Autrement, ces deux composantes essentielles de l'authenticité seraient partagées, voire entièrement déléguées aux prestataires de services⁴⁶. Alors que la présomption légale d'identité du signataire se fonde sur la correspondance présumée entre le titulaire d'un certificat de signature électronique et celui qui l'utilise, l'identification est une *activité* effectuée par le notaire qui aboutit à l'individualisation de celui qui comparait à l'acte et signe devant lui (à distance), d'où l'effet de preuve pleine accordée par la loi à cette signature sous le couvert de l'authenticité.

Certains auteurs ont affirmé l'importance de vérifier, outre le consentement requis pour l'acte en question, l'autonomie du comparant dans l'utilisation des outils informatiques par lesquels il s'exprime et s'identifie⁴⁷. L'acte à distance serait en effet susceptible de donner lieu à une nouvelle forme de vulnérabilité qui touche les personnes peu habiles dans l'usage de la technologie, pour des raisons liées à l'âge, au niveau culturel, etc. La protection de la personne technologiquement vulnérable incomberait au notaire dans sa mission d'officier public, garant du libre consentement et de l'équilibre contractuel⁴⁸.

Il convient de soulever brièvement deux difficultés importantes qui s'ajoutent aux préoccupations exposées. La première a trait à la conservation des actes notariés, et la deuxième à la protection des données personnelles générées et transmises dans le cadre de l'utilisation des ressources électroniques nécessaires à la réception des actes. Bien que ces considérations demeurent en dehors du noyau de l'authenticité et

46. Voir Jouvion et Michelez, *supra* note 8.

47. Thibault Douville, « Notaire (COVID-19): autorisation des actes notariés à distance » (2020) 14 Recueil Dalloz 773.

48. Cristina N Armella et al, « La función notarial telemática o a distancia. Presupuestos esenciales de su existencia » (2020) 114 La Ley 4; voir Magnani, « Atto notarile — un istituto » *supra* note 31 aux pp 666–667.

du débat sur la comparution à distance, ces deux volets relevant des devoirs de conservation et du secret professionnel des notaires trouvent toute leur pertinence dans la réflexion sur l'authenticité dématérialisée. En raison de sa qualité d'officier public et du statut de l'acte qu'il reçoit, ces deux obligations s'intègrent dans le service public de l'authenticité, lequel se conjugue difficilement avec l'accès des fournisseurs externes d'outils numériques aux actes notariés et aux données y associées.

L'acte notarié, indépendamment de son support, est destiné à sa conservation permanente. Cela suppose, dans le cas de l'acte électronique, la nécessité de mettre en place des procédures techniques capables de remédier à l'obsolescence technologique pour assurer sa pérennité, l'intégrité de son contenu et son accessibilité. Du point de vue juridique, l'hébergement des actes authentiques électroniques suscite deux enjeux majeurs, celui de la titularité des accès et celui de leur localisation. L'accès aux actes notariés doit demeurer une prérogative exclusive du notaire à titre individuel ou du notariat comme représentant de la profession⁴⁹. La délocalisation des actes électroniques dans des serveurs installés en dehors du territoire national interpelle sur le plan de la souveraineté de l'État à l'égard des actes publics que sont les actes authentiques. Des modalités de conservation qui cherchent à répondre efficacement à ces défis sont déjà opérationnelles dans quelques États ayant instauré depuis plusieurs années la pratique de l'acte sur support électronique.

En Europe, l'Autriche est pionnière dans la transformation numérique du notariat, étant le premier pays à mettre en œuvre la réception des actes électroniques et leur archivage (depuis 2000). Leur stockage s'effectue dans un centre de données de haute sécurité situé en Autriche et sous la responsabilité de la Chambre des notaires (Österreichische Notariatskammer), dans une archive centralisée, CyberDoc, qui est gérée en partenariat avec la société Siemens AG Autriche. Le Minutier central électronique (MICEN) est en France le lieu d'hébergement des actes dressés électroniquement, effectué sur les serveurs de la profession et, dès lors, sous le contrôle du Conseil supérieur du notariat. L'accompagnement technique du notariat français

49. Il serait aussi envisageable, dans un souci de démocratisation du service notarial, qu'un certain accès puisse être conféré aux parties à l'acte : voir en Belgique, l'article 14 § 1 de l'arrêté royal du 18 mars 2020, qui confère aux parties un droit de consulter la copie dématérialisée de l'acte dans la Banque des actes notariés, soit directement moyennant la vérification d'accès, soit par l'intermédiaire du notaire qui est détenteur ou dépositaire de la minute de l'acte.

est assuré sur ce point par l'Association pour le développement du service notarial (ADSN), qui s'occupe de la gestion informatique de ce fichier national, le notaire étant déchargé de la responsabilité de l'archivage⁵⁰. En Belgique, un arrêté royal du 18 mars 2020 réglemente la création et le fonctionnement de la Banque des actes notariés (NABAN), administré par la Fédération royale du notariat belge, qui assure la conservation sécurisée des actes sous forme de copies dématérialisées. Le système italien de conservation des actes électroniques est pour sa part géré par la société Notartel Spa, sous l'égide du Consiglio Nazionale del Notariato (CNN).

Quant à la protection des données personnelles associées aux actes, le notariat en est également le garant et doit, par conséquent, demeurer responsable de leur traitement. Étant donné que dans une économie numérique mondialisée, l'utilisation des solutions technologiques sécuritaires en vue de la réception de l'acte notarié (signature électronique, visioconférence, échange de documents, etc.) peut nécessiter le recours à des prestataires ayant leur siège social à l'étranger, il s'impose de prévoir des mécanismes contractuels en vue d'assurer le contrôle des données par le notariat, notamment en se réservant l'accès exclusif à ceux-ci et en interdisant leur transfert en dehors de l'État dont le notaire tire son investiture. Le choix de la législation dont relève le notaire s'avère opportun en vue d'assujettir le prestataire étranger aux exigences imposées par les dispositions protectrices des renseignements personnels.

Dans cette optique, la réception à distance de l'acte notarié ne serait plus paradoxale parce qu'incompatible avec la notion même d'authenticité, les conditions strictes qui l'encadrent permettant d'établir son équivalence avec l'authenticité fondée sur le rapport présentiel direct entre le notaire et le comparant. La séance virtuelle de clôture de l'acte doit aspirer à imiter la rencontre physique, les diligences effectuées par le notaire devant fournir les mêmes garanties de fiabilité et de sécurité que celles réalisées en présentiel. Pour certains auteurs, dont Cristina Armella, présidente de l'UINL, ces garanties requièrent l'utilisation d'une plateforme notariale à laquelle serait intégré un ensemble d'applications sécurisées pour permettre l'exercice de la fonction notariale dans le respect des principes fondamentaux du notariat latin et

50. Frédéric Gerbet et al, « Zéro papier, zéro déchet » dans *Notariat du 21^e siècle — Enfin le zéro papier?*, 48^e Congrès du Mouvement jeune notariat, Édimbourg (Écosse), 28 octobre – 1^{er} novembre 2017, Union notariale financière (UNOFI) 58.

qui assurerait, notamment, la protection des données personnelles, l'intégrité des documents, l'identification du comparant et l'apposition de la signature numérique; une connexion sécurisée pour la communication et pour l'échange des documents sous une forme cryptée entre le notaire et les parties; la création d'un « environnement sécurisé » pour l'émission d'un consentement libre et éclairé, ainsi que la conservation de l'acte public qui en résulte⁵¹. Il va sans dire que le notaire aura l'obligation de refuser d'instrumenter si, dans des circonstances concrètes, il a des doutes quant au respect de ces exigences.

III. LES ENJEUX LIÉS À L'EFFICACITÉ INTERNATIONALE DE L'AUTHENTICITÉ DÉMATÉRIALISÉE

L'incidence de cette révolution notariale sur l'aptitude de l'acte à circuler au-delà des frontières de l'État d'origine reste encore à déterminer, mais certaines difficultés peuvent déjà être anticipées. L'admissibilité de la comparution à distance des parties se trouvant en territoire étranger au moment de la réception de l'acte intensifie la dimension internationale de l'opération juridique instrumentée, ce qui appelle le recours aux techniques du droit international privé pour assurer l'efficacité des actes au regard de l'ordre juridique dont relève le notaire et de celui auquel il est destiné, le cas échéant (A). Le test d'équivalence auquel est subordonnée la reconnaissance des effets de l'acte notarié à distance suscite des difficultés inédites lorsque la loi applicable à l'acte juridique ne connaît pas l'authenticité dématérialisée ou ne la connaît que sous des conditions particulières qui ne sont pas exigées dans le pays d'origine (B).

A. Délimitation des lois applicables aux conditions et aux effets de l'authenticité

La circulation internationale de l'acte authentique, terme générique par lequel on fait référence à son efficacité en dehors de l'État d'origine, appelle l'articulation entre différentes lois qui se partagent la réglementation des conditions et des effets de l'authenticité. Les conditions essentielles de formation des actes authentiques se rapportant au notaire instrumentant en tant qu'officier public et aux formalités de l'acte relèvent de l'ordre juridique de l'État dont le notaire tire son

51. Cristina N Armella et al, *supra* note 48 à la p 5.

investiture (*lex auctoris*). L'authenticité comme attribut de l'acte est conférée par la loi qui définit l'autorité de l'officier public et en détermine la compétence et les fonctions. L'organisation du service public de l'authenticité comprend dès lors les modalités de réception des actes notariés admissibles et les exigences auxquelles elles sont assujetties, ces questions étant au cœur de la mission d'officier public du notaire. Le non-respect de ces exigences se répercute directement sur le plan de l'*instrumentum* (l'acte-contenant), entraînant le défaut d'authenticité de l'acte. Or, son effet sur le *negotium* (l'acte-contenu) comportant un élément international n'est pas déterminé par la *lex auctoris*, mais par la loi applicable à l'opération juridique instrumentée⁵². C'est dire que l'admissibilité de la comparution à distance comme mode de réception d'un acte authentique et les conditions auxquelles elle est subordonnée sont régies par la *lex auctoris*. Compte tenu du caractère provisoire ou expérimental des décrets ayant autorisé ce mode particulier de réception, l'autorité de l'État sur le territoire duquel l'acte à distance entend produire ses effets devra en outre vérifier le champ d'application temporaire du cadre législatif le concernant. Le contenu de la *lex auctoris* à examiner est celui existant au moment de la réception de l'acte.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la plupart des lois qui admettent l'acte électronique à distance ne fixent pas de limites relatives au lieu à partir duquel le comparant exprime sa volonté⁵³. La limitation géographique s'impose, dès lors, uniquement au notaire, tenu d'agir dans le ressort de sa compétence territoriale⁵⁴. Le lieu de réception du consentement pouvant désormais différer du lieu de son émission, la voie est ouverte à l'acte à distance « transfrontalier », en fonction de la localisation des parties au moment de la passation de l'acte.

52. Vincent Delaporte, « Forme des actes », Répertoire droit international Dalloz, décembre 2001 (actualisation : juin 2013) au para 167.

53. Du point de vue de la compétence territoriale interne, certains auteurs soulignent que l'acte à distance remettrait en question l'image traditionnelle du notaire « juriste de proximité » qui se reflète, notamment, dans la règle du *numerus clausus*, typique du notaire latin, visant à assurer la proportionnalité entre les notaires et le nombre d'habitants sur le territoire qu'ils desservent, laquelle n'aurait plus de sens à partir du moment où la dimension territoriale s'évanouit dans l'acte totalement dématérialisé. Voir Medola, *supra* note 1, et Cesare Licini, « Chi ha paura dell'atto notarile in video-conferenza? », *Il quotidiano giuridico* (24 avril 2020), en ligne: <www.segretaricomunalivighenzi.it/archivio/2020/aprile/25-04-2020-chi-ha-paura-dell2019atto-notarile-in-video-conferenza>.

54. Grimaldi et al, « Décret », *supra* note 41.

La libéralisation de la compétence territoriale du notaire pour authentifier des faits et des actes juridiques passés en territoire étranger a pour conséquence logique d'accroître l'internationalisation de la fonction notariale et, avec elle, l'importance des règles de conflit de lois qui ont pour objectif la désignation de la loi applicable aux relations comportant des éléments étrangers, ce qui a un effet direct sur l'étendue de l'obligation de conseil du notaire, qui doit garantir la légalité de l'opération juridique, dans ses dimensions formelle et substantielle, conformément à la loi qui lui est applicable selon les règles de conflit du système dont il relève.

Le notaire qui reçoit l'acte à distance « transfrontalier » applique les règles de conflit de son propre ordre juridique gouvernant la forme et le fond du rapport international faisant l'objet de l'acte. En général, la flexibilité de la règle de conflit sur la forme des actes juridiques a l'avantage de favoriser la validité formelle du *negotium* conformément à l'une des lois désignées par des critères de rattachements alternatifs. L'article 3109 CcQ en est une claire illustration. L'acte sera valide quant à la forme s'il est conforme à la loi identifiée selon l'un des critères suivants : le lieu de conclusion de l'acte, la loi régissant le fond de l'acte, la loi du domicile de l'une des parties ou la loi de situation des biens faisant l'objet de l'acte. La loi ainsi déterminée établira le caractère solennel ou simplement consensuel de l'acte juridique en cause et, partant, l'exigence de la forme notariée et ses effets sur l'acte juridique. Cette formulation alternative rend facultatif chacun de ces rattachements, ce qui atténue les risques de nullité de l'acte pour vice de forme.

Or, la détermination de la *lex loci celebrationis* d'un acte juridique conclu à distance peut susciter des complications importantes. En cas de contestation de sa validité formelle, il s'agirait de déterminer lequel des « lieux de conclusion » (l'État où se trouve le notaire ou celui depuis lequel comparaissent les parties) doit être retenu comme facteur de rattachement au sens de la règle de conflit sur la forme. Cette difficulté est totalement inédite pour l'acte notarié qui, dans sa version traditionnelle, comporte nécessairement une comparution en présentiel et donc entièrement localisable dans l'État où le notaire est établi. Si l'interprétation du facteur de rattachement conduit à le concrétiser au lieu de réception des consentements par l'officier public, l'acte conclu à distance sera considéré comme étant valide. La loi de cet État interviendra à un double titre : comme loi applicable à la forme et comme loi applicable à l'autorité (*lex auctoris*). Or, si l'on retient comme applicable à la forme de l'acte la loi de l'État à partir duquel ont comparu

les parties, et que celle-ci exige la forme authentique pour sa formation, une autre démarche s'impose. La décision sur la validité quant à la forme de l'acte relève de la loi locale étrangère, rendant ainsi nécessaire la recherche de l'équivalence entre l'acte authentique à distance autorisé par la *lex auctoris* et l'acte authentique exigé par la loi locale⁵⁵.

En plus de veiller à la validité de l'acte au regard de son propre système juridique, par l'application des règles de conflit gouvernant la forme et le fond de l'opération, le notaire qui instrumente un acte à distance devant produire ses effets à l'étranger doit employer les moyens à sa disposition pour procurer aux parties un instrument répondant à leurs intérêts⁵⁶. Le déploiement à l'étranger des effets substantiels de l'acte authentique dépend du régime de reconnaissance des actes publics et des règles de conflit en vigueur dans le pays d'accueil, sous réserve des ententes ou des conventions conclues avec ce pays.

En droit international privé comparé, le traitement de la validité formelle des actes juridiques est en général présidé par des solutions alternatives *pro validitatis*. Le rattachement à la *lex loci actus* permet de valider sans difficulté l'acte authentique reçu de façon présente, mais celui dressé à distance soulèverait la problématique ci-dessus évoquée quant à la fixation du lieu de passation de l'acte au sens de la règle de conflit de l'État d'accueil en matière de forme. L'article 11, § 2

55. Gilles Bonnet et Delphine Vincent, « Les actes solennels dans l'espace international — le domaine de la recherche de l'équivalence » (2015) 17 La semaine juridique immobilière et notariale 1136 aux para 13–14. Le principe *favor validitatis* dominant la règle de conflit alternative sur la forme des actes juridiques en général peut se révéler inadapté aux objectifs de politique législative poursuivis dans des matières particulières relevant notamment du statut personnel et du statut réel immobilier. Lorsque la règle de conflit pertinente rattache impérativement cette question à la *lex loci celebrationis*, comme c'est le cas du mariage dans plusieurs législations (par ex, art 3088 al 2 CcQ; art 49 al 2 Code civil espagnol; art 13(3) Code civil allemand; art 202-2 Code civil français), le sort de l'acte juridique du mariage reçu par un notaire étranger sous forme authentique à distance, conformément à sa loi organique, dépend de l'identification du « lieu de célébration ». Si ce facteur de rattachement est considéré localisé dans l'État où se trouvent physiquement les conjoints et si celui-ci impose la réception d'un acte authentique de mariage lorsque le notaire agit comme célébrant (par ex, en Espagne, art 58 *Código civil* et art 58.8(2) *Ley del Registro Civil*; à Cuba, art 10,1 Ley n° 50 de las Notarías Estatales; au Costa Rica, art 24 *Código de Familia*; en Colombie, art 1 Décret 2668, du 26 décembre 1988), l'établissement de l'équivalence des interventions notariales (celle effectuée à distance selon la *lex auctoris* et celle exigée par la *lex loci celebrationis* ne connaissant pas cette modalité particulière) sera requis dans le cadre d'un litige portant sur la nullité formelle du mariage.

56. Marie-Élodie Ancel et Delphine Vincent, « La circulation internationale des actes » (2016) 2 La semaine juridique notariale et immobilière 1009 aux para 6–7.

du Règlement européen sur la loi applicable aux contrats (Rome I)⁵⁷ prévoit une règle de conflit élaborée spécialement pour régir la forme des actes juridiques conclus entre absents. La distance dont il est question ici est celle qui sépare les parties à l'acte et non pas celle qui sépare les parties du notaire chargé de recueillir leur consentement⁵⁸. Certes, la délocalisation de la comparution rend possible la signature de l'acte notarié par des parties se trouvant dans des États différents, auquel cas cette disposition particulière s'appliquera à la forme du contrat international appelé à « exporter » son efficacité en tout ou en partie vers un État membre de l'Union européenne. Or, malgré l'approche libérale de cette règle de conflit⁵⁹, qui se désintéresse de la notion de « lieu de conclusion » de l'acte à distance, par essence multiple, la validité de l'acte pourrait être compromise si la modalité de réception par comparution à distance est inconnue des lois des États où se trouvent les parties ou dont elles sont résidentes au moment de sa passation, ainsi que de la loi applicable au fond du contrat, et que l'authenticité est requise comme condition de forme essentielle au contrat.

Lorsque le législateur d'un État donné exige la forme notariée comme condition de validité d'un acte juridique, il prend comme modèle de référence le notaire et l'acte authentique de son propre système. En cas de contestation, l'acte reçu par un notaire étranger doit démontrer son équivalence avec celui issu de l'ordre juridique de référence pour que la formalité exigée par la loi applicable soit considérée accomplie. La divergence entre la loi imposant l'exigence de l'authenticité comme condition de validité formelle de l'acte juridique ou pour la production d'autres effets substantiels (telles l'opposabilité de l'acte ou la constitution de la personnalité juridique d'une société) et la *lex auctoris* régissant sa réception par le notaire donne lieu à la nécessité de vérifier si l'acte dressé dans l'État d'origine peut se substituer à un acte authentique émané de l'État dont relève la première⁶⁰. Cette opération comparative suppose la consultation du contenu de

57. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

58. Voir les propos du professeur Ralph Michaels, « Notarization from Abroad in Times of Travel Restriction », en ligne : <conflictoflaws.net/2020/notarization-from-abroad>.

59. Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., Paris, Sirey, 2019 au para 296.

60. Marie Goré, « L'acte authentique en droit international privé » (2001) *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé 14^e année, 1998-2000*, 23 à la p 29; Charalambos Pamboukis, « Acte public étranger » Répertoire droit international Dalloz, septembre 2019 au para 136; Ancel et Vincent, *supra* note 56 au para 18.

la *lex auctoris*, laquelle sera prise en considération pour discerner les éléments de l'authenticité susceptibles de correspondre à la conception d'authenticité de la loi applicable.

La recherche de l'équivalence peut être commandée soit par la règle de conflit sur la forme, soit par celle portant sur le fond de l'acte juridique, chaque fois que la loi désignée comme applicable ne coïncide pas avec la *lex auctoris*. Ainsi, en vertu de l'article 25, §2 du *Règlement (UE) n° 2016/1103* régissant la forme des conventions matrimoniales, un contrat de mariage amené à produire ses effets dans l'Union européenne, conclu à distance devant un notaire québécois entre deux époux résidant en France ou entre un époux résidant au Québec et l'autre résidant habituellement en France, serait assujéti à l'article 1394 du *Code civil* français requérant expressément la présence et le consentement simultané des parties devant le notaire. Cette disposition pourrait être interprétée comme interdisant le recueil du consentement des époux par comparution à distance⁶¹. Dans d'autres hypothèses, l'exigence d'authenticité sera intégrée dans le domaine de la règle de conflit désignant la loi applicable au fond de l'acte juridique. C'est le cas de la reconnaissance volontaire de la filiation naturelle ou des actes relatifs à la protection des incapables en droit français, dont les intérêts substantiels en jeu justifient la soumission de leur validité formelle au statut personnel et non pas à la règle de conflit sur la forme⁶². Ces différentes situations illustrent la dissociation entre la *lex causæ* (désignée par la règle de conflit concernant la forme ou le fond de l'institution, selon le cas) et la *lex auctoris* organisant l'activité du notaire distant. D'où la nécessité de procéder à une analyse en termes d'équivalence entre l'acte authentique exigé par la première et celui ayant été dressé conformément à la seconde.

B. L'acte à distance et l'équivalence fonctionnelle avec l'acte authentique présentiel

Du point de vue de l'État d'accueil, l'efficacité de l'acte notarié à distance établi selon la *lex auctoris* étrangère est reconnue s'il répond

61. La question de la compatibilité de cette règle avec la réception à distance de l'acte authentique est controversée : voir Dorian Guillou, « Acte authentique électronique avec comparution à distance : le cas des conventions matrimoniales et partenariales » (2012) 24 La semaine juridique notariale et immobilière 498.

62. Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Remy, *Droit international privé*, 12^e éd, Paris, LGDJ, 2019, aux pp 563–564.

à la notion d'acte authentique de la loi régissant les effets invoqués. Là réside toute la difficulté, car si la notion d'authenticité était jusqu'à présent un acquis partagé par l'ensemble des États connaissant le notariat latin, les divergences de régulation autour de l'acte notarié à distance rompent l'uniformité existante. Une notion fragmentée de l'authenticité, soit quant au principe même de l'admissibilité de ce mode de réception des actes, soit quant aux exigences qui l'encadrent, introduit un risque de non-reconnaissance internationale de ses effets, également inédit. Si l'on prend l'exemple de la définition européenne de l'acte authentique, sans doute transposable au sein de la communauté d'États de tradition civiliste, deux conditions sont requises. L'authenticité doit porter sur la signature et le contenu de l'acte authentique, et doit avoir été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à le faire par l'État membre d'origine⁶³. Si la deuxième condition n'est pas en apparence directement concernée par la procédure à distance, le statut du notaire ne subissant aucune altération, la première peut pourtant susciter des controverses, l'objet même de l'authenticité étant mis à l'épreuve dans les rapports juridiques instrumentés en dehors de la présence physique du notaire. Le considérant 62 du Règlement « successions » précise que :

L'« authenticité » d'un acte authentique devrait être un concept autonome recouvrant des éléments tels que la véracité de l'acte, les exigences de forme qui lui sont applicables, les pouvoirs de l'autorité qui le dresse et *la procédure suivie pour le dresser*. Elle devrait également recouvrir les éléments factuels consignés dans l'acte authentique par l'autorité concernée, tels que le fait *que les parties indiquées ont comparu devant ladite autorité à la date indiquée et qu'elles ont fait les déclarations qui y sont mentionnées [...] [nos italiques]*⁶⁴.

63. Cette définition est reproduite de façon uniforme à l'article 2, § 1 c) du Règlement Bruxelles I bis, à l'article 3, § 1 i) du Règlement « successions », à l'article 3, § 1 c) du Règlement « régimes matrimoniaux », à l'article 3, § 1 d) du Règlement « partenariats enregistrés », et à l'article 2, § 2 d) du Règlement Bruxelles II ter. Le concept avait été introduit par la Cour de justice dans l'arrêt *Unibank*, affaire C-260/97, du 17 juin 1999. Ces éléments se retrouvent également incorporés dans le document élaboré par le groupe de travail « Acte authentique » de l'UINL, présidé par Enrique Brancós Núñez, « Étude sur la définition de l'acte notarial authentique et aspects économiques », à la p 2, en ligne : <www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-FR-Acte+Authent.%2BEcomom/b99d902f-dbf1-4206-b45b-57dbf37d6e98>.

64. Ce considérant est repris par les règlements « régimes matrimoniaux » et « partenariats enregistrés ».

Le domaine de l'équivalence concernant la notion d'authenticité porte, dès lors, sur l'autorité ayant dressé l'acte et sur la fonction qu'elle a exercée⁶⁵. La difficulté liée à la distance entre le notaire et les parties touche en premier lieu et de façon principale la fonction de l'autorité, c'est-à-dire les garanties que procure l'activité de vérification et de contrôle effectuée par le notaire, notamment quant à l'identité, la capacité des parties, la liberté et la qualité du consentement exprimé. Or, la comparution des parties devant le notaire faisant partie du noyau de l'authenticité⁶⁶, il s'impose de vérifier, au regard de la *lex auctoris*, que sa réception à distance a respecté les critères d'attribution matériels et territoriaux dont elle dépend, le cas échéant. Cette modalité peut, par conséquent, avoir une incidence sur la compétence de l'autorité, dès lors qu'elle n'est pas autorisée pour l'ensemble des actes juridiques ou qu'elle est limitée par des facteurs géographiques.

Ce contrôle de compétence aux fins de l'établissement de l'équivalence devant s'évaluer selon la *lex auctoris*, peut porter sur la matière (la réception à distance est-elle admise pour l'acte juridique instrumenté?) et sur le territoire (les parties ont-elles comparu depuis un État distinct de celui d'origine de l'acte? Si oui, était-il possible pour le notaire de recevoir leur consentement à distance?). Le renforcement de l'internationalité des rapports juridiques authentifiés par cette modalité, en raison de l'absence de restrictions quant à la présence des parties sur le territoire où le notaire exerce ses fonctions, peut engendrer une nouvelle problématique sur le plan de la compétence de l'autorité étrangère.

La régularité de la réception peut en effet être conditionnée par des règles impératives de la *lex auctoris* attribuant une compétence territoriale exclusive aux notaires sur certains actes juridiques en fonction de critères déterminés, telles la résidence des parties ou la situation de l'objet. Du point de vue des États qui établissent des compétences exclusives pour la réception de certains actes à distance, se pose la question de leur applicabilité aux situations impliquant des parties se trouvant en dehors du périmètre territorial national. Une règle de compétence exclusive devant être respectée dans les rapports internationaux ferait obstacle à la reconnaissance de l'acte notarié à distance

65. Pamboukis, *supra* note 60 au para 69; Bonnet et Vincent, *supra* note 55 au para 5.

66. Aux fins de l'équivalence, « le noyau de l'acte authentique, réception et fonction de l'autorité, est déterminant » (Goré, *supra* note 60 à la p 27).

dressé par un notaire étranger et portant sur une matière relevant de ce régime impératif.

Le cas brésilien est illustratif à cet égard. Le *Provimento n° 100, du 26 mai 2020* du Corregedor Nacional de Justiça, qui uniformise le cadre juridique applicable à l'acte électronique à distance, introduit des dérogations au principe du libre choix du notaire consacré à l'article 8 de la *Loi 8.935/94 du 18 novembre 1994 (Lei dos cartórios)*, en établissant des restrictions à la compétence territoriale du notaire. Trois types d'actes à distance sont visés par le régime impératif des compétences exclusives : 1) les actes relatifs à l'acquisition de droits réels immobiliers, pour lesquels a compétence le notaire appartenant soit à la circonscription territoriale où l'immeuble est situé, soit à celle du domicile de l'acquéreur ; 2) les actes dont l'objet consiste en la constatation de faits juridiques, lesquels ne pourront être dressés que par le notaire de la circonscription territoriale où a lieu le fait constaté ou, à défaut, celui correspondant au domicile du requérant ; 3) les procurations, à l'égard desquelles a compétence le notaire de la circonscription territoriale du domicile du mandant ou, dans le cas des procurations portant sur des immeubles, celui relevant de la circonscription de situation de l'immeuble (arts 19–20).

Selon une interprétation qui trouve son fondement dans l'un des considérants du *Provimento*, la finalité de ces limitations territoriales est d'éviter la concurrence « *predatória* » entre les notaires. Elles chercheraient en plus à préserver le système d'accès à la fonction en interdisant l'extension illégale de la compétence contraire aux règles du concours public. Cet objectif ne serait nullement mis en cause par la comparution à distance, devant un notaire brésilien, de personnes se trouvant à l'étranger. Ces situations transfrontalières ne faisant pas l'objet des règles de compétence exclusive, elles tomberaient sous l'emprise du principe général du libre choix du notaire⁶⁷. Au-delà de l'objectif de promouvoir l'ouverture du service notarié à distance aux expatriés ainsi qu'aux citoyens étrangers ayant des intérêts à faire valoir au Brésil, face à la tendance constatée dans la pratique brésilienne de refuser la réception des actes à distance aux citoyens brésiliens domiciliés à l'étranger, force est d'admettre que ce même fondement peut

67. Gustavo Bandeira, « A Competência Para Lavratura do Ato Notarial Eletrônico Envolvendo Brasileiros Expatriados e Estrangeiros », 1^{er} décembre 2020, en ligne : <8oficio.com.br/noticias/artigos/a-competencia-para-lavratura-do-ato-notarial-eletronico-envolvendo-brasileiros-expatriados-e-estrangeiros/>.

être invoqué pour neutraliser le fonctionnement des règles de compétence exclusive dans les situations internationales, en présence d'actes à distance passés en dehors du Brésil. À moins de règle expresse, la libéralisation de la compétence à l'interne se projetterait sur le plan international, ce qui empêcherait de soulever une règle de compétence exclusive intra-brésilienne comme motif de non-reconnaissance de l'acte notarié étranger conclu à distance par une partie ou par toutes les parties hors du Brésil dans les matières mentionnées. La question est controversée et il serait prudent d'attendre que ces conclusions soient entérinées par les instances brésiliennes avant de dresser à distance un acte ayant pour objet un bien immobilier situé au Brésil, un fait s'y étant produit ou une procuration destinée à y déployer ses effets.

Outre le contrôle du statut et de la compétence de l'autorité pour recevoir l'acte en question, le domaine de l'équivalence couvre en deuxième lieu les fonctions exercées par son auteur. Ce n'est que si l'intervention du notaire étranger offre des garanties équivalentes à celles exigées par la loi applicable que l'acte en cause se verra reconnaître dans le pays d'accueil les effets dérivés de l'authenticité⁶⁸. Dans la mesure où l'État dont relève la loi applicable a choisi de ne pas autoriser l'acte électronique à distance ou de l'autoriser dans des conditions plus restrictives que celles imposées par l'État d'origine, le doute est légitime quant à la reconnaissance de la valeur authentique du document et, donc, quant à l'aptitude de l'acte à distance à circuler dans un contexte transfrontalier. En l'absence d'un accord international avec le pays d'origine ou d'une réglementation supranationale uniforme, comme celle existant dans l'espace juridique européen, il est raisonnable d'envisager qu'un pays doté de l'infrastructure technologique nécessaire à la réalisation de l'acte notarié à distance, mais qui s'est abstenu de le faire malgré les conséquences néfastes de la crise sanitaire sur la prestation du service notarial, ne tiendra pas pour équivalent à l'acte authentique national un acte notarié étranger avec comparution à distance. À l'heure actuelle, le risque d'échec de l'équivalence qui vient d'être exposé s'étendrait à la plupart des États de notariat latin, car seule une infime proportion d'entre eux a fait le pas dans cette direction et, encore dans ces quelques cas, il n'a été admis que de façon exceptionnelle et transitoire.

68. Bonnet et Vincent, *supra* note 55 au para 6.

La deuxième situation évoquée ci-dessus concerne l'efficacité de l'acte à distance étranger dans le territoire des pays qui, dans un souci de compatibilité avec les postulats essentiels du notariat latin, ont rigoureusement encadré cette modalité de réception. On peut penser à l'imposition de certaines exigences techniques conditionnant la réception à distance des actes authentiques qui ne trouveraient pas de parallèle dans le pays d'origine de l'acte, par exemple, l'utilisation d'une plateforme unique sécurisée sous le contrôle du notariat pour la communication avec le comparant et pour l'échange des documents, la prohibition d'utiliser certaines solutions de visioconférence estimées peu fiables, le recours à des moyens d'identification électroniques, y compris la signature électronique de niveau qualifié, le caractère non interrompu de la connexion pendant la séance de visioconférence, etc. Une difficulté supplémentaire peut se poser à l'égard des conditions dans lesquelles les actes électroniques sont hébergés. Par exemple, un hébergement confié à de multiples fournisseurs externes non contrôlés par l'ordre professionnel serait de nature à soulever des réticences quant à l'authenticité de la copie au sein des États prévoyant une solution d'hébergement centralisée sous la responsabilité du notariat. L'échec du test d'« équivalence technologique » conduirait au refus de l'authenticité à l'acte en cause et, par conséquent, à son inefficacité sur le territoire étranger. La « faiblesse » de l'acte notarié à distance ainsi considéré le condamnerait, dans l'état actuel du droit, à un destin incertain. Si, à présent, « la recherche de l'équivalence est *a fortiori* maintenue à l'égard des États non européens connaissant le notariat latin »⁶⁹, une rupture de la cohésion du régime favorable à la circulation internationale de celui-ci face à l'acte électronique à distance est à craindre, au moins jusqu'à ce qu'un consensus ne soit trouvé quant à l'admissibilité de son authenticité au sein du notariat latin. Cette uniformité pourrait être obtenue par une convention multilatérale établissant un encadrement minimal des conditions nécessaires à la reconnaissance de l'authenticité dématérialisée.

CONCLUSION

Le portrait comparatif que nous avons dressé démontre que l'adoption de l'acte électronique à distance a répondu à la nécessité de

69. Gilles Bonnet et Delphine Vincent, « Les actes solennels dans l'espace international. Guide pratique de la recherche de l'équivalence » (2015) 18 La semaine juridique immobilière et notariale 1145 au para 12.

concilier la continuité de l'activité notariale avec l'impératif de protection de la population contre la COVID-19. Sur un peu plus d'une centaine d'États de tradition notariale latine, seuls quelques-uns ont entrepris ce virage. Sur ce nombre réduit d'États, la plupart ont limité son utilisation à la période d'émergence sanitaire, ce qui peut laisser entendre que la comparution à distance n'a été conçue que comme une solution transitoire qui trouve sa justification dans ce contexte exceptionnel de pandémie. Or, ce constat objectif ne doit pas tromper. La survie de l'acte électronique avec comparution à distance au-delà de la crise sanitaire ne surprendra personne. Cette solution souple a les vertus de répondre aux besoins d'immédiateté, de commodité et de mobilité d'une clientèle habituée à régler ses intérêts de façon simple et efficace en ligne, des habitudes déjà installées au sein d'une grande partie de la population et exacerbées par l'expérience du confinement. Le caractère transitoire de l'acte électronique à distance a permis de tester son utilité, mais aussi ses défaillances sur le plan de la sécurité juridique. La place minimale que quelques États lui ont réservée, en le limitant aux procurations authentiques, cache, dans certains cas, une réelle volonté politique de profiter d'un temps d'expérimentation en vue de lui consacrer un statut définitif dans la législation. Malgré le nombre insignifiant d'États ayant incorporé cette modalité de réception des actes notariés, son irruption dans le système du notariat latin a un effet capital pour la communauté d'États y appartenant. Cette résonance est due au bouleversement des principes fondamentaux que la distance entre le notaire et les parties provoque. L'authenticité de l'acte, pivot du notariat latin, est confrontée à un débat existentiel sans précédent. Fondée depuis toujours sur le témoignage direct du notaire des faits qu'il a mission de constater *ex propriis sensibus*, l'interposition d'un écran entre le notaire et l'objet de son témoignage interpelle quant au fondement même de l'authenticité.

Le paradoxe doit être résolu par une réflexion conjointe des acteurs participant au processus de transformation technologique de la profession, nourrie par la contribution des praticiens et des chercheurs, qui prenne en compte les contradictions et sache leur donner des réponses satisfaisantes. Cette nécessité s'impose au sein de chaque État, à qui revient la décision de politique législative dans l'exercice de sa souveraineté, mais elle se fait particulièrement sentir sur le plan international, la famille du notariat latin se trouvant directement concernée par les divergences étatiques entre ses membres touchant la notion même d'authenticité des actes notariés. Outre les défis

internes à surmonter quant à la justification de l'authenticité des actes à distance, l'éclatement de la conception uniforme de l'acte authentique au sein du notariat latin menace la circulation internationale de ces actes. La présente étude a démontré que le débat autour de l'acte notarié à distance n'est pas la dispute entre la machine à écrire et l'ordinateur, entre le papier et le numérique. Une vision simpliste qui réduirait le phénomène à une question de modernisation de la profession ne saurait défendre l'authenticité dématérialisée contre les attaques raisonnées de ses adversaires. Si le changement opéré par l'acte à distance n'entraîne pas pour autant la remise en question du statut du notaire ou des attributs de l'acte, le maintien du très haut privilège que le législateur confère à celui-ci oblige à s'interroger sur le fondement de l'équivalence des interventions notariales présentes et à distance. C'est par ces réflexions que nous concluons, afin qu'elles soient approfondies par les professionnels et les chercheurs, dans l'espoir que l'authenticité de l'acte notarié et la sécurité juridique sortiront renforcées à la fin de cette crise mondiale qui a déjà laissé sa marque, immatérielle mais incontestable, sur le notariat.