

## L'INSOUTENABLE IRREGULARITE DE L'ACTE AUTHENTIQUE

(La procuration et son annexion, suite)

Soulagement dans le Landerneau du droit notarial et bancaire, le sauvetage de l'acte authentique imparfait<sup>1</sup> a bien eu lieu. Toujours sur fond d'Affaire Apollonia<sup>2</sup> - vaste escroquerie aux placements immobiliers ayant conduit à la mise en examen d'une trentaine de personnes (notaires, cadres de banque et banques en tant que personnes morales), la question de l'annexion de la procuration à l'acte alimente à nouveau l'actualité judiciaire. Par deux décisions en date du 21 Décembre 2012<sup>3</sup> et <sup>4</sup>, l'une de cassation et l'autre de rejet, **sur avis non conforme du premier avocat général**, la chambre mixte, opérant un revirement, considère que l'obligation d'annexer la procuration à l'acte n'est assortie d'aucune sanction, l'article 1318 du Code civil n'étant pas applicable. Les actes irréguliers conservent donc, contre toute attente, leur force exécutoire.

A titre de rappel, dans le cadre d'acquisitions en VEFA, des procurations à l'effet d'acquérir et d'emprunter ont été reçues en brevet pour l'acquisition de plusieurs biens financés par différentes banques. Face à la défaillance des emprunteurs, massivement surendettés, des saisies et inscriptions d'hypothèque sur les biens acquis et sur le patrimoine préexistant des emprunteurs ont été mises en œuvre par les banques et contestées par les débiteurs. C'est donc à l'occasion de ces poursuites que l'irrégularité récurrente des actes authentiques s'est révélée, à savoir premièrement, que la procuration n'était pas annexée à l'acte à défaut d'être déposée au rang des minutes et, deuxièmement, que les débiteurs avaient été représentés à la signature de l'acte par une secrétaire alors que la procuration avait été donnée au profit d'un clerc.

Selon le communiqué de la chambre mixte du 21 Décembre 2012 « *Il résulte de la combinaison de l'article 23, devenu 41, du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 et de l'article 1318 du code civil que l'inobservation de l'obligation pour le notaire, prévue par l'article 8, devenu 21, de ce décret, d'annexer la procuration à un acte authentique à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire rédacteur de l'acte et, dans ce cas, de faire mention dans l'acte du dépôt de la procuration au rang des minutes, ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique et, partant, son caractère exécutoire. L'acte peut dès lors faire l'objet de mesures d'exécution.* »

Elle revient sur l'orthodoxie d'une série de cinq décisions rendues par la deuxième chambre civile le 7 juin 2012, aux termes desquelles elle sanctionnait par la perte du caractère authentique et donc de la force exécutoire, sur le fondement de l'article 1318 Cciv, des actes notariés qui ne répondent pas aux dispositions de l'article 21 (anc. Art 8) du Décret qui exigent d'annexer la procuration à l'acte à moins qu'elle ne soit déposée au rang des minutes du notaire ([5 espèces : Arrêt n°966, n° 11-15.439, 11-18.085<sup>5</sup>](#) ; [Arrêt n° 968, n°11-16.107<sup>6</sup>](#) ; [Arrêt n° 969, n° 11-15.112<sup>7</sup>](#) ; [Arrêt n° 970, n° 11-15.440<sup>8</sup>](#) ; [Arrêt n° 971, n°11-17.759 ; 11-19-022<sup>9</sup>](#)).

En l'espèce, les solutions retenues sont critiquables, la notion d'authenticité ne peut être préservée qu'en veillant au respect des exigences formelles. **La Chambre Mixte procède à une double validation rétroactive d'actes irréguliers par refus d'application de l'article 1318 du Code civil d'une part, et en recourant à une prétendue ratification tacite, d'autre part.**

### **1 - Refus d'application de l'article 1318 CCiv à l'acte irrégulier pour défaut d'annexion de la procuration :**

La chambre mixte revient sur l'orthodoxie de la jurisprudence de la deuxième chambre civile du 7 juin 2012 (5 arrêts) qui avait considéré que « *Ces actes étaient affectés d'une irrégularité qui leur faisait perdre leur caractère authentique, qui seul permet d'engager des poursuites sans disposer d'une décision judiciaire condamnant le débiteur à rembourser les sommes en cause. En l'état de ces arrêts les mesures conservatoires ou de saisie immobilière engagées par les établissements de crédit sont nulles et de nouvelles saisies ne pourront être effectuées que sur le fondement d'une décision judiciaire.* »

**On en déduit donc que l'article 1318 Cciv, inchangé depuis 1804, est purement décoratif, ce dont il est permis de douter d'autant que le Décret a été pris au visa des articles 1317 à 1321 Cciv. Selon le raisonnement suivi par la chambre mixte, seul l'article 23 devenu 41 comporte une sanction et le non respect des articles 8 devenu 21 et 22 du Décret n'est pas. Bien au contraire, ces dispositions s'articulent de façon cohérente.**

La combinaison des articles 1318 CCiv et 23 devenu 41 du Décret de 71 :

L'article 1317 CCiv 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'article 1318 CCiv poursuivant « **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** ». La loi ne distingue ici pas les irrégularités infectant l'acte. L'acte n'est authentique, à compter de sa signature par le notaire, que si les solennités et formes requises ont été respectées.<sup>10</sup> J. Carbonnier voyait même dans l'inobservation des règles de forme un cas d'inexistence.<sup>11</sup>

En application de l'article 1318 CCiv, il faut donc considérer que le non respect des dispositions de l'article 8 devenu 21 et 22 du Décret entraîne la perte du caractère authentique, sa force probante et force exécutoire. L'acte est nul en tant qu'*instrumentum* (conf Civ3ème, 7 Févr. 2012)<sup>12</sup>.

Toutefois, si l'acte authentique est, par excellence, considéré comme l'application la plus poussée du formalisme, il n'en demeure pas moins un acte consensuel, résultant de la volonté des parties que le notaire constate officiellement. Il doit ainsi dans sa fonction d'authentificateur, s'assurer de la compréhension du contenu de l'acte, recueillir le consentement (signature) des parties, la convention devant être l'expression exacte de la volonté des parties. L'acte enfin signé par le notaire et son sceau apposé, devient authentique et se voit conférer une exceptionnelle force probante, puisqu'il fait « *pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties...* » jusqu'à inscription de faux (art 1319), ainsi que la force exécutoire. L'obligation spécifique imposant l'annexion des procurations (art 8 devenu 21 et 22) à l'acte relève du même souci de vérification de l'existence du consentement donné et de son étendue. La représentation des parties lors de la signature de l'acte notarié rend dès lors indispensable l'annexion des procurations.

Dès lors, l'article 23 devenu 41 du Décret envisage une sanction particulière à des irrégularités dont la seule disqualification ne saurait suffire, disposant : « *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, 3, 4, aux premier et dernier alinéas de l'article 10 et à l'article 26 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.* »

L'insertion dans le Décret de l'article 23 (devenu 41) n'exclut pas l'acte authentique du champ d'application de l'article 1318 CCiv, qui ne prévoit que la disqualification de l'acte en acte sous seing privé, soit la nullité de l'acte en tant qu'*instrumentum*. Il prévoit une sanction appropriée, qui n'est simplement pas envisagée par l'article 1318 CCiv, à un vice infectant l'acte et qui en altère la véracité, la sincérité.

La combinaison des deux dispositions met ainsi en évidence l'existence d'un principe assorti de deux exceptions. Le principe posé à l'article 1318 CCiv prévoit que l'acte authentique infecté d'un défaut de forme est **nul en tant qu'*instrumentum*** et ne vaut que comme écriture sous seing privé. L'acte perd alors son authenticité qui seule confère la force probante, la seule présentation du titre ne fait plus présumer de la véracité de la convention et, partant, sa force exécutoire obligeant le créancier à recourir aux tribunaux pour en poursuivre l'exécution.

L'article 41 du Décret prévoit l'exception. D'une part, la nullité pourra être étendue de l'*instrumentum* au **negotium**, à défaut de signature des parties dans la mesure où l'acte est exigé **ad validitatem**. Exception à l'exception, la nullité pourra être réduite au seul *instrumentum* si, signé par toutes les parties, l'acte n'est pas signé du notaire.

En effet, en matière d'acte authentique, la signature est exigée *ad validitatem*, et non *ad probationem*, conditionnant ainsi la validité de l'acte authentique. L'article 10 du Décret du 26 Novembre 1971 (anc art 11), auquel renvoie l'article 41 du Décret, dispose que « *Les actes sont signés par les parties, les témoins et le notaire.* ». F. Terré<sup>13</sup> relève qu'en « *en matière d'acte authentique la signature apparaît encore plus essentielle que dans un acte sous seing privé* ». D'ailleurs, l'article 1316-4 CCiv, issu de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 relative à la preuve électronique dispose que « *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.* ». L'acte non signé par les parties est affecté en tant que *negotium* alors qu'il sera affecté en tant qu'*instrumentum* si l'acte n'est pas signé du notaire. C'est donc la portée de la sanction qui diffère.

Il a ainsi été récemment jugé, dans l'hypothèse d'une cession de parts sociales consentie par acte authentique non revêtu de la signature du notaire et signé par un seul des époux cédants, que l'irrégularité de l'instrumentum n'affectait pas le negotium : « *Mais attendu qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que la signature de l'épouse n'était pas nécessaire à la validité de la cession, la cour d'appel en a exactement déduit que si cet acte n'était pas authentique par un défaut de forme, il valait néanmoins comme acte sous seing privé établissant la cession intervenue entre ses signataires ; que le moyen n'est pas fondé* »<sup>14</sup>.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un acte dont la forme authentique n'était **pas requise ad validatem** (et dont l'exigence d'un écrit ne l'était pas plus) ce qui explique que selon la Haute Juridiction le défaut de signature, qui n'était pas obligatoire, constitue une irrégularité de forme qui affecte l'**instrumentum**, et non pas le negotium dont il constitue le support et qu'il n'atteint pas. L'acte vaut donc comme écriture sous seing privé conformément à l'article 1318 Cciv. Le défaut de signature du notaire, puisque l'on considère que l'acte était bien signé de toutes les parties, fait perdre le caractère authentique de l'acte qui rétrograde au rang de sous seing privé, le negotium restant valable. La solution est donc conforme d'une part, à 1318 du Code Civil qui prévoit, d'une façon générale que l'acte irrégulier ne vaut que comme acte sous seing privé et, d'autre part, à l'article 41 du Décret (anc 23) qui sanctionne, en les identifiant, et à défaut de signature de toutes les parties, les irrégularités qui affectent l'acte de nullité en tant qu'instrumentum mais pas en tant que negotium puisqu'il pourra encore valoir en tant que commencement de preuve de l'obligation qu'il contient.

C'est ainsi qu'il a antérieurement été jugé par décision du 28 octobre 2003, dans une espèce où la **forme authentique était exigée ad solemnitatem** s'agissant d'un acte de prêt hypothécaire, acte dont la signature du représentant de l'établissement prêteur faisait défaut, que « *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...* »<sup>15</sup>.

En l'espèce, la chambre mixte **constate l'existence d'une obligation textuelle mais considère que son inobservation n'est pas sanctionnée**. Ce faisant, elle abroge une sanction légalement prévue et inchangée depuis 1804. L'acte, une première fois irrégulier reste authentique et, partant, exécutoire.

Retour sur la reproduction de la procuration à la copie exécutoire : La question mérite de nouveau quelques observations courtes nonobstant les décisions rendues par la chambre mixte. En effet, un retour à meilleure fortune du droit n'est pas impossible. Elle soulève une problématique qui n'est pas négligeable relative à la contestation d'une mesure d'exécution prise en vertu d'un titre exécutoire.

L'obligation d'annexer la procuration à l'acte notarié n'est pas contestée bien qu'elle ne soit pas sanctionnée en l'état de la jurisprudence récente. Seule l'obligation de reproduire la procuration à la copie authentique, en l'occurrence exécutoire, l'est. Or, le formalisme imposé par l'article 8 ancien, qui diffère de l'article 21, conforte la thèse selon laquelle la copie exécutoire doit reproduire la procuration (conf. Ph Delebecque)<sup>16</sup>.

L'acte contesté dans l'un des arrêts (1<sup>ère</sup> espèce) était relatif à un acte de 2003 soumis à l'article 8 anc du Décret. En l'espèce, la cour d'appel avait déclaré les saisies pratiquées irrégulières jugeant, au vu de la copie exécutoire : « *Il n'est pas indiqué que la procuration est annexée à l'acte ni qu'elle est déposée au rang des minutes des notaires, 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 et 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* ».

Dans son pourvoi, la banque poursuivante tentait de recentrer le débat sur l'absence d'obligation d'annexer la procuration à la copie exécutoire, ayant en sa faveur un arrêt du 7 Février 2012<sup>17</sup> qui avait considéré s'agissant d'un acte qui portait mention de l'annexion de la procuration mais dont la copie exécutoire ne comportait pas la pièce en annexe : « *Attendu, d'une part, qu'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 et déduit à bon droit que cette mention faisait foi jusqu'à inscription de faux ...* ».

Toutefois, les faits de l'espèce étaient différents de ceux ayant donné lieu à l'arrêt du 7 Février 2012. En l'occurrence, l'acte ne comportait pas en annexe la procuration et ne portait pas mention d'un dépôt en minute. En outre, l'acte reçu en 2003 était soumis aux dispositions de l'ancien article 8 du Décret aux termes

duquel « *les pièces annexées à l'acte doivent être revêtues d'une mention constatant cette annexe et signée du notaire* », l'alinéa 2 disposant 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.* »

Les exigences formelles de l'article 8 diffèrent de celles des articles 21 et 22 du Décret n°2005-973 du 10 Août 2005 en vertu desquels « *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* » ( art 21) et « *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.* » (art 22 al 1<sup>er</sup>)

Dans sa version initiale, le Décret impose l'annexion de la procuration à l'acte mais ne comporte pas d'obligation de mentionner dans l'acte les pièces annexées, ces dernières devant uniquement être revêtues d'une mention d'annexion et de la signature du notaire. Par contre, à défaut d'avoir procédé à l'annexion de la procuration, l'acte devra porter mention du dépôt de la procuration au rang des minutes. **Ce formalisme suggère donc que la procuration devra être reproduite à la copie exécutoire. A défaut, il est en effet impossible de constater le respect ou le non respect de l'obligation prescrite à l'article 8 ancien. La simple présentation du titre doit permettre de constater sa régularité.**

La jurisprudence selon laquelle la copie exécutoire n'a pas à reproduire les annexes de la minute apparaît contestable. D'ailleurs, une abondante doctrine considère que la copie exécutoire est une reproduction littérale certes, mais également intégrale de la minute (J. L. Mouralis<sup>18</sup>, S. Lamiaux<sup>19</sup>, Ph. Delebecque<sup>20</sup>, B. Gelot<sup>21</sup>, J. de Poulpiquet<sup>22</sup>, D. Montoux et M. Corre<sup>23</sup>). De surcroît, l'absence de reproduction de l'annexe à la copie exécutoire apparaît encore plus contestable dans l'hypothèse soumise à l'appréciation de la chambre mixte où les dispositions applicables étaient celles du Décret de 71 dans sa rédaction d'origine.

En effet, s'il n'y a pas lieu de reproduire les annexes dans la copie exécutoire, sur quels critères peut-on raisonnablement contester l'acte et, éventuellement, s'inscrire en faux comme le suggère l'arrêt du 7 Février 2012? De surcroît, l'inscription de faux apparaît, s'agissant de l'annexion de la procuration, inappropriée comme étant constitutive d'un obstacle à l'accès au juge au regard de la lourdeur de la procédure et des conséquences susceptibles d'en découler. En effet, faut-il que le débiteur à défaut de pouvoir constater, sur simple présentation du titre de sa régularité, s'adonne systématiquement au jeu de la roulette russe et s'inscrive en faux, laissant le hasard décider. Or, il est raisonnable, en règle générale, de penser que les procurations ne seront simplement pas reproduites dans la copie mais bien annexées à la minute. Il suffira alors au créancier de solliciter une seconde copie exécutoire (à l'issue de la première instance). Restent donc les cas où effectivement les actes ne répondent pas aux prescriptions des articles 8 et 21 du Décret et doivent pouvoir faire l'objet d'une contestation dans des conditions que le justiciable doit pouvoir apprécier.

Enfin, par une deuxième validation rétroactive de l'acte irrégulier, la chambre mixte rend « *l'acte irrégulier authentique* » incontestable.

## **2 - La validation de l'acte irrégulier pour inexistence du mandat par la ratification tacite :**

Irrégulier en raison de l'inobservation de l'obligation de l'article 8 devenu 21 et 22 mais demeurant authentique, l'acte infecté par une autre irrégularité, l'inexistence de mandat, est sauvé une seconde fois en faisant une application contestable de la ratification tacite.

Mise au clair implicite sur le clerc : un clerc de notaire n'est pas une secrétaire notariale : Outre l'irrégularité résultant du défaut d'annexion de la procuration ou de son dépôt au rang des minutes (2<sup>ème</sup> espèce), les débiteurs avaient été représentés par une secrétaire notariale alors que la procuration avait été donnée à un clerc de l'étude. Se posait donc la question de la régularité de l'acte de prêt et, plus précisément, celle de savoir si une secrétaire pouvait être assimilée à un clerc ?

J.F. Pillebout et J. Yaigre, relativement aux auxiliaires du notariat distinguent « *les Clercs, soit futurs notaires, soit spécialistes des questions notariales, qui sont des collaborateurs immédiats du notaire pour l'élaboration et la rédaction des conventions* » et « *les employés, qui comprennent le personnel affecté à la caisse et à la comptabilité et aussi les secrétaires* ». <sup>24</sup> La chambre mixte devait certainement faire siennes de ces définitions puisqu'elle considère que les parties ont été représentées par une tierce personne dépourvue de mandat.

En vertu de l'article 10 (11 ancien) du Décret de 71 « *L'acte doit être signé par les parties, les témoins et le notaire.* ». A défaut de comporter la signature des parties, la sanction doit être recherchée non dans l'article 1318 CCiv mais dans l'article 41 du Décret selon lequel « *Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> (1er 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 10 et à l'article 26 du présent décret est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties...* ». Dès lors, l'acte ayant été signé par une tierce personne dépourvue de mandat, il y a lieu de considérer qu'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties et, par voie de conséquence, qu'il est nul en tant que negotium.

A cette question, la chambre mixte implicitement en considérant que le mandat litigieux avait été **ratifié** par l'exécution du contrat de prêt par les débiteurs. La ratification apparaît là encore contestable.

L'impossible ratification tacite du mandat litigieux : Le débiteur soutenait dans son pourvoi que la confirmation d'un acte vicié nécessitait simultanément la connaissance du vice et l'intention de le réparer conformément à l'article 1338 CCiv selon lequel « *L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.* » Toutefois, l'alinéa 2 dispose : « *A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.* »

La confirmation doit être distinguée de la ratification prévue à l'article 1998 Cciv qui dispose : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.* ». Le mandant peut donc être tenu de ce qui a été fait par **un tiers** sans pouvoir ou au-delà du pouvoir qui a été donné s'il ratifie l'acte du mandataire. Il s'agit d'un mandat rétroactif. Comme pour la confirmation, la ratification peut être expresse ou tacite. Tacite, elle résulte d'actes, faits ou circonstances qui manifestent, **sans équivoque**,<sup>25</sup> de la part du mandant la volonté certaine de ratifier (Civ2ème, 2 Déc. 1935, DH, 1936.52 ; Civ1ère, 9 Oct 1991, Bull.civ., I, n° 254 ; 4 Mars 1997, D.1998, somm. 179, obs Hallouin). En outre, si l'exécution du contrat peut valoir ratification tacite des actes du mandataire, il n'en demeure pas moins qu'elle doit répondre aux conditions de fond de la ratification. En l'occurrence, le mandant doit avoir connaissance de ce que le mandataire avait outrepassé le mandat (Civ. 16 juill. 1934, S. 1934. 1. 326. ; 30 déc. 1935, DH 1936. 81). La ratification doit donc être faite volontairement et **en toute connaissance de cause**.<sup>26</sup>

**La question qui se pose essentiellement est celle de savoir si la ratification est possible en matière d'acte authentique ?** En effet, selon l'article 11, devenu l'article 10, du Décret « *Les actes sont signés par les parties et le notaire.* » sous peine de nullité de l'acte en vertu de l'article 23 du Décret, devenu 41, disposant que « *Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues (...) aux premier et dernier alinéas de l'article 11 (...) 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.* »

Selon J. de Poulpiquet « *lorsque l'acte authentique n'est pas signé par toutes les parties, ou lorsqu'il n'est pas signé par le notaire, s'il s'agit d'un acte solennel, la nullité encourue est la nullité absolue, soumise à la prescription autrefois trentenaire et désormais décennale (...) rien ne peut subsister de l'acte écrit notarié.* »<sup>27</sup> La doctrine s'accorde sur ce point (conf notamment J.L Mouralis<sup>28</sup>).

En matière d'acte authentique la signature est exigée, non pas ad probationem mais ad validitatem. La sanction du défaut de signature est dès lors la nullité absolue de l'acte (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 1972, Gaz. Pal. 1973. 1. 252, note Viatte ; JCP 1973. II. 17461, note Dagot ; Civ 1<sup>ère</sup>, 12 juill. 2007, n° 06-10.362 , Bull. civ. I, n° 267 ; D. 2007. AJ 2161 ; AJDI 2007. 862), un tempérament étant apporté lorsque l'acte, non signé par le notaire, l'est de toutes les parties (dans la mesure où la signature du notaire n'est pas exigée ad validitatem). Dans cette hypothèse en effet, l'article 1318 CCiv s'applique conformément aux articles 11, devenu 10, et 23, devenu 41, du Décret. (conf J. L. Mouralis <sup>note 28</sup> dont les explications sont lumineuses sur ce point.)

Or, l'acte entaché de nullité absolue ne saurait être confirmé ou ratifié. Il a ainsi été jugé qu'une vente, nulle pour défaut de prix, est entachée d'une nullité absolue qui n'est susceptible ni de confirmation ni ratification.<sup>29</sup> Cependant, la Cour de Cassation a considéré que « *Si l'acte nul, de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de la nullité a cessé.* »<sup>30</sup>

En l'espèce, la représentation lors de la signature d'un acte authentique par une personne dépourvue de pouvoir a bien pour conséquence que l'acte n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties comme l'exige l'article 11 devenu 10 du Décret. Il en résulte donc que l'acte de prêt est entaché d'une nullité absolue qui n'est susceptible d'aucune ratification (ou confirmation), la cause de la nullité n'ayant de surcroît pas cessé.

A supposer, comme le fait la chambre mixte, que l'acte soit encore susceptible de ratification, il s'avère qu'en l'espèce, le mandant ne pouvait avoir connaissance du fait qu'il était représenté par une tierce personne (une secrétaire) dépourvue de pouvoir, la procuration ayant été reçue au profit d'un clerc de notaire.

En effet, l'original des procurations en brevet, à l'effet d'emprunter et d'acquérir plusieurs biens financés par différentes banques, n'a jamais été remis aux débiteurs. Or, il est admis, dans cette hypothèse, que l'original de la procuration est remis au mandant à charge pour lui de la remettre au notaire chargé de recevoir l'acte. Il est ainsi admis que « *La procuration peut être établie en brevet et l'original de l'acte remis au mandant ou au mandataire si elle est destinée à servir à une opération unique.* » S'agissant d'une procuration devant servir à plusieurs actes, il est alors précisé : « *En revanche, si la procuration doit servir à plusieurs occasions (...) ou à la réalisation d'opérations multiples, le notaire établira l'acte en minute, le conservera et en délivrera autant de copies (authentiques) que nécessaire.* »<sup>31</sup>

En l'espèce, la procuration était en brevet, bien que destinée à servir à plusieurs opérations, et les mandants n'ont jamais été en possession de l'original ou d'une copie. Le recours à la procuration en brevet par les notaires, sans remise de l'original aux mandants, a pour conséquence qu'il devient impossible de révoquer le mandat. Sachant que dans cette affaire dite Apollonia, dont l'instruction a d'ores et déjà abouti à la mise en examen de notaires des chefs de faux en écriture publique et usage, et complicité d'escroquerie en bande organisée<sup>32</sup>, les conditions dans lesquelles ces derniers semblent avoir exécuté leur mission sont des plus fantaisistes et ne sont pas dispensées dans les manuels.

Donc, d'une part, l'exécution du contrat dans cette hypothèse précise sera toujours antérieure à une éventuelle connaissance de l'inexistence du mandat compte-tenu du temps qui s'écoule, plusieurs mois, entre la signature de l'acte et la réception d'une expédition de l'acte par l'acquéreur. Dans cet intervalle de temps, l'emprunteur a évidemment commencé à exécuter son contrat. D'autre part, quand bien même les emprunteurs auraient reçu une expédition de l'acte avant d'exécuter le contrat, la condition liée à la connaissance de l'inexistence du mandat ne serait pas remplie, les procurations n'étant pas annexées à l'expédition voire à la minute. La ratification des débiteurs par l'exécution du contrat ne pouvait donc pas être retenue dans cette hypothèse, les conditions de fond n'étant pas réunies.

Cette double validation rétroactive d'actes irréguliers invite à s'interroger sur les vertus généralement attribuées à l'acte notarié et, plus particulièrement, à celle de la sécurité (devenue insécurité ?) juridique que représente l'intervention d'un notaire et, accessoirement, à celle du recours à la procuration. Il n'est pas certain que cette victoire ne soit pas une victoire à la Pyrrhus...<sup>33</sup>

La notion d'authenticité de l'acte telle que redéfinie par la chambre mixte appelle également à s'interroger sur sa compatibilité avec la notion d'authenticité telle que définie par le droit communautaire<sup>34</sup>, à plus forte raison lorsque que l'on considère que l'acte authentique sera, dans un avenir proche, exécutoire au sein de l'Europe sans nécessiter d'exequatur. Par ailleurs, ces arrêts rendus par la chambre mixte qui valident rétroactivement des actes irréguliers soulèvent également la question de leur compatibilité avec la Cedh.

---

<sup>1</sup> P. Delebecque, JCP G 2012, doct. 263 : *L'acte authentique imparfait. Observations sur le défaut d'annexion des procurations dans un acte notarié*

<sup>2</sup> « *La procuration et son annexion* » par Isabelle SOURDILLE (<http://www.village-justice.com/articles/procuration-annexion,12342.html>) et (<http://village-notaires.com/La-procuration-et-son-annexion-Par>)

<sup>3</sup> Chbre mixte, 21 Déc. 2012, n°11-28.688 (1<sup>ère</sup> espèce : arrêt de cassation relatif à un acte de prêt de 2003 ne comportant pas en annexe la procuration ni mention relative à un dépôt au rang des minutes.)

<sup>4</sup> Chbre mixte, 21 Déc. 2012, n°12-15.063 (2<sup>ème</sup> espèce : arrêt de rejet relatif à un acte de prêt auquel la procuration n'était pas annexée à l'acte notarié à la représentation par une secrétaire à la signature de l'acte de prêt alors qu'elle avait été donnée au profit d'un clerc. De surcroît la procuration était annexée à la minute d'un autre selon l'arrêt, ce qui posait la question de savoir si l'annexion à l'acte de vente valait dépôt au rang des minutes. Implicitement, elle répond par la négative considérant que l'inobservation de l'article 8 devenu 21 n'est pas sanctionnée.)

<sup>5</sup> Civ2ème, 7 juin 2012, n°966, pourvois n°11-18-085 et 11-15.439 ; (1<sup>ère</sup> espèce : arrêt de rejet relatif au défaut d'annexion de la procuration authentique à la copie exécutoire laquelle ne comporte pas mention relative à l'annexion de la procuration à l'acte ou d'un dépôt au rang des minutes)

<sup>6</sup> Civ2ème, 7 juin 2012, n°968, pourvoi n°11-16.107 ; (2<sup>ème</sup> espèce : arrêt de rejet relatif à l'absence de mention de dépôt de la procuration au rang des minutes à défaut d'être annexée à l'acte, d'où il résulte que la procédure d'inscription en faux ne s'applique pas)

<sup>7</sup> Civ2ème, 7 juin 2012, n°969, pourvoi 11-15.112 ; (3<sup>ème</sup> espèce : arrêt de rejet relatif au défaut d'annexion de la procuration authentique à la copie exécutoire qui ne comportait pas de mention relative à l'annexion de la procuration à l'acte ou d'un dépôt au rang des minutes)

<sup>8</sup> Civ2ème, 7 juin 2012, n°970, pourvoi 11-15.440 ; (4<sup>ème</sup> espèce, arrêt de rejet relatif au défaut d'annexion de la procuration authentique à la copie exécutoire qui ne comportait pas de mention relative à l'annexion de la procuration à l'acte ou d'un dépôt au rang des minutes)

<sup>9</sup> Civ2ème, 7 juin 2012, n°971, pourvois n°11-17.759 et 11-19.022 ; (5<sup>ème</sup> espèce : arrêt de cassation partielle relatif au défaut d'annexion de la procuration authentique à l'acte ou de dépôt au rang des minutes sans que l'annexion de la procuration à minute d'un acte de vente puisse valoir de dépôt au rang des minutes)

<sup>10</sup> Responsabilité des notaires, J. de Poulpiquet, Dalloz 2009/2010 p. 40 « Énumération des principales règles de forme »

<sup>11</sup> J. Carbonnier, Les Obligations, Tome 4, n° 98 et 104, Ed. Thémis (selon lequel « *la forme est comme une cinquième condition essentielle pour la validité des conventions ; elle leur donne l'être (forma dat esse rei). En son absence, l'accord de volontés, resté à l'état purement consensuel, est impuissant à faire naître des obligations, l'opération est atteinte de nullité absolue, sinon d'inexistence.* »)

<sup>12</sup> Civ3ème, 7 Févr. 2012, pourvoi n° 11-11.206, non publié

<sup>13</sup> Introduction générale au droit par François Terré, Précis Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition

<sup>14</sup> Civ1ère, 28 Sept. 2011, pourvoi n°10-13.733 ; Defresnois, 15 janv. 2012, n°1, p. 22, Comm. Anne Rabreau (en l'espèce, il s'agissait d'une cession de parts sociales consentie par acte authentique. L'acte présentait la particularité de ne pas être signé ni par le notaire ni par l'épouse du cédant)

<sup>15</sup> Civ1ère, 28 Oct. 2003, pourvoi n°01-02.654, publié au Bulletin.

<sup>16</sup> Conf note 1 préc.

<sup>17</sup> (conf note 1 préc.)

<sup>18</sup> J.L. Mouralis Dalloz, Répertoire de droit civil – La preuve (« *la grosse est une copie intégrale de la minute, revêtue de la formule exécutoire. L'expédition est une copie intégrale de la minute ne comportant pas la formule exécutoire.* »)

<sup>19</sup> S. Lamiaux, JCP Notariale et Immobilière n° 47, 20 Novembre 2009, 1313 : *Copie exécutoire du prêt constaté par acte notarié et annexes. - Une question loin d'être annexe* (repenant l'article 1er de la loi n° 76-519 du 15 juin 1976 en conclut qu'« *Il résulte donc de ces dispositions que la copie exécutoire de l'acte de prêt doit contenir la reproduction intégrale de la convention et de ses annexes. En particulier s'agissant de ces dernières pièces, la copie exécutoire doit en principe comporter leur copie littérale*»)

<sup>20</sup> note 14 préc.

<sup>21</sup> Civ1ère, 7 oct. 1997, Defresnois 30 avril 1998 p. 533, B. Gelot

<sup>22</sup> J. de Poulpiquet, Dalloz 2009/2010, Responsabilité des notaires

<sup>23</sup> JurisClasseur, Formulaire notariale, fascicule 200, D. Montoux et Michel Corre, n°43 (« *Les minutes des actes devant rester en possession du notaire, les intéressés ne peuvent avoir que des copies de l'acte, soit une expédition ou copie authentique (reproduction intégrale du texte de la minute), soit une copie exécutoire, qui est une copie authentique revêtue de la formule exécutoire, soit un extrait (reproduction partielle de l'acte)* »).

<sup>24</sup> J.F Pillebout et J. Yaigre, Droit professionnel notarial, 8<sup>ème</sup> édition, Litec

<sup>25</sup> Répertoire de droit civil, Le Mandat, Philippe le Tourneau.

<sup>26</sup> Civ1ère, 4 Mars 1997, D.1998, somm. 179, obs Hallouin

<sup>27</sup> Responsabilité des notaires, J. de Poulpiquet, Dalloz 2009/2010 p. 40 « Énumération des principales règles de forme ».

<sup>28</sup> Rép. Droit civil, J. L. Mouralis, La Preuve, Janv. 2011, n° 93 et 149 « 93. Sanction de l'absence de signature. - L'acte qui ne serait pas signé du notaire n'aurait évidemment aucun caractère authentique. Il pourrait pourtant valoir comme acte sous seing privé s'il était signé de toutes les parties à l'acte. » et « 149. La question qui se pose à propos d'un acte authentique nul est de savoir s'il peut encore faire la preuve de son contenu. La réponse est évidemment négative lorsque l'authenticité était requise « *ad validitatem* ». C'est le cas des actes solennels dont la validité est subordonnée à la rédaction d'un acte authentique. Leur constatation dans un acte non authentique ne laisserait rien à prouver sinon que l'acte juridique, le negotium, n'a pas été légalement passé. Au contraire, lorsque l'acte authentique n'est destiné qu'à prouver l'opération juridique qu'il constate, l'irrégularité qui l'affecte ne lui enlève pas nécessairement toute force probante. »

<sup>29</sup> Com, 30 Nov. 1983 ; Gaz. Pal. 1984. 2. 675, note Calvo

<sup>30</sup> Civ1ère, 8 janv. 1985, Bull. civ. I, n° 381 ; R 1976-1977. 177, note Breton ; JCP 1977. II. 18625, note Patarin ; Gaz. Pal. 1977. 2. 451, note Vialatte / Soc 25 Juin 1996 ; Bull. civ. V, n° 255 – Ghestin, note D. 1974. 239.

<sup>31</sup> Memento pratique 2010-2011, Francis Lefebvre, Vente Immobilière, p. 315, n°14554 ; J.F Pillebout et J. Yaigre, Droit professionnel notarial, n° 195, 8<sup>ème</sup> édition, Litec

<sup>32</sup> Crim, 19 Oct. 2011, n° 11-85.605 ; Crim, 8 Nov. 2011, n° 11-85.759 ; Crim 8 Nov. 2011, n° 11-85.616

<sup>33</sup> Gazette du Palais, 25 avril 2006 n° 115, p. 25, **M. Grimaldi** : *La scie ou la balle* (« *Enfin, 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. Et puisse-t-il ne pas oublier qu'une critique du formalisme, de son rythme et de son*

---

*coût, est aussi peu ou prou une contestation de sa raison d'être. Gare à ne pas scier la branche sur laquelle on est assis... ni à se tirer une balle dans le pied... »*

<sup>34</sup> C.J.C.E., 17 juin 1999 (aff. C 260/97) **Defrénois** 1999, art. 37078, n° 3, p. 1315, obs. R. Crône ; **D.** 1999, IR, p. 192. ; CJUE, gde ch., 24 mai 2011, n° C-47/08, Commission c/Belgique, n° C-50/08, Commission c/France, n° C-51/08, Commission c/Luxembourg, n° C-53/08, Commission c/Autriche, n° C-54/08, Commission c/Allemagne, n° C-61/08, Commission c/ Grèce (6 arrêts)