

[...]

1. - (...)

1. L'acte notarié, acte probatoire

2. - L'acte notarié est une variété d'acte authentique. Or, l'acte authentique a une force probante particulièrement énergique. Cette force probante dont il faut prendre la véritable mesure trouve sa justification dans les exigences qui président à sa rédaction.

A. - Les exigences de rédaction

3. - L'article 1317 du Code civil qui figure dans une section intitulée « De la preuve littérale » définit l'acte authentique comme celui qui est reçu par un officier public avec les solennités requises. Notons que le texte ne dit pas que l'acte authentique est l'acte établi par un notaire, simplement parce que le Notariat constitue une catégorie d'officiers publics et que l'authenticité est aussi attachée aux actes - ou à certains des actes - accomplis par d'autres professionnels : juges (1), huissiers de justice (2), commissaires-priseurs... Mais pour notre propos, l'officier public désigne le notaire mais aussi, depuis 1971, le tandem *clerc habilité/notaire*.

4. - Les solennités requises sont celles qu'imposent la loi du 25 Ventôse an XI et, surtout, le décret du 26 novembre 1971. Aux exigences relatives à la rédaction des minutes s'ajoutent celles qui concernent les documents qui doivent être annexés (procurations, diagnostics divers) (3). Il résulte de ces exigences de rédaction que l'acte notarié est à la fois sûr et indigeste : souvent difficile à lire et à comprendre parce que la langue juridique est vieillotte et que les termes notariaux ne sont pas les plus modernes du vocabulaire juridique. Même s'il ne s'agit pas d'actes qu'on lit et relit, peut-être pourrait-on envisager une sorte de résumé en tête de l'acte qui en rappellerait les dispositions essentielles ?

5. - Les irrégularités dans la confection des actes peuvent être sanctionnées par la nullité, si du moins cette sanction est prévue par les textes (V. D. 1971, art. 41 (4)). Il faut écarter l'idée que toute irrégularité doit nécessairement être sanctionnée par la nullité (5) et s'en tenir aux textes qui sont assez rigoureux.

L'annulation de l'acte ne débouche d'ailleurs pas toujours sur son anéantissement s'il est signé de toutes les parties (6), l'acte irrégulier peut être « sauvé » par une disqualification en acte sous seing privé (C. civ., art. 1318. - D. 1971, art. 41 préc.). Encore faut-il que la cause de nullité soit véritablement une irrégularité de forme : « un acte notarié ne vaut comme écriture privée, sous réserve des dispositions prévues par l'article 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, que si le vice de forme invoqué lui a fait perdre son caractère authentique; qu'ayant constaté que l'acte litigieux avait été déclaré faux par jugement, au motif que la mention aux termes de laquelle le consentement de l'épouse avait été donné le jour de la signature, ajoutée postérieurement sur la minute, était fautive, la cour d'appel a exactement retenu que ce vice ne constituait pas un simple défaut de forme privant l'acte notarié de son caractère authentique et que l'acte ne pouvait valoir comme écriture privée pour la preuve du cautionnement » (7).

6. - Même si l'acte ne remplit pas les conditions requises pour une requalification en acte sous seing privé, il peut n'être pas totalement dépourvu de valeur probatoire, ainsi que l'illustre un arrêt annulant un acte de prêt qui ne comportait pas la signature du prêteur : « si l'inobservation des dispositions de l'article 11 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 entraîne, en application

de l'article 23 dudit décret, la nullité de l'acte instrumentaire considéré comme moyen de preuve, cette nullité ne s'étend pas à l'acte juridique dont il constitue le support; que la cour d'appel, après avoir retenu, à bon droit, que l'acte, signé par M. X... seul, constituait un commencement de preuve par écrit du prêt allégué, susceptible d'être complété par des éléments extrinsèques » (8).

Je n'insiste pas davantage sur ces exigences de rédaction et je passe sur le dépôt d'un acte au rang des minutes dont on vous parlera ultérieurement.

## B. - La force probante

7. - Pour expliquer la force probante de l'acte authentique, le mieux est de partir de l'article 1322 du code civil (9). Ce choix d'un texte qui confère à l'acte sous seing privé la même force probante que celle de l'acte authentique pourra sembler déroutant tellement la supériorité probatoire de l'acte authentique est communément affirmée comme une évidence. Pourtant, l'examen des conditions requises pour que l'acte sous seing privé ait la même « foi » que l'acte authentique permet de comprendre où réside 'la supériorité de l'acte authentique.

8. - L'acte sous seing privé tire sa force probante de la seule signature des parties. Or, rien ne permet de dire avec certitude, lorsque l'on est en présence d'un acte sous seing privé, que la signature qui y figure est celle des personnes qui y sont désignées. Aussi, pour que l'acte fasse preuve, chaque partie doit reconnaître la signature pour sienne, le plus souvent de manière implicite en ne soulevant pas de contestation. Mais, si l'une d'elles dénie sa signature, le juge procédera à une vérification d'écritures. Si cette vérification établit que l'acte a bien été signé par celui à qui il est opposé, il sera « légalement tenu pour reconnu » selon l'expression du Code civil.

9. - Apparaît ici une première supériorité de l'acte authentique. Parce qu'il a été établi par un officier public dans des formes qui s'extériorisent, il fait preuve de son existence et l'intervention du notaire suffit à établir que l'acte a été signé par les personnes qui sont désignées (10). Cependant, si l'on observe que l'acte contresigné par un avocat dispense aussi de la reconnaissance de la signature, il est raisonnable d'admettre que la solution ne trouve pas son fondement dans la qualité d'officier public du rédacteur de l'acte mais dans le fait que ce rédacteur a l'obligation de vérifier l'identité des signataires.

10. - Où trouver alors la différence entre acte sous seing privé et acte authentique? Elle tient au fait que l'on attache une force probante plus énergique à certaines des énonciations que contient l'acte authentique, celles qui relatent des faits personnellement constatés par le notaire (11). En raison de la qualité de la personne qui a relaté les faits, la preuve contraire ne peut être administrée que par le moyen de la procédure d'inscription de faux (L. 25 Ventôse an XI, art. 19. - C. civ., art. 1319), sans oublier que la confiance particulière que suscite un officier public appelle des sanctions plus sévères lorsque cette confiance est trompée, le faux en écritures publiques étant puni d'une peine de réclusion criminelle pouvant aller jusqu'à quinze ans et d'une amende de 225000 euros (c. pén., art. 441-4).

11. - Cette distinction des énonciations des faits constatés par le notaire lui-même et des énonciations qu'il se borne à rapporter est essentielle. Elle seule permet de comprendre le rapprochement qu'opère l'article 1322 entre les deux types d'écrits authentique et sous seing privé, alors même que l'acte sous seing privé exclut toute intervention d'un officier public. Ainsi, une procédure d'inscription de faux est nécessaire pour contester la date apposée sur l'acte (12) ou l'énoncé des déclarations des parties telles que l'acte les relate. Cependant, pour ces dernières, il faut encore distinguer l'exactitude de la relation de ce qu'ont dit les parties de la véracité de

cette déclaration. Dans le premier cas, si l'on veut contester la teneur de la déclaration, l'inscription de faux est nécessaire (13). Dans le second, l'énonciation vaut jusqu'à preuve contraire, ce qui nécessite en principe de recourir à un écrit puisqu'il s'agit de prouver contre un autre écrit (c. civ., art. 1341) (14), à moins que l'on ne se trouve dans un cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit (c. civ., art. 1348) ou qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit qui pourra être complété par des témoignages ou des présomptions (c. civ., art. 1347). Ainsi, l'épouse de l'emprunteur peut-elle prouver que l'emprunt qui lui a été consenti était, en réalité destiné à son mari sans recourir à une inscription de faux (15), comme un acquéreur peut établir qu'il a acheté pour le compte d'autrui (16). Même si l'acte désigne l'épouse comme emprunteur, le notaire ne peut savoir quelle a été l'ultime destination des fonds, ni que l'acte de vente a été passé pour le compte d'autrui.

12. - La différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé est donc loin d'être aussi considérable qu'on le dit d'habitude. Dans le Code civil, la preuve écrite est une preuve solide parce qu'elle ne peut en principe être détruite que par un autre écrit. Il faut donc, sur ce point, prendre avec la réserve qui s'impose les déclarations des professionnels : il est compréhensible que les notaires exaltent l'acte authentique pour marquer la différence avec l'écrit ordinaire et on voit bien que les jugements dépréciatifs portés par les avocats sur l'acte sous seing privé ont eu essentiellement pour but de laisser croire qu'il existait une place pour l'acte contresigné par un avocat. Mais, juridiquement, ces affirmations sont discutables.

13. - En revanche, le fait que l'acte soit établi par un officier public justifie que les constatations personnelles du notaire s'imposent aussi aux tiers. L'acte notarié a donc une date certaine à leur égard sans qu'aucune autre formalité soit nécessaire et ils ne pourraient la contester que par voie d'inscription de faux.

## 2. L'acte notarié, acte exécutoire

14. - L'article 19 de la loi du 25 Ventôse an XI proclame que « Tous actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue du Royaume. » Tous les actes dans lesquels une partie s'oblige - d'où le terme aujourd'hui un peu vieilli d'obligation notariée - peuvent donc donner lieu à l'établissement d'une copie exécutoire. L'acte notarié fait ainsi partie des actes sur le fondement desquels on peut procéder à des mesures d'exécution forcée (CPC ex., art. L. 113-4°). Dans ces conditions, on ne peut que s'étonner qu'il ait fallu aller jusqu'à la Cour de cassation pour rappeler qu'un notaire pouvait procéder au dépôt d'une transaction au rang de ses minutes et en délivrer une copie exécutoire (17).

Le Notariat ayant été institué « pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. » (L. 25 Ventôse an XI, art. 1er), on ne voit pas ce qui pouvait s'y opposer (18).

15. - Ce caractère exécutoire de l'acte notarié présente des avantages considérables. Le créancier qui se heurte à un défaut de paiement de son débiteur n'a pas besoin de saisir le juge pour obtenir un jugement de condamnation. Dans la pratique, la copie exécutoire tient une place essentielle dans le crédit immobilier. Les garanties immobilières - privilège de prêteur de deniers ou hypothèque conventionnelle - supposent l'intervention d'un notaire de sorte que les prêteurs bénéficient d'une copie exécutoire de l'acte de prêt. La très grande majorité des saisies immobilières sont mises en oeuvre avec ces titres exécutoires. La copie exécutoire peut être utilisée pour les autres mesures d'exécution forcée, à l'exception de l'expulsion qui ne peut être

entreprise que sur le fondement d'un titre délivré par le juge (CPC ex., art. L. 411).

16. - Certes, l'acte notarié n'est pas à l'abri d'une contestation soulevée par le débiteur (V. infra) mais la possibilité de recourir immédiatement à l'exécution forcée met le créancier en position favorable et l'initiative du procès pèse alors sur le débiteur. Bien que des contestations puissent être soulevées à tout moment, elles le sont, le plus souvent, après que le créancier a entrepris une procédure d'exécution. Durant une longue période, la Cour de cassation a interdit au juge de l'exécution de connaître des contestations portant sur le titre exécutoire qui servait de fondement aux poursuites. Cette solution, qui visait essentiellement l'acte notarié puisque l'autorité de chose jugée interdit de remettre en cause les décisions de justice, imposait un renvoi au juge ordinaire - tribunal de grande instance le plus souvent -. Elle a été abandonnée en 2009 (19) et, désormais, le juge de l'exécution peut statuer sur la validité d'un acte notarié. Les contestations peuvent porter aussi bien sur les irrégularités de l'acte notarié comme écrit (*instrumentum*) que sur sa validité comme acte juridique (*negotium*), ce qui nous amène au dernier point que je souhaitais aborder.

### 3. L'acte notarié, acte juridique

17. - « Rappelons quelques vérités, hélas trop souvent méconnues: le contrat notarié est aussi un contrat; qu'il soit revêtu de la formule exécutoire n'empêche pas qu'il procède d'abord d'une rencontre de volontés entre les parties, qui peut être contestée. » (20)

18. - L'acte notarié est, en effet, un acte juridique et un certain nombre de conséquences en découlent. Comme n'importe quel contrat (21), le contrat notarié peut susciter des litiges entre les contractants. Il ne faut pas y voir une faiblesse de l'acte notarié mais une conséquence de ce que l'activité juridique est placée sous le contrôle - éventuel il est vrai - des juridictions instituées. Tout au plus peut-on dire que mieux le contrat est rédigé, plus le risque de contentieux est réduit, mais qu'il est illusoire de croire que l'on peut l'éliminer. Il n'est pas utile d'insister davantage sur ce point, abordé plus haut.

19. - La Cour de cassation a, par un arrêt de chambre mixte du 26 mai 2006, déduit une autre conséquence de cette qualification : « la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance et (que) la circonstance que celle-ci soit constatée par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire n'a pas pour effet de modifier cette durée » (22). La solution retenue par la chambre mixte revient ainsi sur celle d'un arrêt de la deuxième chambre civile qui avait appliqué la prescription trentenaire à l'exécution d'un acte notarié parce qu'il constituait un titre exécutoire (23), alignant ainsi le régime de l'acte notarié sur celui du jugement. Cette solution, dont les conséquences pratiques étaient aussi préoccupantes que son fondement théorique était inexistant (24) est heureusement abandonnée et l'article L. 111-4 du Code des procédures civiles d'exécution qui prévoit une prescription portée à dix ans pour certains titres exécutoires (jugements français, décisions étrangères et sentences arbitrales revêtues de l'exequatur, accords rendus exécutoires par le juge (25)) en exclut les actes notariés.

20. - L'acte notarié est aussi un acte établi par un professionnel du droit. Il en résulte une sécurité plus grande pour les parties, proportionnelle à dire vrai à la qualité du professionnel lui-même. Sans entrer dans le détail du devoir de conseil, puisque le sujet sera abordé dans d'autres communications, l'intervention d'un professionnel qui encourt une responsabilité rigoureusement appréciée (26) est une garantie pour le client. L'existence de ce devoir de conseil justifie une dispense des mentions manuscrites qui sont exigées pour les actes sous seing privé (c. civ., art. 1326), plus spécialement en matière de cautionnement (c. consom., art. L. 313-7 et L. 313-8, L. 341-2 et L. 341-3). Puisqu'il s'agit d'attirer l'attention du débiteur sur l'existence et la portée de

son engagement, le conseil donné par un professionnel (27) est certainement plus efficace que la rédaction de la mention manuscrite (28).

21. - Telles sont les « forces et faiblesses » de l'acte notarié sous l'angle des seules règles juridiques: L'essentiel n'est sans doute pas là mais dans la qualité de ceux qui les mettent en oeuvre. [...]

Ph. Théry, L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses, J.C.P. (N), n° 23, 8 Juin 2012, 1249 (extrait)

(1) Une reconnaissance d'enfant naturel peut résulter d'une déclaration devant une juridiction. Dans un ordre d'idées différent, la Cour de cassation a admis la validité d'un cautionnement résultant d'une déclaration faite à l'audience : « en application de l'article 457 du nouveau Code de procédure civile, les mentions des jugements relatives aux déclarations faites par les parties devant le tribunal font foi jusqu'à inscription de faux et que le cautionnement consenti par acte authentique échappe aux prévisions de l'article 1326 du Code civil ; que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que M. X... , gérant de la société, s'est engagé en parfaite connaissance de cause devant le tribunal de commerce à régler la somme de 250 000 francs pour le cas où le plan ne serait pas exécuté et que le cautionnement peut résulter d'un engagement consigné dans un jugement » (Cass. com., 11 févr. 2004, n° 01-16.192 : JurisData n° 2004-022273 ; Bull. civ. 2004, IV, n° 26).

(2) Pour les actes dont la loi leur donne le monopole (significations par exemple).

(3) Sur quelques difficultés que soulèvent ces questions, V. L. Aynès, L'acte notarié et la procuration, D. 2012, p. 890. - Ph. Théry, Faut-il reproduire les annexes dans les copies exécutoires ? Bref rappel de la nécessité de distinguer entre un original et une copie : JCP G 2012, act. 471.

(4) « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux 1°, 2° et 3° (1er alinéa) de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, et aux articles 2 (actes concernant des parents ou alliés du notaire), 3 (parenté ou alliance entre les notaires ou avec les témoins), 4 (qualités requises pour être témoin), aux premier (signature des parties et du notaire) et dernier (déclaration que les parties ne savent pas signer) alinéas de l'article 10 et à l'article 26 du présent décret (nécessité de la minute, sauf brevets) est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée, sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. »

(5) V. en dernier lieu Cass. 1re civ., 22 mars 2011, n° 11-11.925 : JurisData n° 2012-004880 ; JCP N 2012, n° 13, act. 388.

(6) La signature est essentielle à la validité de l'acte sous seing privé.

(7) Cass. 1re civ., 21 févr. 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 85.

(8) Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 01-02.654 : JurisData n° 2003-020631 ; Bull. civ. 2003, I, n° 216.

(9) « L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que

l'acte authentique. »

(10) Ce qui n'exclut pas une contestation de l'acte si la personne qui a signé n'est pas celle qui est identifiée dans l'acte. Mais, on conçoit que, sans être impossible, cette fraude n'est pas fréquente.

(11) Cujus notitiam habet propriis sensibus selon la formule consacrée, c'est-à-dire ce dont le notaire a connaissance par ses constatations personnelles. Il faut que ces constatations entrent dans ses attributions. Ainsi, même si le notaire qui reçoit un testament authentique déclare que le testateur était « sain de corps et d'esprit », cette énonciation peut être librement discutée (Cass. 1re civ., 21 févr. 1898 : S. 1898, 1, 312).

(12) Comparer avec l'article 1328 du Code civil pour l'acte sous seing privé - même contresigné par un avocat.

(13) Cass. 3e civ., 7 févr. 2012, n° 11-12.006 : « ayant relevé qu'il était indiqué en page 2 de la copie du premier acte de prêt que la procuration donnée par le Crédit immobilier de France Rhône Alpes Auvergne était annexée à la minute de cet acte après mention (la cour d'appel en) déduit à bon droit que cette mention faisait foi jusqu'à inscription de faux »

(14) V. par exemple Cass. 1re civ., 4 nov. 2011, n° 10-27.035 : JurisData n° 2011-024374

(contestation par une banque d'une quittance délivrée par erreur à un emprunteur).

(15) Cass. 1re civ., 4 mars 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 79. - Cass. com., 19 nov. 2002: Bull. civ. 2002, IV, n° 174.

(16) Cass. com., 12 nov. 1974: Bull. civ. 1974, IV, n° 286.

(17) « Mais attendu que les dispositions de l'article 1441-4 du Code de procédure civile ne font pas obstacle à ce qu'une transaction soit reçue par un notaire et que celui-ci lui confère force exécutoire » (Cass. 2e civ., 21 oct. 2010 : JurisData n° 2010-018985 ; Bull. civ. 2010, II, n° 173).

(18) Le problème est venu, à tort, des dispositions de l'article 1441-4 du Code de procédure civile qui permet au juge de donner force exécutoire aux transactions conclues sous seing privé et d'un arrêt du 16 mai 2006 (JurisData n° 2006-033512 ; Bull. civ. 2006, I, n° 243) qui, mal interprété, pourrait laisser entendre que le juge serait seul à pouvoir donner force exécutoire aux transactions.

(19) Cass. 2e civ., 18 juin 2009 : Bull. civ. 2009, II, n° 165.

(20) Casso 2e civ., 18 juin 2009 préc. note (21) : Defrénois 2009, art. 39040, obs. R. Libchaber.

(21) L'observation est dépourvue de toute vue statistique.

(22) Cass. ch. mixte, 26 mai 2006: Bull. ch. mixte 2006, n° 3.

(23) Cass. 2e civ., 9 juin 2005 : JurisData n° 2005-028935 ; Bull. civ. 2005, II, n° 150.

(24) V. nos obs. au Defrénois 2006, art. 38317-3.

(25) Cette dernière catégorie ne se justifie d'ailleurs guère. Comme les actes notariés, il s'agit d'actes juridiques et non d'actes juridictionnels.

(26) Cette responsabilité est identique pour tous les professionnels du droit (V. P. Cassuto-Teytaud, La responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile: Rapport de la Cour de cassation 2002). Ainsi, la Cour de cassation, à quelques années d'intervalle, a-t-elle précisé les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité des notaires (Cass. 1re civ., 25 nov. 1997 : JurisData n° 1997-004796 ; Bull. civ. 1997, I, n° 328) et des avocats (Cass. 1re civ., 15 déc. 2011, n° 10-24.550 : JurisData n° 2011-028170) à travers une formule quasiment identique : « les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans qu'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit » // « les éventuels manquements de l'avocat à ses obligations professionnelles ne s'apprécient qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution postérieure du droit consécutive à un revirement de jurisprudence ».

(27) Comp. L. 31 déc. 1971, art. 66-3-3 issu L. 28 mars 2011.

(28) À l'origine, l'exclusion de cette mention dans les actes authentiques s'expliquait par une autre raison : cette mention qui figurait sur l'original unique remis au créancier devait éviter que l'écrit

fût altéré par une majoration de la somme due. Une telle crainte n'avait pas lieu d'être pour l'acte authentique dont la minute était conservée par le rédacteur.