

Chambre mixte du 10 décembre 2012 à 14 heures

CONSEILLER-RAPPORTEUR : M. Yves Maunand (3^{ème} chambre civile)

PREMIER AVOCAT GENERAL : Gilbert Azibert (2^{ème} chambre civile)

POURVOIS N° : **Avis unique commun aux deux pourvois**

W12-15.063

Caisse de crédit Mutuel de l'Étang de Berre Est
(SCP Lyon-Caen et Thiriez)

C/

Monsieur Serge X...

Madame Laurence Y... épouse X...

(SCP Potier de la Varde Buk Lament)

Monsieur Jean-Pierre B... (notaire)

Société Yves Raybaudo, Michel Dutrevis, Jean-Pierre B..., Cyril Courant,
Jean-Christophe Letrosne

(SCP Boré -Salve de Bruneton)

K11-28.688

Monsieur Nicolas Z...

(SCP Ancel, Couturier-Heller et Meier- Bourdeau)

C/

Société BRED Banque Populaire

(SCP Fabiani et Luc-Thaler)

Ordonnances du premier président du 7 septembre 2012

ARRÊTS ATTAQUÉS :

Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 9 décembre 2011(W12-15.063)
et du 14 octobre 2011(K11-28.688)

AVIS
de Monsieur le Premier avocat général Gilbert Azibert

I- Par acte notarié, en date du 3 novembre 2003, reçu par Maître B..., notaire à Aix-en Provence, les époux X... ont emprunté auprès de la Caisse de crédit Mutuel de l'Étang de Berre Est une somme de 250.000 euros, remboursable en 216 mensualité de 1952.09 euros.

Des échéances du prêt étant demeurées impayées, la Caisse de Crédit Mutuel de l'Étang de Berre a, le 1^{er} septembre 2009, fait pratiquer une saisie attribution entre les mains de la société Groupe Suites Résidences, locataire d'un appartement appartenant aux époux X..., pour obtenir paiement de la somme correspondante aux échéances impayées du prêt du 10 juillet 2009, cette mesure a été dénoncée le 03 septembre 2009.

Les époux X... ont contesté cette saisie et ont assigné la Caisse de Crédit Mutuel de l'Étang de Berre Est le 29 septembre 2009 devant le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Draguignan pour en demander mainlevée.

Après s'être prévalu de la déchéance du terme, la Caisse de Crédit Mutuel de l'Étang de Berre Est a, par deux actes en date respectivement des 10 décembre et 22 décembre 2009, procédé à des saisies attributions.

Ces saisies ont été dénoncées les 16 et 30 décembre 2009.

Les époux X... ont contesté ces deux saisies et ont assigné la banque le 15 janvier 2009 devant le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Draguignan en mainlevée de ces mesures.

Dans le cadre de ces deux instances, ils ont notamment fait valoir qu'une plainte pénale avait été déposée et qu'il convenait de surseoir à statuer jusqu'à l'issue de celle-ci ; qu'une procédure avait été engagée au fond devant le tribunal de grande instance de Marseille et qu'il y avait lieu à dessaisissement au profit de cette juridiction ; qu'en outre, de nombreuses irrégularités affectaient l'acte de prêt ainsi que l'acte de vente auquel il était lié, et enfin que les saisies étaient abusives compte tenu des garanties dont disposaient déjà la banque.

La Caisse de Crédit Mutuel de l'Étang de Berre Est a appelé en intervention forcée Maître B... et la SCP Raybaudo-Dutrevis-Brines-Courant-Letrosne.

*
* *

Par jugement du 02 novembre 2010, le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Draguignan ordonnait la jonction des deux procédures, rejetait les demandes de sursis à statuer et de dessaisissement au profit du tribunal de grande instance de Marseille, déclarait recevables en la forme les contestations élevées contre les saisies litigieuses, rejetait les demandes de mainlevée fondées sur l'absence de force exécutoire du titre et sur le caractère abusif des saisies, et disait n'y avoir lieu à examiner les demandes subsidiaires contre Maître B... et la SCP Raybaudo- Dutrevis-Brines-Courant-Letrosne.

*
* *

Sur appel des époux X..., la cour d'appel d'Aix-en-Provence, par arrêt du 9 décembre 2011, après avoir énoncé :

“Attendu que l'article 8 du décret du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires et applicable en l'espèce avant sa modification par décret du 10 avril 2005, dispose que *“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”* ;

Attendu que l'acte de prêt notarié du 03 novembre 2003 porte la mention suivante, en page 2 : *“l'emprunteur : A ce non présent mais représenté par Madame Marie-Noëlle A..., Clerc de notaire, domiciliée professionnellement à 13100 Aix-en-Provence, Hôtel du Poët, Haut du Cours Mirabeau - en vertu des pouvoirs qu'il a confié aux termes d'une procuration reçue par Maître B... Jean-Pierre, notaire à Aix-en-Provence, le 03 juin 2003”*.

Attendu qu'il n'est pas indiqué que la procuration est annexée à l'acte ni qu'elle est déposée au rang des minutes des notaires ;

Qu'à cet égard, il sera relevé que les dispositions du 26 novembre 1971 n'opèrent pas de distinction de ce chef entre les actes déposés *“au rang des minutes”* et les copies exécutoires ;

Attendu que cette irrégularité essentielle porte atteinte à la force exécutoire de l'acte qui sert de fondement aux poursuites et qui ne vaut seulement que comme écriture privée en vertu de l'article 1318 du Code civil et non pas comme un titre exécutoire au sens de l'article 3-4° de la loi du 9 juillet 1991 ; ...” ,

Infirmait le jugement entrepris, sauf en ce qu'il ordonnait la jonction des procédures et rejetait les demandes de sursis à statuer et de dessaisissement et, statuant à nouveau, jugeait notamment que l'acte de prêt du 3 novembre 2003 ne constituait pas un titre exécutoire régulier et par voie de conséquence déclarait nulles les saisies attribution.

*
* *

C'est l'arrêt attaqué.

Signifié le 6 janvier 2012 il a fait l'objet d'un pourvoi le 6 mars 2012.

Un mémoire ampliatif a été déposé le 6 juillet 2012, un mémoire en défense le 6 septembre 2012 ainsi que des conclusions d'association pour M. Jean Pierre B... (notaire).

La procédure paraît régulière en la forme.

Le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que l'acte de prêt du 3 novembre 2003 ne constituait pas un titre exécutoire régulier, déclaré nul et de nul effet les saisies-attribution effectuées le 1^{er} septembre 2009 entre les mains de la société GROUPE SUITES RESIDENCES, le 10 décembre 2009 entre les mains de la société SUITE INN et le 22 décembre 2009 entre les mains de la société LES RESIDENCES DU SOLEIL et ordonné leur mainlevée aux frais du CREDIT MUTUEL.

Le moyen unique de cassation est composé de deux branches ainsi rédigées :

“Alors, d’une part, qu’aucune disposition légale n’impose que les pièces annexées de l’acte authentique soient également annexées à la copie exécutoire ; qu’en considérant que la procuration donnée par les époux X... au clerc de notaire qui les avait représentés à l’acte aurait dû être annexée à la copie exécutoire dès lors que « les dispositions (du décret) du 26 novembre 1971 n’opèrent pas de distinction, de ce chef, entre les actes déposés au rang des minutes et les copies exécutoires », la Cour d’appel a violé les articles 1° de la loi du 15 juin 1976 et 15, devenu 34, du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, ensemble les articles 2 et 3 de la loi du 9 juillet 1991 ;

Et alors, d’autre part, et en toute hypothèse, à raisonner même en considération de l’acte authentique, de la minute, **que** 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 ; qu’en considérant « que cette irrégularité essentielle porte atteinte à la force exécutoire de l’acte qui sert de fondement aux poursuites, et qui ne vaut seulement que comme écriture privée, en vertu de l’article 1318 du code civil, et non pas comme un titre exécutoire au sens de l’article 3-4° de la loi du 9 juillet 1991 », la Cour d’appel a violé les articles 8, devenu 21, et 23, devenu 41, du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, et l’article 1318 du code civil, ensemble les articles 2 et 3 de la loi du 9 juillet 1991”.

*
* *

II- Par acte notarié, en date du 4 novembre 2003 reçu par Maître B..., notaire, M. Z... a acquis deux lots d’un lotissement pour les prix respectifs de 195.000 et 250.000 euros.

L’acte mentionnait que M. Z... était représenté par *“Madame Marie Noëlle Ribaud, clerc de notaire, domiciliée professionnellement à 13100, Aix-en-Provence, Hôtel de Poët, Haut du Cours Mirabeau.*

En vertu des pouvoirs qu’il lui ont été conférés aux termes d’une procuration reçue par Monsieur Philippe Rambaud, notaire à Lyon, le 17 juillet 2003 dont le brevet original demeurera ci-annexé après mention” et que le prix était payé par des prêts consentis par le crédit immobilier de France Financière Rhône Ain et par le Crédit Mutuel de l’Étang de Berre.

Par acte notarié, en date du 1^{er} décembre 2003, reçu par le même Maître B..., M. Z... a acquis un nouveau lot pour le prix de 195.000 euros.

Le même jour, Maître B..., notaire recevait l’acte de prêt consenti à M. Z... par la banque Bred Banque Populaire.

Dans ces deux actes était indiqué que M. Z... était représenté par Madame Marie Noëlle Ribaud, clerc de notaire, domicilié professionnellement à 13100 Aix-en-Provence- Hôtel du Poët - Haut du Cours Mirabeau - en vertu des pouvoirs qu’il lui a conférés aux termes d’une procuration reçue par Maître Philippe Rambaud, notaire à Lyon, le 17 juillet 2003 dont le brevet original est demeuré annexé à l’acte de vente en l’état futur d’achèvement dressé le 03 novembre 2003 par le notaire soussigné.

* Acte en brevet : acte notarié dont l’original dépourvu de la formule exécutoire est remis aux parties et n’est pas conservé par le notaire. Si le notaire en garde un exemplaire il doit dresser et déposer aux minutes un acte de dépôt de ce document.

A la suite d’impayés la société BRED Banque Populaire se fondant sur l’acte de prêt du 1^{er} décembre 2003 poursuivait la vente aux enchères publiques des biens de M. Z... ; un commandement

aux fins de saisie était délivré le 6 juillet 2010 et par acte du 19 octobre 2010 elle l'assignait à comparaître devant le juge de l'exécution du tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence.

Monsieur Z... déposait des conclusions tendant à voir constater l'absence de procuration annexée aux actes de vente et de prêt au 1^{er} décembre 2003, constater la disqualification des actes authentiques en acte sous seing privé et déclarer en conséquence nul et de nul effet le commandement du 6 juillet 2010.

Par jugement du 27 juin 2011 le juge de l'exécution déboutait M. Z... de ses demandes et ordonnait la vente forcée.

Sur appel de cette décision, la cour d'Aix-en-Provence, par arrêt du 14 octobre 2011, après avoir constaté d'une part, que M. Z..., ne contestait ni l'existence ni avoir signé la procuration reçue par Maître Rambaud, notaire ; d'autre part, que la dite procuration du 17 juillet 2003 était annexée à l'acte de vente du 4 novembre 2003, énonçait :

“Que la procuration ayant plusieurs objets, elle ne pouvait être annexée qu'à l'un des actes, en l'occurrence l'acte de vente du 4 novembre 2003, référence à cette procuration étant portée dans les autres actes ;

Que les dispositions de l'article 8 du décret 71-941 du 25 novembre 1971 ont donc été respectés ;

Attendu ainsi que le moyen tiré du défaut d'annexion à la procuration à l'acte de prêt est infondé et doit être rejeté” ;

et, par voie de conséquence confirmait le jugement entrepris.

*
* *

C'est l'arrêt attaqué.

Signifié le neuf novembre 2011 il a fait l'objet d'un pourvoi le 23 décembre 2011.

Un mémoire ampliatif a été déposé le 23 avril 2012, un mémoire en défense le 25 juin, puis un mémoire complémentaire le 19 juillet 2012 et une production le 25 juillet 2012.

La procédure paraît régulière en la forme.

*
* *

Le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. Z... de sa demande de mainlevée de saisie immobilière, tirée de l'absence de titre exécutoire régulier, constaté que la banque disposait d'un titre exécutoire lui permettant de diligenter des voies d'exécution et ordonné la vente aux enchères publiques de l'immeuble saisi.

Le moyen unique de cassation est composé de trois branches ainsi rédigées :

“**Alors que** une procuration doit soit être annexée à l'acte pour lequel elle a été consentie, soit déposée au rang des minutes, sans que l'annexion à un autre acte ne puisse valoir annexion à cet acte ou dépôt au rang des minutes, lequel constitue un acte distinct ; qu'en considérant néanmoins que l'annexion de la procuration donnée par M. Z... et reçue par Me Rambaud à un acte

de vente reçue par Me B... satisfaisait aux dispositions de l'article 8 du décret n°71-941 du 26 novembre 1971, devenu les articles 21 et 22 du même décret, la cour d'appel a violé ces textes ;

Alors, encore, que constitue un clerc d'une étude notariale, une personne qui dispose d'une formation juridique et de compétences spécifiques qui en font un professionnel du droit qualifié, sans pouvoir être assimilé à tout salarié d'une étude notariale, notamment à une secrétaire ; qu'en considérant que Mme A..., secrétaire, avait valablement représenté M. Z..., quand ce dernier avait donné procuration à un clerc de notaire pour le représenter, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1984 et 1985 du code civil ;

Alors, en tout état, que la confirmation d'un acte vicié exige à la fois la connaissance du vice affectant cet acte et l'intention de le réparer ; qu'en retenant que le mandat donné par M. Z... aurait été ratifié du fait de l'exécution du contrat de prêt, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à caractériser tant la connaissance qu'avait M. Z... du vice que son intention de le réparer, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1338 du code civil".

*
* *

Les deux pourvois soumis à la chambre mixte portant notamment sur le déclassement de l'acte notarié authentique en acte sous-seing privé et donc la perte de qualité exécutoire dudit titre.

Plus précisément :

- **le pourvoi W 12-15.063** pose le problème des conséquences juridiques dans l'hypothèse d'un acte notarié ne comportant pas en annexe les procurations données par les parties et ne mentionnant pas que lesdites procurations ont été déposées au rang des minutes du notaire ;

- **le pourvoi K 11-28.688** pose le problème d'une procuration reçue à la fois pour deux actes (vente et prêt), annexée au seul acte de vente, ainsi que celui de la définition du clerc du notaire.

*
* *

La 1^{re} et la 2^e chambre de la Cour n'ont pas donné une réponse identique aux problèmes juridiques ci-dessus exposés, quant à la doctrine elle n'est pas unanime.

Par arrêt du 22 mars 2012 la première chambre de la Cour a cassé l'arrêt d'une cour d'appel en énonçant que "*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...*" (Civ 1^{er}., 22 mars 2012, n° 11-11.925).

La deuxième chambre de la Cour, quant à elle, par cinq arrêts en date du 7 juin 2012 a jugé au contraire que, les actes établis par les notaires, ne comportant pas en annexe les procurations et ne mentionnant pas davantage l'indication que les dites procurations avaient été déposées au rang des minutes, étaient affectés d'une irrégularité leur faisant perdre leur caractère authentique (Civ 2^e., 7 juin 2012 : n° 11-15.439 et 11-18.085 ; n° 11-16.107 ; n° 11-15.112 ; n° 11-15.440 ; n° 11-17.759 et 11-19.022).

Ces décisions divergentes se fondaient sur la rédaction alors applicable des dispositions du décret 71-941 du 26 novembre 1971 de celles de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et de celles de l'article 1318 du code civil.

Les deux pourvois soumis à votre censure reposent sur les mêmes dispositions légales et réglementaires dans leur rédaction antérieure au décret du 10 août 2005, modifiant le décret du 26 novembre 1971, les actes litigieux datant de 2003.

Les dispositions interprétées par les chambres de la Cour sont les suivantes :

D. n° 71-941 du 26 novembre 1971

“Art.8. - Les pièces annexées à l’acte doivent être revêtues d’une mention constatant cette annexe et signée du notaire.

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.”

(Le second alinéa de cet article est devenu l’article 21 du décret 2005-973 du 10 août 2005).

“Art. 23. - Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux 1°, 2° et 3° (1^{er} alinéa) de l’article 9 de la loi du 25 ventôse an XI et aux articles 2, 3, 4, aux premier et dernier alinéas de l’article 11 et à l’article 13 du présent décret 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.”

Les 1°, 2°, 3° de l’article 9 de la loi du 25 ventôse an XI concernent des actes ne pouvant être reçus par un seul notaire ; les articles 2, et 3 du décret de 1971 concernent les actes que les notaires ne peuvent recevoir compte tenu du lien de parenté, l’article 4 a trait aux témoins des actes, quant au dernier alinéa de l’article 11 il concerne les parties qui ne peuvent ou ne savent signer ; l’article 13 enfin est ainsi rédigé :

“Les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu’ils reçoivent à l’exception de ceux qui d’après la loi peuvent être délivrés en brevet et des certificats de vie, procurations, acte de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes”).

L’article 11 du décret du 26 novembre 1971 n’a pas fait l’objet d’une discussion dans les décisions de la 1^{re} et 2^e chambre précédemment citées mais il constitue la 2^e branche du moyen unique du pourvoi K 11-28.688.

Il est ainsi rédigé :

“Art.11.- Les actes sont signés par les parties, les témoins et le notaire.

Ce dernier peut habiliter un ou plusieurs clerks afin de recevoir les parties et de recueillir leur signature. Toutefois, si l’une des parties le demande, le notaire est tenu de recevoir les parties et de recueillir lui-même leurs signatures. Lorsque la signature des parties a été recueillie par un clerk, l’acte doit en outre être signé par celui-ci, porter mention de son identité et de l’habilitation qu’il a reçue à cet effet.

Il doit être fait mention à la fin de l’acte de la signature des parties, des témoins, du notaire et s’il y a lieu du clerk habilité.

Quand les parties ne savent ou ne peuvent signer, leur déclaration à cet égard doit être mentionnée à la fin de l’acte.”

Le 4° de l’article 3 de la loi 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d’exécution dispose que seuls constituent des titres exécutoires *“les actes notariés revêtus de la formule exécutoire”* ; (abrogé, ord. 2011 -1985 du 19 novembre 2011).

Enfin l’article 1318 du code civil, crée par la loi 1804 -02-07 du 17 février 1804 et repris par la loi 2000-230 du 13 mars 2000 est ainsi rédigé :

“L’acte qui n’est point authentique par l’incompétence ou l’incapacité de l’officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s’il a été signé des parties”.

*
* *

- Le moyen unique du pourvoi W 12-15.063 ainsi que la 1^{re} et la 3^e branche du pourvoi K 11-28.688 seront examinés ensemble, la 2^e branche de ce dernier pourvoi le sera séparément car elle pose le problème non commun aux deux pourvois.

*
* *

A- Sur le moyen unique du pourvoi W 12-15.063 et sur les 1^{re} et 3^e branches du moyen unique du pourvoi n° K 11-28.688.

La doctrine est divisée sur la perte de la qualité d’acte authentique lorsque la procuration n’est pas annexée à l’acte ou lorsqu’il n’est pas fait mention dans ledit acte du dépôt de la procuration au rang des minutes du notaire.

La question est posée de savoir si le notaire peut ou non s’affranchir de certaines exigences de forme ? Les textes ci-dessus reproduits sont-ils porteurs d’exigences sanctionnables par la nullité ?

Comment en présence d’une irrégularité, dans les cas d’espèce, les parties peuvent-elles être valablement identifiées ?

*
* *

Pour St. Piédelièvre, commentant l’arrêt du 23 mars 2012 de la 1^{re} chambre civile :

“Cette position est sans doute la meilleur ; elle ne doit pas être comprise comme une porte ouverte vers le laxisme. Elle se concilie avec l’article 1^{er} de la loi du 15 juin 1976 relative à certaines formes de transmission des créances disposant 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”. L’annexion des pouvoirs dans l’acte authentique permet de vérifier la réalité des pouvoirs et leur étendue. On a fait valoir que l’absence d’annexion empêcherait d’effectuer cette vérification (P.Delebecque, l’acte authentique imparfait, observations sur le défaut d’annexion de procuration dans un acte notarié.). Mais en tout état de cause, une telle vérification a été faite par le notaire au moment de l’acte authentique. L’absence d’annexion ne remet pas en cause en elle même l’intégrité de l’acte. Il serait dès lors illogique de le déclasser et de lui faire perdre son caractère de titre exécutoire. En tout état de cause, cela n’empêche pas l’une des parties à cet acte de la contester”¹

Pour N. Rontchevsky, l’authenticité repose exclusivement sur l’implication du notaire et les vérifications personnelles effectuées par celui-ci, avec les sanctions particulières qui s’attachent à une inscription de faux.²

¹ Revue de droit bancaire et financier n° 4, juillet 2012, Comm 131.

² Banque et droit n° 143, mai-juin 2012, chronique droit des sûretés p.43.

Pour N. Rudulier *“la Cour de cassation semble refuser d’assimiler cette omission à un défaut de forme puisque, pour sa part, l’article 1318 du code civil ne crée pas cette dichotomie selon la portée de la mention litigieuse oubliée, mais sanctionne tout défaut de forme”*³.

La doctrine est cependant plus critique s’agissant de la solution adoptée par la 2^e chambre de la Cour.

M. M. Mekki qualifie la disqualification d’acte authentique en acte sous seing privée d’inopportune :

*“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”. 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’État 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 mandataire auront été constatées par lui. Il dit être cru sur parole”. 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 : 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 ?”*⁴

Cette analyse ne fait-elle pas l’amalgame entre “la parole du notaire” et les conséquences d’une irrégularité de forme ? Toute mise en cause de l’authenticité devrait-elle passer par la procédure du faux en écriture publique ?

L. Aynès est tout aussi affirmatif en écrivant :

“L’annexion de la procuration n’est ainsi pas nécessaire à l’authenticité de l’acte, qui résulte exclusivement de la vérification personnelle effectuée par le notaire. Pourquoi le décret de 1971 l’impose-t-il donc ?

Il s’agit simplement de conserver un document, qui établit l’existence d’un acte juridique : le mandat, préalable logique à l’acte notarié lui-même : il en a permis la confection. C’est pourquoi le décret de 1971 traite comme équivalents l’annexe de la procuration et son dépôt aux minutes du notaire rédacteur. S’il survient un litige sur la validité ou l’étendue de la procuration, sa représentation sera nécessaire. La conservation de la procuration par l’un ou par l’autre de ces procédés garantit cette représentation.

La finalité de l’annexe ou du dépôt au rang des minutes du notaire rédacteur met sur la voie de la sanction. On observera d’abord que les règles édictées par le décret du 26 novembre 1971 ne sont pas nécessairement sanctionnées par un “déclassement” de l’acte... En outre, l’article 41 du décret de 1971⁵ ne fait pas figurer la violation des règles concernant les annexes parmi les causes de nullité de l’acte authentique. S’il doit donc 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 mandataire⁶

³ AJDJ 2012 P.532.

⁴ Recueil Dalloz 2012, p.890

⁵ Il s’agit en réalité de l’article 23 du décret de 1971 devenu l’article 41 après la modification intervenu en 2005 ; D.n° 2005-973 du 10 août 2005, art.5.I.

⁶ Recueil Dalloz 2012, p.890.

La sanction dès lors serait à rechercher non plus dans la disqualification, ni dans la procédure de faux mais dans une action en responsabilité du notaire.

Ne convient-il pas de relever ici que les avocats ont obtenu la réforme législative créant l'acte d'avocat en revendiquant notamment leur responsabilité personnelle.

L'approche de Ph. Théry est plus nuancée en ce qu'il termine ainsi son analyse :

"- les conclusions que l'on peut tirer de ces arrêts sont claires. Sur la question centrale qui est celle des exigences de l'article 21 du décret de 1971, il suffit de rappeler qu'elles doivent être respectées. Certes, la sanction que la deuxième chambre attache à leur méconnaissance nous paraît très critiquable, mais le meilleur moyen d'éviter toute discussion sur cette sanction est encore de ne pas s'y exposer. Pour le reste, ces arrêts confirment les analyses que nous avions proposées dans la précédente chronique. Si la copie exécutoire, qui ne doit pas nécessairement comprendre les annexes, mentionne que les procurations ont été déposées au rang des minutes ou qu'elles leur ont été annexées, cette énonciation ne peut être contestée que par voie d'inscription de faux. Enfin sauf dépôt au rang des minutes, il faut deux procurations si le notaire établit deux actes distincts⁷"

Seul Ph. Delebecque est favorable à la disqualification de l'acte authentique. Il l'exprime ainsi :

"- Une fois encore, il ne s'agit pas ici de passer en revue toutes irrégularités qui peuvent affecter un acte notarié en tant qu'instrumentum et de s'interroger sur les sanctions susceptibles d'être mises en oeuvre ici ou là. La question est simplement de savoir quelle est la valeur que l'on peut reconnaître à un acte notarié passé par représentation du côté des deux parties, alors que les pouvoirs de représentation ne sont pas reproduits dans les annexes de l'acte. L'acte lui-même indique que les parties sont représentées par un clerc de l'étude, mais rien ne permet de le vérifier, car les procurations elles-mêmes ne sont pas annexées à l'acte comme elles devraient l'être.

- Il est bien évident qu'un acte notarié peut être établi sans la présence des parties. C'est tout l'intérêt de la théorie du mandat (C.civ., art.1984 s.) que de permettre ce type d'opération. Rien ne s'oppose à ce que l'une des parties qui, pour une raison ou pour une autre, ne peut être présente le jour de la signature, donne pouvoir à un mandataire. Encore faut-il que la personne du mandataire soit identifiée et encore faire que la personne qui, le jour de la signature de l'acte, va agir au nom et pour le compte de la partie mandante, correspond à celle qui a été dûment désignée en cette qualité. Si le mandataire est désigné en sa qualité de clerc, il n'est pas certain qu'un simple secrétaire puisse officier : le clerc n'est pas un simple préposé de l'étude. Il doit satisfaire aux compétences définies par la réglementation professionnelle notariale.

Par trois arrêts récents, la Cour de cassation a rejeté les pourvois contre des arrêts de cours d'appel ayant requalifié des actes authentiques en actes sous seing privé pour cette raison que l'acte avait été signé par une secrétaire de l'étude, alors que la procuration donnée pouvoir à un clerc...

Ces procurations pourraient être déposées entre les mains du notaire instrumentaire et conservées dans ses minutes ; à défaut, elles doivent être jointes à l'acte lui-même et lui être annexées...

- À la réflexion, sans doute est-ce la voie sur laquelle il faut s'engager. L'article 1318 du Code civil permet de donner à la question posée la bonne et juste réponse. Pour s'appliquer, le texte suppose que l'acte comporte les éléments essentiels qui caractérisent les actes authentiques, car seuls certains vices - l'incompétence ou l'incapacité de l'officier ou encore un défaut de forme - permettent le déclassement. Il faut en outre que le vice de forme fasse perdre à l'acte notarié son caractère authentique. Or, tel est ici précisément le cas. L'authenticité tient à la présence de l'officier public : c'est lui qui "reçoit" l'acte et consacre ainsi la rencontre des consentements des parties. Comment pourrait-il le faire si les parties n'étaient pas, au préalable, identifiées, ce que les

⁷ S.J Notarial et immobilière n° 35, 31 août 2012, p.29.

procurations contenues dans les annexes ont pour vocation de faire. Le notaire a le devoir d'authentifier l'acte, ce qui suppose nécessairement une identification des parties qui passe lorsqu'elles ne sont pas présentes, par une présentation des procurations, présentation dont les annexes sont l'instrument. Faut-il ajouter que, s'il ne connaît pas les parties, le notaire a l'obligation de s'assurer de leur identité et qu'en cas de représentation, cette vérification est renforcée ? On peut dès lors comprendre que si les procurations contenues dans les annexes ne sont pas jointes à l'acte, l'authentification n'est pas pleinement assurée et que ce vice atteint l'acte lui-même qui ne peut donc valoir que comme acte sous seing privé⁸...

Dans le même article cet auteur expose l'hypothèse dans laquelle une procuration est prise pour signer plusieurs actes et en tire la conclusion suivante :

"... Dans certaines espèce en cause, l'une des procurations est prise pour signer plusieurs actes. Dans ces espèces, il s'agit de la procuration de l'emprunteur prise en brevet et annexée à l'acte authentique de vente en état futur d'achèvement (VEFA). L'exigence de l'article 21, alinéa 2, du décret du 26 novembre 1971 serait-elle pour autant remplie ? La question est alors de savoir si l'annexion à la VEFA peut valoir dépôt au rang des minutes du notaire recevant l'acte, comme certaines banques ont pu le prétendre. On ne voit pas comment on pourrait l'admettre, dans la mesure où le texte dispose que "les procurations sont annexées à l'acte, à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire" et ne prévoit donc pas d'autre alternative. Les irrégularités de forme ne peuvent être palliées qu'au prix de conditions très précises. De plus, le prêt et la vente sont des contrats distincts et donc des actes distincts et ne sont pas conclus entre les mêmes parties. Or, le dépôt au rang des minutes est requis lorsqu'il y a lieu de justifier des pouvoirs à l'égard de cocontractants différents, alors que la procuration (dans le cas d'espèce, authentique) figure en un seul exemplaire. Enfin, considérer que la procuration annexée à la VEFA équivaudrait à un dépôt au rang des minutes du notaire enfreint l'article 854 du CGI qui interdit au notaire de recevoir un acte au rang de ses minutes, sans dresser un acte de dépôt auquel ledit acte est annexé".

Il est par ailleurs de jurisprudence constante qu'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 ; en revanche, les mentions d'un acte notarié frappées de nullité ne peuvent faire preuve comme écriture privée. (Cass. 1^{re} Civ., 28 octobre 1986, Bull. I n° 245 ; Cass. 1^{re} Civ., 21 février 2006, Bull. I n° 85).

Dès lors, tant au regard de la jurisprudence que de la doctrine, les textes alors applicables cantonnaient-ils la disqualification de l'acte aux cas prévus par l'article 23 du décret du 26 novembre 1971, les autres irrégularités ressortissant du faux en écriture publique ou n'étant pas sanctionnables au regard de la qualité de leur rédacteur ?

*
* *

L'article 23 du décret du 26 novembre 1971 énumère un certain nombre de dispositions (cf. supra) en méconnaissance desquelles l'acte authentique est disqualifié en acte sous seing privé ; pour autant les obligations mentionnées par l'article 8 du même décret (cf. supra) ne sont-elles que des recommandations dépourvues de toute sanction ?

Les notaires sont certes des officiers ministériels, les constatations qu'ils effectuent ont une force probante supérieure à celles effectuées par un citoyen lambda.

Cependant, tous les actes rédigés par des autorités publiques sont soumis à des règles de forme dont la méconnaissance est très souvent sanctionnée par la nullité de l'acte.

⁸ JCP. 2012 n° 9, 27 févr. 2012, 263

Il en est ainsi des décrets et arrêtés soumis à la censure du Conseil d'Etat, des procès-verbaux des magistrats instructeurs soumis à celle des chambres de l'instruction, des jugements et arrêts au contrôle juridictionnel.

Récemment encore le Conseil Constitutionnel a sanctionné un texte législatif, la procédure parlementaire n'ayant pas été respectée, obligeant le gouvernement à représenter un texte en respectant les règles de forme.

Force est de constater que les notaires bénéficient d'une législation plus protectrice. L'acte authentique entaché d'un défaut de forme, hors les cas prévus par l'article 23 du décret de 1971 dans lesquels il n'est pas nul mais disqualifié, est-il entaché de nullité ? Doit-il conduire à une procédure de faux ? Ou peut-il être disqualifié sous seing privé ?

Quelle est l'articulation possible entre l'article 8 du décret sus-mentionné et l'article 1318 du code civil issu de la loi ?

Cet article 1318 est-il applicable au cas d'espèce ?

L'article 8 du décret de 1971 fait obligation au notaire d'annexer les procurations à l'acte ou de les déposer aux minutes, et dans ce cas, doit être fait mention dans l'acte du dépôt de la procuration au rang des minutes.

Ces formalités ont pour objet de permettre l'identification des parties. Lorsque les parties ne sont pas présentes - il y a donc lieu de procéder à la présentation des procurations (cf. supra note 8).

Votre Cour distingue la perte du caractère authentique de la nullité de l'acte ; ainsi la première chambre par décision du 28 octobre 1986, Bull. 1986, I n° 245 a jugé qu'un acte notarié ne valait 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 faisait perdre son caractère authentique ; en revanche, les mentions d'un acte notarié frappées de nullité ne pouvaient faire preuve comme écriture privée.

Un acte authentique doit faire, par lui même, la preuve de son existence légale.

La perte du caractère authentique est donc encourue en présence d'un vice de forme, et les obligations imposées par l'article 8 du décret relèvent du domaine de la forme.

L'article 1318 du code civil prévoit également une disqualification de l'acte dans l'hypothèse "d'un défaut de forme".

Il convient d'une part, de faire référence à la hiérarchie des normes, la loi est supérieure au décret et, dans le cas présent elle ne se cantonne point à quelques cas particuliers mais édicte une règle générale en présence d'un défaut de forme ; d'autre part, la question se pose de savoir pourquoi la loi devrait rester lettre morte en présence d'un défaut de forme sous prétexte de l'existence d'un texte réglementaire, non général, mais prévoyant des cas particuliers (art 23) ?

Se borner à refuser la sanction du défaut de forme par une disqualification de l'acte au motif que le notaire est un officier ministériel dont la parole fait foi devrait dès lors permettre de ne plus annuler des pièces de procédure pénale (PV des juges) dans l'hypothèse où le juge affirmerait que telle partie qui n'a pas signé était présente, a oublié de signer mais a approuvé l'écrit. N'est ce pas aller trop loin ?

Certes les constatations effectuées par le notaire ont une force probante jusqu'à inscription de faux, encore faut-il que le support de ces constatations, l'acte, soit régulier y compris en la forme.

Comme l'écrivait M. Grimaldi : *"Le notaire auquel la loi confie le soin de la forme, peut bien alerter le législateur des insuffisances ou des excès du formalisme légal, mais il ne lui appartient pas de s'en affranchir proprio motu"*⁹.

Un autre problème se pose en présence d'une procuration ayant plusieurs objets, comme en l'espèce, c'est à dire, la vente et le prêt.

L'arrêt attaqué constate que M. Z... ne conteste pas avoir signé une procuration en vue d'acquérir un bien immobilier et d'emprunter et précise :

"Attendu que l'examen de l'acte de vente du 4 novembre 2003 démontre que la procuration notariée du 17 juillet 2003 y est bien annexée, cette procuration portant la mention *"annexée à la minute d'un acte reçu par le notaire soussigné le 4 novembre 2003"* suivi de la signature du notaire ;

Que la procuration ayant plusieurs objets, elle ne pouvait être annexée qu'à l'un des actes, en l'occurrence l'acte de vente du 4 novembre 2003, référence à cette procuration étant porté dans les autres actes ;

Que les dispositions de l'article 8 du décret 71-941 du 25 novembre 1971 ont donc été respectés ?

Attendu ainsi que le moyen tiré du défaut d'annexion à la procuration à l'acte de prêt est infondé et doit être rejeté ; ..."

Comme l'a fait observer Ph.Delebecque (voir supra .8) le prêt et la vente sont des contrats distincts et donc des actes distincts et ne sont pas conclus entre les mêmes parties "... or le dépôt au rang des minutes est requis lorsqu'il y a lieu de justifier des pouvoirs à l'égard de cocontractants différents, alors que la procuration figure en un seul exemplaire ..." et d'ajouter : "...considérer que la procuration annexée à la vente en l'état futur d'achèvement équivaut à un dépôt au rang des minutes du notaire enfreint l'article 854 du code général des impôts qui interdit au notaire de recevoir un acte au rang des minutes sans dresser un acte de dépôt auquel le dit acte est annexé". Là encore l'impossibilité d'identification des parties est constitutive d'un défaut de forme lequel relève des dispositions de l'article 1318 du code civil.

En cet état j'émet un avis de rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 9 décembre 2011 (W 12-15.063) et logiquement un avis de cassation sur les 1^{er} et 3^e branches du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 14 octobre 2011 (K 11-28.688).

Il convient maintenant d'examiner la 2^e branche de ce dernier pourvoi et déterminer ce que recouvre le terme "Clerc".

Ce terme, en l'état des textes alors applicables, était-il réservé à une catégorie spécifique ou s'appliquait-t-il à toutes les personnes travaillant dans l'étude du notaire, tous les salariés de l'étude ?

En l'espèce M. Z... exposait que la personne par qui il avait été représenté lors de la signature des actes en date des 4 novembre et 1^{er} décembre 2003 n'était pas un clerc, mais une secrétaire et que dès lors il n'avait pas été valablement représenté.

Par l'arrêt attaqué les juges répondaient ainsi qu'il suit à cette argumentation :

⁹ M. Grimaldi, la scie ou la balle, Défrénois 2011, p.1569

“Mais attendu que cette contestation est infondée dès lors qu’il n’existe aucune définition légale de la fonction de clerc, qui doit être considérée comme exerçant de telles fonctions toute personne habituellement employée en l’étude notariale et qu’il n’est pas contesté que l’intéressée est employée en l’étude de Maître B... en qualité de secrétaire...”

L'article 11 du décret 71-941 du 26 novembre 1971 dispose :

“Art.11.- Les actes sont signés par les parties, les témoins et le notaire.

Ce dernier peut habiliter un ou plusieurs clercs afin de recevoir les parties et de recueillir leur signature. Toutefois, si l’une des parties le demande, le notaire est tenu de recevoir les parties et recueillir lui-même leurs signatures. Lorsque la signature des parties a été recueillie par un clerc, l’acte doit en outre être signé par celui-ci, porter mention de son identité et de l’habilitation qu’il a reçue à cet effet.

Il doit être fait mention à la fin de l’acte de la signature des parties, des témoins, du notaire et s’il y a lieu du clerc habilité.

Quand les parties ne savent ou ne peuvent signer, leur acte, leur déclaration à cet égard doit être mentionnée à la fin de l’acte.”

Un clerc peut donc être habilité par le notaire pour “recevoir les parties et recueillir leur signature”, dans ce cas son identité, mention de son habilitation et sa signature doivent figurer dans l’acte.

Aucun texte ne prévoit une telle habilitation pour une secrétaire.

D’autre part dans l’article 6 du décret du 5 juillet 1973 (n°73-609) relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d’accès aux fonctions de notaire est notamment prévue la présence d’un clerc en qualité de membre du jury national ; quant à l’article 7 il dispose :

“ Art 7.- Sont dispensées des conditions prévues au 5° et 6° de l’article 3, les personnes ayant exercé pendant douze ans au moins, dont six au moins dans les fonctions de principal ou de sous-principal clerc de notaire ou dans des fonctions comportant des responsabilités équivalentes, des activités professionnelles dans un office de notaire, dans un organisme statutaire de la profession ou dans un organisme notarial d’enseignement ou de recherche, si ces personnes remplissent en outre les conditions suivantes :

1° Etre titulaire du diplôme de premier clerc de notaire ;

2° Avoir subi avec succès les épreuves de l’examen de contrôle devant le jury national prévu à l’article 6.

L’admission à subir les épreuves de l’examen est prononcée par la garde des sceaux, ministre de la justice.”

L’accès à la qualification de clerc nécessite un examen, professionnel (cf. Mémoire ampliatif p.13 et 14).

Enfin résulte de la combinaison des articles 1317 du code civil, 11 et 23 du décret du 26 novembre 1971 que le défaut de signature par l’une des parties de l’acte authentique entache ledit acte de nullité.

Une secrétaire n’est pas un clerc.

L’arrêt attaqué, non seulement au regard des textes ci-dessous mentionnés, mais également compte tenu de la décision de la 1^{re} chambre de votre Cour, en date du 12 juillet 2012 (n° G 11-22.637) qui a rejeté un pourvoi au motif suivant : “... C’est à bon droit que la cour d’appel a retenu que l’ancienne appellation de clerc de notaire qui est employée dans la procuration litigieuse est réservée aux seuls collaborateurs de l’étude accomplissant des tâches juridiques avec une qualification adaptée ;”, et des arrêts de la 2^e chambre en date du 29 septembre 2011 (n° N 10-25.121 et F 10-21.343) qui a déclaré les pourvois non admis, encourt également la cassation sur la 2^e branche.

Les réponses aux questions posées au Conseil supérieur du notariat sont jointes au présent avis.

Ces réponses sont-elles convaincantes ?

Les dispositions de l'article 1318 du code civil, dispositions législatives, paraissent ignorées, mais il est affirmé que le législateur n'a pas voulu donner un caractère d'ordre public aux dispositions de l'article 8 du décret du 26 novembre 1971 dont le Conseil supérieur dans sa réponse semble méconnaître la portée du second alinéa. Le CSN fait également état de la pratique distinguant notamment deux catégories de clercs, le clerc habilité, et le clerc mandataire, définition englobant toute personne pouvant signer un acte en qualité de représentant, sans que soit exigé par ce représentant une quelconque connaissance de l'acte qu'il est appelé à signer, le contrôle relevant du seul notaire.

Les textes applicables à l'espèce ne prévoient cependant qu'un seul "clerc" dont la définition a été donnée, au regard des textes applicables, dans le corps du présent avis.

Enfin soutenir que faciliter la contestation d'un acte remettrait en cause la pratique des procurations ne paraît pas être un argument juridique.

J'ai donc en conséquence l'honneur de conclure :

- au rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 9 décembre 2011 (n° W 12-15.063) ;

- à la cassation de l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 14 octobre 2011 (n° K 11-28.688).