

18 août 2021

Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse

Principes directeurs et leurs explications

Groupe de réflexion: Procédure unifiée
d'établissement des actes authentiques en Suisse

Table des matières

Bibliographie	5
Liste des abréviations	8
1 Contexte	11
1.1 Législation sur les actes authentiques en Suisse	11
1.2 Mandat du Conseil fédéral	12
1.3 Recommandation de la Commission de la concurrence en ce qui concerne la libre circulation	12
2 Mise en œuvre des mandats du Conseil fédéral	13
2.1 Mise en œuvre du mandat 1 : « Acte authentique électronique »	13
2.2 Mise en œuvre du mandat 2 : « Exigences minimales de droit fédéral et libre circulation »	13
3 Mandat du groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse »	13
4 Démarche du groupe de réflexion	14
5 Bases constitutionnelles	15
6 Termes et définitions	16
6.1 Contexte	16
6.2 Juridiction gracieuse.....	16
6.3 Officier public.....	16
6.4 Établissement des actes authentiques.....	17
6.5 Acte authentique.....	18
6.6 Original de l'acte authentique (« <i>minute</i> » / « <i>Urschrift</i> » / « <i>atto originale</i> »)	19
6.7 Expédition (« <i>Ausfertigung</i> » / « <i>copia autentica</i> »).....	19
6.8 Copie légalisée (« <i>vidimus</i> » / « <i>copie certifiée conforme</i> » / « <i>beglaubigte Kopie</i> » / « <i>autenticazione di una copia</i> »)	20
6.9 Procédure d'établissement des actes authentiques.....	20
6.9.1 En général	20
6.9.2 Classification des procédures d'établissement des actes authentiques	21
6.9.3 Classification des procédures selon l'objet de l'acte	21
6.9.4 Légalisations (« <i>Beglaubigungen</i> » / « <i>autenticazioni</i> »).....	23
6.10 Phases de la procédure	24
6.11 Sceau de l'officier public (sceau notarial).....	24
6.12 Formule de clôture.....	25
7 Principes directeurs	25
7.1 En général	25
7.2 Exigences minimales de droit fédéral.....	26
7.3 Fonction et compétences de l'officier public	27
7.3.1 Fonction publique	27
7.3.2 Conditions de l'autorisation d'exercer la profession ; compétence d'établir des actes authentiques	28
7.3.2.1 En général	28
7.3.2.2 Domicile et nationalité	29
7.3.2.3 Examen de capacité.....	31
7.3.2.4 Formation, exigences professionnelles.....	31
7.3.2.5 Incompatibilité avec l'exercice d'autres activités.....	32
7.3.3 Compétence à raison du lieu ou de la matière.....	33
7.3.3.1 En général	33
7.3.3.2 Libre circulation des officiers publics	35
7.3.3.3 Libre circulation et reconnaissance des actes authentiques	36
7.4 Obligations professionnelles de l'officier public.....	36
7.4.1 En général	36

7.4.2	Obligation d'instrumenter, obligation et droit de refuser d'instrumenter	37
7.4.3	Obligation de véracité	38
7.4.4	Obligation de sauvegarder les intérêts des parties	39
7.4.4.1	Obligation d'impartialité	40
7.4.4.2	Obligation de diligence	41
7.4.4.3	Obligation de prompt exécution des actes	41
7.4.5	Obligation d'impartialité	41
7.4.6	Obligation de se récuser	42
7.4.7	Obligation de garder le secret (secret professionnel)	43
7.4.8	Obligation de diligence	44
7.4.9	Réputation	44
7.4.10	Indépendance	44
7.4.11	Devoir de communication	44
7.4.12	Obligation de suivre une formation continue	45
7.4.13	Obligation de sauvegarder les intérêts fiscaux de l'État	45
7.5	Procédure d'établissement des actes authentiques (déroulement)	45
7.5.1	Dispositions générales de procédure	45
7.5.1.1	Support de l'original, de l'expédition et de la copie légalisée	45
7.5.1.2	Contenu formel des actes authentiques	46
7.5.1.3	Annexes à l'acte authentique	46
7.5.1.4	Participants / personnes impliquées	48
7.5.1.5	La langue des actes	51
7.5.2	Demande d'authentification (réquisition)	52
7.5.3	Procédure préliminaire (procédure d'examen et procédure préparatoire)	53
7.5.3.1	Examen	53
7.5.3.2	Préparation	54
7.5.3.3	Information des parties	55
7.5.3.4	Obligation de clarté	56
7.5.4	Procédure principale	56
7.5.4.1	En général	56
7.5.4.2	Lieu de l'instrumentation	57
7.5.4.3	Lecture par les parties ou par l'officier public ; visite des lieux et procès-verbal	57
7.5.4.4	Corrections, rectifications	58
7.5.4.5	Approbation	59
7.5.4.6	Signature de l'acte par les comparants	60
7.5.4.7	Obligation de parapher les pages de l'acte	61
7.5.4.8	Datation et signature par l'officier public	61
7.5.4.9	Unité de la procédure d'instrumentation (unité de l'acte) ; instrumentation séparée ou par étapes	61
7.5.4.10	Instrumentation à distance	63
7.5.4.11	Comparant(s) de langue étrangère	65
7.5.4.12	Procédures spéciales	66
7.5.4.13	Contrats de gage immobilier ; contrats concernant les immeubles de petite taille	67
7.5.4.14	Formule de clôture	67
7.5.5	Phase postérieure à l'instrumentation	68
7.5.5.1	En général	68
7.5.5.2	Tenue d'un répertoire	68
7.5.5.3	Conservation de l'original ou d'une copie légalisée	69
7.5.5.4	Etablissement d'expéditions et de copies légalisées	69
7.5.5.5	Apposition du sceau sur l'acte authentique	70
7.5.5.6	Réquisitions d'inscription auprès des offices chargés des registres ; réquisitions auprès d'autorités	70
7.6	L'inexistence de l'acte authentique et ses effets juridiques	71
7.6.1	Situation actuelle	71

7.6.1.1	Distinction entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité	71
7.6.1.2	Délimitation entre la violation d'une règle de validité (vice de procédure) et les conséquences de droit civil.....	72
7.6.2	Distinction entre «Acte inexistant" et "«Acte annulable ».....	72
7.6.2.1	Réflexions générales.....	72
7.6.2.2	<i>De lege ferenda</i> : compétence fédérale en matière de classification des vices de forme entachant l'établissement de l'acte authentique.	74
7.6.2.3	Règles de validité.....	74
7.6.2.4	Prescriptions d'ordre	75
7.6.3	Portée de l'obligation de forme : invalidité partielle pour vice de forme de l'acte authentique.....	76
7.6.4	Réglementation des conséquences de droit matériel d'un vice de procédure..	76
7.6.4.1	Compétences fédérales et cantonales concernant les conséquences de droit matériel d'un vice de procédure.....	76
7.6.4.2	Conséquences de droit matériel d'un vice de procédure.....	77
7.7	Abrogation des dispositions spéciales du CC relatives aux actes authentiques	77
7.8	Surveillance ; mesures disciplinaires	77
7.9	Responsabilité	77
7.10	Comptabilité, mouvements de fonds, capacité de paiement et conservation de dépôts	77
7.11	Émoluments.....	78
8	Conclusions.....	78
Annexe 1 : Propositions pour le point « Classification de la liste des thèmes » ; rapport de Denis Piotet, Prof. D' iur., Lausanne.....		
79		
Annexe 2 : Avis de droit de l'OFJ du 13 septembre 2018 concernant la compétence fédérale pour réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques.....		
79		
Annexe 3 : Délimitation des compétences législatives entre la Confédération et les cantons dans le domaine des actes authentiques ; rapport de Ruth Arnet, Prof. D' iur., Zurich (en allemand).....		
79		

Bibliographie

ARNET RUTH, Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – de lege lata und de lege ferenda, successio 3/2015, p. 185 ss.

ARNET RUTH, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, RJB 149/2013, p. 391 ss (cit. : ARNET, RJB).

BECK EMIL, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V, titre final, 2^e section, art. 51-63, Berne, 1932.

BIBER RENÉ, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in : FÉDÉRATION SUISSE DES NOTAIRES (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 1, Muri b. Bern, 2010, p. 138 ss.

BRÄM BEAT, Beilagen zu öffentlichen Urkunden und deren Einbezug in das Beurkundungsverfahren, Festgabe für Professor Dr. iur. Roland Pfäffli, NB 2014, p. 216 ss.

BRAZEROL RICCARDO, Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit – Die Rechtslage in der Schweiz mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit der Notare in der EU, Jusletter, 28 octobre 2013.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in : FÉDÉRATION SUISSE DES NOTAIRES (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne, 2018 (cit. : BRÜCKNER, Notariatspraxis), p. 59 ss.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, RNRF 75/1994, p. 1 ss (cit. : BRÜCKNER, RNRF, 1994).

BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich, 1993.

CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zurich 1976.

DEPRAZ ALEX, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, thèse de doctorat défendue à Lausanne 2002.

DIEBOLD NICOLAS, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: COTTIER/OESCH (éditeurs), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3^e éd., Berne 2020.

EICHENBERGER CHRISTIAN, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, thèse de doctorat défendue à Berne 2009.

GASSER DOMINIK/MÜLLER RAHEL/KOJAN TAMARA, Zivilprozessrecht in a nutshell, 3^e éd., Zurich/St-Gall, 2021.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, vol. I, 11^e éd., Zürich/Basel/Genf 2020.

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (éditeurs), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6^e éd., Bâle, 2018 (cit. : BSK-NOM DU CONTRIBUTEUR, n. ad art.).

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 6^e éd., Bâle, 2019 (cit. : BSK-NOM DU COLLABORATEUR, n. ad art.).

GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zurich, 1954.

OESCH MATTHIAS/RENFER STEFAN, Kommentar Wettbewerbsrecht II, in: OESCH/WEBER/ZÄCH (éditeurs), 2^e éd., Zurich 2021.

HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, RNRF 69/1988, p. 228 ss.

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich, 2019.

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHUMACHER RAINER/SCHMID JÖRG, Droits réels - Sachenrecht, DC 4/2010, p. 191 ss.

JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Genève/Zurich/Bâle, 2017.

KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, Der formungültige Grundstückskauf, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3^e éd., Berne, 2017, p. 81 ss.

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4e éd., Berne, 2017 (cit. : KOLLER, OR AT).

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (éditeurs), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3^e éd., Zurich, 2016 (cit. : OFK-NOM DU COLLABORATEUR, n. ad art.).

KUNZ HANS, Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht, thèse de doctorat à Berne, Bienne, 1928.

MARTI HANS, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Berne, 1989.

MARTI HANS, Bernisches Notariatsrecht, Berne, 1983 (cit. : MARTI, Notariatsrecht).

MOOSER MICHEL, Les conséquences de la reconnaissance intercantonale des actes authentiques immobiliers, in : FÉDÉRATION SUISSE DES NOTAIRES (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne, 2018, p. 141 ss (cit. : MOOSER 2018).

MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2^e éd., Berne 2014.

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berne, 2018 (cit. : BK-MÜLLER, n. ad art.).

MÜLLER LUKAS, Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft, SJZ 116 (2020) 16-17, p. 555 ss (cit. : MÜLLER LUKAS).

MÜLLER LUKAS/PAFUMI LARA, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG (2/2), REPRAX 1/2020, p. 45 ss.

NUSSBAUM HEINRICH, Beispiele mit Anmerkungen und Erläuterungen über öffentliche Beurkundungen mit einer einleitenden Darstellung des massgebenden Rechts, 2^e éd., Aarau, 1949.

PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen, Jusletter, 20 avril 2015.

PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, Jusletter, 16 décembre 2013 (cit. : PFÄFFLI/LIECHTI, WEKO).

PIOTET DENIS, L'avant-projet de révision des art. 55 à 55t du Titre final du Code civil, in : FÉDÉRATION SUISSE DES NOTAIRES (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 3, Berne, 2015, p. 79 ss (cit. : PIOTET, 2015).

PIOTET DENIS, Les procédures spéciales d'instrumentation d'actes authentiques, in : FONDATION NOTARIAT SUISSE (éditeur), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zurich, 2007, p. 259 ss (cit. : PIOTET, Les procédures spéciales).

PIOTET DENIS, La notion fédérale de la forme authentique à l'épreuve de la doctrine, in : UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL (éditeur), Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, p. 19 ss.

RUF PETER, Notariatsrecht, Langenthal, 1995.

SANTSCHI ALFRED, Die Rechtsberatung durch den Notar, RNRF 49/1968, p. 1 ss (cit. : SANTSCHI ALFRED, Rechtsberatung).

SANTSCHI ALFRED, Die Berufspflichten des bernischen Notars, thèse de doctorat à Berne, 1958, Winterthur, 1959 (cit. : SANTSCHI ALFRED).

SANTSCHI DANIEL, Die Ausstandspflichten des Notars, thèse de doctorat à Berne, Langenthal, 1992 (cit. : SANTSCHI DANIEL).

SCHMID JÖRG, Erbrechtsreform und öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen, in: JUNGO ALEXANDRA/BREITSCHMID PETER/SCHMID JÖRG (éditeurs), Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel, Zurich/Bâle/Genève, 2018, p. 37 ss (cit. : SCHMID JÖRG).

SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: SCHMID JÖRG (éditeur), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zurich/Bâle/Genève, 2006, p. 3 ss (cit. : SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht).

SCHMID JÖRG, Die Fernbeurkundung, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne, 2018, p. 231 ss (cit. : SCHMID JÖRG, Notariatspraxis).

STAEHELIN DANIEL, Vertretungsverhältnis nicht genannt – öffentliche Urkunde ungültig?, Jusletter, 2 août 2010.

STRUB YAEL, Haftung des Notars für die Aufklärung betreffend Steuern? – «Es chunnt druf aa», Recht 4/2013, p. 163 ss.

VON BÜREN ROLAND, Notare und Wettbewerb, in: RUF PETER/PFÄFFLI ROLAND (éditeurs), 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal, 2003, p. 79 ss.

WOLF STEPHAN, Zu den kantonalen Beurkundungsverfahren als Ausgangslage für einen bundesrechtlichen Notariatsprozess und zugleich zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts – eine Standortbestimmung, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne, 2018, p. 23 ss (cit. : WOLF, Notariatspraxis).

WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009 (cit. : KNB-NOM DU COLLABORATEUR, n. ad art.).

WOLF STEPHAN/PFEUTI ANJA/MINNIG YANNICK, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, Jusletter, 28 octobre 2013.

WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: WOLF STEPHAN (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Berne, 2012.

Liste des abréviations

AG	canton d'Argovie
AI	canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
Al.	alinéa
ALCP	accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681
AR	canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
Art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral suisse
BE	canton de Berne
BeurG-AG	Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz vom 30. August 2011, SAR 295.200
BeurG-AR	Beurkundungsgesetz vom 26. Oktober 2009, bGS-AR 211.2
BeurG-GL	Gesetz über Beurkundung und Beglaubigung (Beurkundungsgesetz) vom 6. Mai 2007, GS-GL III B/3/1
BeurG-LU	Gesetz über die öffentliche Beurkundung (Beurkundungsgesetz) vom 18. September 1973, SRL 255
BeurG-ZG	Gesetz über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz) vom 3. Juni 1946, BGS-ZG 223.1
BeurV-NW	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung vom 9. November 1974 (Beurkundungsverordnung), Nidwaldner Gesetzessammlung 268.11
BL	canton de Bâle-Campagne
BS	canton de Bâle-Ville
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
cf.	confer
ch.	chiffre
cit.	cité comme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CO	loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
COMCO	Commission de la concurrence
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
Cst.	constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DC	Droit de construction, revue du droit de la construction et des marchés publics (Zurich)

DELN-JU	Décret concernant l'exécution de la loi sur le notariat du 6 décembre 1978, RSJU 189.111
DFJP	Département fédéral de justice et police
D ^r	docteur
éd.	édition
etc.	et cætera
FR	canton de Fribourg
GE	canton de Genève
GL	canton de Glaris
GR	canton des Grisons
INR	Institut de droit notarial et de pratique notariale de l'Université de Berne
JU	canton du Jura
let.	lettre
LFus	loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS 221.301
LMI	loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur, RS 943.02
LN-BE	loi du 22 novembre 2005 sur le notariat, RSB 169.11
LN-FR	loi du 17 mars 2016 sur le notariat, RSF 261.1
LN-JU	loi sur le notariat du 9 novembre 1978, RSJU 189.11
LN-NE	loi sur le notariat du 26 août 1996, RSN 166.10
LNo-VD	loi sur le notariat du 29 juin 2004, RS 178.11
LN-VS	loi du 15 décembre 2004 sur le notariat, recueil systématique valaisan 178.1
LU	canton de Lucerne
n.	note ; note marginale
NB	Le notaire bernois, revue de l'Association des notaires bernois
NE	canton de Neuchâtel
NG-BL	Notariatsgesetz vom 22. März 2012, SGS-BL 217
NG-BS	Notariatsgesetz vom 18. Januar 2006, BSSG 292.100
NG-GR	Notariatsgesetz vom 18. Oktober 2004, BR 210.300
NotG-ZH	Notariatsgesetz vom 9. Juni 1985, ZH-Lex 242
NotPV-ZH	Verordnung über den Erwerb des Wahlfähigkeitszeugnisses für Notarinnen und Notare vom 4. September 2013, ZH-Lex 242.1
NV-UR	Verordnung über das Notariat vom 9. Oktober 1911, RB-UR 9.2311
NW	canton de Nidwald
OAAE	ordonnance du 8 décembre 2017 sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique, RS 211.435.1
OFJ	Office fédéral de la justice

ON-BE	ordonnance sur le notariat du 26 avril 2006, RSB 169.112
ORC	ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce, RS 221.411
ORF	ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier, RS 211.432.1
OW	canton d'Obwald
p.	page
par ex.	par exemple
prof.	professeure, professeur
REPRAX	Droit des sociétés et droit du registre du commerce: revue de la législation et de la pratique (Zurich)
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RNRF	Revue Suisse du notariat et du registre foncier (Zurich)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Zurich)
s	suivant(e)
SG	canton de Saint-Gall
SH	canton de Schaffhouse
SO	canton de Soleure
ss	suivant(e)s
successio	Revue de droit des successions (Zurich)
SZ	canton de Schwyz
TF	Tribunal fédéral
TFUE	traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TG	canton de Thurgovie
tit. fin. CC	titre final du Code civil suisse
UR	canton d'Uri
VD	canton de Vaud
vol.	volume
VS	canton du Valais
ZG	canton de Zoug
ZH	canton de Zurich

1 Contexte

1.1 Législation sur les actes authentiques en Suisse

Le droit fédéral soumet de nombreux actes juridiques à la forme authentique à titre de condition de validité. Des règles fédérales explicites relatives à l'établissement des actes authentiques n'existent toutefois que pour le testament public, le pacte successoral, la donation à cause de mort, le contrat d'entretien viager et le protêt (art. 499 ss et 512, al. 1, CC, art. 245, al. 2, 522, al. 1, et 1034 ss CO). Le législateur fédéral a laissé aux cantons la compétence de déterminer les modalités pour les autres actes juridiques soumis à l'exigence de la forme authentique. L'art. 55, al. 1, tit. fin. CC énonce que les cantons déterminent les modalités de la forme authentique pour leur territoire. Le droit des actes authentiques en Suisse est donc marqué par les spécificités cantonales.

La compétence cantonale se traduit par la diversité des formes d'organisation qui existent en Suisse dans le domaine des actes authentiques. On distingue ainsi principalement le notariat indépendant (dit latin), le notariat d'État et différentes formes mixtes¹. Dans le premier cas de figure, l'officier public exerce l'activité relevant de la souveraineté de l'État de manière indépendante pour son compte et sous sa responsabilité². Dans le second, il est lié par des rapports de travail de droit public³. Quant aux formes mixtes, certaines tâches incombent au notaire indépendant, alors que d'autres sont accomplies par le notaire d'État.

Les objectifs de la forme authentique sont notamment les suivants⁴ :

- protection des parties contre des engagements irraisonnés⁵ ;
- aide-mémoire⁶ ;
- fonction probante⁷ ;
- prévention des litiges⁸ ;
- constitution des justificatifs adéquats relatifs au titre⁹ ;
- fonction de police¹⁰ ;
- clarté de l'acte juridique¹¹ ;
- conservation des actes authentiques pour une durée indéterminée¹².

Ni la doctrine juridique ni la jurisprudence ne contestent actuellement que la notion de forme authentique relève du droit fédéral¹³. Les cantons doivent donc respecter les exigences qu'impose le droit fédéral lorsqu'ils fixent les règles relatives à l'instrumentation¹⁴.

En ce qui concerne les exigences prévues par le droit fédéral, qui est en partie non écrit, il faut distinguer les exigences minimales et les exigences maximales¹⁵ : d'une part, les dispositions

¹ BIBER, p. 142; CARLEN, p. 35 ss ; JEANDIN, p. 11 ; MOOSER, n. 55 ss.

² BRÜCKNER, Notariatspraxis, p. 63 ; CARLEN, p. 36 ; JEANDIN, p. 11; KNB-WOLF/PFAMMATTER, n. 3 ad art. 2 LN.

³ BRÜCKNER, Notariatspraxis, p. 63 ; CARLEN, p. 38 ; JEANDIN, p. 11.

⁴ Cf. la vue d'ensemble: ARNET, RJB, p. 399 ss.

⁵ BECK, p. 14; BRÜCKNER, n. 258 ss ; JEANDIN, p. 17 ; MARTI, p. 23 ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 10.

⁶ MARTI, p. 21 s.

⁷ MARTI, p. 22 s.

⁸ MARTI, p. 22.

⁹ JEANDIN, p. 17 ; MARTI, p. 24.

¹⁰ JEANDIN, p. 18 ; MARTI, p. 25.

¹¹ KNB-WOLF/PFAMMATTER, n. 9 ad art. 23 LN ; BSK-SCHMID, n. 12 ad art. 55 tit. fin. CC.

¹² BRÜCKNER, Notariatspraxis, p. 63; JEANDIN, p. 18.

¹³ ATF 125 III 131, 134, et 133 I 259, 260 ; BIBER, p. 140 ; BRÜCKNER, n. 5 ; HUBER, p. 229.

¹⁴ WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 3 s.

¹⁵ BRÜCKNER, n. 8 ss et n. 19 s ; HUBER, p. 230 ; MOOSER, n. 26 ; WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 4.

cantonaux doivent satisfaire aux exigences résultant de la notion et du but de la forme authentique¹⁶ et, d'autre part, les cantons ne doivent pas rendre trop difficile ou impossible l'accès à la forme authentique¹⁷.

1.2 Mandat du Conseil fédéral

Le 14 décembre 2012, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation sur une modification du code civil (forme authentique). L'avant-projet prévoyait :

- de fixer les exigences minimales de droit fédéral concernant l'instrumentation,
- d'étendre la libre circulation des actes authentiques à l'ensemble du domaine immobilier,
- de rendre possible l'établissement d'originaux électroniques des actes authentiques et
- de créer une banque de données centrale des actes authentiques gérée par la Confédération.

Vu les résultats de la consultation et des entretiens avec les milieux concernés, le Conseil fédéral a décidé, le 25 mai 2016, de subdiviser la révision du code civil en deux projets et a confié deux mandats au DFJP, qui a été chargé :

- d'élaborer un message portant sur l'original électronique de l'acte authentique et sur le registre des actes authentiques électroniques (« *mandat 1* ») et
- d'examiner l'opportunité d'élaborer un message portant sur les exigences minimales de droit fédéral et sur la libre circulation et de faire rapport au Conseil fédéral (« *mandat 2* »).

1.3 Recommandation de la Commission de la concurrence en ce qui concerne la libre circulation

Le 23 septembre 2013, la Commission de la concurrence (COMCO) a recommandé aux cantons d'introduire la libre circulation intercantonale des notaires pour l'exercice de leur activité professionnelle ainsi que pour l'établissement des actes authentiques¹⁸. En particulier, les notaires extérieurs au canton devraient, par une reconnaissance de leurs certificats de capacité, être autorisés à exercer les activités qui sont également ouvertes aux notaires indépendants dans ce canton. En ce qui concerne les actes authentiques, la COMCO a recommandé le règlement de la reconnaissance entre les cantons de tous les actes authentiques, ainsi que la création d'une base légale permettant la reconnaissance des actes authentiques en matière immobilière instrumentés dans un autre canton. La recommandation repose en particulier sur la loi sur le marché intérieur (LMI) qui garantit l'accès libre et égal au marché sur tout le territoire suisse en ce qui concerne l'exercice d'une activité lucrative. Sur le plan du droit du marché intérieur, il convient de relever que le champ d'application de la LMI a été aligné sur celui de l'ALCP, raison pour laquelle les activités notariales devraient, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral, être soumises au champ d'activité de la LMI¹⁹. Cette appréciation ainsi que la recommandation de la COMCO ne sont pas demeurées sans critiques²⁰.

¹⁶ ATF 99 II 159, 161 ; HUBER, p. 230 . Une synthèse des exigences minimales est présentée au ch. 7.2.

¹⁷ BRÜCKNER, n. 19 s ; WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 4.

¹⁸ <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/medien/communiqués-de-presse/nsb-news.msg-id-50564.html> (état au 13.07.2021).

¹⁹ Avec des références supplémentaires: OESCH/RENFER, n. 13 ad art. art. 1 LMI; DIEBOLD, p. 489.

²⁰ Cf. également les explications au ch. 7.3.3.

La recommandation de la COMCO visait également sur le plan politique à stimuler la concurrence dans le domaine de l'activité notariale. Les recommandations de la COMCA n'ont pour l'heure pas été mises en oeuvre; en revanche, le postulat Bertschy 20.3879 du 19 juin 2020, dont la teneur reprend par endroits pratiquement mot pour mot la recommandation de la COMCO, prévoit, par exemple, une libéralisation du notariat à l'échelle suisse en instaurant une concurrence intercantonale aussi libre que possible.

2 Mise en œuvre des mandats du Conseil fédéral

2.1 Mise en œuvre du mandat 1 : « Acte authentique électronique »

La perception des instruments informatiques au sein de la population a changé depuis l'adoption de l'avant-projet de 2012 et la consultation menée en 2013. Les projets de numérisation se multiplient. Il était donc indiqué de rouvrir un large débat public sur les dispositions proposées en 2012, en donnant plus de place à l'informatique. Le Conseil fédéral a mis en consultation, du 30 janvier au 8 mai 2019, l'avant-projet de loi fédérale sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (LAAE). À la différence de l'avant-projet de 2012, l'établissement d'originaux électroniques des actes authentiques ne devait plus représenter une option, mais devenir au contraire la règle, dix ans après l'entrée en vigueur de la LAAE. En outre, il était prévu de mettre en place une solution centralisée (*registre des actes authentiques*) garantissant la sauvegarde à long terme des actes authentiques électroniques.

Dans l'étape suivante, le DFJP est chargé d'élaborer un projet de loi et un message sur la base de l'évaluation des avis exprimés lors de la consultation.

La possibilité d'établir à l'avenir l'original électronique des actes authentiques a été intégrée dans les discussions lors de l'élaboration des présents principes directeurs et définitions.

2.2 Mise en œuvre du mandat 2 : « Exigences minimales de droit fédéral et libre circulation »

Les propositions formulées dans l'avant-projet de 2012 en ce qui concerne les exigences minimales de droit fédéral et la libre circulation des actes authentiques dans le domaine immobilier ont suscité des critiques. Après la consultation, l'administration fédérale a donc mené des discussions avec les représentants des notaires. De ces échanges est née l'idée de créer une procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse au lieu de codifier les exigences minimales.

À la suite du Congrès des notaires de Suisse tenu le 15 mars 2018 sur le thème « La procédure notariale uniforme en Suisse et l'avenir du notariat », l'OFJ a institué le groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse » chargé d'élaborer les principes directeurs d'une procédure unifiée de droit fédéral et leurs explications.

3 Mandat du groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse »²¹

Le groupe de réflexion a eu pour mission d'approfondir d'un point de vue d'expert les questions juridiques d'une éventuelle unification de la procédure notariale au niveau fédéral en Suisse et d'élaborer les principes directeurs d'une procédure d'instrumentation fédérale uniforme et leurs explications.

²¹ On trouvera la composition et le mandat du groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse » à l'adresse Internet suivante : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html> (état le 31.05.2021).

Dans le cadre de ses travaux, le groupe de réflexion a en particulier été chargé de discuter du champ et de la portée possible de cette unification et, si nécessaire, d'élaborer divers modèles de réglementation. Ses considérations ont de plus dû respecter le principe de la souveraineté organisationnelle et les compétences de surveillance des cantons dans le domaine des actes authentiques. En outre, une attention particulière devait être portée à l'enchevêtrement entre le droit cantonal, l'éventuelle future réglementation fédérale de la procédure notariale et le droit privé fédéral matériel.

Les principes directeurs devaient pouvoir s'appliquer tant au notariat indépendant (dit latin) qu'au notariat d'État.

Le groupe de réflexion a réuni les représentants des notaires indépendants, des notaires d'État, des cantons et du monde de la science.

4 Démarche du groupe de réflexion

La première étape des travaux a consisté à recueillir les questions relevant des législations cantonales relatives aux actes authentiques et la deuxième, à se mettre d'accord sur la manière de les organiser. La structure retenue est la suivante :

- *bloc 1*, fonction et compétences de l'officier public / dispositions générales ;
- *bloc 2*, obligations professionnelles ;
- *bloc 3*, procédure d'établissement des actes authentiques ;
- *bloc 4*, inexistence de l'acte authentique, surveillance, émoluments.

Le *premier bloc* regroupe les questions liées à la forme d'organisation de l'instrumentation, qui comprennent notamment la désignation des personnes habilitées à établir les actes authentiques, les conditions auxquelles est soumis l'exercice de la profession et la compétence à raison du lieu ou de la matière des officiers publics ou leur libre circulation.

Le *deuxième bloc* liste les différentes obligations professionnelles des officiers publics.

Le *troisième bloc* est consacré aux domaines à régler connexes à la procédure d'établissement des actes authentiques per se, tels que la langue des actes, les pièces jointes, les corrections, etc.

L'inexistence de l'acte authentique, la surveillance des officiers publics et les émoluments font l'objet du *quatrième bloc*.

Lors des travaux portant sur la classification des différents thèmes, on a considéré qu'il fallait d'abord clarifier les procédures auxquelles devaient s'appliquer les principes directeurs, vu que la procédure peut être différente selon l'objet de l'instrumentation. L'authentification des actes juridiques peut nécessiter une autre réglementation que l'instrumentation des actes constatatoires²². Le groupe de réflexion a chargé DENIS PIOTET, professeur et docteur en droit, de présenter une classification des différents types d'instrumentation et de formuler une proposition concernant la distinction entre les différentes procédures et le champ d'application des principes directeurs à élaborer par le groupe de réflexion (*annexe 1*).

Suite au rapport du prof. DENIS PIOTET, le groupe de réflexion a décidé de formuler les principes directeurs de telle manière qu'ils puissent, idéalement, s'appliquer à toutes les procédures d'instrumentation. Lorsqu'une distinction s'impose clairement, il a été prévu d'apporter une précision dans les explications ou de rédiger des principes supplémentaires.

²² Pour la distinction entre les différentes procédures d'établissement des actes authentiques, voir ch. 6.9 du présent rapport.

Après avoir classé et structuré les thèmes, le groupe de réflexion a discuté les différents principes directeurs, en affirmant dès le début qu'il ne fallait pas en rédiger pour les deux domaines réglementaires suivants :

- nombre maximal des officiers publics (*numerus clausus*)²³ ;
- bureaux.

Le groupe de réflexion est arrivé à la conclusion que des principes directeurs n'étaient pas non plus nécessaires dans d'autres domaines, et cela pour deux raisons différentes : dans certains cas, des règles fédérales empièteraient sur la souveraineté organisationnelle des cantons et dans quelques autres, il n'a pas été possible de trouver une solution susceptible de rassembler une majorité²⁴.

Le présent rapport résume les résultats des discussions et des échanges d'idées et présente les principes directeurs élaborés par le groupe de réflexion. Dès lors, le présent document ne constitue pas un rapport de l'administration ou du Conseil fédéral, mais un document du Groupe de réflexion. La rédaction du rapport a été assurée par l'Office fédéral de la justice OFJ.

5 Bases constitutionnelles

La nature de l'art. 55, al. 1, tit. fin. CC est controversée en ce qui concerne la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons²⁵. Certains auteurs de doctrine soutiennent qu'il s'agit là d'une réserve implicite (*unechter Vorbehalt*) en faveur du droit cantonal²⁶, alors que d'autres²⁷ considèrent ces dispositions comme une réserve explicite (*echter Vorbehalt*).

Lors de l'introduction du CPC, le législateur a affirmé que seules les affaires attribuées au pouvoir judiciaire sont soumises au CPC dans le domaine de la procédure gracieuse, qui comprend les actes authentiques. Toutefois, le CPC ne s'applique pas aux affaires civiles traitées par des autorités administratives cantonales (art. 54 tit. fin. CC). Ces affaires restent soumises à la procédure administrative cantonale pour des motifs constitutionnels²⁸. Le Conseil fédéral n'a cependant pas apporté dans ce contexte d'autres précisions sur les « motifs constitutionnels », notamment en ce qui concerne les actes authentiques²⁹.

Le groupe de réflexion s'est penché sur la question de la compétence fédérale pour régler la procédure d'établissement des actes authentiques. À ce sujet, l'OFJ a élaboré une expertise (cf. annexe 2) et Ruth Arnet, professeure et docteure en droit, un rapport (cf. annexe 3). Les membres du groupe de réflexion ont exprimé des points de vue divergents sur le partage des compétences, mais ils ont convenu que le groupe de réflexion devait laisser cette question en suspens au vu de son mandat. Il s'agissait selon eux d'élaborer les principes directeurs d'une procédure « idéale » compte tenu des objectifs des actes authentiques et des formes d'organisation des cantons.

²³ Seul FR connaît une disposition pertinente explicite. Conformément à l'art. 2, al. 1, LN-FR, le nombre maximal des notaires autorisés à exercer un office sur le territoire cantonal est de 55. Pour des raisons liées à la forme d'organisation, le nombre d'officiers publics est toutefois aussi limité dans les cantons qui connaissent le notariat d'État.

²⁴ Cf. les explications présentées au ch. 7.1.

²⁵ WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 3.

²⁶ MARTI, p. 30 ss ; RUF, n. 132 ss.

²⁷ BRÜCKNER, n. 5 ss ; VON BÜREN, p. 80 ss.

²⁸ FF 2006 6841, 6874.

²⁹ Le passage cité du message concernant le CPC (FF 2006 6841, 6874) a été introduit suite aux réponses reçues dans le cadre de la procédure de consultation («...en raison des motifs constitutionnels invoqués lors de la procédure de consultation...»).

6 Termes et définitions

6.1 Contexte

Les discussions menées lors des séances du groupe de réflexion ont montré que pour élaborer les principes directeurs, il fallait définir divers termes utilisés dans la législation sur les actes authentiques : d'une part, des termes différents désignent les mêmes faits selon le canton et, d'autre part, les institutions ne sont pas les mêmes dans tous les cantons.

6.2 Juridiction gracieuse

Définition :

Par juridiction gracieuse, on entend l'activité relevant de la souveraineté de l'État exercée par les autorités ou par les officiers publics pour constater, créer, modifier ou supprimer des droits de caractère civil ou pour constater des faits dans des affaires non litigieuses.

La législation fait la distinction entre la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse.

La procédure de juridiction gracieuse peut être définie comme une activité relevant de la souveraineté de l'État exercée par des autorités (tribunal, officier public, autorité administrative) pour constater, créer, modifier ou annuler des droits privés ou pour constater des faits. Il s'agit là d'une procédure non contentieuse initiée en règle générale à la demande unilatérale d'acteurs privés³⁰. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la « demande unilatérale » ne suffit pas à elle seule comme critère pour distinguer la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse; en particulier, dans le cas de l'instrumentation d'un acte authentique, la procédure est souvent introduite par plusieurs parties (requête). Au contraire, la délimitation doit se baser sur le contenu de droit matériel de la procédure³¹. Les actes authentiques relèvent de la juridiction gracieuse³².

6.3 Officier public

Définition :

Par officier public, on entend toute personne habilitée à établir des actes authentiques, que sa compétence en la matière soit limitée ou non et indépendamment de la procédure d'instrumentation pour laquelle cette personne est compétente à raison de la matière et/ou du lieu.

Les termes désignant les personnes chargées d'établir des actes authentiques varient selon le canton. On utilise tant la notion de notaire que celle d'officier public.

Pour la rédaction des principes directeurs et de leurs explications, il a fallu choisir une seule désignation des personnes habilitées à établir des actes authentiques dans les cantons. Il s'agissait de trouver un terme suffisamment étroit pour ne pas être trop abstrait, mais aussi suffisamment large pour englober toutes les personnes dotées de compétences en matière d'instrumentation et de légalisation.

Le terme « *Urkundsperson* » semble s'imposer en allemand, mais il n'existe pas d'équivalence précise quant au fond en français ni en italien. Les termes « officier public » et « *pubblico ufficiale* » ne traduisent pas exactement la notion allemande.

³⁰ GULDENER, p. 1 ss ; GASSER/MÜLLER/KOJAN, p. 2.

³¹ ATF 140 III 550 ; ATF 139 III 225 ; arrêt du TF 5A_434/2012.

³² ATF 128 I 280, 281 ; BRÜCKNER, n. 481 ; CARLEN, p. 35 ; GULDENER, p. 9 ; MARTI, p. 19 ; RUF, n. 232 ss.

Malgré ce problème de traduction, les membres du groupe de réflexion ont décidé d'utiliser dans le présent rapport les termes ci-dessous :

- « *Urkundsperson* » en allemand,
- « officier public » en français et
- « *pubblico ufficiale* » en italien.

6.4 Établissement des actes authentiques

Définition :

L'établissement des actes authentiques est la consignation de déclarations constitutives d'un acte juridique ou d'une procédure ou portant sur des faits, ou la constatation de faits ayant une portée juridique, par une personne habilitée à cette tâche par l'État, dans la forme et selon la procédure définies par cet État.

Selon la doctrine et la jurisprudence actuelle, la notion de forme authentique relève du droit fédéral même si la définition fait défaut dans une loi fédérale³³.

La doctrine et la jurisprudence ont adopté plusieurs définitions qui ne diffèrent pas d'une manière essentielle. Ainsi, CARLEN³⁴ définit en substance la forme authentique comme la consignation dans un document de faits juridiquement pertinents et de déclarations de volonté faites dans le cadre d'actes juridiques ; cette consignation doit être effectuée par un organe que la législation a désigné compétent et dans la forme prescrite à cette fin. JEANDIN³⁵ propose une formulation semblable : « On définit la forme authentique comme étant la forme solennelle selon laquelle une personne autorisée à cet effet par un canton confectionne, selon la procédure prescrite par ce canton, un document écrit consignait des déclarations de volonté ou la constatation de faits. » Le Tribunal fédéral³⁶ suit pour l'essentiel les deux définitions précitées : la forme authentique est la transposition de faits ayant une portée juridique ou de déclarations constitutives d'un acte juridique par une personne habilitée à cette tâche par l'État, dans la forme et selon la procédure définies par cet État.

Les membres du groupe de réflexion n'ont pas été unanimes à approuver la proposition d'utiliser la définition adoptée par le Tribunal fédéral. Notamment le caractère ouvert de la formulation a suscité des critiques. En effet, la procédure d'établissement des actes authentiques et son déroulement doivent être conformes aux règles fixées par les législations fédérale et cantonale³⁷. Il faudrait donc citer les dispositions pertinentes pour chaque procédure et définir avec précision les différentes étapes de la procédure pour parvenir à une définition claire et complète de la notion de forme authentique.

En guise de solution, il a été proposé de faire la distinction entre la déclaration de volonté et la constatation de faits pour parvenir à une définition plus précise. Par ailleurs, il est envisageable de faire le départ entre l'« acte authentique » et la « légalisation ». Une autre proposition a été, pour donner une forme plus concrète à la définition, de dresser une liste des actes et des cas nécessitant une authentification et de les reprendre dans les principes directeurs. Une telle manière de procéder comporte toutefois le risque que la définition ne couvre pas tous les cas, notamment le fait que l'exigence de la forme authentique peut relever

³³ ATF 125 III 131, 134, et 133 I 259, 260 ; BIBER, p. 140 ; BRÜCKNER, n. 5 ; HUBER, p. 229.

³⁴ CARLEN, p. 88 : « *urkundliche Festlegung rechtlich erheblicher Tatsachen und rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen durch ein von der Gesetzgebung hiezu als zuständig bezeichnetes Organ unter Einhaltung der hierfür vorgeschriebenen Form.* »

³⁵ JEANDIN, p. 16.

³⁶ ATF 99 II 159, 161.

³⁷ BRÜCKNER, n. 21 ss.

du libre choix des parties. Enfin, il a aussi été proposé de faire référence à la fonction d'officier public pour préciser la définition.

Dans le cadre des discussions, il a été relevé que la définition de l'« établissement des actes authentiques » doit toujours être interprétée compte tenu des principes directeurs, ce qui lui donne de la substance.

Aucune majorité ne s'est dégagée au sein du groupe de réflexion pour une des variantes proposées. C'est pourquoi une définition s'appuyant sur celle du Tribunal fédéral a été retenue dans le présent rapport.

6.5 Acte authentique

Définition :

Par acte authentique, on entend un acte passé en la forme authentique.

Au sens des principes directeurs, il existe trois types d'actes authentiques :

- la consignation de déclarations de volonté ou la constatation de faits pour lesquels la forme authentique est requise en vertu du droit fédéral ou du droit cantonal ou souhaitée par les parties ;*
- l'expédition ;*
- la légalisation.*

Ni le CC ni le CO ne définissent à l'heure actuelle à proprement parler la notion d'acte authentique, mais l'art. 9 CC concernant l'effet du titre authentique attribue à celui-ci une force probante accrue ; l'art. 179 CPC a une teneur analogue. On trouve néanmoins une disposition relative au « titre authentique » à l'art. 110, al. 5, CP.

La proposition de définir l'acte authentique en référence à la définition prévue à l'art. 110, al. 5, CP³⁸ a été controversée au sein du groupe de réflexion. Certains membres ont une fois encore soulevé le problème de la formulation trop ouverte³⁹. En même temps, il a été relevé que la définition de l'« acte authentique », comme celle de l'« établissement des actes authentiques », devait être interprétée à la lumière des principes directeurs.

Comme on l'a expliqué pour la notion d'établissement des actes authentiques, il est utile de faire référence aux différentes procédures d'instrumentation selon qu'il s'agit des déclarations de volonté ou des constatations de faits ; l'acte authentique est donc défini compte tenu de cette distinction (premier tiret du principe directeur).

Hormis les déclarations de volonté et les constatations de faits, on mentionne explicitement les expéditions et les légalisations, afin de montrer clairement qu'il s'agit là aussi d'actes authentiques, même si la procédure qui s'y applique est très différente de celle suivie pour instrumenter les déclarations de volonté et les constatations de faits.

³⁸ Art. 110, al. 5 CP : « Sont des titres authentiques tous les titres émanant des membres d'une autorité, de fonctionnaires ou d'officiers publics agissant dans l'exercice de leurs fonctions. Sont exceptés les titres émanant de l'administration des entreprises économiques et des monopoles de l'État ou d'autres corporations ou établissements de droit public qui ont trait à des affaires de droit civil. »

³⁹ Cf. ch. 6.4.

6.6 Original de l'acte authentique («*minute*» / «*Urschrift*» / «*atto originale*»)

Définition :

Par original de l'acte authentique, on entend le document établi dans le cadre de la procédure principale, qui porte la ou les signatures requises.

L'original de l'acte authentique est le document dont le projet a servi de base à la procédure principale et qui, au terme de cette procédure, porte la signature originale de toutes les personnes qui doivent signer l'acte⁴⁰. Le résultat de toute procédure principale close est l'établissement de l'original de l'acte authentique⁴¹.

Selon la forme d'organisation, un ou plusieurs originaux sont à l'heure actuelle établis dans le cadre de la procédure principale. Certains cantons ont un système dans lequel ce n'est pas l'original qui est utilisé dans les rapports juridiques, mais une copie légalisée ou une expédition établie sur la base de l'original⁴². L'officier public est en principe responsable de la conservation des originaux qu'il a dressés⁴³. Dans d'autres cantons, il conserve une copie légalisée ou non légalisée, alors que le ou les originaux sont destinés aux rapports juridiques.

Selon le Tribunal fédéral, les originaux conservés par l'officier public sont constitués à des fins exclusivement publiques et doivent donc être définis comme biens du domaine public. C'est pourquoi il appartient aux cantons de fixer les modalités des rapports juridiques en ce qui concerne ces actes. Les cantons peuvent notamment déterminer à qui en revient la propriété⁴⁴.

Les discussions ont montré qu'on devait répondre à la question de savoir combien d'originaux il pouvait ou devait y avoir. En formulant la définition et le principe directeur relatif à la remise de l'original de l'acte authentique, on doit en outre tenir compte du fait que certains originaux doivent être remis à qui de droit (par ex. pour être détruits), c'est-à-dire que cette remise est prévue par la législation de certains cantons. Il s'agit là d'une part d'actes authentiques ajoutés a posteriori à un autre document (par ex. légalisation d'une signature) et, d'autre part, de cautions, de mandats pour cause d'inaptitude et de dispositions pour cause de mort (cf. ch. 7.5.5.3 et 7.5.5.4).

Aux fins des présents principes directeurs, il a été supposé que les actes authentiques établis sous forme papier étaient en principe des originaux. Quant aux actes authentiques sous forme électronique, la distinction entre l'original électronique et l'expédition électronique est caduque, car les documents sont issus exactement des mêmes données (techniques).

6.7 Expédition («*Ausfertigung*» / «*copia autentica*»)

Définition :

L'expédition est un acte authentique consistant en une reproduction littérale du contenu ou d'une partie du contenu de l'original de l'acte authentique.

L'expédition est un acte authentique (acte de constatation) qui consiste en une reproduction littérale du contenu de l'original. Du point de vue purement formel, l'expédition ne doit toutefois pas forcément être la «(photo)copie exacte» de l'original. Ainsi, les ratures ou modifications apportées à l'original au cours de la procédure principale n'ont pas à figurer sur l'expédition⁴⁵. À la différence de la copie légalisée, l'expédition fait un constat sur le contenu du document : elle atteste que ce contenu correspond bien à ce qui a été constaté au moment de

⁴⁰ MARTI, p. 135.

⁴¹ MARTI, p. 135 ; MOOSER, n. 505.

⁴² BRÜCKNER, n. 228.

⁴³ BRÜCKNER, n. 228 ; JEANDIN, p. 148.

⁴⁴ ATF 133 I 259, 268 s.

⁴⁵ MARTI, p. 154 ; MOOSER, n. 510.

l'instrumentation. Dans la copie légalisée, l'officier confirme que la copie est conforme au document original qui lui a été présenté.

Les expéditions sont établies dans la phase postérieure à la phase d'instrumentation. Elles représentent l'original dans les rapports juridiques et ne peuvent en principe être délivrées que par l'officier public qui a dressé ce dernier. Dans certaines circonstances (par ex. en raison de la cessation de l'activité professionnelle ou en cas de changement d'emploi de l'officier public [notariat d'État]), un autre officier public peut établir une expédition. Toutefois, il doit alors impérativement disposer de l'original.

Certains cantons prévoient actuellement la possibilité d'établir des expéditions partielles si l'objectif de l'expédition le requiert. L'acte doit mentionner expressément qu'il s'agit d'une expédition partielle. Le groupe de réflexion est d'avis qu'il convient de maintenir cette possibilité.

6.8 Copie légalisée («*vidimus*» / «*copie certifiée conforme*» / «*beglaubigte Kopie*» / «*autenticazione di una copia*»)⁴⁶

Définition :

Par légalisation d'une copie, on entend le fait d'attester sa conformité à un document original présenté à l'officier public.

La légalisation a pour objet la concordance de la copie avec le document présenté, mais non le contenu de ce document. L'officier public chargé d'établir un vidimus ne fait que constater que la copie correspond au document présenté⁴⁷.

L'attestation est apposée a posteriori sur un autre document (la copie) et indissociablement liée à celui-ci. L'acte initial doit revêtir la forme d'un original⁴⁸.

6.9 Procédure d'établissement des actes authentiques

6.9.1 En général

Définition :

La procédure d'établissement des actes authentiques désigne l'ensemble des dispositions de procédure de la législation fédérale et cantonale qui ont pour objet l'instrumentation d'un acte authentique par un officier public.

Par procédure d'établissement des actes authentiques, on entend la procédure conduisant à la naissance de ces actes⁴⁹, ou, en d'autres termes, l'ensemble des dispositions régissant l'instrumentation d'un acte authentique⁵⁰. La législation fédérale en vigueur ne prévoit des règles particulières que pour peu d'actes juridiques. Conformément à l'art. 55, al. 1, tit. fin. CC, les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique.

Il est toutefois actuellement admis que les cantons doivent respecter les exigences fédérales minimales en définissant les modalités du droit des actes authentiques ou de la procédure d'établissement des actes authentiques⁵¹.

⁴⁶ Cf. ch. 6.9.4.

⁴⁷ BRÜCKNER, n. 3388 ; MOOSER, n. 731.

⁴⁸ BRÜCKNER, n. 3389 ; JEANDIN, p. 228 ; MOOSER, n. 732.

⁴⁹ BRÜCKNER, n. 141.

⁵⁰ MOOSER, n. 579 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 28.

⁵¹ BRÜCKNER, n. 8 ss ; WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 3 s. ; DFJP, Code civil suisse (Modification relative à la forme authentique), rapport explicatif et avant-projet, 2012, p. 3 ss.

6.9.2 Classification des procédures d'établissement des actes authentiques

Il existe aujourd'hui non pas une seule, mais plusieurs procédures d'établissement des actes authentiques dans chaque canton. Elles peuvent être classées selon les critères ci-dessous.

- **Bases légales** : à cet égard, on distingue les procédures relevant du droit cantonal et celles relevant du droit fédéral. En principe, c'est le droit cantonal qui s'applique⁵², mais l'authentification des dispositions pour cause de mort, des donations à cause de mort, des protêts et des contrats d'entretien viagers relève du droit fédéral, c'est-à-dire des prescriptions du CC et du CO⁵³.
- **Capacités des parties** : il est parfois nécessaire de choisir une autre procédure en raison des capacités des parties, par exemple lorsqu'une partie n'est pas en mesure de lire l'acte elle-même ou qu'elle ne connaît pas la langue de l'acte⁵⁴.
- **Objet de l'instrumentation** : plusieurs procédures sont envisageables selon l'objet de l'acte authentique⁵⁵.

6.9.3 Classification des procédures selon l'objet de l'acte

Définition (classification) :

La procédure d'établissement des actes authentiques diffère selon qu'il s'agit de consigner des actes de déclarations ou des actes de constatation.

Selon l'objet de l'instrumentation, la procédure peut être ramenée, selon la doctrine, à plusieurs catégories. Les auteurs de doctrine ne sont toutefois pas unanimes sur cette classification, ou sur la catégorisation des différents objets d'instrumentation.

KUNZ⁵⁶ subdivise la procédure d'instrumentation en « procédure normale » (« *normales Verurkundungsverfahren* ») et en « cas spéciaux » (« *spezielle Verurkundungsfälle* »). La procédure normale porte selon lui sur les actes juridiques pour lesquels le droit civil fédéral prescrit la forme authentique. La légalisation, la légalisation des copies conformes, la constatation des faits, la confection d'inventaires et les enchères sont selon lui des cas spéciaux. Quant à l'instrumentation de ces cas spéciaux, Kunz considère qu'il ne s'agit pas d'une procédure spéciale, mais seulement d'une variation de la procédure normale.

En ce qui concerne l'objet de l'instrumentation, MARTI⁵⁷ distingue entre les *déclarations de volonté* (*Willenserklärungen*), les *déclarations de connaissances* (*Wissenserklärungen*) et les *événements et situations* (*Vorgänge und Zustände*).

- **Actes juridiques, déclarations de volonté**

La déclaration de volonté a pour objet l'acte juridique. Les parties doivent approuver le contenu matériel de l'acte dans le cadre de la procédure principale.

- **Déclarations de connaissances**

Les parties déclarent devant l'officier public que des faits ont eu lieu ou n'ont pas eu lieu. En règle générale, l'instrumentation de telles déclarations a lieu dans le cadre de la même procédure que celle des processus et des situations.

⁵² MOOSER, n. 580 ; RUF, n. 1290 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 30.

⁵³ Art. 499 ss CC sur le testament public (notarié), art. 512, al. 1, CC sur le pacte successoral, art. 245, al. 2, CO sur la donation pour cause de mort, art. 522, al. 1, CO sur le contrat d'entretien viager et art. 1034 ss CO sur le protêt.

⁵⁴ NUSSBAUM, p. 68 ; RUF, n. 1290 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 30 s.

⁵⁵ JEANDIN, p. 170 ; RUF, n. 1290 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 30.

⁵⁶ KUNZ, p. 28 ss.

⁵⁷ MARTI, p. 25 ss.

- *Événements et situations*

L'officier public établit l'acte qui fait état d'une situation ou d'une succession d'événements. Il doit constater personnellement l'existence de ces situations ou la réalisation de ces événements. La participation des parties à la procédure principale n'est pas nécessaire.

S'agissant de l'objet de l'instrumentation, tant RUF⁵⁸ que WOLF⁵⁹ font pour l'essentiel la distinction entre les *déclarations de volonté* et les *constatations de faits* (événements et situations). Si la participation des parties à la procédure principale est requise dans le premier cas de figure, elle n'est pas indispensable dans le second.

MOOSER⁶⁰ et JEANDIN⁶¹ classent également la procédure d'établissement en deux catégories selon qu'il s'agit «*d'actes de déclaration*» (*Willenserklärungsbeurkundungen*) ou «*d'actes de constatation*» (*Sachbeurkundungen* ou *Feststellungsbeurkundungen*).

BRÜCKNER⁶² fait aussi la distinction entre les *déclarations de volonté* et les *constatations de faits*. Il classe les constatations en trois catégories selon qu'il s'agit d'*événements*, d'*faits* ou d'*annotations* (légalisations).

La pertinence de l'objet de l'instrumentation pour l'élaboration des principes directeurs était incontestée au sein du groupe de réflexion. Des divergences sont toutefois apparues au cours des discussions en ce qui concerne la classification ou catégorisation des procédures. Les membres du groupe ont certes été unanimes à penser qu'il faut distinguer les déclarations de volonté et les constatations de faits, mais la question de savoir s'il fallait ajouter une troisième catégorie, à savoir les déclarations de connaissances, ou déclarations au procès-verbal, était controversée. Au cours des discussions, il est apparu que la majorité des membres approuve la classification des procédures selon qu'il s'agit de *déclarations de volonté* ou de *constatations de faits*. Conformément à cette catégorisation, le groupe de réflexion a examiné la nécessité de faire la différence entre *les déclarations de volonté* et *les constatations de faits* pour chaque principe directeur⁶³.

Dans le contexte de la classification des procédures, la question s'est posée de savoir s'il était utile d'établir la liste des différents objets de l'instrumentation classés en ces catégories (déclarations de volonté ou constatations de faits). Une partie des membres du groupe a soutenu cette proposition au motif que la classification était controversée pour certains objets de l'instrumentation et qu'une telle liste permettrait de clarifier la situation. Les opposants ont fait valoir qu'une telle énumération présentait le risque d'être incomplète. Le groupe de réflexion a finalement renoncé à l'idée d'établir cette liste.

Dans le présent rapport, les «*actes de déclaration*» constituent l'objet de l'instrumentation de l'acte authentique traduisant la manifestation de la volonté ou de connaissance des comparants, c'est-à-dire l'établissement d'un acte authentique par lequel les comparants «*déclarent*» leur volonté ou leur connaissance. A l'inverse, constituent des «*actes de constatation*» les actes authentiques ayant pour objet les constatations de l'officier public. Il est parfaitement possible qu'un acte authentique contienne tant des déclarations de volonté et de connaissance des comparants que des constatations de l'officier public.

⁵⁸ RUF, n. 1280 ss.

⁵⁹ WOLF, Notariatspraxis, p. 32.

⁶⁰ MOOSER, n. 434 ss.

⁶¹ JEANDIN, p. 170 s.

⁶² BRÜCKNER, Notariatspraxis, p. 66 ss.

⁶³ Cf. ch. 7.1.

6.9.4 Légalisations («Beglaubigungen» / «autenticazioni»)

Définition :

La légalisation représente un cas spécial d'acte de constatation.

Il s'agit en l'occurrence d'un sous-ensemble des actes de constatation⁶⁴. Les légalisations ne fondent pas de droits ni d'obligations de droit privé⁶⁵ ; elles ne se réfèrent pas au contenu des documents⁶⁶. Il n'y a donc pas d'obligation d'informer ni de conseiller incombant dans d'autres cas à l'officier public⁶⁷.

Les légalisations ne sont pas des actes authentiques indépendants. Elles doivent être apposées sur le document auquel elles se rapportent ou liées à ce document de telle manière que leur relation à celui-ci soit claire⁶⁸. L'officier public ne conserve pas l'original de l'acte authentique, mais le remet à la personne qui a demandé la légalisation.

Les législations cantonales actuelles énumèrent plusieurs objets pouvant être légalisés. Il s'agit le plus souvent des copies, des signatures et des dates.

La légalisation d'une date sert à apporter la preuve qu'un document a existé à un moment donné⁶⁹. La légalisation d'une copie permet de constater que cette copie correspond à l'original du document présenté⁷⁰. La légalisation d'une signature a pour objectif de constater que cette signature a été apposée par une personne déterminée ou par une personne à qui elle a donné le pouvoir de signature. Il existe actuellement des différences entre les dispositions cantonales réglant la constatation de l'authenticité de la signature par l'officier public. On distingue fondamentalement trois options : le signataire appose personnellement la signature sur le document devant l'officier public, l'officier public dispose d'un titre officiel (par ex. passeport ou carte d'identité) permettant une comparaison avec la signature ou le signataire reconnaît comme sienne la signature qu'il a déjà apposée sur le document. La question de savoir si le signataire doit impérativement comparaître devant l'officier public a suscité une discussion au sein du groupe de réflexion. Vu que cette procédure est très lourde et difficile à mettre en pratique, la majorité des membres était d'avis qu'il ne faudrait pas obligatoirement la prescrire. Le groupe de réflexion a conclu que la constatation de l'authenticité de la signature devait rester du ressort des cantons.

Les discussions concernant la légalisation des signatures ont notamment porté sur la question de savoir s'il s'agit d'une instrumentation à distance lorsque le signataire ne comparaît pas devant l'officier public. Les membres du groupe de réflexion ont eu des avis divergents à ce sujet⁷¹.

Sur le plan de la procédure, les légalisations sont très différentes des autres actes de constatation, même si elles constituent un sous-ensemble de ces derniers. Il faut donc examiner, pour chaque principe directeur, dans quelle mesure son application à la procédure de légalisation paraît utile ou si une adaptation spécifique s'impose⁷².

⁶⁴ BRÜCKNER, n. 3220.

⁶⁵ GULDENER, p. 3.

⁶⁶ JEANDIN, p. 223.

⁶⁷ MARTI, p. 131.

⁶⁸ MARTI, p. 131.

⁶⁹ BRÜCKNER, n. 3443.

⁷⁰ Cf. ch. 6.8.

⁷¹ Au sujet de la notion d'«instrumentation à distance» cf. ch. 7.5.4.10.

⁷² Cf. ch. 7.1.

6.10 Phases de la procédure

Définition :

La procédure d'établissement des actes authentiques comprend les phases suivantes :

- demande d'instrumentation,
- procédure d'examen,
- procédure préparatoire,
- procédure principale,
- phase postérieure à l'instrumentation.

Les procédures juridiques se subdivisent généralement en différentes phases. Il en va de même pour les procédures d'établissement des actes authentiques. La doctrine ne distinguait initialement que deux ou trois phases (phases préparatoire et principale ou phases préparatoire, principale et postérieure à l'instrumentation). Une évolution a conduit à élargir cette catégorisation procédurale aux cinq phases suivantes : demande d'instrumentation, procédure d'examen, procédure préparatoire, procédure principale, phase postérieure à l'instrumentation⁷³.

Comme pour les autres procédures juridiques, l'ordre des phases est irréversible⁷⁴; sauf pour la procédure principale, les transitions entre les phases de la procédure sont néanmoins fluides.

Le groupe de réflexion n'a pas mis en question cette subdivision de la procédure. Après une partie générale, la structure des principes directeurs relatifs à la procédure d'établissement des actes authentiques à proprement parler suit donc ce découpage en cinq phases.

Les cinq phases définies ci-dessus existent en principe tant pour les déclarations de volonté et les constatations de faits que pour les légalisations.

6.11 Sceau de l'officier public (sceau notarial)

Définition :

Le sceau comprend des caractères, des armoiries ou des images ; il est apposé sur les actes destinés à circuler et sert à identifier l'officier public.

Le sceau notarial de l'officier public remplit une fonction importante dans les rapports juridiques : il permet de s'assurer de l'identité de l'officier public et limite les risques liés à l'établissement de faux. Il contribue ainsi à la sécurité de la circulation des actes authentiques.

Un nombre considérable de cantons exigent l'utilisation du sceau notarial lors de l'établissement et de la mise en circulation des actes authentiques. Le terme « timbre » (« *Stempel* ») sert parfois à désigner le sceau. Si les actes authentiques sont mis en circulation, on parle d'actes destinés à circuler. Il s'agit d'actes authentiques qui ne sont pas gardés par l'officier public et qui, lors de leur remise, passent, conformément aux droits réels, dans la propriété de la personne ou des personnes participant à l'acte pour laquelle ou pour lesquelles le document correspondant est destiné⁷⁵.

Selon la définition ci-dessus, l'officier public doit impérativement disposer d'un sceau. La forme et l'octroi du sceau aux officiers public relèvent toutefois clairement de la compétence des cantons.

⁷³ Pour une présentation complète de l'évolution de la doctrine dans ce domaine, voir BRÜCKNER, n. 144 ss.

⁷⁴ MARTI, p. 19.

⁷⁵ BRÜCKNER, n. 230.

6.12 Formule de clôture

Définition :

La formule de clôture atteste de l'accomplissement des formalités légales d'instrumentation. L'officier public y rend compte de la procédure d'établissement de l'acte.

La formule de clôture (*Schlussverbal* ou *Beurkundungsvermerk*) est prescrite par la législation de nombreux cantons⁷⁶. Avec le préambule, la formule de clôture comprend un compte rendu de la procédure d'instrumentation à proprement parler⁷⁷. Il s'agit d'une constatation de faits, c'est-à-dire du déroulement de la procédure principale⁷⁸. S'agissant des déclarations de volonté, la formule de clôture doit par exemple indiquer que les comparants ont lu, approuvé et signé l'acte authentique en présence de l'officier public⁷⁹. La formule de clôture doit indiquer la forme de lecture (lecture silencieuse par les parties ou lecture par l'officier public)⁸⁰.

La question de savoir s'il fallait prévoir une définition de la formule de clôture et/ou un principe directeur à ce sujet a suscité une controverse au sein du groupe de réflexion. Certains membres pensaient qu'une définition serait utile vu que différents principes directeurs traitent de la formule de clôture ou s'y réfèrent. Cette définition ne devrait toutefois pas préciser son contenu. Par contre, d'autres membres n'estimaient pas forcément nécessaire une définition ; ils se sont prononcés en faveur d'un principe directeur. Les discussions ont abouti à la conclusion qu'il conviendrait de rédiger tant un principe directeur⁸¹ qu'une définition.

7 Principes directeurs

7.1 En général

Les chapitres suivants présenteront les principes directeurs élaborés dans le cadre des travaux du groupe de réflexion. Les membres n'ont pas toujours pu trouver un accord sur le libellé des principes directeurs. Dans certains cas, les membres pensaient qu'un principe directeur empiéterait sur la liberté des cantons en matière d'organisation dans un domaine donné, dans d'autres, la teneur du principe directeur a été sujette à controverse en ce qui concerne certains domaines réglementaires.

Un thème central a été la question de savoir dans quelle mesure la distinction des procédures selon l'objet de l'instrumentation a une importance pour l'élaboration des principes directeurs.

La majorité des membres s'est ralliée à l'idée que les procédures sont en principe les mêmes ou du moins ont un déroulement semblable⁸². Des différences notables ne concernent que la procédure principale. La comparution des parties est ainsi indispensable dans le cas des déclarations de volonté, mais elle ne l'est pas lors de l'instrumentation des constatations de faits⁸³.

En outre, des membres du groupe de réflexion étaient d'avis qu'il fallait clairement distinguer les déclarations de volonté des constatations de faits, au motif qu'il était difficile de se faire une vue d'ensemble des nombreuses réglementations cantonales concernant l'instrumentation des constatations de faits. Il était encore plus difficile d'élaborer des principes directeurs permettant de couvrir tous ces objets de l'instrumentation. Il faut donc, selon eux,

⁷⁶ SCHMID JÖRG, p. 52. Cf., par ex., BE : art. 34, al. 1, let. c, ON-BE ; FR : art. 49, al. 1, let. g et h, LN-FR.

⁷⁷ BRÜCKNER, n. 2215 et 2217.

⁷⁸ MOOSER, n. 557.

⁷⁹ BRÜCKNER, n. 2217.

⁸⁰ BRÜCKNER, n. 2218.

⁸¹ Cf. ch. 7.5.4.14.

⁸² Avis similaire : WOLF, Notariatspraxis, p. 33.

⁸³ MARTI, p. 28.

élaborer dans un premier temps des principes directeurs relatifs aux déclarations de volonté, pour se pencher ensuite sur ceux concernant les actes de constatation.

Les membres du groupe de réflexion sont parvenus à un compromis selon lequel les principes directeurs devaient être applicables quel que soit l'objet de l'instrumentation. Lorsque c'est impossible, on a opté pour la distinction entre les déclarations de volonté et les constatations de faits et les libellés correspondants. Les légalisations, qui constituent un sous-groupe des actes de constatation, se distinguent grandement sur le plan procédural et technique des autres actes de constatation. Dans les principes directeurs, il convient donc d'expliquer chaque fois dans quelle mesure une application de ceux-ci apparaît indiquée pour la procédure de légalisation ou s'il convient de procéder à une adaptation spécifique.

Le groupe de réflexion a également abordé la question du degré de détail des principes directeurs et affirmé que sa mission n'était pas de formuler des dispositions légales. C'est pourquoi les principes directeurs doivent avoir un caractère plus général, mais ils ne doivent pas être vides de sens.

En élaborant les principes directeurs, le groupe de réflexion a toujours examiné les conséquences envisageables de leur non-respect. Le chiffre 7.6 du présent rapport présentera les résultats de ses travaux en la matière.

7.2 Exigences minimales de droit fédéral

Même si le législateur fédéral a laissé aux cantons la liberté de déterminer les modalités, il existe des exigences minimales de droit fédéral relatives à l'établissement des actes authentiques. En d'autres termes, l'instrumentation doit être conforme à certaines conditions de droit fédéral pour qu'un acte authentique puisse prendre naissance⁸⁴. Le Tribunal fédéral a pour la première fois reconnu l'existence de ces exigences dans un arrêt de 1964⁸⁵. Dans le cadre du droit en vigueur, on distingue les règles fédérales de procédure fondées sur la Constitution de celles qui résultent des dispositions inscrites au niveau de la loi⁸⁶. Dans le cas d'exigences minimales fondées sur le droit fédéral, il faut en outre faire la différence entre les règles reconnues par le Tribunal fédéral et celles qui sont reconnues par la doctrine.

Les exigences minimales fondées sur la Constitution fédérale comprennent notamment :

- l'obligation d'instrumenter (art. 29 et 30 Cst.) ;
- l'impartialité (art. 29 et 30 Cst.) ;
- l'obligation de refuser d'instrumenter (art. 29 et 30 Cst.).

Les exigences minimales fondées sur le droit fédéral et reconnues par le Tribunal fédéral comprennent notamment :

- le contrôle de l'identité des parties et de leurs représentants⁸⁷ ;
- le devoir d'information⁸⁸ ;
- l'obligation de véracité⁸⁹.

Les exigences minimales fondées sur le droit fédéral et reconnues par la doctrine comprennent notamment :

⁸⁴ BRÜCKNER, n. 7.

⁸⁵ ATF 90 II 274, 280 s.

⁸⁶ PIOTET, p. 19 s.

⁸⁷ ATF 112 II 330, 332 s.

⁸⁸ ATF 90 II 274, 284.

⁸⁹ ATF 90 II 274 ; HUBER, p. 239 s ; MARTI, p. 61 s.

- la formation suffisante des officiers publics (connaissances juridiques)⁹⁰ ;
- l'autorisation d'exercer la profession⁹¹ ;
- les compétences à raison du lieu et de la matière⁹² ;
- l'obligation de sauvegarder impartialement les intérêts des parties⁹³ ;
- le devoir de récusation⁹⁴ ;
- la conformité de la procédure d'instrumentation au principe de l'unité de l'acte (en ce qui concerne les déclarations de volonté)⁹⁵ ;
- la signature de l'acte authentique par l'officier public au terme de la procédure principale⁹⁶.

Vu le mandat du groupe de réflexion, celui-ci a logiquement discuté des exigences minimales précitées, reconnues jusqu'à présent. Les membres sont convenus que les exigences minimales découlant directement de la Cst. devaient servir de point de départ et de cadre de référence à l'élaboration des principes directeurs. Celles qui, selon le Tribunal fédéral et la doctrine, découlent des lois fédérales, représentaient en revanche un fil conducteur sans pour autant être contraignantes.

7.3 Fonction et compétences de l'officier public

7.3.1 Fonction publique

Principe directeur :

Dans le cadre de sa compétence en matière d'actes authentiques, l'officier public remplit une fonction publique.

La procédure d'établissement des actes publics relève de la juridiction gracieuse, non contentieuse⁹⁷. Étant habilités à établir les actes authentiques, les officiers publics remplissent une fonction relevant de la souveraineté de l'État⁹⁸, qu'ils soient indépendants (notariat latin) ou employés par l'État (notariat d'État)⁹⁹. Le rapport juridique entre l'officier public et les parties à la procédure relève du droit public¹⁰⁰.

Dans certains cantons, la législation relative aux actes authentiques prévoit explicitement que les officiers publics remplissent une fonction publique et/ou qu'ils le font dans le cadre de la juridiction gracieuse¹⁰¹.

Le groupe de réflexion a été unanime à considérer que les officiers publics remplissent une fonction publique et a approuvé l'idée de le préciser sous la forme d'un principe directeur. Il a adopté d'emblée la formulation ci-dessus. Il n'est pas nécessaire de faire une distinction selon la procédure d'établissement des actes authentiques. Même une personne n'ayant qu'une

⁹⁰ KNB-WOLF, n. 18 ad. art. 1 ; MOOSER, n. 62.

⁹¹ MOOSER, n. 680.

⁹² MOOSER, n. 680.

⁹³ MARTI, p. 62 ; MOOSER, n. 241.

⁹⁴ BSK-Schmid, n. 31 ad art. 55 tit. fin. CC.

⁹⁵ HUBER, p. 248 ss.

⁹⁶ BRÜCKNER, n. 1260 ; MOOSER, n. 558 et n. 656.

⁹⁷ ATF 128 I 280, 281 ; BRÜCKNER, n. 481 ; CARLEN, p. 35 ; GULDENER, p. 9 ; MARTI, p. 19 ; RUF, n. 232 ss.

⁹⁸ ATF 133 I 259, 261 ; ATF 128 I 280, 281 ; RUF, n. 285.

⁹⁹ ATF 128 I 280, 281.

¹⁰⁰ BRÜCKNER, n. 481 ; MARTI, p. 18.

¹⁰¹ Cf., par ex., FR : art. 1, LN-FR ; JU : art. 1 LN-JU ; UR : art. 1 NV-UR.

compétence matérielle de légalisation remplit une fonction publique dans le cadre de cette activité.

7.3.2 Conditions de l'autorisation d'exercer la profession ; compétence d'établir des actes authentiques

7.3.2.1 En général

Pas de principe directeur.

Les cantons règlent actuellement l'autorisation d'exercer la profession d'officier public¹⁰². Seule une personne habilitée par le canton à établir les actes authentiques peut exercer l'activité d'officier public. Les dénominations de l'autorisation varient selon le canton. Un officier public ne peut exercer son activité que sur le territoire du canton qui l'a habilité à établir les actes authentiques. La possibilité d'exercer cette activité sur le territoire d'un autre canton pose la question de la reconnaissance de la compétence d'établir des actes authentiques en dehors de son canton¹⁰³.

Les cantons lient la compétence d'établir des actes authentiques à différentes conditions (personnelles)¹⁰⁴. Ces conditions peuvent notamment être les suivantes :

- nationalité suisse ;
- domicile dans le canton ou en Suisse ;
- exercice des droits civils ;
- bonnes mœurs ;
- situation financière saine ;
- formation (études, stage, expérience professionnelle) ;
- examen réussi ;
- pas d'incompatibilité ;
- etc.

Dans un premier temps, il a été prévu de rédiger un principe directeur concernant les conditions d'autorisation d'exercer la profession, qui sont un thème central dans le domaine des actes authentiques. Selon la doctrine, l'une des exigences minimales découlant du droit fédéral est la formation suffisante de l'officier public, garantissant qu'il dispose des connaissances juridiques adéquates¹⁰⁵.

Le groupe de réflexion a élaboré une proposition pour un principe directeur selon laquelle certaines exigences minimales devraient être remplies pour qu'une personne soit autorisée à exercer la profession d'officier public, les cantons ayant la possibilité de fixer d'autres exigences. Si certains membres se sont fondamentalement opposés à une réglementation des exigences en la matière, d'autres ont demandé des règles exhaustives. Il a été avancé qu'une réglementation des exigences minimales serait défavorable à la qualité du service dans le domaine des actes authentiques. Notamment les conditions fixées actuellement dans la majorité des cantons vont plus loin que les exigences proposées. En outre, on a relevé que les conditions d'autorisation d'exercer la profession sont étroitement liées à la forme d'organisation du canton et une réglementation porterait donc atteinte à la souveraineté

¹⁰² BRÜCKNER, n. 3448.

¹⁰³ Cf. ch. 7.3.3.

¹⁰⁴ JEANDIN, p. 33.

¹⁰⁵ Cf. ch. 7.2.

cantonale en la matière. La formation a en particulier soulevé une controverse¹⁰⁶. Même la modification des différentes exigences n'a pas permis de trouver un accord.

En résumé, le groupe de réflexion n'a pas pu élaborer de principe directeur susceptible de recueillir une majorité en ce qui concerne les conditions liées à l'activité d'officier public. Ses membres ont néanmoins été unanimes à penser que l'acte ne vient pas à chef si la personne qui l'a instrumenté n'est pas habilitée à exercer la profession d'officier public¹⁰⁷.

En ce qui concerne les conditions d'autorisation à remplir par les officiers publics européens pour exercer la profession, l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681), ainsi que (dans le cadre de prestations de service inférieures à 90 jours de travail effectifs par année civile), la loi fédérale portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (LPPS; RS 935.1) et l'ordonnance sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (OPPS; RS 935.011) sont déterminants. L'ALCP et la LPPS permettent aux autorités cantonales compétentes de vérifier les qualifications professionnelles. Ainsi, les autorités cantonales peuvent, d'une part, contrôler qui est actif sur leur territoire et, d'autre part, refuser les officiers publics qui ne sont pas suffisamment familiarisés avec le droit suisse et ne remplissent pas les exigences sévères prévues par la législation suisse¹⁰⁸.

7.3.2.2 Domicile et nationalité

Pas de principe directeur.

Plusieurs cantons prévoient actuellement que leurs officiers publics doivent être domiciliés sur le territoire cantonal¹⁰⁹ ou en Suisse¹¹⁰. Certains cantons exigent de plus la nationalité suisse.¹¹¹

Il a d'abord été proposé de rédiger un principe directeur qui permettrait aux cantons de légiférer comme aujourd'hui sur le domicile et la nationalité, mais les discussions ont abouti à la décision d'y renoncer. C'est pour l'essentiel la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour de justice de l'Union européenne qui a fait pencher la balance.

Le Tribunal fédéral avait déjà statué sur la question de savoir si l'obligation de domicile violait le principe de la liberté d'établissement fixé à l'art. 24, al. 1, Cst. Dans l'ATF 128 I 280 concernant la réglementation du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, il a affirmé qu'une présence ou une disponibilité accrues de l'officier public qui seraient nécessaires à l'activité ministérielle ne pouvaient justifier cette obligation. Il a toutefois considéré que l'obligation de domicile était compatible avec l'art. 24, al. 1, Cst. vu que l'officier public exerce une fonction qui relève de la puissance publique, et ce en majeure partie sans être lié par des directives. Le principe selon lequel la puissance publique doit être exercée par des sujets de l'État concerné justifie l'obligation de domicile.

¹⁰⁶ Cf. ch. 7.3.2.4.

¹⁰⁷ Cf. ch. 7.6.

¹⁰⁸ Dans ce contexte, il convient de mentionner la motion Amherd 15.3728. Cette motion chargeait le Conseil fédéral de biffer de l'OPPS la mention de la profession de notaire (Annexe 1, chiffre 11, de l'OPPS) et ainsi de supprimer la "libre circulation à sens unique des notaires". Dans son avis, le Conseil fédéral a répondu que biffer la profession de notaire de la liste en annexe de l'OPPS n'aurait pas pour conséquence que les notaires de l'UE ne seraient plus soumis à la libre circulation, mais seulement qu'ils ne seraient plus soumis à l'obligation de déclaration et aux mesures de compensation strictes prévues par la LPPS et l'OPPS.

¹⁰⁹ AI, FR, GE, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SZ, TI, UR, VD, VS et ZG prévoient l'obligation d'être domicilié sur le territoire du canton.

¹¹⁰ AG, BE et BS exigent un domicile en Suisse.

¹¹¹ par ex.: AG, BL, FR, GE, NE, VD.

Dans un arrêt plus récent concernant un cas d'obligation de domicile dans le canton des Grisons, le Tribunal fédéral a cependant déclaré cette obligation inadmissible à la lumière du principe de la proportionnalité¹¹². Il n'a pas répondu à la question de savoir si le principe de cette obligation est encore justifié. En résumé, une prescription concernant le domicile est problématique du point de vue de la liberté d'établissement.

Conformément à l'art. 16, annexe I, ALCP, le citoyen d'un autre État peut se voir refuser le droit de pratiquer une activité participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique. Vu que les mêmes dispositions s'appliquent dans les relations entre les États membres de l'Union européenne, on peut se référer aux arrêts de la CJUE pour interpréter l'ALCP. Dans son arrêt du 24 mai 2011¹¹³, la CJUE a décidé que la condition de nationalité requise par la réglementation allemande pour l'accès à la profession de notaire constitue une discrimination interdite fondée sur la nationalité. Elle a expliqué dans son arrêt que la profession d'officier public ne relève pas de prérogatives de puissance publique. Cette profession tombe ainsi sous le coup de l'ALCP et l'exigence de nationalité locale n'est pas conforme à la libre circulation des personnes (art. 16, annexe I, ALCP). Sur la base de cet arrêt de la CJUE, le Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI a rédigé une lettre dans laquelle il a informé les autorités cantonales compétentes en matière d'admission à la profession des conséquences de cette jurisprudence en ce qui concerne la profession des officiers publics¹¹⁴.

Dans sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral a en revanche toujours affirmé que la profession d'officier public relevait de la puissance publique et que l'ALCP n'était donc pas applicable¹¹⁵.

Dans son arrêt du 9 mars 2017, la CJUE a examiné si une disposition autrichienne réservant aux officiers publics l'authentification des signatures apposées sur les documents est compatible avec la libre prestation des services au sens de l'art. 56 TFUE.

En conclusion, elle a admis la concordance des deux normes. Selon elle, la disposition en cause représente une restriction à la libre prestation de services garantie par l'art. 56 TFUE, car elle exclut la possibilité de reconnaître une authentification effectuée par un avocat établi dans un autre État membre. Elle peut toutefois se justifier par souci de bon fonctionnement du système du livre foncier ainsi que de légalité et de sécurité juridique des actes conclus entre particuliers. Ce sont des éléments de la protection de la bonne administration de la justice et peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général. En outre, la disposition autrichienne permet au notaire de prendre connaissance du contenu de l'acte en question et de vérifier la capacité du requérant à accomplir des actes juridiques ; ainsi, le fait de réserver de telles activités à une catégorie particulière de professionnels, à laquelle s'attache une confiance publique et sur laquelle l'État membre concerné exerce un contrôle particulier, satisfait à l'exigence de proportionnalité.

Pour ces raisons, la majorité des membres du groupe de réflexion a estimé qu'il était problématique de régler au niveau fédéral le domicile et la nationalité. Certains membres ont

¹¹² Arrêt du TF 2C_335/2013 du 11 mai 2015, consid. 3.6.3. Selon JÜRIG SCHMID (JÜRIG SCHMID, Bemerkung der Redaktion zum BGer 2C_335/2013, ZGBR 97/2016, p. 288), le Tribunal fédéral semble assouplir, par l'arrêt précité, sa position sur la compatibilité de l'obligation de domicile incombant aux officiers publics avec la liberté d'établissement.

¹¹³ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne n° C-54/08 du 24 mai 2011, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne, recueil de la jurisprudence 2001-I-04355.

¹¹⁴ Lettre du 23 juillet 2013. Entrée en vigueur de la LPPS. Dans cette lettre, le SEFRI a déclaré que la nouvelle procédure de vérification des qualifications professionnelles de prestataires de services de l'UE était réglée par une nouvelle loi fédérale: la loi fédérale du 14 décembre 2012 portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (LPPS, RS 935.91). L'ordonnance correspondante contient une liste des professions réglementées, pour lesquelles une déclaration préalable est obligatoire. La profession de notaire en fait également partie, ce qui permet aux professionnels établis régulièrement dans l'UE/AELE d'exercer à certaines conditions leur activité en Suisse.

¹¹⁵ ATF 131 II 639, 645 ; ATF 128 I 280, 281 ; arrêt du TF 2P.237/2003, consid. 4 du 29 janvier 2004. Cf. PFÄFFLI/LIECHTI, WEKO, p. 3.

de plus affirmé que ce domaine relevait de l'organisation de l'instrumentation et donc, de la compétence législative des cantons.

7.3.2.3 Examen de capacité

Pas de principe directeur susceptible de rassembler une majorité.

En plus ou indépendamment de la formation requise, de nombreux cantons¹¹⁶ prévoient actuellement un examen de « droit des actes authentiques » comme condition à l'exercice de l'activité d'officier public. Cet examen a pour objectif de s'assurer que les candidats disposent des capacités nécessaires¹¹⁷.

Comme dans le cas de la formation, le groupe de réflexion n'a pas pu formuler de principe directeur susceptible de rassembler une majorité en ce qui concerne l'examen de capacité. Nous évoquerons les raisons des divergences en la matière au ch. 7.3.2.4.

Après que le groupe de réflexion a constaté l'impossibilité de réunir une majorité sur le principe directeur considéré, certains membres ont relevé qu'une formation suffisante des officiers publics faisait partie des exigences minimales¹¹⁸ de droit fédéral à définir et qu'il serait donc incohérent de renoncer, du fait d'opinions discordantes, à un principe directeur dans les domaines de la formation et de l'examen de capacité. On s'est donc efforcé de trouver un libellé pouvant être accepté au moins par une partie des membres. Le résultat a été un principe directeur respectant la liberté d'organisation des cantons et portant aussi bien sur l'examen de capacité que sur la formation (cf. ch. 7.3.2.4).

Principe directeur qui n'a pas rassemblé de majorité :

Les officiers publics disposent des connaissances professionnelles nécessaires pour pouvoir établir correctement les actes authentiques selon l'objet de l'instrumentation. Les cantons règlent, sur leur territoire, la formation et les éventuels examens de capacité d'officier public.

7.3.2.4 Formation, exigences professionnelles

Pas de principe directeur susceptible de rassembler une majorité.

Les conditions que doit remplir la formation d'officier public sont parfois très différentes selon le canton. Certains cantons exigent une licence ou une maîtrise en droit¹¹⁹, alors que d'autres demandent aux candidats d'avoir fait des études à la haute école spécialisée¹²⁰ ou suivi des cours déterminés à la haute école spécialisée ou à l'université.¹²¹ Une autre variante cantonale prévoit un apprentissage commercial ou une école du degré postobligatoire suivi d'études partielles auprès d'une université suisse¹²². Seul l'examen de capacité est parfois requis sans qu'une formation déterminée soit de plus prescrite¹²³. Cependant, presque tous les cantons exigent, avant d'habiliter une personne à établir des actes authentiques, une expérience pratique dans le domaine du droit des actes authentiques, que ce soit un stage ou une activité professionnelle (par ex. à l'office du registre foncier). Si les compétences matérielles sont réparties entre plusieurs officiers publics (c'est en règle générale le cas dans les cantons qui

¹¹⁶ Cf., par ex., BE : art. 5, al. 2, let. b, LN-BE ; NE : art. 7, al. 1, let. d, LN-NE ; VS : art. 15, al. 1, LN-VS ; ZH : § 7 NotG-ZH.

¹¹⁷ BRÜCKNER, n. 3452.

¹¹⁸ Cf. ch. 7.2.

¹¹⁹ BE, BL, BS, FR, GE, JU, NE, TI, VD et VS.

¹²⁰ AG : hormis les études de droit, ce canton accepte une maîtrise d'une haute école spécialisée avec une orientation en notariat.

¹²¹ par ex. LU et SG.

¹²² ZH : § 8, al. 2, let. a, ch. 1 et 2, NotPV-ZH.

¹²³ UR : art. 3, ch. 3, NV-UR.

pratiquent une forme mixte ou le notariat d'État), les différents officiers publics doivent satisfaire à des exigences différentes.

Les membres du groupe de réflexion sont convenus que les officiers publics devaient disposer d'une formation adéquate, mais aussi d'une expérience pratique, toutes deux étant indispensables à l'exercice des activités d'officier public, qu'il s'agisse de la formulation de l'acte authentique ou de son devoir d'information. Cependant, les discussions ont mis en évidence les différences considérables qui existent entre les dispositions cantonales relatives à la formation et qui s'expliquent sans doute notamment par les différentes formes d'organisation.

La majorité des membres du groupe de réflexion a rejeté l'idée de formuler un principe directeur comprenant des dispositions assez détaillées sur la formation, qui représenteraient une trop forte intervention dans la liberté d'organisation des cantons. Pour contrer cet argument, on a avancé que les renseignements juridiques fournis par l'officier public constituent un objectif essentiel de la profession. Une formation est indispensable pour garantir une information complète et il serait donc incompréhensible de renoncer à une réglementation unifiée précisément sur ce point.

On a relevé qu'une formulation générale telle que « formation suffisante » est vide de sens et qu'il faut donc y renoncer. Faute de compromis susceptible de rassembler une majorité, le groupe de réflexion n'a pas rédigé de principe directeur relatif à la formation.

Quelques membres du groupe se sont prononcés en faveur d'un principe directeur concernant la formation et l'examen de capacité. En effet, la doctrine considère qu'une formation suffisante de l'officier public est une des exigences minimales¹²⁴ de droit fédéral. Le principe directeur portant à la fois sur la formation et sur l'examen de capacité rédigé en conséquence a trouvé au moins l'approbation d'une partie des membres (cf. ch. 7.3.2.3).

Principe directeur qui n'a pas rassemblé de majorité :

Les officiers publics disposent des connaissances professionnelles nécessaires pour pouvoir établir correctement les actes authentiques selon l'objet de l'instrumentation. Les cantons règlent, sur leur territoire, la formation et les éventuels examens de capacité d'officier public.

7.3.2.5 Incompatibilité avec l'exercice d'autres activités

Pas de principe directeur.

Selon la doctrine, l'incompatibilité résulte de faits qui d'une manière générale ne peuvent être conciliés avec une activité indépendante et impartiale de l'officier public¹²⁵. Il s'agit d'obstacles de nature professionnelle¹²⁶. L'officier public ne peut ni ne doit exercer son métier (principal), c'est-à-dire l'activité ministérielle, s'il existe un motif d'incompatibilité¹²⁷.

Les dispositions cantonales énumèrent parmi les motifs d'incompatibilité notamment les activités que l'officier public n'est pas autorisé à exercer à titre auxiliaire¹²⁸ dans certaines fonctions, professions ou secteurs et qui sont définies comme incompatibles avec l'activité d'officier public¹²⁹.

¹²⁴ Cf. ch. 7.2.

¹²⁵ CARLEN, p. 61 ; JEANDIN, p. 46 ; RUF, n. 724.

¹²⁶ NUSSBAUM, p. 39.

¹²⁷ RUF, n. 449 ; SANTSCHI ALFRED, p. 30.

¹²⁸ CARLEN, p. 61.

¹²⁹ CARLEN, p. 61.

Hormis la garantie de l'indépendance, les motifs d'incompatibilité ont pour objectifs de protéger la réputation du notariat, de maintenir la capacité de travail et de promouvoir l'expérience professionnelle¹³⁰.

Les discussions du groupe de réflexion ont montré qu'il existe de grandes différences entre le notariat indépendant, le notariat d'État et les formes mixtes en ce qui concerne l'incompatibilité. Certains cantons qui pratiquent le notariat indépendant interdisent par exemple à l'officier public d'exercer des activités au service de la commune, du canton ou de la Confédération¹³¹, qui sont en revanche la règle pour le notariat d'État ou le notariat mixte, où l'officier public est précisément employé de la commune ou du canton.

L'activité de l'officier public dans le secteur immobilier comme motif d'incompatibilité a suscité une controverse. Certains cantons prévoient actuellement des règles explicites interdisant aux officiers publics le commerce des immeubles ou l'activité de courtier en immeubles¹³².

Le principe directeur proposé dans un premier projet énumérait des motifs d'incompatibilité. Compte tenu des considérations ci-dessus et faute d'accord entre ses membres, le groupe de réflexion n'a pas retenu cette variante. Il a également renoncé à une formulation générale (« L'officier public ne doit pas exercer d'activités incompatibles avec la pratique indépendante et irréprochable de sa profession. »), qui n'a pas de contenu véritable. Un tel libellé nécessiterait des explications précisant ce qu'on entend par là.

7.3.3 Compétence à raison du lieu ou de la matière

7.3.3.1 En général

Le droit suisse des actes authentiques distingue la compétence matérielle et la compétence territoriale des officiers publics¹³³. La *compétence matérielle* indique qui est compétent pour quels actes authentiques dans le cadre de l'organisation d'une autorité¹³⁴.

Vu que les cantons sont compétents pour déterminer les modalités de la forme authentique en vertu de l'art. 55 tit. fin. CC, ils disposent actuellement d'une très large liberté pour organiser le domaine des actes authentiques¹³⁵. Ils peuvent décider qui est compétent pour quels actes authentiques à raison de la matière. Cette réglementation des compétences a conduit à la naissance de plusieurs systèmes différents et à des activités ministérielles des différentes autorités et personnes qui varient d'un canton à l'autre¹³⁶.

¹³⁰ CARLEN, p. 61 ; RUF, n. 442 ss.

¹³¹ Par ex., BE : la pratique simultanée d'une activité dans le domaine de la tenue du registre foncier ou du registre du commerce est incompatible avec l'activité d'officier public ; GR : une personne employée à titre principal au service de la Confédération, du canton, d'une région ou d'une commune ou par une entreprise assujettie à la loi sur les banques ne peut pas exercer la fonction d'officier public ; NE : l'activité d'officier public est en principe incompatible avec les fonctions et emplois permanents au service des collectivités publiques. Une charge partielle d'enseignement, une fonction de suppléant extraordinaire d'un magistrat de l'ordre judiciaire et un mandat politique sont autorisés ; TI : toute activité permanente rémunérée par la Confédération, par les cantons ou par une commune, c'est à dire par leur administration, leurs entreprises ou par d'autres institutions de droit public, est incompatible avec l'activité d'officier public. AG: est incompatible avec l'instrumentation d'actes authentiques l'activité d'officier public dans autre canton, la tenue du registre foncier ou du registre du commerce (§ 7 al. 1 lit. a et b BeurG-AG).

¹³² Par ex., ZH : il est interdit à l'officier public de faire commerce des immeubles et d'exercer l'activité de courtier en immeubles (§ 21 NotG-ZH) ; BS : il est interdit à l'officier public d'exercer des activités commerciales et de courtier dans le domaine immobilier (§ 7, al. 2, NG-BS) ; AG: est incompatible avec l'instrumentation d'actes authentiques le commerce d'immeubles et l'activité de courtage à la commission (§ 7, al. 1, lit. c BeurG-AG).

¹³³ BRÜCKNER, n. 689 ss ; CARLEN, p. 67 ss ; JEANDIN, p. 137 ss ; KUNZ, p. 16 ; MARTI, p. 39 ss ; NUSSBAUM, p. 31 ss ; RUF, n. 460 ss ; BSK-SCHMID, n. 18 ss ad art. 55 tit. fin. CC.

¹³⁴ BRÜCKNER, n. 689 ss ; JEANDIN, p. 146 ; RUF, n. 460 ss ; BSK-SCHMID, n. 20 ss ad art. 55 tit. fin. CC. CARLEN, p. 78, et NUSSBAUM, p. 31, entendent par « compétence à raison de la matière » les cas où le droit civil fédéral prescrit la forme authentique. En d'autres termes, l'officier public est compétent à raison de la matière pour l'instrumentation lorsque le CC ou le CO exige la forme authentique pour un acte juridique.

¹³⁵ ATF 133 I 259, 260.

¹³⁶ BRÜCKNER, n. 689 ss ; BSK-SCHMID, n. 20 ss ad art. 55 tit. fin. CC.

En règle générale, les officiers publics qui portent le titre de « Notar / Notarin », « notaire » ou « notaio » disposent de vastes compétences d'instrumentation¹³⁷. Certains cantons procèdent toutefois à un partage des compétences à raison de la matière. Ainsi, une autorité déterminée peut être compétente pour les transactions immobilières et un autre officier public pour la création d'une fondation. Il faut distinguer la question de la compétence matérielle de la question de savoir si l'objet de l'acte authentique est admissible. L'établissement d'un acte authentique est impossible pour certaines déclarations et faits, par exemple pour les formules de physique¹³⁸.

La compétence territoriale est liée au lieu de l'instrumentation¹³⁹, qui est celui où se déroule la procédure principale. Dans la plupart des cas, le lieu de l'instrumentation est le bureau ou l'étude de l'officier public¹⁴⁰.

Comme il a été expliqué au ch. 7.3.1, la procédure de l'instrumentation relève de la juridiction gracieuse. Investis de la compétence d'établir des actes authentiques, les officiers publics remplissent une fonction relevant de la puissance publique¹⁴¹. Pour des raisons de droit constitutionnel, toute activité de puissance publique est limitée au territoire de la structure étatique qui a conféré à l'intéressé la compétence en question¹⁴². L'officier public n'est donc, selon le droit actuel, autorisé à exercer son activité ministérielle que sur le territoire du canton qui l'y a habilité (pas de libre circulation généralisée des officiers publics)¹⁴³.

Les cantons peuvent déterminer si un officier public compétent à raison de la matière peut pratiquer sur l'ensemble du territoire cantonal ou si sa compétence à raison du lieu est restreinte à certaines parties du canton¹⁴⁴.

L'objet de l'instrumentation n'a en principe pas de pertinence pour la compétence territoriale. Peu importe que l'acte juridique à instrumenter ait un lien avec le territoire cantonal ou non¹⁴⁵. Ce principe de la liberté du lieu de l'instrumentation et la reconnaissance intercantonale de l'acte authentique qui en résulte sont incontestés dans la jurisprudence et dans la doctrine (libre circulation des actes authentiques), sauf pour les transactions immobilières¹⁴⁶. La question de savoir si ce principe s'applique également à un acte juridique lorsque l'objet de l'instrumentation est directement la constitution ou la modification de droits réels et de droits personnels susceptibles d'être annotés sur des immeubles ne fait pas l'unanimité. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les cantons sont libres de prescrire que l'instrumentation de tels droits réels ou personnels incombe à l'officier public compétent du lieu de situation de l'immeuble¹⁴⁷. La doctrine critique cette restriction¹⁴⁸.

S'agissant du transfert de patrimoine, l'art. 70, al. 2, LFus abolit la pratique du Tribunal fédéral en matière de transactions immobilières : un acte authentique unique suffit, même lorsque les immeubles sont situés dans différents cantons (3^{ème} phrase) ; l'acte authentique est établi par un officier public au siège du sujet transférant (4^{ème} phrase).

¹³⁷ BRÜCKNER, n. 691.

¹³⁸ BRÜCKNER, n. 692 ; MARTI, p. 42 ss.

¹³⁹ MARTI, p. 45 ; MOOSER, n. 478.

¹⁴⁰ MARTI, p. 45 ; MOOSER, n. 478.

¹⁴¹ ATF 133 I 259, 261 ; ATF 128 I 280, 281.

¹⁴² Ruf, n. 509 ; BSK-SCHMID, n. 18 ad art. 55 tit. fin. CC.

¹⁴³ BRÜCKNER, n. 701 ; MOOSER, n. 481 ; RUF, n. 509 ; BSK-SCHMID, n. 18 ad art. 55 tit. fin. CC.

¹⁴⁴ CARLEN, p. 67 ; MARTI, p. 47.

¹⁴⁵ CARLEN, p. 69 ; MOOSER, n. 486.

¹⁴⁶ BECK, p. 19 ; CARLEN, p. 69 ; MARTI, p. 48 ; RUF, n. 551.

¹⁴⁷ ATF 113 II 501, 504 avec renvoi à l'ATF 47 II 383 ss ; de même avis : MARTI, p. 49 ss.

¹⁴⁸ BRÜCKNER, n. 725 ; BSK-SCHMID, n. 19 ad art. 55 tit. fin. CC. D'un autres avis : MOOSER 2018, p. 153 ss ; PIOTET 2015, p. 112 s.

La nécessité de rédiger des principes directeurs relatifs à la compétence à raison du lieu ou de la matière, c'est-à-dire à la libre circulation des officiers publics et des actes authentiques, a fait l'unanimité au sein du groupe de réflexion.

7.3.3.2 Libre circulation des officiers publics

Principe directeur :

L'officier public n'est autorisé à exercer son activité ministérielle que sur le territoire du canton qui l'y a habilité.

Les cantons règlent, sur leur territoire, la compétence à raison de la matière ou du lieu des officiers publics.

Les membres du groupe de réflexion ont été unanimes à penser qu'en vertu du principe de territorialité, l'officier public ne peut exercer son activité que sur le territoire du canton qui l'y a habilité. La libre circulation des officiers publics serait donc impossible (1^{ère} phrase). La liberté des cantons de décider de la compétence à raison de la matière ou du lieu sur leur territoire a été tout aussi incontestée (2^{ème} phrase). Il leur appartient de déterminer qui est compétent pour l'établissement des actes authentiques dans le cadre de l'organisation des autorités (compétence matérielle) et de décider si l'officier compétent à raison de la matière peut exercer son activité sur l'ensemble du territoire cantonal ou seulement dans une partie du canton (compétence territoriale).

Une distinction s'impose entre la libre circulation généralisée des officiers publics et la reconnaissance du certificat de capacité d'un officier public d'un canton par un autre canton pour son territoire. Les cantons sont libres d'inscrire la possibilité d'une telle reconnaissance dans leur législation. Cette reconnaissance paraît tout à fait pertinente si l'attribution de la compétence d'instrumentation ne diffère pas essentiellement d'un canton à l'autre. Dans ce contexte, il convient également de se référer à la recommandation du 23 septembre 2013 de la COMCO citée au début, qui recommande aux cantons de reconnaître les formations professionnelles équivalentes des officiers publics indépendants provenant d'autres cantons¹⁴⁹.

S'agissant de la libre circulation des officiers publics, il n'est pas nécessaire de faire la distinction entre l'instrumentation d'actes de déclaration ou de constatation et celle de légalisations. Si l'officier public qui procède à l'instrumentation est incompetent à raison de la matière et/ou du lieu, il ne peut établir l'acte authentique¹⁵⁰.

¹⁴⁹ <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/medien/communiqués-de-presse/nsb-news.msg-id-50564.html> (état au 13.07.2021).

¹⁵⁰ Cf. ch. 7.6.

7.3.3.3 Libre circulation et reconnaissance des actes authentiques

Principe directeur :

Les actes authentiques sont reconnus dans toute la Suisse.

Les cantons peuvent prévoir la compétence exclusive de l'officier public du lieu de situation de l'objet en ce qui concerne l'instrumentation des actes juridiques relatifs à des droits réels et à des droits personnels susceptibles d'être annotés sur des immeubles.

Ils ne peuvent pas prévoir de compétence exclusive pour les actes de constatation ni pour les contrats de mariage et les dispositions pour cause de mort dont l'instrumentation ne porte pas directement sur la constitution ou la modification de droits réels sur des immeubles.

La liberté du lieu de conclusion du contrat et la libre circulation intercantonale de l'acte authentique qui en résulte sont les éléments fondamentaux du principe directeur (1^{ère} phrase). Les cantons peuvent déroger à cette règle en ce qui concerne les transactions immobilières (2^{ème} phrase), sous réserve de dispositions fédérales contraires (par ex. LFus). Les cantons peuvent ainsi prévoir la compétence exclusive de l'officier public du lieu de situation de l'objet en ce qui concerne l'instrumentation des actes juridiques relatifs à des droits réels et à des droits personnels urgents ou susceptibles d'être annotés sur des immeubles. Ils peuvent donc restreindre la libre circulation de l'acte authentique dans le domaine des transactions immobilières. Le principe directeur est complété par une précision concernant les transactions immobilières auxquelles l'exception ne s'applique pas (3^{ème} phrase).

Lors des discussions, la théorie de la qualité a notamment été évoquée pour justifier la décision de restreindre la libre circulation des actes authentiques pour les transactions immobilières : les conseils et les informations donnés aux parties par un officier public du lieu de situation de la chose, qui connaît les particularités locales, garantissent une meilleure qualité de l'instrumentation.

Les débats menés au sein du groupe de réflexion ont montré qu'il serait utile de préciser le principe directeur en mentionnant les transactions immobilières exclues de la libre circulation des actes authentiques. Le principe directeur couvre tant les déclarations de volonté que les constatations de fait.

Comme on l'a indiqué au ch. 7.3.3.2, l'acte authentique n'arrive pas à chef si l'officier public n'a pas la compétence requise (notamment compétence territoriale)¹⁵¹.

7.4 Obligations professionnelles de l'officier public

7.4.1 En général

L'officier public a certaines obligations professionnelles liées à l'activité qu'il exerce dans le domaine des actes authentiques. Elles sont fondées aussi bien sur le droit fédéral que sur le droit cantonal et ont pour objectif de garantir que l'objectif des actes authentiques est atteint¹⁵².

¹⁵¹ Cf. ch. 7.6.2.3.1.

¹⁵² MARTI, p. 59.

7.4.2 Obligation d'instrumenter, obligation et droit de refuser d'instrumenter

Principe directeur :

Obligation d'instrumenter (principe)

L'officier public a en principe l'obligation d'établir un acte authentique si l'on le lui demande.

Les cantons peuvent libérer un officier public de l'obligation d'instrumenter si un autre officier public est également compétent à raison de la matière pour l'objet de l'instrumentation.

Déroptions

Obligation de refuser d'instrumenter

L'officier public doit refuser d'instrumenter dans les cas suivants :

- *il n'est pas compétent à raison de la matière et/ou du lieu ;*
- *l'acte authentique a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs ;*
- *l'officier public est tenu de se récuser ; ou*
- *une partie ou un comparant est manifestement incapable de discernement.*

Droit de refuser d'instrumenter

L'officier public peut refuser d'instrumenter ou interrompre l'instrumentation dans les cas suivants :

- *il en est empêché pour cause de maladie, en raison de l'accomplissement d'une obligation légale ou en cas d'absence justifiée ;*
- *les parties ou les comparants n'exercent pas leur droit ou leur obligation de participer ;*
- *l'avance de frais n'a pas été acquittée ; ou*
- *la surcharge de travail ne permet pas d'effectuer l'instrumentation à temps.*

Le droit civil soumet certains actes juridiques à l'exigence de la forme authentique. En outre, les parties peuvent choisir librement la forme authentique (art. 16 CO). Si la loi impose la forme authentique, les cantons doivent veiller à ce que l'instrumentation des actes authentiques soit disponible pour chacun. L'obligation d'instrumenter est, en d'autres termes, la conséquence du monopole d'instrumentation accordé par l'État¹⁵³. Par ailleurs, elle résulte de l'interdiction du déni de justice prévue à l'art. 29, al. 1, Cst.¹⁵⁴ Elle a également pour objectif de garantir que les officiers publics ne se soustraient pas aux affaires désagréables ou peu lucratives. Si l'officier public doit en principe établir un acte authentique si l'on le lui demande, il ne s'agit pas d'une obligation absolue. L'officier public doit impérativement décliner son concours dans certaines circonstances et peut le faire dans d'autres. L'obligation d'instrumenter ne prend naissance que lorsque l'officier public en est requis dans les règles¹⁵⁵.

Conformément aux législations cantonales, les motifs de refus impératifs, qui obligent le notaire à refuser son concours, sont notamment les suivants :

- absence d'une condition d'établissement de l'acte authentique (par ex. compétence, présence de motifs de récusation, incapacité de discernement de la partie)¹⁵⁶ ;

¹⁵³ BRÜCKNER, n. 840 ; MOOSER, n. 143 ; WOLF/SETZ, p. 47.

¹⁵⁴ MOOSER, n. 143 ; RUF, n. 621 s.

¹⁵⁵ SANTSCHI ALFRED, p. 9 ; cf. ch. 7.5.2.

¹⁵⁶ BRÜCKNER, n. 861, SANTSCHI ALFRED, p. 12. Cf., par ex., AG : art. 24, al. 1, BeurG-AG ; BE : art. 31, al. 1, let. c, LN-BE ; GL : art. 30 BeurkG-GL.

- acte juridique illicite ou contraire aux bonnes mœurs¹⁵⁷.

Conformément aux dispositions cantonales actuelles, l'officier public a le droit de refuser d'établir l'acte authentique notamment dans les cas suivants :

- l'avance de frais n'a pas été acquittée¹⁵⁸ ;
- l'officier public est empêché de procéder à l'instrumentation pour de justes motifs (par ex. maladie, accomplissement d'une obligation légale)¹⁵⁹.

En ce qui concerne ce principe directeur, le groupe de réflexion a décidé de distinguer clairement entre l'obligation d'instrumenter et le droit de refuser de le faire, en mentionnant les différents motifs envisageables. Les membres ont trouvé important que le refus ne soit obligatoire que dans des cas clairement définis. L'officier public doit en décider selon sa libre appréciation s'il n'est pas certain de l'existence de motifs de refus impératifs¹⁶⁰.

L'expression « manifestement incapable de discernement » (quatrième tiret du principe directeur relatif au refus obligatoire) a suscité des discussions. La question s'est posée de savoir si l'officier public doit refuser d'instrumenter s'il a des doutes sur la capacité de discernement d'une partie. En ce qui concerne l'évaluation de la capacité de discernement des parties, il n'a pas les mêmes tâches que le juge civil. Celui-ci peut, dans le cadre d'un procès civil, recueillir les preuves et prendre sa décision après avoir examiné les faits¹⁶¹. L'officier public ne peut en aucun cas jouer un tel rôle. L'obligation de refuser d'instrumenter n'est donc envisageable que si l'incapacité de discernement est *manifeste*.

S'agissant de l'évaluation de la capacité de discernement « manifeste », les membres du groupe de réflexion ont proposé de prévoir la possibilité d'établir un acte authentique sous réserve. En cas de doute, l'officier public ne refuserait pas à la ou aux parties l'établissement d'un acte authentique, mais indiquerait sur cet acte qu'il existe des doutes concernant la capacité de discernement. L'« instrumentation sous réserve » n'est pas explicitement mentionnée dans le principe directeur, mais elle n'est pas non plus exclue au vu du libellé.

La possibilité de refuser d'instrumenter lorsque l'avance de frais n'a pas été acquittée (troisième tiret concernant le droit de refuser d'instrumenter) implique que les officiers publics ont le droit de l'exiger pour leurs honoraires et débours¹⁶².

L'obligation et le droit de refuser l'instrumentation existent durant les procédures préparatoire et principale, ce que met en évidence l'expression « interrompre ». Selon la majorité du groupe de réflexion, ce refus ne peut plus valoir dans la phase postérieure à l'instrumentation. Le principe directeur concernant l'obligation d'instrumenter et l'obligation ou le droit de refuser est applicable qu'il s'agisse d'une déclaration de volonté, d'une constatation de faits ou d'une légalisation.

7.4.3 Obligation de véracité

Principe directeur :

L'officier public a l'obligation d'instrumenter de façon conforme à la vérité.

¹⁵⁷ BRÜCKNER, n. 861, SANTSCHI ALFRED, p. 12. Cf., par ex., LU : § 20, al. 3, let. c, BeurG-LU ; GR : art. 21, al. 2, let. b, NG-GR.

¹⁵⁸ BRÜCKNER, n. 864 ; JEANDIN, p. 74 ; SANTSCHI ALFRED, p. 14. Cf., par ex., BE : art. 31, al. 2, LN-BE ; GR : art. 21, al. 3, let. b, NG-GR.

¹⁵⁹ SANTSCHI ALFRED, p. 13. Cf., par ex., AG : art. 24, al. 3, BeurG-AG ; BE : art. 31, al. 2, LN-BE.

¹⁶⁰ BRÜCKNER, n. 862.

¹⁶¹ WOLF/SETZ, p. 51.

¹⁶² Cf. ch. 7.11.

L'art. 9 CC prévoit que les titres authentiques font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée. La force probante accrue de l'acte authentique exige que la procédure d'établissement de cet acte en garantisse la véracité. Les officiers publics doivent donc aspirer en toute conscience à la vérité lors de l'établissement des actes authentiques¹⁶³. Un établissement complet des faits et une instrumentation précise ont pour objectif de garantir la véracité de l'acte authentique. L'officier public ne peut donc instrumenter que ce qu'il a perçu lui-même. En outre, il ne doit pas procéder à des constatations dont il sait qu'elles ne sont pas conformes à la vérité. La relation entre l'obligation de véracité et celle de clarté et leur délimitation ne sont pas évidentes. Certains auteurs soutiennent que l'obligation de véracité englobe l'obligation de clarté¹⁶⁴. Dans ce rapport, l'obligation de véracité et celle de clarté font chacune l'objet d'un principe directeur séparé (cf. ch. 7.4.3 et 7.5.3.4).

Selon le Tribunal fédéral, l'obligation de véracité fait partie des exigences auxquelles doivent satisfaire les actes authentiques en vertu du droit fédéral¹⁶⁵.

Une violation de l'obligation de véracité doit être considérée comme une violation d'une prescription d'ordre¹⁶⁶.

L'obligation de véracité concerne à la fois les déclarations de volonté, les constatations de faits et les légalisations.

7.4.4 Obligation de sauvegarder les intérêts des parties

Principe directeur :

L'officier public doit sauvegarder les intérêts des parties.

Il en découle les obligations suivantes :

Obligation d'impartialité

La sauvegarde des intérêts des parties doit être impartiale.

Obligation de diligence

L'officier public doit soigneusement préparer et exécuter l'instrumentation.

Obligation de prompt exécution des actes

L'officier public doit exécuter en temps utile l'acte authentique dont l'instrumentation lui a été confiée.

L'officier public doit sauvegarder équitablement et en toute conscience les intérêts des parties ou des comparants¹⁶⁷. Cette définition de l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties implique une série de devoirs particuliers. Selon la doctrine, en font partie :

- l'obligation d'impartialité¹⁶⁸ ;
- l'obligation de diligence¹⁶⁹ ;
- l'obligation de prompt exécution des actes¹⁷⁰ ;

¹⁶³ BRÜCKNER, n. 1078.

¹⁶⁴ KNB-PFAMMATTER, n. 17 ad art. 34 LN ; certains membres du groupe de réflexion étaient aussi de cet avis.

¹⁶⁵ Cf. ch. 7.2.

¹⁶⁶ Cf. ch. 7.6.2.4.

¹⁶⁷ BRÜCKNER, n. 877 ; MARTI, p. 61.

¹⁶⁸ BRÜCKNER, n. 883 ; CARLEN, p. 123 ; SANTSCHI ALFRED, p. 122.

¹⁶⁹ BRÜCKNER, n. 908.

¹⁷⁰ BRÜCKNER, n. 919 ; CARLEN, p. 123 ; SANTSCHI ALFRED, p. 123 ;

- l'obligation de proposer des solutions peu coûteuses¹⁷¹.

Certains cantons appliquent actuellement des normes explicites relatives à l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties. L'obligation d'impartialité est parfois nommée expressément et réglée en plus de la sauvegarde des intérêts des parties¹⁷². Celle-ci vaut à titre d'exigence minimale de droit fédéral même si la législation cantonale ne prévoit pas de dispositions pertinentes¹⁷³, comme le précise la doctrine¹⁷⁴.

La nécessité de rédiger un principe directeur relatif à l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties a fait l'unanimité au sein du groupe de réflexion. Vu que cette obligation se compose d'une série de devoirs particuliers, le groupe de travail a convenu de rédiger un principe directeur comprenant plusieurs sous-principes directeurs (relatifs aux obligations d'impartialité, de diligence et de prompt exécution des actes) permettant de concrétiser le contenu de cette obligation.

Dans un premier temps, il a été proposé de rédiger des sous-principes directeurs relatifs à la formation continue, à l'obligation de proposer des solutions peu coûteuses et à la sauvegarde des intérêts fiscaux. Toutefois, la formation a d'emblée suscité une controverse et le groupe de réflexion a renoncé à rédiger un principe directeur pertinent et à prévoir une obligation de formation continue. Il a également écarté l'idée d'instituer une obligation de sauvegarder les intérêts fiscaux de l'État et de recommander une solution peu coûteuse¹⁷⁵.

Le principe directeur et ses sous-principes s'appliquent tant aux déclarations de volonté et aux constatations de faits qu'aux légalisations.

L'obligation de sauvegarder les intérêts des parties et les devoirs particuliers qui la constituent doivent être qualifiés de règles de validité de l'acte¹⁷⁶.

7.4.4.1 Obligation d'impartialité

L'officier public doit être indépendant et impartial pour accomplir sa tâche, qui est une activité officielle relevant de la puissance publique¹⁷⁷. La notion d'indépendance implique que le travail de l'officier public doit être libre de toute influence extérieure¹⁷⁸. L'impartialité se réfère à l'obligation de l'officier public de sauvegarder les intérêts des parties de manière objective et égale¹⁷⁹.

Les législations cantonales sur le notariat comprennent diverses dispositions visant à garantir l'indépendance et l'impartialité de l'officier public.

Lors de l'instrumentation de tout acte authentique, l'officier public est, selon ce principe, tenu de sauvegarder les intérêts des parties de manière objective et égale¹⁸⁰. Il ne doit pas favoriser une partie au détriment de l'autre¹⁸¹.

¹⁷¹ BRÜCKNER, n. 915 ; CARLEN, p. 123.

¹⁷² Les législations des cantons AG, BE, BS, FR, GR, NE, SO, VS et ZG prévoient explicitement l'obligation d'impartialité.

¹⁷³ Les législations des cantons AI, AR, GE, GL, LU, NW, OW, SG, SH, SZ, TG et ZH ne prévoient pas de dispositions explicites pertinentes.

¹⁷⁴ Marti, p. 62 ; MOOSER, n. 241. Cf. ch. 7.2.

¹⁷⁵ Cf. ch. 7.4.13.

¹⁷⁶ Cf. ch. 7.6.2.3.2.

¹⁷⁷ MARTI, p. 58 et p. 61 ; BSK-SCHMID, n. 30 ad art. 55 tit. fin. CC.

¹⁷⁸ MARTI, p. 58 ; SANTSCHI DANIEL, p. 2.

¹⁷⁹ MARTI, p. 61.

¹⁸⁰ MARTI, p. 61 ; SANTSCHI ALFRED, p. 122.

¹⁸¹ SANTSCHI ALFRED, p. 122.

Dans certains cas où le devoir de se récuser ne s'applique pas, l'obligation d'impartialité peut contraindre l'officier public à se récuser lorsqu'il n'est pas en mesure de garantir l'impartialité¹⁸².

7.4.4.2 Obligation de diligence

L'officier public doit, selon ce principe, consacrer tous ses soins à la préparation et à l'exécution de l'instrumentation. Il doit procéder aux investigations nécessaires pour garantir l'établissement de l'acte authentique.

7.4.4.3 Obligation de prompt exécution des actes

L'obligation de prompt exécution des actes impose à l'officier public de liquider les affaires en temps utile sans temporiser, en respectant tous les délais¹⁸³. Les affaires urgentes, telles que l'instrumentation du testament d'un mourant, ont la priorité. Il existe toutefois des restrictions à l'obligation de prompt exécution. L'officier public ne doit ainsi pas forcément s'en acquitter dans les cas suivants :

- il en est empêché pour cause de maladie, en raison de l'accomplissement d'une obligation légale ou en cas d'absence justifiée;
- les parties n'exercent pas leur droit de participation;
- l'avance de frais n'a pas été acquittée;
- la surcharge de travail ne permet pas d'effectuer à temps l'instrumentation¹⁸⁴.

7.4.5 Obligation d'impartialité

Pas de principe directeur.

Les auteurs de doctrine considèrent que l'obligation d'impartialité est comprise dans l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties¹⁸⁵. Suivant cet avis, le groupe de réflexion a rédigé un (sous-)principe directeur concernant le devoir d'impartialité dans le cadre de l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties¹⁸⁶.

¹⁸² Cf. ch. 7.4.6.

¹⁸³ CARLEN, p. 123 ; SANTSCHI ALFRED, p. 123.

¹⁸⁴ Cf. les explications présentées au ch. 7.4.2.

¹⁸⁵ BRÜCKNER, n. 883 ; CARLEN, p. 123 ; SANTSCHI ALFRED, p. 122.

¹⁸⁶ Cf. ch. 7.4.4.

7.4.6 Obligation de se récuser

Principe directeur :

L'officier public doit refuser ou interrompre l'instrumentation dans les cas suivants :

- *il est lui-même partie ou est concerné à un autre titre par la procédure ;*
- *il a un intérêt personnel dans l'affaire ;*
- *il agit ou a agi comme conseil juridique dans la même affaire ;*
- *il est conjoint, ex-conjoint, partenaire enregistré ou ex-partenaire enregistré d'une partie ou d'un comparant ou mène ou a mené de fait une vie de couple avec l'une de ces personnes ;*
- *il est parent ou allié avec une partie ou avec un comparant, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale ;*
- *il est membre d'un organe habilité à représenter une personne morale concernée ou peut l'engager par sa signature ;*
- *il pourrait être fortement prévenu de toute autre manière, en particulier en raison de liens d'amitié avec un comparant ou son représentant, ou de son hostilité à leur égard.*

L'obligation de se récuser interdit à l'officier public d'établir l'acte authentique dans des cas précis¹⁸⁷. L'officier public doit ainsi se récuser lorsqu'il a une relation ou rapport « personnel » avec des parties ou avec l'objet de l'instrumentation ou lorsqu'il est lui-même formellement partie à la procédure d'établissement de l'acte authentique¹⁸⁸. L'obligation de se récuser a pour objectif de garantir que l'officier public n'agit pas sous l'influence d'intérêts particuliers dans des procédures concrètes. Selon la doctrine, elle fait partie des exigences auxquelles doivent satisfaire les actes authentiques en vertu du droit fédéral¹⁸⁹.

Les discussions concernant l'obligation de se récuser ont pour l'essentiel porté sur le degré de détail du principe directeur. Quelques membres du groupe de réflexion ont proposé une énumération détaillée des faits concrets imposant la récusation, en tenant compte des systèmes coexistant en Suisse, à savoir le notariat indépendant, le notariat d'État et les formes mixtes. Les obligations de se récuser vis-à-vis des proches sont identiques que l'on se trouve dans le système du notariat indépendant ou celui du notariat d'État. Le libellé du principe directeur peut donc être le même pour les deux systèmes. La situation se complique pour les confrères de la même étude ; la question est alors de savoir si un partenaire est autorisé à établir un acte authentique lorsqu'un officier public doit se récuser. Dans le notariat d'État, un collègue de bureau doit pouvoir effectuer l'instrumentation s'il n'existe pas d'alternatives, alors qu'en cas de notariat indépendant, un officier public d'une autre étude peut établir l'acte authentique. Après avoir discuté de cette problématique, le groupe de réflexion a décidé qu'un partenaire d'un officier public qui doit se récuser devrait pouvoir procéder à l'instrumentation.

Vu que, selon les membres du groupe, l'acte peut être annulé en cas de violation du devoir de se récuser¹⁹⁰, un catalogue exhaustif des motifs de récusation s'impose pour garantir la sécurité du droit. Dans des cas limites non compris dans ce catalogue, le principe d'impartialité permet de trancher¹⁹¹.

Le principe directeur portant sur l'obligation de se récuser s'inspire de l'art. 47 CPC, c'est-à-dire des règles de récusation prévues dans le cadre de la procédure contentieuse.

Au fil des discussions sur le premier tiret, on a soulevé la question de savoir quand un officier public est concerné à un autre titre par la procédure et s'il fallait préciser le principe directeur

¹⁸⁷ BRÜCKNER, n. 755 ; NUSSBAUM, p. 39 ; MOOSER, n. 152 ; RUF, n. 716 ; SANTSCHI ALFRED, p. 30.

¹⁸⁸ BRÜCKNER, n. 774 ss ; CARLEN, p. 116 ss.

¹⁸⁹ Cf. ch. 7.2.

¹⁹⁰ Cf. ch. 7.6.2.3.2.

¹⁹¹ Cf. ch. 7.4.4.1.

sur ce point. La notion d'autre personne participant à la procédure sera expliquée au ch. 7.5.1.4. Comme il faut toujours interpréter les différents principes directeurs dans le contexte général et éviter les doublons, le groupe de réflexion a renoncé à apporter d'autres précisions dans ce chapitre.

Le dernier tiret du principe directeur a été vivement débattu au sein du Groupe de réflexion. Dans une première version, la formulation suivante a été choisie: «il pourrait être prévenu de toute autre manière». Il a été dit à propos de ce libellé qu'il est trop vague et qu'il créerait une insécurité auprès des officiers publics. A la fin, le Groupe de réflexion a pu se mettre d'accord pour formuler le dernier tiret de ce principe directeur en prenant pour modèle l'article 47 CPC.

L'obligation de se récuser au sens du principe directeur concerne les actes de déclaration et les actes de constatation, mais non les légalisations. L'acte peut être annulé si l'officier public viole son devoir de récusation¹⁹².

7.4.7 Obligation de garder le secret (secret professionnel)

Principe directeur :

Notariat d'État

L'officier public doit tenir secrets les faits relevant de son activité professionnelle principale s'il existe un intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret ou qu'une disposition spéciale le prévoit.

Notariat indépendant

L'officier public est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'officier public à divulguer des faits qui lui ont été confiés.

L'officier public veille à ce que ses auxiliaires et les autres personnes participant à la procédure respectent le secret professionnel.

L'officier public doit tenir secrètes les informations dont il a eu connaissance en relation avec l'exercice de sa profession¹⁹³. Les parties (et les comparants) doivent pouvoir se confier sans crainte, car l'officier public n'est en mesure de remplir ses obligations qu'en connaissance de toutes les informations pertinentes.

L'obligation de garder le secret ne peut concerner que l'activité professionnelle principale de l'officier public. Les activités accessoires sont soumises à l'obligation contractuelle de garder le secret régie par le CO.

Le CP règle la violation du secret de fonction (art. 320 CP) et la violation du secret professionnel (art. 321 CP). L'officier public est soumis au secret professionnel dans le notariat indépendant et au secret de fonction dans le notariat d'État.¹⁹⁴ C'est donc le droit fédéral qui détermine les conditions auxquelles une violation du secret est punissable. Le principe directeur relatif à l'obligation de garder le secret ne peut pas aller plus loin que les dispositions du CP. En outre, il faut faire la distinction entre le notariat indépendant et le notariat d'État.

L'obligation de garder le secret concerne toutes les informations confiées à l'officier public dans le cadre de son activité par les parties et comparants, leurs représentants et les experts. Le secret professionnel ne porte pas sur les faits notoires ou librement accessibles à

¹⁹² Cf. ch. 7.6.2.3.2.

¹⁹³ CARLEN, p. 126 ; JEANDIN, p. 93.

¹⁹⁴ BRÜCKNER, n. 1136.

chacun¹⁹⁵. Il peut être limité voire levé à certaines conditions¹⁹⁶. L'intéressé ou l'autorité de surveillance de l'officier public peuvent délier celui-ci de l'obligation de garder le secret.

Lorsque, hormis l'officier public, d'autres personnes sont impliquées dans l'établissement de l'acte authentique, par exemple les auxiliaires ou des experts, elles sont aussi soumises à l'obligation de garder le secret. L'officier public doit garantir le respect de cette obligation par des moyens appropriés tels que des instructions relevant du droit du travail ou du droit des fonctionnaires.

Le secret professionnel doit être compris comme une règle d'ordre, dont la violation peut avoir des conséquences disciplinaires, patrimoniales et/ou pénales pour l'officier public¹⁹⁷.

L'obligation de garder le secret concerne les déclarations et les constatations, mais non les légalisations.

7.4.8 Obligation de diligence

Pas de principe directeur.

Dans le cadre de ses travaux, le groupe de réflexion a décidé de renoncer à rédiger un principe directeur à part concernant l'obligation de diligence. Celle-ci fait l'objet d'un sous-principe directeur dans le cadre de l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties¹⁹⁸.

7.4.9 Réputation

Pas de principe directeur.

L'obligation de veiller à la réputation de la profession a pour objectif d'assurer que les officiers publics renoncent à des activités ou comportements qui pourraient nuire à la perception de la profession. Les membres du groupe de réflexion étaient unanimes à penser qu'il ne fallait pas rédiger de principe directeur séparé à ce sujet. Les principes directeurs concernant les autres obligations professionnelles couvrent indirectement la sauvegarde de la réputation.

7.4.10 Indépendance

Pas de principe directeur.

Les circonstances extérieures ne doivent pas influencer le travail de l'officier public de manière à mettre en danger son indépendance. Les obligations de sauvegarder les intérêts des parties, d'impartialité et de récusation permettent de le garantir. Le groupe de réflexion a donc renoncé à rédiger un principe spécifique concernant l'indépendance.

7.4.11 Devoir de communication

Pas de principe directeur.

Par devoir de communication, on entend l'obligation de l'officier public de notifier à l'autorité de surveillance toute modification des conditions ayant justifié l'attribution de la compétence d'instrumentation. Comme on l'a expliqué au ch. 7.3.2.1, il appartient aux cantons de confier cette compétence aux officiers publics et de la retirer. Il faut donc laisser aux cantons la liberté de définir le devoir de communiquer en lien avec les conditions d'attribution de la compétence d'instrumentation.

¹⁹⁵ BRÜCKNER, n. 1140.

¹⁹⁶ BRÜCKNER, n. 1158 ss ; MOOSER, n. 250.

¹⁹⁷ De même CARLEN, p. 127; cf. ch. 7.6.2.4.

¹⁹⁸ Cf. ch. 7.4.4.2.

7.4.12 Obligation de suivre une formation continue

Pas de principe directeur.

Une formation continue permanente de l'officier public est nécessaire à un exercice correct et consciencieux de la profession. De nombreuses associations professionnelles cantonales organisent des événements de formation continue à l'intention de leurs membres. En revanche, rares sont les cantons qui ont inscrit dans la loi l'obligation de suivre une formation continue¹⁹⁹.

Le groupe de réflexion est parvenu à la conclusion qu'il ne fallait pas rédiger de principe directeur spécifique concernant cette obligation, qui devrait toutefois être intégrée dans celle de sauvegarder les intérêts des parties. Comme le groupe de travail a renoncé à rédiger un principe directeur relatif à la formation et aux exigences professionnelles, il s'est logiquement abstenu d'en prévoir un pour l'obligation de formation continue²⁰⁰.

7.4.13 Obligation de sauvegarder les intérêts fiscaux de l'État

Pas de principe directeur.

L'officier public remplit une fonction publique. Il est donc tout à fait compréhensible qu'il soit tenu de sauvegarder les intérêts fiscaux de l'État. Le groupe de réflexion n'a cependant pas jugé nécessaire ni utile de rédiger un principe directeur dans ce domaine.

7.5 Procédure d'établissement des actes authentiques (déroulement)

7.5.1 Dispositions générales de procédure

7.5.1.1 Support de l'original, de l'expédition et de la copie légalisée

Principe directeur :

Option 1 :

L'original doit être établi sur papier.

Les expéditions ou légalisations peuvent avoir lieu sous forme électronique ou sur papier pour les parties et les registres publics.

Option 2 :

L'original peut être établi sur papier ou sous forme électronique.

Les expéditions ou légalisations peuvent avoir lieu sous forme électronique ou sur papier pour les parties et les registres publics.

L'original de l'acte authentique doit encore être lisible après des années. Les supports doivent donc satisfaire à certaines exigences. Conformément aux dispositions légales en vigueur, l'original doit être établi sur papier. L'art. 55a tit. fin. CC permet toutefois aux cantons d'habiliter les officiers publics à instrumenter des expéditions électroniques ou des copies légalisées électroniques de l'acte authentique. Le 8 janvier 2019, le Conseil fédéral a lancé la consultation relative à la loi fédérale sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (LAAE). La consultation a pris fin le 8 mai 2019. Selon l'avant-projet, les officiers publics seraient tenus d'établir l'original de l'acte sous forme électronique, mais pourraient toujours établir sur papier les copies légalisées et les expéditions. L'évaluation de la consultation concernant la LAAE et l'élaboration d'un projet et du message sont en cours.

¹⁹⁹ AG et VD ont explicitement inscrit dans la loi l'obligation de suivre une formation continue (art. 33 BeurG-AG ; art. 46 LNo-VD).

²⁰⁰ Cf. les explications présentées aux ch. 7.3.2.4.

L'obligation d'établir les actes authentiques sous forme électronique a suscité des critiques lors de la consultation, mais l'introduction de l'instrumentation électronique (non obligatoire) a été en majorité bien accueillie. Compte tenu des avis exprimés lors de la consultation et de l'avancement du projet de LAEE, le groupe de réflexion a formulé deux options du principe directeur relatif au support admissible. Dans les deux options, le libellé concernant les expéditions et les copies légalisées est identique, vu que le droit en vigueur permet déjà de choisir la forme électronique. En outre, on a utilisé dans les deux versions le terme « légalisation » et non « copies légalisées », pour préciser qu'en vertu de l'OAAE, les légalisations en général peuvent avoir lieu sous forme électronique (art. 13 ss OAAE).

7.5.1.2 Contenu formel des actes authentiques

Principe directeur :

L'acte authentique comprend au moins la désignation précise de l'officier public, des éventuelles parties et des éventuels comparants, ainsi que l'indication du rapport de représentation, la formule de clôture, la date et le lieu de l'instrumentation et la signature de l'officier public.

En cas d'instrumentation d'un acte de déclaration, l'acte authentique contient en principe également les signatures des comparants.

Par contenu formel de l'acte authentique, on entend les éléments de l'acte qui ne concernent pas directement son objet, soit des indications telles que le prénom et le nom de l'officier public et éventuellement d'autres indications permettant de l'identifier, la date et le lieu de l'instrumentation, les parties intéressées ou comparants, etc.

À cet égard, le droit fédéral exige actuellement :

- que l'acte authentique indique le nom de l'officier public qui l'établir et que cet acte soit daté²⁰¹ ;
- que les informations figurant sur l'acte comprennent la désignation exacte des parties qui s'obligent ou acquièrent des droits par leurs déclarations, ainsi que l'indication du rapport de représentation lorsqu'une partie se fait représenter par un tiers^{202 203}.

Quant au degré de détail du principe directeur, certains membres du groupe de réflexion ont avancé qu'un libellé trop détaillé ne permettrait pas de rendre compte des particularités cantonales. C'est pourquoi le principe directeur ne prescrit qu'un contenu formel minimal. Les cantons peuvent le préciser, ce que met en évidence l'expression « au moins ». En ce qui concerne les conséquences de l'absence d'un élément mentionné dans le principe directeur, nous renvoyons au ch. 7.6.

Ce principe directeur est applicable aux actes de déclaration et aux actes de constatation, mais non aux légalisations.

7.5.1.3 Annexes à l'acte authentique

Principe directeur :

Les annexes à l'acte authentique doivent être désignées comme telles, liées de manière adéquate à l'acte authentique à l'aide d'un renvoi et conservées.

²⁰¹ BRÜCKNER, n. 1260 ; MOOSER, n. 558 et n. 656.

²⁰² En l'occurrence, on entend également par « tiers » celui qui agit en qualité de représentant d'une personne morale.

²⁰³ ATF 112 II 330, 332.

Les annexes dont la validité formelle exige la forme authentique doivent être portées à la connaissance des parties et signées par les parties et par l'officier public.

Les annexes sont des documents qui ont un rapport de fond avec l'acte authentique. Elles sont mentionnées dans celui-ci et munies d'un certificat mettant en évidence leur rapport avec l'acte.

Il peut s'agir des documents suivants :

- procurations,
- documents attestant du consentement de tiers à des actes juridiques,
- plans établis sur la base des données de la mensuration officielle,
- plans d'architecte,
- etc.

On distingue les annexes *destinées à compléter les déclarations figurant dans l'original*²⁰⁴, les annexes *qui facilitent la preuve des informations figurant dans l'acte*²⁰⁵ et les annexes *soumises à la forme authentique*²⁰⁶.

Les annexes *destinées à compléter les déclarations figurant dans l'originale* concrétisent les dispositions de l'acte authentique, mais ne contiennent pas d'éléments du contrat objectivement ou subjectivement essentiels (par ex. inventaires). L'instrumentation ne porte que sur les déclarations faites dans l'acte principal. Ces annexes ne sont pas soumises à la forme authentique. L'acte authentique renvoie à ce type d'annexe en mentionnant le titre et la date du document.

Quant aux annexes *qui facilitent la preuve des informations figurant dans l'acte*, elles font en règle générale l'objet d'un constat notarial dans l'original. La procédure d'instrumentation ne doit pas obligatoirement couvrir ces documents (par ex. procurations, extraits du registre du commerce).

Les annexes *soumises à la forme authentique* comprennent les documents qui doivent faire formellement l'objet de la procédure d'instrumentation. L'acte principal et les annexes doivent renvoyer les uns aux autres. En outre, l'officier public est tenu de porter les annexes à la connaissance des comparants, de les leur faire signer, de les signer lui-même et de rapporter ces opérations dans la formule de clôture. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur la question de savoir quand précisément les annexes sont considérées comme passées par acte authentique²⁰⁷.

Toutes les catégories d'annexes doivent être désignées comme telles, liées de manière adéquate à l'acte authentique à l'aide d'un renvoi et conservées (1^{re} phrase du principe directeur). Les annexes soumises à la forme authentique doivent de plus être signées par les parties et par l'officier public (2^e phrase du principe directeur).

L'expression « liées » ne signifie pas que les annexes doivent être rattachées à l'acte authentique à l'aide d'une ficelle voire d'un sceau en cire, mais que l'acte doit contenir un renvoi précisant de quelles annexes il s'agit. Une numérotation des annexes semble indiquée s'il y en a plusieurs. En même temps, il faut apposer sur les annexes une mention écrite qui indique le rapport avec l'acte authentique (par ex. « annexe XY à l'acte authentique Z du 1.10.2020 »).

²⁰⁴ BRÄM, p. 217.

²⁰⁵ BRÄM, p. 217 s ; BRÜCKNER, n. 1375 s.

²⁰⁶ BRÄM, p. 218 ss.

²⁰⁷ ATF 106 II 146, 149 s.

Un lien suffisant existe si les annexes sont directement intégrées dans l'acte authentique et l'exigence de les signer séparément ne s'applique alors pas. Une application de ce principe directeur aux légalisations est exclue de par la matière elle-même.

7.5.1.4 Participants / personnes impliquées

Principe directeur :

Les témoins

Toute personne ayant l'exercice des droits civils et sachant lire et écrire peut intervenir comme témoin.

Le témoin est soumis au même devoir de récusation que l'officier public.

Les traducteurs

Toute personne dont il s'avère qu'elle en possède les aptitudes peut intervenir comme traducteur.

Le traducteur est soumis au même devoir de récusation que l'officier public.

Les experts

Toute personne dont il s'avère qu'elle en possède les aptitudes peut intervenir comme expert.

L'expert est soumis au même devoir de récusation que l'officier public.

La participation de l'officier public est nécessaire dans toute procédure d'instrumentation. Il peut toutefois déléguer certains travaux et tâches à d'autres personnes. Dans certaines circonstances, l'officier public doit obligatoirement associer d'autres personnes à la procédure d'instrumentation (par ex. témoins ou traducteurs).

Sont en outre impliquées ou participent à la procédure les personnes demandeuses d'une prestation de service de l'officier public, soit ses clients ou les parties et leurs représentants. Il existe deux catégories de parties :

- les personnes présentes lors de l'instrumentation, et plus précisément durant la procédure principale d'établissement de l'acte authentique en qualité de parties sont les *comparants (Urkundsparteien)*²⁰⁸ et
- les personnes qui entendent s'obliger ou acquérir un droit sont les *parties (Parteien)*²⁰⁹.

La terminologie relative aux différentes personnes impliquées ou participant à la procédure n'est pas uniforme dans la doctrine. Différents termes relatifs aux personnes ont donc été définis en vue de l'élaboration des principes directeurs relatifs à la procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse.

- Les auxiliaires

L'officier public conduit la procédure d'établissement de l'acte authentique et doit diriger en personne au moins la procédure principale²¹⁰. Il peut toutefois déléguer certaines activités aux membres de son personnel. Ceux-ci sont subordonnés à l'officier public en vertu d'un contrat de travail ou du statut des fonctionnaires. Ils peuvent se charger de certaines tâches de l'officier public à sa place et le

²⁰⁸ BRÜCKNER, n. 449 ss ; KUNZ, p. 21 ; MOOSER, n. 589.

²⁰⁹ BRÜCKNER, n. 435 ss ; KUNZ, p. 21 ; MOOSER, n. 589.

²¹⁰ BRÜCKNER, n. 363 ; MARTI, p. 57.

représenter²¹¹. Il n'a pas été rédigé de principe directeur concernant les auxiliaires, qui ne participe pas à la procédure principale.

- Les témoins

Les témoins n'interviennent que lors de l'instrumentation de certaines déclarations de volonté, mais non lorsque la procédure porte sur la constatation de faits²¹². Ils confirment d'après leur propre perception, lors de la procédure principale, ce qu'ils doivent constater en vertu des dispositions fédérales ou cantonales.

Peut être témoin toute personne ayant l'exercice des droits civils et sachant lire et écrire qui n'est pas proche des intéressés et qui est en mesure de comprendre la partie de la procédure sur laquelle elle doit témoigner et de déposer son témoignage par écrit²¹³. Au titre d'une règle de récusation, le témoin ne doit être proche ni de l'officier public, ni du comparant, ni de la partie bénéficiant de son témoignage²¹⁴.

Conformément aux dispositions actuelles, les témoins doivent comparaître en procédure principale et signer leur témoignage au cours de cette procédure. Dans certaines procédures principales, ils doivent déjà être présents lors de la lecture du projet d'acte authentique ; dans d'autres, leur présence n'est requise que lors de l'approbation de l'acte par les comparants ; ou encore les comparants déclarent aux témoins qu'ils ont approuvé l'acte immédiatement après cette approbation²¹⁵.

Le droit fédéral exige actuellement le concours de deux témoins (art. 501 et 502 CC).

Même si l'objectif et l'actualité de ces dispositions ne vont plus de soi et que les membres du groupe de réflexion n'ont pas été unanimes sur le maintien de cette institution, il a été décidé de rédiger un principe directeur relatif aux témoins. Les membres n'étaient pas unanimes sur le maintien de cette institution. Tant que le CC exige le concours des témoins pour les testaments et les pactes successoraux, un principe directeur à ce sujet s'impose. En outre, lors de l'élaboration du principe directeur, quelques membres du groupe de réflexion ont souhaité que le concours des témoins soit prescrit pour les « procédures spéciales »²¹⁶. Les témoins sont assujettis au même devoir de récusation que l'officier public, ce qui permet de s'assurer qu'ils ne sont pas des proches du comparant ou de la partie. Cependant, ce point a suscité une controverse au sein du groupe de réflexion justement aussi en raison du fait que le devoir de se récuser décrit à l'art. 503 CC ne concorde pas avec celui du présent principe directeur.

- Les traducteurs

Si l'officier public et le ou les comparants ne se comprennent pas, il faut recourir à un traducteur. La compréhension peut être difficile ou impossible lorsque le comparant ne maîtrise pas la langue dans laquelle l'acte est rédigé ou la maîtrise insuffisamment ou lorsqu'il ne peut ni entendre, ni parler²¹⁷. Le traducteur doit porter à sa connaissance le contenu de l'acte ou communiquer son approbation à l'officier

²¹¹ BRÜCKNER, n. 370 ss ; MOOSER, n. 590.

²¹² BRÜCKNER, n. 387 ; MARTI, p. 66.

²¹³ BRÜCKNER, n. 385.

²¹⁴ BRÜCKNER, n. 386.

²¹⁵ MARTI, p. 68 s.

²¹⁶ Cf. ch. 7.5.4.12.

²¹⁷ BRÜCKNER, n. 373 ; selon MARTI, p. 72, les personnes qui assurent la communication entre l'officier public et un comparant sourd ou muet ne sont pas des traducteurs, mais des experts.

public²¹⁸. Les traducteurs sont des auxiliaires de l'officier public et non de sa clientèle²¹⁹.

Si l'officier public a des connaissances suffisantes de la langue maternelle du comparant ou que l'officier public et le comparant se comprennent dans une autre langue commune, il n'est pas nécessaire de recourir à un traducteur²²⁰.

Les qualifications des traducteurs et leur devoir de récusation ont suscité des discussions au sein du groupe de réflexion. Ainsi, la première version du principe directeur prévoyait une exigence d'« intégrité du caractère ». Plusieurs membres du groupe ont cependant relevé que celle-ci ne peut pas vraiment être évaluée par l'officier public et ne devait donc pas être mentionnée. Une autre question a été de savoir s'il est nécessaire d'imposer aux traducteurs le même devoir de récusation qu'à l'officier public. Le groupe est arrivé à la conclusion que les traducteurs remplissent une fonction importante, qu'ils prêtent assistance à l'officier public et qu'il est donc justifié de les soumettre à des exigences élevées aussi bien en matière de qualification qu'en matière de récusation. Cependant, pour que l'officier public ne doive pas assumer l'entière responsabilité du choix des traducteurs, il semble utile de soumettre ce choix à l'approbation des comparants et de consigner cette démarche dans l'acte authentique.

- Les experts

Par experts, on entend les personnes sollicitées en raison de leurs compétences particulières (par ex. expert chargé des estimations, médecin, etc.).

- Les autres personnes participant à la procédure

Les autres personnes participant à la procédure ne sont pas clientes de l'officier public ni destinataires de l'acte authentique, mais elles sont concernées par l'acte authentique à leur avantage ou à leur détriment, par exemple des personnes qui bénéficient d'un pacte successoral ou renoncent à leur prétention successorale²²¹. Les époux qui doivent consentir à un acte juridique dans le cadre de l'art. 169 CC en sont un autre exemple.

- Les comparants («die Urkundsparteien»)

Les comparants sont les personnes physiques ou morales présentes en qualité de parties lors de la procédure d'établissement d'un acte juridique (procédure principale)²²².

Pour que l'acte authentique soit valablement établi, le comparant doit avoir la jouissance et l'exercice des droits civils conformément au droit fédéral ; l'officier public doit vérifier si cette condition est remplie²²³. Le comparant doit adresser une demande d'authentification à l'officier public en son nom ou au nom d'un tiers et attester de son identité. Il peut ensuite participer à la procédure d'établissement de l'acte authentique²²⁴.

²¹⁸ MARTI, p. 72.

²¹⁹ BRÜCKNER, n. 376.

²²⁰ BRÜCKNER, n. 377 ; MARTI, p. 72. Sur l'instrumentation dans une langue étrangère, cf. ch. 7.5.1.5.

²²¹ BRÜCKNER, n. 476 ss.

²²² MARTI, p. 62.

²²³ MARTI, p. 64. Sur l'examen de la capacité de discernement, cf. ch. 7.4.2.

²²⁴ MARTI, p. 65.

- Les parties

Les parties sont les personnes à la demande de qui il est procédé à l'instrumentation et dont la situation juridique est modifiée²²⁵. Si elle ne veut ou ne peut pas participer à la procédure, une partie peut désigner un représentant dans des affaires qui ne sont pas strictement personnelles. Dans un tel cas, l'officier public doit vérifier la légitimation du représentant comme comparant²²⁶.

7.5.1.5 La langue des actes

Principe directeur :

Les cantons déterminent la langue de rédaction des actes authentiques.

À la demande des participants ou en vertu des dispositions légales, l'officier public peut aussi dresser l'acte authentique dans une langue étrangère s'il la maîtrise suffisamment.

Si l'acte authentique est dressé dans une langue inconnue de l'officier public, il peut être rédigé en deux ou plusieurs langues avec le concours d'un traducteur, c'est-à-dire dans la ou les langues étrangères et dans celle de l'officier public.

Conformément à l'actuel art. 55, al. 2, tit. fin. CC, les cantons établissent les règles à suivre pour la rédaction des actes authentiques dans une langue étrangère. Il en découle que l'acte authentique est en principe rédigé dans la langue officielle du lieu d'instrumentation²²⁷. S'agissant des déclarations de volonté, il faut toutefois garantir que les parties comprennent la langue de rédaction de l'acte pour qu'ils puissent prendre suffisamment connaissance de son contenu.

Il existe actuellement de grandes différences entre les législations cantonales en ce qui concerne la langue des actes authentiques et la traduction. Certains cantons prescrivent explicitement la langue dans laquelle les actes authentiques doivent être dressés²²⁸. C'est en règle générale la langue officielle du canton²²⁹. D'autres cantons exigent la langue que maîtrisent l'officier public et les comparants²³⁰. Si l'officier public ne connaît pas la langue des comparants et rédige l'acte authentique dans une langue qu'il connaît bien, les cantons prévoient souvent le concours d'un traducteur²³¹ ; celui-ci doit déclarer qu'il a traduit le texte aux comparants en toute conscience²³². Lorsque l'officier public n'est pas en mesure de rédiger l'acte authentique dans la langue voulue faute de connaissances linguistiques, il peut également dresser un acte en deux langues²³³.

La question de savoir s'il faut rédiger un principe directeur relatif à la langue des actes authentiques a donné lieu à une controverse au sein du groupe de réflexion. Certains membres ont affirmé que les prescriptions relatives à la langue empiéteraient sur la liberté d'organisation des cantons. D'autres ont fait valoir que la langue et donc la compréhension du contenu sont essentielles à la réalisation des objectifs de l'acte authentique. Enfin, une majorité s'est prononcée en faveur d'un principe directeur.

²²⁵ KUNZ, p. 21.

²²⁶ KUNZ, p. 22.

²²⁷ BRÜCKNER, n. 1276.

²²⁸ Cf., par ex., AG : les actes destinés à une autorité ou à un service dans le canton doivent être rédigés en langue allemande (§ 44, al. 2 BeurG-AG) ; BL : les actes authentiques destinés à être utilisés en Suisse doivent être rédigés dans une langue officielle suisse (§ 20, al. 1, NG-BL) ; NW : l'acte authentique doit être rédigé en langue allemande (§ 28, al. 1 BeurV-NW).

²²⁹ JEANDIN, p. 155 s.

²³⁰ Cf., par ex., AG : § 44, al. 1, BeurG-AG ; AR : art. 16, al. 1, BeurG-AR ;

²³¹ Cf., par ex., AG : § 62, al. 3, BeurG-AG ; AR : art. 16, al. 2, BeurG-AR ; BL : § 20, al. 2, NG-BL.

²³² Cf., par ex., AG : § 62, al. 4, BeurG-AG ; AR : art. 16, al. 2, BeurG-AR ; BL : § 20, al. 2, NG-BL.

²³³ BRÜCKNER, n. 1282 ; PIOTET, *Ausgewählte Fragen*, p. 264 ss.

Selon le principe directeur, les cantons déterminent la langue de rédaction des actes authentiques (1^{re} phrase).

Les avis ont divergé sur la question de savoir si l'officier public peut rédiger un acte authentique monolingue en une langue qu'il ne maîtrise pas. Les auteurs de doctrine²³⁴ soutiennent qu'il ne peut dresser un acte authentique monolingue en une langue étrangère que s'il la connaît suffisamment bien. Il ne doit pas le faire rédiger à une autre personne en une langue étrangère et l'instrumenter ensuite dans le cadre de la procédure principale sans comprendre le texte²³⁵. Cet avis n'a pas fait consensus au sein du groupe de réflexion. Les membres ont fini malgré tout par convenir que l'officier public ne devrait dresser un acte authentique monolingue en une langue étrangère que s'il la maîtrise suffisamment (2^e phrase).

Conformément au principe directeur discuté, l'officier public doit établir l'acte authentique en deux ou plusieurs langues s'il ne connaît pas suffisamment la ou les langues étrangères (3^e phrase).

S'agissant des actes authentiques bi- ou plurilingues, il n'est pas toujours certain quelle version linguistique fait foi. Des finesses langagières peuvent toujours se perdre dans une traduction, ce qui peut parfois conduire à des différends. Seule la version que l'officier public comprend peut donc faire foi. L'officier public ne peut en effet respecter son devoir d'information que dans le cadre de cette version. La formule de clôture doit exposer le déroulement de la procédure d'instrumentation concernée et les explications du traducteur et préciser que les comparants ont compris le contenu de la version traduite.

Les principes directeurs relatifs à la langue de l'acte authentique s'appliquent tant aux déclarations de volonté qu'aux constatations des faits et aux légalisations. Dans ce dernier cas, l'officier public sera davantage en mesure de dresser l'acte authentique dans une langue étrangère, car les exigences relatives à la compréhension de la langue sont moins importantes et les formulations moins complexes que par exemple dans le cas des déclarations de volonté.

7.5.2 Demande d'authentification (réquisition)

Principe directeur :

Le ou les comparants, la ou les parties ou leur représentant demandent à l'officier public de dresser l'acte authentique.

La réquisition n'est soumise à aucune forme.

La demande d'authentification ou la réquisition est la demande de dresser un acte authentique que des tiers adressent à l'officier public²³⁶. L'établissement d'un acte authentique ne se fait pas d'office. La demande d'authentification n'est pas soumise à une forme précise et peut aussi être tacite²³⁷, la participation à la procédure d'authentification étant l'expression d'un mandat implicite²³⁸. La demande peut aussi être subordonnée à une condition. Elle est requise tant pour les déclarations de volonté et les constatations de faits que pour les légalisations²³⁹. L'auteur de la demande peut en tout temps retirer son mandat ; il peut aussi le faire tacitement²⁴⁰. Les parties peuvent corriger l'absence initiale de la demande en attribuant le mandat à l'officier public a posteriori au cours de la procédure. La doctrine est divisée sur les

²³⁴ BRÜCKNER, n. 1281 ; MARTI, p. 148.

²³⁵ MARTI, p. 148.

²³⁶ ARNET, p. 189 ; KUNZ, p. 20 ; MARTI, p. 83 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 35.

²³⁷ BRÜCKNER, n. 751 ; KUNZ, p. 20 ; MOOSER, n. 593.

²³⁸ SANTSCHI ALFRED, p. 9.

²³⁹ MOOSER, n. 592 et n. 699.

²⁴⁰ SANTSCHI ALFRED, p. 12.

effets de l'absence de demande²⁴¹. Enfin, la législation cantonale ne mentionne explicitement la réquisition que dans les cantons de Berne et du Jura²⁴².

Après la réception de la demande, l'officier public est tenu de prendre en main la phase suivante, c'est-à-dire la procédure d'examen ; s'il ne le fait pas, il viole son obligation d'instrumenter.

Dans le cadre des discussions du groupe de réflexion, on a soulevé la question de savoir si un principe directeur relatif à la demande d'authentification était vraiment nécessaire : en effet, il est évident que l'officier public ne peut intervenir qu'après en avoir reçu le mandat. Selon les explications des membres du groupe, la demande fait régulièrement l'objet de procédures disciplinaires et une réglementation s'impose. Le deuxième alinéa du principe directeur prévoit explicitement que la demande n'est soumise à aucune condition de forme. Comme on l'a déjà indiqué ci-dessus, la demande est une condition nécessaire à toute procédure d'instrumentation.

Le ch. 7.6.2.4 donnera plus de détails sur les conséquences de l'absence de demande.

7.5.3 Procédure préliminaire (procédure d'examen et procédure préparatoire)

7.5.3.1 Examen

Principe directeur :

L'officier public doit examiner si les conditions nécessaires à l'établissement de l'acte authentique sont réunies.

Il doit notamment examiner les points suivants :

- sa compétence à raison du lieu et sa compétence à raison de la matière,
- l'absence de motifs de refus,
- l'absence de motifs de récusation,
- l'identité des parties ou des comparants,
- la capacité civile et la capacité de discernement des parties ou des comparants.

Une fois la demande déposée, l'officier public doit examiner si les conditions d'établissement d'un acte authentique sont réunies. Selon la doctrine, il doit examiner les points ci-dessous.

- Compétence à raison du lieu et compétence à raison de la matière²⁴³
L'officier public doit être compétent à raison du lieu et de la matière pour l'établissement de l'acte authentique.
- Identité des parties et des comparants²⁴⁴
L'officier public doit examiner l'identité des parties ou des comparants.
- Qualité des parties ou des comparants²⁴⁵
Il s'agit d'établir que la partie ou le comparant a d'une manière générale le droit d'accomplir l'acte concerné (par ex. cession des droits réels).
- Absence de motifs de refus²⁴⁶
L'officier public doit examiner s'il existe un motif de refus d'instrumenter en raison de son rapport avec l'objet de l'acte ou de sa relation avec les comparants.

²⁴¹ Selon MARTI, p. 85, et WOLF, Notariatspraxis, p. 35, il n'y a pas d'acte authentique valide sans demande ; BRÜCKNER, n. 1556, et MOOSER, n. 592, considèrent au contraire que la demande « ne saurait être une condition de la validité de l'acte authentique ».

²⁴² BE : art. 32, ON-BE ; JU : art. 14 DELN-JU.

²⁴³ ARNET, p. 189 ; CARLEN, p. 90 ; KUNZ, p. 16 ; MARTI, p. 92.

²⁴⁴ BSK-SCHMID, n. 16a ad art. 55 tit. fin. CC ; CARLEN, p. 90 ; MARTI, p. 93.

²⁴⁵ MARTI, p. 93.

²⁴⁶ KUNZ, p. 16 ; MARTI, p. 92.

- Capacité civile et capacité de discernement des parties ou des comparants ou de leurs représentants²⁴⁷
L'officier public doit examiner si les personnes précitées ont l'exercice des droits civils et la capacité de discernement.²⁴⁸
- Autres motifs de refus²⁴⁹
L'officier public doit examiner s'il existe d'autres raisons de refuser la demande, notamment le caractère illicite ou contraire aux mœurs de la transaction ou le caractère impossible de l'objet de l'acte authentique.

L'ordre dans lequel l'officier public examine ces points n'a pas d'importance. Si l'officier public ne constate pas d'obstacles à l'établissement de l'acte authentique, il peut entamer la procédure préparatoire.

Le groupe de réflexion a élaboré le principe directeur sur la base des conditions que citent les auteurs de doctrine. Les membres du groupe ont été unanimes quant à la nécessité d'examiner la compétence à raison du lieu et de la matière et l'absence de motifs de refus. Comme pour l'obligation de refuser d'instrumenter (cf. ch. 7.4.2.), l'examen de la capacité de discernement a suscité des discussions sur le pouvoir d'appréciation de l'officier public. Selon certains membres du groupe de réflexion, il y a lieu de préciser dans le principe directeur que les conditions examinées doivent être réunies au moment de la procédure principale et qu'il ne faut pas les perdre de vue dans les autres phases de la procédure. L'expression « conditions nécessaires à l'établissement de l'acte authentique » a pour objectif d'en tenir compte.

L'officier public doit parfois examiner des points différents selon qu'il s'agit d'une déclaration de volonté, d'une constatation de faits ou d'une légalisation. Il doit décider au cas par cas quels aspects il doit examiner.

7.5.3.2 Préparation

Principe directeur :

Déclarations de volonté

Dans le cadre de la procédure préparatoire, l'officier public établit la volonté des parties, clarifie les faits et la situation juridique, obtient des autorités les autorisations nécessaires et désigne les personnes participant à la procédure.

La procédure préparatoire suit la procédure d'examen. Les législations cantonales prévoient relativement peu de dispositions concrètes à ce sujet²⁵⁰. La procédure préparatoire comprend les opérations de l'officier public permettant de préparer la procédure principale et la phase postérieure à l'instrumentation.

Les tâches et travaux effectués par l'officier public dans cette phase peuvent être très différents selon l'objet de l'instrumentation (déclaration de volonté, constatation de faits ou légalisation). Des aspects importants de la procédure préparatoire sont l'établissement des faits et de la volonté des parties, l'obtention des documents nécessaires, la visite des lieux et l'obtention des autorisations ou consentements nécessaires²⁵¹.

La majorité des membres du groupe de réflexion a souhaité rédiger un principe directeur relatif à la procédure préparatoire, qui comprend des tâches essentielles de l'officier public et ne

²⁴⁷ CARLEN, p. 90 s ; MARTI, p. 92 s.

²⁴⁸ Sur l'examen de la capacité de discernement, cf. les explications sous ch. 7.4.2

²⁴⁹ MARTI, p. 93 s.

²⁵⁰ MARTI, p. 97 ; WOLF, NOTARIATSPRAXIS, p. 38.

²⁵¹ KUNZ, p. 30 ; MARTI, p. 100 ss.

saurait donc être ignorée. La procédure d'instrumentation est différente selon l'objet d'instrumentation (déclaration de volonté, constatation de faits ou légalisation) et selon les participants. Le présent principe directeur comprend l'énumération la plus détaillée possible des tâches incombant à l'officier public dans le cadre de la procédure préparatoire.

La première version prévoyait que l'officier public devait obtenir les autorisations nécessaires. Cette formulation a toutefois suscité des critiques. L'officier ne peut pas toujours obtenir des autorisations, car par exemple des tiers peuvent tout simplement les lui refuser. Dans ce cas, l'obtention d'autorisations ne relève pas de la sphère d'influence de l'officier public, raison pour laquelle il ne faut pas lui imposer cette obligation. Quelques membres du groupe de réflexion ont néanmoins relevé qu'elle ne pouvait pas être purement et simplement supprimée : si l'inscription d'un acte authentique dans un registre est subordonnée à l'autorisation d'une autorité administrative, l'officier public est tenu de l'obtenir²⁵².

Le principe directeur relatif à la procédure préparatoire s'applique seulement aux actes de déclaration. Néanmoins, l'instrumentation d'actes de constatation oblige également à clarifier l'état de fait et la situation juridique.

7.5.3.3 Information des parties

Principe directeur :

Information des parties

L'officier public renseigne les comparants sur la forme de l'acte juridique et sur ses effets.

Il s'assure que les comparants ont pris connaissance du contenu et des effets juridiques de l'acte authentique.

L'obligation d'informer les parties est une exigence minimale de droit fédéral reconnue par le Tribunal fédéral en matière d'actes authentiques : il incombe à l'officier public « d'éclairer les deux parties au contrat sur la portée de leurs obligations »²⁵³. Il lui incombe également de déterminer la volonté réelle des parties. Selon la doctrine, l'obligation porte sur quatre types de renseignements : sur les exigences de procédure, sur le contenu de l'acte, sur la portée juridique et sur les aspects inhabituels²⁵⁴. Informer les parties sur les exigences de procédure consiste à leur expliquer la forme du contrat et ses effets, ou sa signification²⁵⁵. Les informer sur le contenu de l'acte²⁵⁶ consiste à leur expliquer par exemple des mots étrangers et des termes juridiques. Les informer sur la portée juridique comprend l'explication des droits et des obligations que l'acte authentique entraîne pour les parties²⁵⁷. Pour finir, l'officier public doit informer les parties lorsque l'acte authentique déroge au droit dispositif ou comprend des dispositions dérogeant aux règles locales habituelles²⁵⁸. Le plus souvent, l'information a lieu dès la procédure préparatoire, mais les parties peuvent encore demander des explications juridiques au cours de la procédure principale²⁵⁹. L'information des parties incombe à l'officier public²⁶⁰. Son étendue dépend des circonstances propres à chaque cas²⁶¹. Elle peut être moindre lorsque les parties disposent d'une formation juridique, sont rompues au commerce

²⁵² ATF 126 III 309.

²⁵³ ATF 90 II 274, 284. Cf. ch. 7.2.

²⁵⁴ BRÜCKNER, n. 1735 ss ; MOOSER, n. 230 ss ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 17 s.

²⁵⁵ MOOSER, n. 232 ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 18.

²⁵⁶ BRÜCKNER, n. 1739 ; MOOSER, n. 233 ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 17.

²⁵⁷ BRÜCKNER, n. 1745 ss ; MOOSER, n. 234 ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 17 s.

²⁵⁸ BRÜCKNER, n. 1753 ss ; MOOSER, n. 235.

²⁵⁹ SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 15. Selon MARTI, p. 101 s, cette information fait en principe partie de la procédure préliminaire.

²⁶⁰ MOOSER, n. 217.

²⁶¹ MOOSER, n. 212

et conscientes des conséquences de l'acte authentique. Elle est en revanche d'autant plus importante et doit être d'autant plus intense que les parties sont peu au courant de la vie juridique, inexpérimentées et incapables d'apprécier la portée et les conséquences juridiques de l'acte. Les parties ou les comparants ne peuvent entièrement libérer l'officier public de l'obligation de renseigner²⁶².

L'officier public peut informer les parties oralement, mais aussi par écrit, à des fins probatoires. Le cas échéant, il doit informer les représentants, dont les connaissances sont imputées aux parties représentées²⁶³.

À l'inverse de l'« information », le « conseil » comprend une comparaison entre diverses options et l'explication de leurs avantages et inconvénients²⁶⁴.

Les membres du groupe de réflexion ont été unanimes à penser que l'information était un élément important et indispensable de l'établissement des actes authentiques et qu'il fallait donc rédiger un principe directeur relatif à l'obligation de renseigner incombant à l'officier public. Le conseil était aussi intégré dans la première version du principe directeur. Le groupe de réflexion a toutefois décidé d'y renoncer, au motif que fournir un conseil complet ne fait pas partie des tâches principales de l'officier public en vertu du droit fédéral. Il n'est toutefois pas toujours facile de départager clairement le conseil de l'information.

De l'avis des membres du Groupe de réflexion, l'obligation de renseigner fait partie des prescriptions d'ordre²⁶⁵. L'officier public a une telle obligation de renseigner tant pour les actes de déclaration que pour les actes de constatation, mais non pour les légalisations.

7.5.3.4 Obligation de clarté

Principe directeur :

Le libellé des actes authentiques doit être clair, univoque et compréhensible pour tous.

L'obligation de clarté concerne deux aspects de la langue : la qualité et le style. Le libellé d'un acte authentique doit être clair, univoque et compréhensible pour tous²⁶⁶. Les expressions et formulations ne doivent pas prêter à malentendu. L'obligation de clarté fait actuellement l'objet de normes explicites dans de nombreuses législations cantonales²⁶⁷. L'échange de vues dans le groupe de réflexion a abouti à la conclusion qu'un principe directeur pertinent s'imposait. Son contenu n'a pas suscité de controverse. On a seulement relevé qu'il n'était pas toujours facile de distinguer l'obligation de véracité du devoir de clarté. Il a aussi été avancé que l'obligation de clarté relevait de celle de véracité. Quant à l'expression « compréhensible pour tous », il faut préciser que les considérations juridiques peuvent comprendre des tournures et formulations usuelles. L'obligation de clarté concerne à la fois les déclarations de volonté, les constatations de faits et les légalisations.

7.5.4 Procédure principale

7.5.4.1 En général

La procédure principale conduit à la naissance de l'acte authentique²⁶⁸. Lors de la procédure principale portant sur les déclarations de volonté, les parties se voient communiquer la teneur de l'acte authentique et déclarent que l'acte est conforme à leur volonté ; enfin, après avoir été

²⁶² SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 13.

²⁶³ SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 16.

²⁶⁴ BRÜCKNER, n. 1728.

²⁶⁵ Cf. ch. 7.6.2.4

²⁶⁶ MARTI, p. 147 s ; MOOSER, n. 208.

²⁶⁷ Cf., par ex., FR : art. 24, al. 3, LN-FR ; UR : art. 11, al. 3, NV-UR ; VS : art. 37, al. 3 LN-VS.

²⁶⁸ MARTI, p. 105.

approuvé sans réserve par tous les participants et pour autant que cela soit prescrit, l'acte authentique est signé²⁶⁹. S'agissant des constatations de faits, la procédure principale consiste à établir le procès-verbal ou à faire une visite des lieux. Il ne faut pas confondre la procédure principale et la formule de clôture, qui ne fait qu'attester comment s'est déroulée la procédure principale²⁷⁰.

7.5.4.2 Lieu de l'instrumentation

Principe directeur :

L'acte authentique doit être établi dans un lieu permettant une mise en oeuvre de la procédure principale conforme aux prescriptions.

En règle générale, l'instrumentation a lieu à l'étude de l'officier public. L'instrumentation dans un autre lieu n'est possible que dans les cas où cela s'impose pour des raisons objectives (par ex. si la nature de la transaction exige d'établir l'acte dans un autre endroit ou lorsque le comparant ne peut pas se présenter en personne à l'étude pour des raisons de santé).

Conformément au principe directeur relatif à la compétence territoriale, ou la libre circulation des officiers publics, le lieu de l'instrumentation doit se trouver sur le territoire du canton. Le groupe de réflexion a renoncé à élaborer un principe directeur concernant les bureaux. Les cantons sont libres d'édicter des dispositions en la matière. L'expression «un lieu permettant une mise en oeuvre de la procédure principale conforme aux prescriptions» indique qu'il faut choisir, pour la procédure principale, un emplacement qui ne compromet pas la finalité de l'acte authentique. Le respect des obligations de garder le secret et d'informer doit être garanti lors de l'instrumentation. L'emplacement doit donc assurer une certaine « sphère privée » et être protégé du bruit.

Le principe directeur s'applique tant aux déclarations de volonté qu'aux constatations de faits et aux légalisations.

7.5.4.3 Lecture par les parties ou par l'officier public ; visite des lieux et procès-verbal

Principe directeur :

Actes de volonté:

L'officier public porte à la connaissance des parties le contenu de l'acte authentique en le leur lisant et en leur permettant de le lire avec lui ou en le leur donnant à lire tout en leur offrant un accompagnement et des explications.

Actes de constatation:

L'officier public atteste qu'il a constaté les faits et les événements à instrumenter sur la base de sa propre perception.

La procédure principale constitue le cœur de la procédure d'établissement des actes authentiques. C'est pourquoi le groupe de réflexion est convenu qu'il fallait rédiger un principe directeur à ce sujet. Toutefois, les membres n'étaient pas unanimes sur la question de savoir si celui-ci devait concerner seulement les déclarations de volonté ou aussi les constatations de faits. La distinction de ces deux catégories d'actes authentiques revêt une importance capitale lors de la procédure principale, car les tâches de l'officier public et le déroulement de la procédure ne sont pas les mêmes dans les deux cas. La majorité du groupe de réflexion a été favorable à la rédaction d'un principe directeur pour les deux types d'instrumentation, tout en étant consciente qu'il existe une grande variété d'actes de constatation.

²⁶⁹ CARLEN, p. 92 s

²⁷⁰ MARTI, p. 105 s.

Quant aux *déclarations de volonté*, la lecture de l'acte authentique est l'élément essentiel de la procédure principale. Certains cantons autorisent tant la lecture silencieuse de l'acte par les parties que la lecture par l'officier public ; d'autres ne permettent que la lecture par l'officier public²⁷¹. La lecture a pour but de permettre aux parties de prendre encore une fois conscience du contenu de l'acte avant la signature. Le Tribunal fédéral ne considère pas la lecture par l'officier public comme une exigence minimale de droit fédéral en matière d'actes authentiques²⁷².

Le principe directeur précise que la lecture silencieuse par les parties ou la lecture par l'officier public peuvent être utilisées pour porter l'acte à la connaissance des parties. Dans le second cas, l'officier public lit l'acte authentique en présence des parties et, si nécessaire, des autres participants (par ex. les traducteurs) ou personnes concernées (parties et comparants). Cependant, les parties doivent en principe avoir la possibilité de lire le texte en même temps. Certaines personnes saisissent en effet mieux la teneur de l'acte si elles peuvent simultanément le lire elles-mêmes. Par ailleurs, cela permet aux parties de vérifier que le texte qui leur est lu correspond à celui qu'elles signeront²⁷³. Pour les personnes qui ne peuvent lire (par ex. en raison de leur cécité), il n'est pas nécessaire de donner la possibilité de suivre le texte.

Pour permettre aux parties de suivre la lecture, on peut leur remettre une photocopie du projet constituant l'objet de la procédure principale (instrumentation sur papier). Par ailleurs, on peut projeter le texte sur un écran (instrumentation sous forme électronique ainsi que sur papier).

Si les parties ne peuvent pas entendre, voir ou parler, une procédure spéciale est nécessaire pour garantir que l'acte authentique est conforme à leur volonté et que l'officier public peut s'acquitter de son obligation de renseigner et satisfaire à l'obligation de véracité. Nous renvoyons au ch. 7.5.4.12 pour le principe directeur et les explications à ce sujet.

S'agissant des *constatations de faits*, l'officier public établit seul l'acte authentique sans le concours des parties²⁷⁴. À la différence des déclarations de volonté, il peut interrompre l'instrumentation (l'unité de la procédure sur le plan temporel n'est pas requise)²⁷⁵. L'officier public ne peut instrumenter que ce qu'il a perçu ou constaté lui-même. Le principe directeur relatif aux actes de constatation est également applicable aux légalisations.

7.5.4.4 Corrections, rectifications

Principe directeur :

L'officier public doit apporter directement dans la procédure principale les radiations, les modifications et les adjonctions de fond à l'acte de déclaration.

Une modification de fond d'un l'acte de déclaration après la procédure principale n'est possible que sous forme d'avenant à l'acte.

Les simples fautes de frappe peuvent être corrigées directement pendant et après la procédure principale.

Certaines erreurs entachant les actes authentiques peuvent être corrigées dans la procédure principale alors que d'autres doivent l'être après la clôture de cette procédure. En outre, il faut distinguer la correction du contenu de la correction des simples fautes de frappe.

²⁷¹ BRÜCKNER, n. 1890 ss ; JEANDIN, p. 186.

²⁷² ATF 125, 131, 136 s.

²⁷³ JEANDIN, p. 187, parle de la combinaison des deux modes de lecture, soit de la lecture par l'officier public et de la lecture par les parties.

²⁷⁴ MARTI, p. 122.

²⁷⁵ Cf. ch. 7.5.4.9.

Pour ce qui est des déclarations de volonté, on peut directement corriger l'acte au cours de la procédure principale, soit en inscrivant à la main la nouvelle formulation dans l'exemplaire à signer, soit en remplaçant une page. Si la correction modifie le contenu et est apportée dans le projet d'acte authentique, l'officier et les parties doivent parapher chaque modification²⁷⁶. Le remplacement d'une page n'est envisageable que s'il est possible d'établir tout de suite la nouvelle page. L'officier public doit ensuite lire à nouveau le texte corrigé aux parties et les informer de la rectification.

Il n'est possible d'apporter des modifications à l'acte authentique après la procédure principale que sous forme d'avenant à l'acte, sauf pour les fautes de frappe²⁷⁷. Il n'est pas admissible que les parties autorisent l'officier public à apporter seul de telles modifications²⁷⁸.

Il convient d'apprécier de manière restrictive ce qu'est une faute de frappe. En cas de doute, on doit présumer qu'il s'agit d'une modification de fond.

L'officier public signe seul les actes de constatation (et les légalisations). S'il constate après la clôture de la procédure principale que des corrections doivent être apportées à l'acte authentique, il peut établir un nouvel acte portant la même date pour autant que l'ancienne version soit détruite.

7.5.4.5 Approbation

Principe directeur :

Déclarations de volonté

À la demande de l'officier public, les comparants doivent approuver sans réserve la déclaration de volonté qui fait l'objet de l'acte authentique.

Ils signent l'acte authentique après l'approbation.

Par leur approbation, les parties déclarent d'une part que les déclarations inscrites dans l'acte authentique correspondent à leur volonté et, d'autre part, qu'elles sont d'accord avec l'authentification de cette volonté²⁷⁹. Elles doivent donner leur approbation sans réserve²⁸⁰. La doctrine est divisée sur la forme de l'approbation. Selon BRÜCKNER, il peut s'agir d'une déclaration orale expresse ou tacite. On peut considérer la signature de l'acte par les parties comme une déclaration d'approbation tacite²⁸¹. HUBER, qui distingue également les déclarations expresse et tacite, comprend la signature de l'acte authentique comme une approbation²⁸². CARLEN estime en revanche que seule la signature de l'acte authentique par les parties vaut l'approbation²⁸³. MARTI et WOLF distinguent, en tant que forme d'approbation, entre l'approbation expresse (déclaration orale des parties) de même que la signature de l'acte authentique de l'approbation tacite (signe de tête, etc.)²⁸⁴.

Le principe directeur doit établir clairement qu'une approbation des déclarations de volonté contenues dans l'acte authentique doit avoir lieu par les comparants. La forme de cette approbation n'est sciemment pas décrite de manière explicite. Vu que les parties ne participent pas à l'établissement des actes de constatation ni aux légalisations, l'approbation n'est pas

²⁷⁶ BRÜCKNER, n. 1315 f.

²⁷⁷ Décision 26.11-16.55 de la DIJ du 11 avril 2017, consid. 2.1 s.

²⁷⁸ BRÜCKNER, n. 1323.

²⁷⁹ BRÜCKNER, n. 1934 ss ; MARTI, p. 116 s.

²⁸⁰ BRÜCKNER, n. 1936.

²⁸¹ BRÜCKNER, n. 1935 et n. 1937.

²⁸² HUBER, p. 245.

²⁸³ CARLEN, p. 93.

²⁸⁴ MARTI, p. 117 s ; WOLF, Notariatspraxis, p. 45.

nécessaire dans ces cas-là. De l'avis du Groupe de réflexion, en l'absence d'approbation par les comparants, l'acte authentique ne vient pas à chef²⁸⁵.

7.5.4.6 Signature de l'acte par les comparants

Principe directeur :

Les comparants doivent en principe signer l'acte authentique.

S'agissant des constatations de faits, l'officier public établit le plus souvent seul l'acte authentique. C'est pourquoi le principe directeur concernant la signature de l'acte authentique par les parties s'applique en grande majorité aux déclarations de volonté. Il existe toutefois plusieurs types d'actes de constatation que les parties sont également appelées à signer. Pour les légalisations, la signature de l'acte authentique par les comparants n'est pas nécessaire.

Certains auteurs de doctrine assimilent la signature de l'acte authentique par les parties à une approbation tacite²⁸⁶. La signature n'est possible que si les parties savent et peuvent écrire. Si ce n'est pas le cas, une procédure spéciale s'applique²⁸⁷.

En droit actuel, les parties attestent par leur signature leur volonté d'exécuter l'acte juridique concerné. Cependant, c'est l'officier public qui « met en vigueur » à proprement parler l'acte authentique par sa signature. La signature de l'acte authentique par les parties n'est pas une exigence minimale de droit fédéral²⁸⁸.

Lors de l'établissement de l'original sur papier, la signature de l'acte par les parties ne pose pas de problèmes. La situation est différente en cas d'instrumentation électronique. Il faut en l'occurrence clarifier comment les parties doivent apposer leur signature sur le document électronique. Si l'on se réfère à l'art. 14 CO, on pourrait arriver à la conclusion que l'apposition de la signature électronique qualifiée est une solution envisageable. Toutefois, seul un petit nombre de personnes dispose actuellement de cette possibilité et il faut donc trouver une autre solution. Dans le cadre de l'élaboration de la LAEE et de ses dispositions d'exécution, il faut examiner des solutions de rechange à la signature électronique qualifiée.

Le groupe de réflexion a été divisé sur la pertinence, les effets et la nécessité de la signature de l'acte authentique par les parties. Selon certains membres, cette signature n'a qu'un caractère symbolique, à la différence de la signature de l'officier public ; selon d'autres, l'exigence de la forme écrite oblige déjà à l'apposition d'une signature; il serait dès lors impensable de renoncer à la signature des parties pour un acte authentique. En outre, la signature de l'acte authentique par les parties contribue à la transparence et à la sécurité juridique. Il ne faut pas non plus négliger la composante psychologique : la signature rend le document plus important pour les parties qu'un simple accord oral. La majorité des membres du groupe de réflexion s'est finalement prononcée en faveur d'une règle posant comme principe la signature de l'acte authentique par les parties. Cependant, il a aussi été affirmé qu'on peut déroger à ce principe si une déficience corporelle empêche une partie d'apposer sa signature sur l'acte. Il est aussi envisageable de trouver un équivalent à la signature.

²⁸⁵ Cf. ch. 7.6.2.3.1.

²⁸⁶ Cf. ch. 7.5.4.5.

²⁸⁷ Cf. ch. 7.5.4.12.

²⁸⁸ PIOTET 1992, p. 22 s, avec renvoi à d'autres sources. Cf. ch. 7.2.

7.5.4.7 Obligation de parapher les pages de l'acte

Pas de principe directeur.

La législation de certains cantons prévoit que l'officier public et/ou les parties doivent parapher à la main les pages de l'acte authentique. Conformément aux dispositions actuelles, il s'agit là d'une prescription d'ordre qui n'a pas d'influence sur l'établissement de l'acte authentique²⁸⁹.

Les membres du groupe de réflexion ont été unanimes à penser qu'il ne fallait pas rédiger de principe directeur sur le paraphe. D'une part, l'apposition du paraphe sur chaque page n'est pas une exigence minimale de droit fédéral ; d'autre part, son objectif n'a pas d'importance majeure pour l'établissement des actes authentiques. Il est donc justifié de laisser aux cantons la liberté d'adopter des dispositions en la matière.

7.5.4.8 Datation et signature par l'officier public

Principe directeur :

Au terme de la procédure principale, l'officier public date et signe l'acte authentique ; s'agissant des actes de constatation et des légalisations, la date et la signature de l'officier public figurent sous la formule de clôture et, s'agissant des actes de déclaration, sous la formule de clôture et, le cas échéant, sous les signatures des personnes participant à la procédure.

L'officier public clôt la procédure principale en datant et en signant l'acte authentique. Selon la doctrine, la signature de l'acte authentique par l'officier public est une exigence minimale de droit fédéral²⁹⁰. De l'avis du groupe de réflexion, l'acte authentique ne vient pas à chef en l'absence de la signature de l'officier public ; il est annulable en l'absence de date²⁹¹.

7.5.4.9 Unité de la procédure d'instrumentation (unité de l'acte) ; instrumentation séparée ou par étapes

Principe directeur :

Actes de déclaration:

Les comparants, l'officier public et, si nécessaire, les autres participants à la procédure sont présents durant toute la procédure principale sur le lieu d'instrumentation.

La procédure principale se déroule sans interruption notable.

Si un grand nombre de comparants est impliqué, les contrats peuvent être instrumentés avec chaque comparant séparément. Dans un tel cas, tous les comparants doivent signer l'acte authentique dans les plus brefs délais, au plus tard dans les trois mois.

Actes de constatation:

Il est autorisé d'interrompre la procédure principale.

La présence sur place de l'officier public ou d'autres participants n'est pas obligatoirement requise pour certaines affaires.

7.5.4.9.1 Unité de l'acte dans les cas d'actes de déclaration

Selon le principe de l'unité de la procédure d'instrumentation ou de l'unité de l'acte, la procédure d'établissement de l'acte authentique doit se dérouler en présence de toutes les

²⁸⁹ BRÜCKNER, n. 1348.

²⁹⁰ Cf. ch. 7.2.

²⁹¹ Cf. ch. 7.6.

personnes impliquées, sur le même lieu et en présence de l'officier public²⁹². Trois éléments ont donc une importance pour l'unité de la procédure d'instrumentation : l'*unité de lieu*, l'*unité de temps* et l'*unité d'action*. Concrètement, l'*unité de lieu* exige que les parties, l'officier public et, si nécessaire, d'autres participants, soient présents durant la procédure principale sur le même lieu, c'est-à-dire en règle générale dans l'étude de l'officier public. Selon le principe de l'*unité de temps*, les personnes impliquées doivent être présentes durant toute la procédure principale. Celle-ci doit en outre être menée à bien sans interruption notable²⁹³. Cependant, une brève interruption, servant par exemple à maintenir la concentration, à apporter des corrections ou à discuter certains points de l'affaire, ne porte pas atteinte au principe de l'unité de temps²⁹⁴. Enfin, l'*unité d'action* exige que la procédure principale se déroule sans qu'une autre instrumentation ait lieu en même temps²⁹⁵.

Le principe de l'unité de la procédure d'instrumentation a pour but de garantir que les parties prennent connaissance du contenu de l'acte et que ce dernier est effectivement l'expression de leur volonté.

7.5.4.9.2 Instrumentation séparée des déclarations de volonté

Certains cantons autorisent actuellement l'instrumentation séparée à titre de dérogation à la présence simultanée de toutes les parties et donc, au principe de l'*unité de lieu*. Le cas échéant, les parties se présentent séparément à différents moments devant le même officier public ; la procédure principale se déroule deux fois ou plus. Elle aboutit cependant à un seul exemplaire original de l'acte authentique. L'instrumentation séparée n'est admissible que si les parties ne doivent pas exercer de droits strictement personnels. En outre, l'officier public ne doit donner suite à la requête d'instrumentation séparée que pour de justes motifs. C'est notamment le cas lorsque l'instrumentation séparée permet à toutes les parties de comparaître en personne par-devant l'officier public et de renoncer ainsi à faire appel à un représentant ayant une procuration²⁹⁶.

Le groupe de réflexion était divisé sur l'admissibilité de l'instrumentation séparée. Certains membres ont été favorables au principe de l'unité de la procédure d'instrumentation sans aucune exception. Certains cantons interdisent déjà l'instrumentation séparée. On ne voit pas pourquoi les règles destinées à protéger les parties devraient être assouplies. L'instrumentation séparée pose un problème de droit matériel, les comparants ne pouvant pas manifester leur volonté réciproquement en l'absence d'une d'elles (art. 1 CO). D'autres membres du groupe de réflexion ont en revanche avancé que dans certaines affaires et situations (par ex. lorsque l'acte authentique porte sur la propriété par étages), on ne peut tout simplement pas réunir toutes les parties au même moment. En outre, l'interdiction de l'instrumentation séparée entraînerait une multiplication de procurations, les parties se faisant représenter lors de procédures d'instrumentation. Une telle évolution n'est pas souhaitable, vu que l'instrumentation séparée permet au moins à l'officier public de mener la procédure principale avec toutes les parties, même si cela n'a pas lieu simultanément. En outre, l'instrumentation séparée est utilisée actuellement de manière très restrictive.

La première version du principe directeur prévoyait que l'instrumentation séparée n'était possible que « pour de justes motifs ». Les membres du groupe de réflexion étaient cependant d'avis qu'il fallait décrire en détail les situations permettant de déroger au principe de l'unité de l'acte. En outre, ils estimaient qu'il fallait fixer un délai dans lequel l'acte authentique devait

²⁹² Certains auteurs de doctrine (BRÜCKNER, n. 1260; MOOSER, n. 558 und n. 656) considèrent que l'unité de l'acte est une exigence minimale de droit fédéral à laquelle doivent satisfaire les actes authentiques. Cf. ch. 7.2.

²⁹³ WOLF, Notariatspraxis, p. 43.

²⁹⁴ BRÜCKNER, n. 2058 s.

²⁹⁵ WOLF, Notariatspraxis, p. 43.

²⁹⁶ BRÜCKNER, n. 2063.

être signé par toutes les parties impliquées. On pourrait également formuler des exigences supplémentaires quant à la formule de clôture (exposé des motifs de l'instrumentation séparée). Enfin, certains membres du groupe de réflexion ont considéré qu'il fallait laisser aux cantons le soin de régler l'admissibilité de l'instrumentation séparée.

7.5.4.9.3 Unité de l'acte en cas de constatations de faits

Certains cantons autorisent des dérogations au principe de l'*unité de lieu* pour certains actes de constatation (par ex. instrumentation des procès-verbaux d'assemblée générale²⁹⁷). Dans la première version du principe directeur, il n'en a pas été tenu compte. Selon les membres du groupe de réflexion, cette possibilité devrait être maintenue ou introduite dans le cadre de la procédure unifiée d'établissement des actes authentiques. Comme on l'explique ci-dessous au ch. 7.5.4.10, la possibilité de déroger au principe de l'*unité de lieu* doit être qualifiée d'instrumentation à distance.

7.5.4.10 Instrumentation à distance

Pas de principe directeur.

Lors des discussions sur l'unité de la procédure d'instrumentation, le groupe de réflexion a abordé la problématique de l'instrumentation à distance²⁹⁸, à laquelle la situation actuelle (pandémie de COVID-19) donne une certaine actualité²⁹⁹, même dans le domaine des actes de déclaration. On parle d'instrumentation à distance lorsque les parties participent à distance à la procédure principale ou que l'acte authentique est établi dans une procédure à laquelle l'officier public ne participe pas personnellement³⁰⁰. Les parties et/ou l'officier public participent à la procédure à distance à l'aide de moyens de communication électroniques. Dans le cas extrême, aucune partie ne comparaît devant l'officier public³⁰¹. L'instrumentation à distance représente une dérogation au principe de l'*unité de lieu*.

Le groupe de réflexion a été unanime à penser qu'il fallait traiter le thème de l'instrumentation à distance dans le présent rapport et rédiger éventuellement un principe directeur pertinent. Selon la majorité des membres, il convient de faire la différence entre les constatations de faits et les déclarations de volonté en ce qui concerne l'admissibilité et les modalités de l'instrumentation à distance. Celle-ci est envisageable pour les constatations de faits, mais paraît problématique pour les déclarations de volonté, vu le principe de l'unité de la procédure. On peut en effet considérer que le principe directeur relatif à l'unité de la procédure d'instrumentation figurant au ch. 7.5.4.9 porte déjà sur l'instrumentation à distance. En outre, dans ce contexte, il ne faut pas perdre de vue la révision en cours du droit de la société anonyme. L'art. 701c du projet de modification du CO permet aux actionnaires qui ne sont pas présents à l'assemblée générale d'exercer leur droit de vote par voie électronique.³⁰² L'art. 701d P-CO prévoit par ailleurs qu'une assemblée générale peut à certaines conditions être virtuelle, c'est-à-dire qu'elle peut se tenir sans lieu de réunion physique par la voie des médias électroniques³⁰³. À la différence de ce qui était encore affirmé dans le message de 2007 du Conseil fédéral concernant la révision du code des obligations, l'assemblée générale virtuelle n'est plus exclue lorsque des décisions doivent être constatées par acte authentique. Si cela ne semble pas problématique pour les actes de constatation, qui sont en règle générale requis

²⁹⁷ Par ex. VS : art. 98 LN-VS.

²⁹⁸ Cf. ch. 7.5.4.9.

²⁹⁹ Cf. à ce sujet la motion Silberschmidt 21.3180 Création d'entreprises par voie entièrement numérique sur: www.parlament.ch/travail/parlementaire/recherche-curia-vista

³⁰⁰ SCHMID JÜRIG Notariatspraxis, p. 231.

³⁰¹ SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, p. 238.

³⁰² Message Droit de la société anonyme, FF 2017 558.

³⁰³ Message Droit de la société anonyme, FF 2017 558 s ; MÜLLER/PAFUMI, p. 77 ; SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, p. 235.

pour les décisions d'une assemblée générale, il est possible, selon le message, que la législation cantonale sur les actes authentiques interdise l'instrumentation d'une déclaration de volonté entre absents et impose un lieu de réunion physique, par exemple en cas d'assemblée générale constitutive³⁰⁴.

L'instrumentation à distance pose effectivement divers problèmes concernant la procédure concrète d'établissement de l'acte authentique lorsqu'il s'agit des déclarations de volonté. Ainsi, la communication entre et avec les parties exige une connexion électronique sécurisée sur le plan technique pour la transmission simultanée du son et de l'image. Une transmission vidéo est nécessaire pour permettre aux parties et à l'officier public de se parler et de voir qui participe et s'exprime à un moment donné. Il doit également être possible de voir comment les parties se comportent pendant l'instrumentation et si elles peuvent s'exprimer librement et sans restriction³⁰⁵. Une réglementation fédérale future pourrait par exemple s'inspirer des dispositions que doivent respecter les intermédiaires financiers³⁰⁶. Elle ne devrait toutefois pas poser d'exigences trop élevées ou trop détaillées ; l'officier public et les parties devraient avoir une certaine liberté d'appréciation lorsqu'ils utilisent les moyens de communication concernés³⁰⁷.

L'instrumentation à distance pourrait avoir pour conséquence la nécessité d'établir l'original de l'acte authentique sous forme électronique au moins s'agissant des actes de déclaration. Une forme mixte combinant document sur papier et document électronique est impensable, car un acte authentique doit être un document unique³⁰⁸.

L'instrumentation à distance est déjà permise dans quelques pays voisins, ou des initiatives en vue de l'introduire sont en cours. En Autriche, par exemple, il est possible, en respectant certaines exigences légales, d'établir des actes notariés au moyen des possibilités offertes par la communication électronique, sans que les parties aient à se présenter devant l'officier public³⁰⁹. L'instrumentation à distance a aussi fait l'objet d'un débat en France. Il s'agit de la possibilité d'établir un acte authentique simultanément à plusieurs endroits, l'instrumentation se déroulant à chaque endroit dans le bureau d'un officier public et avec sa participation. Des moyens de transmission audiovisuelle garantiraient la communication entre les officiers publics³¹⁰. Mentionnons dans ce contexte la directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés. Cette directive, entrée en vigueur le 31 juillet 2019 et devant être transposée par les pays membres de l'UE en l'espace de deux ans, permet de constituer des sociétés de capitaux entièrement en ligne. Plus précisément, il sera possible de créer de nouvelles sociétés et succursales sans que le demandeur ait à se présenter en personne devant le notaire ou une autorité et de les inscrire au registre du commerce dans un délai de cinq à dix jours. La constitution et l'immatriculation en ligne de sociétés a pour objectif de réduire les coûts et d'économiser du temps. La directive établit les éléments clés et des normes minimales pour garantir la sécurité juridique et éviter les abus ; il incombe aux pays membres de la transposer dans le droit national.

Les discussions menées au sein du groupe de réflexion ont montré qu'il reste de nombreuses questions de nature technique et juridique à élucider s'agissant de l'instrumentation à distance d'actes de déclaration et d'actes de constatation. Les membres sont convenus qu'il n'était pas possible de faire définitivement le point sur l'instrumentation à distance dans le présent rapport.

³⁰⁴ Message Droit de la société anonyme, FF 2017 559 ; MÜLLER/PAFUMI, p. 77 f.

³⁰⁵ SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, p. 238 s.

³⁰⁶ MÜLLER LUKAS, p. 565 s.

³⁰⁷ MÜLLER LUKAS, p. 565 s.

³⁰⁸ SCHMID Jürg, p. 240.

³⁰⁹ § 69b et § 90a Österreichische Notariatsordnung (NO).

³¹⁰ SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, p. 244 s.

D'une part, l'instrumentation à distance a des répercussions sur de nombreux éléments de la procédure d'établissement des actes authentiques et il faudrait donc repenser tous les principes directeurs ; d'autre part, il faudrait répondre à diverses questions liées aux systèmes techniques à utiliser et examiner notamment les points ci-dessous.

Exigences techniques auxquelles devrait satisfaire l'instrumentation à distance :

- transmission audio (de type conférence téléphonique) ;
- transmission audiovisuelle ;
- garantie que la transmission audio(visuelle) se déroule effectivement en direct et qu'il ne s'agit pas d'un enregistrement (quitte à accepter le risque de manipulations ; risque résiduel).

Compétence territoriale de l'officier public :

- influence d'une déclaration de volonté rendue hors territoire cantonal sur la compétence territoriale, caractère déterminant ou non du bureau ou de l'étude de l'officier public ;
- possibilité d'établir un acte authentique portant sur une déclaration de volonté rendue à l'étranger ; si ce n'est pas envisageable, possibilité de vérifier que les parties font effectivement leur déclaration de volonté en Suisse ;
- lieu déterminant la compétence territoriale s'agissant des actes de constatation : lieu de la manifestation ou lieu dans lequel l'officier public consigne les faits qu'il perçoit à l'aide de moyens de communication audio(visuels).

Points à examiner en ce qui concerne l'acte sur support physique et la procédure principale :

- forme de l'original : sur papier ou électronique ;
- identification des parties ;
- manière dont les parties prennent connaissance du contenu de l'acte ;
- signature de l'original par les parties : nécessité et forme ;
- manière d'impliquer les autres participants.

7.5.4.11 Comparant(s) de langue étrangère

Principe directeur :

Actes de déclaration:

Si la compréhension linguistique est impossible entre le ou les comparants et l'officier public, un traducteur doit participer à la procédure principale.

Le traducteur doit également signer l'acte authentique.

Si un comparant ne comprend pas la langue d'instrumentation, un traducteur doit participer à la procédure d'établissement de l'acte authentique dans les cas où l'officier public ne peut pas faire la traduction lui-même faute de connaissances linguistiques. Indépendamment de la participation d'un traducteur à la procédure principale, l'officier public doit lire l'acte aux parties dans la langue qu'il connaît, même si cet acte est disponible en deux langues³¹¹, dans la mesure où la procédure applicable l'exige. Les comparants doivent toutefois en règle générale avoir la possibilité de suivre le texte lorsque l'officier public le lit. L'occasion doit être offerte au traducteur de traduire les explications de l'officier public destinées aux comparants.

³¹¹ Cf. ch. 7.5.1.5.

En cas de lecture par les parties, chaque comparant lit l'acte authentique dans la langue qu'elle comprend.

La participation d'un traducteur à l'instrumentation et le déroulement de la procédure doivent être mentionnés dans l'acte authentique. Si un traducteur est impliqué, il doit attester dans l'acte qu'il a effectué la traduction en conscience.

En choisissant les traducteurs, l'officier public doit s'assurer que ceux-ci disposent des qualifications nécessaires³¹².

Lors des discussions sur le principe directeur concernant les parties de langue étrangère, suggestion a été faite de rédiger un seul principe directeur sur la langue de l'acte authentique et la traduction. Cependant, cette idée n'a pas réuni de majorité dans le groupe de réflexion. En effet, le principe directeur relatif aux comparant(s) de langue étrangère ne s'applique qu'aux actes de déclaration.

7.5.4.12 Procédures spéciales

Principe directeur :

Actes de déclaration:

Si une partie est malentendante, elle prend connaissance du contenu de l'acte authentique par la lecture silencieuse.

Si une partie est malvoyante, elle prend connaissance du contenu de l'acte authentique par la lecture par l'officier public.

Si une partie est malvoyante et malentendante, un expert doit porter à sa connaissance le contenu de l'acte authentique.

Si une partie n'est pas en mesure d'apposer sa signature, l'officier doit inscrire une mention pertinente dans l'acte authentique.

L'officier public peut associer des traducteurs et des experts à la procédure spéciale.

La procédure spéciale s'impose lorsque les parties à la procédure principale ne savent pas écrire ou sont malvoyantes et/ou malentendantes. Il faut alors recourir à une procédure garantissant que les parties comprennent le contenu de l'acte authentique et sont donc en mesure de l'approuver.

Les parties malentendantes prennent connaissance du contenu par la lecture silencieuse du projet d'acte. Un traducteur doit participer à la procédure pour garantir la compréhension mutuelle et pour permettre à l'officier public d'informer les parties sur le contenu de l'acte authentique et de répondre aux questions.

L'officier public doit lire l'acte authentique aux parties malvoyantes.

Les parties disgraphiques ou malvoyantes ne sont parfois pas en mesure de signer l'acte authentique. Une dérogation à l'obligation générale de signer l'acte doit donc être prévue. L'officier public doit attester sous une forme adéquate dans l'acte authentique que les parties n'ont pas pu apposer leur signature.

Quelques membres du groupe de réflexion étaient d'avis que la présence de témoins serait utile en cas de procédure spéciale. Ces témoins attesteraient, en plus de l'officier public, que les parties ont approuvé l'acte authentique et que par exemple elles n'étaient pas en mesure de le signer. Cela permettrait de décharger le notaire, qui ne serait pas le seul à répondre des faits attestés. En même temps, les témoins confirmeraient que le texte lu par l'officier public

³¹² BRÜCKNER, n. 1990.

correspond à l'acte authentique et rempliraient ainsi une fonction de contrôle. S'agissant des personnes souffrant de déficiences physiques, la présence d'un expert tel qu'un médecin pourrait être utile. Celui-ci pourrait confirmer à l'officier public que la ou les parties disposent des capacités nécessaires pour prendre connaissance de l'acte authentique et pour l'approuver. L'expert pourrait également jouer le rôle de témoin.

Les membres du groupe de réflexion n'étaient pas unanimes sur le nombre de témoins. Certains pensaient qu'il fallait idéalement deux témoins, alors que d'autres estimaient que la présence d'un seul témoin était suffisante. En définitive, il a été renoncé à prescrire dans le principe directeur une règle relative aux témoins.

Les procédures spéciales ne concernent que les déclarations de volonté.

7.5.4.13 Contrats de gage immobilier ; contrats concernant les immeubles de petite taille

Principe directeur :

Les cantons peuvent prévoir une procédure simplifiée pour les changements de propriétaire en ce qui concerne les immeubles de petite taille et les gages immobiliers.

Dans un premier temps, il a été proposé de renoncer à tout principe directeur pour les contrats de gage immobilier ou les petits contrats concernant les transferts immobiliers (par ex. achat de bien-fonds de très petite taille). L'idée était qu'il fallait régler de manière exhaustive la procédure d'établissement des actes authentiques, sans que des dérogations soient possibles pour certains objets de l'instrumentation. S'il fallait prévoir des règles de procédure spéciales pour des objets particuliers de l'instrumentation, il convenait de les inscrire dans les différents principes directeurs pertinents.

Les membres du groupe de réflexion ont toutefois déclaré que divers cantons connaissent actuellement des procédures simplifiées d'instrumentation en la forme authentique des petits contrats portant sur les transferts immobiliers. Il fallait donc au moins préciser si ces procédures continueraient d'être autorisées. Cependant, un principe directeur fixant les exigences minimales pour ces procédures simplifiées était aussi envisageable. Les discussions ont notamment porté sur la question de savoir si l'exigence de la forme authentique est nécessaire pour les contrats concernés.

Quant aux contrats de gage immobilier, les membres ont examiné si, hormis le propriétaire, un représentant de la banque doit également signer l'acte authentique. Ils ont notamment relevé que ces contrats ressortissent non seulement à la procédure d'instrumentation, mais aussi au droit des obligations et que la participation du créancier à la constitution des droits de gage immobilier relève pour l'essentiel du droit matériel et non du droit des actes authentiques. Il ne va donc pas de soi de prescrire qui doit signer les contrats de gage immobilier. En cas de modification du CC visant à unifier la procédure d'établissement des actes authentiques, il faudrait notamment examiner les dispositions matérielles relatives aux droits de gage immobilier pour les raisons exposées plus haut.

7.5.4.14 Formule de clôture

Principe directeur :

La formule de clôture doit au moins indiquer de quelle manière la procédure principale a été exécutée, en particulier que les parties ont pris connaissance de l'acte authentique, l'ont approuvé et l'ont signé en présence de l'officier public.

Comme l'indique le terme, la formule de clôture figure à la fin de l'acte authentique ; elle comprend les constatations sur le déroulement de l'instrumentation³¹³. L'officier public doit y indiquer ce qui s'est passé au cours de la procédure principale.

Les règles de procédure fédérales applicables actuellement à l'établissement des actes authentiques (testaments et pactes successoraux) ne prévoient pas de formule de clôture.

Le groupe de réflexion était divisé sur l'utilité d'un principe directeur concernant la formule de clôture et sur son contenu. Certains membres se sont prononcés pour un principe directeur précisant les éléments essentiels de la formule de clôture, qui est selon eux le moyen le plus simple de vérifier le respect des règles de procédure. D'autres membres étaient d'avis que les cantons devaient être libres de déterminer le contenu de la formule de clôture.

Dans le principe directeur retenu, l'expression « au moins » souligne qu'il s'agit d'une exigence minimale en matière de contenu, les cantons étant libres de prévoir d'autres éléments. Quant à la « prise de connaissance », la formule de clôture doit en préciser la forme. Le fait que, dans l'instrumentation de l'acte, il a été fait appel à un traducteur ou à un expert, ainsi que le déroulement de la procédure doivent être consignés dans la formule de clôture.

En ce qui concerne les effets de l'absence de formule de clôture, les membres du groupe de réflexion estiment qu'il s'agit là d'une violation d'une prescription d'ordre.

7.5.5 Phase postérieure à l'instrumentation

7.5.5.1 En général

L'officier public doit accomplir diverses tâches après la procédure principale, à savoir inscrire l'acte authentique dans un registre, établir des copies légalisées ou des expéditions, produire l'acte auprès des offices de registres publics, établir les factures, conserver l'acte authentique, etc.

7.5.5.2 Tenue d'un répertoire

Principe directeur :

L'officier public tient un répertoire des originaux qu'il établit.

Ce répertoire a, en particulier, pour objet les indications sur les comparants et les parties, l'objet de l'acte, la date de l'instrumentation ainsi que d'éventuels destinataires de l'original.

Les légalisations de copies et de signatures ne doivent pas y être inscrites.

La tenue d'un répertoire a pour objectif de donner une vue d'ensemble de l'activité ministérielle de l'officier public. Elle permet en outre de constater si les minutes que l'officier public doit conserver sont effectivement disponibles³¹⁴. Il contient les indications sur les comparants et les parties, l'objet de l'acte et la date de l'instrumentation. Par contre, il ne faut pas y inscrire les légalisations de copies et de signatures. Les cantons devraient être libres de déterminer si chaque officier public est tenu de tenir un répertoire ou s'il suffit d'en tenir un seul par bureau ou étude que se partagent plusieurs confrères.

³¹³ BRÜCKNER, n. 2217.

³¹⁴ MARTI, p. 150.

7.5.5.3 Conservation de l'original ou d'une copie légalisée

Principe directeur :

L'original de l'acte authentique est en principe conservé par l'officier public ou par l'office compétent.

En cas de remise de l'original, l'officier public doit conserver à sa place une copie légalisée ou, s'agissant des testaments, une mention du motif et du destinataire de la remise.

Les dispositions cantonales actuelles concernant le nombre d'originaux à conserver et leur remise ou leur conservation sont hétérogènes. Dans certains cantons, il est prévu que l'officier public doit conserver l'original alors que dans d'autres, il doit le remettre aux comparants ou parties et aux offices de registres publics et ne conserver qu'une copie légalisée.

L'original de certains actes authentiques doit être remis aux parties ou comparants³¹⁵. En font partie les actes authentiques ajoutés a posteriori à un autre document, c'est-à-dire les légalisations et les cautions, ainsi que les testaments qui doivent être détruits ou ouverts par une autorité compétente.

L'original d'un acte authentique est parfois exigé dans des ordres juridiques étrangers. Le cas échéant, l'officier public doit pouvoir le remettre à qui de droit.

Il doit alors conserver à sa place une copie légalisée ou, s'agissant des testaments, porter au registre une mention constatant la remise de l'original.

La majorité des membres du groupe de réflexion a souhaité préciser qu'il ne pouvait y avoir qu'un seul original de l'acte authentique. Le groupe de réflexion était par contre divisé sur le lieu de conservation de cet original. Certains membres pensaient que c'est l'officier public qui devait en principe le conserver pour des raisons de sécurité juridique, alors que selon d'autres membres, il pouvait, pour des raisons d'efficacité, remettre l'original des actes authentiques qui servent de base à l'inscription dans le registre à l'autorité chargée de ce registre. Ces autorités garantissent une conservation illimitée des actes authentiques. Dans certains cantons, les officiers publics remettent actuellement aux parties certains originaux (par ex. dispositions pour cause de mort ou mandats pour cause d'inaptitude). Selon certains membres du groupe de réflexion, il faudrait maintenir cette possibilité.

Conformément au principe directeur, l'original doit en principe être conservé par l'officier public. Si l'acte authentique est établi sur papier, l'officier public doit conserver l'original de manière adéquate dans son bureau. Il doit garantir que l'acte authentique n'est pas détruit ou rendu illisible par des influences extérieures telles que l'humidité, l'eau ou les souillures. En cas d'instrumentation électronique (l'original de l'acte authentique naît sous forme électronique), l'officier public doit également garantir la conservation permanente du document. L'enregistrement dans un répertoire central peut servir à cette fin. Cependant, les cantons doivent être libres de prévoir la possibilité de remettre aux parties certains actes authentiques (par ex. dispositions pour cause de mort ou mandats pour cause d'inaptitude), ou de remettre les actes authentiques servant de base à l'inscription dans un registre à l'office chargé de ce registre.

7.5.5.4 Etablissement d'expéditions et de copies légalisées

Principe directeur :

L'officier public peut établir des copies légalisées ou des expéditions de l'original destinées aux rapports juridiques.

³¹⁵ MARTI, p. 153.

L'officier public peut établir des copies légalisées ou expéditions de l'original et les remettre à qui de droit. S'il dresse des expéditions, il doit indiquer dans l'original leur nombre et leurs destinataires.

Le groupe de réflexion a examiné la question des personnes ou autorités pouvant être destinataires d'une expédition. S'agissant des personnes pouvant exiger une expédition, les dispositions sont différentes d'un canton à l'autre. Certains cantons prévoient que seuls les comparants ou les parties impliquées dans l'instrumentation et éventuellement les autorités concernées peuvent obtenir des expéditions³¹⁶, alors que d'autres y autorisent un cercle de personnes différent ou plus large³¹⁷. Quelques membres du groupe de réflexion souhaitaient laisser aux cantons la liberté de déterminer les personnes pouvant obtenir une expédition, alors que d'autres estimaient qu'il faut régler cette question au niveau de la Confédération.

7.5.5.5 Apposition du sceau sur l'acte authentique

Principe directeur :

L'officier public dispose d'un sceau cantonal.

Les actes authentiques destinés à être mis en circulation doivent porter le sceau de l'officier public.

Le sceau de l'officier public était sa signature. L'officier public n'est donc pas tenu de l'apposer sur les actes authentiques qu'il conserve. S'agissant des documents destinés aux rapports juridiques, il est néanmoins important de pouvoir identifier l'officier public qui a instrumenté l'affaire. Le sceau doit être apposé près de la signature de ce dernier.

La fabrication, la forme et la délivrance du sceau relèvent de la compétence des cantons.

7.5.5.6 Réquisitions d'inscription auprès des offices chargés des registres ; réquisitions auprès d'autorités

Principe directeur :

L'officier public peut produire auprès de l'office concerné les actes authentiques dans le cadre d'une réquisition d'inscription dans un registre.

Certains actes authentiques constituent la base de l'inscription dans un registre. Ainsi, dans les domaines du registre foncier ou du registre du commerce, la forme authentique est requise pour l'inscription pour de nombreux justificatifs du titre afin de garantir son contenu. Conformément à l'art. 963, al. 3, CC, les cantons peuvent charger les officiers publics de requérir l'inscription au registre foncier des actes reçus par eux. S'il existe une telle réglementation cantonale, l'officier public peut requérir l'inscription au registre foncier sans être explicitement au bénéfice d'une procuration. Il faut en règle générale produire au registre l'original de l'acte authentique ; si l'officier public est tenu de le conserver, les pièces justificatives peuvent être produites sous forme d'expédition ou de copie légalisée (cf. art. 62, al. 1, ORF et art. 20, al. 1, ORC).

La forme authentique a pour but de garantir que les justificatifs produits constituent une base sûre et fiable de l'inscription au registre. La tenue des registres à jour est essentielle au bon fonctionnement du système juridique et à la sécurité du droit. Il est donc logique que les officiers publics, qui remplissent une fonction publique, contribuent à l'actualisation des registres dans le cadre de leurs possibilités.

³¹⁶ Cf., par ex., BE : art. 65 ON-BE.

³¹⁷ Cf., par ex., FR : art. 74 LN-FR.

7.6 L'inexistence de l'acte authentique et ses effets juridiques

Principe directeur :

L'acte authentique ne vient pas à chef dans les cas suivants :

- *l'officier public n'a pas la compétence d'instrumentation ;*
- *l'officier public n'a pas la compétence à raison de la matière et/ou du lieu ;*
- *l'officier public est lui-même partie ou est concerné à un autre titre par la procédure ;*
- *l'officier public n'a pas perçu par ses propres sens les déclarations de volonté ou événements instrumentés ;*
- *les déclarants n'ont pas pris connaissance personnellement du contenu de l'acte authentique ni exprimé leur approbation ;*
- *la signature de l'officier public fait défaut.*

L'acte authentique est attaqué dans les cas suivants :

- *l'officier public a violé son obligation de se récuser ;*
- *l'officier public a violé son obligation de sauvegarder les intérêts des parties ;*
- *la demande d'instrumentation fait défaut;*
- *la date sur l'acte authentique manque.*

7.6.1 Situation actuelle

Les membres du groupe de réflexion ont considéré qu'il fallait répondre à une série de questions en ce qui concerne l'inexistence ou la nullité des actes authentiques.

- Faut-il maintenir la distinction entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité ?
- Un acte authentique peut-il être frappé d'invalidité partielle pour vice de forme ?
- Les cantons peuvent-ils adopter des dispositions relatives aux effets de droit matériel de la violation des règles de nullité ?
- Dans quelle mesure le droit de procédure doit-il ou peut-il régler les effets de droit matériel d'un vice de procédure ?

Ces domaines thématiques ou questions font l'objet des réflexions ci-dessous.

7.6.1.1 Distinction entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité

La violation d'une règle sur l'instrumentation conduit à un vice de procédure, qui entraîne à son tour un vice de forme. Dans le domaine des dispositions de procédure, le droit en vigueur fait la distinction entre les règles de validité et les prescriptions d'ordre³¹⁸. L'acte authentique ne vient pas à chef en cas de violation d'une règle de validité. La contravention à une prescription d'ordre n'a pas d'influence sur l'établissement de l'acte authentique, mais peut entraîner des conséquences disciplinaires, patrimoniales ou pénales pour l'officier public.³¹⁹ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, la législation cantonale et les exigences minimales déterminent, en cas de procédure cantonale, si une règle de procédure est une prescription d'ordre ou une règle de validité³²⁰. Certains auteurs défendent toutefois une opinion plus nuancée : les cantons ne peuvent pas considérer une violation des

³¹⁸ CARLEN, p. 103 ss ; KOLLER, n. 20 ; MARTI, p. 79.

³¹⁹ MARTI, p. 79.

³²⁰ BRÜCKNER, n. 1488 ; ATF 106 II 146, 149 ss ; KOLLER ne donne pas d'indications concernant les exigences minimales de droit fédéral (KOLLER, n. 20 s).

exigences minimales de droit fédéral comme une simple contravention à des prescriptions d'ordre³²¹. Quant aux procédures relevant du CC, la distinction entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité doit toujours se faire conformément au droit fédéral³²².

7.6.1.2 Délimitation entre la violation d'une règle de validité (vice de procédure) et les conséquences de droit civil

Il ne faut pas confondre la question procédurale de l'existence ou de l'inexistence de l'acte authentique (du fait d'un vice de procédure) et la question de droit matériel concernant les conséquences juridiques d'un vice de forme dont est entaché un acte authentique³²³. La discussion relative aux conséquences de droit matériel de la nullité de l'acte authentique ne fait pas l'objet du mandat du Groupe de réflexion.

Dans le contexte de l'inexistence d'actes authentiques, la compétence cantonale relative aux conséquences de droit matériel est controversée. Dans le cadre du droit en vigueur, le Tribunal fédéral estime que les cantons peuvent régler tant les conditions de validité liées à l'établissement des actes authentiques que les effets d'un vice de procédure³²⁴. Certains auteurs de doctrine s'opposent à l'avis du Tribunal fédéral et considèrent que la compétence réglementaire cantonale devrait se limiter à la question de l'existence ou de l'inexistence de l'acte authentique, les effets de droit matériel relevant du seul droit fédéral³²⁵.

La doctrine et la jurisprudence sont divisées quant à savoir si l'invalidité pour vice de forme entraîne une nullité absolue ou une nullité relative sur le plan du droit matériel³²⁶. À la lumière de la doctrine classique de la nullité, les contrats entachés d'un vice de forme sont, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, absolument et donc irrémédiablement nuls³²⁷. Les représentants de la doctrine de la nullité relative considèrent en revanche que le vice de forme peut être réparé par l'exécution du contrat³²⁸.

Les membres du groupe de réflexion ont relevé qu'on ne faisait pas systématiquement la différence entre l'inexistence d'un acte authentique et ses conséquences de droit matériel et qu'il fallait donc les distinguer clairement lors de l'élaboration du principe directeur. En outre, l'élaboration du principe directeur sur l'inexistence de l'acte authentique offrait l'occasion de discuter de nouvelles approches et de s'écarter du système actuel dans certaines circonstances. Les effets de droit matériel de l'invalidité relèvent du droit fédéral privé et ne sont pas l'objet du mandat du groupe de réflexion (cf. ch. 7.6.4).

7.6.2 Distinction entre «Acte inexistant" et "«Acte annulable »

7.6.2.1 Réflexions générales

Comme on l'a exposé ci-dessus, on distingue actuellement entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité en ce qui concerne la violation des règles de procédure régissant l'établissement des actes authentiques. Les membres du groupe de réflexion étaient unanimes à penser qu'il faut maintenir cette distinction. Toutes les violations d'une règle de procédure ne justifient pas forcément l'inexistence d'un acte authentique, notamment si l'on considère les effets de droit matériel.

³²¹ HÜRLIMANN-KAUP/SCHUMACHER/SCHMID, p. 192; rapport ARNET (annexe 3, ch. 2.3).

³²² BRÜCKNER, n. 1488.

³²³ BRÜCKNER, n. 1489.

³²⁴ ATF 106 II 146, 151 s.

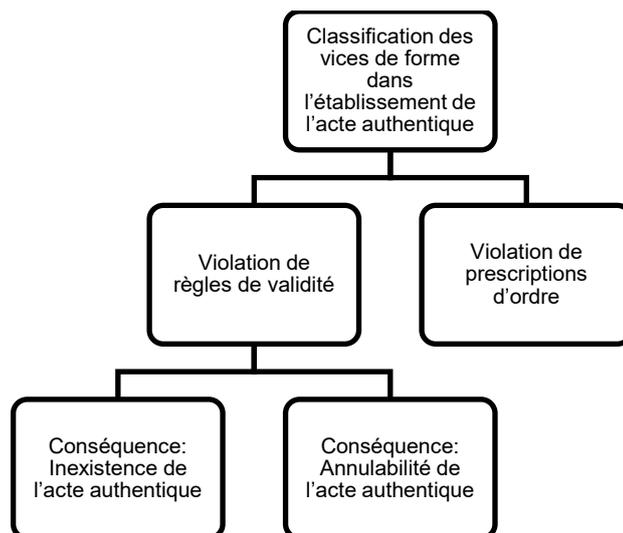
³²⁵ BRÜCKNER, n. 1490 ss ; KOLLER, n. 20 ss ; cf. rapport ARNET (annexe 3, ch. 2.3).

³²⁶ HUGUENIN, n. 375.

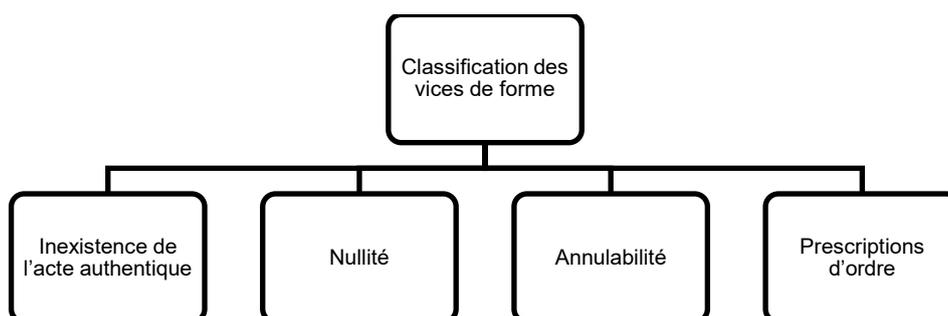
³²⁷ BGE 116 II 700 E. 3b; HUGUENIN, n. 369; cf. l'aperçu de l'état de la jurisprudence et de la doctrine dans Gauch/Schluep/Schmid, OR AT I, n 548 ff.

³²⁸ HUGUENIN, n. 375.

Dans le cadre des discussions du groupe de réflexion, il a été proposé d'introduire une subdivision supplémentaire. La base de la réflexion repose sur l'idée qu'il existe des vices de procédure que l'on ne peut pas constater sans marge d'appréciation, mais qui sont tellement graves pour l'instrumentation qu'il convient de les attribuer aux règles de validité (par ex. l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties). S'agissant des règles de validité, il faudrait alors distinguer entre les faits qui ont pour conséquence l'inexistence d'un acte authentique et ceux qui entraînent son annulabilité. Les différences entre ces deux catégories concernent tant l'établissement de l'acte authentique que les effets juridiques. Le schéma ci-dessous résume ces réflexions.



Le groupe de réflexion a de plus discuté une autre proposition, selon laquelle les violations des règles de procédure sont classées en quatre catégories. Le schéma ci-dessous présente cette idée.



En considération des deux schémas ci-dessus, les discussions au sein du groupe de réflexion ont porté sur les deux catégories : « inexistence de l'acte authentique » et « nullité de l'acte authentique ». Un acte qui n'est pas venu à chef n'a jamais existé. Une réparation sous la forme de l'exécution de la transaction juridique est ainsi simplement impossible. En d'autres termes, un tribunal n'a pas de marge de manœuvre quant à la validité de l'« acte

authentique » : ce qui n'existe pas ne saurait être valable. En revanche, un acte authentique nul existe, mais ne déploie pas d'effets.

Les membres du groupe de réflexion sont convenus qu'il faudrait donner suite aux deux propositions de catégorisation et, idéalement, les combiner. Les chapitres qui suivent présentent les considérations du groupe de réflexion sur la classification des vices de forme dans la procédure d'établissement des actes authentiques.

7.6.2.2 *De lege ferenda* : compétence fédérale en matière de classification des vices de forme entachant l'établissement de l'acte authentique

Selon les membres du groupe de réflexion, si une procédure fédérale d'établissement des actes authentiques est adoptée à l'avenir, le droit fédéral devra qualifier les prescriptions de procédure relatives aux actes authentiques de règles de validité ou de prescriptions d'ordre. Il devra aussi déterminer, dans le domaine des règles de validité, les vices de procédure conduisant à l'inexistence de l'acte authentique et ceux qui entraînent l'annulabilité. Les dispositions cantonales allant au-delà du droit fédéral seront toujours des prescriptions d'ordre. Il n'y aura donc plus de place pour des règles cantonales en ce qui concerne l'existence ou l'inexistence de l'acte authentique et son annulabilité.

Si une règle de procédure est qualifiée de prescription d'ordre au niveau fédéral, il faudra en outre déterminer si la sanction doit être fixée à l'échelon fédéral ou par les cantons. Les membres du groupe de réflexion étaient d'accord pour dire que les deux options étaient envisageables.

7.6.2.3 Règles de validité

7.6.2.3.1 *Inexistence de l'acte authentique*

En général

La violation ou le non-respect d'éléments essentiels de la procédure ont pour effet l'inexistence de l'acte authentique, qui doit être constatée d'office ; il n'est pas nécessaire de la faire valoir par une action en nullité.

Par souci de sécurité du droit et en considération des effets de droit matériel, les membres du groupe de réflexion ont souhaité dresser une liste exhaustive des éléments concrets qui entraînent l'inexistence de l'acte authentique, formulée de telle sorte qu'il ne reste aucune marge d'interprétation quant au respect ou au non-respect des règles de procédure.

C'est pourquoi le principe directeur relatif à l'inexistence de l'acte authentique contient une liste exhaustive des faits en raison desquels l'acte authentique ne vient pas à chef. Il s'agit des faits suivants :

- l'officier public n'a pas la compétence d'instrumentation (cf. ch. 7.3.2) ;
- l'officier public n'a pas la compétence à raison de la matière et/ou du lieu (cf. ch. 7.3.3) ;
- l'officier public est lui-même partie ou est concerné à un autre titre par la procédure (cf. ch. 7.4.6) ;
- l'officier public n'a pas perçu par ses propres sens les déclarations de volonté ou les événements instrumentés (cf. ch. 7.5.4.3) ;
- les déclarants n'ont pas pris connaissance personnellement du contenu de l'acte authentique ni exprimé leur approbation (cf. ch. 7.5.4.5) ;
- la signature de l'officier public fait défaut (cf. ch. 7.5.1.2).

7.6.2.3.2 Annulabilité de l'acte authentique

En général

Les vices de procédure qui rendent un acte authentique annulable ne conduisent à l'inexistence de l'acte authentique que s'ils sont constatés à la suite d'une action en nullité.

Quelques membres du groupe de réflexion ont émis des critiques sur l'annulabilité de l'acte authentique. Selon eux, il est problématique, du point de vue de la sécurité du droit, de laisser des actes authentiques dans un flou juridique. D'autres membres ont avancé en revanche que l'institution de l'annulabilité est déjà prévue par le droit privé fédéral. Par exemple, conformément à l'art. 520, al. 1, CC, les dispositions pour cause de mort entachées d'un vice de forme sont annulées à la suite d'une action en nullité (délai : une année selon l'art. 521 CC). En outre, les art. 21 et 31 CO prévoient qu'en cas de lésion et de vice grave du consentement, le contrat n'oblige pas la partie lésée si celle-ci fait une déclaration correspondante dans le délai d'une année, et que ledit contrat n'est donc qu'annulable.

Vu que l'annulabilité fait déjà l'objet de règles de droit fédéral dans le domaine des dispositions pour cause de mort, il semble utile de prévoir des démarches et règles analogues pour les actes authentiques. Ainsi, il serait envisageable de restreindre le cercle des personnes pouvant agir en nullité en limitant la qualité pour agir à un groupe déterminé (parties) ou en exigeant la preuve que l'on est concerné par l'acte juridique. Des tiers non impliqués ne pourraient donc pas faire valoir de motifs d'annulation. Le fardeau de la preuve concernant les motifs d'annulation incomberait au demandeur.

Afin de limiter la durée du flou juridique, les membres du groupe de réflexion ont proposé de fixer un délai pour intenter l'action, par analogie avec l'art. 521 CC, qui pourrait également servir de référence en ce qui concerne la durée de ce délai.

On a aussi proposé une autre solution pour lever le flou juridique, à savoir la réparation de l'acte authentique par son inscription dans un registre. Les opposants ont fait valoir qu'une telle conséquence juridique devrait être réglée par la législation relative au registre foncier ou au registre du commerce.

La question de savoir si l'absence de date conduit à l'inexistence ou à l'annulabilité de l'acte authentique a suscité une vive discussion dans le groupe de réflexion. Certains membres estimaient qu'en considération des intérêts des parties impliquées, l'absence de date ne saurait entraîner l'inexistence de l'acte. D'autres membres pensaient cependant que la datation peut être essentielle à l'existence de l'acte authentique, par exemple si l'exercice des droits civils des parties ou des comparants entre en ligne de compte.

L'acte authentique est annulable pour les motifs suivants :

- l'officier public a violé son obligation de se récuser (cf. ch. 7.4.6) ;
- l'officier public a violé son obligation de sauvegarder les intérêts des parties (cf. ch. 7.4.4) ;
- la demande d'instrumentation fait défaut (cf. ch. 7.5.2) ;
- la date fait défaut sur l'acte authentique (cf. ch. 7.5.1.2).

7.6.2.4 Prescriptions d'ordre

Par prescriptions d'ordre, on entend les règles de procédure dont la violation ou le non-respect n'ont pas d'influence sur l'établissement de l'acte authentique. Elles concernent en premier lieu l'officier public et non les parties ou les comparants³²⁹. Comme on l'a déjà expliqué

³²⁹ KOLLER, OR AT, n. 12.24.

auparavant, leur violation peut avoir des conséquences disciplinaires, pénales ou patrimoniales pour l'officier public.

Selon le groupe de réflexion, les faits ci-dessous sont des contraventions à des prescriptions d'ordre :

- l'officier public a violé son obligation d'instrumenter (ch. 7.4.2) ;
- l'officier public a violé son obligation de véracité (ch. 7.4.3) ;
- l'officier public a violé son obligation de garder le secret (ch. 7.4.7) ;
- l'officier public n'a pas informé les parties sur la forme du contrat ni sur ses effets (cf. ch. 7.5.3.3).

7.6.3 Portée de l'obligation de forme : invalidité partielle pour vice de forme de l'acte authentique

Dans le cadre des discussions du groupe de réflexion, on a soulevé la question de savoir si l'invalidité partielle pour vice de forme était possible du point de vue du droit de procédure. La portée de l'obligation de forme authentique est définie par le droit fédéral³³⁰. Il va de soi que les vices de forme entraînent du point de vue du droit matériel la nullité de la partie du contrat entachée du vice. Si le vice concerne tous les éléments du contrat soumis à une exigence de forme particulière, ces éléments sont tous nuls³³¹. Dans le domaine des actes authentiques, un vice de procédure a une influence correspondante sur le plan du droit matériel sur tous les points concernés par cette obligation³³². En revanche, lorsque le vice de forme n'entache qu'une partie de l'acte juridique, la doctrine est divisée sur la question de droit matériel de savoir si la partie du contrat qui n'est pas entachée du vice de forme est également nulle ou si elle peut être maintenue. Sur la question de droit procédural de savoir si un acte authentique peut ne venir à chef ou n'être annulable que partiellement, les membres du groupe de réflexion étaient d'avis que cela était exclu.

7.6.4 Réglementation des conséquences de droit matériel d'un vice de procédure

7.6.4.1 Compétences fédérales et cantonales concernant les conséquences de droit matériel d'un vice de procédure

Comme on l'a mentionné au ch. 7.6.1.2, il ne faut pas confondre la question procédurale de l'existence ou de l'inexistence de l'acte authentique avec les conséquences de droit matériel. Dans l'ATF 106 II 146, le Tribunal fédéral a affirmé que le droit cantonal fait foi non seulement pour la décision sur l'existence ou l'inexistence d'un acte authentique, mais aussi pour les conséquences de droit matériel d'un acte inexistant. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il appartient donc aux cantons d'établir, en ce qui concerne un acte authentique, si la nullité est absolue ou relative³³³. La question de la pertinence de cette opinion, controversée dans la doctrine³³⁴, ne se poserait plus si la procédure d'établissement des actes authentiques était réglée au niveau fédéral. Les règles de validité procédurales seraient alors fixées à l'échelon fédéral et les dispositions cantonales auraient le caractère de prescriptions d'ordre (cf. ch. 7.6.2.2). S'il n'y avait plus de place pour des réglementations cantonales concernant l'existence ou l'inexistence des actes authentiques, les conséquences de droit matériel de la violation des règles de validité ne pourraient pas être régies par les législations cantonales, mais relèveraient du droit privé matériel.

³³⁰ KOLLER, OR AT, n. 12.60 et n. 12.84.

³³¹ KOLLER, n. 96.

³³² KOLLER, n. 96.

³³³ KOLLER, n. 20.

³³⁴ Cf. BRÜCKNER, RNRF, 1994, p. 3 s et KOLLER, n. 22.

7.6.4.2 Conséquences de droit matériel d'un vice de procédure

L'inexistence de l'acte authentique pour vice de forme pose la question de la validité de l'acte juridique concerné, ou de la force probante de l'acte. Cette question sort du cadre du mandat du Groupe de réflexion.

7.7 Abrogation des dispositions spéciales du CC relatives aux actes authentiques

Pas de principe directeur.

Si l'on élabore des règles détaillées dans le cadre d'une unification de la procédure d'établissement des actes authentiques, il faudra réexaminer les règles spéciales du CC relatives aux dispositions pour cause de mort³³⁵. Les règles qui valent pour tous les actes soumis à la forme authentique pourraient par exemple être déclarées applicables aux dispositions pour cause de mort. Il faudrait dans ce contexte répondre à la question de savoir si la comparution des témoins doit toujours être exigée.

7.8 Surveillance ; mesures disciplinaires

Pas de principe directeur.

Il appartient aux cantons d'habiliter les officiers publics à établir les actes authentiques. Ils ont aussi pour tâche de retirer la compétence d'instrumentation à l'officier public qui ne remplit plus les conditions ayant justifié son attribution. L'organisation de la surveillance et des mesures disciplinaires est du ressort des cantons.

7.9 Responsabilité

Pas de principe directeur.

Les officiers publics peuvent être tenus responsables des dommages causés par les fautes commises dans l'exercice de leur activité ministérielle. L'art. 61 CO habilite les cantons à régler l'obligation de réparer des fonctionnaires cantonaux. Les cantons doivent garder cette compétence en matière de responsabilité civile.

7.10 Comptabilité, mouvements de fonds, capacité de paiement et conservation de dépôts

Pas de principe directeur.

La législation de certains cantons prévoit l'obligation de tenir une comptabilité, dont la portée peut varier³³⁶.

Les dispositions concernant la comptabilité, les mouvements de fonds, la capacité de paiement et la conservation de dépôts relèvent de la compétence des cantons.

³³⁵ Les règles de procédure du CC relatives à l'établissement des actes authentiques s'appliquent à tous les actes juridiques pour cause de mort, notamment à la donation (art. 245, al. 2, CO) et au contrat d'entretien viager (art. 522, al. 1, CO).

³³⁶ CARLEN, p. 124.

7.11 Émoluments

Pas de principe directeur.

L'officier public a droit à une rémunération dans le cadre de son activité ministérielle. Il s'agit là d'émoluments de droit public cantonal³³⁷. Le débiteur est le comparant ou la partie qui a présenté la demande à l'officier public³³⁸.

Les modalités des émoluments sont du ressort des cantons et le groupe de réflexion n'a pas rédigé de principe directeur à ce sujet.

8 Conclusions

Contrairement à d'autres pays, la procédure d'établissement des actes authentiques n'est pas unifiée en Suisse. Chaque canton a ses propres règles et ses propres dispositions. Il existe ainsi actuellement 26 ordres juridiques cantonaux dans le domaine des actes authentiques. Les différences entre les réglementations cantonales sont parfois considérables. L'officier public est-il indépendant ou employé par le canton ? Quel est le nombre d'originaux instrumentés dans le cadre de la procédure principale ? Une expédition peut-elle être établie sous forme électronique ? Quels sont les motifs de récusation des officiers publics ? L'acte authentique peut-il être établi en deux langues ?

En considérant les procédures d'instrumentation cantonales, on arrive toutefois à la conclusion que malgré toute la diversité, elles ne diffèrent pas d'une manière essentielle. Cela pourrait être dû à l'intensification du débat académique sur les droits des actes authentiques, qui conduit à des échanges d'influence et à une harmonisation des dispositions cantonales. Par ailleurs, il est depuis assez longtemps incontesté, en doctrine et en jurisprudence, que les actes authentiques sont soumis à des exigences minimales de droit fédéral que les dispositions cantonales doivent prendre en considération.

Les actes authentiques jouent un rôle important dans de nombreux domaines centraux de la vie, pour ne citer que l'achat d'un immeuble, la conclusion d'un contrat de mariage ou la constitution d'une société. La nécessité de règles transparentes, fonctionnelles et claires en la matière est donc tout à fait compréhensible. Pour savoir quelles règles s'appliquent à l'établissement d'un acte authentique, il faut néanmoins déterminer dans quel canton se déroule la procédure. Cette situation dans laquelle des règles différentes s'appliquent pour chaque canton est difficile à concilier avec les exigences de transparence, de fonctionnalité et de clarté.

Au terme de ses travaux, le groupe de réflexion conclut qu'il est tout à fait possible d'unifier la procédure d'établissement des actes authentiques. La manière d'y parvenir fournit néanmoins matière à discussion. Les actes authentiques servent en particulier à protéger les parties, à garantir la sécurité juridique et à créer une situation claire dans l'optique de l'inscription dans un registre. Il faudra garder à l'esprit ces objectifs lors de l'élaboration d'une procédure fédérale d'établissement des actes authentiques.

³³⁷ CARLEN, p. 155 ; MARTI, p. 157.

³³⁸ MARTI, p. 157.

Annexe 1 : Propositions pour le point « Classification de la liste des thèmes » ; rapport de Denis Piolet, Prof. D' iur., Lausanne

Annexe 2 : Avis de droit de l'OFJ du 13 septembre 2018 concernant la compétence fédérale pour réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques

Annexe 3 : Délimitation des compétences législatives entre la Confédération et les cantons dans le domaine des actes authentiques ; rapport de Ruth Arnet, Prof. D' iur., Zurich (en allemand)

PROPOSITIONS POUR LE POINT « EINTEILUNG DER THEMENLISTE »

Les lignes qui suivent font suite au mandat reçu de la Présidence du groupe de travail lors de la séance du 24 septembre 2018 à Berne.

Le soussigné avait insisté sur la nécessité de définir à quel type d'acte authentique devaient s'appliquer les règles de forme fédérales qui devaient être élaborées par le Groupe de travail. Nombre de règles de l'avant-projet de 2012 ont été critiquées après mise en consultation à raison du fait qu'elles étaient inapplicables à certaines catégories d'actes authentiques, et que si elles avaient des limites, les dispositions projetées ne les explicitaient pas par rapport à des actes précis.

Le soussigné reprend tout d'abord les catégories des actes authentiques ne portant pas typiquement sur des actes juridiques (Willenserklärungsbeurkundungen) (I) : il fait ensuite une proposition adressée au Groupe de travail (II).

I : CLASSIFICATION

A/1. Actes constatatoires prévus par le droit fédéral entrant typiquement dans la compétence des notaires et officiers publics

- inventaire authentique (art. 195a CC, 20LPart., 763 CC)
cf. M. Mooser, Le droit notarial suisse, n. 739ss p. 477ss ;
D. Piotet, in « La procédure d'instrumentation », Zürich 2007, p. 279ss.

NB ! L'inventaire peut contenir un accord de volontés sur un bien et sa valeur : il y a alors acte juridique (C. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, ZH 1993, n. 3157 p. 890 : D.Piotet, cit., p. 279s.)

- non-soumission à autorisation LFAIE (art. 18 de l'Ord. du 1.10.1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger)
cf. M. Mooser, n. 752 p. 485 ;
D. Piotet, cit., p. 277
- protêt d'effet de change (art. 1034ss CO)
Attention : aussi placé dans la compétence matérielle des offices de poursuites.

- légalisation (art. 931a al.2 CO et 18 ORC ; art. 86 ORF, 18a OEC, 5 al.2 OIPRP, 15, 90, 556 al.2, 597 al.2, 720, 814 al. 6, 901, 997, 1085, 1098 al.2, 1143 al. 1 ch. 20, 1172 al.2 CO)
- constats de conformité à un ou plusieurs documents (visas) (art. 652h al.1 ch.2, 857 al. 3, 1048 CO ; art. 103 al.3 LFus.)
Sur le dernier cas : M. Mooser, n. 715a p. 465
- attestations de faits autorisant l'écriture au registre du commerce (art. 653i al.2, 734 CO).

A/2. Actes constatatoires prévus par le droit fédéral ne rentrant qu'exceptionnellement dans la compétence des notaires et officiers publics

- acte d'ouverture de disposition à cause de mort (NE, BE, pour partie FR) (art. 557 CC).
- certificat d'héritier (art 559 CC) (NE, BE, pour partie FR)
Cf. M. Mooser, n. 744ss p. 479ss
D. Piotet, 2007, p. 280ss

A/3. Procès-verbaux authentiques d'actes juridiques

La classification de cette catégorie est très controversée et dépend de la définition de chaque auteur.

Cf. C. Brückner, op.cit., n. 57ss p.25ss : « Erklärungen zur Protokoll, Erklärungen zu Urkund »

Cf. A. Marti, Notariatsprozess, Bern 1989, p. 25ss : « Wissenserklärungsbeurkundungen »

Pour d'autres auteurs, ces cas sont classés parmi les actes constatatoires (Sachbeurkundungen) : cf. M. Mooser, op.cit., n. 710ss p. 458ss

Critique de cette classification pour au contraire ranger ces cas parmi les instrumentations d'actes juridiques : A. Perrin, La forme authentique dans la société anonyme, Lausanne 1996, p.12ss.

Il s'agit de :

- procès-verbaux d'assemblées générales de sociétés privées (art. 647, 650, 736 al.2 ; 764 al.2 ; 821 al.2 ; 874 al.2 CO ; art. 20, 44, 65 et 79 al.3 LFus.) ;
- procès-verbaux de conseils d'administration ou d'exécutifs de sociétés privées (art. 652g al.2, 653 g CO) ;
- procès-verbaux de l'assemblée de la communauté des créanciers en matière d'emprunts par obligations (art. 6 de l'Ord. du 9.12.1949, RS 221.522.1).

B/ ACTES CONSTATATOIRES PREVUS PAR LES LOIS CANTONALES

La liste n'est pas exhaustive.

Certificats de vie ou de décès ;
Actes de notoriété ;
Constats authentiques, par ex. de tirage au sort;
Visas ;
Vidimus ;
Expéditions (öffentliche Ausfertigungen);
Constats de carence ;
Attestation de déclaration sous serment ;
Affidavit ;
etc.

- Hors du droit privé fédéral, la juridiction gracieuse relève du droit cantonal, qui reste libre de prévoir d'autres titres publics (présumés exacts) placés dans la compétence de l'officier public.
- Les cantons peuvent soumettre à la forme authentique des actes juridiques du droit public librement (par ex., dans le cadre de remaniements parcellaires ou améliorations foncières).
- Les cantons ne peuvent soumettre à la forme authentique des actes juridiques du droit privé que si le droit privé leur octroie cette compétence. C'est le cas pour le procès-verbal d'une vente aux enchères, art. 236 CO (cf. M. Mooser, n. 749ss, p. 483s ; D. Piolet, 2007, p. 282).

II. PROPOSITION

1. Les actes authentiques purement constatatoires (Sachbeurkundungen) prévus par le droit fédéral sont très peu nombreux. Ceux, également constatatoires, prévus par le droit cantonal sont au moins aussi nombreux (B).

Les formalités de ces actes sont réglés à satisfaction dans les lois cantonales. Ils ne sont pas en lien avec le but de la forme authentique qui est de faire réfléchir les parties en connaissance de cause avant d'émettre un acte juridique important. Et ils sortent par ce trait de l'objectif d'uniformisation poursuivi par le Groupe de réflexion qui se rapporte aux actes juridiques.

Il s'ajoute à cela que dans plusieurs cas, ces actes constatatoires sont confiés à des magistrats ou des fonctionnaires qui n'ont pas la pratique pour le surplus du notariat, et qui surtout sont appelés dans leurs tâches à appliquer une procédure administrative ou civile de droit cantonal (ainsi pour le certificat d'héritier ou l'acte d'ouverture de testament) qui serait dissociée, en cas d'unification complète de la procédure d'instrumentation, d'avec celle future du droit fédéral.

Par surabondance encore, l'on rappellera qu'une instrumentation selon la procédure fédérale d'actes constatatoires de droit fédéral coexistant avec une instrumentation de droit cantonal pour les actes constatatoires de droit cantonal n'apporte aucune amélioration concrète à la pratique actuelle, et présente le risque de dissociation de règles applicables pour des actes très proches (cf. déjà les « Remarques » du soussigné déposées à la séance de septembre, p. 1 lit. B, sur le ch.5 lit. c de l'avis de la Division de droit public).

Ces raisons multiples militent pour qu'il soit renoncé à l'unification de la procédure des actes constatatoires (proposition 1).

2. Les procès-verbaux d'actes juridiques (A/3) présentent des difficultés de classification conséquentes. C'est à leur sujet que les plus grosses divergences cantonales existent aujourd'hui, allant de la question de la signature des parties et de l'unité de l'acte jusqu'à celle de la vidéo-conférence. Il n'apparaît pas raisonnable de stopper cette diversité qui contribue à l'évolution du droit, notamment dans le domaine du recours aux moyens audio-visuels, et un consensus fédéral qui gommerait toute solution cantonale particulière se heurterait à de fortes résistances.

Il est en outre difficile de séparer concrètement un acte purement constatatoire avec un procès-verbal contenant un acte juridique (par ex. pour l'inventaire, A/1 supra). Des raisons pratiques militent également pour un régime dérogatoire de ces actes juridiques leur permettant de se rapprocher d'actes authentiques constatatoires. Si l'on se rallie à la proposition (1) ci-dessus, il faut par conséquent consacrer la faculté pour les cantons de rapprocher tel ou tel procès-verbal d'acte juridique des simples actes authentiques constatatoires.

En d'autres termes, la proposition du soussigné est d'admettre l'unification de la procédure des actes juridiques authentiques, mais de laisser aux cantons celle des

actes constatatoires, et enfin de permettre aux cantons de déroger au système unifié pour les procès-verbaux d'actes juridiques (proposition 2).

Par ex., cela donnerait un art. 55c Tit.fin. CC :

- « 1. Les formalités de l'acte authentique contenant un acte juridique sont régies par les dispositions qui suivent.
2. Il en va de même des procès-verbaux d'actes juridiques, si les cantons n'en décident pas autrement.
3. Les actes authentiques purement constatatoires restent régis par le droit cantonal. »



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

Office fédéral de la justice OFJ
Domaine de direction Droit public

P.P. CH-3003 Berne, BJ

Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit privé
Bundesrain 20
3003 Berne

N° de référence : COO.2180.109.7.261382 / 233.1/2018/00011

Votre référence :

Notre référence : bj-chb

Berne, le 13 septembre 2018

Compétence fédérale pour réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques

Madame, Monsieur,

Vous nous avez priés de répondre à la question de savoir si le législateur fédéral était compétent pour réglementer la procédure relative à l'établissement d'actes authentiques. Nous pouvons y répondre comme suit, en nous fondant sur la Constitution en vigueur.

Office fédéral de la justice OFJ
Susanne Kuster, dr en droit, MPA Unibe
Bundesrain 20, 3003 Berne
Tél. +41 58 462 46 84, fax +41 58 462 78 79
susanne.kuster@bj.admin.ch
www.ofj.admin.ch

Bref résumé des conclusions

L'art. 122, al. 1, Cst. confère à la Confédération la compétence de réglementer l'ensemble du droit civil et de la procédure civile. La procédure d'instrumentation des actes authentiques par les notaires fait partie de cet ensemble. La question de savoir si cette procédure relève du droit civil ou de la procédure civile peut rester indécidée.

Table des matières

1	Délimitation du sujet	4
2	Système de l'énumération limitative des attributions de la Confédération dans la Constitution	4
3	Réglementation d'une activité économique lucrative privée (art. 95, al. 1, Cst.)	4
4	Droit civil et procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.).....	5
4.1	Relation entre compétence fédérale et droit cantonal	5
4.2	Étendue de la compétence fédérale	5
4.2.1	Différentes « théories »	5
4.2.2	Méthode littérale.....	6
4.2.3	Méthode systématique	6
4.2.4	Méthode historique	6
4.2.5	Méthode téléologique	8
4.2.6	Évaluation générale.....	8
5	Conclusion.....	10

1 Délimitation du sujet

- a. Le présent avis porte sur la procédure d'instrumentation d'*actes en la forme authentique*, c'est-à-dire sur l'établissement par des officiers publics cantonaux (ou notaires) d'actes authentiques au sens étroit, tels que prévus à l'art. 55 s. du Titre final (Tit. fin.) du code civil (CC)¹. Il ne porte donc pas sur tous les titres authentiques qui font foi pour prouver des faits au sens de l'art. 9 CC, et notamment pas sur les extraits légalisés du registre foncier, du registre du commerce ou du registre de l'état civil.
- b. Le présent avis porte uniquement sur la *procédure*. Il n'approfondit pas la question de savoir dans quels cas l'établissement d'actes authentiques est nécessaire. Cette question est déjà réglée de façon exhaustive par le droit fédéral pour ce qui est des affaires de droit civil. Il ne concerne pas non plus l'organisation du notariat (notariat d'État / notariat latin, surveillance, répartition géographique cantonale, etc.)².
- c. Le présent avis répond à la question de savoir si la procédure en question peut être réglemmentée par *le législateur fédéral* (à l'échelon de la loi fédérale, et non simplement dans une ordonnance du Conseil fédéral).

2 Système de l'énumération limitative des attributions de la Confédération dans la Constitution

Les compétences de la Confédération sont fixées dans la Constitution (Cst.). Vu les art. 3 et 42 Cst., la Confédération peut uniquement accomplir des tâches – notamment édicter des lois – dans les domaines dans lesquels la Constitution l'y autorise. Les tâches qui ne sont pas attribuées à la Confédération relèvent de la compétence des cantons.³

La question de savoir si la Confédération est compétente revient donc à interpréter la Constitution.⁴ Les lois fédérales – ici le CC – peuvent certes contenir certes des indices servant à l'interprétation, mais elles ne sauraient suffire à définir la limite des compétences fédérales : le législateur fédéral ne peut pas élargir ses compétences à son gré, ni restreindre sa liberté d'action future en renonçant à exercer une compétence existante.

Il s'agit donc d'étudier les dispositions constitutionnelles qui pourraient attribuer à la Confédération la compétence de définir la procédure d'instrumentation des actes authentiques.

3 Réglementation d'une activité économique lucrative privée (art. 95, al. 1, Cst.)

Les officiers publics assument dans tous les cantons une fonction publique qui participe de la souveraineté de l'État (tâche étatique), même s'ils exercent leur activité en leur nom propre et de façon libérale dans certains cantons.⁵ Leur travail lié à l'établissement d'actes authentiques n'est donc pas considéré comme une activité économique lucrative privée au sens de l'art. 95, al. 1, Cst.⁶ Cette disposition constitutionnelle ne peut par conséquent pas servir de base à l'édiction de règles fédérales sur la procédure d'instrumentation.

¹ RS 210

² Michel Mooser, *Le droit notarial en Suisse*, 2^e édition Berne 2014, n. 31, 32 et 55 à 61; Denis Piotet, *Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques ? Réflexions à partir de la consultation 614-0002 de la commission fédérale de la concurrence*, Not@Lex 3/13, p. 114.

³ Auteurs choisis parmi de nombreux autres : Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller / Daniela Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9^e édition, Zurich 2016, n. 1049 et 1050 ; Giovanni Biaggini, n. 13 à 19 ad art. 3, in : Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (édit.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015 (ci-après: *Basler BV-Kommentar*).

⁴ Avis pas très clair à cet égard : Mooser (nbp 2), n. 30, où l'on peut lire, en relation avec l'interprétation de la loi fédérale, que la Confédération « exerce une compétence exclusive ». Il ressort toutefois des n. 31 à 36a que l'auteur n'entend pas dire que la compétence fédérale est de nature exclusive, mais que le législateur fédéral a défini de façon exhaustive les domaines en question.

⁵ ATF 133 I 259, consid. 2.2 (avec d'autres références) ; Mooser (nbp 2), n. 53 ; Peter Ruf, *Skriptum Notariatsrecht*, Langenthal 1995, n. 250.

⁶ Sur le champ d'application de l'art. 95, al. 1, Cst en général : *Basler BV-Kommentar* (nbp 3), Felix Uhlmann, n. 3 et 4 ad art. 51 ; Peter Hettich, n. 7 à 9 ad art. 95, in : Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A.

4 Droit civil et procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.)

4.1 Relation entre compétence fédérale et droit cantonal

La question de la relation⁷ qui existe entre la compétence fédérale en matière de droit civil et de procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.) d'une part et le droit cantonal d'autre part doit être clarifiée en premier, vu que la réponse apportée servira à évaluer l'étendue de la compétence fédérale (voir ch. 4.2).

Les domaines sur lesquels porte la compétence fédérale en matière de droit civil et de procédure civile étaient déjà régis par des réglementations cantonales avant l'instauration de la compétence fédérale. Le constituant a conféré au législateur fédéral la base pour codifier le droit civil matériel et la procédure civile, mais n'a certainement pas voulu créer de vide juridique⁸. C'est ainsi que la compétence cantonale tout comme les réglementations cantonales elles-mêmes restent valables aussi longtemps que le législateur fédéral n'a pas épuisé sa compétence en la matière.⁹ On parle dans ce cas de compétences fédérales « concurrentes » ou « exclusives avec effet dérogoratoire différé ».

Alors que l'étendue des compétences fédérales est définie uniquement par la Constitution, l'étendue des compétences cantonales découle aussi des lois fédérales. La question de savoir si les codifications existantes (CC/CO et code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC]¹⁰) ont entièrement supprimé les compétences cantonales selon le principe de la codification générale ou si – et dans quelle mesure – les législateurs cantonaux disposent encore d'une certaine marge de manœuvre pour édicter des règles qui leur sont propres, est discutée dans la doctrine¹¹. Ces débats ne portent toutefois pas sur l'étendue de la compétence fédérale, mais se limitent à la question de savoir si la Confédération a entièrement réglé la matière au niveau des lois en vigueur. Pour cette raison, il n'est pas nécessaire d'aller plus avant dans l'évocation de ces controverses.

4.2 Étendue de la compétence fédérale

4.2.1 Différentes « théories »

Il existe de nombreux textes de doctrine traitant des compétences de la Confédération en droit civil et des différentes « théories » permettant de délimiter le droit civil par rapport aux autres domaines du droit. Certains auteurs considèrent le droit civil comme un domaine thématique dans lequel des objectifs législatifs peuvent être réalisés indépendamment du fait qu'il s'agisse de règles de droit public ou de droit privé. D'autres auteurs préfèrent appliquer des critères comme le rapport de subordination de l'individu à l'État, la nature des conséquences juridiques définies dans l'acte législatif en question, les intérêts poursuivis ou encore l'accomplissement de tâches publiques. Les auteurs sont le plus souvent favorables à un éclectisme méthodologique en appliquant les différents critères en fonction des questions qui se posent. Une approche similaire, dite typologique, vise à déterminer si les normes juri-

Vallender (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition 2014 (ci-après : St. Galler BV-Kommentar).

⁷ Question abordée par ces auteurs, parmi d'autres : Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (nbp 3), n. 1091 à 1101 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Giovanni Biaggini, n. 47 à 56 ad art. 3.

⁸ Considérations générales sur l'*horror vacui* du constituant : Basler BV-Kommentar (nbp 3), Giovanni Biaggini, n. 53 ad art. 3.

⁹ ATF 140 III 155 consid. 4.3 ; message FF 1997 I 1, 532 ; St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 4 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 3 ad art. 122 ; sur le droit constitutionnel avant la réforme de la justice : Ruf (nbp 5), n. 133.

¹⁰ RS 272

¹¹ Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 3 à 6, 28 et 29 ad art. 122, avec d'autres références.

diques étudiées poursuivent des objectifs jugés typiques pour le droit civil et si elles font traditionnellement partie du droit civil.¹² Pour répondre à la question posée ici, il n'est pas nécessaire de décider quelle approche théorique devrait être privilégiée. Il suffit d'interpréter la disposition constitutionnelle selon les critères généraux reconnus (méthodes littérale, systématique, historique et téléologique).

4.2.2 Méthode littérale

L'activité consistant à établir des actes authentiques relève de la juridiction gracieuse (juridiction non contentieuse), qui est considérée comme faisant partie de la procédure civile¹³. L'intégration de la juridiction gracieuse dans la procédure civile ressort déjà de l'objet du CPC, qui mentionne également les décisions judiciaires de la juridiction gracieuse (art. 1, let. b, CPC). Au niveau de l'énoncé, la procédure notariale relève par conséquent de la compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile conformément à l'art. 122, al. 1, Cst.

4.2.3 Méthode systématique

La position de l'art. 122, al. 1, dans la Constitution confirme qu'il s'agit d'une disposition qui règle une compétence de la Confédération (voir les titres précédant les art. 42 et 54 Cst.) et qu'elle porte sur le droit civil au sens large (voir le titre de l'art. 122 Cst.). On ne peut pas tirer de la systématique de l'acte juridique d'autres informations utiles à la présente analyse.

4.2.4 Méthode historique

La genèse de l'art. 122 Cst se décompose en plusieurs étapes.

- a. L'art. 64, al. 1 et 2, de la Constitution fédérale de 1874 (aCst.)¹⁴, qui n'a plus été modifié de manière substantielle après 1898, attribuait à la Confédération une large compétence pour légiférer en matière de droit civil, tout en précisant à l'al. 3 que l'« organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé ». La Confédération ne disposait donc pas de compétences législatives pour la procédure judiciaire relative à la procédure civile ; les cantons restaient compétents à cet égard.¹⁵ Il était toutefois établi que la Confédération pouvait édicter des règles de droit public complémentaire dans la mesure où elles étaient nécessaires pour garantir une exécution efficace et une application uniforme du droit civil fédéral (exemples : certains actes authentiques, liés notamment aux testaments visés aux art. 499 à 504 CC ; droit du registre du commerce, du registre de l'état civil et du registre foncier ; droit des tutelles).¹⁶

Dans ce contexte, deux arguments principaux tendent à montrer que le législateur fédéral aurait déjà pu réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques dans la version originale du CC¹⁷ : premièrement, l'art. 64, al. 3, aCst. réservait la compétence des cantons de légiférer en matière de procédure *judiciaire* uniquement. Cette disposition ne venait donc pas contredire l'interprétation selon laquelle l'al. 1 se rappor-

¹² Voir par ex. l'aperçu dans le St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 7 à 11 ad art. 122.

¹³ Ruf (nbp 5), n. 246 ; Mooser (nbp 2), n. 53 ; JAAC 46 p. 48 n° 7 = RNRF 64/1983, n° 65 / p. 342, ch. 1.a. ; St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 14, 19 et 20 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 26 ad art. 122.

¹⁴ RS 1 3 ; texte joint en annexe ; au sujet de l'introduction progressive de la compétence fédérale en matière de droit civil, voir Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 1 ad art. 122, et St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 1 ad art. 122.

¹⁵ Blaise Knapp, n. 62 à 64 ad art. 64, in : Kurt Eichenberger et. al. (édit.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, recueil de feuillets mobiles 1987–1996 (ci-après : Kommentar BV 1874).

¹⁶ Kommentar BV 1874 (nbp 15), Blaise Knapp, n. 33 à 39 ad art. 64.

¹⁷ Opinion favorable : JAAC 46 p. 48 n° 7 = RNRF 64/1983, n° 65 / p. 342, ch. 1.a.

tait également aux procédures de juridiction gracieuse devant des autorités non judiciaires.¹⁸ C'est ainsi qu'un nombre considérable de procédures de la juridiction gracieuse (concernant en particulier les trois registres mentionnés et le droit des tutelles) ont été réglementées par des dispositions de droit fédéral sans que la démarche ait été critiquée comme étant anticonstitutionnelle. Le fait que le domaine des actes authentiques n'ait pas été réglementé par le droit fédéral n'est pas dû, selon cette conception, à l'absence de base constitutionnelle, mais à d'autres raisons. Deuxièmement, le législateur fédéral disposait d'une grande marge de manœuvre pour décider s'il était nécessaire d'harmoniser un domaine afin de garantir une application correcte et uniforme du droit fédéral. Même si on avait jugé que le premier argument n'était pas convaincant, le législateur fédéral aurait pu, en invoquant ce second argument, édicter en guise de droit complémentaire des règles uniformes sur l'établissement des actes authentiques. Comme il n'a manifestement pas jugé nécessaire d'instaurer des règles fédérales en la matière, il a prévu une dérogation au principe de la codification (voir art. 5 CC et 51 Tit. fin. CC) pour ce domaine et a chargé les cantons à l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC de déterminer les modalités de la forme authentique sur leur territoire.¹⁹ Il n'est toutefois pas nécessaire de poursuivre ici cette réflexion pour savoir si le législateur fédéral aurait pu uniformiser la procédure d'instrumentation en vertu de l'ancien droit constitutionnel.

En ce qui concerne la *compétence* des cantons, l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC a un effet purement déclaratoire (que ce soit parce qu'une réglementation fédérale primant le droit cantonal dans une situation de compétence fédérale concurrente faisait défaut ou, selon une autre conception, parce que la forme authentique ne relevait pas de la Confédération). Le législateur a en revanche instauré une *obligation* pour les cantons d'établir des règles en matière d'actes authentiques (voir art. 52 et 53, al. 2, Tit. fin. CC, avec la possibilité pour le Conseil fédéral d'édicter des dispositions à défaut des cantons à l'art. 53, al. 1, Tit. fin. CC).

- b. Quelque temps après l'entrée en vigueur du code civil, le Tribunal fédéral a reconnu progressivement que le droit civil posait à la fois des exigences minimales et des exigences maximales concernant la forme authentique. La même idée est à la base de ces deux types d'exigences : le droit cantonal ne doit pas empêcher la bonne application du droit civil fédéral²⁰. L'énoncé de l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC est donc formulé de manière trop peu nuancée vu que la procédure d'instrumentation des actes authentiques est, aujourd'hui déjà, bien encadrée par le droit fédéral.
- c. Suite à la révision totale de la Constitution fédérale du 18 avril 1999²¹, le nouvel art. 122 a remplacé l'ancien art. 64 aCst. Dans sa version d'origine²², l'art. 122 Cst. entrait strictement dans la logique de mise à jour de la Constitution : la révision ne visait pas à introduire des modifications matérielles, mais à structurer le droit constitutionnel de manière systématique et le formuler dans un langage compréhensible.²³ C'est ainsi que l'al. 1 conférait à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil, alors que l'« organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil » restaient du ressort des cantons, conformément à l'al. 2. La répartition des compétences n'avait donc pas été modifiée.

¹⁸ W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3^e éd. Berne 1931, p. 589.

¹⁹ C'est ce que semble également penser le Tribunal fédéral, en retenant que le législateur fédéral a, en adoptant l'art. 55 Tit. fin. CC, transmis une tâche aux cantons, ATF 133 I 259 consid. 2.1 et 131 II 639 consid. 6.1 ; également Mooser (nbp 2), n. 40.

²⁰ Pour une vue d'ensemble : Mooser (nbp 2), n. 26, 41 et 42, et ATF 133 I 259 consid. 2.2, avec d'autres références.

²¹ RO 1999 2556.

²² Le texte original est joint en annexe.

²³ Message FF 1997 I 1, 344.

- d. Ce n'est qu'avec la réforme de la justice que le constituant a intégré la procédure civile à l'art. 122, al. 1, Cst.²⁴ Le législateur fédéral jouit donc désormais de la compétence de codifier l'ensemble du droit civil et de la procédure civile. La volonté d'attribuer la compétence de légiférer pour le droit matériel et le droit de procédure à un seul niveau vise à régler les problèmes de coordination qui se posaient jusque-là²⁵. Les cantons restent toutefois compétents pour l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil (c'est-à-dire pour mener les différentes procédures au cas par cas).
- e. Le code de procédure civile de 2008 codifie le droit de procédure civile et règle la procédure devant les juridictions cantonales qui est applicable a) aux affaires civiles contentieuses, b) aux décisions judiciaires de la juridiction gracieuse, c) aux décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite et d) à l'arbitrage. Sont notamment exclus le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite ainsi que la juridiction gracieuse devant des autorités non judiciaires. Cette restriction s'explique par la volonté, d'une part, de conserver les dispositions de droit fédéral qui ont fait leurs preuves (par ex. la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite²⁶ et le droit relatif au registre de l'état civil, au registre foncier et au registre du commerce) et, d'autre part, de ne pas remettre en question la compétence des cantons de légiférer en matière de procédure d'instrumentation des actes authentiques²⁷. Le fait que le législateur fédéral n'a pas légiféré sur la procédure d'instrumentation des actes authentiques ne permet cependant pas de conclure qu'il n'aurait pas eu le droit de le faire.

Pour résumer, l'évolution du droit telle que présentée ci-dessus nous permet de soutenir que le législateur fédéral aurait la possibilité, en se fondant sur l'art. 122 Cst., de codifier l'intégralité de la matière que forment le droit civil et la procédure civile. La procédure d'instrumentation des actes authentiques fait partie de cet ensemble en tant qu'élément de la juridiction gracieuse, comme les autres domaines déjà cités. Chacun de ces domaines sert le droit civil en fondant des rapports de droit civil par l'intermédiaire d'autorités administratives ou de particuliers auxquels sont déléguées des tâches administratives. L'interprétation historique confirme donc l'interprétation littérale.

4.2.5 Méthode téléologique

L'interprétation téléologique de l'art. 122 Cst. n'amène pas d'éléments allant à l'encontre des réflexions menées ci-dessus. L'objectif de la disposition est de donner au législateur fédéral la possibilité de régler le droit civil matériel et la procédure civile de façon exhaustive tout en lui laissant le choix de décider dans quels domaines il entend légiférer. Cette compétence n'exclut pas qu'il décide de renoncer à régler un domaine comme celui de la procédure d'instrumentation et en laisse la compétence aux cantons (en laissant l'art. 55 Tit. fin. CC inchangé). Elle n'exclut pas non plus qu'il révisé son jugement et reconnaisse aujourd'hui un plus grand besoin d'uniformisation que par le passé.

4.2.6 Évaluation générale

À l'instar d'autres domaines de la juridiction gracieuse, la procédure d'instrumentation présente les caractéristiques extérieures d'une procédure administrative. Il est donc difficile d'argumenter qu'il s'agit effectivement de droit civil. Nous arrivons toutefois à la conclusion que cette procédure fait bien partie de l'ensemble formé par le droit civil et la procédure civile sur

²⁴ Art. 122, al. 1, Cst. dans la version du RO 2002 3148, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 selon RO 2006 1059.

²⁵ Message FF 1996 I 1, 532 et 533; Alex Dépraz, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, thèse Lausanne 2002, n. 88 à 90.

²⁶ RS 281.1

²⁷ Message FF 2006 6848, 6874.

lequel porte la compétence fédérale. Savoir si elle doit être rattachée au droit civil ou à la procédure civile est une question tout académique. La genèse de la réglementation, la doctrine riche et variée sur le sujet et l'extension progressive des règles fédérales compliquent certes l'évaluation de la question.

Ce point peut toutefois rester en suspens, car il n'y a aucune raison justifiant que le constituant ait autorisé la Confédération à édicter des règles portant sur les procédures civiles devant les tribunaux et sur les procédures liées au registre du commerce, au registre foncier, au registre de l'état civil ou encore au registre des marques tout en lui interdisant d'uniformiser la procédure d'instrumentation. Si tel était le cas, le législateur fédéral pourrait certes continuer de prescrire la forme authentique, il pourrait dire quels effets entraînerait la violation de ces prescriptions et définir la procédure à suivre pour que les registres s'y conforment, mais il serait pieds et poings liés s'il venait à constater que les circonstances actuelles exigent une uniformisation des procédures en matière d'actes authentiques. Qui plus est, les règles déjà édictées pour l'établissement d'actes authentiques électroniques²⁸ seraient anti-constitutionnelles. Rien n'expliquerait ce décalage par rapport à la manière dont le droit constitutionnel est appliqué dans les domaines comparables déjà cités. La procédure d'instrumentation ferait figure de bloc erratique dans le paysage juridique que constitue le droit civil et la procédure civile : ce serait le seul domaine que la Constitution réserverait aux cantons, sans que le texte le mentionne explicitement.

Certains auteurs de doctrine estiment que la procédure d'instrumentation ne fait pas partie du droit civil ni de la procédure civile, mais relève du droit public, qui est du ressort des cantons en l'absence de compétence fédérale.²⁹ Cette conception est sans nul doute influencée par l'existence, depuis la nuit des temps, de l'art. 55 Tit. fin. CC, qui exige que les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique, et par le fait que les cantons édictent pour ce faire des règles qui présentent des caractéristiques typiques du droit administratif. Cette analyse est toutefois erronée en ce qui concerne la répartition des compétences de droit constitutionnel, et ce pour au moins quatre raisons. Premièrement, le droit de procédure – y compris la procédure civile – constitue toujours du droit public ; cela vaut également pour les domaines de la juridiction gracieuse qui lui sont apparentés. Deuxièmement, personne ne conteste que l'art. 122 Cst. autorise la Confédération à édicter des règles qui dégagent des relents de droit administratif. Troisièmement, la juridiction gracieuse, qui exhale elle aussi ce fumet, est considérée comme faisant partie de la procédure civile (voir plus haut). Quatrièmement, on ne peut pas déduire de l'absence de réglementation fédérale que la compétence fédérale en question n'existe pas – d'autant moins lorsqu'il s'agit d'une compétence fédérale concurrente. Ce qui est déterminant en fin de compte, c'est la portée de la compétence fédérale : est-ce que la procédure d'instrumentation est soumise à l'art. 122, al. 1, Cst. ou pas ? Pour les raisons évoquées ci-dessus, nous arrivons à la conclusion que c'est bien le cas.

Une autre objection est également parfois formulée contre l'uniformisation de la procédure d'instrumentation par le droit fédéral : l'organisation et la procédure en la matière sont trop inextricablement liées pour pouvoir être séparées.³⁰ Il est vrai que le droit de procédure définit les droits et les devoirs des autorités et des particuliers qui assument des tâches publiques. Mais seuls les processus de travail sont touchés, et non l'organisation en tant que telle (notariat d'État ou notariat latin, organisation de la surveillance, répartition géographique

²⁸ Art. 55a Tit. fin. CC et ordonnance du 8 décembre 2017 sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (OAAE, RS 211.435.1).

²⁹ Denis Piotet, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, RNRF 84/2003, p. 130, 137 ; Jürg Schmid, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in : Alexandra Rumo-Jungo / Pascal Pichonnaz / Bettina Hürlimann-Kaup / Christiana Fountoulakis (édit.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 591, ch. I.1, I.3 et II.2.b.

³⁰ Piotet, *ibidem* (nbp 29).

des études, nomination des titulaires, etc.), qui reste du ressort des cantons. Il n'est certes pas toujours aisé de séparer droit de l'organisation et droit de procédure, mais on ne saurait avancer pour autant que le législateur fédéral a renoncé à autoriser la Confédération à régler la procédure notariale à cause de ces difficultés. Une telle séparation est d'ailleurs explicitement prévue pour les tribunaux civils à l'art. 122, al. 2, Cst.

Dans les textes de doctrine plus anciens, on peut également lire que l'art. 64 aCst. ne vise qu'une unification du droit matériel et non du droit de procédure, raison pour laquelle la Confédération n'est pas compétente pour légiférer en matière de juridiction gracieuse.³¹ Il faut voir ce commentaire comme une prise de position au sujet de la question – laissée sans réponse ci-dessus – de savoir si le législateur fédéral aurait également pu réglementer la procédure d'instrumentation avant que la compétence fédérale en matière de droit civil ait été étendue à la procédure civile. Comme la procédure civile relève désormais de la compétence de la Confédération, les défenseurs de l'avis exprimé ci-dessus devraient donc également arriver à la conclusion que la procédure en question peut être régie par le droit fédéral. Soit dit en passant, la thèse selon laquelle la Confédération ne peut pas réglementer la juridiction gracieuse dans son ensemble n'a manifestement été établie qu'en lien avec la procédure d'instrumentation des actes authentiques, car, comme nous l'avons montré ci-dessus, la compétence de la Confédération est reconnue dans les autres domaines de la juridiction gracieuse.

Vu ce qui précède, la compétence de légiférer en matière de procédure d'instrumentation entre bien dans le champ d'application de l'art. 122, al. 1, Cst.

5 Conclusion

La Constitution en vigueur confère au législateur fédéral la compétence d'édicter des règles sur la procédure visant à établir des actes authentiques relevant du droit civil.³²

Remarques complémentaires :

- a. Les règles cantonales restent valables tant que le législateur fédéral n'a pas adopté de réglementation.
- b. Si le législateur fédéral règle de façon exhaustive la matière sur laquelle porte sa compétence de légiférer, les cantons restent uniquement responsables de l'organisation du notariat, dans la mesure où le législateur fédéral ne réglemente pas ce domaine pour garantir la mise en œuvre du droit fédéral (art. 122, al. 2, Cst.). Ils continuent de pouvoir choisir entre le modèle « latin », qui prévoit que les notaires travaillent à leur compte, et le notariat d'État ; les modèles mixtes restent également possibles.
- c. Il reste à vérifier si le droit public cantonal prévoit des cas où sont établis des actes authentiques qui ne concernent pas le droit civil ni la procédure civile. Ces cas ne seraient pas soumis à la compétence fédérale de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile, indépendamment du fait qu'ils relèvent, comme les autres actes authentiques, du droit notarial du canton. Ils ne seraient pas soumis à la compétence de la Confédération à moins d'être couverts par une autre compétence fédérale (par ex. mensuration nationale selon l'art. 75a Cst.). Les cantons seraient toutefois libres de régler ces cas en renvoyant dans leur législation aux règles fédérales, afin d'uniformiser entièrement le droit des actes authentiques³³.

³¹ Hans Marti, *Notariatsprozess*, Berne 1989, p. 30 ss.

³² Opinion partagée par St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 14, 19 et 20 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 26 ad art. 122 ; Dépraz (nbp 25), n. 88 à 90. Auteurs qui ne mentionnent pas la juridiction gracieuse mais ne l'excluent pas non plus : Jean-François Aubert, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich 2003, n. 10 ad art. 122 ; Giovanni Biaggini, *Kommentar zur Bundesverfassung*, Zurich, éd. 2017, n. 4 ad art. 122.

³³ Voir l'ATF 139 III 225 pour des exemples de renvois aux règles fédérales.

- d. La question de savoir si l'uniformisation des règles par la Confédération est nécessaire et souhaitable a son importance vu les art. 5a et 43a, al. 1, Cst. (principe de subsidiarité dans l'accomplissement des tâches étatiques). Le législateur fédéral a une grande marge d'appréciation à cet égard. Jusqu'à présent, il n'a pas remis en question la décision, prise il y a longtemps, de laisser les cantons fixer les règles de la procédure d'instrumentation des actes authentiques. Il peut toutefois changer d'avis en raison de l'évolution de la situation (notamment mobilité accrue des personnes, des biens et des services). L'objection selon laquelle il est difficile de séparer les règles liées à l'organisation de celles qui régissent la procédure peut ici jouer un rôle déterminant : il n'est pas forcément sensé de séparer ce qui est étroitement lié et qui fonctionne bien dans le quotidien juridique. Il faut donc se demander si la situation actuelle est jugée satisfaisante ou si, en pondérant tous les avantages et les inconvénients, il vaudrait mieux procéder à une uniformisation de la matière.

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Office fédéral de la justice OFJ

Domaine de direction Droit public

Susanne Kuster
Sous-directrice

Dossier traité par : Christoph Bloch, unité Législation 2

1. Texte de l'art. 64 de la Constitution fédérale de 1874³⁴

Art. 64

¹ La législation

sur la capacité civile,

sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change),

sur la propriété littéraire et artistique,

sur la protection des inventions applicables à l'industrie, y compris les dessins et modèles,¹¹⁵

sur la poursuite pour dettes et la faillite

est du ressort de la Confédération.

² La Confédération a le droit de légiférer aussi sur les autres matières du droit civil.¹¹⁶

³ L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé.¹¹⁷

¹¹⁵ Accepté en votation populaire du 19 mars 1905 (AF du 1er juillet 1905 – RO 21 348; FF 1903 V 49, 1905 III 416).

¹¹⁶ Accepté en votation populaire du 13 nov. 1898 (AF du 21 déc. 1898 – RO 16 824 827; FF 1896 IV 574, 1898 IV 958).

¹¹⁷ Accepté en votation populaire du 13 nov. 1898 (AF du 21 déc. 1898 – RO 16 824 827; FF 1896 IV 574, 1898 IV 958).

2. Texte initial de l'art. 122 dans la Constitution de 1999³⁵

Art. 122 Droit civil

¹ La législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération.

² L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons.

³ Les jugements civils ayant force de chose jugée sont exécutoires dans toute la Suisse.

³⁴ Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947 1 A, p. 3; texte disponible à l'adresse www.admin.ch > Droit fédéral > Recueil systématique > Rechercher « 101 » > Révisions > 29.05.1874 – 01.01.2000 > toutes les versions.

³⁵ RO 1999 2556, 2586

Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts

Bericht zuhanden der Sitzung der Groupe de Réflexion zum Beurkundungsrecht vom 3. Dezember 2018

Prof. Dr. Ruth Arnet, Rechtsanwältin und aargauische Notarin, Zürich

An der **Sitzung der Groupe de Réflexion vom 24. September 2018** wurde ich gebeten, meine dort mündlich formulierten Überlegungen zur Abgrenzung der Zuständigkeit von Bund und Kantonen zum Erlass von beurkundungsrechtlichen Vorschriften aus der Perspektive des materiellen Zivilrechts in schriftliche Form zu fassen.¹ Dazu stelle ich auf der Grundlage von Art. 122 BV (Ziff. I) und anhand spezifischer Fragestellungen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und der Doktrin (in sehr reduzierter Weise) dar (Ziff. II) und formuliere einige vorläufige Schlussfolgerungen (Ziff. III und IV).

I. Verfassungsrechtliche Überlegungen

1. Kompetenzzuweisung in Art. 122 BV

Gemäss Art. 122 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes (Abs. 1), während die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen, soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht, im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegt (Abs. 2). Auf der Grundlage von Art. 122 Abs. 1 BV besteht die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Bestimmungen zur öffentlichen Beurkundung, soweit diese dem **Zivilrecht** oder dem **Zivilprozessrecht** zugeordnet werden können.

Bekanntlich besteht in der Doktrin keine einheitliche Auffassung zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Beurkundungsrecht. Wichtige Lehrmei-

¹ Eine vollständige Verarbeitung des Schrifttums war aus zeitlichen Gründen leider nicht möglich.

nungen gehen davon aus, dass Art. 122 BV dem Bund nicht die Gesetzgebungskompetenz zuordne, ein einheitliches Notariat in allen Kantonen zu schaffen; vielmehr sei Art. 122 BV restriktiv auszulegen.² Immerhin wird die bundesrechtliche «Regelung der Minimalanforderungen», wie sie heute schon – wenn auch noch ohne klare Umrisse – anerkannt sind (vgl. hinten Ziff. II.1.2) als nicht verfassungswidrig eingestuft.³

2. Begriff des «Zivilprozessrechts»

Das Zivilprozessrecht erfasst die **autoritative Feststellung privatrechtlicher Verhältnisse in einem Mehrparteienverfahren**.⁴ Im Bereich des Zivilrechts können die Kantone nur legiferieren, wenn die ZPO und weitere bundesrechtliche Erlasse diese Kompetenz vorsehen.⁵ Das Gutachten BJ vom 13. September 2018 kommt zum Schluss, dass es sich beim Beurkundungsrecht um «Zivilprozessrecht» nach Art. 122 Abs. 1 BV handle. Das scheint mir zumindest unsicher:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet «Gegenstand des Zivilprozessrechts ... das **Verfahren vor den Zivilgerichten**».⁶ Da Art. 1 lit. b ZPO ausschliesslich von den «gerichtlichen Anordnungen» spricht, legt das grammatikalische Auslegungselement den Schluss nahe, dass das «Zivilprozessrecht» gemäss Art. 122 Abs. 1 BV in der ZPO abschliessend geregelt ist und das Beurkundungsrecht daher gerade ausserhalb des Zivilprozessrechts liegt. Insofern scheint das grammatikalische Auslegungsargument gegen die

² PIOTET DENIS, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, ZBGR 84/2003, S. 137.

³ SCHMID JÜRIG, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in: Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup, Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 594, 599, vgl. aber auch S. 594, wonach «die wichtigste Quelle des Beurkundungsrechts das Bundesprivatrecht ist».

⁴ Vgl. BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, N 4.

⁵ OFK-BIAGGINI (Fn. 4), N 2.

⁶ BGE 140 III 155 E. 2 zur Frage der ausschliesslichen Zuständigkeit der Handelsgerichte.

Zuordnung zum Zivilprozess zu sprechen.⁷ Die Einordnung des Beurkundungsrechts beim Zivilprozessrecht gestützt auf das historische Auslegungselement (Art. 122 BV als Kompetenz zur Regelung des Gesamtkomplexes aus Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4 a.E., S. 12) kann ich in den zitierten Materialien nicht ausreichend nachvollziehen; dasselbe gilt bezüglich des teleologischen Auslegungsarguments (Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.5).

3. Begriff des «Zivilrechts»

3.1 Kriterien zur Umschreibung von «Zivilrecht»

Für die Umschreibung des Bereichs des «Zivilrechts» kann von einem Methodenpluralismus oder einem vermittelnden, *«typologischen» Verständnis* ausgegangen werden.⁸ Gesetzliche Regelungen lassen sich insbesondere dann dem «Zivilrecht» zurechnen, wenn sie **typisch privatrechtliche Ziele verfolgen und die Voraussetzungen für einen funktionierenden Privatrechtsverkehr schaffen**.⁹ Entsprechend werden *das Grundbuch- und Handelsregisterrecht* dem Privatrecht zugeordnet,¹⁰ dessen Umsetzung schweizweit Verwaltungseinheiten übertragen ist. Ein strukturelles und ein typologisches Argument legen daher den Schluss nahe, dass damit auch die noch zu definierenden «Minimalanforderungen» des Beurkundungsrechts *a fortiori* dem Zivilrecht zuzuordnen sind: Denn zum einen ist – im Unterschied zu den dem Zivilrecht zugerechneten Grundbuch- und Handelsregisterwesen – das Beurkundungswesen in den meisten Kantonen nicht in die kantonale Verwaltung integriert; zum andern dient die öffentliche Beurkundung, die in direktem Kontakt mit den Bürgerinnen und Bürgern beim Abschluss von (privatrechtlichen) Rechtsgeschäften zustande kommt, noch unmittelbarer als das Registerrecht dem funktionierenden Privatrechtsverkehr. Insgesamt scheint

⁷ Vgl. aber Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.2, S. 12; vgl. dazu auch PIOTET (Fn. 2), S. 137.

⁸ Vgl. auch Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.1. mit Nachweisen.

⁹ Zum Ganzen: OFK- BIAGGINI (Fn. 4), Art. 122 N 3 mit Hinweisen.

¹⁰ BGE 137 III 217 E.2.4.1.4; OFK- BIAGGINI (Fn. 4), N 3; vgl. auch Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4.a.

mir daher deutlich zu sein, dass das **Beurkundungsrecht mindestens in seinen elementaren Aspekten dem Zivilrecht zuzuordnen ist**.¹¹ Dabei gehe ich von einer «nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz» aus,¹² so dass nicht primär darauf abzustellen ist, von welcher Gesetzgebungskompetenz auf der Ebene des Bundes bereits Gebrauch gemacht wurde, sondern darauf, welcher Raum auf der Grundlage von Art. 122 BV zur Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens durch Bundesrecht besteht.

3.2 *Weitere Abgrenzung zwischen materiellem Zivilrecht und Behördenorganisation?*

Im Bereich des oben zum Vergleich herangezogenen Grundbuchrechts werden die Einrichtung des Grundbuchs, die Voraussetzungen und das Verfahren der Eintragung durch Bundesrecht geregelt (Art. 942 ff. ZGB), während die «Einrichtung der Grundbuchämter, die Umschreibung der Kreise, die Ernennung und Besoldung der Beamten sowie die Ordnung der Aufsicht» durch die Kantone erfolgt (Art. 953 ZGB). Zudem gestalten die Kantone die Gebührenordnung (Art. 954 ZGB). Auch im Bereich des Grundbuchs bestehen demnach eine Zuständigkeit des Bundes (auf der Grundlage von Art. 122 BV: «Zivilrecht») und der Kantone (wohl) nebeneinander. Ob der Begriff des Zivilrechts in einem so weiten Sinne zu verstehen ist, dass – wie im Bereich des Grundbuchrechts – nicht «nur» das Verfahren der öffentlichen Beurkundung, sondern auch die grundlegende Bestimmung der **Organisationstruktur** in der Regelungskompetenz des Bundes liegen könnte, wird an dieser Stelle nicht weiter thematisiert.

¹¹ Ebenso: Erläuternder Bericht zur Änderung betreffend öffentliche Beurkundung des Bundesamtes für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht, vom Dezember 2012, Ziff. 1.2.1.

¹² Vgl. Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 6.1 mit Hinweisen.

II. Erfassung des Bereichs des «Zivilrechts» im Beurkundsrecht

Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung wird oft generell als öffentliches Verfahrensrecht eingeordnet.¹³ Diese Vorstellung bedarf der Präzisierung.

1. Öffentliche Beurkundung als «Begriff des Bundesrechts»

1.1 Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte und beurkundungsbedürftiger Inhalt

Das Bundesrecht umschreibt zunächst den Anwendungsbereich der öffentlichen Beurkundung bezüglich der **Notwendigkeit und des Umfangs der öffentlichen Beurkundung**, beantwortet also die Frage, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind (**Kreis** der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte: z.B. Art. 81 Abs. 1, 184, 195a Abs. 1, 337, 361 Abs. 1, 498 ff., 512, 650 Abs. 2, 657 Abs. 1, 680 Abs. 2, 681b Abs. 1, 712d Abs. 3, 732 Abs. 1, 763, 779a, 799 Abs. 2 ZGB; Art. 25 Abs. 3 PartG; Art. 11 ff., 216, 243 Abs. 2, 367 Abs. 2, 493, 629 Abs. 1, 634 Ziff. 1, 647, 650 Abs. 2, 736 Ziff. 2, 777 Abs. 1, 780, 821 Abs. 2 OR; s. auch Art. 20, 44, 65, 70 Abs. 2, 79 Abs. 3 FusG) und in welchem Umfang solche Rechtsgeschäfte der öffentlichen Beurkundung unterliegen (**Umfang** der Beurkundungsbedürftigkeit).¹⁴ Die Zugehörigkeit dieser Bestimmungen zum Bundesrecht ist – soweit ersichtlich – unbestritten.

¹³ MUTZNER PAUL, Die öffentliche Beurkundung des schweizerischen Privatrechts, ZSR II, 1921, S. 112a; RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, N 133 f.; BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundsrecht, Zürich 1993, N 21 ff.; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Diss. Freiburg 1988, ASIUF Nr. 83, N 22 mit Hinweisen; SCHMID JÜRIG, Art. 55 SchlT ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 55 SchlT ZGB N 3; SCHMID JÜRIG, Schweizerisches Beurkundsrecht im Wandel (Fn. 3), S. 591 ff.

¹⁴ BGE 99 II 159 E. 2a, 106 II 147 E. 2a; statt vieler: MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, N 32, 458 ff.

1.2 Bundesrechtliche Anforderungen an das Beurkundungsverfahren

Das eigentliche Beurkundungsverfahren ordnete das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung noch generell dem kantonalen Recht zu¹⁵. Anders die Doktrin: Diese ging schon sehr früh davon aus, dass das Bundesrecht auch in dem den Kantonen zur verfahrensmässigen Ordnung überlassenen Bereich bestimmt, was unter öffentlicher Beurkundung zu verstehen ist.¹⁶ Nach der nachhaltig prägenden Formel von HANS HUBER ist mangels eines positiven Rechtssatzes im eidgenössischen Recht **der Begriff der öffentlichen Beurkundung durch Lehre und Rechtsprechung anhand der im ZGB für die Verfügungen von Todes wegen enthaltenen Vorschriften und aufgrund von Sinn und Zweck der Beurkundung zu konkretisieren und zu umschreiben.**¹⁷

In der Folge anerkannte das Bundesgericht in BGE 90 II 274 Erw. 5 erstmals, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung Teil des Bundesrechts bildet und dass sich entsprechend die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gleichermassen nach Bundesrecht richten. Nach der aktuellen Rechtsprechung legt das Bundesrecht unter dem Titel «Begriff der öffentlichen Beurkundung» nicht nur fest, was unter der **Form der öffentlichen Beurkundung** zu verstehen ist¹⁸, sondern auch, welche **Mindestanforderungen das Verfahren der öffentlichen Beurkundung** erfüllen muss.¹⁹ Die Regeln zum Verfahren der öffentlichen Beurkundung ordnet das Bundesge-

¹⁵ BGE 57 II 142 E. 1.

¹⁶ MUTZNER (Fn. 13), S. 118a; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 4 ff..

¹⁷ HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBGR 1988, S. 235.

¹⁸ BGE 84 II 636; 99 II 159 E. 2a: «Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren. Das Bundesrecht sagt selber nicht, in welcher Weise und in welchem Verfahren die öffentliche Beurkundung bei Kaufverträgen über Grundstücke, zu denen auch der Kaufrechtsvertrag gehört (BGE 86 II 36), vorzunehmen ist, noch wer solche Verträge verkünden darf; das im Einzelnen zu regeln, ist durch Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB vielmehr den Kantonen überlassen worden.» Vgl. auch BGE 113 II 402 E. 2.a.

¹⁹ BGE 99 II 159 E. 2a; 84 II 640 E. 1; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 7 mit Hinweisen; vgl. auch; MUTZNER (Fn. 13), S. 118a.

richt zwar weiterhin dem kantonalen Recht zu, hält aber zugleich fest, dass **«die kantonale Regelung einerseits die sich aus dem Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergebenden Mindestanforderungen erfüllen» müsse, und «andererseits auch nicht so weit gehen» dürfe, «dass sie die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts beeinträchtigt oder verunmöglich».**²⁰ Die kantonale Regelung könne «insbesondere nicht die Gültigkeit eines formbedürftigen Vertrages von der Beurkundung einer Tatsache abhängig machen, die von Bundesrechts wegen keiner besonderen Form bedarf» (Kriterium des Umfangs der öffentlichen Beurkundung).²¹ Daraus folgt, dass das kantonale Recht nicht nur bundesrechtliche **Mindestanforderungen** erfüllen muss, sondern im Interesse der «Wirksamkeit des Bundesrechts» und der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts²² zusätzlich auf einen **«Maximalstandard»** limitiert ist (vgl. dazu hinten Ziff. 3.1)²³ In seiner weiteren Rechtsprechung knüpfte das Bundesgericht konstant an den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an, welche **«sich aus dem materiellrechtlichen Zweck des Instituts»** der öffentlichen Beurkundung ergäben.²⁴

Da die öffentliche Beurkundung eine Formvorschrift des ZGB und OR darstellt, steht wohl ausser Frage, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung auch bezüglich des Verfahrens nicht dem (bundesrechtlichen) öffentlichen Recht, sondern dem **Zivilrecht** des Bundes angehört.²⁵

2. Bundesrechtliche Verfahrensvorschriften

Das Bundesrecht legt hauptsächlich bezüglich der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen (Art. 498 ff., 512 ZGB) das Beurkundungsverfahren insgesamt oder bezüglich gewisser inhaltlicher Erfordernisse fest. Im

²⁰ BGE 99 II 159 E. 2a.

²¹ BGE 99 II 159 E. 2a mit Hinweisen.

²² Vgl. die Nachweise im Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4.b.

²³ BGE 99 II 159 E. 2a; BRÜCKNER (Fn. 13), N 19 ff.; SCHMID JÜRIG (Fn 3), S. 595; MOOSER (Fn. 14), N 26, 42.

²⁴ BGE 106 II 146 E. 1 mit Hinweisen; ZK-HAAB (Fn. 19), N 31 und BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 107.

²⁵ Vgl. allerdings BRÜCKNER (Fn. 13), N 23.

Folgendes ist der Frage nachzugehen, welche Aspekte der Beurkundungsverfahrens darüber hinaus durch **Bundesrecht** geregelt sind bzw. geregelt werden können.

2.1 *Was lässt sich aufgrund des allgemeinen Kriteriums des «Zwecks der öffentlichen Beurkundung» für die Frage der Gesetzgebungskompetenz gewinnen?*

Zum nach der Formel des Bundesgerichts massgebenden (materiellrechtlichen) **Zweck des Instituts der öffentlichen Beurkundung** (vgl. vorne Ziff. II.1) besteht umfangreiches Schrifttum.²⁶ Diese allgemeinen Darstellungen bewegen sich regelmässig auf der **Ebene rechtspolitischer und rechtspsychologischer Aspekte** des Abschlusses privatrechtlicher Rechtsgeschäfte: In der älteren schweizerischen Lehre steht als Zweck der öffentlichen Beurkundung der Schutz der Parteien vor unbedachten Vertragsabschlüssen, der sog. «Schutz vor Übereilung», im Vordergrund, aber auch die Förderung der Präzision und die sichere Aufbewahrung des Rechtsgeschäfts und die Schaffung einer zuverlässigen Grundlage für die Eintragung in öffentliche Register.²⁷ In Ergänzung dazu scheint in jüngerer Zeit auch die Funktion der Ermittlung und der wahrheitsgetreuen Umsetzung des «wirklichen, vollständigen, unverfälschten» Parteiwillens ins Zentrum zu rücken.²⁸ Wie auch immer Zweck und Funktion umschrieben werden: **Massgebend für das Kriterium des «Zwecks der öffentlichen Beurkundung» ist die ratio legis der bundesrechtlichen Formvorschriften.** Diese liegt – sehr

²⁶ Statt vieler: BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 2 ff.; SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht//Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 8 ff., 10, unterscheidet zwischen Zwecken und Zielen der öffentlichen Beurkundung. JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Quid iuris? Bd. 22, Zürich 2017, S. 16 ff.

²⁷ BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 2 ff.; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht (Fn. 26), S. 8 ff.

²⁸ SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht (Fn. 26), S. 10; vgl. auch ARNET RUTH, Form folgt Funktion, ZBJV 149/2013, S. 401. Nach MOOSER (Fn. 14), N 433, kommt der öffentlichen Beurkundung auch eine «Funktion der Rechtspolizei» zu.

vereinfacht ausgedrückt – in der Warnfunktion, der Klarstellungsfunktion und der Sicherungsfunktion.²⁹

2.2 Welche Bedeutung hat Art. 11 OR im Kontext der Abgrenzung der Zuständigkeit zum Erlass von beurkundungsrechtlichen Bestimmungen?

Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt nach Art. 11 Abs. 2 OR die **Gültigkeit des Vertrages** von der Einhaltung dieser Form ab.³⁰ Art. 11 OR findet nicht nur auf Verträge, sondern auf sämtliche privatrechtlichen Rechtsgeschäfte Anwendung.³¹

Da das Bundesrecht nicht nur den Kreis der zu beurkundenden Rechtsgeschäfte und den Umfang des zu beurkundenden Inhalts dieser Rechtsgeschäfte umschreibt (vorne Ziff. II.1.2),³² sondern auch hinaus festlegt, dass die Formvorschrift grundsätzlich eine Gültigkeitsvorschrift darstelle (Art. 11 Abs. 2 OR), kann und muss das Bundesrecht im Rahmen des Zivilrechts auch definieren, welche Verfahrenselemente für eine gültige öffentliche Beurkundung erforderlich sind. Die sog. «Minimalanforderungen» haben insofern die Funktion sicherzustellen, dass das Beurkundungsverfahren die der öffentlichen Beurkundung zugewiesene Aufgabe, ein nach materiellem Bundesrecht verbindliches Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen, erfüllt. **Die bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften entsprechen demnach** aus meiner Sicht **den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten «Minimalanforde-**

²⁹ KRAMER/SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Band VI, Nr. 1/1, Bern 1986, Art. 11 OR N 13 ff.

³⁰ Vgl. SCHMID JÖRG, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Stiftung Schweizerisches Notariat (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren / La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zürich 2007, S. 1 ff.

³¹ MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2018, Art. 11 OR N 38.

³² Vgl. auch MOOSER (Fn. 14), N 31 ff.

rungen» an das Verfahren der öffentlichen Beurkundung.³³ Oder anders gewendet: Die Kompetenz des Bundes um Erlass von «Zivilrecht» (Art. 122 Abs. 1 BV) betrifft (auch) die Anforderungen an das Verfahren, welches die gültige Entstehung der öffentlichen Urkunde rechtfertigt (vgl. auch Art. 9 ZGB). Die «Mindestanforderungen» stellen bundesrechtliche Gültigkeitsvorschriften dar.

2.3 *Beurteilt sich die Bedeutung einer Verfahrensvorschrift als Gültigkeitsvorschrift nach Bundesrecht oder nach kantonalem Recht?*

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre gehen davon aus, dass *de lege lata* die Frage, ob eine **kantonale Beurkundungsregel** eine Gültigkeitsvorschrift oder eine blosser Ordnungsvorschrift darstellt, nach kantonalem Recht zu beurteilen sei.³⁴ Zudem vertritt ein Teil der Doktrin – meiner Meinung nach zu Recht – die Auffassung, eine «Verletzung der **bundesrechtlichen Mindestanforderungen** an die öffentliche Beurkundung» könne schon nach heutigem Recht «von den Kantonen nicht als blosser Verletzung von Ordnungsvorschriften deklariert werden».³⁵

Aus meiner Sicht lässt sich das Folgende feststellen: Wenn das Bundesrecht den Begriff der öffentlichen Beurkundung im Sinne einer Gültigkeitsvor-

³³ Im Ergebnis wohl ähnlich BK-WOLF, N 38 zu Art. 9 OR; ähnlich auch DÉPRAZ ALEX, *La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, Dissertation, Lausanne 2002, N 592, allerdings mit dem Hinweis, die bundesrechtlichen Vorschriften seien «*de nature formelle*». Die Bedeutung der Kategorie «formell» scheint mir nicht zweckmässig, da es sich beim Adjektiv «formell» nicht um ein gesetzliches Kriterium handelt; es wird oft auch zur Umschreibung der Organisationsnormen verwendet, vgl. z.B. BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 2. Vgl. auch JEANDIN (Fn. 26), S. 21, der die Minimalvorschriften mit Art. 11 OR in Verbindung bringt.

³⁴ BGE 106 II 146 E. 3; MOOSER (Fn. 14), N 692a; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 10; BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 242.: «Eine andere Frage ist, welche Vorschriften innerhalb des kantonalen Beurkundungsrechts die Gültigkeitsform der öffentlichen Beurkundung näher umschreiben und welche von ihnen nur reine Ordnungsvorschriften sind (...). Darüber entscheidet – in den Grenzen des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Beurkundung (...) – ausschliesslich das kantonale Recht (...). Im Zweifel ist eine blosser Ordnungsvorschrift anzunehmen, denn Formvorschriften sind, als künstliche Beschränkungen des Rechtsverkehrs, restriktiv auszulegen (...).»

³⁵ HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHUMACHER RAINER/SCHMID JÖRG, *Droits réels – Sachenrecht*, BR 2010, S. 192.

schrift umschreibt und die «Wirkungen» des Bundesrechts durch kantonales Beurkundsrecht nicht beeinträchtigt werden dürfen (vgl. vorne Ziff. II.1.2), so sind auch **alle Verfahrenselemente, die für die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde erforderlich sind, ausschliesslich dem Bundesrecht zuzurechnen** (vgl. zum gleichen Ergebnis aus der Perspektive des Beurkundsrechts hinten Ziff. II.3). Hingegen sollen die kantonalen Bestimmungen, welche die «Einzelheiten der öffentlichen Beurkundung regeln», nicht unter Art. 11 Abs. 2 OR fallen.³⁶ Damit sind die kantonalen Beurkundungsvorschriften, welche «die Einzelheiten» regeln, aus Sicht des materiellen Rechts als blosse Ordnungsvorschriften zu verstehen. Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich, **dass die Qualifikation einer Verfahrensvorschrift als Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift ausschliesslich gemäss Bundesrecht zu beurteilen ist.**

2.4 Was ergibt sich aus der bisherigen Rechtsprechung und Lehre zur Frage der Anforderungen an eine gültige öffentliche Urkunde?

Die Frage, ob die Form der öffentlichen Beurkundung eingehalten ist, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der überwiegenden Lehre nach **objektiven Gesichtspunkten** beurteilt.³⁷ So stellen etwa die (i) Zulassung der beurkundenden Person zu dieser Funktion, (ii) die Bezeichnung der Parteien und ihrer Stellvertreter,³⁸ (iii) die Feststellbarkeit der Identität der Urkundsperson, (iv) die Unterschrift der Urkundsperson, (v) deren örtliche oder sachliche Zuständigkeit und (vi) die Einhaltung der Einheit des Aktes bundesrechtliche Anforderungen an die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde und damit Voraussetzungen der materiell-rechtlichen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts dar.³⁹

³⁶ BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 244; SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 289.

³⁷ MOOSER (Fn. 14), N 679 mit Hinweisen.

³⁸ BGE 99 II 159; vgl. auch PIOTET (Fn. 2), S. 131.

³⁹ Vgl. die Darstellung der Rechtsprechung und Lehre zur Ungültigkeit infolge Verletzung bundesrechtlicher Formvorschriften bei MOOSER (Fn. 14), N 680 mit Nachweisen; vgl. auch JEANDIN (Fn. 26), S. 24 f.

3. Kantonale Beurkundungsregeln als reine Ordnungsvorschriften

Wenn – wie vorne vorgeschlagen (Ziff. II.2.3) – alle für die gültige Entstehung der öffentlichen Urkunde erforderlichen Verfahrenselemente zum (ungeschriebenen) Bundesrecht gehören, kommt als Konsequenz den beurkundungsrechtlichen Verfahrensregeln der Kantone nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften zu.

3.1 *Was lässt sich bezüglich der Charakterisierung der kantonalen Verfahrensvorschriften aus der aktuellen Rechtsprechung und Lehre gewinnen?*

Rechtsprechung und Lehre anerkennen, dass bezüglich der Regelungskompetenz der Kantone auch sog. «**Maximalstandards**» bestehen, indem das kantonale Recht, hier die Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens, die Wirksamkeit des Bundesrechts nicht beeinträchtigen darf (vgl. vorne Ziff. II.1.2). Daraus folgt m.E., dass die **Kantone keine über das Bundesrecht hinaus gehenden Anforderungen an die gültige Errichtung der öffentlichen Urkunde festlegen können. Daraus folgt weiter, dass die kantonalen Vorschriften zum Beurkundungsverfahren reine Ordnungsvorschriften darstellen.** Insofern lässt sich die Qualifikation der kantonalen Verfahrensvorschriften als Ordnungsvorschriften auf die Rechtsprechung und Lehre zum «Maximalstandard» stützen.

Darüber hinaus hat – soweit ersichtlich – bisher einzig CHRISTIAN BRÜCKNER explizit aus beurkundungsrechtlicher Perspektive die Meinung vertreten, dass bei Einhaltung der bundesrechtlichen Minimalvorschriften **kein Raum bestehen sollte für kantonale Nichtigkeitsgründe.**⁴⁰ BRÜCKNER fordert, «dass kantonale Nichtigkeit ignoriert und die Urkunde als entstanden betrachtet wird, wenn die bundesrechtlichen Mindestanforderungen eingehalten sind»;⁴¹ auch er will demnach die kantonalen Beurkundungsregeln, soweit sie nicht einfach die (bundesrechtlichen) Minimalvorschriften wiedergeben, als **Ordnungsvorschriften** verstanden wissen.

⁴⁰ BRÜCKNER (Fn. 13), N 30 ff., insbesondere N 37.

⁴¹ BRÜCKNER (Fn. 13), N 37, N 1490 ff.

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 4A_556/2009 Erw. 7.2 am Rande mit dieser Lehrmeinung auseinandergesetzt, dazu aber nicht abschliessend Stellung genommen, weil die zu beurteilende kantonale Verfahrensvorschrift nicht mit den von BRÜCKNER vorgebrachten Konstellationen vergleichbar sei; vielmehr lag aus Sicht des Bundesgerichts die Verletzung einer wesentlichen kantonalen Verfahrensvorschrift vor.⁴² Immerhin steht aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich der bundesrechtlichen Beurkundungsvorschriften zu den **Verfügungen von Todes wegen** fest, dass die ergänzenden kantonalrechtlichen Beurkundungsvorschriften reine Ordnungsvorschriften darstellen.⁴³

Die Auffassung von BRÜCKNER überzeugt: Weil das materielle Bundesrecht festlegt, welche Rechtsgeschäfte in welchem Umfang der öffentlichen Beurkundung bedürfen, dann kann nicht das kantonale Verfahrensrecht zusätzliche Gültigkeitsvorschriften vorsehen, die über das Bundesrecht hinausgehen. Wenn die Kantone «Gültigkeitsbedingungen aufstellen, von denen der Bundesgesetzgeber bewusst abgesehen hat», überschreiten sie die ihnen aufgrund von Art. 122 Abs. 1 BV zustehende Rechtssetzungsbefugnis.⁴⁴

3.2 *Sind die Konsequenzen der Verletzung von als Gültigkeitsvorschriften erkannten Verfahrensanforderungen durch Bundesrecht oder durch kantonales Recht zu bestimmen?*

In der Doktrin herrscht, soweit ersichtlich, ein weitreichender Konsens darüber, dass sich zumindest im Falle der **Verletzung einer bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschrift** die Rechtsfolgen ausschliesslich aus dem Bundesrecht ergeben.⁴⁵ Ein Teil der Lehre geht zudem davon aus, dass auch bei Verlet-

⁴² Das Tessiner Beurkundungsrecht verlangte auch für die gültige Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden die Mitwirkung von Zeugen, vgl. Art. 38, 40 und 64 der früheren Legge sul Notariato vom 23. Februar 1983; vgl. zum genannten Bundesgerichtsurteil die Besprechung von HÜRLIMANN-KAUP/SCHUMACHER/SCHMID (Fn. 35), S. 191 f.

⁴³ BGE 133 I 259 E. 5.2.

⁴⁴ BK-SCHMIDLIN (Fn. 29), N 80 zu Art. 11 OR; BGE 99 II 162.

⁴⁵ MOOSER (Fn. 14), N 676, 692a f.; BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 244: «Steht dagegen fest, dass eine kantonale Bestimmung eine Gültigkeitsvorschrift ist, so richten sich die Folgen ihres Verstosses ausschliesslich nach Bundesrecht.» HÜRLIMANN-

zung einer **kantonalen «Gültigkeitsvorschrift»** die Rechtsfolgen aus Bundesrecht folgen.⁴⁶

Wenn alle Gültigkeitsvorschriften dem Bundesrecht zuzuordnen sind (vgl. vorne Ziff. II.2.2), können auch die Konsequenzen der Verletzung dieser Vorschriften nur auf Bundesrecht abgestützt werden. Es liegt entsprechend **ausschliesslich in der Zuständigkeit des Bundesprivatrechts, die für die Formgültigkeit relevanten Aspekte des Beurkundungsverfahrens festzulegen.**⁴⁷

III. Umsetzung im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses

1. Ausgangslage aufgrund der vorstehenden Analyse

Insgesamt zeigt sich, dass das Bundesrecht abschliessend festlegt, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind (Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, vgl. vorne Ziff. II.1.1), in welchem Umfang das fragliche Rechtsgeschäft der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung untersteht (Umfang der beurkundungsbedürftigen Vertragselemente) und welche **Verfahrenselemente Gültigkeitselemente für die Entstehung einer gültigen Urkunde darstellen («Mindestanforderungen»**, vgl. vorne Ziff. II.1.2).

KAUP/SCHMID/SCHUMACHER (Fn. 35), S. 191 ff. «Misst der Kanton einer Vorschrift seines Beurkundungsverfahrensrechts Gültigkeitscharakter zu, so bestimmen sich die Folgen dieser Ungültigkeit nach der hier vertretenen Meinung nach Bundesrecht, nämlich nach Art. 11 OR». Vgl. auch SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 598 ff.; BRÜCKNER (Fn. 13), N 1490 ff.

⁴⁶ SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 289 mit Hinweisen.

⁴⁷ Aus dieser Sicht nicht kompetenzmässig: § 51 Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz (BeurG) des Kantons Aargau vom 30. August 2011 zur Nichtigkeit einer öffentlichen Urkunde, ebenso § 47 des luzernischen Beurkundungsgesetzes vom 18. September 1973; vgl. auch die m.E. korrekte Bemerkung im Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.6, S. 9. Vgl. auch Art. 24 NG des Kantons Bern.

Da es sich inhaltlich um die Anforderungen an die gültige Entstehung von Rechtsgeschäften handelt, liegen diese Regelungen im Bereich des **Zivilrechts** (vgl. Art. 122 Abs. 1 ZGB; vorne Ziff. I.3). Aufgrund dieser Feststellung, wonach das (geschriebene und bisher ungeschriebene) Bundesrecht die Anforderungen an die Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde abschliessend regelt, kann es sich bei kantonalen Verfahrensvorschriften nur noch um Ordnungsvorschriften handeln; dieses Ergebnis auf der Grundlage des materiellen Zivilrechts deckt sich mit dem Befund von BRÜCKNER aus der Perspektive des Beurkundungsrechts (vgl. vorne Ziff. II.3). Es führt insbesondere zu einer **Kongruenz mit der Unterscheidung zwischen bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften und kantonalen Ordnungsvorschriften, wie sie für die Beurkundungsvorschriften gilt, die das bundesrechtliche Beurkundungsverfahren für Verfügungen von Todes wegen regeln.**⁴⁸

2. Bedeutung für die Umschreibung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (nachträglich derogierende Bundeskompetenz)

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Elemente der gültigen öffentlichen Beurkundung umschreiben, gehören nach dem oben Ausgeführten zum **Zivilrecht**, nicht zum Zivilprozessrecht. Da die Kompetenz zur Gesetzgebung im Zivilrecht gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB beim Bund liegt, **besteht demnach bezüglich aller Elemente der öffentlichen Beurkundung, die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderlich sind, eine Kompetenz des Bundesprivatrechtsgebers.**

Auf dieser Grundlage ergibt sich die Aufgabe, jedes vom kantonalen Recht erfasste Element des Beurkundungsverfahrens (z.B. Ausstand, Rechtsbelehrung, Pflicht zur Unterzeichnung der Urkunde usw.; vgl. Liste gemäss Sit-

⁴⁸ BGE 133 I 259 E. 5.2: «Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, als diese Regelung des Bundeszivilrechts abschliessender Natur ist [...], weshalb der kantonale Gesetzgeber keine zusätzlichen Gültigkeitsvorschriften erlassen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es den Kantonen untersagt wäre, im Rahmen ihrer Kompetenz zur Regelung der öffentlichen Beurkundung (vgl. E. 2) weitere Ausschlussgründe für Zeugen vorzusehen. Solche zusätzlichen kantonalen «Unfähigkeitsgünde» stellen gegebenenfalls bloss Ordnungsvorschriften dar [...], deren Missachtung lediglich von disziplinarrechtlicher Bedeutung ist und die Gültigkeit der Urkunde nicht zu beeinträchtigen vermag.»

zung vom 24. September 2018) daraufhin zu untersuchen, ob es für die Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung entsprechend dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung erforderlich ist (Minimalanforderungen). Wenn das der Fall ist, besteht die Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Bereich des Zivilrechts gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV. Andernfalls liegt die Kompetenz zur Beantwortung dieser Frage im kantonalen Beurkundungsrecht.

IV. Zusammenfassung

1. Das Beurkundungsrecht ist bezüglich der Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung als **Zivilrecht** i.S.v. Art. 122 Abs. 1 BV einzuordnen.
2. Bei den bundesrechtlichen Minimalanforderungen handelt es sich um **Gültigkeitsvorschriften** nach Art. 11 OR. Das Bundesrecht regelt den Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, den Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit eines einzelnen Rechtsgeschäftes und die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, bei deren Einhaltung ein gültiges Rechtsgeschäft entsteht, abschliessend. Die Wirkung einer Verletzung der bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften wird durch das Bundesrecht abschliessend festgelegt.
3. Bei **den kantonalen Verfahrensvorschriften** gemäss Art. 55 SchlT ZGB handelt es sich ausschliesslich um Ordnungsvorschriften, deren Verletzung das kantonale Recht sanktioniert.
4. Die **Zuordnung der einzelnen Verfahrenselemente der öffentlichen Beurkundung** kann, da der Begriff und die Gültigkeitsvoraussetzungen der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehören, danach erfolgen, ob diese für die materiell-rechtliche Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde (Art. 11 ZGB) erforderlich sind oder nicht.