



Le 19 février 2013

Procédure de consultation relative à la modification du code civil suisse (forme authentique)

Prise de position du Département de droit civil

« *Quelle force pousse ainsi certains hommes à donner des lois à leurs semblables ?* » Cette question que se posait le grand juriste français Jean Carbonnier¹ vient à l'esprit lorsque l'on prend connaissance de l'avant-projet de loi relatif à la forme authentique : il est question de remplacer l'art. 55 du Titre final du Code civil par pas moins de 21 dispositions !

Sur le plan des principes, la Faculté de droit ne peut que regretter cette inflation législative, ce d'autant que les auteurs de l'avant-projet ne prennent guère la peine d'expliquer en quoi l'adoption de toutes ces règles serait nécessaire. Le rapport explicatif indique qu'« il est nécessaire de clarifier ce que le législateur entend par "forme authentique" » (p. 3). Mais en réalité, cette notion existe dans notre Code civil depuis un siècle sans que le besoin d'une intervention du législateur fédéral ne se soit fait ressentir de façon soutenue.

A cet égard, on peut rappeler que la forme écrite est réglée en quatre articles par le Code des obligations (art. 12-15 du Code fédéral des obligations). Ne serait-il pas paradoxal que la forme authentique, qui est confiée à des professionnels censés au fait des exigences en vigueur, fasse l'objet d'un nombre beaucoup plus important de dispositions ? On peut sérieusement douter qu'il soit aujourd'hui « nécessaire » de « codifier le droit fédéral non écrit relatif à la forme authentique », ainsi que le soutient le rapport explicatif (p. 5).

En réalité, l'impression qui se dégage est que l'avant-projet n'est pas mûr ; il convient de réfléchir de façon plus approfondie sur la nécessité d'une intervention du législateur fédéral en la matière et, cela fait, sur les règles qui devraient le cas échéant être insérées dans nos codifications.

¹ Flexible droit, 9^e éd., Paris 1998, p. 379.

Cette nécessité d'une réflexion approfondie s'impose d'autant plus si l'on prend en considération le fait que l'avant-projet ambitionne d'améliorer « la clarté et [...] la sécurité du droit » (p. 2). En effet, on peut craindre que le texte soumis à la procédure de consultation conduise au résultat inverse. On se contentera à cet égard de mentionner cinq exemples :

- L'art. 55f prévoit que l'officier public « se récuse lorsque lui-même ou des personnes qui sont proches de lui sont impliquées ». La notion de « personnes qui sont proches » est imprécise. Ainsi, une nièce de l'époux de l'officier public est-elle un proche au sens de cette disposition ? *Quid* du membre d'une hoirie dont l'officier public est exécuteur testamentaire ?

En outre, la proposition d'art. 55f donne curieusement à penser que seules des personnes physiques peuvent être des proches. Mais *quid* d'une personne morale dont l'officier public serait un organe, ou d'une commune dont il serait maire ?

Les législations cantonales renferment souvent des dispositions bien plus précises, qui répondent à ces questions². L'on ne voit pas bien en quoi la clarté et la sécurité juridiques seraient augmentées si on doublait ces règles ou si on les remplaçait par l'art. 55f proposé.

- De même, l'art. 55d al. 2 est fort imprécis lorsqu'il prévoit que l'officier public « peut refuser une instrumentation pour de justes motifs ». Et ce pour une double raison.

Tout d'abord, les « justes motifs » sont par définition une notion juridique indéterminée, qui demande à être précisée (cf. art. 4 du Code civil). Les législations cantonales de droit notarial sont à cet égard en règle générale bien plus précises³ et ne nécessitent nullement d'être « complétées » par une règle fédérale peu consistante.

A cela s'ajoute que l'avant-projet d'art. 55d al. 2 prévoit de façon fort critiquable que l'officier public « peut » (« darf ») refuser de prêter son ministère. Or, il est des situations dans lesquelles l'officier public n'a pas le choix et doit refuser de dresser l'acte ; ainsi et par exemple, il est admis que l'officier public ne doit pas instrumenter un acte dont il saurait qu'il serait illicite ou simulé⁴.

La sécurité et la clarté du droit ne sont pas servies par une règle de droit fédéral qui laisse entendre que l'officier public pourrait instrumenter des actes même dans les cas où l'interdiction d'instrumenter est absolue.

² Cf. art. 9 de la Loi genevoise sur le notariat ; art. 51 de la Loi vaudoise sur le notariat ; art. 32 de la loi bernoise sur le notariat ; art. 21 de la Loi fribourgeoise sur le notariat ; etc.

³ Cf. art. 20 de la Loi fribourgeoise sur le notariat ; art. 35 al. 1 de la Loi valaisanne sur le notariat ; art. 50 al. 1 de la Loi vaudoise sur le notariat ; art. 31 al. 1 de la loi bernoise sur le notariat ; etc.

⁴ Cf. art. 20 de la Loi fribourgeoise sur le notariat ; art. 35 al. 1 de la Loi valaisanne sur le notariat. Voir aussi : art. 50 al. 1 de la Loi vaudoise sur le notariat ; art. 31 al. 1 de la loi bernoise sur le notariat ; etc.

- L'introduction de la « minute électronique » par l'avant-projet d'art. 55n paraît fort loin du but recherché d'augmenter la clarté et la sécurité juridiques. Ainsi que le rapport explicatif le relève lui-même (p. 22), en cas d'instrumentation d'une minute électronique, c'est le document se trouvant dans la mémoire de l'ordinateur et apparaissant à l'écran qui doit être lu aux parties (ou être lu par celles-ci). Le rapport explicatif concède qu'à cet égard, « en comparaison avec l'acception habituelle des actes, une certaine habitude peut paraître nécessaire » ; mais il ajoute aussitôt que « dans la vie économique actuelle, les moyens techniques auxiliaires sont devenus tellement répandus que les éventuelles craintes à ce sujet ne peuvent guère être décisives » (p. 31). Cette motivation tirée de la « vie économique » est pour le moins surprenante : les actes authentiques ne sont pas seulement passés par des commerçants, des businessmen, des cadres et des dirigeants d'entreprises, mais également par des personnes qui ne sont pas rompues aux affaires. Il peut notamment s'agir de personnes âgées ou inexpérimentées, ou encore de langue ou de nationalité étrangères. L'on voit guère comment la forme authentique peut remplir ses buts – soit notamment protéger les parties contre des engagements irréflechis et assurer l'expression claire de la volonté des parties – si l'on bouscule ainsi les comparants, les contraignant à prendre connaissance à l'écran d'un texte souvent complexe et recourant à des termes juridiques qu'ils ne maîtrisent pas nécessairement.

Le rapport explicatif propose certes qu'un exemplaire sur papier soit remis aux parties « afin qu'elles puissent lire et étudier le document de manière indépendante » (p. 22). Mais chacun sait que surviennent parfois des différences inexplicables entre le texte à l'écran et le texte imprimé. Le rapport explicatif insiste d'ailleurs à plusieurs reprises sur les risques inhérents aux « ruptures de médium ». La remise d'une copie sur papier de la minute électronique constitue donc un pis-aller, qui fait courir aux parties le risque d'une divergence entre le texte qu'elles lisent et le texte qui les lie.

En définitive, l'avant-projet fait à cet égard preuve d'une insensibilité surprenante. Les gains d'efficacité et de temps escomptés⁵ – dont bénéficieront avant tout les officiers publics et les administrations concernées – s'effectueront en définitive au détriment des parties et, singulièrement, aux dépens des plus inexpérimentées d'entre elles. La raison d'être de la forme authentique et les vertus que l'on prête à celle-ci n'y trouvent pas leur compte.

- L'art. 55m de l'avant-projet prévoit que « l'acte authentique dressé conformément aux règles du lieu d'instrumentation et par l'officier public compétent est reconnu par tous les cantons ».

⁵ Rapport explicatif, p. 6.

Cette règle paraît *a priori* aller de soi : si un acte a été dressé selon les règles applicables au lieu de situation et par un officier public compétent, il n'y a pas de raison pour qu'il ne soit pas reconnu partout en Suisse.

Ce que cette disposition ne dit pas, mais qui se comprend à la lecture du rapport explicatif, c'est que les règles applicables au lieu de situation ne peuvent pas désigner comme seul compétent, même en matière immobilière, un officier public du lieu de situation (p. 29). L'avant-projet s'écarte ainsi volontairement de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'actes authentiques ayant pour objet des immeubles (rapport explicatif, p. 29).

Les arguments développés à cet égard sont intéressants. Il s'agirait de respecter le principe de la liberté du choix du lieu de conclusion du contrat, de ne pas alourdir les transactions immobilières intercantionales et de ne plus laisser les cantons exercer un contrôle sur les transactions immobilières pour des buts (fiscaux, disciplinaires, etc.) étrangers à ceux que la forme authentique doit servir (rapport explicatif, p. 29).

Le rapport explicatif n'est en revanche guère convaincant lorsqu'il aborde la raison centrale qui motive la jurisprudence du Tribunal fédéral, la sécurité des transactions :

« En matière de conclusion de contrats sur des droits réels immobiliers, la commodité des transactions (résultant de la *lex loci contractus*) s'oppose à la sécurité des transactions. Celle-ci répond au besoin de protéger les parties tant contre des engagements pris à la hâte que contre une rédaction de leurs contrats obscure, imprécise, non conforme à l'état des lieux ou à la situation juridique des immeubles. Ce besoin de protection est primordial. Dans le secteur immobilier, le contenu des contrats est en rapport étroit avec l'état et la nature du bien-fonds, avec les usages locaux concernant les transactions immobilières et avec l'organisation régionale du registre foncier. Dans la procédure d'authentification, l'officier public a le devoir particulièrement important de renseigner et de conseiller les parties. Il sera mieux à même de remplir ce devoir au lieu de la situation de la chose qu'ailleurs en Suisse. Les partisans de la *lex loci contractus* avouent que si le contrat dressé dans un autre canton est insuffisant, il faudra le compléter à l'office du registre foncier compétent *ratione loci*. Source de frais et de complications, cette façon de procéder est étrangère au système du CC »⁶.

Le rapport explicatif se contente d'affirmer à cet égard qu'un officier public extérieur au canton « peut et doit également satisfaire aux exigences idoines [...]. Lorsque les exigences minimales du droit fédéral garantissent un certain standard, on ne peut plus parler de différences importantes entre les procédures cantonales relatives à l'instrumentation » (p. 29).

⁶ ATF 113 II 501, JdT 1988 I 550/553.

Ce faisant, le rapport explicatif minimise les difficultés. En matière immobilière, le droit cantonal varie fortement d'un canton à l'autre ; il en va ainsi non seulement du droit public cantonal (droit des constructions et de l'aménagement du territoire, restrictions diverses de droit public, taxation immobilière, hypothèques légales de droit public, etc.), mais également du droit privé cantonal réservé par le Code civil (distances entre constructions, vues droites, plantations, etc.). Il en va de même de la pratique des autorités (registre foncier, fisc, application de la LFAIE, etc.) ainsi que des us et habitudes locaux (modalités de paiement de prix de vente de l'immeuble, reprise des gages immobiliers, etc.).

Dans ces conditions, la liberté de choix de l'officier public en matière immobilière s'effectuerait au détriment de la sécurité et de la clarté du droit. Les parties risqueraient d'être mal conseillées ou d'obtenir des informations de seconde main, l'officier public de leur choix s'étant renseigné auprès d'un officier public du lieu de situation. On peut craindre qu'il en résulte une dilution des responsabilités⁷ et que les renseignements et conseils ainsi prodigués soient incomplets ou imprécis. Il est vrai que, ainsi que le relève le rapport explicatif (p. 30), la Loi fédérale sur la fusion prévoit (en cas de transfert de patrimoine) qu'un seul acte authentique suffit même si des immeubles transférés sont situés dans différents cantons (art. 70 al. 2 LFus). Mais l'on s'étonne que cette exception, permise pour des transactions entre des parties en principe sophistiquées, soit citée à titre d'exemple pour le régime général.

- L'avant-projet recourt à de nombreuses reprises à la notion de « parties à la procédure » (cf. art. 55e, 55i, et 55j). En consultant la version allemande de l'avant-projet, l'on comprend qu'il s'agit là des « *Urkundsparteien* ». Or, il s'agit là d'une expression qui est généralement rendue en français par les termes « parties à l'acte »⁸ ou « parties »⁹ voire par celui de « comparants »¹⁰. On ne voit pas bien comment l'utilisation de l'expression « parties à la procédure » augmenterait la sécurité juridique et la clarté du droit.

En définitive, il paraît souhaitable de remettre l'ouvrage sur le métier ; ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, « la forme authentique relève de la juridiction gracieuse. Elle appartient par conséquent au droit public. Elle relève en principe de la compétence législative des cantons. Le droit privé de la Confédération ne doit pas empiéter sur ce domaine sans nécessité »¹¹. L'avant-projet faisant l'objet de la procédure de consultation paraît à cet égard mal calibré : il se propose d'intervenir

⁷ Cf. ATF 113 II 501, JdT 1988 I 550/554.

⁸ Voir par exemple l'art. 24 lit. e de la Loi bernoise sur le notariat (versions française et allemande) ainsi que les art. 32 al. 1, 41 al. 2 et 87 al. 1 de la Loi valaisanne sur le notariat (versions française et allemande).

⁹ Voir par exemple l'art. 35 de la Loi bernoise sur le notariat (versions française et allemande).

¹⁰ Michel Mooser, *Le droit notarial en suisse*, Berne 2005, p. 285.

¹¹ ATF 113 II 501, JdT 1988 I 550/553.

d'une façon massive dans un domaine qui fonctionne bien et qui est avant tout du ressort des cantons. Il risque de bousculer sans raison les habitudes et de mettre en plusieurs points en péril les intérêts qu'il entend servir.

Benedict Foëx
Professeur