

**Brasilia, le 9 novembre 2023**

**Symposium mondial sur les actes notariés électroniques et la déjudiciarisation**

**Rapport de synthèse de la section « Digitalisation »**

**Auteure : Naivi Chikoc Barreda**

**Professeure, Université d'Ottawa, section de droit civil**

**Notaire du Québec**

Cher président de l'Union internationale du notariat latin, chers présidents des notariats membres, chers collègues.

Je me dois tout d'abord de remercier le président Lionel Galliez et l'équipe de direction de l'Union Internationale du notariat pour la confiance manifestée en m'accordant la tâche de faire la synthèse de cette partie du symposium. La tâche est difficile, après une matinée intense, remplie de réflexions et d'échanges d'expériences sur le plus grand défi auquel le notariat est confronté dans l'actualité: la réception des actes avec comparution en ligne.

Ce qui a commencé par être une réponse conjoncturelle et exceptionnelle à la plus grande crise sanitaire que nous avons vécue en tant que société est devenue la nouvelle réalité d'un nombre important de pays et un puissant mouvement qui influence le notariat à l'échelle mondiale. Nous n'avons eu l'opportunité de voir que quelques exemples mais la proposition d'introduire l'acte à distance est déjà sur la table des instances nationales gouvernant l'activité notariale un peu partout dans le monde.

Or il ne faut pas se mentir : les travaux de ce matin nous ont montré que tous les notariats qui écrivent maintenant les pages de la transformation numérique ne sont pas arrivés au chapitre de la comparution en ligne. Ceux qui s'y sont rendus n'utilisent pas la même couleur d'encre, si je peux me permettre cette métaphore évocatrice de l'ancien monde physique du support papier. Par contre, tous partagent les mêmes soucis. Les enjeux de l'authentification en ligne sont à la hauteur des défis. Enjeux au niveau national, d'abord, qui mettent à l'épreuve le rôle du notaire dans son propre système. Comment assurer efficacement l'identité, la capacité, l'expression du libre consentement des parties dans un environnement dématérialisé? Comment protéger la partie vulnérable face à la brèche numérique? Comment préserver les données personnelles des citoyens collectées par les réseaux technologiques auxquels on a recours et qui échappent à notre contrôle?

Enjeux internationaux, ensuite. Est-ce que les effets de l'acte à distance seront reconnus au-delà des frontières? Sous quelles conditions le notaire peut-il recueillir le consentement des parties comparaisant depuis un État étranger? Les réponses à ces questions demeurent dans une zone grise. L'acte notarié, vecteur de sécurité juridique, se confronte désormais à l'incertitude dans notre monde inter et hyperconnecté. Ce n'est pas avec optimisme technologique qu'on va résoudre ces enjeux, mais par la réflexion conjointe et par l'action coordonnée. C'est sur ces deux axes de travail que j'aimerais insister dans cette synthèse.

À l'ère du numérique où la technologie accapare des pans entiers de l'existence humaine, la réception d'un acte notarié à distance pourrait sembler banale. Après tout, nous concluons des contrats à distance au quotidien par le biais de plateformes qui nous permettent d'échanger des biens et des services avec des fournisseurs et des consommateurs du monde

entier. Pourquoi s'étonner que le notariat surfe sur cette vague? Peut-on parler de véritable nouveauté?

Avant l'arrivée de la comparution en ligne, la technologie intervenait dans le rapport entre le notaire et le document, sans interférer dans la relation humaine entre le notaire et les parties. Si l'acte sur support électronique est le préambule nécessaire de l'acte à distance, celui-ci n'est pas inévitablement la conséquence du premier. Nos collègues qui ont traité la thématique de l'acte électronique comme prérequis de la comparution en ligne l'ont bien mis en évidence. Les enjeux soulevés par la dématérialisation du support sont d'une autre nature: l'apposition de la signature électronique, le devoir de conservation de l'acte dans des conditions aptes à assurer son intégrité et sa lisibilité permanentes, la communication de celui-ci pour les fins de sa publication dans un registre ou pour en délivrer des copies aux intéressés, voilà les aspects fondamentaux qui sont touchés par l'acte reçu en présentiel sur support électronique.

En revanche, avec la comparution en ligne, la technologie intervient pour fournir aux intervenants les moyens de se rencontrer et de conclure l'acte à distance. Elle s'invite désormais dans le rapport personnel entre le notaire et les parties, rapport qui est censé constituer l'assise de l'authentification. La nouveauté est importante. L'interposition d'un écran entre le notaire et les parties suscite des interrogations quant à la capacité du notaire à remplir son rôle d'authentificateur dans ce nouvel environnement. La préoccupation principale vise désormais le maintien des garanties nécessaires à la création d'un acte authentique. Ce n'est plus la conservation mais la constitution de l'acte notarié qui est concernée, et ultimement, la formation du rapport substantiel que celui-ci véhicule. La réduction du champ sensoriel du notaire, dont les limites deviennent tracées par une caméra d'ordinateur, influence désormais l'effectivité des vérifications à sa charge: contrôle de l'identité, de la capacité, de la libre expression du consentement.

Ce sont donc les piliers de l'authenticité qui sont maintenant atteints. Les manquements sensoriels susceptibles d'affecter la qualité intrinsèque de l'authenticité dispensée par le notaire doivent désormais être comblés par des solutions technologiques. L'efficacité du complément est directement proportionnelle à la fiabilité des dispositifs techniques. Se crée désormais un rapport de complémentarité nécessaire entre le notaire et les moyens technologiques. Un rapport qui n'est pas sans tension: support dans l'exécution de ses fonctions ou simple remplacement des rôles? Voici le débat existentiel qui nous tracasse.

Nous l'avons compris, la modalité de comparution en ligne vient chercher le notaire dans son identité, dans ce qui est sien: le monopole de l'authenticité. Nous sommes tous d'accord pour affirmer que la valeur probante privilégiée dont jouit l'acte notarié ne peut se retrouver dans la dépendance des prestataires externes de services numériques. Autrement le monopole de l'authenticité cesserait d'être notarial, cesserait d'être monopole. Les fondements de l'exclusivité qui reposent historiquement sur le rôle du notaire témoin qui atteste avec sa présence la véracité des faits qu'il a mission de constater s'écrouleraient. La place qu'occupe l'acte notarié dans la hiérarchie des moyens de preuve ne serait alors que le reflet de l'inertie législative ou un simple hommage à la tradition. Par conséquent, le domaine de la foi publique qui s'attache aux affirmations du notaire et celui relevant de la sécurité technique associée aux outils informatiques doivent être délimités, afin de ne pas

dénaturer la mission du notaire au point qu'elle devienne accessoire à l'intervention de tiers certificateurs qui partagent avec lui des tâches inhérentes à la fonction d'authentification. La recherche de l'équilibre dans les interactions entre le notaire et les dispositifs technologiques devient donc fondamentale pour la survie de l'institution notariale.

Après ces trois dernières années d'expérience dans la pratique des actes à distance, les notariats brésilien, québécois et estonien nous livrent un bilan positif.

**Brésil.** Ce n'est pas par coïncidence que le Brésil accueille aujourd'hui le Symposium mondial sur la digitalisation. Il a été le premier pays d'Amérique et l'un des premiers au monde à avoir fait le virage vers l'acte avec comparution en ligne de façon permanente. J'exclus pour des raisons évidentes les États-Unis et leur procédure de *remote online notarization*. C'est sans réserve que le notaire brésilien s'ouvre à recevoir l'ensemble des rapports juridiques dans son nouveau système de comparution en ligne. Or, si l'on n'hésite pas à authentifier à distance des actes de nature familiale ou personnelle, comme un divorce ou un testament, on prévoit des restrictions territoriales à la compétence du notaire, qui sera déterminée en fonction du domicile des comparants ou de la situation de l'immeuble. La plateforme e-Notariado, sous le contrôle du Collège notarial brésilien, intègre toutes les fonctionnalités nécessaires à la tenue de l'audience notariale, à l'identification des parties, à la visioconférence et à la signature de l'acte. Le notaire intervient alors dans toutes les étapes du processus d'authentification. Le devoir d'identification des parties est exécuté au moyen d'un certificat digital et par les vérifications effectuées par le notaire sur le registre notarial d'identification des personnes lors de la visioconférence. Ce registre est alimenté avec les données biométriques et biographiques des clients, en plus des données relatives aux documents d'identité. L'utilisation des solutions commerciales de visioconférence n'est pourtant pas exclue.

**Québec.** Le notariat québécois, pour sa part, vient de mettre fin à la temporalité dans laquelle se trouvait l'acte avec comparution en ligne depuis le mois de mars 2020. Avec la loi entrée en vigueur il y a à peine deux semaines (le 24 octobre), cette modalité de réception devient une solution définitive. Or le législateur a décidé d'emprunter une orientation plus restrictive. Il est désormais inscrit dans le texte de la loi que le notaire reçoit l'acte authentique en présence physique du client et, seulement de façon exceptionnelle et si les circonstances l'exigent, à distance. Les termes « présence physique », absents de l'ancienne version de la loi notariale, s'inscrivent désormais au cœur des exigences de l'acte notarié. Le Québec est donc passé du libéralisme en la matière à une position conservatrice. Les restrictions ne sont dictées ni par la nature de l'acte (quoique les lignes directrices alertent sur des actes sensibles, tels le testament, le mandat de protection et la procuration générale) ni par la compétence transfrontalière du notaire mais par la prudence. Ce qui relève de l'exceptionnel est laissé au bon jugement du notaire. Au niveau technique, la plateforme québécoise est élaborée spécifiquement pour les actes notariés, et fournie par une société qui collabore avec plusieurs ordres professionnels. C'est dans le cadre de cette plateforme sécuritaire que le notaire reçoit la signature des parties. L'identification, la lecture de l'acte et la rencontre personnelle se fait cependant par le biais de systèmes de visioconférence qui ne sont pas intégrés à la plateforme. Quant à la tâche d'identification, le notaire effectue celle-ci en comparant l'image présentée à la caméra avec les copies des pièces d'identité.

**Estonie.** En ce qui concerne le modèle estonien, on remarque une grande ouverture vers l'acte à distance, tout en témoignant de réticences par rapport aux actes particulièrement importants de la vie familiale que sont le mariage et le divorce, pour le moment exclus de cette modalité. La plateforme sous le contrôle du notariat gère avec autonomie la séance de visioconférence. Pour sa part, l'identification se fait préalablement à l'audience notariale, au moyen d'un système de vérification automatique de l'identité basé sur des techniques de reconnaissance faciale dans le but de garantir que la personne qui est face à la caméra est celle dont la photo apparaît sur les documents d'identité. Une fois cette première étape franchie, la rencontre par visioconférence débute pour la réception de l'acte.

Ces trois exemples illustrent une diversité d'approches dans la réglementation de la comparution en ligne : diversité quant au degré d'adhésion à la réception dématérialisée, diversité quant aux moyens technologiques qui rendent possible l'authentification en ligne.

L'approche de la différenciation en fonction de la nature des rapports juridiques, entre ceux qui se prêtent à une instrumentation à distance et ceux qui s'y résistent, laisse un tableau impressionniste dans lequel l'authenticité apparaît comme une notion à géométrie variable. Le catalogue d'actes exclus du procédé relève de choix de politique législative divers: actes familiaux, testamentaires, relatifs aux biens immobiliers, actes bilatéraux où se manifeste une opposition d'intérêts, etc. Au regard de ce constat, la neutralité technologique qui a justifié l'équivalence entre la comparution physique et la comparution en ligne peine à se justifier, preuve que la technologie n'est pas, en fin de compte, si neutre que cela.

Les divergences nationales entre les notariats conditionnent largement la réponse à la problématique de la circulation internationale de l'acte ainsi généré.

En effet, la comparution à distance pose des défis importants lorsqu'il s'agit de reconnaître les effets transfrontaliers d'un acte établi au moyen d'une visioconférence entre un notaire situé dans un État et des personnes comparaisant depuis un autre État. Les conceptions opposées des ordres juridiques impliqués dans l'acte à distance quant à son caractère authentique posent un obstacle important à sa circulation transfrontalière. Si l'État dans lequel les parties cherchent à faire valoir les effets de l'acte n'a pas autorisé cette modalité de réception, sa reconnaissance pourrait être refusée pour défaut d'équivalence avec les actes notariés nationaux.

Cependant, au-delà de cette opposition radicale entre acceptation ou rejet de la comparution en ligne, la non-reconnaissance peut résulter de disparités entre le pays d'origine et le pays d'accueil de l'acte en ce qui a trait à l'écosystème numérique dans lequel se déroule l'ensemble du processus. De telles discordances peuvent concerner le procédé par lequel le notaire vérifie l'identité de la personne, la solution de visioconférence utilisée, le niveau de sécurité des signatures numériques, l'autonomie de la plateforme par rapport aux prestataires externes qui offrent des services dits « de confiance ». Dans cette perspective, l'équivalence juridique entre les actes devient tributaire de l'équivalence technologique du processus ayant conduit à l'acte qui aspire à être reconnu à l'étranger. Si, auparavant, l'appartenance du notaire instrumentant à la famille du notariat latin était un gage de la libre circulation de l'acte à l'échelle internationale, cette appartenance n'est aujourd'hui plus capable d'assurer le déploiement de ses effets outre-frontière. Pour éviter que la technologie ayant réussi à faciliter l'accès des citoyens au service notarial depuis un État

étranger ne s'érige, une fois l'acte conclu, en barrière à son efficacité internationale, un minimum de cohérence technologique entre les systèmes s'impose.

Or, la cohérence dans les standards de sécurité du processus qui prétend exporter la force probante de l'acte à distance du pays d'origine vers le pays d'accueil n'est pas suffisante. L'ubiquité d'Internet vient cette fois-ci fragiliser les certitudes entourant sa reconnaissance et avec elle, la protection des attentes légitimes des parties protagonistes du rapport juridique instrumenté. Les collègues Marcoz et Malberti ont mis en lumière l'enjeu de l'aptitude du notaire à instrumenter à distance dans un contexte transfrontalier. Historiquement exemptés du régime de la compétence internationale, car soumis au principe du libre choix, les notaires sont aujourd'hui confrontés à des zones d'ombre quant à la portée transfrontalière de leurs fonctions.

Pour certains, soumettre l'activité notariale à des règles de compétence conduirait à une confusion entre les notaires et les autorités judiciaires. Ces dernières obéissent à des limites juridictionnelles strictes qui doivent tenir compte d'un certain nombre de considérations qui ne s'appliquent pas aux notaires, telles l'accès à la justice pour le demandeur, la protection du défendeur, l'équité procédurale, l'efficacité dans l'administration de la preuve, etc. Malgré ces arguments de poids, l'absence de restrictions dans ce sens équivaldrait à une sorte de « compétence universelle » des notaires qui pourrait entrer en conflit avec d'autres valeurs et intérêts qui méritent d'être préservés dans les rapports internationaux. Pour la première fois, on s'inquiète d'un éventuel débordement de la fonction notariale qui pourrait perturber non seulement la coordination des systèmes juridiques concernées, mais aussi l'organisation interne de l'activité notariale dans chaque pays.

On s'interroge désormais sur les critères de proximité nécessaires pour asseoir la légitimité de la compétence notariale pour la constatation de faits et la réception d'un consentement qui ont lieu entièrement en dehors de l'État dont il tire son pouvoir d'authentification. On voit déjà le paradoxe apparent entre une compétence territoriale du notaire censée être exercée pour attester l'existence de faits et d'actes juridiques se déroulant à l'intérieur de ce périmètre territorial et une compétence élargie pour intervenir au-delà des frontières de l'État qui lui confère une parcelle de sa souveraineté. Le décalogue de l'Union propose la notion d'« office notarial augmenté » pour refléter cette nouvelle réalité juridique, notion qu'il faut mettre en dialogue avec le concept de compétence transfrontalière ou internationale si l'on veut éviter que l'office augmenté n'englobe la planète entière. Dans la conception des facteurs de rattachement qui tracent les limites de ce pouvoir d'authentification augmenté, tout est à faire. Le droit notarial, tel qu'il existe aujourd'hui, ne répond pas directement à cette problématique. Il convient donc de repenser les principes qui informent l'activité notariale pour les adapter à un monde virtuel sans frontières qui permet *de facto* à un notaire de recevoir instantanément la volonté manifestée depuis n'importe quel point du globe, et, avouons-le aussi, peu importe où se trouve le notaire. On ne sera pas surpris des questionnements qui commencent déjà à s'exprimer sur des forums informels de discussion quant à la pertinence du *numerus clausus* et de la présence physique du notaire dans son ressort pour instrumenter à distance. On parle d'une crise de la territorialité qui annonce l'avènement d'une nouvelle façon d'exercer la profession devant l'accélération de la mondialisation des échanges provoquée par le numérique.

Ainsi, suivant les observations du décalogue, la deuxième table ronde nous rappelle aujourd'hui l'importance d'établir des critères de rattachement pour garantir un lien de proximité significatif entre le *negotium* et l'État d'origine du document. Ces critères doivent en effet exister. Autrement, on encouragerait les stratégies opportunistes de *forum shopping* et de *law shopping* avec la conséquence d'une délocalisation artificielle des rapports juridiques vers des pays n'ayant qu'un faible lien avec eux voire aucun, ce qui peut s'avérer particulièrement problématique dans les matières familiales et successorales, lesquelles sont au cœur de la pratique notariale. Il faudrait tout de même éviter que l'établissement de restrictions ne prive les actes à distance de leur principal avantage pratique, qui est de permettre aux citoyens résidant à l'étranger et aux personnes ayant des intérêts ou des droits à exercer dans un pays donné, d'accéder aux services notariaux dans ce pays.

Cependant, il convient de se demander si les efforts investis dans la recherche des liens de rattachement attributifs de compétence ne s'estomperont pas devant des impératifs techniques qui, en exigeant l'identification du client par un certain moyen (un passeport électronique, une carte de résidence électronique, un smart ID, etc), viennent imposer ses propres conditions d'accès au service à distance. Ce qui est encore plus préoccupant, il est envisageable que ces rattachements soient altérés voire que l'internationalité de la situation soit occultée par une fausse déclaration du comparant localisé dans un État étranger ou, dans le cas des systèmes employant des techniques de géolocalisation, que ces données géographiques fassent l'objet d'une manipulation. Voici un autre terrain où la technologie pourrait s'arroger un pouvoir réglementaire de fait, cette fois-ci, sur la compétence internationale du notaire.

Les deux tables rondes nous laissent le constat suivant : le format électronique de l'*instrumentum* se substitue au papier comme « moyen » d'expression de la volonté et lui est totalement équivalent. Il s'agit, en ce sens, d'une simple modalité du support de l'acte authentique, une simple question matérielle. Or, dans l'acte électronique à distance, c'est l'objet authentifié qui change et non pas seulement le support qui le véhicule. L'emprise du numérique ne s'arrête donc pas au contenant de la déclaration de volonté, mais pénètre la substance du témoignage privilégié que le notaire est appelé à fournir en tant qu'officier public.

Après ces réflexions tirées des riches interventions de ce matin, je vous invite à faire ensemble ce qui ne peut réussir que par les efforts coordonnés de tous les membres du notariat latin, sous l'égide de l'Union internationale. Invitation à repenser l'office du notaire à l'ère du numérique, à redessiner sa sphère de compétence dans le but de promouvoir la circulation internationale des actes avec comparution en ligne, pour protéger les droits des citoyens dans un monde numérique et globalisé, car c'est au service de la personne, des familles et des entreprises que l'authenticité est conférée au notaire. Comme l'a rappelé hier le président Galliez dans son discours d'ouverture, c'est grâce à la confiance dans la fonction sociale de l'authenticité qu'on pourra parler, cet après-midi, du notaire au centre du mouvement de déjudiciarisation du droit. Parce que malgré les divergences, vous avez su mettre en valeur l'identité fondamentale qui nous unit, je vous adresse mes plus sincères félicitations et vous souhaite une excellente continuation des activités dans cette magnifique ville qui nous accueille.