

L'acte authentique, la copie exécutoire et le défaut d'annexion des procurations

Mustapha Mekki, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris XIII-Sorbonne Paris Cité, Directeur de l'IRDA

1 - L'acte notarié ou sa copie exécutoire, auquel ne sont pas annexées les procurations imposées par la loi et au sein duquel n'est pas non plus mentionné qu'elles auraient été déposées au rang des minutes du notaire rédacteur de l'acte, doit-il être disqualifié en simple acte sous seing privé et perdre ainsi et sa force probante renforcée et sa force exécutoire ?

2 - Par cinq arrêts du 7 juin 2012 de large diffusion (F+P+B+I+R), « tir groupé » qui en renforce la portée, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation prend, pour la première fois, une position tranchée sur l'efficacité de l'acte notarié et de la copie exécutoire lorsque la procuration n'a pas été annexée.

Au sein de ces cinq affaires, la situation était à peu près similaire. Des particuliers souhaitaient se porter acquéreurs de biens immobiliers financés par un crédit qui était censé être compensé par des avantages fiscaux et des revenus locatifs. Les actes de prêt avaient été passés devant notaire et, en l'absence des emprunteurs, ceux-ci avaient donné procuration pour la signature de l'acte, procurations non annexées aux actes de prêt. Les emprunteurs ayant cessé de rembourser les différents prêts, les créanciers ont mis en oeuvre des mesures d'exécution forcée, notamment des procédures de saisie immobilière à l'appui des titres exécutoires qu'ils détenaient.

Il appartenait aux magistrats de la Cour de cassation de répondre à la question de savoir si ces actes notariés, minutes ou copies exécutoires, étaient irréguliers en raison du défaut d'annexion des procurations et devaient de ce fait être disqualifiés en actes sous seing privé. Dans l'affirmative, l'ensemble des procédures d'exécution engagé deviendrait nul.

Dans ces cinq décisions, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation disqualifie l'acte notarié auquel n'est pas annexée la procuration. Aux termes des deux premiers arrêts, la Cour a jugé (n° 11-15.439 et 11-18.085 réunis ; n° 11-16.107), qu'en vertu de l'article 1318 du code civil, « *l'acte notarié qui ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 8, devenu 21, du décret du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, perd son caractère authentique* ». Les arrêts n° 11-15.112 et n° 11-15.440 apportent une précision supplémentaire en ce qu'il y est affirmé, à propos des copies exécutoires ne comportant pas en annexe les procurations, que la cour d'appel n'avait « *pas dit que les procurations devaient être annexées à la copie exécutoire* », laissant en quelque sorte la question en suspens. Enfin, la Cour de cassation (n° 11-17.759 et 11-19.022 réunis) clarifie un point controversé en jugeant que le dépôt au rang des minutes du notaire de l'acte notarié de vente auquel était annexée la procuration ne valait pas à l'égard du prêt dépôt au rang des minutes.

3 - Plus de doute sur la valeur de l'acte authentique : irrégulier, il est disqualifié et relégué au rang de simple acte sous seing privé ne pouvant pas servir de fondement à l'ensemble des procédures civiles d'exécution qui ont été engagées. La Cour de cassation prononce, sans hésitation, la disqualification de l'acte authentique en acte sous seing privé de façon catégorique (I). Malgré la rigueur juridique de la position ainsi adoptée, un malaise persiste sur les fondements d'une telle disqualification qui demeure problématique (II).

I - Une disqualification catégorique de l'acte notarié

4 - La Cour de cassation prend position tant sur la détermination de la sanction (A) que sur sa délimitation (B).

A - La détermination de la sanction

5 - Aux termes de l'article 21 (anc. art. 8) du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, modifié par le décret n° 2005-973 du 10 août 2005, « *l'acte notarié porte mention des documents qui lui sont annexés. Les procurations sont annexées à l'acte à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire rédacteur de l'acte. Dans ce cas, il est fait mention dans l'acte du dépôt de la procuration au rang des minutes* ». L'article 22 du même décret ajoute que « *lorsque l'acte est établi sur support papier, les pièces annexées à l'acte sont revêtues d'une mention constatant cette annexe et signée du notaire* ». S'agissant de l'annexe des procurations et de la mention constatant cette annexe, les articles précités n'envisagent aucune sanction et l'article 41 du décret, dans sa rédaction du 10 août 2005 (anc. art. 23), prévoit la nullité pour des cas n'intégrant pas la violation des articles 21 et 22 du même décret. C'est à la jurisprudence de la Cour de cassation qu'il appartenait de trancher.

6 - Certaines sanctions ont été très tôt, à bon escient, écartées par la Cour de cassation. Les formalités des articles 21 et 22 n'intéressent pas le *negotium* mais l'*instrumentum*. Ce faisant, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé, le 11 décembre 2008, que l'acte instrumenté par le notaire, le *negotium*, demeure valable et n'est pas entaché de nullité en cas de non-respect de l'article 21 du décret (1). Reste, cependant, l'hypothèse d'un acte solennel (donation, vente en l'état futur d'achèvement...). Car alors, si l'acte authentique, *instrumentum*, est disqualifié en acte sous seing privé, cela rejaillit nécessairement sur la validité du *negotium*. Aucune hésitation ne persiste non plus quant à la validité de la procuration elle-même. Selon un arrêt rendu en chambre mixte le 16 novembre 2007, la procuration, qui demeure un acte sous seing privé même lorsqu'elle est annexée à l'acte notarié, est valable, indépendamment de son annexion, dès lors que les conditions de validité propres à toute procuration sont respectées (2).

Le non-respect des articles 21 et 22 du décret reste donc sans effet sur le *negotium* et sur la procuration elle-même. La deuxième chambre civile confirme l'éviction de ces différentes sanctions et se concentre uniquement sur le sort de l'acte authentique, minute et copie exécutoire.

7 - La Cour de cassation était confrontée à une alternative. En premier lieu, elle pouvait considérer qu'aucune sanction n'a été prévue par les articles 21 et 22 du décret pour refuser que cette irrégularité puisse avoir la moindre incidence sur l'acte authentique qui conserverait alors sa force probante et sa force exécutoire. En second lieu, elle pouvait se livrer à une interprétation extensive de l'article 1318 du code civil pour considérer que l'acte authentique irrégulier, qui ne comportait pas en annexe les procurations lesquelles n'avaient pas non plus été déposées au rang des minutes du notaire, devrait être disqualifié en acte sous seing privé à la force probante moindre et auquel ferait défaut toute force exécutoire.

8 - La question n'avait, à vrai dire, avant les arrêts commentés, jamais été clairement tranchée par la Cour de cassation. Certes, il est souvent fait référence à un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 10 février 2011 qui a jugé, selon la présentation de certains auteurs, qu'un défaut d'annexion des procurations n'entraîne pas la disqualification de l'acte authentique (3). Cependant, cet arrêt concernait non pas un défaut d'annexion de la procuration à l'acte authentique (art. 21) mais une absence de mention d'une telle annexion à l'acte notarié (art. 22). En outre, il s'agissait d'un acte dont les feuilles et ses annexes étaient réunies par un « *procédé empêchant toute substitution ou addition* », hypothèse pour laquelle, selon les dispositions de l'article 14 dernier alinéa du décret modifié, il n'y a pas lieu d'apposer sur les annexes la mention prévue au premier alinéa de l'article 22 (4). Enfin, la question posée à la Cour de cassation ne portait pas sur l'applicabilité de l'article 1318 du code civil.

Un autre arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 22 mars 2012

avait, *a priori*, rejeté toute disqualification de l'acte authentique dépourvu d'une annexion des procurations (5) : « l'obligation pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire ». Cependant, la portée de cette décision a pu encore être discutée en raison du motif de cassation. La cour d'appel avait jugé, en s'inspirant de la distinction de droit processuel entre irrégularité substantielle et non substantielle, que l'annexion faisait partie des irrégularités substantielles pouvant entraîner la nullité indépendamment de tout texte. C'est cette inspiration processuelle qui a probablement été censurée par la Cour de cassation qui n'a pas eu ainsi à statuer formellement sur l'applicabilité de l'article 1318 du code civil. Malgré ces réserves, l'attendu demeure tout de même très clair en évinçant toute disqualification pour défaut d'annexion. En jugeant le contraire, les arrêts de la deuxième chambre civile pourraient constituer le point de départ d'une divergence jurisprudentielle (6).

Par ces cinq arrêts, la Cour de cassation a, en effet, rejeté les pourvois formés contre les différents arrêts de cours d'appel et a jugé « qu'il résulte de l'article 1318 du code civil que l'acte notarié qui ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 8, devenu 21, du décret du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, perd son caractère authentique [...] ». Par voie de conséquence, n'étant plus un titre exécutoire au sens de l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution, l'acte disqualifié ne permettait plus de délivrer immédiatement un commandement de payer aux fins de saisie immobilière ni de prendre une mesure conservatoire sur les biens immobiliers du débiteur. Une autorisation préalable du juge est dès lors nécessaire, selon les dispositions de l'article L. 511-2 du code des procédures civiles d'exécution.

9 - La Cour de cassation prend ainsi le parti d'une interprétation extensive de l'article 1318 du code civil, à l'instar de certains auteurs (7). Pour certains d'entre eux, il est inconcevable que l'article 21 du décret soit dépourvu de sanction. L'annexion des procurations est une formalité importante car, en son absence, « elle fait planer un sérieux doute sur l'identification des parties. Comment s'assurer que le mandant a bien donné son consentement si le pouvoir qu'il a pu confier n'est pas joint à l'acte principal » (8) ? Cet argument a manifestement séduit les magistrats de la Cour de cassation. L'annexion est une source d'information et remplit une fonction protectrice, ce qui a, en outre, amené la deuxième chambre civile de la Cour de cassation à juger que cette formalité devait être respectée à la fois lors de la rédaction de l'acte de vente et lors de la rédaction de l'acte de prêt. En d'autres termes, l'annexion de la procuration à l'acte de vente déposé au rang des minutes du notaire rédacteur de l'acte n'équivaut pas à un dépôt au rang des minutes du contrat de prêt lui-même. Les juges ont probablement fait leur l'argument selon lequel l'annexion des procurations aux actes de prêt instrumentés est aussi un moyen pour les prêteurs de connaître l'étendue des engagements qui ont été pris, à savoir les différentes acquisitions de leurs emprunteurs, et d'apprécier ainsi leur solvabilité (9). La Cour de cassation a, en ce sens, jugé dans un de ses arrêts (n^{os} 11-17.759 et 11-19.022 réunis) qu'« ayant constaté que la procuration donnée par M^{me} Y. à un clerc de l'étude, à la fois pour acquérir le bien immobilier et pour emprunter, n'avait pas été annexée à l'acte notarié de prêt servant de fondement aux poursuites, et n'avait pas été déposée au rang des minutes du notaire rédacteur de l'acte, sans que puisse être assimilé à un tel dépôt, celui de l'acte notarié de vente auquel était annexée ladite procuration, la cour d'appel en a exactement déduit que cet acte ne constituait pas un acte authentique au sens de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991 ». On peut entendre l'argument selon lequel ce serait aller à l'encontre de la lettre de la loi que d'admettre qu'un dépôt de l'acte de vente au rang des minutes du notaire puisse valoir dépôt du prêt (10). Cependant, le raisonnement ne tient qu'à la condition d'adhérer au préalable à la sanction de la disqualification. Sans cette disqualification retenue par la Cour de cassation, la question deviendrait sans objet.

10 - La sanction de la disqualification est ainsi prononcée, remettant en cause l'ensemble des procédures civiles d'exécution qui ont été engagées par les établissements bancaires et financiers. Cette exigence d'une annexion de la procuration à l'acte authentique s'étend-elle à la copie exécutoire ? Après la détermination de la sanction vient donc sa délimitation.

B - La délimitation de la sanction

11 - L'article 1^{er} de la loi n° 76-519 du 15 juin 1976 prévoit que, « *pour permettre au créancier de poursuivre le recouvrement de sa créance, le notaire établit une copie exécutoire qui rapporte littéralement les termes de l'acte authentique qu'il a dressé. Il la certifie conforme à l'original et la revêt de la formule exécutoire* ». La copie exécutoire, autrefois dénommée grosse, est une copie revêtue de la formule exécutoire utilisée par le notaire pour commander et assurer, en sa qualité d'officier public délégataire de la puissance publique, l'exécution des actes notariés. L'interprétation littérale de cette disposition s'impose. Seuls les termes de l'acte authentique qu'il a dressé doivent être littéralement rapportés dans la copie exécutoire. En décider autrement, ce serait ajouter à la loi et faire perdre aux mots de la loi tout leur sens (« les termes », acte authentique « qu'il a dressé ») (11). Une partie de la doctrine n'est pourtant pas de cet avis insistant sur le parallélisme des formalités et s'appuyant sur un arrêt de la première chambre civile du 28 juin 2009 qui valide une copie exécutoire en soulignant que les procurations y étaient annexées (12). Malgré tout, il faut remarquer que le caractère inédit de l'arrêt et son interprétation *a contrario* peuvent en affaiblir la portée. Si les procurations doivent être annexées à la minute, elles devraient également l'être dans ses différentes copies exécutoires (13). L'esprit de l'article 1^{er} devrait l'emporter sur sa lettre et « *la copie exécutoire, en ce qu'elle doit être conforme à la lettre de l'acte authentique, doit contenir comme annexe soit la procuration elle-même, soit la mention du dépôt au rang des minutes sans qu'il puisse y être suppléé par une autre mention* » (14). Quelle que soit l'interprétation de l'article 1^{er} que l'on privilégie, en toute hypothèse, si l'original de l'acte notarié est disqualifié, par un « *effet réflexe* » (15), la copie exécutoire sera elle aussi dépourvue de toute force exécutoire.

12 - La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, par une formule alambiquée, n'apporte pas de solution tranchée à la question. En effet, à plusieurs reprises les différents pourvois ont contesté la transposition qui aurait été faite par les juges du fond des exigences de l'article 21 du décret du 10 août 2005 aux copies exécutoires. Plutôt que de répondre clairement que l'annexion des procurations ne s'étend pas aux copies exécutoires, la Cour de cassation a préféré plus discrètement juger (arrêts n° 11-15.112 et n° 11-15.440) « *qu'ayant relevé que les procurations n'étaient pas annexées à l'acte de prêt et que celui-ci ne faisait pas mention de leur dépôt au rang des minutes du notaire, la cour d'appel, qui n'a pas dit que les procurations devaient être annexées à la copie exécutoire, a décidé à bon droit que la banque ne justifiait pas d'un titre exécutoire fondant les poursuites exercées à l'encontre de M. et M^{me} X* ». Toutes les interprétations sont possibles. *A contrario*, cette incidente pourrait signifier que si tel avait été le cas, si la cour d'appel avait privé la copie exécutoire de sa force exécutoire en l'absence d'annexe, la motivation aurait pu être censurée. Tout au contraire, cette formule pourrait exprimer une hésitation de la Cour de cassation, qui profite de cette technique procédurale pour ne pas prendre immédiatement position, se laissant encore le temps de la réflexion !

13 - En attendant une prise de position plus franche, quelle serait l'interprétation la plus opportune ? Politiquement, tout d'abord, devant la pulvérisation des annexes et des formalités imposées aux notaires, une interprétation *in favorem* des actes instrumentés et donc restrictive de l'article 1^{er} s'impose. Techniquement, ensuite, l'article 1^{er}, dans son sens littéral, ne laisse place à aucune transposition possible de l'exigence d'annexion. Les annexes ne sont pas à proprement parler « dressées » par le notaire et les annexes ne renvoient pas aux « termes » de l'acte authentique. « *Rapporter littéralement les termes* » de l'acte notarié ne suppose pas d'y intégrer les annexes. En outre, il serait toujours possible de se prévaloir de l'adage, dont le sens est discuté (16), *exceptio est strictissimae interpretationis* (les exceptions sont d'interprétation stricte). Exiger l'annexion obligatoire des procurations fait partie des rares exceptions où l'annexion est obligatoire et mériterait d'en limiter le champ d'application pour respecter la *ratio legis*. Au surplus, sur quel fondement la disqualification de la copie exécutoire pourrait-elle être prononcée ? L'article 1318 du code civil n'est pas applicable à moins de se livrer, de nouveau, à une interprétation extensive de la lettre du texte, et ce, contre son esprit (17). Enfin, si la copie est dépendante de l'original dont elle doit rapporter littéralement les termes, elle n'en est pas moins autonome et repose sur des conditions de forme qui lui sont propres et distinctes de l'original.

Pour toutes ces raisons, ce serait trop en faire dire à l'article 1^{er} que d'imposer également l'annexion des procurations.

14 - La disqualification de l'acte authentique est donc actée par la deuxième chambre civile. Malgré la rigueur du raisonnement juridique de la Cour de cassation, cette disqualification demeure problématique et peut être discutée.

II - Une disqualification problématique de l'acte notarié

15 - La disqualification prononcée par la Cour de cassation peut ne pas convaincre. Il faut, pour le comprendre, revenir sur la force de l'acte notarié (A) et sur la fonction de l'annexe (B).

A - Retour sur la force de l'acte notarié

16 - Le fondement même des décisions rendues par la deuxième chambre civile peut être discuté en soulignant les spécificités de l'acte notarié qui est un acte authentique. A ce titre, il est pourvu d'une force probante et d'une force exécutoire⁽¹⁸⁾. Sa force probante, prévue à l'article 1319 du code civil, est particulièrement énergique. C'est à celui qui conteste l'authenticité de démontrer la fausseté de l'acte en engageant une procédure en inscription de faux aux termes des articles 303 à 316 du code de procédure civile. La force probante confère un caractère incontestable aux faits énoncés et constatés par le notaire. Le témoignage privilégié du notaire fonde la force probante de l'acte (*Cujus notitiam habet propriis sensibus*)⁽¹⁹⁾. Le fait qu'une procédure pénale soit mise en oeuvre souligne le lien qui se tisse entre l'acte instrumenté et la personne du notaire. Quant à la force exécutoire (art. 19 de la loi de Ventôse An XI), elle signifie « *que, sur l'étendue du territoire de la République, le créancier qui produit, comme titre de créance, un acte notarié contenant une obligation de payer une dette certaine et liquide, peut en poursuivre l'exécution sans être obligé de recourir aux tribunaux pour obtenir un jugement de condamnation contre son débiteur* »⁽²⁰⁾. Un lien inextricable se tisse ainsi entre la force probante et la force exécutoire de l'acte notarié⁽²¹⁾.

17 - Partant de ce constat, toute disqualification de l'acte notarié comme acte authentique constitue une contestation de sa force probante et de sa force exécutoire et, partant, du témoignage du notaire. En effet, « *contester le contenu d'un acte authentique aboutit à mettre en doute la bonne foi et l'honnêteté de l'officier public qui l'a rédigé* »⁽²²⁾. La question qui doit être posée est de savoir si l'absence d'une procuration annexée à l'acte notarié est de nature à mettre en doute la bonne foi et l'honnêteté du notaire. Cela ne peut être retenu à la légère car l'admettre trop facilement reviendrait à fragiliser la confiance que l'Etat a accordée à cet officier ministériel. Comme le souligne justement M. Aynès, si le notaire énonce « *dans son acte que telle partie est représentée par telle personne en vertu d'une procuration, l'existence de celle-ci et l'étendue du pouvoir du mandataire auront été constatées par lui. Il doit être cru sur parole* »⁽²³⁾. A cet argument, il convient d'ajouter que la procuration annexée à l'acte authentique demeure un acte sous seing privé et ne profite pas de l'authenticité de l'acte auquel il est annexé. Ce principe, constamment rappelé par la jurisprudence de la Cour de cassation, permet d'émettre l'opinion suivante⁽²⁴⁾ : au nom d'un certain respect du parallélisme des formes, n'est-il pas excessif d'admettre qu'un acte sous seing privé qui ne serait pas annexé à un acte authentique suffise à lui seul à entraîner une disqualification de l'acte authentique en acte sous seing privé ?

Pour comprendre le caractère inopportun de la disqualification, il convient, d'autre part, de revenir sur les fonctions de la règle figurant à l'article 21 du décret du 10 août 2005.

B - Retour sur la fonction de l'annexion

18 - Afin de déterminer la sanction adéquate, il faut revenir aux fonctions de la règle sanctionnée. La sanction est en ce sens une notion fonctionnelle car elle est censée s'adapter au but de la règle violée⁽²⁵⁾. La raison d'être de l'article 21 permet de mettre à l'épreuve la pertinence de la disqualification. Maintes fois, il est rappelé que le but de cette disposition est

de garantir que le pouvoir du mandataire a été contrôlé et que le consentement du mandant a été vérifié. Les annexes constitueraient « *l'instrument* » (26) par lequel le notaire garantit qu'il a vérifié l'identité des parties et leur consentement. La jurisprudence est constante : le notaire doit prendre plus de précaution et être plus diligent lorsque la partie à l'acte est représentée (27).

19 - Ne peut-on pas, cependant, considérer que la question de la vérification des identités et du consentement relève davantage du fond que de la forme, du *negotium* que de l'*instrumentum* ? Si le pouvoir du mandataire fait défaut et peut être contesté, si le consentement du mandant n'est pas libre et peut être non éclairé, c'est une question de validité qui se pose et non une question d'authenticité. Encore une fois, « *la parole du notaire* » devrait suffire ! L'annexion n'est là que pour renforcer la conservation d'un élément de preuve (28) et sert d'appui à une déclaration ou à une énonciation. L'annexe est « *une pièce justificative* » (29). Elle est, à ce titre, un simple accessoire probatoire. Or peut-on admettre que l'accessoire rejaillisse sur le principal ?

20 - Serait-il possible d'admettre alors que l'annexe, sans être un acte authentique, participe au processus d'authentification ? Cela est peu probable à la seule lecture de l'article 1317 du code civil qui dispose que « *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* ». L'annexion est certainement une formalité obligatoire. Elle n'est pas pour autant une « *solennité requise* ».

21 - Cependant, non sanctionnée, la règle ne perd-elle pas de son intensité ? Quelles pourraient être alors les sanctions prononcées en cas de non-respect de cette formalité ? Sans entrer dans le débat qui consiste à savoir si une règle de droit présuppose l'existence d'une sanction, la véritable question est de se demander si la disqualification de l'acte authentique est la sanction la plus adéquate. Un rapide tour d'horizon permet de mettre en doute la cohérence de cette sanction. En effet, les exemples sont légion de règles imposant une formalité avec des buts divers et variés, qui en cas de non-respect ne sont pas pour autant sanctionnées par l'anéantissement ou la perte d'efficacité de l'acte concerné. Prenons, à titre d'exemple, la constitution d'une hypothèque qui doit être inscrite au bureau des hypothèques pour être opposable aux tiers (30). A défaut de publicité, pourtant imposée au notaire, qui doit garantir l'efficacité juridique de l'acte instrumenté, l'hypothèque conventionnelle sera inopposable aux tiers. L'hypothèque notariée n'en reste pas moins valable entre les parties et conserve toute sa force probante et toute sa force exécutoire. Plus flagrante est encore la comparaison qui peut être faite avec l'article 56 du code de procédure civile qui dispose que « *l'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, 1° l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ; [...]* ». Le deuxième alinéa ajoute que l'assignation « *comprend en outre l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée. Ces pièces sont énumérées sur un bordereau qui lui est annexé* ». Cet alinéa fait de l'annexion des pièces énumérées une obligation. Cette annexion est tellement importante pour les parties que les spécialistes de procédure civile la qualifient de formalité substantielle (31), même si la Cour de cassation n'en tire pas toutes les conséquences. Les magistrats de la haute juridiction ont effectivement jugé que le non-respect de cette formalité fondamentale pour la protection des droits de la défense n'entraînait pas la nullité de l'assignation, nullité visée au seul alinéa 1^{er} de l'article 56. Il ne faudrait pas que la nullité de l'assignation puisse être trop facilement obtenue, du moins pas au-delà des strictes prévisions du législateur (32). Le même raisonnement pourrait être transposé à l'article 21 du décret du 10 août 2005. En l'absence de sanction expressément prévue par la loi, même si l'annexion est obligatoire, elle ne devrait pas entraîner la disqualification d'un acte authentique qui garantit la sécurité juridique des transactions.

22 - Si la disqualification doit être exclue, quelle autre sanction pourrait être envisagée ? La première solution consisterait tout simplement à engager la responsabilité du notaire si l'absence d'annexion des procurations à l'acte cause un préjudice aux parties (33). De manière plus originale, les juges pourraient également s'inspirer de la distinction qui est faite en procédure civile à propos des vices de forme des actes de procédure. En la matière, le principe est « *pas de nullité sans texte* » (art. 114 c. pr. civ.), à moins que le vice de forme ne

concerne une formalité substantielle ou d'ordre public (34). L'inconvénient toutefois d'une telle inspiration est de nourrir un nouveau contentieux autour de la notion de « formalité substantielle ou d'ordre public ». Il serait également possible de généraliser le principe « *pas de nullité sans grief* ». Inutile de disqualifier l'acte authentique en acte sous seing privé si le défaut de procuration n'a pas été préjudiciable. Il faut entendre par grief un préjudice directement lié à l'absence de procuration annexée, se rapportant donc à l'identité des parties, au pouvoir du mandataire ou au consentement du mandant. Le plus simple, à dire vrai, consisterait, en amont, à supprimer toute annexion obligatoire. Seul l'article 41 du décret du 10 août 2005 devrait être conservé et devrait constituer une liste limitative de cas de disqualification.

23 - L'acte notarié offre toutes les garanties de sécurité et de fiabilité qui se traduisent par sa force probante et par sa force exécutoire. L'authenticité réside essentiellement dans la personne du notaire, témoin privilégié, qui fait toute la noblesse et toute la singularité de l'acte notarié. Il ne faudrait pas qu'une interprétation extensive des textes vienne en fragiliser l'efficacité. L'acte notarié renvoie davantage à l'homme de confiance qu'est le notaire qu'à un ensemble de formalités. C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter la lettre de la loi.

Mots clés :

NOTAIRE * Responsabilité * Acte authentique * Annexe * Procuration * Nullité

(1) Civ. 2^e, 11 déc. 2008, n° 07-19.606 : « [...] *l'obligation de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique, à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire rédacteur, n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte* ».

(2) Cass., ch. mixte, 16 nov. 2007, n° 03-14.409, D. 2007. 3009, obs. A. Lienhard (1), et 2008. 2104, obs. P. Crocq (2) ; RTD civ. 2008. 716, obs. P. Théry (3) ; RTD com. 2008. 168, obs. D. Legeais (4) ; JCP 2008. II. 10019, note O. Salati.

(3) Civ. 2^e, 10 févr. 2011, n° 10-13.714.

(4) Art. 14, dernier al., Décr. 26 nov. 1971, mod. Décr. 10 août 2005 : « *Toutefois, si les feuilles de l'acte et, le cas échéant, de ses annexes sont, lors de la signature par les parties, réunies par un procédé empêchant toute substitution ou addition, il n'y a pas lieu de les parapher ; il n'y a pas lieu non plus d'apposer sur les annexes la mention prévue au premier alinéa de l'article 22* ».

(5) Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-11.925, D. 2012. 885 (1), et 890, chron. L. Aynès (2).

(6) Les décisions des juges du fond sont nombreuses à opter pour la sanction de la disqualification, not. Grenoble, 6 mars 2012, n° 11/01086 ; Versailles, 26 janv. 2012, n° 11/01892 ; Grenoble, 10 janv. 2012, n° 11/00106 ; Nîmes, 2 nov. 2011, n° 10/04894 ; Montpellier, 7 mars 2011, n° 10/08649 ; Toulouse, 17 janv. 2011 (3 arrêts), n°^{os} 10/022238, 10/01492 et 10/03349.

(7) V. déjà, M. Dagot, L'annexe à un acte notarié, *in Liber amicorum Georges Daublon*, Defrénois, 2001, p. 77 s.

(8) P. Delebecque, L'acte authentique imparfait. Observations sur le défaut d'annexion de procurations dans un acte notarié, JCP 27 févr. 2012. 263, spéc. n° 12.

(9) En ce sens, P. Delebecque, préc., spéc. n° 16.

(10) Les juridictions du fond ne sont pas toutes de cet avis, V. L. Aynès, L'acte notarié et la procuration, D. 2012. 890, spéc. note 1, et les réf. citées (1).

(11) V. en ce sens, L. Aynès, préc., spéc. n° 11 ; P. Théry, Faut-il reproduire les annexes dans

les copies exécutoires ? Bref rappel de la nécessité de distinguer entre un original et une copie, JCP 16 avr. 2012. 471 ; C. Vernières, JCP N 27 janv. 2012. 1061 ; M. Dagot, note ss. Colmar, 6 juill. 2005, Defrénois, 2006. 915.

(12) Civ. 1^{re}, 28 mai 2009, n° 07-20.182, non publié.

(13) S. Lamiaux, Copie exécutoire du prêt constaté par acte notarié et annexes. Une question loin d'être annexe, JCP N 2009. 1313, spéc. n° 29 s. ; P. Chassaing, Brève analyse de trois propositions adoptées à titre d'exemple par la 60^e assemblée de liaison des notaires de France, JCP N 2009. Actu. 836.

(14) P. Delebecque, préc., spéc. n° 17.

(15) P. Théry, préc.

(16) La règle, qu'elle soit un principe ou une exception, devrait être interprétée de telle sorte qu'elle puisse atteindre le but que le législateur a entendu poursuivre.

(17) V. P. Théry, préc.

(18) P. Théry, L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses, JCP N n° 23, 2012. 1249.

(19) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11^e éd., n° 90 : « *L'officier public est donc un témoin privilégié dont l'attestation a, aux yeux de la loi, une valeur exceptionnelle* ».

(20) J.-F. Pillebout et J. Yaigre, *Droit professionnel notarial*, 7^e éd., Litec, 2006, n° 179, p. 75.

(21) Sur ce lien, M. Grimaldi et B. Reynis, L'acte authentique électronique, Defrénois 2003, Art. 37798, p. 1023 s., spéc. 1027, n° 4.

(22) C. Larroumet, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, 3^e éd., t. 1, Economica, 1998, n° 571 s.

(23) L. Aynès, préc., spéc. n° 8.

(24) V. à propos d'une procuration sous seing privé, Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 98-13.432, Bull. civ. I, n° 277 ; D. 2000. 435 , obs. V. Avena-Robardet , et 2001. 690, obs. L. Aynès  ; RTD civ. 2001. 370, obs. P. Jourdain  ; JCP 2011. I. 315, spéc. n° 18 s., obs. P. Simler ; JCP E 2001. 372, obs. D. Legeais ; Defrénois 2001, Art. 37309, n° 14, p. 256, obs. J.-L. Aubert : « *c'est donc à bon droit, et hors la dénaturation alléguée, que l'arrêt énonce que les procurations, simplement annexées à l'acte notarié, ne constituaient pas des actes authentiques, et que l'inobservation des prescriptions de l'art. 1326 c. civ. rendait les actes de mandat irréguliers de sorte qu'ils ne pouvaient valoir que comme commencement de preuve par écrit* ». Dans le même sens, Civ. 1^{re}, 4 juin 2002, n° 99-21.470, Bull. civ. I, n° 158 ; D. 2002. 2119  ; RTD com. 2003. 159, obs. B. Bouloc .

(25) V. sur cette question, C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012.

(26) Sur cette expression, P. Delebecque, préc., spéc. n° 15.

(27) V. not. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1979, Bull. civ. I, n° 45, « *Les notaires recevant des actes concernant des parties inconnues d'eux doivent, à peine d'engager leur responsabilité, contrôler l'identité de ces parties par la demande de production de pièces officielles comportant photographies et signatures, pour conforter les mentions figurant dans les livrets de famille, actes d'état civil ou autres pièces qui peuvent leur être présentées* ».

(28) M. Dagot, *op. cit.*, spéc. p. 77.

(29) C. Vernières, préc., spéc. n° 3.

(30) Art. 2426 c. civ.

(31) L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Litec, coll. Manuel, 2011, spéc. note 18, n° 557, p. 424.

(32) Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, Bull. civ. II, n° 94 ; D. 2003. 1134  ; Procédures 2003, n° 132, obs. R. Perrot ; Gaz. Pal. 27-29 juill. 2003, p. 21. Comp., en faveur de la nullité mais en exigeant un grief, TGI Marseille, 26 févr. 1973, Gaz. Pal. 1973. 1. 348, note Candas.

(33) L. Aynès, préc., spéc. n° 10 : « *S'il doit y avoir sanction, elle est à rechercher plutôt dans la mise en cause de la responsabilité du notaire, à raison du dommage que causerait sa négligence, si la procuration ne pouvait être représentée, dans un procès roulant sur la validité ou l'étendue des pouvoirs du mandataire* ».

(34) L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 533, p. 397. Ce raisonnement avait pu être soutenu par la cour d'appel de Lyon qui a été censurée par la première chambre civile dans son arrêt du 22 mars 2012, préc.