

Monsieur Pierre Callé

*Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université de Caen
Directeur du Centre de recherches en droit privé (EA 967)
Membre du Comité français de droit international privé*

La présente consultation a pour objet d'apprécier la sanction attachée à l'absence d'annexion d'une procuration à un acte authentique.

I. – L'article 8 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2005-973 du 10 août 2005, disposait que :

« Les pièces annexées à l'acte doivent être revêtues d'une mention constatant cette annexe et signées 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 ».

Cette disposition est en substance aujourd'hui reprise aux articles 21 et 22 du décret issu de la réforme du 10 août 2005 qui dispose :

« 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 ».

« 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 ».

Il ressort de ces textes deux règles distinctes.

Première règle : l'obligation d'annexer les procurations à l'acte authentique ou de les déposer au rang des minutes du notaire rédacteur de l'acte, avec mention dans l'acte du dépôt. Pour Michel Dagot, cette règle s'articule autour d'un principe et d'une exception. Le principe est que la procuration doit être annexée à l'acte ; l'exception étant la possibilité d'un dépôt au rang des minutes du notaire. *« Cette solution paraît exclure la possibilité que le dépôt ait lieu dans un étude autre que celle du rédacteur de l'acte principal, même si le confrère en cause participe à l'élaboration et à la signature de l'acte principal, comme conseil de l'une des parties. Le vœu de la loi est que le notaire qui reçoit l'acte principal soit en possession de la procuration »* (« L'annexe à un acte notarié », in *Liber amicorum Georges Daublon*, Defrénois, 2001, p. 77 et s., spéc. p. 86). En cas de dépôt au rang des minutes, il convient d'ailleurs de faire mention dans l'acte de ce dépôt, d'une manière suffisamment précise pour que puisse être aisément retrouvée la procuration, ce qui suppose que soit précisée la date du dépôt et de la procuration. Et sauf dépôt au rang des minutes, les procurations constituent donc une annexe obligatoire. Il est à noter que le décret n'impose l'annexion obligatoire d'aucun autre document.

Deuxième règle issue du décret du 10 août 2005, pour les documents qui sont annexés, obligatoirement ou volontairement, par le notaire rédacteur de l'acte, l'acte notarié doit en porter mention.

II. – Il n'est donc pas contestable que le décret, que ce soit dans sa rédaction antérieure ou postérieure au 10 août 2005, impose l'annexion des procurations à l'acte authentique ou au moins leur dépôt au rang des minutes du notaire rédacteur de l'acte. En revanche, le texte reste muet à propos des éventuelles sanctions en cas d'absence d'annexion des procurations en violation de l'article 21 du décret. Deux sanctions peuvent être écartées.

D'une part, la nullité du *negotium* contenu à l'acte auquel la procuration aurait dû être annexée. La Cour de cassation a pu clairement juger qu'aucune nullité n'était encourue à raison de la violation de l'article 21 du décret : « *il résulte de l'application combinée des articles 8 et 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, dans sa rédaction alors applicable, que 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* » (Cass. 2^e civ., 11 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.606). L'absence d'annexion des procurations n'atteint pas le rapport de droit contenu à l'acte authentique dans sa substance.

D'autre part, la nullité de la procuration. L'imperfection d'une annexe contenant procuration n'affecte pas davantage le pouvoir donné par le mandant au mandataire. La solution a là encore été clairement jugée (Cass. ch. mixte, 16 novembre 2007, Bull. civ., n° 11 ; JCP G 2008. II. 10019, note O. Salati). Cette jurisprudence s'explique aisément. La procuration n'est en soi qu'un acte sous seing privé, qui doit répondre aux conditions de validité de tout acte juridique. Les éventuelles irrégularités de l'annexe, ou plus radicalement l'absence d'annexion, n'empêchent pas la procuration en tant que telle d'être parfaitement valable si ses conditions de validité sont réunies par ailleurs.

III. – Il paraît cependant exclu que la violation de l'article 21 reste sans sanction. La procuration est en effet une pièce essentielle pour pouvoir vérifier la capacité des parties, et donc, la validité de l'acte. L'obligation d'annexer les procurations permet de s'assurer que le notaire a effectivement vérifié la qualité des personnes qui prétendaient représenter une partie à l'acte, préalable indispensable à l'authentification. A défaut d'annexion, ne peut être garanti le fait que le notaire ait vérifié le pouvoir des représentants mentionnés dans l'acte à engager valablement le bénéficiaire de la procuration. Le fait de stipuler dans un acte de prêt que telle personne agit en vertu des pouvoirs annexés à l'acte implique que le notaire a personnellement vérifié le pouvoir ou la chaîne de pouvoirs qui lui est donné. C'est pour s'en assurer que le législateur a rendu obligatoire l'annexion des procurations.

Comme le rappelle parfaitement Philippe Delebecque, « *on ne saurait considérer que l'irrégularité constatée n'appelle aucune sanction. Comment pourrait-on conclure à la validité de l'acte passé par procuration, alors que l'acte fait état de procurations, renvoie à des annexes, mais que les annexes ne sont pas rapportées ? L'absence des procurations 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 ?* » (« L'acte authentique imparfait – Observations sur le défaut d'annexion de procurations dans un acte notarié », JCP 27 février 2012. 263, spéc. n° 12).

On ajoutera que l'annexion des procurations aux actes pour lesquels elles ont été données permet aux parties de mesurer la portée des engagements pris. Ainsi, en présence d'une procuration donnée pour acquérir plusieurs immeubles et emprunter les sommes nécessaires à cette fin, cette dernière doit être annexée aux actes de vente et aux différents contrats de prêt. Si cette règle n'est pas respectée, tandis que la procuration concernerait l'acquisition de plusieurs lots financés par des crédits souscrits auprès d'établissements bancaires différents, ces derniers seraient dans l'impossibilité de prendre la mesure des engagements pris, notamment les multiples acquisitions, et donc d'apprécier la solvabilité de l'acquéreur. Une procuration pour acquérir et emprunter ne peut donc être uniquement annexée à l'acte d'acquisition, sans être également annexée à l'acte de prêt. Au regard de l'article 21 du décret, l'annexion à l'acte de vente ne peut en effet équivaloir à un dépôt au rang des minutes du notaire rédacteur de l'acte de prêt. Considérer que la procuration annexée à l'acte de vente équivaldrait à un dépôt au rang des minutes du notaire rédacteur de l'acte de prêt constituerait une violation de l'article 854 du Code général des impôts qui interdit à un notaire de recevoir un acte en dépôt sans dresser acte du dépôt (en ce sens, Ph. Delebecque, art. préc. spéc. n° 16). Tout dépôt au rang des minutes d'un notaire, à l'exception des testaments, doit faire l'objet d'un acte de dépôt (art. 854 CGI), acte de dépôt qui n'existe pas si la procuration est annexée à un autre acte. De surcroît, même annexée à l'acte de vente (correspondant au bien faisant l'objet d'un financement par une banque X), on s'interroge sur l'annexion aux autres actes de ventes des biens financés par d'autres établissements puisqu'il ne peut y avoir qu'une procuration en brevet en original. Dans l'hypothèse d'une procuration pour acquérir et emprunter émise en brevet, donc en un seul exemplaire, faute matériellement de pouvoir être annexée à deux actes différents, seul le dépôt au rang des minutes du notaire rédacteur des actes, avec mention dans les actes de ce dépôt, est susceptible de satisfaire les exigences légales.

Plusieurs décisions de juridictions de fond ont à cet égard jugé que l'absence d'annexion des procurations à un acte authentique de prêt, jointe à l'absence de dépôt au rang des minutes du notaire rédacteur, privait ledit acte de son caractère exécutoire (CA Toulouse, 17 janvier 2011, n° RG 10/02238 ; CA Toulouse, 17 janvier 2011, n° RG 10/01492 ; CA Toulouse, 17 janvier 2011, n° RG 10/03349 ; CA Orléans, 16 mars 2011, n° RG 10/02632 ; CA Montpellier, 12 mai 2011, n° RG 10/08565 ; CA Versailles, 15 septembre 2011, RG n° 10/05516 ; CA Nîmes, 2 novembre 2011, n° RG 10/04894 ; CA Grenoble, 10 janvier 2012, RG n° 11/00106 ; CA Versailles, 26 janvier 2012, RG n° 11/01883 ; CA Versailles, 26 janvier 2012, RG n° 11/01892 ; CA Grenoble, 6 mars 2012, RG n° 11/01086 ; CA Montpellier, 7 mars 2011, n° RG 10/08649 : « à défaut d'annexion de la procuration à l'acte de prêt pour lequel elle a été prise et à défaut de dépôt de ladite procuration au rang des minutes qui aurait, seul pu suppléer cette absence d'annexion, les conditions de forme prescrites aux articles 21 et 22 du décret précité ne sont pas réunies, de sorte qu'en application de l'article 1318 du Code civil, l'acte de prêt peut valoir comme écriture privée, mais en aucun cas comme acte authentique ». V. dans le même sens, pour une procuration annexée, mais irrégulière, CA Aix-en-Provence, 27 janvier 2012, n° 2012/64).

IV. – Un arrêt du 10 février 2011 est parfois invoqué comme ayant retenu une solution contraire (Cass. 2° civ., 10 février 2011, pourvoi n° 10-13.714). Mais sa lecture ne permet pas de lui donner une telle portée.

Pour censurer la décision de la Cour d'appel de Rennes qui avait jugé que l'acte litigieux,

fondement des poursuites, ne constituait pas un titre exécutoire, la Cour de cassation a relevé qu'il était indifférent qu'il n'ait pas été fait mention sur la procuration de son rattachement en tant qu'annexe. En d'autres termes, ce n'est pas le défaut d'annexion qui constituait l'éventuel vice de l'acte, la procuration étant bien annexée à l'acte notarié, mais le fait que l'annexion de cette pièce n'avait pas été mentionnée sur l'annexe.

De plus, dans l'hypothèse ayant donné lieu à cet arrêt, les feuilles de l'acte notarié et de ses annexes avaient été, lors de la signature par les parties, réunies par un procédé empêchant toute substitution ou addition. Or, lorsque les feuilles de l'acte - corps de l'acte et de ses annexes - sont réunies par un procédé empêchant toute substitution ou addition, il n'y a pas lieu de mentionner sur les annexes qu'elles sont annexées et il n'est nullement requis que le notaire les signe (art. 14 dernier alinéa du décret : « *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* », article 15, alinéa 3, dans sa rédaction antérieure au décret du 10 août 2005).

Enfin, et surtout, l'arrêt censuré avait jugé que « *l'irrégularité de l'acte notarié prive d'effet la caution hypothécaire qui n'a pas été valablement consentie dans l'acte authentique du 14 juin 2000* ». Cette motivation était à juste titre critiquée par la troisième branche du pourvoi dans les termes suivants : « *Alors, en toute hypothèse, que la disposition selon laquelle les pièces annexées à un acte notarié doivent être revêtues d'une mention constatant cette annexe et signée du notaire n'est pas prévue à peine de nullité ; qu'en décidant néanmoins que l'absence de cette mention sur la délibération habilitant M. Jean X... à représenter la SCI du Lizeau à l'acte notarié emportait la nullité de la caution hypothécaire consentie par cette dernière, la cour d'appel a violé l'article 8 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2005-973 du 10 août 2005* ». Et c'est bien sur le fondement de cette troisième branche que la décision de la Cour d'appel a été cassée, ainsi qu'en atteste la rédaction de l'arrêt « *Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche* ». Il ne pouvait en aller autrement, une irrégularité formelle de l'acte authentique ne pouvant en elle-même entraîner la nullité de l'acte authentique, mais simplement sa disqualification en acte sous seing privé. Or, une telle disqualification sur le fondement de l'article 1318 du Code civil n'était pas soutenue. On ne peut donc déduire de cette décision que la Cour de cassation en aurait rejeté le principe.

V. – Si l'on met à part cette décision du 10 février 2011, la jurisprudence des juges du fond sus-rappelée nous paraît devoir être approuvée sans réserve. Elle repose sur une interprétation littérale des textes. Le défaut d'annexion d'une procuration ne peut qu'être qualifié d'irrégularité de forme du contrat de prêt auquel elle aurait dû être annexée. Il n'est pas contestable qu'il ne s'agit pas d'une irrégularité de fond, puisque n'est pas en cause la régularité des procurations, leur existence ou leur validité, mais simplement leur présence matérielle en annexe de l'acte. Or, l'article 1318 du Code civil dispose que « *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* ». Cet article organise donc en cas d'incompétence, d'incapacité d'un officier public ou d'irrégularité formelle la disqualification de l'acte authentique en acte sous seing privé. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu disqualifier un acte authentique de vente d'un immeuble d'un époux, qui était irrégulier pour défaut de signature de l'épouse, en acte sous seing privé dès lors que le mari avait le pouvoir d'aliéner seul le bien (Cass. 1^{re} civ., 5 avril 1967, Bull. civ. I, n° 106. V. encore, Cass. 1^{re} civ.,

28 octobre 2003, Bull. civ. I, n° 216 ; Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-13.733). Autrement posé, toute irrégularité formelle affectant un acte authentique entraîne une disqualification de l'acte (I. Pétel-Teyssier, Contrats et obligations – preuve littérale – acte authentique, Juris-cl. civ. art. 1317 à 1320, n° 81 et s. V. aussi, G. Rabu, « Effets de la nullité d'un acte authentique », publié sur Dalloz actualité, 11 octobre 2011).

VI. – La portée de cette disqualification varie selon les hypothèses. Pour bien le comprendre, il n'est qu'à citer le professeur Philippe Malinvaud, « *en cas d'irrégularité, l'acte authentique est nul en tant qu'acte authentique, mais il peut alors valoir comme acte sous seing privé s'il en remplit par ailleurs les conditions. En pratique, la sanction de l'irrégularité aura une portée différente suivant que l'acte constaté dans l'écrit était ou non un acte solennel : si l'acte était soumis à la forme authentique comme condition de validité, la nullité de l'instrumentum entraîne la nullité de l'acte juridique lui-même ; dans le cas contraire, c'est-à-dire si le recours à la forme authentique n'était pas obligé, l'acte notarié se trouve seulement disqualifié en acte sous seing privé, mais il perd alors son principal intérêt* » : force probante, force exécutoire (Ph. Malinvaud, *Introduction au droit*, Lexis Nexis, 10^{ème} éd., 2004, n° 578. V. aussi, F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1998, n° 520 ; F. Ferrand, V° Preuve, *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2010, n° 496 ; J-L. Mouralis, V° Preuve (1^{er} modes de preuve), *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2011, n° 148 et s.).

Ainsi, si l'authenticité est exigée à titre de validité du *negotium*, comme condition de validité de l'opération juridique elle-même, la disqualification en acte sous seing privé entraîne la nullité du *negotium*. A l'inverse, si l'authenticité n'est pas requise *ad validitatem*, comme pour un contrat de prêt, la disqualification n'affecte pas la validité du *negotium* contenu à l'acte. Seuls les attributs liés à l'authenticité – force probante, force exécutoire – disparaissent.

Le défaut d'annexion des procurations à un acte de prêt authentique, irrégularité formelle, entraîne donc par application combinée des articles 1318 du Code civil et 8 du décret du 26 novembre 1971, dans sa rédaction antérieure au décret du 10 août 2005, ou 21 dans sa rédaction actuelle, la disqualification de l'acte authentique en acte sous seing privé.

VII. – Cette analyse ne vaut bien évidemment que pour les annexes obligatoires, comme l'annexion des procurations, et non pour les annexes facultatives, c'est-à-dire celles qui ne sont pas imposées par le législateur, mais qui sont opérées à l'initiative du notaire, par exemple pour se ménager la preuve du respect de son obligation de conseil (sur cette distinction essentielle, M. Dagot, « L'annexe à un acte notarié », in *Liber amicorum Georges Daublou*, Defrénois, 2001, p. 77 et s.). Pour tous les documents qui sont annexés à un acte authentique, mais dont aucun texte n'exige leur annexion, le défaut d'annexion ne peut être sanctionné par la disqualification de l'acte, puisqu'il n'y a là aucune irrégularité formelle. Pour toutes les annexions que l'on peut qualifier de « volontaire », leur défaut dans une espèce donnée ne peut entraîner la disqualification de l'acte, le notaire n'ayant aucune obligation de les annexer. Tout au plus cela rendra plus difficile pour l'officier public de prouver qu'il a satisfait à son obligation de conseil.

Mais il en est autrement dès que la loi impose l'annexion d'une pièce déterminée, telle les procurations. La loi imposant une formalité, le non accomplissement de cette formalité ne peut qu'être jugé constitutif d'une irrégularité formelle qui entraîne l'application de l'article 1318 du Code civil. Juger du contraire reviendrait à vider de toute portée l'article 21, alinéa 2,

du décret.

L'application de l'article 1318 du Code civil au non respect des règles formelles posées par le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 nous semble confortée par l'intention des rédacteurs du décret qui ont visé l'article 1318 du Code civil en préambule du décret. C'est donc en pleine conscience de la sanction attachée par l'article 1318 à un défaut de forme que les exigences formelles, et notamment l'obligation d'annexion des procurations, ont été posées.

VIII. – Pour soutenir le contraire, il est parfois avancé que l'annexe à un acte authentique ne participe pas de l'acte authentique, de sorte que l'article 1318 du Code civil, qui ne vise que les irrégularités formelles de l'acte authentique, ne serait pas applicable. Une telle position nous semble reposer sur une confusion. Il n'est pas contestable que l'annexe en elle-même, qu'elle soit facultative ou obligatoire, n'est pas l'acte authentique lui-même. L'annexion d'un acte sous seing privé à un acte authentique ne confère donc pas à l'acte annexé force probante, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2001, Bull. civ. I, n° 180). De même, la procuration sous seing privé annexée à un acte notarié ne constitue pas en elle-même un acte authentique (Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 277 ; D. 2000. AJ p. 435, obs. V. Avena-Robardet, D. 2001. somm. p. 690, obs. L. Aynès ; JCP 2001. I. 315, spéc. n° 18 et s., obs. Ph. Simler ; JCP E 2001, p. 372, obs. D. Legeais (2^{ème} espèce) ; Rép. Defrénois 2001, n° 4, p. 256, obs. J.-L. Aubert ; Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2002, Bull. civ. I, n° 158 ; D. 2002. AJ 2119 ; LPA 8 octobre 2002, n° 201, p. 7, obs. D. Houtcieff). S'il n'est pas contestable que l'annexe n'est pas l'acte authentique, il est une autre question : celle de savoir, dans l'hypothèse où l'annexion est imposée par un texte normatif, comme pour les procurations, si son absence ne constitue pas une irrégularité formelle de l'acte authentique lui-même. La question n'est donc pas de savoir si l'annexe constitue un acte authentique – il est certain qu'elle ne l'est pas - ; la question est de savoir si, lorsque l'annexion est obligatoire, son absence ne constitue pas une irrégularité formelle de l'acte authentique lui-même. Or, à cette dernière question, la réponse nous semble assurément positive. Juger du contraire reviendrait à priver de toute sanction l'obligation formellement posée par le décret du 26 novembre 1971. Cela reviendrait à transformer l'annexion obligatoire en une annexion facultative, sans sanction. La disqualification sur le fondement de l'article 1318 du Code civil ne signifie donc pas que les annexes constituent en elle-même un titre exécutoire, mais simplement que l'absence d'annexion des procurations constituent une irrégularité formelle de l'acte authentique.

De même, il importe peu que l'article 41 du décret, dans sa rédaction issue du décret du 10 août 2005 (ancien article 23), prévoit que « *tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux 1^o, 2^o et 3^o (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 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* ». En effet, la règle posée à l'article 1318 ne comporte aucune limitation. Elle vise toute irrégularité formelle d'un acte authentique. Aussi doit-on considérer que l'article 41 du décret n'est pas exhaustif des irrégularités formelles pouvant affecter les actes authentiques et entraîner leur disqualification en acte sous seing privé.

IX. – Cette analyse est partagée par le Professeur Philippe Delebecque dans un article paru récemment au JCP général (« L'acte authentique imparfait – Observations sur le défaut d'annexion de procurations dans un acte notarié », *JCP* 27 février 2012. 263). L'auteur relève que l'authentification de l'acte suppose nécessairement une identification des parties à l'acte et que lorsque ces dernières ne sont pas présentes, les procurations permettent de s'assurer du pouvoir des prétendus représentants. Si les procurations ne sont pas annexées à l'acte en violation de l'article 21 du décret, ce vice de forme atteint l'acte en tant qu'acte authentique, ainsi qu'il est prévu à l'article 1318 du Code civil.

D'autres auteurs partagent cette analyse. Ainsi Jeanne de Pouliquet, dans son ouvrage sur la responsabilité des notaires, relève-t-elle que dès lors que l'observation de l'article 21 du décret du 26 novembre 1971 « *est absolument indispensable pour assurer la sécurité et la protection des signataires de l'acte* », le défaut d'observation de cette disposition provoque nécessairement la transformation « *en acte sous seing privé* » (J. de Pouliquet, *Responsabilité des notaires*, Dalloz référence, 2009/2010, n° 22.51 et 22.65).

X. – Le professeur Laurent Aynès, dans une récente chronique parue au recueil Dalloz (« *L'acte notarié et la procuration* », D. 2012, p. 890) a contesté l'analyse du Professeur Delebecque, estimant que l'annexion de la procuration à la minute ne serait pas nécessaire à l'authentification de l'acte.

Ainsi soutient-il que l'authenticité « *repose sur le témoignage du notaire. Lorsque celui-ci énonce qu'a comparu devant lui telle personne, il a vérifié personnellement l'identité de celle-ci ; lorsqu'il énonce que le prix a été payé par sa comptabilité, il a personnellement constaté ce fait... Nul ne songe à exiger qu'il annexe à la minute la carte d'identité, le passeport ou l'acte de l'état civil, ou une copie du chèque ou de l'ordre de virement au moyen duquel les fonds ont été remis. Le notaire est cru sur parole. S'il énonce donc 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 constatés par lui. Il doit être cru sur parole* » (L. Aynès, art. préc., spéc. n° 8).

Cette analyse nous semble receler deux faiblesses. En premier lieu, elle fait abstraction des textes, tels qu'ils ont été posés par le législateur. Si le notaire ne doit pas annexer à la minute la carte d'identité, le passeport ou l'acte de l'état civil, ou une copie du chèque ou de l'ordre de virement au moyen duquel les fonds ont été remis, et s'il doit être cru sur parole sur ce point, c'est parce qu'aucun texte ne le lui impose. Si en revanche, le notaire doit annexer les procurations à l'acte, c'est parce qu'un texte le lui impose. Cette obligation peut parfaitement être contestée dans son principe, mais il ne peut être nié qu'elle existe en droit positif. L'article 21 du décret impose l'annexion des procurations à l'acte authentique et cette obligation ne peut être niée.

En second lieu, cette analyse semble nier que le respect des exigences formelles constitue l'accomplissement même du processus d'authentification. **Les formes ne sont pas exigées par elles-mêmes – cela n'aurait guère de sens –, mais parce qu'elles servent une finalité substantielle.** Ainsi l'obligation d'annexer les procurations permet de garantir qu'a été préalablement vérifié à l'acte le pouvoir du mandataire, et partant le consentement du mandant. Et cette vérification préalable participe de l'authentification. A défaut du respect de cette exigence formelle, le processus d'authentification n'est pas achevé. L'article 1317 du Code civil définit à cet égard l'acte authentique comme 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 formalités requises ». Le respect des exigences formelles fait donc partie intégrante du processus d'authentification, puisque le respect des formes est une condition, aux termes de l'article 1317 du Code civil, pour qu'un acte puisse être qualifié d'acte authentique.

Pour appuyer son analyse, le Professeur Laurent Aynès cite la jurisprudence de la Cour de cassation du 10 février 2011 qui aurait jugé que le défaut de mention d'annexe est une irrégularité affectant la forme de l'annexe qui ne peut priver l'acte authentique de son caractère exécutoire. Nous ne partageons pas cette lecture de l'arrêt (v. *supra*). D'une part cette jurisprudence n'avait pas trait à un défaut d'annexion, mais à une absence de mention dans l'acte annexé de l'annexion qui avait été effectivement opérée. D'autre part, cette décision ne peut être lue qu'au regard de l'arrêt critiqué. La Cour d'appel de Rennes avait jugé que « *l'irrégularité de l'acte notarié prive d'effet la caution hypothécaire qui n'a pas été valablement consentie dans l'acte authentique du 14 juin 2000* ». Cette motivation était à juste titre critiquée par la troisième branche du pourvoi dans les termes suivants : « *Alors, en toute hypothèse, que la disposition selon laquelle les pièces annexées à un acte notarié doivent être revêtues d'une mention constatant cette annexe et signée du notaire n'est pas prévue à peine de nullité (...)* ». Et c'est bien sur le fondement de cette troisième branche que l'arrêt a été cassé, ainsi qu'en atteste la rédaction de l'arrêt « *Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche* ». La Cour de cassation, dans l'arrêt précité, a donc simplement rappelé qu'une irrégularité formelle, telle l'absence d'une mention constatant les annexes, ne peut entraîner en soi la nullité du rapport de droit contenu à l'acte authentique. Elle n'a en revanche pas pris parti sur une éventuelle application de l'article 1318 du Code civil, et donc sur une éventuelle disqualification de l'acte authentique, qui n'était pas soutenue.

XI. – Notre analyse est-elle remise en cause par la décision de la Cour de cassation du 22 mars 2012 ? On rappelle que par un arrêt du 22 mars 2012, la Première chambre civile de la Cour de cassation a jugé au visa des articles 8 et 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, dans sa rédaction antérieure à celle issue du décret n° 2005-973 du 10 août 2005, 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* » (pourvoi n° 11-11.925).

Cet arrêt laisserait donc entendre que l'absence d'annexion des procurations en violation de l'article 8 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2005-973 du 10 août 2005, ne serait pas sanctionnée par la disqualification de l'acte authentique en acte sous seing privé, ce que traduirait maladroitement l'expression « *n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire* ». Cette lecture de l'arrêt peut être largement contestée pour deux raisons.

D'une part, parce que la Cour de cassation ne vise pas l'article 1318 du Code civil, texte qui, on le rappelle, sanctionne par la disqualification en acte sous seing privé une irrégularité de forme d'un acte authentique. Si la Cour de cassation avait entendu jugé que cet article est inapplicable à la violation de l'article 8 du décret du 26 novembre 1971, elle n'aurait pas manqué de le faire figurer au visa.

Et puis surtout, l'arrêt du 22 mars 2012 ne peut être compris que remis dans son contexte : celui du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon en date du 18 novembre 2010 (n° RG : 10/05920). Or, dans cet arrêt, la Cour d'appel de Lyon avait jugé que « *si*

l'obligation de faire figurer les procurations en annexe ou de les déposer aux minutes, n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte, l'absence d'annexion desdites procurations telle qu'énoncée dans l'acte constitue une irrégularité substantielle, affectant la validité des signatures des parties à l'acte de prêt qui porte atteinte à la force exécutoire de celui-ci ». Cette motivation était à l'évidence critiquable. En faisant référence à la notion d'« irrégularité substantielle » ou de « validité des signatures », la Cour d'appel de Lyon laissait entendre qu'en dépit de l'absence de texte sanctionnant par la nullité cette irrégularité, la nullité de l'acte serait encourue. En d'autres termes, si la Cour d'appel de Lyon reconnaissait bien qu'il n'y avait de texte sanctionnant par la nullité l'absence d'annexion des procurations, elle considérait qu'une telle sanction était implicitement la conséquence du caractère substantiel de l'irrégularité. La Cour d'appel de Lyon transposait ainsi à l'hypothèse de l'absence d'annexion des procurations la jurisprudence de la Cour de cassation rendue en matière d'exception de nullité pour vice de forme des actes de procédure, qui a admis, qu'en dépit de l'absence de sanction posée par la loi et du principe selon lequel il n'y a pas de nullité sans texte posé par l'article 114 du Code de procédure civile, certaines irrégularités formelles étaient substantielles et devaient en conséquence être sanctionnées par la nullité de l'acte de procédure. Aux causes de nullité des actes de procédure posées par la loi, la jurisprudence a assimilé certaines irrégularités formelles considérées comme substantielles. C'est cette jurisprudence propre aux actes de procédure que la Cour d'appel de Lyon a eu la tentation de transposer aux actes authentiques. Une telle motivation ne pouvait être admise en présence d'une irrégularité qui n'est que formelle, et qui ne peut donc entraîner, aux termes de l'article 1318 du Code civil, que la disqualification de l'acte authentique en acte sous seing privé et en aucun cas la nullité du *negotium*. Elle était en contradiction totale avec l'arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2008, ayant jugé qu'aucune nullité n'est encourue à raison de la violation de l'article 21 du décret : « *il résulte de l'application combinée des articles 8 et 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, dans sa rédaction alors applicable, que 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* » (Cass. 2^e civ., 11 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.606 et *supra*).

La Cour de cassation a justement sanctionné la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon qui avait considéré que l'irrégularité tenant au défaut d'annexion des procurations entraînait la nullité du *negotium* sur le fondement de l'article 8 du décret de 1971. L'arrêt de la Cour d'appel de Lyon n'ayant aucunement fait application de l'article 1318 du Code civil, - ce qui explique que la Cour de cassation ne vise pas l'article 1318 du Code civil -, il n'est pas possible, sur la base de la seule décision du 22 mars 2012 de considérer que la Cour de cassation aurait condamné toute application de l'article 1318 du Code civil en cas de défaut d'annexion des procurations à l'acte.

XII. – Cette sanction tenant à la disqualification de l'acte sur le fondement de l'article 1318 du Code civil, faute d'annexion des procurations à la minute en violation de l'article 21 du décret, peut-elle être encourue dans l'hypothèse où il serait expressément indiqué dans l'acte que la procuration est annexée ? On pourrait raisonnablement en douter dans la mesure où les dispositions d'un acte authentique font foi jusqu'à inscription de faux. Il ne saurait évidemment être question d'inscription de faux lorsque n'est pas invoquée une mention indiquant que la procuration est annexée à l'acte. Le défaut d'annexion n'est alors qu'un vice de forme. Mais quid s'il est expressément indiqué à l'acte que les procurations sont annexées, alors que tel n'est pas le cas. La disqualification de l'acte sur le fondement de l'article 1318 du Code civil, faute d'annexion des procurations à la minute en violation de l'article 21 du

décret, est-elle encourue ou bien la mention de l'annexion fait-elle foi jusqu'à inscription de faux, en dépit du constat matériel du défaut d'annexion ? C'est cette deuxième analyse qui a emporté la conviction de la Cour de cassation dans un récent arrêt du 7 février 2012 (Cass. 3^e civ., 7 février 2012, pourvoi n° 11-12.006 : à noter que dans l'espèce soumise à la Cour, l'irrégularité prétendue tenait dans le défaut d'annexion à la copie exécutoire, sans que les faits permettent de savoir si la procuration était annexée à la minute). Ce raisonnement nous paraît cependant présenter un vice de logique. Pour considérer que les mentions de l'acte font foi jusqu'à inscription de faux, et notamment la mention de l'annexion des procurations, la Cour présuppose que l'acte méritait la qualification d'acte authentique, ce qui n'est pas le cas si, en raison d'une irrégularité formelle, il doit être requalifié en acte sous seing privé. Si l'acte en cause, en raison de ses irrégularités, doit être requalifié en acte sous seing privé, alors ces mentions ne font plus foi jusqu'à inscription de faux. La Cour a, nous semble-t-il, inversé le sens du raisonnement. Ce n'est que si l'acte est authentique que ces mentions ne peuvent être contestées que par la voie de l'inscription de faux. En revanche, si l'acte, pour quelque raison que ce soit, ne mérite pas la qualification d'acte authentique, ces mentions ne font plus foi jusqu'à inscription de faux. Il en ressort que pour rejeter le moyen qui soutenait que l'acte litigieux ne méritait pas la qualification d'acte authentique en raison de ses irrégularités et notamment de l'absence d'annexion de la procuration à l'acte, la Cour ne pouvait se contenter de juger que l'acte mentionnait que la procuration était annexée et que cette mention faisait foi jusqu'à inscription de faux. Car ce faisant elle a présupposé que l'acte était authentique, ce que contestait justement le demandeur au pourvoi en cassation. La décision nous semble à cet égard critiquable.

XIII. – Ces principes de solution valent-ils lorsque n'est pas en cause la minute de l'acte authentique, mais sa copie exécutoire ?

L'article 1^{er} de la loi n° 76-519 du 15 juin 1976 dispose 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* ». Littéralement, le texte ne prévoit que la reproduction des termes de l'acte authentique, ce que ne sont pas les annexes. Il ne peut donc être nié que le texte n'impose pas la reproduction des annexes aux copies exécutoires. C'est sur le fondement de cette lecture littérale des textes que certains auteurs jugent que les annexes, même obligatoires, n'ont pas à être reproduites sur les copies exécutoires (en ce sens, L. Aynès, « L'acte notarié et la procuration », *D.* 2012, p. 890, spéc. n° 11 et s. ; Ph. Théry, « Faut-il reproduire les annexes dans les copies exécutoires ? Bref rappel de la nécessité de distinguer entre un original et une copie », *JCP G*, 16 avril 2012. 471).

Il nous semble cependant que l'esprit du texte impose qu'une copie des annexes obligatoires soit annexée aux copies exécutoires. En effet, si l'on considère que l'absence d'annexe obligatoire constitue une irrégularité de l'acte authentique, il ne peut en être autrement pour une copie exécutoire. Juger autrement reviendrait à ne pas soumettre la minute et la copie exécutoire aux mêmes exigences formelles. L'absence d'annexion à l'une constituerait une irrégularité formelle que ne constituerait pas l'absence d'annexion à l'autre. Si l'on admet que l'absence d'annexe obligatoire constitue une irrégularité de l'acte authentique, l'absence d'une copie de l'annexe obligatoire à la copie exécutoire doit constituer tout autant une irrégularité de la copie. Il ne s'agit nullement de considérer que l'annexe ferait partie intégrante de l'acte authentique. L'annexe n'est pas l'acte authentique et la procuration ne devient pas authentique par son annexion. Mais, de la même manière que la minute n'est pas

régulière si les procurations ne sont pas annexées, la copie exécutoire n'est pas régulière si une copie des procurations ne lui est pas annexée.

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 mai 2009 (pourvoi n° 07-20.182) a ainsi admis le caractère exécutoire d'une copie exécutoire d'un acte notarié qu'après vérification que les procurations y étaient annexées : « *Mais attendu que, ayant, par motifs propres et adoptés, constaté que la copie exécutoire unique reprenait la numérotation de chacun des actes joints, l'avenant, insusceptible d'exécution forcée autonome, étant lié à l'acte de prêt, et que les deux procurations étaient, avec la formule exécutoire, englobées dans le décompte final des pages, ce dont il résultait que la copie exécutoire, qui reproduisait littéralement les termes de chacun des actes authentiques indissociables et comportait, outre une pagination complète, la mention de sa conformité à ceux-ci, dont les procurations annexées faisaient partie intégrante, la cour d'appel a, abstraction faite du motif surabondant relatif à l'absence de grief pour le débiteur, retenu, à bon droit, la validité de cette copie exécutoire* ». Autrement posé, la Cour de cassation a implicitement jugé qu'en cas d'absence d'annexion d'une copie de la procuration, la copie exécutoire ne peut constituer un titre exécutoire (V. déjà, CA Colmar, 6 juillet 2005, *Rép. Defrénois* 2006, p. 915, note M. Dagot : « *qu'en l'absence d'annexion de la procuration à l'expédition, reproduction fidèle de l'original, l'acte notarié ne comportant pas le pouvoir donné par la banque B. à Madame I est irrégulier* »).

Cette question est peu évoquée en doctrine, qui est d'ailleurs relativement partagée, même s'il semble que la majorité défend cette analyse (*contra*, L. Aynès, art. préc., Ph. Théry, art. préc., M. Dagot, note préc., Ch. Vernières, *JCP N*, 27 janvier 2012, 1061). Ainsi peut-on lire la copie exécutoire d'un acte doit « *contenir la reproduction intégrale de la convention et de ses annexes* » et doit « *comporter la copie intégrale des annexes* » (S. Lamiaux, « Copie exécutoire du prêt constaté par acte notarié et annexes – une question loin d'être annexe », *JCP N*, 2009, p. 1313, spéc. n° 29 et s.) ou encore « *Les annexes doivent donc faire l'objet de la même attention que l'acte lui-même, tant dans la minute, que dans les expéditions et copies exécutoires. Bien que l'obligation ne résulte pas explicitement de l'article 15 du décret du 26 novembre 1971, il est enseigné que les expéditions et copies exécutoires doivent reproduire l'intégralité des annexes* » (B. Gelot, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1997, *Rép. Defrénois* 30 avril 1998, n° 8, p. 533) ou enfin, « *Le notaire doit, à la suite de l'expédition de l'acte, donner copie littérale des pièces annexées, telles que procurations (...) La procuration est une pièce très importante et il est nécessaire de la rapporter avec toutes ses mentions pour qu'il soit justifié des pouvoirs réguliers du mandataire (...) Il importe de noter, au sujet des procurations, que le notaire délivrant une expédition ou un extrait d'un acte auquel est annexée une procuration ne doit pas se borner à indiquer que la procuration contient les pouvoirs nécessaires pour passer cet acte, mais doit rapporter littéralement les termes mêmes dans lesquels les pouvoirs ont été conférés* » » (D. Montoux et M. Corre, V° Acte notarié – copies authentiques ou exécutoires. Extraits, *Juris-cl. not. formulaire*, fasc. 200, 2004, spéc. n° 43 et n° 150. V. également P. Chassaing, « Brève analyse de trois propositions adoptées à titre d'exemple par la 60^{ème} assemblée de liaison des notaires de France », *JCP N* 2009, act. 836. En ce sens également, même si les auteurs sont moins affirmatifs, J.-F. Pillebout et J. Yaigre, *Droit professionnel notarial*, Litec, 8^{ème} éd., 2009, n° 226). Il doit à cet égard être précisé que la seule différence entre les copies et les expéditions se situe dans l'apposition de la formule exécutoire sur les copies exécutoires. Si donc l'on considère s'agissant des expéditions que le notaire doit, à la suite de l'acte, donner copie littérale des pièces annexées, telles que les procurations (D. Montoux et M. Corre, V° Acte notarié – copies authentiques ou

exécutoires. Extraits, *Juris-cl. not. formulaire*, fasc. 200, 2004, spéc. n° 43), et puisque la copie exécutoire ne se différencie de l'expédition que par l'apposition de la formule exécutoire, alors on admet nécessairement que la copie exécutoire doit reproduire littéralement les pièces annexées.

Le Professeur Philippe Delebecque relève également que « *la copie exécutoire doit reprendre littéralement les termes de l'acte authentique. Pour qu'un acte puisse être délivré en forme de copie exécutoire, il doit être authentique et en minute, et susceptible d'exécution sans obligation de recours aux tribunaux ni aucune formalité. La copie exécutoire doit ainsi épouser l'acte authentique, comporter une pagination complète et reprendre les procurations qui en « font partie intégrante ». 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 ; à défaut, elle ne peut donc être considérée comme telle* » (art. préc., spéc. n° 17).

L'obligation de reproduire les annexes aux copies exécutoires a pu être contestée par Christophe Vernières, chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas (JCP N, 27 janvier 2012, 1061) au motif que dès lors que la jurisprudence « *considère que l'irrégularité affectant la forme de l'annexe ne prive pas l'acte authentique de son caractère exécutoire, on ne voit guère pour quelle raison l'annexe devrait être jointe à la copie exécutoire* ». L'argumentation serait assurément exacte si la Cour de cassation avait déjà jugé, s'agissant d'une annexe obligatoire, que l'irrégularité affectant la forme de l'annexe ne prive pas l'acte authentique de son caractère exécutoire. Or, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 2011 sur lequel s'appuie l'auteur ne dit nullement cela (v. *supra*). Il se contente de juger que l'absence de mention de l'annexion d'une pièce n'est pas cause de nullité de l'acte, ce que personne ne conteste.

Le professeur Philippe Théry, dans son article précité, a développé une argumentation différente selon laquelle l'article 1318 du Code civil ne pourrait être appliqué aux copies exécutoires, qui ne pourraient perdre le caractère exécutoire que « de manière réflexe » à la suite de la disqualification de la minute. Nous rejoignons partiellement cette analyse. Il est certain que l'irrégularité d'une copie exécutoire n'a aucune incidence sur le caractère authentique de la minute. Seule une irrégularité de la minute peut entraîner l'application de l'article 1318 du Code civil à son égard et la disqualification de l'acte authentique en acte sous seing privé. Il est également certain que si un acte authentique est disqualifié en acte sous seing privé, ses copies exécutoires perdent par « effet réflexe » leur caractère exécutoire. Là où nous divergeons de son analyse, c'est que nous estimons que si l'on s'accorde pour considérer qu'une copie des procurations doit être annexée à une copie exécutoire, alors l'absence d'annexion doit avoir comme sanction l'irrégularité de la copie, et partant la perte de son caractère exécutoire. Il ne s'agit pas d'appliquer à proprement parler l'article 1318 du Code civil aux copies exécutoires, mais de tirer la conséquence légale de l'irrégularité constatée de la copie exécutoire, tenant dans le défaut d'annexion d'une copie des procurations.

Aussi deux conclusions nous semblent s'imposer.

D'une part, l'absence d'annexion des procurations à la minute d'un acte authentique en violation de l'article 21 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 entraîne, par application de l'article 1318 du Code civil, la disqualification de l'acte authentique en acte sous seing privé.

D'autre part, et bien qu'aucun texte ne l'impose, la notion de copie exécutoire impose qu'une copie des annexes obligatoires soit annexée à toute copie exécutoire.

Pierre Callé
Le 24 avril 2012

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'P. Callé', written over the printed name and date.