



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 privé

# **Code civil suisse**

## **(Modification relative à la forme authentique)**

### **Rapport explicatif et avant-projet**

**Décembre 2012**

## Condensé

*Le présent projet vise, d'une part, à consolider l'existant s'agissant des règles gouvernant l'instrumentation des actes authentiques et, d'autre part, à y apporter les développements nécessaires.*

*Un nombre important d'actes juridiques sont soumis à l'exigence de la forme authentique en vertu du droit fédéral. Pour l'essentiel cependant, le droit fédéral ne règle exhaustivement la procédure d'instrumentation que pour les dispositions à cause de mort. En outre, le code civil a la teneur suivante: «Les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique» (Art. 55, al. 1, tit. fin. CC). La doctrine et la jurisprudence considèrent toutefois que, s'agissant de l'instrumentation des actes authentiques, le droit cantonal doit satisfaire à certaines exigences minimales du droit fédéral. Pour les officiers publics, ces exigences concernent les domaines suivants:*

- La formation,*
- L'obligation d'instrumenter,*
- Le devoir d'information,*
- L'impartialité,*
- Le devoir de véracité,*
- Le secret professionnel et*
- L'unité de la procédure d'instrumentation.*

*Dans l'intérêt de la clarté et de la sécurité du droit, il est temps que le législateur fédéral codifie ce droit non écrit. Le Tribunal fédéral peut à tout moment développer des exigences minimales supplémentaires pour l'instrumentation des actes authentiques.*

*En ce qui concerne l'instrumentation électronique des actes authentiques, le droit actuel ne permet que l'établissement d'expéditions et de légalisations. Les minutes doivent, elles, encore être dressées sur papier. La situation juridique actuelle ne permet pas d'exploiter pleinement les possibilités techniques existantes.*

*Le projet prévoit de permettre aux cantons d'introduire la possibilité d'instrumenter les actes authentiques par voie électronique, et cela sans restriction. Il élargit ainsi le spectre des actes authentiques pouvant être instrumentés par voie électronique, ce qui inclut la minute électronique.*

*Enfin, afin d'accroître la sécurité et la transparence, le projet prévoit que la Confédération exploite une banque de données électronique des actes authentiques; un exemplaire de référence de chaque acte authentique devra être stocké et enregistré dans celle-ci.*

# Rapport

## 1 Grandes lignes du projet

### 1.1 Introduction

La forme authentique a pour but de protéger les parties dans leurs actes juridiques les plus importants, de garantir les moyens de preuve et de créer des rapports juridiques clairs dans l'optique de l'inscription dans un registre. L'importance de la forme authentique dans les rapports de droit privé oblige le législateur à garantir durablement sa qualité. Dans ce contexte, le projet vise, d'une part, à consolider les règles gouvernant l'instrumentation des actes authentiques et, d'autre part, à y apporter les développements nécessaires:

- Depuis des décennies, la doctrine et la jurisprudence ont développé des exigences minimales relatives à la forme authentique qui relèvent du droit fédéral. Il est temps de codifier ces règles non-écrites de droit fédéral qui concernent la forme authentique.
- Le droit actuel ne prévoit la possibilité d'instrumenter un acte authentique par voie électronique que pour les expéditions et les légalisations, tandis que les minutes doivent toujours être établies sur papier. Les nouvelles règles lèvent cette restriction.

### 1.2 Exigences minimales du droit fédéral

#### 1.2.1 Situation initiale

Le droit fédéral soumet de nombreux actes juridiques à la forme authentique: cela concerne par exemple la conclusion d'un contrat de mariage (art. 184 CC), les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété d'immeubles (art. 657, al. 1, CC), tous les actes constitutifs de gages immobiliers (art. 799, al. 2, CC), l'acte constitutif d'une propriété par étages (art. 712d, al. 3, CC), l'acte constitutif d'une société (SA: art. 629, al. 1, CO; Sàrl: art. 777, al. 1, CO), l'augmentation du capital (SA: art. 650, al. 2, CO; Sàrl: art. 781, al. 5, ch. 1, CO) et sa réduction (SA: art. 734 CO; Sàrl: art. 782, al. 4, CO), la modification des statuts (SA: art. 647 CO; Sàrl: art. 780 CO).

Le droit fédéral désigne exhaustivement les actes juridiques qui doivent être passés en la forme authentique pour être valables. L'article 55, alinéa 1, tit. fin. CC prévoit néanmoins ce qui suit:

*Les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique.*

Il est nécessaire de clarifier ce que le législateur entend par «forme authentique», dont la détermination des modalités est laissée aux cantons. Des règles fédérales explicites et exhaustives relatives à l'instrumentation des actes authentiques n'existent que pour les testaments publics, les pactes successoraux, les donations à cause de mort et les contrats d'entretien viagers (art. 499 ss, 512, al. 1, CC, art. 245, al. 2, art. 522, al. 1, CO).

Dans ce domaine, la jurisprudence du Tribunal fédéral a connu un renversement complet au cours de son histoire: considérant au départ que la forme authentique était une affaire relevant exclusivement du droit cantonal, le Tribunal fédéral a finalement reconnu qu'il existait des exigences minimales de droit fédéral concernant

l'instrumentation des actes authentiques:

- Ainsi, durant des décennies, le Tribunal fédéral a refusé d'examiner si les procédures cantonales relatives à l'instrumentation des actes authentiques respectaient des exigences minimales du droit fédéral. D'après cette jurisprudence, il appartenait aux cantons de définir ce qu'il fallait entendre par «forme authentique»; l'organisation de la procédure était exclusivement du ressort des cantons: pour le Tribunal fédéral, il n'y avait de règles fédérales qu'en ce qui concerne les contrats qui devaient être passés en la forme authentique; les cantons décidaient exclusivement pour leur territoire, conformément à l'art. 55 tit. fin. CC, de quelle manière les actes authentiques devaient être dressés. La validité de l'instrumentation de l'acte authentique se jugeait exclusivement à l'aune du droit cantonal, dont l'application échappait alors au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (ATF 59 II 9, c. 2).
- Sous l'influence de la jurisprudence de la cour de cassation pénale en matière de faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques (cf. ATF in RNRF 33/1952, p. 75 ss), le Tribunal fédéral a, pour la première fois, reconnu en 1964 l'existence d'exigences minimales au sujet de la forme authentique: selon ses termes, il aurait rejeté le recours si le droit cantonal réglait exhaustivement les devoirs des officiers publics cantonaux. Tel n'était cependant pas le cas. Bien au contraire: d'après le Tribunal fédéral, le droit fédéral imposait déjà aux officiers publics des devoirs particuliers lorsqu'ils instrumentaient des affaires du droit civil fédéral soumises à la forme authentique. Ceux-ci résultaient dans certains cas de dispositions expresses du droit fédéral (cf. art. 499 ss CC relatives au testament public, qui sont également applicables au pacte successoral ainsi qu'au contrat d'entretien viager), et, pour le reste, de la notion de forme authentique, qui, dans la mesure où le droit fédéral exigeait cette forme, relevait du droit fédéral malgré l'absence de définition dans celui-ci. Le Tribunal fédéral a dès lors considéré que c'était à l'aune du droit fédéral qu'il fallait juger ce que l'on entendait par forme authentique et à quelles exigences minimales celle-ci devait satisfaire (ATF 90 II 280 s. c. 5).

Selon la théorie actuelle, le droit fédéral impose des limites aux règles de forme et de procédure cantonales: si, d'une part, la réglementation cantonale est tenue de respecter les exigences minimales résultant de la notion et du but de la forme authentique, elle ne peut, d'autre part, poser des exigences telles que celles-ci entravent ou rendent impossible l'application du droit civil fédéral (ATF 99 II 162, c. 2a).

### **1.2.2 Les nouvelles règles proposées**

Le projet codifie les exigences du droit fédéral relatives à la forme authentique reconnues par la doctrine et la jurisprudence, en relation avec:

- La formation des officiers publics, qui doit être suffisante (art. 55b tit. fin. AP-CC),
- L'obligation d'instrumenter qui leur est imposée (art. 55d tit. fin. AP-CC),
- Leur devoir d'information (art. 55e tit. fin. AP-CC),
- Leur impartialité (art. 55f tit. fin. AP-CC),
- L'obligation de véracité qui leur est imposée (art. 55g tit. fin. AP-CC),
- Le secret professionnel (art. 55h tit. fin. AP-CC)

- La procédure d'instrumentation (art. 55*i* tit. fin. AP-CC) et l'exigence de l'unité de l'acte (art. 55*j* tit. fin. AP-CC).

Pour des raisons de sécurité du droit, le projet prévoit une disposition qui énumère les cas où il n'y a pas d'acte authentique lorsque les exigences minimales du droit fédéral n'ont pas été respectées (art. 55/*i* tit. fin. AP-CC).

Le projet ne prévoit cependant pas de reprendre sans autre toute la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a en effet admis qu'un canton pouvait refuser de reconnaître les actes authentiques dressés dans un autre canton que le sien pour des immeubles situés dans son canton; une telle jurisprudence appartiendra désormais au passé; comme le demande la majorité de la doctrine, il convient de garantir la libre circulation des actes authentiques également dans le domaine des contrats immobiliers (Art. 55*m* tit. fin. AP-CC).

Les règles proposées concernent le droit de l'instrumentation des actes authentiques dans le cadre du code civil. Elles ne touchent pas la responsabilité pénale de même que la terminologie concernant les faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques ainsi que les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels.

### **1.2.3 Motifs et évaluation de la solution proposée**

Les exigences minimales du droit fédéral relatives à la forme authentique relèvent pour l'essentiel du droit non écrit, de sorte que, depuis des décennies, c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartient de découvrir et de clarifier les questions litigieuses. Seule une intervention du législateur est assurément en mesure d'apporter toute la clarté nécessaire; il devient nécessaire codifier le droit fédéral non écrit relatif à la forme authentique. Le Tribunal fédéral peut en tout temps développer des exigences supplémentaires sur la forme authentique.

Le droit fédéral écrit concernant la forme authentique dans le domaine des testaments publics et des pactes successoraux (art. 499 ss, 512 CC) prête à confusion; il conduit régulièrement à l'invalidité des dispositions à cause de mort. Pour cette raison, il ne peut guère servir d'exemple pour les législations cantonales relatives à l'instrumentation des actes authentiques. Il n'y a pas lieu d'examiner dans le présent cadre, qui a trait aux exigences minimales du droit fédéral relatives à la forme authentique, si les règles spéciales prévues dans le droit successoral relatives à la forme d'établissement des dispositions de dernière volonté sont justifiées; tel sera éventuellement le cas lorsque sera abordé le traitement de la motion 10.3524 Moderniser le droit des successions.

## **1.3 Minute électronique**

### **1.3.1 Situation initiale**

D'après le droit actuel, l'original de l'acte authentique, à savoir la minute qui constate par écrit le résultat de la procédure principale qui s'est déroulée devant l'officier public, doit être établi sur un document sur papier. La minute doit, en règle générale, être comprise comme étant l'acte authentique qui, d'une part, reste sous la mainmise de l'officier public qui a instrumenté l'acte, et qui d'autre part, doit être remise à une autorité étatique pour conservation à la fin de son activité professionnelle.

L'actuel article 55*a*, alinéa 1, tit. fin. CC permet à l'officier public d'établir une expédition électronique de la minute établie sur un support en papier dans la phase posté-

rière à la procédure d'instrumentation. Le document sur papier doit alors être scanné (art. 10, al. 2, de l'ordonnance du 23 septembre 2011 sur l'acte authentique électronique, OAAE; RS 943.033). Après avoir joint au document électronique la formule confirmant que le document scanné est conforme à la minute ou à l'extrait correspondant de celle-ci (art. 10, al. 3, OAAE), l'officier public doit signer le document au moyen d'une signature électronique qualifiée en application de l'article 3, alinéa 1, OAAE.

L'expédition électronique remplace le document original dans les communications et les transactions électroniques (art. 5, al. 2, OAAE). Cette solution s'inspire de la réglementation existant dans les cantons qui connaissent déjà l'expédition sur papier qui a une fonction de représentation et a pleine force probante dans les rapports juridiques. Il en découle que les expéditions électroniques sont équivalentes à celles établies sur un support en papier (art. 5, al. 1, OAAE).

Dans les cantons qui ont introduit la possibilité de communiquer et de conduire des transactions par voie électronique, les expéditions électroniques peuvent être transmises avec plein effet aux autorités cantonales, en particulier aux offices du registre foncier et du registre du commerce.

Même si l'adoption de l'article 55a, alinéa 1, tit. fin. CC a constitué un pas important vers une instrumentation électronique des actes authentiques, elle ne constitue qu'un compromis car elle n'est pas conséquente.

En effet, les officiers publics se servent déjà depuis des décennies d'un ordinateur pour rédiger leur actes sur papier. Ainsi, les projets de minutes sont régulièrement préparés sous une forme électronique. Les officiers publics n'ont cependant pas le droit de dresser directement les minutes sur l'ordinateur; pour cette raison déjà, ils ne peuvent les utiliser dans le cadre des communications et des transactions électroniques. Ils doivent, au contraire, procéder en plusieurs étapes. Les officiers publics doivent tout d'abord imprimer sur papier le projet préparé sur leur ordinateur pour en dresser un acte authentique, la minute. S'ils souhaitent utiliser l'acte authentique qui en résulte dans le commerce électronique, ils doivent procéder à une nouvelle transformation en le scannant sur l'ordinateur. Ils doivent agir ainsi alors même que le projet existe déjà à l'origine sous une forme électronique. Ce processus constitue un aller et retour inutile qui n'améliore en rien la qualité du résultat final. L'efficacité de l'ensemble s'en trouve affectée.

La procédure prévue par le droit actuel entraîne également une rupture de medium. Les cantons qui veulent autoriser la possibilité de communiquer et de conduire des transactions par la voie électronique doivent pouvoir le faire sans qu'il y ait une telle rupture. Lorsque le droit fédéral prévoit cependant que l'officier public doit dresser la minute sur papier pour pouvoir instrumenter sur cette base un acte apte au commerce électronique avec pleine force probante, on est en présence d'une rupture de medium. A long terme, il devient alors inévitable de tenir les actes de manière hybride.

Dans ce contexte, la conservation de ces actes mérite également réflexion. Les documents électroniques requièrent moins de place que les documents sur papier. Cet avantage est largement perdu dans le système dual actuel, car toutes les minutes doivent tout d'abord être établies sur papier et conservées en lieu sûr.

Les expéditions électroniques établies par voie électronique sont signées au moyen d'une signature électronique qualifiée; de cette façon, ils obtiennent une protection renforcée contre les modifications non autorisées. De par la loi, les expéditions électroniques ont une pleine force probante et cela de manière illimitée (art. 9 CC en corrélation avec l'art. 5 OAAE). Mais on admet que la protection contre les falsifications

des documents signés électroniquement diminue cependant considérablement avec le temps (cf. Message du 3 juillet 2001 relatif à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique [SCSE], FF 2001, p. 5452). Si un document électronique est tenu pour protégé contre les falsifications malgré le fait qu'il ne possède plus cette qualité, il en découle des conséquences gravissimes s'agissant de sa fiabilité et de sa force probante. Pour cette raison, le législateur a l'obligation de poser des exigences dans le domaine des actes authentiques électroniques afin de combattre cette insécurité découlant de l'évolution de la technique.

### **1.3.2 Les nouvelles règles proposées**

Le projet fait de manière conséquente le pas vers une instrumentation entièrement électronique des actes authentiques. Dorénavant, pour pouvoir créer un document électronique ayant une pleine force probante, l'officier public n'aura plus besoin de dresser, dans une première étape, la minute sur papier puis d'établir sur cette base, dans une seconde étape, un document électronique dans la phase postérieure à l'instrumentation. Au contraire, les cantons pourront autoriser les officiers publics à instrumenter de manière électronique leurs actes, soit dresser la minute électronique (constituant l'original de l'acte), déjà au cours de la procédure principale. La minute électronique sera apte au commerce électronique en tant qu'acte authentique électronique valable avec une pleine force probante.

Les actes authentiques sur papier sont conservés conformément aux règles prévues par le droit cantonal. En parallèle, il est proposé d'introduire une obligation de conservation pour les actes authentiques électroniques. Cela implique l'obligation de tenir un registre notarial conçu comme un journal des instrumentations des actes authentiques électroniques, à même de renseigner sur toutes les affaires électroniques qui ont été exécutées.

Pour cela, il est nécessaire d'adopter les bases légales appropriées. Dans la définition légale proposée de la forme authentique (art. 55 tit. fin. AP-CC), il est renoncé à nommer un support ou un médium particulier sur lequel l'acte authentique doit être dressé. La définition contient toutefois deux précisions: d'une part, la consignation des déclarations constitutives d'un acte juridique doit avoir lieu en une forme prescrite et selon une procédure prévue à cet effet. D'autre part, le résultat de cette consignation doit avoir lieu sur un document. Cette conception de base demeure. L'introduction de la minute électronique ne changera donc rien à la notion ainsi qu'à la fonction de l'acte authentique.

En rendant possible la minute électronique, le spectre des actes authentiques admis par la loi est élargi (cf. art. 10, al. 1, OAAE). Le projet prévoit l'existence d'une minute exclusivement sous forme électronique, en tant que produit de la procédure principale de l'instrumentation juridique d'un acte authentique. Cette minute n'apparaîtra, en tant que telle, que sous la forme d'un fichier dans un format de données fixé par le législateur, c'est-à-dire sans reproduction matérielle ou tactile sur papier.

Dans ce but, le catalogue de l'article 55a tit. fin. CC, qui contient déjà les expéditions et les légalisations sous forme électronique, est étendu à la minute électronique.

Pour l'établissement de la minute électronique, le point de départ est donné par la procédure prévue par l'OAAE en ce qui concerne les expéditions électroniques. Comme les détails de l'établissement sont soumis à une évolution technique relativement rapide, les dispositions de la loi doivent être formulées de manière aussi neutre que possible sur le plan technologique, c'est-à-dire en évitant une focalisation sur

une solution technique spécifique. Il convient de renoncer à une réglementation de détail au niveau de la loi. Comme pour le processus prévu par l'OAAE, les détails de l'établissement de la minute électronique doivent faire l'objet de dispositions d'exécution.

La loi doit cependant fixer les piliers garantissant la fiabilité de la minute électronique en tant qu'alternative à l'actuelle minute sur papier, en tenant compte des particularités des documents électroniques, notamment de leur caractère volatile et de leur dématérialisation. Car le fait que la minute soit dressée non pas sur papier, mais sur un autre medium – c'est-à-dire exclusivement en tant que document électronique – ne doit pas affaiblir sa force probante ni sa fonction de garantie des moyens de preuve.

Sur le plan du droit de la preuve, l'équivalence des actes authentiques électroniques avec ceux dressés sur papier doit être inscrite dans la loi. Cela n'est toutefois pas suffisant: d'autres exigences doivent être posées au support électronique du document ou à son utilisation.

Outre la signature électronique, qui est aujourd'hui déjà nécessaire pour l'établissement d'expéditions électroniques notamment pour protéger l'acte contre les modifications (art. 55a, al. 3, tit. fin. CC), l'avant-projet prévoit que celui devra être conservé en lieu sûr auprès d'un service de la Confédération.

Dans ce but, immédiatement après avoir instrumenté l'acte authentique électronique, l'officier public doit charger le document dans la banque de données électronique de la Confédération. A partir de ce moment, la Confédération devra veiller, en utilisant les possibilités techniques existant à ce moment, à ce que la fonction probante du fichier qui y a été stocké demeure durablement intacte.

La banque de données électronique des actes authentiques conservera les documents qui y sont stockés selon une méthode sûre dans la durée et de telle manière que l'on puisse les lire et les protéger contre les accès illicites. Ces documents ont, de par la loi, la valeur d'actes originaux électroniques déterminants. Si un acte qui s'y trouve a été modifié, il est possible de constater les différences par comparaison. Cela devrait garantir une protection durable contre les possibilités de modification.

Enfin, la banque de données des actes authentiques sera équipée d'un registre électronique des actes ayant une fonction de rôle ou de journal des instrumentations, dans lequel l'officier public devra enregistrer tous les actes authentiques. Une base légale expresse est prévue pour tenir un tel registre pour les actes authentiques électroniques, qui constitue aujourd'hui un standard dans le monde du papier.

### **1.3.3 Motifs et évaluation de la solution proposée**

L'importance de la documentation électronique augmente continuellement, tant dans la vie privée et commerciale que dans le domaine de la cyberadministration. Cette forme de documentation se caractérise par le fait que la totalité des actes existe sous forme électronique. Chacun de ces documents déploie les mêmes effets juridiques que les documents sur papier. Si cette façon de tenir les actes devait à l'avenir s'imposer de manière illimitée, il conviendrait précisément de ne pas en exclure les actes authentiques, compte tenu des règles de preuve prévues aux articles 9 CC et 179 CPC.

Il est cependant nécessaire de créer les conditions juridiques pour réaliser cela. Sinon, les minutes destinées à être utilisées dans le commerce électronique doivent au



préalable être transformées pour la tenue électronique des actes. Il se produit alors ce que l'on appelle une rupture de medium. Un tel changement de support d'information alourdit et ralentit les affaires. Pour cette raison, tant au niveau cantonal qu'au niveau fédéral, une stratégie est menée afin de permettre la tenue des actes sans rupture de medium. L'introduction de la minute électronique marque un pas important dans cette direction s'agissant de la forme légale la plus stricte et dont la force probante est la plus élevée.

La question de la propriété de la minute, réglée diversement dans les cantons, n'est pas touchée par l'introduction de la banque de données électronique des actes authentiques. La conservation centralisée de la minute électronique dans un lieu de stockage que la Confédération mettra à disposition augmentera la sécurité juridique pour les ayants droit car la minute sera disponible en permanence. Le danger d'une destruction ou d'une perte de la minute disparaît.

L'introduction de la minute électronique a un autre avantage dans le cas où l'officier public cesse son activité. L'obligation actuelle imposée à l'officier public de déposer à des fins de conservation les actes auprès d'un service désigné par l'Etat ou de les remettre à l'officier public qui lui succède pourra être organisée de manière moins onéreuse. Sauf pour les minutes sur papier, il ne sera plus nécessaire de procéder à un dépôt physique. Les originaux électroniques (documents de référence) sont alors déjà conservés de manière centralisée et sûre. De même, l'officier public qui succède n'a besoin de rien d'autre qu'un accès aux affaires qui y ont été déposées, délivré par l'autorité fédérale compétente pour la banque de données électronique des actes authentiques. Enfin, dans les affaires relevant du registre foncier, les offices du registre foncier n'ont plus besoin de recevoir les originaux des actes électroniques ni de les conserver.

L'introduction de la minute électronique et de la banque de données électronique des actes authentiques qui l'accompagne résout en outre le problème grandissant du manque de place; il n'est plus nécessaire de tenir d'archives sur papier.

L'enregistrement électronique de tous les actes dressés par voie électronique entraîne également la fin de l'obligation de tenir un registre des actes sur papier. Il n'y aura également plus de tirages imprimés du registre. L'enregistrement, par l'officier public, des actes établis sur papier en sus de ceux établis par voie électronique, améliore la clarté et la traçabilité de ces actes pour les tiers, notamment en cas de reprise de l'étude par un nouvel officier public ainsi que pour les autorités cantonales.

## 2 Commentaire des articles<sup>1</sup>

### *Art. 55 Forme authentique. Définition*

«L'instrumentation d'un acte authentique» est une activité – qui relève de la juridiction non contentieuse ou gracieuse (GULDENER, p. 9, 12) – par laquelle un officier public compétent à raison du lieu et de la matière consigne dans un document des déclarations constitutives d'un acte juridique ou d'une procédure, ou constate des faits ayant une portée juridique, dans une forme prescrite et selon une procédure prévue à cet effet. Cette définition légale correspond à celle que prévoit déjà l'article 2 de l'ordonnance sur l'acte authentique électronique (OAAE; RS 943.033) ainsi à qu'à la définition classique donnée par le Tribunal fédéral (ATF 99 II 161 c. 2a; cf. égal. Message concernant la cédule hypothécaire de registre FF 2007, p. 5073; CARLEN, p. 88). La définition de l'instrumentation de l'acte authentique contient donc cinq éléments: l'établissement d'un acte indépendant, un contenu particulier de cet acte, le respect d'une forme prévue par le droit, une procédure prévue à cet effet et la mise en oeuvre de cette procédure par un officier public compétent à raison de la matière et du lieu (RUF, n. 159).

L'instrumentation d'un acte authentique peut avoir pour objet des manifestations de volonté mais également divers processus et situations; on parle alors d'instrumentation portant sur des faits (cf. MARTI, p. 27 s., 121 s.; RUF, n. 475 ss, 484, 1499). Il incombe à la pratique d'établir une cohérence du point de vue logique et des notions entre la présente définition légale et l'instrumentation des déclarations de volonté ainsi que des processus et des situations prévue à l'article 55I, chiffre 1, tit. fin. AP-CC.

### *Art. 55a Règles cantonales*

Le droit fédéral détermine dans quels cas il est nécessaire de dresser un acte authentique et précise le contenu de droit matériel qui nécessite d'être instrumenté en la forme authentique, c'est-à-dire le périmètre couvert par l'obligation de forme (RUF, n. 143; cf. égal. ATF 125 III 133 c. 4b). Sauf pour les testaments, les pactes successoraux, les donations à cause de mort et les contrats d'entretien viager (art. 499 ss, art. 512, al. 1, CC, art. 245, al. 2, art. 522, al. 1, CO), il appartient aux cantons d'établir de quelle façon l'instrumentation des actes authentiques doit être effectuée; cet article reprend sans changement l'article 55, alinéa 1, tit. fin. CC. Le droit cantonal règle, en principe, outre l'organisation du système d'instrumentation des actes authentiques, la procédure à suivre lors de cette instrumentation (SCHMID, p. 38). Toute-

---

<sup>1</sup> *Bibliographie:* CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundsrecht, Zurich 1993; LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zurich 1976; CLAUDIA ECKERT, IT-Sicherheit, 6<sup>e</sup> éd., Munich 2009; MAX GULDENER, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zurich 1954; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Berne 1986; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, RNRF 69/1988, p. 228 ss; DANIEL MARKWALDER, Public Key Infrastructure, Zurich 2009; HANS MARTI, Notariatsprozess, Berne 1989; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005; ALEXANDER ROSSNAGEL et al., Scannen von Papierdokumenten, Baden-Baden 2008; PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995; SIMON SCHLAURI, Elektronische Signaturen, Zurich 2002; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, thèse Fribourg 1988 (cit. Schmid); JÜRIG SCHMID, in: Heinrich Honzell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchIT ZGB), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2011 (cit. BSK-Schmid); INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2009; ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, vol. II, 1<sup>ère</sup> moitié, Munich et Leipzig 1914; ROLF H. WEBER/ANNETTE WILLI, IT-Sicherheit und Recht, Zurich 2006.

fois, cette liberté laissée aux cantons de décider des modalités est limitée par les exigences minimales du droit fédéral (ATF in RNR 81/2000, p. 75 c. 4; SCHMID, p. 38; BRÜCKNER, n. 6).

Non seulement les cantons sont habilités, mais ils sont surtout tenus par le droit fédéral de déterminer pour leur territoire les modalités de la forme authentique. Cette obligation résulte de l'idée que les règles cantonales correspondantes constituent les conditions nécessaires à la réalisation du droit privé fédéral (SCHMID, p. 39; MARTI, p. 33).

Le droit fédéral ainsi que le droit cantonal déterminent si l'instrumentation est valable dans un cas donné (SCHMID, p. 30). D'innombrables questions dans le domaine de l'organisation de l'instrumentation demeurent réservées à la réglementation cantonale (cf. SCHMID, p. 77 ss). Dans ce cadre, il existe divers modèles, notamment en ce qui concerne les effets de la violation des règles cantonales sur l'instrumentation des actes: selon BRÜCKNER, il est dans l'intérêt de l'harmonisation du droit d'exiger que la nullité cantonale soit ignorée et que l'on considère l'acte comme étant valablement formé lorsque les exigences minimales du droit fédéral ont été respectées (BRÜCKNER, n. 37). Le présent projet ne suit pas cette théorie; dès lors que le droit cantonal règle les détails de l'instrumentation de l'acte authentique, il doit également dire s'il s'agit d'une règle de validité de l'acte ou d'une simple prescription d'ordre (ATF 106 II 151 c. 3). Il va de soi que les cantons doivent garder le sens des proportions: n'importe quelle violation d'une règle ne doit pas nécessairement conduire à l'invalidité de l'acte. Les règles de validité d'un acte sont celles qui sont indispensables à l'établissement d'un acte authentique en considération des divers objectifs visés par la forme authentique. Lorsque le droit cantonal qualifie une règle de procédure de règle de validité de l'acte alors que ladite règle ne justifie pas une telle qualification compte tenu des objectifs poursuivis par la forme authentique, elle sera considérée comme arbitraire (MARTI, p. 80). Il est proscrit aux cantons d'entraver ou de rendre impossible l'application du droit civil fédéral au moyen de prescriptions de procédure ou de forme (ATF 106 II 150 c. 2b; SCHMID, p. 59); en d'autres termes, les cantons n'ont pas le droit de faire dépendre la validité d'un contrat soumis à la forme authentique de l'instrumentation d'un fait que le droit fédéral ne soumet à aucune prescription de forme. Ainsi, lorsque le droit fédéral n'impose aucune forme à la représentation, il n'est pas possible de faire dépendre la validité d'un acte authentique de l'existence d'une procuration légalisée (ATF 99 II 162 c. 2a/b). De même, le coût de l'instrumentation ne doit pas être prohibitif (BRÜCKNER, n. 20).

En cas de violation d'une règle de validité, l'acte authentique n'existe pas; à l'inverse, la violation d'une prescription d'ordre donne tout de même lieu à un acte authentique; l'officier public peut toutefois s'exposer à une sanction disciplinaire ou engager sa responsabilité civile (RUF, n. 147, 1298). Les conséquences de droit civil d'une violation d'une règle de validité cantonale doivent être appréciées exclusivement au regard du droit fédéral (SCHMID, p. 80; autre avis: ATF 106 II 151 s. c. 3, le droit cantonal est déterminant non seulement pour décider si la violation de la règle de forme rend l'affaire invalide, mais également si cette invalidité a des effets relatifs ou absolus).

L'officier public peut engager sa responsabilité civile, disciplinaire et pénale. Ainsi:

- Les relations entre l'officier public et les parties à l'acte, pour autant qu'elles aient pour objet l'instrumentation de celui-ci, ne sont pas soumises aux règles du droit des obligations relatives au mandat, mais en principe au droit public cantonal, même lorsque le droit cantonal n'a pas chargé de l'instrumentation un fonctionnaire, mais un notaire indépendant ou un avocat. La responsabilité

des officiers publics indépendants pour les dommages causés aux parties dans l'instrumentation d'un contrat n'obéit alors pas à l'article 398 CO. C'est au contraire l'article 61, alinéa 1, CO qui est applicable: selon celui-ci, la Confédération et les cantons peuvent adopter des dispositions dérogeant aux règles prévues aux articles 41 ss CO en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge. Compte tenu de l'interprétation large de l'article 61 CO donnée aux fonctionnaires et employés publics, l'officier public entre également dans cette définition, même s'il ne se trouve pas dans un rapport de service de droit public avec l'Etat, mais qu'il exerce sa profession de manière indépendante. Il n'existe pas de règle fédérale au sujet de la responsabilité des notaires pour les dommages causés dans l'instrumentation des actes authentiques. Si le canton n'a pas réglé cette responsabilité, ce sont, conformément à l'article 61, alinéa 1, CO, les prescriptions des articles 41 ss CO qui s'appliquent, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'un officier public fonctionnaire ou indépendant (ATF 90 II 277 s. c. 1).

- Indépendamment des responsabilités civile et pénale ou en sus de celles-ci, l'officier public est soumis au droit disciplinaire du canton (CARLEN, p. 44, 48, 145 s.). Le droit disciplinaire vise à assurer que l'instrumentation des actes authentiques a lieu conformément au droit qui la régit et à maintenir la confiance du public dans le notariat (RUF, n. 1119). Dans la plupart des cantons, les peines disciplinaires comprennent – selon un échelonnement progressif des sanctions – le blâme, l'amende et la suspension provisoire ou l'interdiction définitive d'exercer une activité officielle ou professionnelle dans le domaine du notariat (BRÜCKNER, n. 3565).
- La responsabilité pénale d'un officier public est notamment engagée lorsque l'officier public s'est rendu coupable d'un faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques selon l'article 317 CP au moment de l'instrumentation.

#### *Art. 55b Formation des officiers publics*

Les cantons déterminent les conditions d'admission à l'exercice de la profession d'officier public; dans l'aménagement des dispositions correspondantes, les cantons sont libres dans une large mesure (ATF in RNRF 81/2000, p. 75 c. 4). Dès lors que le devoir d'information constitue une exigence minimale du droit fédéral (art. 55e tit. fin. AP-CC), les officiers publics doivent, en vertu du droit fédéral, disposer des connaissances spécialisées indispensables à l'établissement des actes authentiques connus en droit suisse (BRÜCKNER, n. 3448) et au devoir d'information qui y est rattaché (SCHMID, p. 46; MOOSER, n. 62); qu'il s'agisse du notariat d'Etat ou du notariat indépendant (cf. MOOSER, n. 62), l'instrumentation d'actes authentiques par un officier public ne disposant pas des connaissances spécialisées suffisantes «se transforme en farce» (MARTI, p. 35 n. 11).

Notamment la loi du 22 novembre 2005 sur le notariat du canton de Berne (LN) exige, outre une formation pratique dans le canton (art. 5, al. 2, let. b, LN), une licence ou un diplôme de master en droit d'une université suisse ou un diplôme équivalent délivré par une université de l'un des Etats qui ont conclu avec la Suisse un accord de reconnaissance mutuelle des diplômes et qui assurent la réciprocité pour l'admission à l'examen de notaire (art. 5, al. 2, let. a, LN). A l'inverse, aucune exigence minimale du droit fédéral n'impose une formation universitaire.

#### *Art. 55c Actes authentiques en langue étrangère*

Cette disposition reprend sans changement matériel l'article 55, alinéa 2, tit. fin. CC. Sur la base de cette disposition, il doit être possible dans chaque canton de dresser des actes authentiques «en langue étrangère». Ainsi, les cantons ne sont pas autorisés à restreindre la langue des actes à une ou plusieurs langues nationales ou officielles; au contraire, l'acte authentique doit, dans la mesure où il existe un intérêt justifié, être rédigé dans la langue souhaitée par les parties (SCHMID, p. 39, 53). Si les cantons déterminent tout de même dans quelle langue un acte authentique doit être rédigé (cf. CARLEN, p. 96), de telles règles ne peuvent être comprises que comme des règles d'ordre, car les prescriptions cantonales qui font dépendre la naissance d'un acte authentique ou la validité d'une affaire ayant fait l'objet d'une instrumentation de l'utilisation d'une langue déterminée entravent la forme authentique de façon contraire au droit fédéral (BRÜCKNER, n. 1277). Dès qu'une partie à la procédure d'instrumentation ne comprend pas le contenu d'un acte authentique à cause de la langue, ledit acte ne prend pas naissance, car la partie à la procédure n'a pas eu juridiquement connaissance de façon suffisante du contenu du projet d'acte (RUF, n. 1328, 1426) ou l'approbation n'a pas eu lieu correctement (cf. art. 55i, al. 1 et 2, art. 55l, ch. 3, tit. fin. AP-CC). Il n'est pas nécessaire qu'une partie à la procédure «maîtrise» parfaitement la langue utilisée dans l'acte; ses connaissances linguistiques doivent néanmoins suffire à comprendre l'acte, ce qui dépend du degré de difficulté de la langue utilisée dans celui-ci (MARTI, p. 113). Si une partie à la procédure ou l'officier public ne comprend pas suffisamment la langue de l'acte, il est nécessaire de faire appel à un traducteur (SCHMID, p. 53).

#### *Art. 55d Obligation d'instrumenter*

Conformément à l'*alinéa 1*, l'obligation d'instrumenter est l'obligation de l'officier public de procéder à l'instrumentation d'un acte lorsqu'il en est requis (CARLEN, p. 116). Lorsqu'une demande de procéder à l'instrumentation d'un acte tombant dans son champ de compétence est adressée à un officier public, ce dernier est tenu par le droit fédéral d'y procéder – y compris dans le cas du «notariat indépendant» – (SCHMID, p. 42).

L'obligation d'instrumenter est le corollaire du monopole d'instrumentation accordé par l'Etat (CARLEN, p. 116; MARTI, p. 57; RUF, n. 618). Lorsque le droit civil prescrit la forme authentique pour certains actes juridiques et qu'il laisse en outre aux co-contractants une forme réservée à un contrat dans le cadre de l'article 16 CO, les cantons doivent veiller à ce que l'instrumentation des actes authentiques soit disponible pour chacun (RUF, n. 615); cette possibilité ne doit pas être laissée à la discrétion de l'officier public (MARTI, p. 57 s.; RUF, n. 615, 619). L'obligation d'instrumenter résulte d'une part du droit fondamental de l'égalité devant la loi prévu dans la constitution (art. 8, al. 1, cst.) qui garantit ainsi à chacun de la même manière le droit d'obtenir l'instrumentation d'un acte authentique (CARLEN, p. 116; MARTI, p. 58; RUF, n. 619; SCHMID, p. 42), et d'autre part de l'interdiction du déni de justice prévu à l'article 29, alinéa 1, cst. (MOOSER, n. 143; RUF, n. 622). L'obligation d'instrumenter doit notamment assurer que les officiers publics indépendants ne se soustraient pas aux affaires désagréables ou peu lucratives (BRÜCKNER, n. 837, 870; RUF, n. 635).

L'obligation d'instrumenter n'est pas pure et simple (RUF, n. 654); conformément à l'*alinéa 2*, l'officier public peut refuser l'instrumentation lorsqu'existent de justes motifs (SCHMID, p. 42 s.), par exemple parce qu'il se trouverait en opposition avec l'obligation de véracité (MOOSER, n. 141, note de pied 303), qu'il existe un cas de récusation (MOOSER, n. 148), qu'il est manifeste que le contenu de l'instrumentation est impos-

sible, contraire au droit ou aux moeurs, ou encore qu'une personne participe à l'instrumentation alors qu'elle est manifestement incapable de discernement (cf. RUF, n. 658 ss).

L'officier public viole son obligation d'instrumenter – et engage sa responsabilité disciplinaire voire civile (cf. CARLEN, p. 48; MARTI, p. 39; RUF, n. 629) –, s'il donne à comprendre qu'il ne songe même pas à procéder à l'instrumentation (RUF, n. 622) ou s'il accepte l'instrumentation sans la conclure dans des délais raisonnables (CARLEN, p. 145; RUF, n. 622, 1015). L'officier public ne peut laisser traîner une affaire, mais doit la liquider rapidement. Priorité doit être donnée aux affaires urgentes, telles que l'instrumentation des dispositions de dernières volontés d'un mourant (CARLEN, p. 123).

#### *Art. 55e Devoir d'information*

Le devoir d'information constitue une exigence minimale du droit fédéral (MARTI, p. 35): il incombe surtout à l'officier public «d'éclairer les deux parties au contrat sur la portée de leurs obligations» (ATF 90 II 284 c. 8). L'étendue de ce devoir est déterminée par le droit cantonal; le sens et le but de l'acte authentique obligent déjà l'officier public à donner un minimum d'informations: d'une part, l'intention contractuelle doit parfaitement être instruite et retranscrite dans une forme de contrat valable et adéquate, d'autre part, l'officier public doit rendre attentives les parties des défauts et des risques de l'acte juridique envisagé (SCHMID, p. 45 s.). L'information a avant tout lieu dans la phase préparatoire de l'instrumentation (CARLEN, p. 124), ce qui n'exclut pas que les parties puissent souhaiter ou estimer nécessaire d'avoir une explication juridique encore dans la procédure principale (MARTI, p. 101). L'officier public ne peut pas déléguer ce devoir d'information à un auxiliaire (Office fédéral de la justice, RNRF 64/1983, p. 346). Il appartient à la doctrine et à la jurisprudence de dire dans quelle mesure le devoir d'information existe également s'agissant de l'instrumentation d'actes de constatation (vgl. MOOSER, n. 701 et réf. cit.).

L'étendue du devoir d'information dépend des circonstances propres à chaque cas (CARLEN, p. 125, 142; RUF, n. 940). Il peut être renoncé à l'information lorsque les parties disposent d'une formation juridique, sont rompues au commerce et qu'elles disposent des connaissances tant formelles que matérielles; une telle information doit être donnée dans les cas où les parties sont peu au courant de la vie juridique, sont inexpérimentées et ne sont pas en situation d'apprécier la portée et les conséquences juridiques de l'acte, et elle doit alors être d'autant plus importante (CARLEN, p. 125). «L'étendue du devoir d'information s'apprécie en fonction des besoins des parties à l'acte, c'est-à-dire en fonction de la nature de l'affaire et des connaissances des personnes à renseigner [...]. L'étendue ainsi appréciée, il ne peut alors être renoncé à l'information; le notaire doit renseigner les parties à la procédure sur le contenu du contrat de même que sur sa forme juridique et ses conséquences juridiques» (ATF in RNRF 81/2000, p. 62). Il y a également un devoir d'information lorsque l'acte présenté à l'officier public a été préparé par les parties (CARLEN, p. 125). Si les parties ne se laissent pas informer, l'officier public doit refuser l'instrumentation (ATF 90 II 283).

Le devoir d'information par l'officier public implique que les parties soient renseignées au sujet de la forme et du type du contrat ainsi que de sa portée et de ses conséquences juridiques (CARLEN, p. 124).

- Le devoir formel d'information a trait aux renseignements donnés au sujet de la forme qu'un acte juridique doit observer ainsi que des diverses procédures

d'instrumentation à respecter (cf. CARLEN, p. 124; RUF, n. 885). Si plusieurs formes sont possibles, l'officier public doit informer des avantages et des inconvénients de l'une ou l'autre de celles-ci (RUF, n. 886).

- Le devoir matériel d'information a trait aux renseignements donnés au sujet du contenu de l'acte et de sa signification; il concerne les explications que l'officier public donne aux parties à la procédure s'agissant du contenu du contrat, des termes juridiques utilisés ainsi que de ses conséquences juridiques (cf. CARLEN, p. 124; RUF, n. 899). Pour les affaires immobilières en particulier, le devoir d'informer comprend une orientation au sujet de la situation juridique de l'immeuble telle qu'elle est révélée par le registre foncier et telle qu'elle résulte de la loi (ATF in RNR 81/2000, p. 62). L'officier public doit rendre les parties attentives aux conséquences de droit civil de dispositions contractuelles qui apparaîtraient impossibles, illicites ou contraires aux mœurs (CARLEN, p. 124 s.; RUF, n. 901). La question de savoir si le devoir d'informer comprend également une obligation de renseigner sur les conséquences fiscales et dans quelle mesure est controversée (cf. MOOSER, n. 236 ss; RUF, n. 909); néanmoins, le droit cantonal peut imposer à l'officier public une telle obligation de renseigner en matière fiscale (ATF 4C.146/2002, c. 2.2 et 2.3).

Le devoir d'information ne s'étend en principe pas à la question de savoir si une transaction est avantageuse ou non; l'officier public n'est pas «le conseiller économique des parties» (RUF, n. 906). L'officier public n'a pas à examiner si le prix de vente déclaré dans l'acte correspond à la valeur réelle du bien-fonds, d'autant plus que ce n'est pas à lui d'éviter qu'un bien-fonds soit vendu trop bon marché ou trop cher. Le montant du prix de vente est une affaire qui relève seulement des parties (ATF 50 II 147 c. 3). Le devoir d'information de l'officier public ne s'étend pas, ou seulement dans des cas exceptionnels, aux aspects économiques de l'acte juridique (ATF in RNR 81/2000, p. 62). Néanmoins, le contenu du contrat ne doit pas conduire à la lésion d'une partie au contrat conformément à l'article 21 CO; c'est alors que commence un devoir d'information sur les conséquences économiques d'un acte (RUF, n. 911 ch. 2.5; se prononçant en faveur d'un devoir d'information déjà avant que le seuil de la lésion soit atteint: BRÜCKNER, n. 1761).

- Pour les prestations de notariat, le prix effectivement à payer doit être indiqué en francs suisses en vertu du droit fédéral (art. 10, al. 1, let. v, de l'ordonnance sur l'indication des prix, OIP; RS 942.211)

A l'inverse de l'«information», le «conseil» notarial consiste à offrir une comparaison entre diverses variantes. Les parties qui ont été dûment informées savent ce qu'elles font; celles qui ont été conseillées de manière complète savent en outre pourquoi elles ont choisi telle solution plutôt qu'une autre (BRÜCKNER, n. 1728 s., 1783 ss). Le conseil juridique ne fait pas partie des obligations professionnelles de l'officier public; celui-ci peut cependant offrir un tel conseil dans le cadre d'un mandat de droit privé (RUF, n. 902, 931, 937, 1082).

Une information insuffisante ou erronée n'empêche pas l'acte authentique d'être venu à chef (MOOSER, n. 681; ATF 63 II 363 c. 2 conc. une disposition à cause de mort); toutefois l'officier public peut être tenu pour responsable sur le plan civil ou disciplinaire (BRÜCKNER, n. 1561, 1774 et note de pied 123; RUF, n. 881, 943). Sur le plan du droit civil, celui qui a été mal orienté ou l'a été de manière inexacte a la possibilité de faire invalider l'acte notamment pour erreur essentielle (art. 24, al. 1, ch. 4 CO; RUF, n. 882).

## Art. 55f Impartialité

Sans égard aux dispositions cantonales relatives à l'obligation de se récuser et aux incompatibilités, le droit fédéral exige déjà un minimum d'impartialité. Cela résulte du principe d'égalité devant la loi ainsi que du caractère officiel de l'instrumentation (SCHMID, p. 43). L'instrumentation des actes authentiques est en effet une activité officielle, qui participe de la souveraineté de l'Etat et l'officier public est lui-même un organe de l'Etat. Cela est valable indépendamment de la question de savoir si le droit cantonal a confié l'instrumentation à un fonctionnaire, à un notaire selon le système du «notariat latin» ou à un avocat (ATF 128 I 281 c. 3; cf. égal. ATF in RNR 81/2000, p. 408 c. 3b); l'indépendance et la neutralité du notaire selon le «notariat latin» sont également essentiels (ATF in RNR 89/2008, p. 372 c. 3.3). En particulier l'implication du «notaire de village» dans l'ensemble des affaires immobilières locales, dans la majorité des successions, dans d'innombrables affaires matrimoniales ou familiales ainsi que dans d'autres problèmes juridiques de la population résidente en fait un personnage important et, dans ce contexte, il ne faut pas méconnaître le risque d'abus de pouvoir et de partialité de ces notaires au vu de leur intégration dans la catégorie supérieure de la population locale (BRÜCKNER, n. 731).

A l'inverse de l'avocat, l'officier public ou le notaire est l'homme du centre pour les deux parties («Mann der Mitte für beide Parteien» selon l'Obergericht du canton de Lucerne, cit. par MOOSER, n. 241). C'est pourquoi l'activité notariale doit être exercée de manière impartiale (*al.* 1); en tant qu'agent de confiance impartial, l'officier public doit sauvegarder les intérêts des parties de manière objective (RUF, n. 988, 1001). En particulier l'ancrage de l'officier public dans la vie économique – par ex. une activité principale dans une société commerciale – est propre à affaiblir son indépendance et à ruiner la confiance dont le citoyen a besoin lorsqu'il fait appel à ses services. Selon le Tribunal fédéral, les bons arguments ne manquent pas pour admettre qu'une participation active d'un officier public dans n'importe quel secteur de l'économie peut porter préjudice à la neutralité que l'on est en droit d'attendre de lui (ATF in RNR 81/2000, p. 409; cf. égal. ATF in RNR 89/2008, p. 372 c. 3.3; ATF in RNR 74/1993, p. 52 c. 3b). L'impartialité est une obligation professionnelle de l'officier public et ne concerne que son activité principale; s'agissant de ses activités accessoires, l'obligation de sauvegarder les intérêts de son mandat résulte régulièrement des règles sur le mandat (RUF, n. 989 s.).

L'officier public doit faire preuve d'une prudence accrue lorsqu'il instrumente sur la base d'un projet de contrat préparé par l'une des parties. Etant donné que certaines formulations du projet sont susceptibles de représenter les intérêts unilatéraux d'une partie, l'officier public doit examiner le contenu de l'acte avec une attention toute particulière (RUF, n. 1002). L'officier public doit veiller à ce que des tiers non autorisés, tels que par exemple un courtier en immeubles, assiste à l'instrumentation et qu'il en résulte un risque d'influence sur une partie à la procédure (CARLEN, p. 123; RUF, n. 1012). Dans le cas où un officier public exerce parallèlement la profession d'avocat, il lui est proscrit de représenter en tant qu'avocat l'une des parties dans un litige dont l'objet est un acte authentique qu'il a lui-même dressé (CARLEN, p. 123; RUF, n. 1013; ATF in RNR 92/2011, p. 124 ss, 127 ss, 135 ss).

L'impartialité d'un officier public résulte d'une variété de devoirs individuels (cf. RUF, n. 1001, 1005 ss); dans son essence, il est veillé à sa garantie par l'obligation de se récuser (*al.* 2). L'officier public, en tant qu'organe de la juridiction publique gracieuse, doit instrumenter de manière objective et impartiale; dans l'exécution des tâches publiques, l'officier public ne doit avoir aucun intérêt personnel à l'affaire (RUF, n. 721). Le devoir de récusation constitue une obligation impérative pour l'officier public; les



parties ne peuvent pas l'en délier (RUF, n. 737).

Même si le devoir de récusation, en cas d'implication personnelle de l'officier public ou de personnes qui lui sont proches, est imposée par le droit fédéral (SCHMID, p. 43; MARTI, p. 21), les motifs eux-mêmes sont arrêtés par le droit cantonal (MOOSER, n. 156). Pour les procédures régies par le droit fédéral, le devoir de récusation obéit cependant à l'article 503 CC.

Les cas suivants constituent généralement des motifs de récusation: une participation personnelle formelle, lorsque l'officier public intervient lui-même comme partie à la procédure (cf. CARLEN, p. 117; RUF, n. 755); de même, une participation personnelle matérielle, lorsque l'officier public est intéressé à l'objet de l'instrumentation, en acquérant des droits, en y renonçant ou encore en s'obligeant (cf. CARLEN, p. 117; RUF, n. 759); enfin, l'implication de personnes physiques, de sociétés commerciales ou de personnes morales qui lui sont proches (cf. MARTI, p. 59; CARLEN, p. 117 ss). Les cas de récusation sont plus limités lorsqu'il s'agit de l'instrumentation d'actes de constatation que de celle de déclarations de volonté (MOOSER, n. 706 et les réf. cit.).

En principe, la violation du devoir d'impartialité et de récusation n'empêche pas l'acte d'être venu à chef (MOOSER, n. 244, 681). Mais les cantons peuvent régler les effets de la violation de ces devoirs par des prescriptions d'ordre et – par ex. en cas de participation personnelle de l'officier public – de validité; l'officier public peut notamment engager sa responsabilité disciplinaire et civile (MOOSER, n. 167, 244).

#### *Art. 55g Devoir de véracité*

En cas d'instrumentation d'un acte authentique, le devoir de véracité est inséparable de sa fonction probante. Seul le devoir de véracité imposé aux officiers publics, dont la violation est sanctionnée pénalement, justifie que l'article 9 CC accorde le privilège d'une force probante accrue à l'acte authentique. Etant donné que la fonction probante de l'acte authentique ainsi que la sanction pénale de la violation du devoir de véracité relèvent du droit fédéral, cette obligation d'instrumenter les actes authentiques de façon conforme à la vérité doit impérativement constituer un principe du droit fédéral (HUBER, p. 239; cf. égal. ATF 118 II 34 c. 3d).

Le devoir de véracité prévu à l'*alinéa 1* suppose pour l'essentiel que l'officier public, d'une part, perçoive lui-même les faits, par l'usage de ses sens – avant tout par la vue et l'ouïe – et, d'autre part, qu'il ne procède à aucune constatation dont il sait qu'elle ne correspond pas à la réalité (cf. CARLEN, p. 120 s.; SCHMID, p. 44). L'officier public n'est en droit d'instrumenter que les faits qu'il a perçus lui-même; cela est d'autant plus vrai que la force probante accrue de l'article 9, alinéa 1, CC ne couvre que ce que l'officier public peut constater de manière fiable «sur la base de sa propre perception» (ATF 110 II 3 c. 3a). Il n'est cependant pas nécessaire que l'officier public ait perçu «directement» par ses propres sens les faits à instrumenter; on peut par exemple instrumenter une naissance sans l'avoir vue, en se fondant sur les indications de la personne qui l'a déclarée (ATF in RNRF 33/1952, p. 78 s.).

Le contenu du devoir de véracité échappe à une formulation simple, ce d'autant qu'il convient de distinguer différents cas de figure:

- Fait partie de l'obligation de véracité la transcription fidèle de la volonté des parties (CARLEN, p. 141; ATF 78 IV 112). Dans le cas de l'instrumentation d'une déclaration de volonté, le devoir de véracité de l'officier public ne peut cependant pas consister en une vérification exacte de la réalité matérielle de la déclaration (RUF, n. 842). L'officier public s'en remet plutôt aux indications

des parties ou les détermine en les déduisant de faits qu'il peut percevoir par ses sens; il n'instrumente pas seulement des déclarations, mais également la volonté des parties (ATF 90 II 282 c. 6; ATF in RNRf 33/1952, p. 79 c. 2). Lorsque les déclarations des parties résistent à une évaluation notariale méticuleuse, l'officier public n'est tenu à leur égard à aucune autre investigation de type inquisitorial au sujet de leur volonté ou de leurs connaissances (BRÜCKNER, n. 1716). Mais si l'officier public sait ou peut reconnaître avec l'attention requise que le contenu de la déclaration n'est pas conforme à la vérité – notamment lorsque le prix de vente d'un immeuble annoncé est trop bas –, il doit refuser l'instrumentation (CARLEN, p. 121; RUF, n. 842 s.). Il n'est pas compatible avec la nature même de l'instrumentation d'un acte authentique que l'officier public procède dans l'acte à une constatation dont il sait qu'elle n'est pas conforme à la vérité (ATF 90 II 282 c. 6).

S'agissant de l'instrumentation portant sur des faits, soit l'instrumentation des processus et des situations, le devoir de véracité ne porte en principe que sur la circonstance que la déclaration a été donnée matériellement comme l'officier public l'a constatée en la percevant par ses propres sens (MARTI, p. 123 s.; RUF, n. 853, 1507 s.). L'officier public doit ainsi également consigner au procès-verbal des propositions et des déclarations de participants dont il sait qu'elles ne sont pas conformes à la vérité, par exemple lorsqu'il instrumente une décision d'assemblée. Si l'officier public peut, en règle générale, se fier aux affirmations du président de l'assemblée, il n'a en revanche pas le droit, compte tenu de son devoir de véracité, de consigner au procès-verbal un résultat du vote dont il sait qu'il est erroné, même si le président l'a rendu public. Si, sur la base de sa propre perception, l'officier public connaît le résultat exact, il doit consigner ce dernier au procès-verbal et en informer le président (RUF, n. 853).

- Il existe des faits que l'officier public ne peut percevoir directement par ses propres sens mais dont il a connaissance indirectement en se fondant sur d'autres documents publics, ainsi par exemple dans le cas de la naissance, du décès ou du mariage d'une personne. L'officier public satisfait à son devoir de véracité s'il contrôle les actes officiels correspondants (CARLEN, p. 121; MARTI, p. 123; RUF, n. 269, 527, 857).
- L'officier public peut attester une conséquence juridique ou une relation juridique – par exemple en cas d'établissement d'un certificat d'héritier – qui est le résultat d'une conclusion logique de faits perçus par les sens (CARLEN, p. 121; RUF, n. 480, 858).

Si, dans les limites du tableau différencié susmentionné, l'officier public n'a pas perçu lui-même les déclarations de volonté, les processus ou les situations qu'il a instrumentés, ou s'il a consigné dans l'acte authentique des constatations dont il savait qu'elles ne correspondaient pas à la réalité, il n'y a pas d'acte authentique en vertu du droit fédéral (art. 55I, ch. 1, tit. fin. AP-CC). Les cantons peuvent également sanctionner disciplinairement la violation du devoir de véracité (ATF in RNRf 89/2008, p. 381, 383 s. c. 3.1).

Par contre, lorsqu'il s'agit d'obligations de contrôle à effectuer par les officiers publics dans l'exécution de mesures de police (cf. RUF, n. 489 ss, 1023 ss), la violation du devoir de véracité ne conduit pas nécessairement à l'inexistence de l'acte:

- Le contrôle de l'identité des parties à la procédure est une obligation du droit fédéral; si l'officier public omet de contrôler l'identité, il viole une obligation pro-

fessionnelle mais l'acte authentique vient malgré tout à chef (RUF, n. 1390). L'acte n'est inexistant que dans le cas où, dans l'instrumentation, il manque la désignation non ambiguë des parties qui par leurs déclarations obtiennent des droits ou s'obligent (cf. ATF 112 II 332 c. 1a; ATF in RNR 54/1973, p. 367, 369 c. 1b; art. 55/, ch. 2, tit. fin. AP-CC).

- En cas de représentation, l'officier public est tenu de vérifier l'existence d'une procuration; cela implique l'examen de l'identité du représenté et l'existence d'un rapport de représentation valable (RUF, n. 1405; cf. égal. MARTI, p. 92 s.). Lorsqu'un tiers agit au nom d'une partie, l'indication du rapport de représentation constitue une exigence minimale du droit fédéral (cf. ATF 112 II 332 c. 1a; ATF in RNR 54/1973, p. 367, 369 c. 1b). Lorsque les indications données ne permettent pas, comme l'exige le droit fédéral, d'identifier sans ambiguïté le représentant (cf. MARTI, p. 138), l'acte authentique ne vient pas à chef (art. 55/, ch. 2, tit. fin. AP-CC). On ne comprendrait, par exemple, pas pourquoi il serait permis que l'officier public indique dans le contrat un représentant qui n'apparaîtrait pas devant lui, mais qu'à l'opposé il passerait sous silence celui qui serait effectivement présent (ATF 112 II 332 c. 1a).
- L'officier public doit s'assurer de la capacité civile des parties à la procédure (MARTI, p. 92; conc. les instrumentations portant sur les faits: MOOSER, n. 700 et les réf. cit.); dans ce contexte, il est en principe en droit de présumer l'existence de la capacité de discernement d'une personne, mais il ne peut cependant ignorer les indices de son absence lorsqu'ils sont reconnaissables (BRÜCKNER, n. 986, 998 s.). Si l'officier public a des raisons justifiées de douter de la capacité civile d'une partie, il doit prendre des mesures pour la contrôler. D'une part, il doit exiger la présentation d'un certificat de capacité civile – soit une attestation émanant de l'autorité compétente de protection de l'enfant et de l'adulte selon laquelle il n'existe pas de mesures à l'égard de la personne en question – (BRÜCKNER, n. 993, 999); d'autre part, il doit, en cas de léger doute concernant la capacité civile ou de discernement d'une partie, obtenir l'avis d'un médecin et, en cas de doute important, une véritable expertise psychiatrique (ATF 124 III 344 s. c. 2c/bb; BRÜCKNER, n. 999). Le droit matériel règle les conséquences d'une incapacité civile; en cas de nullité, le notaire peut voir sa responsabilité civile et disciplinaire engagée (MOOSER, n. 189). Le juge n'est pas lié par l'attestation notariée relative à la capacité civile d'une personne (ATF 124 III 9 c. 1c; BRÜCKNER, n. 997).

La clarté de la rédaction de l'acte authentique (*al.* 2) constitue la contrepartie de l'instrumentation conforme à la vérité (RUF, n. 868). L'acte authentique doit créer des rapports «juridiquement clairs et conformes à la vérité» et le texte de l'acte doit être clair et sans équivoque (ATF in RNR 81/2000, p. 62; RUF, n. 868 s.). L'officier public n'est pas en droit d'instrumenter des déclarations imprécises et ambiguës, même lorsque ce sont les parties elles-mêmes qui le lui demandent (RUF, n. 870). Lorsque l'officier public considère que la formulation souhaitée par les parties à la procédure n'est pas claire et qu'aucun accord n'est trouvé sur le texte, il doit refuser d'instrumenter (BRÜCKNER, n. 1837). La clarté présuppose un emploi correct et précis de la langue, y compris en ce qui concerne la qualification juridique choisie (MARTI, p. 61). L'officier public est responsable de l'absence de contradictions internes de l'acte (RUF, n. 871).

La violation de l'obligation de clarté ne conduit pas à la nullité de l'acte (MOOSER, n. 681). Un officier public qui rédige un acte contenant des imprécisions ou des contradictions peut engager sa responsabilité civile ou disciplinaire (cf. CARLEN,

p. 122, 141). Une rédaction imprécise et fallacieuse peut cependant également servir à camoufler la vérité (cf. ATF in BN 2007, p. 106 ss s'agissant d'un faux prix de vente).

Font finalement partie de la clarté, l'intégralité du contenu de l'acte: l'instrumentation doit comprendre les éléments subjectivement et objectivement essentiels du contrat (RUF, n. 168 ss, 874). En cas de non respect de la forme prescrite, l'acte est en principe nul conformément à l'article 11, alinéa 2, CO.

#### *Art. 55h Secret professionnel*

Celui qui veut faire instrumenter un acte authentique doit fait appel aux services d'un officier public et lui permettre de jeter un regard dans ses rapports personnels. Cette contrainte n'est tolérable que si l'officier public est tenu de maintenir à l'égard des tiers le secret sur les informations qu'il a obtenues (RUF, n. 945). L'instrumentation des actes authentiques ne peut être exercée de manière correcte et irréprochable que si le public a, par la garantie du secret, la confiance indispensable en la personne qui exerce cette profession (cf. ATF 112 Ib 606).

L'officier public employé par l'Etat est soumis au secret de fonction, dont la violation est punie par l'article 320, alinéa 1, CP; celui qui exerce son activité de manière indépendante est soumis au secret professionnel, dont la violation est sanctionnée par l'article 321, alinéa 1, CP: «Les [...] notaires [...] ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront [...] punis [...]». Toutes les lois cantonales sur le notariat ordonnent de manière particulière le maintien de cette obligation de garder le secret (CARLEN, p. 126); il convient donc de fixer également cette obligation en tant qu'exigence minimale du droit fédéral pour la forme authentique.

Conformément à l'*alinéa 1*, le secret professionnel porte sur tous les faits que les parties intéressées ont confiés à l'officier public en vertu de sa profession ou sur tous les faits dont celui-ci a eu connaissance – par des tiers ou sur la base de ses propres recherches – dans l'exercice de sa profession à l'intention de ces parties (cf. RUF, n. 949). L'obligation de garder le secret incombe également aux collaborateurs du notaire ainsi qu'aux auxiliaires de la procédure (*al. 3*), soit aux experts, traducteurs, personnes chargées des estimations et témoins. L'officier public est également tenu à l'obligation de secret après avoir renoncé à son activité professionnelle (CARLEN, p. 127).

Il va de soi que le secret professionnel ne porte pas sur les faits notoires; il en va de même lors les faits sont librement accessibles à chacun au travers des registres publics (cf. RUF, n. 958).

L'obligation de garder le secret n'est cependant pas absolu (*Al. 2, ch. 1–3*): elle s'efface lorsque les parties intéressées délient l'officier public de cette obligation (MOOSER, n. 252) ou que le droit cantonal prévoit que l'autorité de surveillance peut le délier de son secret professionnel (MOOSER, n. 252; autre opinion BRÜCKNER, n. 1160, 1172; cf. égal. CARLEN, p. 128); il en va également ainsi lorsque l'accomplissement correct d'un devoir professionnel – ce qui implique une collision de plusieurs obligations – exige que des tiers soient informés de certains faits (cf. MOOSER, n. 253 ss). Enfin, il n'y a pas de violation du secret professionnel lorsque l'officier public est expressément autorisé ou contraint par la loi de communiquer certains faits aux autorités (cf. MOOSER, n. 256 ss).

Une violation du secret professionnel peut entraîner des conséquences disciplinaires, civiles et pénales (CARLEN, p. 127).

*Art. 55i Procédure principale en cas d'instrumentation d'actes juridiques. Déroulement*

Dans le cadre laissé aux cantons pour légiférer, la procédure d'instrumentation peut être scindée en trois phases: la procédure préparatoire, la procédure principale et la phase postérieure à l'instrumentation (cf. HUBER, p. 236, 241; MARTI, p. 97 ss, 105 ss, 150 ss):

- La «procédure préparatoire» est antérieure à l'acte d'instrumentation proprement dit.
- La «procédure principale», c'est-à-dire l'acte d'instrumentation, comprend la prise de connaissance du projet par les parties à l'acte, puis l'approbation et, éventuellement, la signature par les parties et l'exécution de l'acte authentique par l'officier public.
- La «phase postérieure à l'instrumentation» comprend l'enregistrement ainsi que la conservation de l'acte authentique.

L'article 500, alinéa 1, CC prévoit, s'agissant du testament public: «Le disposant indique ses volontés à l'officier public; celui-ci les écrit lui-même ou les fait écrire et les donne ensuite à lire au testateur». Sur ce point, le Tribunal fédéral a reconnu que la procédure préparatoire «peut être organisée librement». La communication des volontés n'est soumise à aucune forme particulière; cette communication peut avoir lieu par le disposant lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, oralement ou par écrit. La rédaction du projet d'acte est la tâche de l'officier public; néanmoins l'utilisation d'un texte déjà formulé par le disposant ou par un tiers est admise (ATF 63 II 361 s. c. 1). Ce qui est valable pour la procédure d'instrumentation réglée par le droit fédéral doit également l'être de façon générale pour l'organisation de la procédure cantonale d'instrumentation. En particulier, la notion fédérale de l'instrumentation d'un acte authentique n'exige pas que la communication des volontés à l'officier public ait lieu par les parties elles-mêmes, ni que le projet d'acte soit dressé ou rédigé par l'officier public, ni encore que la procédure préparatoire et la procédure principale se suivent immédiatement (HUBER, p. 238; cf. égal. RUF, n. 164).

Par contre, la prise de connaissance de l'acte par les parties dans le cadre de la procédure principale constitue une exigence minimale du droit fédéral (MOOSER, n. 619 et les réf. cit.). Sur ce point, les règles cantonales sont diverses. La principale forme prévue pour cette prise de connaissance est la lecture effectuée par l'officier public; dans de nombreux cas, la lecture par les parties elles-mêmes est également autorisée. Pour l'instrumentation du testament public, le droit fédéral place la lecture par le testateur (art. 501 CC) et celle par l'officier public (art. 502 CC) sur le même pied (ATF 66 II 102). Il s'ensuit que tant la lecture par les parties que celle par l'officier public sont compatibles avec la notion fédérale de la forme authentique (HUBER, p. 241, 243). Dans ce cadre, l'officier public doit s'assurer que les parties à la procédure prennent connaissance du contenu du projet d'acte (*al.* 1). Une orientation par l'officier public sur le contenu de l'acte ne peut par exemple pas remplacer la lecture par lui-même ou par les parties (MARTI, p. 111).

- Lorsque la lecture a lieu par le notaire, cette lecture doit en principe être effectuée par le notaire personnellement; néanmoins lorsque celle-ci a lieu par un auxiliaire en sa présence, une telle instrumentation ne devrait pas violer les

exigences minimales du droit fédéral relatives à l'acte authentique (RUF, n. 1430; MARTI, p. 111). Le Tribunal fédéral a en effet jugé (ATF 118 II 277 c. 3/b/aa) qu'il était douteux que, dans la procédure de l'article 502 CC, la lecture de l'acte par l'officier public lui-même doive être considérée comme une condition de validité de l'acte, comme il l'avait décidé en 1919 (ATF 45 II 141), vu la justification donnée à l'époque et les mutations techniques intervenues depuis lors. Par contre, une lecture en l'absence de l'officier public ne correspond pas à l'instrumentation d'un acte authentique (MARTI, p. 111). Il doit être admis que les parties à la procédure lisent en outre elles-mêmes le projet d'acte dans le cadre de la procédure principale; cela ne constitue pas une interruption de la procédure principale et ne contrevient pas au principe de l'unité de l'acte prévu à l'article 55j tit. fin. AP-CC (ATF 56 II 161 c. 1; RUF, n. 1431). La doctrine se divise sur la question de savoir si le notaire doit donner lecture de l'intégralité de l'acte (MOOSER, n. 639 et les réf. cit.). La formulation proposée dans le projet, selon laquelle les parties à la procédure prennent connaissance «du contenu» du projet d'acte (*al. 1*), n'exige pas de l'officier public qu'il lise de manière servile tout le contenu de l'acte; la lecture doit toutefois comprendre tout ce qui fait partie des déclarations de volonté des parties (cf. RUF, n. 1434 ss; MARTI, p. 112). Pour les malentendants, il convient d'opter pour la lecture par les parties elles-mêmes (MARTI, p. 113).

- Dans le cas où la lecture a lieu par les parties elles-mêmes, l'officier public doit contrôler que les parties à l'instrumentation lisent effectivement le texte, et non qu'ils se contentent de le feuilleter (BRÜCKNER, n. 1912). Lorsque la lecture de l'acte par les parties a lieu en l'absence de l'officier public, il n'y a pas d'instrumentation d'un acte authentique (MARTI, p. 114).

Un acte authentique n'existe que si les parties à la procédure ont suffisamment pris connaissance du contenu de l'acte (cf. RUF, n. 1296 ch. 5). L'officier public doit veiller à s'assurer que les parties prennent de manière effective connaissance de l'acte et non qu'elles se contentent de le déclarer (HUBER, p. 243 s.). Dans la procédure principale, les parties ne peuvent également renoncer à la lecture de l'acte par le notaire ou par elles-mêmes au motif que le texte leur est déjà connu (SCHMID, p. 49).

Il est d'usage que la lecture par l'officier public ait lieu sur la base d'un texte imprimé sur papier. Mais dans le cas de l'instrumentation de la minute électronique, le principe selon lequel le projet ne doit pas être lu à l'écran ne doit pas être maintenu (cf. BRÜCKNER, n. 1904). Une impression sur papier correspondrait aussi à une rupture de medium (cf. les explications ad art. 55n tit. fin. AP-CC). En cas d'instrumentation d'une minute électronique, l'officier public lira donc directement le document dressé sur l'ordinateur ou le projettera sur grand écran avec un appareil approprié afin que les parties puissent le lire elles-mêmes. Comme c'est le cas lorsque le projet est rédigé sur papier, l'officier public pourra faire parvenir aux parties à la procédure un exemplaire électronique sur format PDF/A, afin qu'elles puissent lire et étudier le document de manière indépendante.

L'approbation donnée par les parties est une exigence minimale du droit fédéral (MOOSER, n. 653 et les réf. cit.); en d'autres termes, après avoir pris connaissance du contenu de l'acte, les parties doivent déclarer si celui-ci correspond à leur volonté (*al. 2*); les parties doivent «reconnaître» (*recognoscere*) leur volonté dans le texte de l'acte. L'officier public n'est en droit de clore la procédure d'instrumentation que si cette approbation a eu lieu (HUBER, p. 244). Le droit fédéral ne pose aucune exigence en relation avec la forme de l'approbation; elle peut être expresse ou par acte concluant – par la simple signature de l'acte – (RUF, n. 164). Ce qui, par contre, est

indispensable, c'est que l'approbation soit exprimée au cours de l'instrumentation et à l'égard de l'officier public (HUBER, p. 245). L'approbation doit être inconditionnelle, sans réserves; cela n'exclut pas que le texte de l'acte contienne des réserves et des conditions; ce n'est en effet pas l'affaire à instrumenter qui ne souffre aucune condition ni réserve, mais la déclaration d'approbation émise à l'occasion de la procédure d'instrumentation (BRÜCKNER, n. 1936 et note de pied 227). La participation des parties au contenu de l'acte, en d'autres termes leur approbation faisant suite à la lecture par l'officier public ou par elles-mêmes, est la condition indispensable de l'existence de l'acte authentique (cf. MARTI, p. 110; RUF, n. 1296 ch. 5).

L'*alinéa 3* règle l'exécution de l'instrumentation. L'officier public doit signer l'acte authentique – afin de marquer que le contenu de l'acte correspond à la volonté des parties – (SCHMID, p. 50). La signature par l'officier public (*première phrase*) est une exigence minimale du droit fédéral (MOOSER, n. 558, 656); par cette signature, l'acte est revêtu de la forme authentique (MOOSER, n. 658). La signature doit être apposée de telle manière qu'elle couvre le contenu de l'acte (ATF 106 II 149 c. 2a; SCHMID, p. 50). L'officier public ne peut pas ajouter sa signature après coup, après le départ des parties; la signature par l'officier public en présence des parties à la procédure est, en rapport à l'unité de l'acte, une condition pour que l'acte authentique vienne à chef (cf. RUF, n. 1296 ch. 6).

Le droit fédéral exige que l'acte authentique indique le nom de l'officier public qui l'instrumente et que cet acte soit daté (SCHMID, p. 57):

- Conformément à la *deuxième phrase*, l'identité de l'officier public, établie par son nom et, en règle générale, également par son prénom, constitue une exigence minimale du droit fédéral. Le Tribunal fédéral considère que l'acte authentique doit contenir, pour être valable, les données sur la personne de l'officier public et ceci de telle façon que ces données permettent d'établir sans aucun doute possible l'identité de l'officier public. Il ajoute que c'est le droit cantonal qui détermine quelles données servant à l'identification de l'officier public doivent figurer dans l'acte et sous quelle forme. Le droit fédéral exige comme élément nécessaire et suffisant que l'acte authentique lui-même permette sans ambiguïté ni doute possible d'identifier l'officier public (ATF in RNRF 78/1997, p. 286). Seule la possibilité de reconnaître l'officier public permet de juger si les règles sur la compétence à raison du lieu ou de la matière ont été observées ou s'il existe, par exemple, des motifs de récusation (SCHMID, p. 57).
- Toujours à teneur de la *deuxième phrase*, l'acte doit être correctement daté (HUBER, p. 248; autre opinion ATF 4C.314/2005, c. 2.3, qui a admis la validité formelle d'un cautionnement malgré une indication erronée de la date dans l'acte authentique); l'indication du jour de l'instrumentation suffit (BRÜCKNER, n. 1249 et note de pied 19). La date de l'établissement de l'acte indique le moment où l'affaire à instrumenter commence à déployer ses effets juridiques et joue notamment un rôle lorsque l'acte devient une pièce justificative faisant partie intégrante d'un registre public (SCHMID, p. 57). La datation doit avoir lieu au plus tard au moment de l'exécution de l'instrumentation, mais elle peut être effectuée déjà au cours de la procédure préparatoire (ATF 55 II 237).

La signature des parties n'a pas de portée propre; l'acte authentique n'est pas une écriture des parties mais la constatation formelle, par une autorité, d'une déclaration privée (GULDENER, p. 9, 12, 93; HUBER, p. 246). Ainsi, la signature des parties n'est pas une exigence minimale du droit fédéral (MOOSER, n. 558, 656; autre opinion BRÜCKNER, n. 1950 ss). Le droit cantonal applicable détermine en principe si, dans le

cas d'espèce, l'acte authentique doit être non seulement signé par l'officier public mais également par les parties à l'acte; c'est ce droit également qui décide, sous réserve de l'article 15 CO relative au remplacement de la signature, si une telle signature constitue une condition de validité de l'acte (SCHMID, p. 41 s., 78). A plusieurs endroits, par ex. à l'article 184 CC relatif au contrat de mariage, le droit fédéral exige la signature des cocontractants en plus de l'instrumentation de l'acte authentique.

Enfin, dans ce contexte, les questions particulières suivantes méritent des explications:

- Si des infirmités physiques s'opposent à l'instrumentation normale de la procédure principale – par ex. une partie est aveugle, sourde ou sourde-muette – la procédure doit se dérouler, en vertu du droit fédéral, de manière à garantir que cette partie ait pris parfaitement connaissance du contenu de l'acte et ait donné son approbation de telle manière que celle-ci soit sans équivoque; dans ce but, les réglementations cantonales relatives à l'acte authentique prévoient régulièrement des procédures « extraordinaires » (SCHMID, p. 52).
- La formule de clôture de l'instrumentation constate quelles formalités ont été observées durant la procédure d'instrumentation. Y est attesté le déroulement de la procédure principale; les faits constatés dans cette formule finale jouissent, conformément à l'article 9, alinéa 1, CC, une pleine force probante, tant que l'inexactitude de son contenu n'est pas prouvée (RUF, n. 1620). L'article 500, alinéa 3, CC exige uniquement que l'acte soit signé et daté par l'officier public. Cela signifie que la notion fédérale de la forme authentique n'exige ni formule de clôture ni, même, sceau; Il suffit que l'officier public date et signe l'acte (HUBER, p. 247; MOOSER, n. 557).

#### *Art. 55j Unité de l'acte*

Le principe de l'unité de l'acte (*unitas actus*) constitue une exigence fédérale minimale du droit fédéral (MOOSER, n. 604 et réf. cit.); il sert, d'une part, à ce que les parties aient une connaissance exacte du contenu de l'acte et, d'autre part, à ce que l'officier public soit assuré que le contenu de l'acte constitue véritablement l'expression de la volonté des parties (RUF, n. 1475). Cette maxime n'est valable que pour la procédure principale, c'est à dire pour le processus d'instrumentation (BRÜCKNER, n. 17, 2047). Le principe de l'unité de l'acte protège les parties à la procédure; il ne s'applique donc pas lorsque celles-ci – notamment dans le cadre de l'instrumentation portant sur des faits, soit l'instrumentation des processus et des situations – ne sont pas tenues de participer à la procédure principale (MARTI, p. 78, 106, 123).

Trois éléments sont déterminants (cf. RUF, n. 1476 ss):

- L'exigence de l'unité de lieu postule que les participants – c'est-à-dire les parties à l'instrumentation, l'officier public et d'éventuels auxiliaires de la procédure – soient tous présents au même lieu durant la procédure principale (*al. 1*). Sont des auxiliaires de la procédure les témoins, les experts et les traducteurs (MARTI, p. 66). Ce qui, en particulier, est indispensable, c'est que l'officier public soit présent au moins durant toute la procédure principale, qui constitue le noyau dur de l'activité d'instrumentation proprement dite. L'exigence de la présence et de la participation de l'officier public est un principe de portée générale auquel il ne peut en aucun cas être dérogé, ceci pour des raisons de sécurité du droit et compte tenu de la fonction, en particulier de preuve, assignée par le législateur à la forme authentique (Office fédéral de la justice, RNR 64/1983, p. 346). Dans l'esprit du législateur fédéral, l'officier public ne peut at-



tester de façon suffisamment fiable que les parties connaissent la teneur de l'acte et entendent ainsi faire valoir leur volonté de conclure, que s'il participe personnellement – c'est-à-dire par une perception sensorielle – à la procédure principale; seul le contact direct entre l'officier public et les parties garantit de façon suffisante que la réelle volonté de ces dernières soit traduite dans l'acte (SCHMID, p. 47). Par contre, le texte de l'acte n'a pas besoin d'être rédigé par l'officier public lui-même (CARLEN, p. 92; HUBER, p. 238).

- L'exigence de l'unité de lieu postule, d'une part, que les parties à l'instrumentation, l'officier public ainsi que les auxiliaires éventuels de la procédure soient présents «durant toute la procédure principale» au lieu de l'instrumentation (*al.* 1) et, d'autre part, que la procédure principale se déroule, conformément à l'*alinéa* 2 «sans interruption notable» (cf. CARLEN, p. 98) – «d'un seul trait» (HUBER, p. 248) –. L'acte d'instrumentation sans interruption notable est important pour l'établissement d'actes dont le contenu est clair et véridique, car ils garantissent que les parties ne perdent pas la vue d'ensemble de l'objet de l'instrumentation (SCHMID, p. 54). A partir du moment où l'acte commence à être lu par l'officier public ou par elles-mêmes jusqu'à celui de la signature, les parties à la procédure ne peuvent quitter le lieu de l'instrumentation. Des interruptions ne sont possibles que pour de brefs instants et doivent être matériellement justifiées. Si la procédure principale est interrompue pour une plus longue période, elle doit être reprise dès le début. Il n'y a pas d'interruption au sens de cette disposition lorsque l'activité est en lien direct avec l'instrumentation, par ex. une discussion du contenu de l'acte ou une explication juridique donnée par l'officier public (RUF, n. 1478 ss).
- L'unité de la procédure interdit d'ouvrir une autre procédure d'instrumentation dans le cours de la procédure pendante. Si l'officier public doit instrumenter plusieurs actes connexes, il doit en faire lecture et les signer l'un après l'autre (RUF, n. 1481).

Dans le cas du pacte successoral notamment, les parties contractantes «déclarent simultanément leur volonté à l'officier public; elles signent l'acte par-devant lui et en présence de deux témoins» (art. 512, *al.* 2, CC). Dans ce contexte se pose la question de savoir si, en cas d'actes bi- ou multilatéraux, l'accomplissement d'un acte d'instrumentation unique peut être limité à chacune des parties contractantes – instrumentation séparée ou successive – ou s'il est nécessaire d'avoir un acte d'instrumentation commun pour toutes les parties contractantes. D'un côté, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de la validité, sur le plan du droit privé, d'un contrat de vente immobilière dans un cas où les parties contractantes n'avaient pas comparu simultanément par-devant l'officier public et considéré qu'une interprétation de la loi valaisanne sur le notariat n'exigeant que l'apposition simultanée de la signature de chacune des parties et de l'officier public n'était pas arbitraire (ATF in RNR 61/1980, p. 249 ss), mais dit, d'autre part, que l'officier public n'avait pas à instrumenter seulement les déclarations de volonté des parties – «le contrat passé en la forme authentique n'est pas qu'un simple procès-verbal des déclarations données» – , mais surtout à instrumenter le contrat comme tel (ATF in RNR 33/1952, p. 79).

Une instrumentation successive ou séparée peut, par exemple, permettre à toutes les parties de comparaître personnellement par-devant l'officier public et de renoncer ainsi à faire appel à un représentant au bénéfice d'une procuration (BRÜCKNER, n. 2065). C'est pourquoi le projet prévoit la possibilité de limiter l'accomplissement d'un acte d'instrumentation unique – en réservant les lois spéciales du droit fédéral – à chacune des parties à la procédure (*al.* 3). Etant donné que l'instrumentation séparée

complique l'épuration des actes et crée un état d'incertitude, l'officier public ne donnera suite à la requête d'instrumentation séparée que pour de justes motifs (BRÜCKNER, n. 2064).

#### *Art. 55k Application de la procédure fédérale en lieu et place de la procédure cantonale*

Il n'existe pas de différence fondamentale entre une procédure d'instrumentation cantonale respectant les exigences minimales du droit fédéral et la procédure prévue par le droit fédéral pour les dispositions à cause de mort (art. 499 ss, 512 CC); il serait alors contraire au sens de la forme authentique, en tant qu'institution appelée à améliorer la sécurité du droit, qu'un tribunal déclare nul, pour violation des règles de forme, un acte dressé en application de la procédure fédérale en lieu et place de la procédure cantonale (HUBER, p. 252; égal. BRÜCKNER, n. 2478 s.). Le droit bernois prévoit par exemple ceci: «L'authentification de déclarations de volonté peut également être effectuée dans les formes prévues par le droit fédéral pour les testaments et pactes successoraux publics» (art. 48, al. 1, de l'ordonnance du 26 avril 2006 sur le notariat); il est également nécessaire de clarifier cette situation au niveau fédéral. Les conséquences d'une instrumentation défectueuse en application de la procédure d'instrumentation du code civil dans les cas où le champ d'application de celle-ci est facultatif obéissent, sous réserve des exigences minimales du droit fédéral, aux règles du droit cantonal régissant l'instrumentation des actes authentiques.

#### *Art. 55l Inexistence de l'acte*

Pour des motifs de sécurité du droit, les cas dans lesquels le non respect des exigences minimales du droit fédéral entraîne l'inexistence de l'acte authentique sont énumérés de façon expresse. Les relations doivent, en principe, être considérées de la même manière que si l'acte authentique n'avait jamais été dressé: *nihil actum est*. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère l'invalidité pour vice de forme prévue à l'article 11, alinéa 2, CO comme étant une nullité absolue, qui peut être constatée d'office par le juge et dont peuvent également se prévaloir des tiers non parties au contrat (ATF 106 II 151 c. 3) – la doctrine dans sa majorité rejetant par ailleurs cette jurisprudence (entre autres SCHWENZER, n. 31.35 ss et réf. cit.) –. Cette nullité est tempérée par l'interdiction de l'abus de droit dégagée de l'article 2, alinéa 2, CC ainsi que par l'institution de la conversion (cf. RUF, n. 151, 1299). Un acte tel que souhaité par les parties peut ainsi être nul parce qu'il ne respecte pas les exigences légales mais satisfait par ailleurs aux conditions d'un autre acte juridique dont le but et les effets sont analogues. Dans un tel cas, selon les principes de la conversion, cet acte est valable s'il y a lieu d'admettre que les parties l'auraient voulu si elles avaient connu la nullité de l'acte souhaité au départ (VON TUHR, BGB AT II/1, § 56 V, p. 287).

Il n'y a pas d'acte authentique lorsque l'officier public n'a pas instrumenté les déclarations de volonté, les processus et les situations de manière conforme à la vérité (*ch. 1*). La portée de l'obligation de véracité résulte de l'interprétation de l'article 55g, alinéa 1, tit. fin. AP-CC – les conséquences de sa violation étant réglées ici –.

Le Tribunal fédéral exige que l'officier public consigne dans l'acte qu'il instrumente toutes les déclarations de volonté et tous les faits essentiels à l'acte. Ces faits comprennent également la désignation irréprochable 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 (ATF 112 II 332 c. 1a; ATF in

RNRF 54/1973, p. 367, 369 c. 1b):

- Du point de vue du droit fédéral, il suffit que ces indications permettent d'identifier les parties sans difficulté; l'acte authentique est inexistant si celles-ci ne sont pas désignées sans ambiguïté (*ch. 2*). Ainsi, l'acte doit être considéré comme valable lorsque les parties sont désignées de manière à exclure tout doute sur leur identité (CARLEN, p. 104, 107). Le droit cantonal peut contenir des règles complémentaires relatives à la vérification de l'identité; ces règles n'ont que le caractère de prescriptions d'ordre (MOOSER, n. 550, 554). Les personnes physiques peuvent être indiquées dans l'acte comme étant «connues personnellement» par l'officier public si ce dernier est sûr de l'identité d'une personne (BRÜCKNER, n. 959). Sinon, le contrôle de l'identité doit être réalisé au moyen de documents officiels (BRÜCKNER, n. 965) ou par l'intermédiaire d'un témoin qui se porte garant de l'identité d'une partie; dans ce dernier cas, l'officier public s'en remet à un tiers digne de confiance qu'il connaît suffisamment (RUF, n. 1388). Si le comparant donne correctement son identité mais que l'officier public omet de la contrôler, l'acte authentique vient malgré tout à chef (BRÜCKNER, n. 974; RUF, n. 1390).
- Il n'y a pas d'acte authentique lorsque le rapport de représentation n'est pas clairement indiqué (*ch. 2*). La délivrance d'une procuration n'est, en principe, soumise à aucune forme; cela est également valable lorsque la procuration est destinée à la conclusion d'un contrat soumis à une exigence de forme particulière. Bien que l'acte authentique doive indiquer correctement un éventuel rapport de représentation, il n'en découle pas que les cantons puissent faire dépendre la validité de la représentation, et donc la validité du contrat passé en la forme authentique, de prescriptions de forme particulières qui contrediraient le droit civil fédéral. Lorsque, dans l'intérêt de la sécurité du droit, les cantons obligent l'officier public à s'assurer de la légitimation de droit civil des parties au contrat, et notamment des pouvoirs de leurs représentants légaux ou conventionnels, il ne s'agit que d'une prescription d'ordre; sa violation engage la responsabilité disciplinaire de l'officier public mais n'invalide pas l'acte authentique (ATF 99 II 162 s. c. 2b).

Les dispositions relatives à la procédure d'instrumentation (art. 55j tit. fin. AP-CC) sont violées conformément au *chiffre 3*, lorsque les parties n'ont pas pris connaissance du projet de contrat, qu'elles ne l'ont pas approuvé ou encore lorsque l'exécution de l'instrumentation comprenant la signature et la datation par l'officier public n'a pas eu lieu; il en va de même lorsque l'identité de l'officier public n'est pas établie sans équivoque. Enfin, sous réserve de l'instrumentation séparée (art. 55j, al. 3, tit. fin. AP-CC), il n'y a pas d'acte authentique en cas de violation de l'unité de l'acte (art. 55j tit. fin. AP-CC).

#### *Art. 55m Reconnaissance de l'acte*

Le territoire cantonal constitue la limite de la compétence à raison du lieu d'un officier public; cela résulte, d'une part, du principe de la souveraineté territoriale des cantons et, d'autre part, de la teneur de l'article 55a tit. fin. AP-CC en vertu duquel les cantons sont compétents pour déterminer «pour leur territoire» les modalités de la forme authentique (cf. MARTI, p. 46 s.).

Conformément au «principe de liberté du choix du lieu de conclusion des contrats», les contrats peuvent être conclus avec effet juridique en tout lieu en Suisse – y compris ceux soumis à la forme authentique –. Il s'ensuit l'existence d'un «principe de

libre-circulation des actes authentiques», car si les parties sont libres de conclure leur contrat au lieu de leur choix, y compris pour les contrats soumis à la forme authentique, cela implique que l'acte authentique idoine – pour autant que la procédure d'instrumentation se soit déroulée conformément aux prescriptions du lieu d'établissement et que l'acte ait été dressé par l'officier public compétent à ce lieu, conformément au principe *locus regit actum* – soit reconnu dans toute la Suisse, c'est-à-dire dans tous les cantons (SCHMID, p. 62 ss; cf. égal. RUF, n. 541; MARTI, p. 48). Le canton auprès duquel l'acte authentique dressé dans un autre canton est présenté en vue de sa reconnaissance est en droit d'exiger une attestation de l'autorité compétente du canton dans lequel l'acte a été instrumenté confirmant la compétence de l'officier public ainsi que le respect des prescriptions de la procédure cantonale déterminantes (SCHMID, p. 65; RUF, n. 531; CARLEN, p. 70).

Le principe de liberté du choix du lieu de conclusion du contrat et celui de la libre-circulation intercantonale des actes authentiques qui l'accompagne ne sont pas contestés en doctrine, du moins pour ce qui concerne les opérations non immobilières; il s'agit des actes juridiques qui n'ont en soi pas de lien direct avec les immeubles, par ex. la constitution d'une fondation, la conclusion d'un contrat de mariage, une disposition à cause de mort, un cautionnement ou la fondation d'une société anonyme (SCHMID, p. 66). Par contre, il n'y a pas unanimité sur la question de savoir si le principe de libre-circulation s'applique également lorsque la création ou la modification de droits réels sur des immeubles n'est pas directement l'objet de l'instrumentation mais en est seulement la conséquence directe ou indirecte (RUF, n. 576; SCHMID, p. 66). Dans tous les cas, il est néanmoins admis à l'unanimité que les contrats de mariage et les dispositions à cause de mort doivent pouvoir être instrumentés partout, y compris lorsqu'ils ont des effets sur des immeubles situés dans plusieurs cantons (MARTI, p. 52).

Enfin, la question de savoir si le principe de la libre-circulation des actes authentiques s'applique également pour les contrats immobiliers est controversée. Cela concerne les contrats générateurs d'obligations dans lesquels une partie s'oblige à l'égard d'une autre à créer ou à modifier des droits réels sur un immeuble, par ex. une vente immobilière ou un contrat de gage immobilier (SCHMID, p. 68; cf. égal. MARTI, p. 51 s.; RUF, n. 560 ss):

- Selon le Tribunal fédéral, la libre-circulation des actes est restreinte dans le domaine des contrats immobiliers en vertu du principe de la *lex rei sitae*; d'après celui-ci, les cantons sont habilités à 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 (cf. ATF 113 II 504 c. 3). Le Tribunal fédéral rappelle en particulier, s'agissant de la teneur de l'article 55 tit. fin. CC, qu'il s'était déjà exprimé en détail dans l'ATF 47 II 383 ss. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il ne fallait pas perdre de vue le fait que l'instrumentation d'un acte authentique était une affaire relevant de la juridiction non contentieuse et qu'il s'agissait dès lors de l'application du droit public qui était de la compétence des cantons. Le droit privé fédéral ne devait pas porter atteinte sans nécessité à cette compétence. L'argument principal s'opposant à la *lex rei sitae* était la liberté du choix du lieu de conclusion du contrat ancré dans le droit des contrats. Le Tribunal fédéral a cependant signalé que, lors de la conclusion de contrats portant sur des droits réels sur des biens-fonds, le besoin de sécurité des transactions de même que celui de protéger les parties contre des engagements précipités et la conclusion de contrats imprécis, peu clairs et contraires aux usages locaux entraînait en opposition avec

les allègements offerts par l'application de la *lex loci contractus* pour les transactions, et qu'il convenait de donner d'avantage de poids au premier. Selon le Tribunal fédéral, le contenu du contrat avait, dans les transactions immobilières, un rapport étroit avec les propriétés intrinsèques de l'immeuble, avec les usages de la région et les particularités de son marché immobilier ainsi qu'avec l'organisation du registre foncier. L'information et le conseil des parties avaient une importance particulière dans la procédure d'instrumentation des actes authentiques. Il ne faisait donc aucun doute que cette tâche était mieux remplie au lieu de la chose que partout ailleurs en Suisse (ATF 113 II 504 c. 3a).

- A l'opposé, la doctrine majoritaire rejette la pratique, admise pourtant par la jurisprudence du Tribunal fédéral, consistant, pour un canton, à ne pas reconnaître les actes authentiques instrumentés dans un autre canton lorsque les immeubles sont situés dans le sien (cf. BRÜCKNER, n. 725 note de pied 47 et les réf. cit.).

Les nouvelles règles prévoient de laisser de côté la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral et de la remplacer par une règle garantissant la libre-circulation des actes authentiques également aux contrats immobiliers, comme le suggère la doctrine dominante. Cette mesure se justifie en particulier pour les raisons suivantes:

- En vertu du principe de «liberté du choix du lieu de conclusion du contrat», la conclusion d'un tel contrat est possible partout en Suisse selon le droit fédéral. Cela est également valable pour les actes juridiques soumis à la forme authentique, l'acte authentique n'étant au demeurant que l'une des formes auxquelles se soumettent les contrats. Les cantons ne sont pas habilités à limiter territorialement la mise en oeuvre du lien obligationnel entre cocontractants (SCHMID, p. 71 s.).
- Le principe de la *lex rei sitae* alourdit les transactions immobilières intercantonales et aggrave les risques corrélés d'entrave au droit fédéral (SCHMID, p. 73; CARLEN, p. 71); lorsque, par exemple, des immeubles situés dans plusieurs cantons font l'objet du même contrat, aucun officier public n'est à lui seul compétent à raison du lieu pour instrumenter l'acte authentique les concernant (cf. RUF, n. 610 s.; SCHMID, p. 74 s.).
- La théorie selon laquelle le conseil et l'information effectués par un officier public du lieu de situation de la chose au courant des particularités locales garantissent une meilleure qualité d'instrumentation n'est guère convaincante. Un officier public extérieur peut et doit également satisfaire aux exigences idoines (BRÜCKNER, n. 727). Lorsque les exigences minimales du droit fédéral garantissent un certain standard, on ne peut plus parler de différences importantes entre les procédures cantonales relatives à l'instrumentation (SCHMID, p. 72).
- En réservant l'instrumentation des opérations immobilières internes au canton à ses propres officiers publics et en refusant la reconnaissance des actes établis en dehors du canton, le canton conserve – notamment par la surveillance et la procédure disciplinaire intracantonale – un certain contrôle sur les transactions immobilières sur son territoire et peut ainsi poursuivre certains intérêts publics, par exemple une activité notariale d'aide à l'encaissement des droits de mutation et des impôts sur les gains immobiliers (BRÜCKNER, n. 724). Sur ce point, le droit cantonal de la forme authentique se voit ainsi attribuer une fonction auxiliaire en vue de la réalisation du droit privé matériel (SCHMID,

p. 9). Dans ce contexte, la défense d'intérêts relevant de la souveraineté cantonale et de motifs de police n'est pas décisive; le but de l'acte authentique est de protéger les parties contre des engagements irraisonnés; il a de plus une fonction probante en créant des rapports clairs entre les parties (SCHMID, p. 11, 13). Enfin, la fonction de créer des bases juridiques claires pour la tenue de registres publics vise également à protéger les tiers, mais non des fins fiscales (SCHMID, p. 14).

- L'argumentation selon laquelle une limitation de la compétence *ratione loci* permet de protéger dans une certaine mesure les petites études notariales des campagnes – ce qui peut être souhaitable sur le plan économique et politique – contre celles des villes ne peut pas être déterminante (cf. BRÜCKNER, n. 731; RUF, n. 558).

La loi sur la fusion du 3 octobre 2003 (LFus; SR 221.301) prévoit une atteinte ponctuelle aux compétences des cantons. Lorsque les immeubles qui font l'objet d'un contrat de transfert de patrimoine sont situés dans divers cantons, l'instrumentation d'un acte authentique unique suffit; l'officier public au siège de la société transférante est compétent à raison du lieu pour l'instrumenter (art. 70, al. 2, LFus).

L'utilisation d'actes authentiques électroniques (cf. à ce sujet les explications ad art. art. 55n ss tit. fin. CC) n'est possible que dans les cantons qui ont, conformément à l'article 5, alinéa 2, OAAE, introduit la possibilité de communiquer et de conduire des transactions par voie électronique. Si les minutes, les expéditions et les légalisations ont été établies par voie électronique, elles doivent être transformées sous une forme papier avant d'être envoyées à l'autorité d'un canton qui n'a pas encore introduit la possibilité de communiquer et de conduire des transactions par voie électronique. Le principe de la reconnaissance des actes authentiques vaut en principe sans restriction. Il connaît par contre ici une légère limitation en ce qui concerne le support sur lequel un acte authentique est dressé.

#### *Art. 55n Instrumentation électronique des actes authentiques. Actes authentiques, expéditions et légalisations électroniques*

Les règles contenues dans l'actuel 55a, alinéas 1 et 2, tit. fin. CC sont réunies dans un seul alinéa, qui est lui-même complété. Outre l'expédition électronique d'une minute instrumentée sur papier et la légalisation électronique, le nouvel *alinéa 1, chiffre 1*, utilise le terme générique d'acte authentique, qui comprend notamment la minute électronique, qui est l'original de l'acte. Afin de tenir compte des cantons qui ne connaissent pas le système des minutes (BRÜCKNER, n. 231, 233), il n'est pas fait expressément référence à la minute électronique. L'extension du catalogue des actes authentiques électroniques admissibles s'accompagne de nouveautés en relation avec les concepts et les procédures.

Sur le plan des concepts, le système juridique de l'instrumentation des actes authentiques rencontre une innovation: il est désormais possible d'avoir un acte authentique que l'on ne peut pas tenir physiquement entre ses mains et qui n'existe en original que sous forme électronique. Dans son acception courante, l'acte authentique est incorporé dans un support en papier. Appliquant les dispositions cantonales idoines, l'officier public n'a le droit d'utiliser que du papier pour dresser les minutes. Le papier lui-même doit être de bonne qualité et correspondre à un certain format. Ces règles s'expliquent par le souci que ces actes authentiques puissent être aisément maniables et être protégés contre les falsifications, de même que par l'obligation de pouvoir les conserver pendant une longue durée (RUF, n. 1624; BRÜCKNER, n. 1274). Jusqu'à

présent, les documents sur papier ont pu s'imposer parce qu'ils étaient munis de nombreux dispositifs de sécurisation. Des experts peuvent, de manière fiable, vérifier s'ils ont été contrefaits, en se basant sur les caractéristiques physiques et chimiques spécifiques au document (ROSSNAGEL et al., p. 55 ss). S'il existe toutefois d'autres supports en mesure de satisfaire aux mêmes exigences, rien ne s'oppose à leur utilisation alternativement au papier. Compte tenu des possibilités techniques actuelles, il n'y a guère de raisons de maintenir l'obligation de dresser les minutes uniquement sur papier. Les progrès dans le domaine de l'informatique permettent aujourd'hui de répondre aux exigences en matière de durabilité, de protection contre les falsifications et de conservation à long terme des actes authentiques, y compris lorsqu'il s'agit de documents électroniques. D'éventuelles manipulations de documents électroniques peuvent ainsi notamment être prouvées de manière convaincante scientifiquement. Une telle preuve doit cependant être apportée non plus par des moyens physiques ou chimiques, comme c'est le cas avec les documents sur papier, mais par des procédés appropriés de l'informatique.

Lors de l'établissement usuel d'un acte authentique sur papier, plusieurs feuilles sont reliées par une ficelle et par l'apposition d'un sceau, de manière à former une unité (BRÜCKNER, n. 1591 s.). Le sceau doit permettre de lutter contre la possibilité de falsifier les actes authentiques destinés à circuler: celui qui souhaite falsifier un acte authentique doit falsifier non seulement la signature de l'officier public mais également son sigle (RUF, n. 425). Dans le cadre de l'instrumentation électronique des actes authentiques, la protection contre les falsifications a lieu au moyen de techniques propres à l'électronique. Pour l'essentiel, il s'agit de l'utilisation d'un format reconnu par le législateur, d'une signature électronique, d'un timbre horodateur reconnu ainsi que d'une preuve du droit de dresser des actes authentiques (art. 3 OAAE). Pour instrumenter une minute électronique, l'officier public doit procéder de la même manière que pour des actes sur papier. D'éventuelles annexes sur papier sont scannées et inséparablement reliées au document électronique de manière à former une unité (BSK-SCHMID, art. 55 tit. fin. CC n. 45). Cela correspond à l'exigence selon laquelle l'acte authentique doit être établi de telle manière qu'il soit maintenu ensemble, exigence qui est également applicable aux minutes sur papier (CARLEN, p. 102 s.; BRÜCKNER, n. 1342). La signature électronique de l'officier public – apposée sur un document électronique comportant plusieurs pages – remplit notamment la fonction assignée à la ficelle retenue par un sceau et qui relie les feuilles entre elles dans un acte authentique sur papier.

La signature électronique a encore une autre fonction, soit la sauvegarde de l'intégrité du document électronique, c'est-à-dire la protection contre les falsifications. Dans son résultat, la minute électronique apparaît comme un document unique sur lequel, après la clôture de la procédure d'instrumentation, il ne peut être procédé à aucun complément ni radiation ou autre modification sans qu'il ne soit possible de prouver de manière fiable qu'ils ont eu lieu (MARKWALDER, n. 28 et réf. cit.).

Contrairement aux minutes sur papier, les minutes électroniques, dès lors qu'il s'agit de documents n'existant que sous forme électronique, ne sont lisibles que de manière indirecte, par l'utilisation de moyens techniques auxiliaires. En comparaison avec l'acception habituelle des actes, une certaine habitude peut paraître nécessaire. Dans la vie économique actuelle, les moyens techniques auxiliaires sont cependant devenus tellement répandus que les éventuelles craintes à ce sujet ne peuvent guère être décisives. Par ailleurs, la réglementation proposée n'interdit ni l'établissement de minutes sur papier ni celui d'expéditions sur papier basées sur des minutes électroniques. Les possibilités de choix concernant le support de l'acte authentique s'en

voient ainsi élargies. L'officier public peut établir des expéditions électroniques sur la base de minutes sur papier et des expéditions sur papier sur la base de minutes électroniques, de telle sorte qu'en cas de besoin le passage du monde virtuel au monde réel est possible en tout temps sans que la sécurité du droit n'en souffre.

L'introduction de la minute électronique s'accompagne également de nouveautés au niveau des procédures. Alors que le droit fédéral en vigueur prescrit le support du papier pour l'établissement de minutes (art. 10, al. 1, OAAE) et qu'à cause de cela des documents électroniques ne peuvent être établis avec plein effet que dans la phase postérieure à la procédure d'instrumentation (BSK-SCHMID, art. 55a tit. fin. CC, n. 5), les nouvelles règles proposées permettent de dresser des originaux électroniques déjà au cours de la procédure principale de l'instrumentation. Lorsqu'un canton a introduit la possibilité de communiquer et de conduire des transactions par voie électronique, la minute électronique peut être envoyée directement avec la réquisition en tant que justificatif relatif au titre, par exemple, à l'office du registre du commerce ou à celui du registre foncier. Car la minute électronique possède toutes les propriétés que l'article 10 OAAE réserve aux expéditions électroniques, à savoir la signature électronique, le timbre horodateur et la preuve du droit de dresser des actes authentiques (cf. art. 3 OAAE). Ces exigences sont exprimées à l'*alinéa 2*. La minute électronique peut ainsi être utilisée sans limite dans sa fonction d'acte destiné aux transactions juridiques (cf. à ce sujet RUF, n. 1694). Avec elle, il n'est plus nécessaire de dresser une expédition électronique en remplacement de l'original, c'est-à-dire d'établir un acte destiné à circuler. Par contre, cette exigence demeure dans le cas de la minute sur papier. Pour cette raison, l'introduction de la minute électronique supprime le besoin de distinguer la minute, sans fonction de circulation, et l'expédition. La nécessité de sécuriser les actes dans leur existence que connaît le système des minutes (BRÜCKNER, n. 1431) en obligeant l'officier public à conserver celles-ci est assurée d'une autre manière dans les nouvelles règles proposées (cf. Art. 55q tit. fin. AP-CC).

#### *Art. 55o Equivalence entre la forme électronique et la forme papier*

La valeur probante des documents électroniques ou des documents signés électroniquement n'est pas réglée par la loi fédérale du 19 décembre 2003 sur la signature électronique (SCSE; RS 943.03; MARKWALDER, n. 850). L'article 177 du code de procédure civile évoque expressément les fichiers électroniques (CPC; RS 272). A l'inverse, l'article 179 CPC renonce à mentionner les titres authentiques électroniques. En application de ces seules dispositions, les actes authentiques électroniques devraient être ainsi, en principe, soumis à la libre appréciation des preuves par le tribunal (art. 157 CPC; MARKWALDER, n. 863).

Cependant, en vertu de l'article 5, alinéa 1, OAAE, les expéditions et les légalisations électroniques sont équivalentes à celles dressées sur un support papier. Cette équivalence des formes constitue une limitation au principe de libre appréciation des preuves par le tribunal. Les expéditions et les légalisations électroniques reçoivent ainsi une force probante pleine et illimitée, conformément à l'article 9 CC et 179 CPC. Il doit en aller de même pour les minutes électroniques. Compte tenu de la brèche ainsi créée dans le droit qui régit la preuve, cette équivalence doit être réglée non pas dans une ordonnance, mais dans une loi. La réglementation proposée recouvre tous les actes authentiques électroniques mentionnés à l'article 55n, alinéa 1, tit. fin. AP-CC, dans la mesure où ils ont été dressés conformément aux exigences prévues par la loi fédérale et par les dispositions de l'ordonnance, et qu'ils sont ainsi aptes à la preuve ou ont la valeur probante nécessaire. Les actes authentiques élec-



troniques ainsi dressés doivent pouvoir être utilisés sans restriction avec toutes les autorités qui ont introduit la possibilité de communiquer et de conduire des transactions par voie électronique (*al. 2*). La décision d'introduire cette possibilité appartient cependant aux cantons. Le but de l'*alinéa 2* est de mettre en évidence le fait que cette disposition peut connaître d'importantes restrictions sur le plan territorial.

Même si leur marge de manoeuvre devrait être relativement étroite, les cantons sont libres de régler plus en détail, dans le cadre fixé par les exigences de droit fédéral, comment doit avoir lieu l'instrumentation électronique des actes authentiques. Le législateur peut alors tenir compte d'éventuelles spécificités procédurales du droit cantonal. En outre, sur le plan de la sécurité des données, les cantons ont également la possibilité d'aller au-delà du droit fédéral et d'édicter des mesures plus strictes que ce dernier.

#### *Art. 55r Exigences techniques et art. 55p registre suisse des officiers publics*

L'article 55r *tit. fin. AP-CC* correspond pour l'essentiel à l'article 55a, *alinéa 4, tit. fin. CC*. En complément à la réglementation actuelle, le libellé proposé précise que les dispositions à édicter par le Conseil fédéral doivent permettre d'assurer notamment l'intégrité (véracité, intégralité et intégrité physique des données), la lisibilité, l'authenticité (possibilité de vérifier l'auteur) et la sécurité des données. Ces quatre propriétés centrales des actes authentiques électroniques sont particulièrement importantes dans le cas des minutes électroniques, raison pour laquelle elles nécessitent une base légale expresse. Etant donné que cette matière est soumise à des changements assez rapides, il est renoncé à une réglementation de détail dans la loi. Sa concrétisation a eu lieu dans une ordonnance, soit dans l'OAAE, en vigueur depuis le 1.1.2012. Des réflexions similaires sont valables pour la procédure d'instrumentation de la minute électronique. On se rattache ici à la procédure déjà réglée en ce qui concerne les expéditions électroniques (art. 10 OAAE).

De ces quatre exigences susmentionnées, la «sécurité» est une sorte de terme générique qui englobe les trois autres. La doctrine a développé une définition indépendante de la technologie et des standards de sécurité spécifiques. Selon cette définition, la sécurité dans la technique de l'information est la situation dominante lorsque toutes les mesures techniques, personnelles et organisationnelles ont été prises pour protéger la disponibilité, la fiabilité et l'intégrité des systèmes, des ressources ainsi que des informations traitées par voie électronique (WEBER/WILLI, p. 6). Cette définition a un rôle fondamental en relation avec les dispositions d'exécution. L'exigence de sécurité est d'ailleurs reprise de l'article 55a, *alinéa 4, tit. fin. CC*.

Aucun complément, ni modification ou encore radiation sur un document ne peut être effectué pendant une certaine durée sans que cette opération laisse une trace apparente; c'est ainsi que l'on définit communément l'«intégrité» (MARKWALDER, n. 28; ECKERT, p. 7 ss). Il s'agit d'augmenter et de maintenir la valeur intrinsèque des documents électroniques. L'un des buts de la forme authentique est la sauvegarde de la preuve (BRÜCKNER, n. 240; SCHMID, p. 34; BSK-SCHMID, art. 55 *tit. fin. CC*, n. 8). Ce but, la minute électronique en tant qu'original du document doit également le garantir de façon durable. C'est pourquoi les exigences à remplir par la minute électronique doivent être définies de telle façon que sa force probante demeure dans le temps. La signature électronique une fois apposée protège certes le document signé contre des modifications que l'on ne peut découvrir; elle assure ainsi une protection contre les falsifications (MARKWALDER, n. 29). Cette protection n'est cependant pas illimitée dans le temps (Message du 3 juillet 2001 relatif à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique [SCSE], FF 2001, p. 5452).

En effet, à la longue, la manipulation des signatures devient possible rien qu'à cause de l'amélioration continue des capacités de calculs des ordinateurs. Chaque utilisation du certificat servant de base à la signature entraîne une diminution de la sécurité du matériel de cryptage en raison de l'augmentation de son niveau de connaissance par les tiers. Il n'est donc pas être exclu qu'avec le temps les certificats ne puissent plus garantir une sécurité qui reste identique. La thématique de l'intégrité durable d'un document électronique mérite par conséquent une attention particulière (cf. à ce sujet égal. art. 55q tit. fin. AP-CC). Au niveau de l'ordonnance, il sera nécessaire de régler plus en détail comment garantir une protection durable des actes authentiques électroniques. L'article 55r, 2ème phrase, AP-CC confère au Conseil fédéral la tâche de régler les signatures électroniques en application de la SCSE. Comme la SCSE est actuellement en cours de révision, l'article 55n, alinéa 2, chiffre 2, AP-CC est adapté de telle manière qu'il n'est plus fait expressément référence à une signature électronique «qualifiée».

La «lisibilité», formulation choisie de manière neutre sur le plan technologique, doit être mentionnée expressément: en effet, la minute électronique ne pourra pas être vue sans moyen technique auxiliaire; il est en effet nécessaire d'utiliser un appareil d'affichage permettant de présenter les informations visuelles depuis un système de traitement des données, en règle générale un écran ou un projecteur. Il convient donc de veiller à ce que la lisibilité du document électronique soit garantie indépendamment de l'état de la technique.

Enfin, l'«authenticité» revêt également une importance capitale dans l'instrumentation des actes authentiques électroniques. Lorsque cette propriété est remplie, il peut être dit de manière fiable que les données concernées ont été traitées par un certain sujet, en l'occurrence par un officier public déterminé (MARKWALDER, n. 32). Tant l'article 55r que l'article 55p tit. fin. AP-CC sont consacrés à cette thématique et tiennent compte des particularités liées à l'identification d'un officier public. L'établissement de l'identité d'un officier public a ceci de particulier qu'une parcelle de la puissance publique cantonale est donnée à l'officier public par l'autorité d'admission (BRÜCKNER, n. 3454). Sur les actes authentiques sur papier, l'identité d'un officier public doit immédiatement apparaître et l'on doit pouvoir constater que la personne concernée est admise à instrumenter au moment de l'instrumentation. Ce type de vérification est également nécessaire dans le cas d'actes authentiques électroniques. Le principe de l'établissement de l'identité d'un officier public et la vérification de son admission à instrumenter des actes authentiques sont contenus dans les deux articles. A l'article 55r tit. fin. AP-CC, ce principe est exprimé de manière expresse dans la notion de preuve du droit de dresser des actes authentiques; à l'article 55p tit. fin. AP-CC, il l'est au travers de l'institution qui permet une telle vérification. Sur la base de l'article 55a, alinéa 4, tit. fin. CC, le Conseil fédéral a édicté l'OAAE – en particulier l'article 3, alinéa 1, lettre d, et l'alinéa 3, ainsi que l'article 7 OAAE –, qui rendent possible cette vérification. Le droit actuel prévoit que le droit d'un officier public d'instrumenter un acte authentique peut être contrôlé sur la base d'un registre suisse des personnes habilitées à dresser des actes authentiques selon l'article 7 OAAE. Grâce à ce registre, dès qu'il sera opérationnel, il sera possible de vérifier de façon fiable si l'officier public concerné est l'auteur de l'acte authentique électronique et s'il est habilité par les autorités cantonales à instrumenter à ce moment. La règle de l'article 55p tit. fin. AP-CC constitue la base légale explicite pour la constitution d'un registre suisse des officiers publics tel qu'il est prévu aux articles 7 ss OAAE. L'Office fédéral de la justice met à disposition un système pour la tenue d'un registre suisse des officiers publics et l'exploite (art. 55p, al. 1, tit. fin. AP-CC). Comme il s'agit ici d'une tâche hautement technique, pour laquelle il est nécessaire d'avoir un savoir spécifique, la pos-

sibilité doit rester ouverte pour la Confédération de soumettre cette tâche à un appel d'offres et de la déléguer à un organisme extérieur à l'administration fédérale centrale (art. 55p, al. 2, tit. fin. AP-CC). Cette tâche ne peut être accomplie sans la collaboration des cantons, raison pour laquelle il ne peut être prescrit de règle dans ce domaine sans avoir préalablement pris leur avis. L'article 55p, alinéa 3, tit. fin. AP-CC met cela en évidence en attribuant deux tâches à l'Office fédéral de la justice: coordonner le processus de formation de la volonté et fixer, après audition des cantons, les prescriptions techniques et organisationnelles ainsi que le modèle de données.

#### *Art. 55q Conservation et enregistrement*

Sur le plan procédural, l'obligation de conserver les actes fait partie de la phase postérieure à l'instrumentation (MARTI, p. 152). L'officier public a une obligation illimitée de conserver les actes. Il doit documenter durablement son activité d'instrumentation. Il doit, en outre, tenir les registres revêtant un caractère de journal. Le droit fédéral exige que les registres donnent des renseignements sur toutes les affaires exécutées (BRÜCKNER, n. 1458 ss; MOOSER, n. 265 ss). C'est pourquoi, pour les cantons qui souhaitent introduire la possibilité de communiquer et de conduire des transactions par voie électronique, ainsi que celle d'instrumenter par voie électronique les actes authentiques, la Confédération va également prévoir une conservation de ces actes. Le système doit être aménagé de telle manière que la totalité des actes authentiques électroniques puisse y être stockée, soit dans une banque de données électronique des actes authentiques. En ce qui concerne les exigences à remplir par les actes authentiques qui y sont stockés, il est renvoyé aux explications en relation avec les exigences techniques (cf. art. 55r tit. fin. AP-CC). Compte tenu des particularités liées aux documents électroniques, il convient de ne pas laisser la conservation des actes authentiques électroniques aux officiers publics, mais de la rattacher à la Confédération. Les raisons suivantes peuvent être évoquées:

La tenue décentralisée du registre foncier informatisé telle qu'elle est prévue à l'article 949a, alinéa 1, CC a conduit à une hétérogénéité des structures qui n'a guère fait ses preuves. Cela amène à avantager une solution de banque de données électronique des actes authentiques centralisée au niveau fédéral. L'accroissement du système des réseaux exige la coordination de la plus minime des modifications techniques, par ex. en ce qui concerne les processus de communication. En choisissant une solution technique unifiée, ces adaptations ne sont plus nécessaires. Etant donné que les cantons n'ont pas besoin de mettre en place et d'exploiter eux-mêmes une banque de données électronique, mais que cette tâche est prise en charge par la Confédération, ils ne doivent pas passer par une procédure d'examen lourde et coûteuse pour respecter le catalogue de critères de la Confédération. Pour les autorités qui veulent accéder aux documents instrumentés dans un autre canton (art. 55/ tit. fin. AP-CC) qui leur sont présentés dans le cadre de la libre circulation des actes authentiques électroniques, il est plus efficace de pouvoir le faire par une recherche dans un service centralisé. Enfin, la solution centralisée offre encore une simplification supplémentaire: s'il est nécessaire de vérifier si un acte authentique électronique se trouvant en circulation a été modifié, la comparaison avec le fichier de référence peut être effectuée en tout temps, de manière centralisée et selon des critères uniformes.

Alors qu'un document photocopié sur papier peut être distingué de l'original, cela n'est pas le cas avec un document électronique. Car une signature électronique permet certes de découvrir ou de constater de manière fiable une modification effectuée a posteriori sur un texte. Elle ne contient cependant pas une protection contre

les copies. Pour cette raison, les documents signés électroniquement peuvent souvent être dupliqués sans autre à discrétion. Il n'est alors pas possible de distinguer quel document a, à l'origine, servi de base au duplicata et combien de duplicata ont été établis. Comme déjà mentionné ci-dessus (cf. les explications ad art. 55r tit. fin. AP-CC), la sécurité de la clé de signature diminue avec le temps. Il pourrait se produire, dans quelques décennies, la situation juridiquement peu souhaitable où plusieurs minutes électroniques n'ayant plus de certificat sécurisé seraient en circulation, par exemple parce la durée de celui-ci aurait expiré, et qu'en l'absence d'un document de référence, il ne pourrait plus être constaté de manière suffisamment fiable si une modification a été effectuée sur la minute électronique. La pleine force probante des actes authentiques électroniques ne pourrait alors plus être maintenue. Alors que la durée limitée de la protection contre les modifications ne pose en principe pas problème s'agissant d'expéditions électroniques car, bien que celles-ci correspondent matériellement à l'original, elles ne constituent précisément pas des originaux, il n'en va pas de même s'agissant des minutes électroniques, qui sont des originaux électroniques. En effet, si une minute électronique ne peut plus être qualifiée de sûre, son exactitude ne peut alors plus être garantie. Dans certains cas, la minute pourrait être modifiée sans laisser de traces. Elle perdrait alors l'effet juridique de la force probante accrue (art. 9 CC et art. 179 CPC) propre à cette forme d'acte.

Il est donc nécessaire d'avoir un document de référence dans lequel la sécurité de la signature électronique est garantie à perpétuité. Il s'agit ainsi d'obtenir un résultat analogue à la conservation des actes instrumentés sur papier où il est créé un double ou une copie, rendant plus difficile la falsification, sans qu'on l'aperçoive, d'actes en circulation (SCHLAURI, n. 829; BRÜCKNER, n. 1458 ss). Ce domaine de l'informatique nécessite des connaissances spéciales de sorte qu'il convient de décharger l'officier public de la tâche de conserver un tel document de référence. En effet, pour pouvoir conserver de manière sûre à long terme un document de référence et garantir à perpétuité la protection de la signature électronique, indépendamment de la technologie utilisée, l'officier public devrait disposer de l'infrastructure nécessaire et la maintenir en permanence à niveau pour la conformer aux développements technique les plus récents. Il n'est pas possible d'exiger de l'officier public des compétences spéciales dans le domaine des technologies de sécurité qui sont nécessaires ici. S'il devait s'occuper de ces tâches, il ne serait plus en mesure de se concentrer sur son métier de base. C'est pourquoi l'officier public doit se contenter d'établir la minute électronique, de charger le document dans la banque de données électronique des actes authentiques et de l'enregistrer.

L'enregistrement de la minute électronique a lieu en même temps que son chargement dans cette banque de données. Cette exigence s'appuie sur les prescriptions cantonales qui obligent l'officier public de tenir une documentation chronologique et sans lacunes au moyen de registres (BRÜCKNER, n. 1473 s.). Le système de conservation des actes authentiques doit être conçu de telle façon que l'officier public qui y stocke son fichier électronique puisse, immédiatement après, procéder à l'enregistrement en inscrivant les informations correspondantes.

Dès qu'elle a été chargée, la minute électronique sauvegardée dans le système devient *ex lege* la copie de référence, car la protection à perpétuité de la signature électronique sur celui-ci peut être garantie techniquement. Cela est également valable pour les expéditions de minutes établies sur papier ainsi que pour les légalisations de copies et de signatures. C'est ce que prévoit l'*alinéa* 3.

Un accès permanent aux actes authentiques électroniques doit être garanti aux autorités interpellées et à celles qui sont compétentes dans une affaire donnée – offices

du registre foncier, offices du registre du commerce, tribunaux, autorités cantonales de surveillance –. Une fois les actes authentiques chargés, un droit d'accès à ceux-ci doit également être donné à l'officier public qui les a instrumentés, par exemple pour qu'il puisse établir des expéditions sur papier basées sur les minutes électroniques.

#### *Art. 55s Emoluments*

Les investissements ainsi que l'exploitation du système de conservation et d'enregistrement des actes authentiques électroniques doivent être financés par des émoluments couvrant les coûts (GYGI, p. 271 s.; *al. 1*). L'*alinéa 2* prévoit que le Conseil fédéral règle les détails dans une ordonnance relative aux émoluments, soit le tarif des divers services (GYGI, p. 268). Pour le surplus, il est renvoyé à l'article 46a de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010).

Font partie de ces services la garantie d'un accès personnalisé adapté à l'officier public, la conservation sûre des documents de référence mentionnés à l'article 55g, alinéa 3, tit. fin. CC ainsi que la possibilité d'établir de manière fiable, par une procédure d'examen informatique appropriée, d'éventuelles modifications de la copie se trouvant en dehors du système. Il ne s'agit là pas d'une énumération exhaustive des services; celle-ci dépend entre autres de la réglementation de détail qui sera prévue dans l'OAAE. Cela découle de la formulation relativement ouverte de l'*alinéa 1*.

#### *Art. 55t Responsabilité*

La réalisation et la tenue d'une banque de données électronique sont très exigeantes sur le plan technique. Car la banque de données doit être en mesure de conserver les actes authentiques sur une longue période pour toute la Suisse et permettre de vérifier si les documents en circulation ont été manipulés. La Confédération se chargera de ce service qui n'est pas sans risques et conduira ainsi, sur le plan technique, le développement du notariat suisse. Tant la réalisation de la banque de données des actes authentiques que son exploitation nécessitent un mode opératoire précis et fiable, cela aussi bien de la part du fournisseur de services que de celui de l'utilisateur. Ce service sera marqué par une collaboration de plusieurs acteurs sur différents niveaux, cela avec des connaissances techniques différentes sur le plan de l'informatique. Dans une telle constellation, les pertes de données ne peuvent pas être totalement exclues, de même que des dommages résultant d'informations fausses, absentes ou encore d'une mauvaise manipulation, malgré les processus organisationnels et techniques. C'est pourquoi la présente norme prévoit une exclusion de responsabilité en cas de faute légère.

#### *Art. 55 und 55a tit. fin. CC*

Les articles 55 et 55a tit. fin. CC relatifs à la forme authentique de façon générale, ainsi que les expéditions et les légalisations sont remplacés par les articles 55 à 55t tit. fin. AP-CC.

### **3 Conséquences**

#### **3.1 Conséquences pour la Confédération**

##### **3.1.2 Exigences minimales du droit fédéral**

Les dispositions proposées n'ont pas de conséquences pour la Confédération.

##### **3.1.2 Minute électronique**

Pour la Confédération, le projet aura deux conséquences: le Conseil fédéral devra édicter les dispositions correspondantes dans une ordonnance conformément à l'article 55r, alinéa 1, tit. fin. AP-CC de manière aussi neutre que possible sur le plan technologique. Sur la base des prescriptions légales et des besoins découlant pour l'essentiel de la sécurité, il devra évaluer périodiquement si l'importance des nouvelles découvertes techniques dans le domaine de l'informatique nécessite une adaptation des dispositions d'exécution.

La minute électronique et, de manière générale, les actes authentiques électroniques prévus dans l'OAAE ont besoin d'une preuve électronique du droit d'instrumenter (cf. art. 55a, al. 4, tit. fin. CC en corrél. avec l'art. 3 et 7 OAAE; une nouvelle règle expresse est prévue à l'art. 55n, al. 2, ch. 2, ainsi qu'à l'art. 55r tit. fin. AP-CC). Pour mettre en oeuvre une telle exigence, un registre suisse des officiers publics est nécessaire (art. 55p AP-CC). L'Office fédéral de la justice doit décider s'il entend assumer lui-même cette tâche d'exécution, à savoir la mise à disposition et la tenue d'un tel registre, ou s'il veut procéder à un appel d'offres public.

Pour conserver et enregistrer les exemplaires de référence des actes authentiques électroniques, la Confédération doit mettre en place et exploiter une banque de données électronique des actes authentiques.

Les coûts d'investissement pour la mise en place et l'exploitation de celle-ci sont de l'ordre de 1'200'000 francs.

Le besoin de ressources supplémentaires en personnel s'élèvera à environ 300% d'équivalents plein temps (de durée indéterminée) correspondant à 435'000 francs pour les rétributions du personnel ainsi qu'à 83'000 francs pour les contributions de l'employeur (sans les coûts des postes de travail). Il appartiendra au Conseil fédéral de décider de l'attribution définitive de ces ressources sur la base de l'évaluation globale 2015 des ressources dans le domaine du personnel. Les postes de travail nécessaires pour le personnel souhaité sont disponibles.

Les coûts annuels pour l'exploitation de la banque de données des actes authentiques, son développement et sa protection contre les catastrophes s'élèvent à 350'000 francs par an.

L'investissement et l'exploitation doivent être financés par des émoluments de manière à couvrir les coûts (art. 55s, al. 1, tit. fin. AP-CC). Le Conseil fédéral règlera les détails dans une ordonnance sur les émoluments. Il n'en résultera donc pour la Confédération – mis à part le financement de départ remboursable – aucune charge supplémentaire en matière de finances ou de personnel.

## **3.2 Conséquences pour les cantons et les communes**

### **3.2.1 Exigences minimales du droit fédéral**

Dès lors qu'elles ne font que mettre à jour les exigences minimales du droit fédéral qui existent déjà, les dispositions proposées n'ont, en principe, aucune conséquence pour les cantons et les communes. Il est vrai que le protectionnisme cantonal pour les contrats immobiliers sera supprimé avec la libre circulation des actes authentiques (art. 55m tit. fin. AP-CC). Dans ce contexte, les cantons devront désigner l'autorité compétente du lieu d'instrumentation qui fournira l'attestation au sujet de la compétence de l'officier public ayant instrumenté l'acte ainsi que du respect des prescriptions de procédure idoines.

### **3.2.2 Minute électronique**

L'article 55o, alinéa 2, tit. fin. AP-CC prévoit que les minutes électroniques peuvent être utilisées si le canton concerné a introduit la possibilité de conduire des communications et des transactions par voie électronique.

En se fondant sur l'article 949a, alinéa 1, chiffre 3, CC, le Conseil fédéral a décidé que l'introduction des communications et des transactions électroniques était facultative (art. 39, alinéa 1, ORF [RS 211.432.1]).

En revanche, dans le domaine du registre du commerce, il a prévu une réglementation dérogeant à ce principe: à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013, il doit être possible de déposer, outre une réquisition sur papier, une réquisition sous forme électronique auprès des offices du registre du commerce (art. 16, al. 2, et art. 175 ORC [RS 221.411] en corrél. avec l'art. 929a, al. 2, CO).

Les cantons devront évaluer les effets du présent projet sur les tarifs pour l'instrumentation des actes authentiques électroniques. Le projet réduit par exemple le temps consacré par l'officier public à la conservation des actes authentiques, cette tâche étant assumée dorénavant par la Confédération. De même, il ne sera plus nécessaire de dresser des expéditions électroniques basées sur les minutes électroniques (cf. les explications concernant l'art. 55q tit. fin. AP-CC).

## **3.3 Conséquences pour l'économie et la société**

### **3.3.1 Exigences minimales du droit fédéral**

L'amélioration de la sécurité du droit grâce à l'actualisation des exigences minimales du droit fédéral pour des transactions importantes, car soumises à la forme authentique, est un bien élevé pour l'économie et la société.

### **3.3.2 Minute électronique**

Grâce à l'introduction de la minute électronique, toutes les communications et les transactions avec les autorités cantonales peuvent avoir lieu par voie électronique. Cela diminue le temps à consacrer aux affaires ce qui devrait avoir des conséquences correspondantes pour l'économie et la société.

## **4 Aspects juridiques**

### **4.1 Constitutionnalité**

L'avant-projet se fonde sur l'article 122 cst. qui donne à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine du droit civil.

### **4.2 Délégation de compétences normatives**

Conformément à l'actuel article 55a, alinéa 4, tit. fin. CC, le Conseil fédéral a la tâche d'édicter des dispositions dans une ordonnance. L'art. 55r tit. fin. AP-CC ne modifie en rien cette délégation. Il clarifie par contre les règles légales actuelles. Le Conseil fédéral a en outre le mandat d'édicter une ordonnance sur les émoluments (art. 55s, al. 2, tit. fin. AP-CC). Enfin, l'Office fédéral de la justice a la tâche d'élaborer des mesures techniques et organisationnelles ainsi que de déterminer le modèle de données (art. 55p, al. 3, tit. fin. AP-CC). Compte tenu de la spécialisation de la matière, il convient d'attribuer la compétence législative au niveau de l'office pour ce type de réglementation de détail.