

Entretien

ACTE AUTHENTIQUE

1004

« On aura toujours besoin d'une autorité de vérification, dont le travail permet aux parties et aux tiers de s'appuyer sur ce qui est écrit dans l'acte »

Entretien avec Laurent Aynès

Le rapport sur « l'authenticité », présenté par le professeur Laurent Aynès à la demande de Jean Tarrade, président du Conseil supérieur du notariat, a été rendu public le 25 septembre dernier. Le professeur analyse pour nous les lignes de force de ce travail très fouillé, produit avec les membres de l'équipe de réflexion dont il s'est entouré.

La Semaine Juridique : Pouvez-vous nous présenter ce travail sur l'authenticité, comment y avez-vous travaillé ?

Laurent Aynès : Le président du CSN, Jean Tarrade, m'a confié la mission scientifique de réfléchir à l'authenticité. Pour y travailler, j'ai rassemblé une équipe autour de moi, sans idée de représenter des intérêts professionnels, ou le monde universitaire. C'est une différence avec la composition de la Commission *Darros*, dont le but était de réfléchir aux professions juridiques.

Yves Gaudemet a ainsi représenté la dimension publique de notre thème d'étude, Claude Brenner, le droit privé à travers le droit judiciaire, les voies d'exécution... Laurent Pfister est intervenu comme historien du droit et Arnaud Raynouard au titre de ses travaux sur l'acte authentique électronique et les aspects économiques. John Cartwright nous a fait partager son regard de juriste de *common law*. La présence d'un philosophe, Roger-Pol Droit, a permis de mettre en relation la notion d'authenticité avec les besoins de la société et la notion commune d'authenticité. Stuart Stephenson, directeur du Cridon de Paris, a soutenu nos travaux, notamment sur la profession. Enfin, Charles Gijssbers a accepté d'être notre rapporteur.

La Semaine Juridique : Vous n'avez donc pas fait appel à des sociologues ou des économistes ?

Laurent Aynès : Nous avons l'intention de le faire au départ. Il est toutefois vite apparu que les aspects économiques étaient difficilement calculables. On dis-



Laurent Aynès est professeur de droit privé à l'université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, avocat à la cour. Il est membre du conseil d'administration de l'Association Capitant. Il a été membre de la commission *Darros* et de celle de réforme des sûretés, membre du groupe de travail sur la réforme du droit des contrats (groupe Terré).

pose de nombreux chiffres relatifs aux actes notariés, mais comment évaluer les conséquences juridiques d'un système qui connaît l'authenticité, par rapport à celui qui ne le connaît pas ? L'acte authentique présente un coût, certes, mais il offre la sécurité. On manque en fait de données pour faire un travail sérieux, il est également difficile de quantifier certains paramètres sur une longue période... Enfin, la question

posée n'était pas de savoir s'il fallait garder l'authenticité !

La Semaine Juridique : « Authenticité », justement : comment la définir ?

Laurent Aynès : C'est le Code civil qui définit l'acte authentique, à propos de la preuve. L'article 1317 dispose en effet : « *l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises* ». La doctrine française s'est fondée sur ce texte mettant en avant la force probante ; elle a été en quelque sorte déformée par cela... En fait, la mise en œuvre de cet aspect est très rare et ne constitue pas l'avantage principal de l'acte authentique aujourd'hui. De la même manière, les actes sous seing privé sont rarement mis en cause sur ce point. Il convient plutôt de défendre l'intérêt de l'acte authentique sur le terrain de la sécurité qu'il offre, d'où découle pour certains d'entre eux la force exécutoire, en coordination avec les dispositions de la loi du 9 septembre 1991.

La décision *Unibank* rendue le 17 juin 1999 par la Cour de justice de la communauté européenne - CJCE - a statué sur la question de l'effet exécutoire d'un acte dans un autre état que celui où il a été établi. Elle a insisté sur les trois éléments fondamentaux constitutifs de l'acte authentique : d'une part, il doit émaner d'une autorité publique ; d'autre part, l'authenticité doit porter sur le contenu de l'acte et pas seulement sur la signature ; enfin, il doit être directement exécutoire dans le pays où il a été établi.

L'important est donc l'aptitude à exécuter l'acte, sans avoir recours aux tribunaux.

Autre chose essentielle : la question de la date ! L'antidate est la hantise des tiers au contrat. Dans de nombreuses situations, la date est fondamentale, qu'il s'agisse de l'état civil, des déclarations, de la reconnaissance... Là réside l'infériorité réelle des actes sous seing privé, qui selon l'article 1328 du Code civil n'ont « *date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire* ». L'acte authentique a date certaine par lui-même. L'acte contresigné par avocat, quant à lui, ne peut avoir date certaine : un professionnel libéral qui agit

dans l'intérêt de ses clients ne peut pas poser date certaine.

La Semaine Juridique : Ces distinctions proviennent de l'histoire de l'authenticité, à laquelle une grande partie du rapport est consacrée, pourquoi ?

Laurent Aynès : C'est un paradoxe : notre système est d'inspiration romaine, or, la notion d'authenticité n'existait pas en droit romain ! La hiérarchie des preuves y était pratiquement inconnue - tout comme aujourd'hui, d'ailleurs, dans le système de *common law*, qui en est l'héritier sur ce point. Il existait des scribes, dont la mission consistait à dresser des textes juridiques, mais ce qui manquait était le système d'authenticité, autrement dit, le fait d'être dressé par tel personnage et d'avoir une valeur incontestable... L'authenticité est apparue en Europe aux XI^e et XII^e siècles, au regard des besoins de la pratique. Pour les actes graves, déjà en droit romain, on pratiquait l'insinuation : on refaisait l'acte devant un juge, l'important étant alors le jugement. Puis en Italie et dans le sud de la France, sont apparus des notaires, investis par les princes locaux qui leur ont confié la mis-

L'important est donc l'aptitude à exécuter l'acte, sans avoir recours aux tribunaux.

sion d'établir des actes publics. De là, vient le fait que l'authenticité a le même sens qu'acte public. Par ailleurs, dans le nord de la France, des tabellions - juristes attachés à une juridiction - prenaient des notes lors des procès, permettant la rédaction des jugements. Peu à peu, lorsqu'il n'y avait pas procès, il a été demandé au tabellion de dresser l'acte : sous l'autorité du juge et avec le sceau de ce dernier, c'était une façon de dire le droit dans les rapports non contentieux. L'apport de la pratique doit être particulièrement souligné ici...

Puis est survenue la décrétale d'Alexandre III de 1167-1169, selon laquelle l'authenticité d'un écrit dépend soit de l'intervention de la « main publique », soit de l'apposition d'un « sceau authentique ». L'acte public est fabriqué par une personne publique qui utilise le sceau, dans les rapports privés. Ensuite est venue la force exécutoire, identique à la force d'un jugement, donnée à cet acte. Ainsi s'est forgée l'idée d'une œuvre de justice dans les rapports

privés non contentieux. Cujas a pu évoquer le travail des « magistrats de l'amiable » : une autorité indépendante donne force exécutoire à ces actes d'essence judiciaire. Ceci a été relevé en particulier par John Cartwright : pour un anglais, il est inconcevable que la force exécutoire soit donnée à quelque chose d'autre qu'un jugement. C'est d'ailleurs ce qui pose problème pour les projets européens en la matière...

La Semaine Juridique : Ceci explique que les pays de *common law* ignorent l'acte authentique ?

Laurent Aynès : John Cartwright l'a souligné. Il faut distinguer les *public matter* et le reste, qui est privé, et auquel l'État ne prête pas la main : ce sont les *private matter*. En matière de hiérarchie des preuves, le juge est libre de décider. À l'inverse, dans notre système de droit continental, le juge plie devant la loi. Le système est différent. Prenons par exemple l'état civil : les fonctionnaires anglais vont enregistrer

Verbatim de Roger-Pol Droit, philosophe



« Le besoin d'authenticité est universel. Il a partie liée avec la fuite du temps, l'érosion de la mémoire, la disparition des témoins. Contre cet effacement des traces s'impose la recherche

de point fixe. L'authentification implique des procédures de certification, destinées à combattre non seulement l'usure du temps et l'oubli, mais aussi les tentatives de fraude, les ruses par lesquelles on tente de tromper sur la réalité d'un produit ou d'une œuvre.

Dans ce besoin universel, trois traits paraissent à souligner. Le premier est général : il existe une exigence d'authentification dans toute société humaine. La chasse au faux, à l'imposture, au semblant, a pris au cours de l'histoire des formes multiples, dont on retrouve la présence aussi bien chez les Amérindiens que dans la Chine ou l'Inde anciennes.

Le second trait est l'omniprésence de la nécessité de produire « la trace du vrai », les marques probantes d'un accord. Cette tâche n'a cessé de travailler les cultures humaines. Qu'on songe par exemple au *symbolos* des Grecs, ce tesson d'argile dont chacune des deux parties gardait une moitié afin d'authentifier un envoyé porteur de la bonne moitié, dont la coïncidence avec la partie conservée permettait d'authentifier la fiabilité.

Le troisième trait est celui d'une lutte contre l'oubli, l'effacement des traces, leur altération volontaire ou involontaire. Ce qui est authentique conserve les « traces du vrai », permet de s'y référer en se reportant à cette archive pour trancher des différends ou pour (r)établir des vérités. Il n'y a donc pas seulement dans l'authentique le pouvoir d'une discrimination entre des allégations vraies ou fausses, il y a aussi - les deux sont profondément liés -, une lutte permanente contre la corrosion de la mémoire, le travail de l'oubli, l'usure de la transmission. Il n'est donc pas excessif de dire que l'authenticité s'oppose à l'entropie de la mémoire.

Car la vérité est en quelque sorte menacée par l'écoulement du temps. La bonne coïncidence entre un original et ses copies est soumise à érosion, si l'on ne met pas en place les moyens de la maintenir et de la garantir.

À côté de ce besoin universel existe un besoin d'authenticité plus spécifiquement moderne, voire « post-moderne ». Il concerne aussi bien la consommation de produits alimentaires, de lieux touristiques que de spectacles culturels. La publicité faite aux produits « authentiques », le souci de préserver ou de retrouver une « authenticité » indique le désir des consommateurs pour tout ce qui semble garantir d'une permanence, d'une tradition conservée. Contre l'artificialisation générale de l'exis-

tence, on cherche à retrouver « le goût de l'authentique ».

Produits, lieux et comportements « authentiques » se préserveraient donc des transformations et des artifices susceptibles de les dénaturer. Les mesures prises sont censées maintenir des procédés de fabrication, des tours de main, des saveurs menacés de disparition. Pour les préserver, s'organisent des séries de contrôles, de codifications et de labels destinés à authentifier les provenances et à certifier les produits.

L'authenticité n'est donc jamais brute, simplement donnée, mais toujours construite - pour être conservée, formellement attestée. Elle ne s'apparente donc pas à une vérité originaire mais relève au contraire d'une procédure qui établit, norme et donc « fabrique » ce qui sera désormais, après coup, proclamé « authentique », à quoi on pourra se référer.

Dans ce contexte, quelle est la principale singularité de l'authenticité juridique ? Son caractère opératoire et pratique. Sa facticité l'inscrit indiscutablement dans un besoin de certitude intensifié par le temps présent, marqué par l'incertitude, le règne de l'éphémère, l'obsolescence rapide des repères. Dans ce contexte, les individus souhaitent plus que jamais une sécurité juridique des temps essentiels de leur existence. C'est pourquoi l'acte authentique semble avoir de beaux jours devant lui.

Pour un Anglais, il est inconcevable que la force exécutoire soit donnée à quelque chose d'autre qu'un jugement

ce qu'on leur dit ; en France, en revanche, l'acte est le résultat d'une vérification. Il ne s'agit pas seulement d'une déclaration, et c'est la même chose pour la célébration du mariage. Ceci est en revanche inconcevable en Angleterre...

La Semaine Juridique : Cela tient aussi au statut d'officier public ?

Laurent Aynès : Les officiers publics sont institués par l'État, par le garde des Sceaux très précisément. Ils participent au service public de la justice par le service public de l'authentification. Leur position est radicalement différente de celle de l'avocat, qui constitue une profession libérale. Le notaire, comme l'huissier de justice ou d'autres dépositaires de l'autorité de l'État, ne peut pas refuser de prêter son ministère. Il peut être soumis, à tout moment, à une inspection impromptue du procureur de la république. Fondamentalement, l'officier public n'est pas un professionnel libéral, du fait de ce phénomène d'autorité et de la disposition de la main publique. Mais il n'est pas non plus un fonctionnaire, en raison de son indépendance fonctionnelle ; ce pourquoi il est rémunéré par les parties.

La Semaine Juridique : On en revient ici à la notion d'authenticité ?

Laurent Aynès : En effet, c'est une force donnée, qui ressemble à un pouvoir... Traditionnellement, les auteurs, notamment Planiol et Flour, évoquaient un « témoignage privilégié ». Cette définition est toutefois insuffisante : qu'on prenne l'exemple de l'acte de vente, ou l'acte de mariage, il n'y a pas seulement une déclaration. Il y a un cérémonial, et la vérification que certaines conditions sont réunies. D'où la proposition de définition suivante que nous avons formulée, et qui vaut pour tout acte authentique : il s'agit d'un acte instrumentaire, dressé, vérifié, et conservé par l'autorité publique. Il y a un contrôle de la légalité. Or, l'État a un grand intérêt à ce que ces vérifications soient faites - prenons l'exemple de la vente avec la réglementation sur les termites, le plomb... L'officier

public est en fait chargé de l'application des règles de droit, il a un rôle d'autorité juridique, d'où son indépendance vis-à-vis des parties ; c'est là une différence avec l'avocat dont la mission principale est de défendre l'intérêt de ses clients. L'Union européenne s'intéresse d'ailleurs à l'acte authentique et le promeut car les règles juridiques sont nombreuses et il est intéressant d'avoir la garantie de l'effectivité de l'application de la règle de droit.

La Semaine Juridique : De l'application de la règle de droit à la confection de l'acte, pouvez-vous revenir sur la qualification des annexes des actes notariés, notamment des procurations ?

Laurent Aynès : La Cour de cassation en chambre mixte le 21 décembre 2012 a tranché dans le bon sens : l'annexe n'est pas une condition de l'authenticité de l'acte. Ce dernier reste donc exécutoire et les saisies immobilières réalisées sur le bien ne sont pas remises en cause. À partir du moment où le rôle de l'officier public est de vérifier la légalité de l'acte, il vérifie ce qui concerne les parties et l'efficacité de la procuration. Sinon il a manqué à son devoir. L'annexion de la procuration ne peut pas être nécessaire à l'authenticité de l'acte. Le décret du 26 novembre 1971 oblige à annexer la procuration, mais afin de pouvoir procéder à une vérification ultérieure de la validité ou de l'étendue de celle-ci, de preuve donc, et non pas pour l'authenticité de l'acte.

Tous les rédacteurs d'acte ont un devoir de conseil. Le rédacteur de l'acte authentique doit en outre vérifier la légalité de l'acte : il ne peut recevoir un acte qui porte atteinte aux droits des tiers - je pense par exemple à un pacte de préférence... Le contrôle de la légalité diffère du devoir de conseil.

La Semaine Juridique : Quel regard portez-vous sur l'adoption du modèle de l'acte authentique dans des pays dont ce n'était pas la tradition juridique ?

Laurent Aynès : En Europe centrale, etc., le système est celui de la *civil law* et les



Le rapport sur l'authenticité établi sous la direction de Laurent Aynès a été adressé à tous les notaires de France. Il comporte trois parties : « sur les traces de l'authenticité », « comprendre l'authenticité »

et « avenir de l'acte authentique ».

Suivent les contributions de John Cartwright et de Roger-Pol Droit.

Cet ouvrage est publié à la Documentation française, au prix de 14 euros.

nouvelles législations vont toujours dans son sens. Dans ces systèmes, on considère que la loi écrite, promulguée, régit les relations entre les personnes. Le juge doit appliquer la loi. Dans les systèmes de *common law* en revanche, le juge découvre la règle de droit et l'énonce...

Les États en Europe se déchargent de l'application effective de la règle de droit dans les rapports privés sur un fonctionnaire ou un officier public, même s'ils n'ont pas toujours le même statut.

La Semaine Juridique : L'utilité sociale de l'acte authentique, que vous soulignez dans le rapport, permet d'être optimiste pour l'avenir de ce dernier. Pourquoi ?

Laurent Aynès : On pourrait imaginer que les notaires soient institués par une fédération et non par un État. L'autorité peut en effet changer. La forme de l'acte, également, peut changer, on le voit avec l'authenticité électronique. Mais on aura toujours besoin d'une autorité de vérification, dont le travail permet aux parties et aux tiers de s'appuyer sur ce qui est écrit dans l'acte. La multiplicité des informations fournies en temps réel rend nécessaire le renforcement de la certitude des informations. La sécurité juridique ne repose pas seulement sur la stabilité des règles de droit, mais également sur l'incontestabilité des situations (face à un décès, à des personnes mariées...). L'officier public est d'autant plus nécessaire que chaque individu a accès aujourd'hui à un grand nombre d'informations. Il assure des informations fiables, vérifiées et juridiquement efficaces.

PROPOS RECUEILLIS PAR CATHERINE LARÉE