COUR DE CASSATION

INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° E2419604	
Décision attaquée : 21 mars 2024 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence	

M. [Z] [C] [D] C/ La société Lyonnaise de Banque	
Renaud Salomon, avocat général	**AVIS** **de l'avocat général**

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE ET PRÉSENTATION SUCCINCTE DES MOYENS

1.- Rappel des faits et de la procédure. Par l'intermédiaire de la société Apollonia, M. et Mme [D] ont, selon acte reçu, le 24 août 2007, par Maître [A] (le notaire), notaire associé à [Localité 1], contracté auprès de la société Lyonnaise de Banque (la banque) un prêt d'un montant de 110 000 euros, destiné à financer l'acquisition sur la commune de [Localité 2] (29) d'un lot au sein d' une résidence hôtelière à construire.

Les échéances du prêt n'étant plus honorées la banque a prononcé la déchéance du terme et fait procéder en dernier lieu , sur le fondement de l'acte notarié de prêt et par procès-verbal du 4 janvier 2022, à une saisie attribution de loyers entre les mains d'un gestionnaire de résidence, la société Global Exploitation, pour le recouvrement de la somme de 176 398,93 euros en principal, intérêts et frais.

Dans le mois de la dénonce, M. et Mme [D] ont saisi le juge de l'exécution du tribunal judiciaire de Toulon d'une contestation de cette mesure, en soutenant la disqualification de l'acte notarié en acte sous seing privé, en application des articles 2, 41 du décret du 26 novembre 1971 et 1318 ancien du code civil, interdisant des mesures d'exécution forcée, et d'autre part, le rejet des intérêts conventionnels en application des articles L. 312-7 et L. 312-10 ancien du code de la consommation.

Par jugement du 9 mai 2023 le juge de l'exécution a notamment prononcé la disqualification en acte sous signature privée de l'acte de prêt du 24 août 2007 reçu par Me [A] et ordonné la main levée de la saisie attribution du 4 janvier 2022 pratiquée sur les comptes de la Lyonnaise de Banque.

Le premier juge, après rappel des dispositions de l'article 1318 du code civil et de l'article 2 du décret du 26 novembre 1971, a énoncé qu'il résulte d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 31 octobre 2013 que Maître [A] a été condamné à titre disciplinaire à une interdiction temporaire d'exercer durant une année, la cour retenant plusieurs manquements déontologiques en lien avec l'activité du promoteur immobilier Apollonia au regard duquel il s'est trouvé dépendant dans le fonctionnement et dans l'organisation de son activité et qu'en conséquence il y a lieu de considérer que ce notaire était directement intéressé à l'acte dressé le 24 août 2007, dont le magistrat a ordonné la disqualification en acte sous signature privée. Par un arrêt du 21 mars 2024, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, infirmant le jugement, a débouté M. et Mme [D] de leur demande de disqualification de l'acte authentique de prêt du 24 août 2007 en acte sous seing privé.

C'est la décision attaquée par le pourvoi de M. et Mme [D].

2.- Présentation succincte du moyen . M. et Mme [D] font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande en disqualification de l'acte authentique de prêt du 24 août 2007 en acte sous seing privé, alors :

1) « que le notaire associé d'une société d'exercice de la profession notariale ne peut recevoir un acte à la conclusion duquel il est personnellement intéressé, quand bien même il ne serait ni partie à cet acte, ni parent, allié ou associé d'une partie, ni bénéficiaire de l'une des dispositions de l'acte, ni le parent ou l'allié d'un bénéficiaire ; qu'en écartant, pour refuser de disqualifier l'acte authentique de prêt du 24 août 2007 en acte sous seing privé, tout intérêt personnel du notaire instrumentaire à l'acte de prêt litigieux, par la considération que l'intérêt de l'officier public était caractérisé lorsque des proches au degré défini aux termes de l'article du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 étaient intéressés à l'acte ou lorsque l'acte contenait des dispositions en faveur du notaire instrumentaire « ou dans lequel il instrument[ait] pour une société dont il est associé ou actionnaire », qu'il n'existait aucun lien de parenté ou d'alliance du notaire instrumentaire avec les parties à l'acte litigieux et que ce dernier ne comportait aucune disposition en faveur du notaire, par ailleurs non détenteur de titre au sein de la banque prêteuse ou de la société Apollonia (arrêt, p. 6, §§ 7 à 9), la cour d'appel, qui a ainsi refusé de tenir compte de l'intérêt personnel du notaire pour apprécier sa capacité à instrumenter, a violé, par fausse interprétation, l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires ;

2) que la circonstance qu'un notaire ne percevrait, pour la rédaction d'un acte authentique de prêt, d'autres droits que ceux résultant de l'exercice de sa profession et faisant l'objet d'une règlementation n'exclut pas tout intérêt personnel de l'officier ministériel à l'acte ; que pour écarter tout intérêt personnel du notaire instrumentaire à l'acte litigieux et refuser de disqualifier cet acte authentique en acte sous seing privé, la cour d'appel a relevé qu'il n'était pas contesté que le notaire n'avait reçu à l'occasion de son intervention, aucun droit autre que ceux qui résultaient de l'exercice de sa profession et faisaient l'objet d'une réglementation (arrêt, p. 6, § 9) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est prononcée par des motifs impropres à exclure tout intérêt personnel du notaire, a violé l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires ;

3) « que l'absence de dépendance économique du notaire ayant instrumenté un acte de prêt immobilier à l'une des parties à l'opération immobilière n'exclut pas tout intérêt personnel de l'officier ministériel à l'acte ; qu'en s'attachant à la part du bénéfice issu du volume d'affaires apportée par la société Apollonia par rapport au bénéfice global retiré personnellement par le notaire au sein de la société notariale – en l'occurrence, selon les résultats des constatations de la cour d'appel, environ 21 % du bénéfice mensuel retiré personnellement par le notaire en 2007 – et en en déduisant que celle-ci ne permettait pas de caractériser la dépendance économique alléguée à l'égard de la société Apollonia (arrêt, p. 6, § 10), la cour d'appel, qui s'est encore prononcée par des motifs impropres à exclure tout intérêt personnel du notaire, a violé l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires ;

4) « que poursuit un intérêt personnel justifiant son incapacité d'instrumenter le notaire qui méconnaît ses obligations déontologiques d'impartialité et d'indépendance lors de la conclusion

d'un acte et partant, n'agit plus dans le cadre de sa profession ; que la cour d'appel a relevé les pratiques contraires à la déontologie notariale mises en œuvre par le notaire pour gérer le volume d'affaires apporté par la société Apollonia et consistant au recours systématique aux procurations, outre ses nombreux déplacements à travers toute la France pour les recueillir, organisés par la société de commercialisation, au siège de cette société ou aux domiciles des acquéreurs, sans que ceux-ci aient pu disposer d'une information suffisante (arrêt, p. 6, dernier §) et il était constant que celles-ci constituaient des manquements du notaire à ses obligations déontologiques d'impartialité et d'indépendance pour lesquelles il avait été sanctionné d'une interdiction temporaire d'exercer pour une durée d'un an ; qu'en excluant néanmoins tout intérêt personnel du notaire instrumentaire (arrêt, p. 7, §2), la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires. »

DISCUSSION

La question, posée à la chambre dans cette affaire, de même que dans les trois autres dossiers audiencés le même jour, la conduira à préciser la portée de l'interdiction d'instrumenter des notaires, posée par l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971.

Plus précisément, le moyen l'invite à interpréter la notion de personne intéressée à l'acte, à laquelle se réfère le deuxième alinéa de l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 , de nature à entraîner le déclassement en acte sous seing privé, au regard de l'intérêt personnel du notaire instrumentaire.

Généralités. Selon le Professeur Aynès et les auteurs associés de l'ouvrage collectif intitulé *« L'authenticité »* , *« ce qui fonde le caractère authentique d'un acte, c'est l'intervention d'un officier public impartial, en l'occurrence le notaire, qui a pour mission de constater le consentement des parties et d'assurer la légalité de l'acte qu'il dresse »* [1], ce qui explique que, parmi les incapacités, édictées par le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 pour préserver l'impartialité de l'officier public, figure l'intérêt que le notaire peut avoir à l'acte qu'il reçoit.

Il est ainsi interdit aux notaires de recevoir les actes auxquels sont parties ou intéressés certains parents ou alliés ou ceux pour lesquels ils auraient un intérêt personnel. Cette interdiction résulte aujourd'hui du premier alinéa de l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes notariés. Elle constitue une reprise à l'identique de celle prévue originairement à l'article 8 de la loi du 25 Ventôse, an XI, et n'a été complétée par un alinéa 2, dont la dernière modification date de 2016, que pour permettre son application dans le cadre des sociétés permettant l'exercice de la profession de notaire.

L'incapacité d'instrumenter du notaire est sanctionnée à un triple titre.

Sa responsabilité disciplinaire peut tout d'abord être engagée sur le fondement de l'article 13 du décret du 19 décembre 1945.

Ensuite, le notaire peut engager sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal (délit de prise illégale d'intérêts) et, plus généralement, pour tout autre délit commis à l'occasion de ces actes, notamment en qualité de complice d'escroquerie [2], comme cela est reproché au notaire authentificateur dans le présent dossier.

Enfin, l'incapacité du notaire entraîne, d'un point de vue civil , la nullité de l'acte, qui peut cependant valoir comme acte sous seing privé s'il est signé de toutes les parties [3]. Cette conversion par réduction de l'acte authentique est prévue:

- à l'article 1318, devenu article 1370 du code civil : *« 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 »* ,

- ainsi qu'à l'article 41 du décret du 26 novembre 1971 : *« 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 ».*

Cette dernière sanction est particulièrement redoutable si l'on songe qu'en matière de prêts, l'intervention d'un notaire, en sa qualité d'authentificateur de droit commun, est très utile pour le prêteur: les copies de l'acte notarié, délivrées au prêteur, sont automatiquement revêtues de la formule exécutoire, ce qui donne à ces copies la force d'une décision de justice rendue en dernier ressort.

1.- la notion d'intérêt du notaire à l'acte qu'il est chargé d'instrumenter .

Aux termes de l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971:

« Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, sont parties, ou qui contiennent quelque disposition en leur faveur .

Les notaires associés des sociétés suivantes ne peuvent recevoir des actes dans lesquels l'un d'entre eux ou les parents ou alliés de ce dernier au degré prohibé par l'alinéa précédent sont parties ou intéressés :

1 ° Société titulaire d'un office notarial ;

2 ° Société de notaires ;

3 ° Société en participation de notaires ;

4 ° Société de participations financières de profession libérale de notaires ;

5 ° Société de participations financières pluri-professionnelle ayant notamment pour objet la détention de parts ou d'actions de sociétés ayant elles-mêmes pour objet l'exercice de la profession de notaire » .

1.-1. Cette disposition a pour but d'assurer **l'impartialité du notaire** , appelé à recevoir un acte authentique [4]. En effet, les notaires doivent être les *"conseils désintéressés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés"* déclarait déjà le conseiller d'État Réal en 1803, reprenant ainsi la conception de l'époque qui fut confirmée par les tribunaux. Cette impartialité a toujours été exigée du notaire qui établit un acte, et affirmée par les règlements successifs du Conseil Supérieur du Notariat.

Comme le souligne la doctrine, « *le notaire est, en raison de sa qualité d'officier public, un arbitre d'une neutralité absolue. Il ne peut donc tirer un avantage si minime soit-il, de son activité de rédacteur d'actes authentiques (à l'exception bien entendu de la perception de ses émoluments ou honoraires) »* [5].

Selon l'article 2 du Code de déontologie des notaires, le notaire *"est le conseil des personnes physiques ou morales de droit privé et de droit public et le rédacteur impartial de leurs volontés"* , l'exergue du Règlement professionnel du notariat (RPN) précisant, pour sa part, que le rôle du notaire est de *" conseiller avec rigueur et impartialité "* .

Le préambule du précédent Règlement du 24 décembre 2009, précisait que le notaire est le *" rédacteur impartial "* de la volonté des parties, alors que selon le Règlement précédent, du 24

décembre 1989, il était *"l'arbitre impartial des contrats"* .

1.-2. C'est dans un ordre d'idées voisin que le notaire est soumis, sous peine de sanction disciplinaire, à **l'interdiction de réaliser des opérations spéculatives en matière immobilière** [6], afin d'éviter que, tenté par la recherche du profit, il ne mette en danger les intérêts matériels et moraux de sa profession.

Révélateur à cet égard est un arrêt rendu, le 7 décembre 1964, par lequel la cour d'appel de Paris a jugé que n'avait pas commis de faute disciplinaire un notaire, qui n'avait pas été conduit à réaliser des opérations immobilières dans un but spéculatif, mais pour sauvegarder les droits de ses clients [7]. Dans cette affaire, l'absence d'intérêt personnel du notaire faisait obstacle à l'élément moral de l'infraction disciplinaire. Il en résulte que, dans le cas contraire, sa responsabilité disciplinaire aurait été engagée.

1.-3. Le devoir d'impartialité n'est cependant pas le seul fondement de ces dispositions. Notamment quand l'intérêt personnel du notaire est en jeu, il s'agit d'un problème de **conflit d'intérêts** , qui s'ajoute à l'impossibilité pour le notaire, en charge d'une fonction publique, d'être partie à cet acte ou d'y avoir un intérêt [8].

Cette notion est abordée par les textes de la profession notariale, applicable à la cause.

Ainsi, le quatrième alinéa de l'article 3.2.1 du règlement national des notaires érigeait en règle professionnelle le respect des interdictions prévue par l'article 13 du décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945 pris pour l'application du statut du notariat :

« Il est l'article 13 du décret n° 45-0117 interdit aux notaires, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées, soit directement, soit indirectement de se livrer ou de s'intéresser à aucune des opérations prohibées par l'article 13 du décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945» .

Aux termes de cet article 13, *« il est interdit aux notaires, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées, soit directement, soit indirectement :*

[...]

4° De s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle ils prêtent leur ministère » .

Depuis le 1 er février 2024, est entré en vigueur le nouveau code de déontologie des notaires, issu du décret n° 2023-1297 du 28 décembre 2023 (JO 29 déc. 2024) ainsi que le règlement professionnel du notariat [9].

Aux termes de l'article 3 de ce code de déontologie :

« [Le notaire] accomplit sa mission avec loyauté, neutralité, impartialité, probité et délicatesse» .

Sur l'indépendance du notaire, l'article 7 du code de déontologie dispose :

« Le notaire, officier public, ne peut renoncer à son indépendance et à sa neutralité en toute circonstance. Il à demeure libre de tout lien extérieur, d'ordre personnel, professionnel ou financier, qui pourrait être interprété comme constituant une entrave à son intégrité ou à son objectivité. L'indépendance du notaire contribue à garantir la qualité du service rendu au client. Dans l'exercice de ses fonctions, le notaire s'attache à ne jamais se placer dans une situation de dépendance susceptible de porter atteinte à son libre arbitre ou à faire obstacle à l'accomplissement de ses devoirs. Il veille à éviter tout conflit d'intérêts et à ce que toute personne placée sous son autorité adopte le même comportement ».

Selon l'article 22 du même code, *« le notaire doit en toutes circonstances à sa clientèle sa conscience professionnelle, ses égards, l'impartialité, la probité, le conseil adapté à sa situation et l'information la plus complète.*

[...]

Il est interdit au notaire de se livrer ou de prendre part soit directement, soit indirectement, soit à titre personnel, soit par personne interposée, à une opération prohibée par la réglementation en vigueur.

Le notaire est tenu de mettre un terme à sa mission avec le client dès la survenance d'un événement susceptible de le placer dans une situation de conflit d'intérêts ou de porter atteinte à son indépendance » .

Cette obligation pour le notaire d'être indépendant et d'éviter toute situation de conflit d'intérêt est telle que ce professionnel est susceptible - en tant que personne dépositaire de l'autorité publique - d'entrer dans le champ d'application *ratione personae* du délit de prise illégale d'intérêt, défini à l'article 432-12 du code pénal [10].

Synthétisant parfaitement l'ensemble de ces obligations déontologiques, le président Maigret, lors du congrès international de Paris, soulignait qu' *« être notaire, n'exige pas, mais n'exclut pas pour autant des talents éclatants, des vertus transcendantes. Il y suffit d'un probe savoir, d'un jugement droit pour ce qui est de l'esprit, la fidélité et les désintéressement pour ce qui est du coeur de la modération dans les appétits et dans les moeurs, mais tout cela en union complète et sans défaillance. Ces qualités mesurées, un ferment les exalte et les transmute en vertu d'état, la conscience du devoir et de la dignité professionnelle »* .

Plus récemment, et dans le même ordre d'idées, le Conseil supérieur du notariat, dans une plaquette intitulée, *« le notariat, profession d'avenir »* , a parfaitement précisé le rôle de ce professionnel du droit, tributaire de droits-fonction, comme les magistrats et les hauts fonctionnaires dans la Rome antique:

« Placé au point de rencontre des lois et des hommes, professionnel du droit le plus proche de la vie, le notaire a pour mission de mettre en oeuvre la volonté de toute personne ou sujet économique aux fins de modification de leurs patrimoines par tous moyens compatibles avec les obligations et les possibilités attachées à sa charge » .

2.- Au regard de cette notion d'intérêt du notaire à l'acte qu'il est chargé d'instrumenter **, doit-on interpréter strictement ou largement la notion de personne intéressée, à laquelle se réfère le deuxième alinéa de l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, et qui conditionne la capacité du notaire à instrumenter?**

Il est certain que l'acte, qui ne prévoit pas d'autre avantage que le paiement des émoluments prévus par la loi, ne peut caractériser l'intérêt personnel prohibé [11].

Mais en dehors de ce cas précis, on peut hésiter, ce qui explique que la question posée par le présent pourvoi ait donné lieu dans le contentieux sériel issue de l'affaire Appolonia, à des divergences de jurisprudence entre cours d'appel [12].

Le premier alinéa de l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 présente une terminologie relativement restrictive, faisant référence à l'existence dans l'acte d'une disposition *« en [...] faveur »* du notaire, seul le second évoquant la notion d'intérêt. La notion d'intérêt figurant à l'alinéa 2 doit-elle être rapprochée de la notion de *« disposition en leur faveur »* visée à l'alinéa 1 er ?

S'agissant d'une incapacité d'instrumenter et compte tenu de la nature de la sanction, une approche restrictive pourrait conduire à limiter toute interdiction à l'existence d'une disposition à la

faveur du notaire.

A l'inverse, une approche extensive pourrait au contraire conduire à considérer que tout acte dans lequel le notaire a un intérêt pourrait conduire à déclarer nul cet acte authentique ou à le déclasser.

Dans une première approche, il serait possible de soutenir la première branche de l'option au motif que la notion de personne *« intéressée »* , visée à l'alinéa 2 de l'article 2 du décret du 26 novembre 1971, ne peut concerner une personne qui ne tirerait pas un bénéfice direct de l'une des dispositions de l'acte concerné.

On pourrait alors se fonder sur une jurisprudence ancienne, selon laquelle la notion de *« disposition en leur faveur »* renvoie à un droit, né de l'acte, pour le notaire [13].

1) Mais ce serait faire abstraction de ce que l'alinéa 1 er de l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 est, on l'a dit, la reprise quasi-identique de l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, qui disposait :

« Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ***ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur*** *»* .

On voit que, par une telle formulation *in fine* , l'interdiction posée par ce texte distingue deux cas: l'incapacité provenant de l'acte, d'une part, et une incapacité plus générale, déconnectée d'un tel acte, d'autre part.

Cette interprétation sort renforcée de l'obligation pour le notaire de faire prévaloir l'intérêt de ses clients, dont il est le conseil, sur son propre intérêt [14]. Cette obligation, qui est une condition de son impartialité, explique son incapacité à instrumenter lorsque son intérêt est en jeu. Elle a pour prolongement l'interdiction de tirer profit directement ou indirectement des affaires réalisées par ses clients. Et les tribunaux se montrent à juste titre très sévères lorsqu'un notaire a tenté de réaliser un bénéfice au détriment des clients qui avaient placé leur confiance en lui.

2) Cette interprétation large de l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 se justifie en outre par de solides arguments de droit pénal de la probité publique.

L'article 432-12 du code pénal , définit largement le délit de prise illégale d'intérêts comme *« le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement »* .

Il en résulte que la prise d'intérêt ainsi définie est une notion très large, dans la mesure où celle-ci peut se faire, soit directement, soit par personne interposée [15]. Une telle interprétation est partagée par la chambre criminelle [16] et par le Conseil d'Etat [17].

Une telle définition large du délit de prise illégale d'intérêts renforce l'idée selon laquelle le notaire peut avoir un intérêt à l'acte qu'il instrumente à raison d'éléments extérieurs à l'acte, commis par un tiers, mais ayant une incidence sur cet acte . Dans cette perspective, la circonstance qu'un notaire ne percevrait, à la conclusion d'un acte de prêt, d'autre droit que ceux qui résultent de l'exercice de sa profession et qui font l'objet d'une réglementation n'exclut pas tout intérêt personnel de l'officier ministériel à l'acte.

C’est donc tout naturellement que doctrine (2.-1.) et jurisprudence (2.-2.) s'accordent pour donner aux interdictions posées par l’article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 une large étendue.

2.-1. La doctrine. Commentant les dispositions de l’article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, des auteurs ont fait observer que *« le notaire doit s’abstenir de dresser un acte renfermant des dispositions en sa faveur ou présentant pour lui un intérêt personnel. Ce n’est pas seulement les avantages gratuits retirés par le notaire qui sont visés. Le notaire doit s’abstenir lorsque, de l’acte qu’il reçoit, résulte une modification ou amélioration de sa propre situation juridique vis-à-vis de l’une des parties »* [18]. Il importe peu à cet égard que l'avantage ou l’amélioration obtenu soit minime, ou indirec t, ou même simplement éventuel [19], illustration patente du caractère formel de l’obligation imposée par l’article 2 du décret précité .

Dans le même sens, il a été souligné, en ce qui concerne la portée des interdictions relatives à la compétence personnelle, que *« l'interdiction qui frappe le notaire de recevoir un acte dans lequel il aurait un intérêt est susceptible de jouer à partir du moment où l'acte contient une disposition dont l'officier public pourrait se prévaloir soit parce qu'elle lui attribue un droit, soit parce qu'elle est source pour lui d'un avantage »* [20].

De façon plus nette encore, un autre auteur observe que les deux alinéas de l’article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 ne recouvrent pas le même domaine, le second alinéa tendant à également appréhender les cas où l’acte lui-même ne contient pas de disposition en faveur du notaire mais fait cependant naître pour lui un intérêt .

« Le choix entre l'alinéa 1 er et l’alinéa 2 n'a cependant d'intérêt que si ceux-ci donnent à l'interdiction un domaine au moins légèrement différent. Or il nous semble que la notion d'actes qui contiennent des dispositions en faveur des parents ne s'identifie pas à celle d'actes dans lesquels ceux-ci sont intéressés: les seconds incluent nécessairement les premiers, mais l'inverse n'est pas vrai ; les premiers n'incluent pas les seconds. Il nous paraît en effet certain qu'un acte qui contient des dispositions en faveur d'un parent, tel qu'un testament, présente pour lui un intérêt évident. Mais sans contenir une telle disposition, un acte peut présenter un intérêt : il peut en être ainsi lorsque l'acte profite à une personne morale qui compte parmi ses associés ou dirigeants le parent d'un notaire associé . La référence à l'alinéa 2 de l'article 2 du décret précité nous paraît donc plus adéquate, d'autant plus qu'implicitement c'est la notion de parent intéressé à l'acte dressé par un notaire que la cour aborde lorsqu'elle considère que l'interdiction posée par l'article 2 du décret précité « ne s'appliquait pas au notaire appelé à instrumenter pour une personne morale dans laquelle une personne physique, parente ou alliée au degré prohibé, était associée minoritaire, à condition toutefois que cette personne n'intervienne pas à l'acte comme y représentant la société ». Cette motivation ne doit pas étonner. Certes, les conditions ainsi indiquées par la cour ne résultent d'aucun des alinéas de l'article 2. Mais la motivation retenue est dans la droite ligne d'une jurisprudence qui s'est développée au XIXe siècle selon laquelle la prohibition pour un notaire de recevoir des actes dans lesquels il est intéressé ne s'applique pas aux actes qu'il reçoit pour une société dont il est actionnaire si la faible importance de son intérêt comme actionnaire ne permet pas de suspecter son impartialité (v. J.-P. Kuhn, H.-B. Kuhn et T.-P. Kuhn : Rép. Dalloz, V notaire, spéc. n° 43). La position de la cour, dans l'arrêt commenté, n'est pas différente à propos du fils du notaire qui est associé de la société pour laquelle son père doit instrumenter : l'interdiction de l'article 2 du décret de 1971 ne s'applique pas s'il est seulement associé minoritaire à condition toutefois qu'il n'intervienne pas à l'acte comme y représentant la société ; dans une telle hypothèse, cet associé serait alors intéressé à l'acte dressé, ce qui entraînerait l'application de l'interdiction» [21].

Une telle conception maximaliste participe en outre du devoir absolu de conseil s’imposant à ce professionnel du droit . Car le notaire, à qui, dans un intérêt public de sécurité juridique, la loi a confié la mission de donner aux parties les moyens d’atteindre le but qu’elles poursuivent, est tenu de donner un conseil approprié pour que l’acte soit non seulement valable juridiquement, mais

aussi le plus favorable aux parties . Et ce, d'autant plus que la Cour de cassation impose au notaire rédacteur d'actes de prêts, une obligation d'efficacité contraignante. Ce professionnel ne doit pas en effet seulement se contenter d'informer son client du danger qu'il court. Il doit en outre se renseigner avant la signature du contrat afin de prévoir tous les risques d'ordre juridique pouvant venir menacer l'efficacité de l'acte qu'il reçoit [22].

2.-2. De son côté, **la jurisprudence** a, du moins implicitement à ce jour, dépassé l'interprétation trop littérale de l'interdiction frappant le notaire et l'a étendue à tous les actes auxquels le notaire est lui-même partie et qui font surgir un conflit d'intérêts ou qui contiennent des dispositions en sa faveur.

Elle a été retenue dès le XIXème siècle sur le fondement de l'article 8 de la loi du 25 ventôse, an XI:

« Attendu qu'il résulte des dispositions des art. 8 et 68 de la loi du 25 vent. an 11 qu'il est interdit aux notaires, à peine de nullité, de recevoir des actes dans lesquels ils seraient intéressés ou qui contiendraient des dispositions en leur faveur » [23].

Une telle interprétation n'a pas été démentie par la jurisprudence plus récente de notre chambre.

Ainsi, il a été jugé que l'interdiction faite par l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 aux notaires de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, sont parties ou qui contiennent quelque disposition en leur faveur, ne s'applique pas au notaire appelé à instrumenter pour une personne morale dans laquelle une personne physique, parente ou alliée au degré prohibé, est associée minoritaire, à condition toutefois que cette personne n'intervienne pas à l'acte comme y représentant la société [24].

De façon plus significative, notre chambre a jugé qu'un notaire ne pouvait recevoir des actes dans lesquels ses parents ou alliés, en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, sont parties, ou qui contiennent quelque disposition en leur faveur. Cette interdiction vaut, y compris lorsque le parent agit en qualité de représentant légal d'une personne morale, partie à l'acte visé [25]. En d'autres termes, l'interdiction faite aux notaires de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, sont parties ou qui contiennent quelque disposition en leur faveur, s'applique à l'officier public appelé à instrumenter pour une personne morale représentée à l'acte par une personne physique, parente ou alliée au degré prohibé.

Par cet arrêt du 31 octobre 2012, la première chambre a, là encore, fait une interprétation large de la notion d'intérêt au sens de l'article 2 du décret du 26 novembre 1971: *« Cette disposition créant une incapacité d'exercice du notaire s'applique-t-elle au représentant d'une banque partie à l'acte qui est le père du notaire instrumentaire ? À la lettre du texte, seules les parties à l'acte sont concernées. Or, au sens strict, seule la banque est partie, le père n'étant qu'un simple représentant de la banque. Dans son esprit, cette disposition est destinée à lutter contre toute forme de conflits d'intérêts. Le notaire ne doit pas seulement être réellement neutre et impartial, il doit également l'être en apparence »* [26]. Cela renvoie à la notion exigeante - bien connue en droit européen - de l'impartialité objective, découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Plus clairement encore, un autre commentateur de cet arrêt souligne que « *l'interdiction d'instrumenter est étendue à des cas non envisagés par le texte légal, mais où le risque de partialité est évident* » [27].

Tel est tout particulièrement le cas dans l'affaire soumise ce jour à la chambre.

En effet, le notaire a été ici renvoyé devant le tribunal correctionnel pour complicité d'escroquerie en bande organisée, à rebours de son obligation élémentaire d'impartialité. Les actes de complicité d'un notaire consistent en général à s'entremettre pour confirmer les manoeuvres frauduleuses de l'escroc. Sa seule présence à l'acte suffit car sa qualité d'officier public suscite la confiance des victimes et confère aux manoeuvres frauduleuses une apparence de vérité, susceptible d'égarer la volonté de la personne trompée. Sa partialité à l'acte, en tant que complice de la société Appolonia, apparaissait d'autant plus évidente.

Une telle infraction de complicité, reprochée au notaire dans la commercialisation de prêts frauduleux, en méconnaissance de son obligation d'impartialité, est d'autant plus grave que la participation d'un tel professionnel à des prêts est en soi très réglementée [28] car s'apparentant à l'exercice illégal de la profession de banquier, lui aussi lourdement sanctionné par le droit pénal [29].

Enfin, une conception large de la personne intéressée à l'acte est d'autant plus importante que le notaire est soumis à une obligation de déclaration de soupçons à TRACFIN [30] et, plus généralement, au dispositif national comme international de lutte contre la corruption .

Car ce professionnel du droit, en raison des fonctions particulières dont il est investi, est, plus que tout autre juriste, susceptible de déceler la présence d'indices révélateur d'une escroquerie. Ses obligations civiles, ci-dessus rappelées, influent sur sa responsabilité. Ses devoirs professionnels servent en effet d'appui pour établir plus aisément les éléments constitutifs de sa complicité, et notamment son dol de fonction [31].

Une conception étriquée de la notion d'intérêt du notaire à l'acte irait à l'encontre de la politique nationale de lutte contre les infractions au droit pénal de la probité publique ainsi que des attentes de l'OCDE en vue de lutter efficacement contre la corruption . A ce dernier égard, cette dernière a défini le conflit d'intérêts comme impliquant *« un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités »* [32]. Les faits de l'espèce, rappelés par l'arrêt attaqué, relèvent parfaitement de cette définition.

* * *

En définitive, il est possible de distinguer deux situations bien distinctes.

1) L'intérêt poursuivi par le notaire à la conclusion d'un acte, lié à la perception de ses émoluments, ne peut en principe être regardé comme justifiant son incapacité d'instrumenter sur le fondement du second alinéa de l'article 2 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, tant que ce notaire respecte les règles professionnelles précitées.

2) En revanche, lorsque l'intérêt poursuivi par le notaire implique la méconnaissance de telles règles, ce professionnel n'agit plus dans le cadre de sa profession, de sorte qu'il doit être regardé comme poursuivant un intérêt personnel, justifiant son incapacité d'instrumenter en vertu du second alinéa de ce même texte.

C'est en quelque sorte, ramenée à la profession notariale, l'application, bien connue en droit administratif, de la faute du fonctionnaire, détachable de l'exercice de ses fonctions, et en droit privé, de l'abus de fonction du préposé, exonérant le commettant de sa responsabilité civile [33], ou de la faute personnelle du dirigeant social, déchargeant la personne morale de toute responsabilité civile [34].

A ce dernier égard, on rappellera que la faute détachable est celle qui est incompatible avec l'exercice normal des fonctions du dirigeant, cette incompatibilité se définissant, depuis 2003, à partir de deux éléments: le caractère intentionnel de la faute et sa particulière gravité [35].

Depuis lors, on relève des signes d'une exigence accrue de la jurisprudence à l'égard des dirigeants sociaux. Ainsi, pour l'assemblée plénière de la Cour de cassation, pour la chambre commerciale et pour la troisième chambre civile, une infraction pénale intentionnelle, telle que l'escroquerie, constitue en elle-même une faute détachable, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les faits reprochés au dirigeant sont d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions [36].

Un tel critère de distinction, ci-dessus proposé, tiré du droit administratif, du droit de la responsabilité civile extra-contractuelle et du droit des sociétés, permettrait de parachever l'évolution jurisprudentielle, ci-dessus rappelée.

3.- Au cas présent , en énonçant qu'il ressort de l'article 2 du décret du 26 novembre 1971 que l'intérêt de l'officier public était caractérisé *« lorsque des proches au degré défini par ce texte, [étaient] intéressés à l'acte ou lorsque l'acte cont[enai]t des dispositions en faveur du notaire instrumentaire ou dans lequel il instrument[ait] pour une société dont il est associé ou actionnaire »* [37], la cour d'appel a retenu une lecture trop restrictive de l'intérêt personnel du notaire.

Au regard des précédentes observations, l'interdiction faite au notaire d'instrumenter des actes au sens de ce texte ne se limite pas aux cas dans lesquels un proche serait « intéressé » à l'acte, ou bien à celui dans lequel l'acte comporterait expressément des dispositions en faveur du notaire instrumentaire ou d'une société dont il est associé.

L'article 2 du décret énonce expressément, en son alinéa 2, que *« les notaires associés (…) ne peuvent recevoir des actes dans lesquels l'un d'entre eux (…) sont (…) intéressés »* .

La notion d'intérêt est donc indépendante des liens de parenté énoncés à l'alinéa précédent, qui interdit à un notaire de recevoir un acte contenant expressément une disposition en sa faveur (ou en faveur de ses proches tels que définis). Le notaire n'est pas seulement intéressé lorsque l'un de ses proches est intéressé, ou bien lorsque l'acte comporte une disposition en sa faveur. Comme exposé, les deux alinéas de l'article 2 du décret visent deux cas d'interdiction distincts, que la cour d'appel a confondus.

Du fait de cette interprétation des textes, la cour d'appel a retenu que le notaire associé d'une société d'exercice de la profession notariale serait capable de recevoir un acte auquel il est personnellement intéressé, tant que cet intérêt ne résulte pas directement des dispositions dudit acte. Ce faisant, les juges d'appel ont nécessairement considéré que le domaine de l'incapacité prévue par le second alinéa de l'article 2 du décret du 26 novembre 1971 était strictement identique au domaine de l'incapacité prévue par le premier alinéa du même texte.

Or, une telle interprétation n'est pas conforme à la lettre du texte qui attribue des domaines différents à ces deux incapacités.

Une telle interprétation n'est pas plus conforme à l'esprit du texte, qui en faisant référence à la notion d'intérêt, a entendu interdire au notaire d'instrumenter lorsqu'il a intérêt à la conclusion de l'acte pour lequel il prête son ministère, même lorsque cet intérêt est indirect.

La cour d'appel a ensuite relevé que « *l'absence de lien de parenté ou d'alliance de Me [A] avec les parties à l'acte, n'[était] pas discutée* » et que l'acte ne comportait *« aucune disposition en faveur du notaire »* , et enfin que le notaire n'était pas détenteur de titre au sein de la Lyonnaise de Banque ou de la société Apollonia [38].

Ces motifs témoignent de la lecture restrictive de l'article 2 du décret telle que dénoncée. Ainsi, à suivre la juridiction d'appel, seul un intérêt qui résulte directement de l'acte reçu par le notaire est de nature à disqualifier l'acte authentique en acte sous seing prive.

Par conséquent, la cour d'appel a violé le deuxième alinéa de l'article 2 du décret du 26 novembre 1971, par fausse interprétation, de sorte que la cassation est acquise sur le moyen unique, pris en sa première branche, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs.

AVIS :

- Avis de cassation

- compte tenu du caractère inédit de la question de droit posée et du contentieux sériel des dossiers Appolonia, ayant à ce jour donné lieu à des divergences de jurisprudence, il est proposé à Madame la Présidente la publication de l'arrêt au rapport annuel de la Cour de cassation.

---

1 L'authenticité, 2 ème édition, La documentation française.

2 Crim., 4 sept. 2002, n° 01-82.375 .- Crim., 10 avr. 1975, n° 74-82.826, affaire *Flatto-Sharon* : Bull. crim., n° 89; RSC 1977, p. 81, obs. J. Larguier .- Crim., 26 oct. 1974, n° 74-90.493: Bull. crim., n° 349.

3 Solution constante depuis: Civ. 1 ère , 11 juill. 1955: Bull. I, n° 294 .- Civ. 1 ère , 8 août 1967: Bull. I, n° 106; RTD civ. 1968, p. 147, obs. Chevallier.

4 A.-M. Leroyer et B. Vincent, Rédaction et réception de l'acte authentique : les exigences de la loi: JCP N 2012, n° 4, 1055, § 7.

5 P. Brun, R. Crône, P. Pierre et J. de Poulpiquet, Responsabilité des notaires - civile - disciplinaire - pénale: Dalloz référence, 2019-2020, 3 ème éd., 212-141.

6 D. 19 mars 1945, art. 13 .

7 CA Paris, 7 déc. 1964: JCP 1965, II, 14103.

8 B. Travely, Le conflit d'intérêts: JCP N 2024, n° 24, 1120.

9 RPN. - A. n° JUSC2402635A , 29 janv. 2024 : JO 31 janv. 2024.

10 A. Lepage, C. Ribeyre et R. Salomon, Droit pénal des affaires, LexisNexis, 7 ème éd., 2025, n° 532.

11 Jurisprudence ancienne constante depuis Req. 4 juin 1883, D. P. 1984. 1. 5 .- Req. 8 nov. 1886, D. P. 87, 1. 395 .

12 v. sur ce point l'excellente synthèse, établie par Mme la Conseillère Bonnet dans son rapport, pp. 23 à 26.

13 Civ., 2 déc. 1912, DP 1914, pp. 81-83 : *« l'article 8 de la loi du 25 ventôse an 11 [devenu l'article 2 du décret du 26 novembre 1971] qui interdit aux notaires de recevoir les actes où ils sont parties ou qui contiennent quelques dispositions en leur faveur, ne vise que les actes dans lesquels ils sont parties, soit directement, soit par prête-nom, ou desquels un droit résulte pour eux »* .

14 D. n° 45-0117, art. 13, 5°.- C. déont., art. 22.

15 A. Lepage, C. Ribeyre et R. Salomon, Droit pénal des affaires, préc., n° 536.

16 Crim., 25 juin 1996, n° 95-80.592: D. 1997. 100 .- Crim. 5 nov. 1998, n° 97-80.419 .

17 CE, 27 juill. 2005, n° 263714.

18 J.-F. Pillebout et J. Yaigre, Droit professionnel notarial, LexisNexis, pratique notariale, 12 ème éd., 2022, n° 308.

19 J. de Poulpiquet, Répertoire de droit civil, Notaire – Réception des actes et contrats, n° 35.

20 J. de Poulpiquet, JCl. Notarial Formulaire V° Notariat - Fasc. 18 : Notariat. – Compétences et interdictions, n° 62.

21 T. Bonneau, Société civile professionnelle. Notaires. Notaire appelé à instrumenter pour une personne morale dont l'un des associés est le fils dudit notaire, JCP N, 1994, n° 38.

22 Civ. 1 ère , 1 er déc. 1998, n° 96-21.943.

23 Req., 20 janv. 1874 : DP 1874, 1, p. 171 .- Dans le même sens: Civ., 27 nov. 1876 : DP 1877, 1, p. 57.

24 Civ. 1 ère , 2 févr. 1994, n° 92-10.844: Bull. I, n° 37: D. 1995, p 196, note Ch. Hannoun .

25 Civ. 1 ère , 31 oct. 2012, n° 11-25.789: Bull. I, n° 223: JCP N 2013, 106, note E. Meiller; JCP G 2013, act. 141, note G. Deharo; D. actu., 27 nov. 2012, note M. Kebir.

26 JCP N 2012, n° 46, act. 974.

27 É. Meiller, note sous Civ. 1 ère , 31 oct. 2012, préc. : JCP N 2013, n° 13, 1065 .

28 D. n° 45-117 du 19 déc. 1945, art. 13 et 14.

29 C. monét. fin., art. L. 511-5.

30 C. monét, fin., art. L. 562-1.

31 A. Lepage, C. Ribeyre et R. Salomon, Droit pénal des affaires, préc., n° 651.

32 Https//:legalinstruments, oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0316.

33 C. civ., art. 1242, al. 5. Ass. plén., 17 juin 1983, n° 82-91.632, Bull ass. plén., n° 8; JCP G 1983, 20120, conclusions de M. le Premier avocat général Sadon, note F Chabas; RTD civ. 1983, p. 749, obs. G. Durry. Selon l'excellente expression d'un auteur, *« les hypothèses à considérer sont celles où le proposé a agi à l'occasion de ces fonctions, mais avec un mobile étranger à celles-ci »* (P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle: LexisNexis, 5 ème éd., 2018, n° 463).

34 M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, LexisNexis, 37 ème éd., 2024, n° 463 et s.

35 Définition résultant de l'arrêt de principe: Com., 3 mai 2018, n° 16-23.627: BJS 2018, p. 509, note S. Messaï-Barhri; Dr. sociétés 2018, comm. 165, obs. J. Heinich.

36 Ass. Plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066: Bull. ass. plén., n° 17; JCP G 2002, n° 7, p. 345-347, note M. Billiau - RTD civ., janvier-mars 2002; Gaz. Pal., 31 juillet au 1 er août 2002, n° 212-213, p. 2-4, note S. Petit.- p. 109-112, note P. Jourdain; D. 2002, p. 1317, note D. Mazeaud .- Com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255: PBRI: Dr. sociétés 2011, comm. 225, obs. M. Roussille .- Com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255: Bull. IV, n° 146; D. 2010, p. 2290, note A. Lienhard; D. 2010, p. 2618, note R. Salomon .- Civ. 3 ème , 10 mars 2016, n°

14-15.326: PB; BJS 2016, p. 335, note S. Messaï-Barhri .- Civ. 3 ème , 7 janv. 2018, n° 16-27.680: PBI; Dr. sociétés 2018, comm. 189, obs. J. Heinich; Rev. sociétés 2018, p. 723, note J.-F. Barbièri.

37 Arrêt attaqué, p. 6, § 7.

38 Arrêt attaqué, p. 6, § 9.