

Réf. : PM/15013423

Lausanne, le 13 mars 2013

Modification du code civil suisse (Forme authentique) – Procédure de consultation

Monsieur le Directeur,

Dans le délai imparti, le Conseil d'Etat vous adresse par la présente la réponse du canton de Vaud à la consultation citée en titre.

Nous ferons tout d'abord quelques remarques générales avant de nous pencher plus spécifiquement sur quelques articles du projet qui nécessitent un commentaire particulier.

I. Remarques générales

Le Conseil d'Etat a peine à comprendre le sens de la réforme présentée. Selon le rapport explicatif, il s'agit d'une part de codifier la jurisprudence en matière de forme authentique, de manière à garantir la sécurité du droit. D'autre part, le projet vise à introduire la minute électronique et à permettre ainsi la dématérialisation complète de l'acte authentique.

Si le premier objectif peut paraître louable en soi, il part du postulat de départ, erroné, que les exigences minimales posées par le droit fédéral à la forme authentique sont claires et peuvent ainsi être aisément codifiées. Or, contrairement à ce que laisse entendre le rapport explicatif, il est bien difficile d'établir une liste précise desdites exigences. En effet, le droit fédéral ne fait que poser des limites. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne contient pas d'indications précises sur ce qui constitue aujourd'hui le droit fédéral non écrit mentionné dans le rapport. Seuls quelques auteurs se sont essayés à définir des exigences qui, encore une fois, ne résultent pas clairement de la jurisprudence. Le projet repose ainsi sur les thèses d'auteurs qui ne représentent qu'une fraction de la doctrine, et qui sont très fortement contestées par d'autres, voire vont même à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral (v. notamment l'exemple cité dans le rapport explicatif, p. 11). Il est surprenant qu'une réforme de cette importance ne repose que sur l'avis d'un ou deux auteurs, avis au demeurant contesté par d'autres.

En outre, force est de constater que le projet n'atteint pas l'objectif déclaré de renforcement de la sécurité juridique. Il va même dans le sens inverse, créant une grande insécurité par l'introduction de normes de droit fédéral très imprécises dont les

liens avec le droit cantonal existant seront sans nul doute source de conflits judiciaires. A titre d'exemple, on citera l'article 55l du projet, qui institue une sanction d'inexistence dont les contours sont on ne peut plus flous, et qui sera donc particulièrement délicat à interpréter dans le cadre de l'application de l'article 69 de la loi vaudoise sur le notariat (LNo) qui, lui, dresse une liste exhaustive et précise des causes de nullité (le terme d'inexistence n'ayant d'ailleurs aucune signification précise en droit actuel). Ainsi, l'interprétation de nouvelles dispositions de droit fédéral s'avérera particulièrement problématique, déjà au stade de l'adaptation du droit cantonal, mais encore à l'heure de leur application au cas concret. Mais il y a plus : le rapport explicatif indique, dans le même paragraphe, qu'il est nécessaire de codifier le droit fédéral non écrit, mais que de toute manière, le Tribunal fédéral pourra en tout temps développer des exigences supplémentaires à la forme authentique, recréant par là-même du droit non écrit. Est-ce à dire que le législateur fédéral va constamment adapter le Titre final du code civil suisse afin de tenter de suivre l'évolution jurisprudentielle ? En tous les cas, par ce constat du développement constant de la jurisprudence, les auteurs du projet montrent eux-mêmes qu'il ne sera pas possible de se fonder uniquement sur la nouvelle pour établir les exigences fédérales en matière de forme authentique, un suivi de la jurisprudence étant de toute manière nécessaire. Ainsi, l'objectif de sécurité juridique poursuivi demeure largement lettre morte.

Quant à l'institution d'une minute électronique, on peut également douter de son utilité. Certes, le canton de Vaud fait œuvre de pionnier en matière de ce qu'on peut appeler le notariat électronique, en particulier avec la création d'un registre des notaires permettant à ces derniers d'obtenir un sceau informatique leur servant ensuite à authentifier des expéditions électroniques de leurs actes. En outre, le projet n'impose pas la minute électronique aux cantons, mais ne fait que leur permettre de l'introduire. Il n'en demeure pas moins que les explications fournies par le rapport explicatif ("rupture de médium" qu'il s'agirait d'éviter) ne sont guère convaincantes. Le système actuellement en place dans le canton de Vaud, et qui consiste pour le notaire à apposer son sceau électronique sur la version informatique de la minute, sans qu'il soit nécessairement besoin de scanner cette dernière, nous paraît suffisant pour garantir la transmission électronique des actes authentiques. On en veut pour preuve qu'un projet de réquisition/désignation électronique au Registre foncier et à l'Administration cantonale des impôts est en train de voir le jour dans le canton de Vaud, sans qu'il soit besoin d'attendre l'institution d'une minute électronique. On peut en outre soulever plusieurs objections à l'encontre de cette dernière :

- en premier lieu, sous l'angle de l'archivage, on rappelle que les minutes doivent être conservées des dizaines, voire des centaines d'années après l'instrumentation. Or, à ce jour, nous ne disposons d'aucune garantie que l'archivage électronique, au demeurant non réalisé dans le canton de Vaud, garantira une pérennité des fichiers stockés et leur lecture aisée en tout temps;
- en deuxième lieu, on peut s'interroger sur les coûts d'une telle opération. Certes, selon l'article 55s du projet, les coûts de l'enregistrement et de la conservation des actes devraient être couverts par un émolument. On rappelle toutefois que tel est également le système prévu par l'article 7, alinéa 2, de l'ordonnance fédérale sur l'acte authentique électronique (OAAE) pour la tenue d'un registre centralisé des notaires. Or, dans le cadre des travaux de mise en œuvre de cette disposition,

L'Office fédéral de la justice indiquait il y a peu que les coûts pour les cantons s'élèveraient à plusieurs dizaines de milliers de francs par an. Sachant que le système d'archivage sera plus complexe à mettre en place et à entretenir, on peut émettre certaines craintes quant aux coûts de l'opération et à leur report sur les cantons;

- en troisième lieu, pour tous les actes nécessitant la signature des parties, celles-ci devront être en possession d'un certificat électronique qualifié. Or, à notre connaissance, de tels certificats, relativement onéreux, sont aujourd'hui fort peu répandus au sein de la population. Dès lors, pour ce motif déjà, la minute électronique ne pourra réellement voir le jour.

Le Conseil d'Etat s'interroge également sur la constitutionnalité du projet. Le rapport explicatif énonce comme une évidence que la Confédération serait habilitée à légiférer en matière de forme authentique en vertu de l'article 122 de la Constitution fédérale (Cst.). Or, cette compétence est contestée par une partie de la doctrine, s'agissant d'un acte de juridiction gracieuse (v. à ce propos Alex Dépraz, *La Forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, Thèse, Lausanne, 2002, p. 49ss.). En outre, s'agissant des règles de droit public matériel, soit en particulier celles qui régissent la formation et les devoirs des officiers publics (art. 55b, 55d al. 2 et 55e à h du projet), mais également celles qui visent à centraliser l'archivage des actes authentiques (art. 55q et r du projet), le pouvoir de légiférer de la Confédération se limite à ce qui est absolument indispensable à l'application uniforme du droit privé fédéral, comme le rappelle d'ailleurs le rapport explicatif (p. 4). Or, les articles susmentionnés vont manifestement au-delà de cette exigence et empiètent ainsi sur les compétences cantonales en matière de réglementation des fonctions publiques cantonales. A cet égard, la situation des officiers publics est radicalement différente de celles des avocats, qui tombent sous le coup de l'article 95 Cst. La Confédération ne peut arguer de sa compétence en matière de droit privé pour réglementer la fonction d'officier public dans les cantons. Le Conseil d'Etat émet donc de sérieux doutes quant à la constitutionnalité du projet, à tout le moins de certaines de ces dispositions, qu'il perçoit comme une atteinte au fédéralisme et aux compétences des cantons.

II. Remarques relatives à certains articles du projet

Art. 55a

Cette disposition entretient faussement le sentiment que l'art. 55 al. 1 Tit. fin. CC actuel est maintenu dans le projet, soit donne des gages de nature purement formelle à une solution fédéraliste, alors qu'elle est matériellement vidée de son sens par les autres dispositions du projet, qui visent justement à délester les cantons d'une grande part de leurs compétences en la matière. Comme déjà relevé, cette manière de procéder consistant à faire coexister deux réglementations parallèles, l'une fédérale et les autres cantonales, est source de conflits. En outre, la codification fédérale a pour conséquence que, ramenées au plus petit niveau commun, les exigences de validité formelle de l'acte authentique auront pour conséquence un nivellement par le bas, soit un affaiblissement des règles cantonales actuelles de nature formelle, le droit fédéral fixant des exigences de validité imprécises et problématiques sous l'angle de la sécurité du droit: Dite codification rendra ainsi très difficile la possibilité de maintenir des exigences

supplémentaires de droit cantonal avec pour seule sanction la voie disciplinaire, l'article 55l réglant la question de la sanction formelle.

Art. 55b

Comme déjà relevé, le Conseil d'Etat conteste la compétence législative de la Confédération dans le domaine de la formation des officiers publics. Il s'agit ici d'une règle de droit public matériel dont on ne voit pas en quoi elle serait indispensable à l'application uniforme du droit privé fédéral. Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a confirmé que l'accès à la profession de notaire était réglé exclusivement par le droit cantonal, aucune limite ne résultant du droit fédéral dans ce domaine (ATF 133 I 259, consid. 2.2). L'article 55b apparaît d'autant moins utile si l'on considère sa portée normative extrêmement faible, si ce n'est inexistante. Il se contente en effet de mentionner que les officiers publics doivent disposer d'une "formation suffisante". Le rapport explicatif n'apporte pas plus d'éclairage à cet égard, si ce n'est qu'il indique qu'aucune formation universitaire ne serait imposée. Il s'agit ici d'un exemple symptomatique de l'imprécision du projet : on ignore quelle est exactement la portée du droit fédéral en la matière, de sorte que toutes les interprétations sont possibles. Ainsi, la formation requise dans le canton de Vaud pour exercer la profession de notaire, qui prévoit l'obtention d'un master en droit privé du patrimoine ou titre jugé équivalent, l'accomplissement d'une thèse ou l'exercice d'une activité professionnelle agréée durant deux ans au moins, puis un stage pratique de deux ans et demi sanctionné par un examen, sera-t-elle jugée excessive à l'aune du droit fédéral ? Il est en tous les cas à craindre que les cantons ne soient mis sous pression pour réduire leurs exigences et qu'il s'en suive un nivellement par le bas, ce qui serait très préjudiciable au but visé par la forme authentique, qui est la sécurité des transactions et la protection des parties. A cet égard, on peut s'étonner que l'officier public qui doit instrumenter un acte authentique et, dans ce cadre, conseiller les parties et s'assurer que l'acte correspond bien à leur volonté, puisse ne pas être au bénéfice d'une formation juridique complète. Quoi qu'il en soit, par son imprécision, cette disposition, couplée à l'article 55m qui abolit les frontières cantonales, va à l'encontre du but poursuivi par la forme authentique.

En revanche, on peut s'étonner que l'avant-projet ne contienne aucune disposition garantissant l'indépendance des officiers publics, par exemple en leur interdisant d'exercer simultanément la profession d'avocat comme le prévoit la législation vaudoise (art. 5, al. 1 LNo). Il est à craindre là aussi que les exigences en la matière soient harmonisées à la baisse.

Art. 55e

Cette disposition illustre bien l'imprécision et l'insécurité juridique créées par le projet. Le rapport explicatif commence par affirmer que le devoir d'information est une exigence minimale du droit fédéral (se fondant sur l'avis d'un seul auteur), puis s'empresse d'indiquer que l'étendue de ce devoir doit être définie par le droit cantonal, pour finalement en développer le contenu à la lumière de la doctrine. Cet exemple montre à l'envi tous les problèmes que les autorités compétentes rencontreront à l'heure d'appliquer cette disposition, dont les contours et la portée réelle sont encore une fois totalement flous.

Art. 55f

Les remarques émises à propos de l'article précédent sont également valables ici : le projet prétend régler le principe de la récusation, ce qu'il fait en des termes particulièrement imprécis (qu'entend-on par "*implication*" ou "*personnes proches de lui*" ?) alors que cette institution doit justement être réglée de manière exhaustive, comme c'est le cas dans toutes les lois de procédure. A cet égard, le rapport explicatif renvoie au droit cantonal, qui devrait arrêter les motifs de récusation. Cela signifie que, bien loin de codifier le droit fédéral non écrit, le projet jette une nouvelle fois la confusion entre droit fédéral et cantonal. Bien plus, le projet ne règle pas la question de la sanction civile en cas de non récusation, se contentant encore une fois de renvoyer au droit cantonal. Il ressort toutefois de la systématique du projet que le droit cantonal ne pourrait plus prévoir la nullité d'un acte instrumenté en violation des règles sur la récusation, dite nullité étant désormais réglée par l'article 55l du projet, qui ne vise pas les cas de violation de l'article 55f.

Art. 55h

Comme l'indique le rapport (p. 20), alors que le texte de l'art. 55h projeté n'en tire pas les conséquences, les officiers publics fonctionnaires, agents de l'Etat, des cercles ou des communes, sont visés, pour leurs fonctions ministérielles, par l'art. 320 CP (secret de fonction) et non par le secret professionnel (art. 321 CP), qui ne reste applicable qu'aux notaires de type « latin », soit des indépendants de l'appareil étatique. Il est exclu que le secret de fonction de l'art. 320 CP puisse être levé par les « parties intéressées », comme le dit l'art. 55h al. 2 ch. 1 du projet, puisque seule l'autorisation du supérieur hiérarchique permet formellement cette levée (art. 320 ch. 2 CP). L'article 55h tel que rédigé se heurte donc à l'article 320 CP. De même, pour ce qui concerne les notaires indépendants, il contredit l'article 321 CP. Libérés en effet par l'autorisation écrite de l'autorité de surveillance (art. 321 ch. 2 CP), ces derniers se rendraient malgré tout coupables d'une violation du secret de l'art. 55g du projet selon son alinéa 2 projeté dans le même cas de figure. Il s'agit au demeurant là encore d'une règle régissant la fonction d'officier public qui relève du droit public matériel, domaine dans lequel le législateur fédéral ne doit en principe pas interférer, sauf si cela est absolument nécessaire à l'application du droit privé fédéral, ce qui est douteux en l'espèce.

Au-delà de ces considérations, le projet demeure peu clair quant au caractère absolu du secret des officiers publics. Or, c'est justement dans ce domaine qu'une révision législative serait nécessaire : il y aurait lieu d'aligner le secret des officiers publics suisses sur le régime du secret absolu applicable aux avocats, tel que prévu par l'article 13 al. 1 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, mais contrairement à ce que prévoient les articles 166 du code de procédure civile suisse (CPC) et 171 code de procédure pénale suisse (CPP). Il est tout aussi indispensable à la sauvegarde des intérêts des parties (art. 55f du projet) et à la bonne marche de la fonction que le notaire doit assumer au même titre qu'un juge, que même délié par les parties du secret, il reste dernier juge de la révélation. Ainsi, plutôt que d'inscrire dans le projet une disposition en porte-à-faux avec le droit pénal, il serait nécessaire de modifier le CPC et le CPP afin de garantir le caractère absolu du secret des officiers publics.

Art. 55i

L'alinéa 1er de cette disposition illustre encore une fois le peu de clarté du projet par rapport au droit cantonal. Cette disposition implique-t-elle qu'une réglementation cantonale prévoyant exclusivement la lecture par l'officier public, comme c'est le cas dans le canton de Vaud (art. 58, al. 2) serait contraire au droit fédéral ? Ni le texte du projet, ni le rapport explicatif ne répondent à cette question. Sous l'angle constitutionnel, on ne voit pas que l'application uniforme du droit privé fédéral permette d'imposer aux cantons d'ouvrir les deux possibilités.

L'alinéa 3 de cette disposition est quant à lui un exemple de la codification très imparfaite d'un prétendu droit fédéral non écrit. Alors que le texte du projet est relativement laconique, voire lacunaire si l'on se réfère aux législations cantonales traitant du sujet, le rapport explicatif contient toute une série de restriction relevant selon lui des exigences minimales imposées par le droit fédéral, mais qui, curieusement, ne sont quant à elles pas codifiées. On ne saisit pas la raison pour laquelle le projet, qui ambitionne de renforcer la sécurité du droit en codifiant le droit fédéral non écrit, s'arrête ainsi au milieu du gué en ne prévoyant que des dispositions incomplètes et imprécises. Dans ce contexte, on relève que, si le rapport explicatif mentionne la problématique liée à l'infirmité de l'une ou l'autre des parties à l'acte, pour ne faire encore une fois que citer la doctrine, le projet lui-même ne prévoit aucune procédure extraordinaire, par exemple pour les personnes aveugles et sourdes qui ne pourraient ainsi ni entendre la lecture de l'acte par l'officier public, ni le lire elles-mêmes. En l'état actuel du projet, ces personnes ne pourraient purement et simplement pas passer d'acte authentique ! Là encore, on ne comprend pas si le projet est volontairement lacunaire (le rapport explicatif mentionnant pourtant que la procédure extraordinaire est une exigence du droit fédéral) et, si oui, quelle est encore la marge de manœuvre des cantons en la matière.

Art. 55j

Cette disposition introduit une unité de lieu de l'instrumentation qui est problématique à plus d'un titre. Typiquement, le procès-verbal d'une séance d'assemblée ou de conseil d'administration ne peut toujours être authentifié sur place, et doit être achevé à l'étude lorsqu'il est long et complexe. Les lois cantonales récentes, et notamment celle du canton de Vaud, autorisent expressément de telles dissociations de lieux et de temps. Cette solution, qui n'entre pas dans le champ d'application des exceptions de l'alinéa 3 (qui est limité à la dissociation des parties, et qui ne porte pas sur le lieu) est en contradiction avec le projet. En d'autres termes, ces pratiques cantonales existantes, et qui facilitent grandement le travail de l'officier public et l'élaboration des actes, deviendraient, à teneur du projet, contraires au droit fédéral, puisqu'aucune réserve dans le texte légal ne permet de justifier une exception pour de telles situations. Le rapport dit bien que les règles ne doivent pas s'appliquer à des "instrumentations de processus et de situations" (rapport, p. 24), mais cette réserve ne ressort en rien du texte. De même, un des développements d'avenir dans le domaine a trait à une instrumentation où la présence de tout ou partie des comparants est assurée par un moyen audio-visuel tout au long de la procédure, ces comparants n'étant pas présents au même lieu que l'officier public. Cette forme d'instrumentation est aujourd'hui pratiquée, et prévue par plusieurs cantons déjà (Bâle-Ville, Vaud, Valais, Genève en particulier) pour les actes de droit des sociétés. A l'heure où l'assemblée générale peut devenir virtuelle (introduction du vote électronique dans le droit de la société anonyme),

il est aberrant d'astreindre par une réglementation uniforme à une unité de lieu qui empêche tout développement possible qui correspondrait aux exigences de la pratique.

Art. 55l

Cette disposition, ainsi que l'article 55m, sont les deux articles du projet qui sont les plus problématiques aux yeux de l'Etat de Vaud et doivent absolument être supprimés du projet.

S'agissant de l'"inexistence", terme d'ailleurs impropre et qui devrait être remplacé par "nullité", on relève en premier lieu que les relations entre l'article 55l du projet, qui énumère les cas de nullité d'un acte notarié, et les règles de droit cantonal qui énoncent des motifs de nullité ou d'annulation d'un acte (p. ex. l'art. 69 LNO) ne sont pas claires et seront source de conflits. Le rapport explicatif est d'ailleurs très ambigu sur ce point. D'une part, il indique que, si le droit cantonal règle des détails de l'instrumentation de l'acte, il doit également dire s'il s'agit d'une règle de validité de l'acte ou d'une simple prescription d'ordre. D'autre part, il prévoit que les conséquences de droit civil d'une violation d'une règle de validité cantonale doivent être appréciées exclusivement au regard du droit fédéral (rapport explicatif, p. 11). L'avant-projet renforce ainsi l'insécurité juridique, contrairement aux objectifs poursuivis.

Mais il y a plus : le chiffre 1 de cette disposition conduit à penser que toute erreur dans l'instrumentation d'un acte affecterait son existence. Cette conséquence paraît totalement disproportionnée alors que l'acte authentique n'emporte qu'une présomption réfragable des faits qu'il constate (art. 9 CC). En réalité, le faux constat authentique ne rend jamais l'acte nul pour vice de forme. Il suffit de songer à un inventaire authentique où un bien est évalué à CHF 5'000.- alors qu'il vaut en réalité CHF 10'000.- : la preuve de la valeur correcte tient au renversement du fardeau de la preuve de l'art. 9 CC pour la valeur énoncée, sans qu'une nullité de l'inventaire n'entre en ligne de compte. Il en va de même de l'identité des parties : le rapport explicatif énonce les règles en matière d'établissement de cette dernière, tout en précisant qu'il s'agit de prescriptions d'ordre. Or, à suivre la lettre du chiffre 1, une erreur dans l'identité des parties entraînerait la nullité absolue de l'acte !

Quant au chiffre 2, il établit également un cas de nullité en cas d'indication peu claire des rapports de représentation. Une telle disposition pose plusieurs problèmes : d'une part, qu'en est-il si le rapport de représentation est certes "peu clair", mais peut néanmoins être établi ? Pour quelle raison dans ce cas devrait-on constater la nullité de l'acte ? D'autre part, cette disposition fait totalement abstraction de la possibilité de ratification prévue à l'article 38 du code des obligations (CO), qui ne serait plus possible dès lors que l'acte serait nul.

Enfin, le chiffre 3 ne prévoit la nullité qu'en cas de violation des dispositions du projet relatives à la procédure d'instrumentation. Cela signifie a contrario que les cantons ne pourraient plus sanctionner de nullité la violation des règles formelles contenues dans leur législation. Une telle absence de sanction, autre que disciplinaire, irait à l'encontre de l'objectif de sécurité du droit poursuivi par la forme authentique et, ainsi, de la protection des parties.

En définitive, cette disposition crée un régime de sanction totalement disproportionné dans certains cas, ainsi qu'une grande insécurité juridique, les termes utilisés étant une fois encore imprécis et menant à plusieurs contradictions avec d'autres dispositions de droit fédéral.

Art. 55m

Cette disposition est potentiellement la plus dangereuse pour les buts de la forme authentique et son organisation actuelle. En contradiction avec la jurisprudence constante du Tribunal fédéral qui permet aux cantons d'exiger l'application de la *lex rei sitae* à l'instrumentation d'actes authentiques relatifs à des immeubles (ATF 113 II 501, JT 1988 I 550), elle obligerait les cantons à reconnaître les actes authentiques quel que soit le lieu où ils ont été instrumentés. La pauvreté des arguments avancés pour justifier une telle modification du droit actuel est à cet égard quelque peu consternante.

Le concept de base des auteurs de l'avant-projet est erroné : il ne s'agit pas ici de liberté contractuelle, mais d'un acte de juridiction gracieuse. Or, dans ce cadre, les parties n'ont pas plus de droit à choisir leur officier public que leur juge, leur enseignant ou leur percepteur. Une tâche régalienne comme l'est l'instrumentation des actes authentiques est en principe exercée en un lieu fixé par l'autorité, et non à libre disposition des parties. L'instrumentation des actes authentiques n'est pas une activité économique soumise aux règles de la concurrence.

Les auteurs du projet se contentent d'affirmer que tous les officiers publics actifs sur territoire helvétique pourraient et devraient être à même de remplir leur devoir d'information envers les parties. Il s'agit là manifestement d'une vue de l'esprit : on ne peut pas sérieusement faire croire qu'un notaire zougois ou grison pourra renseigner complètement les parties sur la portée et les effets du transfert d'un immeuble sis sur territoire vaudois ou genevois, sachant que les législations cantonale et communale du lieu de situation, notamment en matière d'aménagement du territoire et des constructions, mais également en matière fiscale, peuvent avoir un impact très important sur ledit transfert. Dans ce cadre, on peut également citer les lois cantonales protégeant les locataires à l'occasion de ventes immobilières (loi du 11 décembre 1989 concernant l'aliénation d'appartements loués). Or, ce sont les parties les moins rompues aux affaires, dont la forme authentique devrait protéger les intérêts, qui souffriraient en premier lieu de recevoir une information juridique moins complète. On peut en effet craindre que l'abolition des frontières cantonales ne serve en premier lieu aux grands groupes immobiliers, qui pourraient désigner un officier public dont les tarifs seraient avantageux, dont les actes seraient préformatés selon les vœux des promoteurs, et que ceux-ci imposeraient à l'ensemble de leurs clients. Ceux-ci, par hypothèse acquéreurs de petits biens immobiliers, pourraient alors se voir contraints de se rendre au lieu où l'officier public est actif, puis accepter une instrumentation dans une langue qui n'est pas la leur et sans réelles informations sur les spécificités locales, qu'elles soient pratiques ou juridiques, qui conditionnent la vente. Le moins que l'on puisse écrire est que cette manière de procéder ne serait pas en faveur de la protection des parties, but encore une fois poursuivi par la forme authentique.

Comme le relève le rapport explicatif (p. 29), cette disposition empêcherait également les cantons de conserver au travers des instrumentations immobilières « un certain

contrôle sur les transactions immobilières » et de poursuivre d'autres intérêts publics, notamment fiscaux. Ainsi, les dispositions fiscales vaudoises exigeant la consignation en mains du notaire des sommes afférant au paiement de l'impôt sur les gains immobiliers (art. 237 de la loi sur les impôts directs cantonaux) et des droits de mutation (art. 62a de la loi concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations) perdraient l'essentiel de leur efficacité si les parties étaient libres d'instrumenter leur acte devant un officier public extérieur au canton. Contrairement à ce que pensent les auteurs de l'avant-projet, il est parfaitement légitime que l'Etat utilise la forme authentique et les officiers publics pour poursuivre d'autres intérêts publics.

Enfin, cette disposition poserait des problèmes rapidement insolubles s'agissant de la surveillance des officiers publics. En effet, l'abolition des frontières cantonales impliquerait que le notaire doive être sanctionné par son autorité de surveillance cantonale pour des actes relatifs à d'autres cantons. Cela contraindrait ainsi l'autorité de surveillance à s'enquérir des spécificités du droit d'un autre canton afin d'établir l'existence d'une faute disciplinaire. En outre, elle ne pourrait plus appliquer tel quel le droit cantonal auquel l'officier public est d'ordinaire soumis, si celui-ci diffère du droit du canton dans lequel l'acte a déployé ses effets. Enfin, un Vaudois lésé par un acte authentique dressé par un officier public zougais se verrait contraint de saisir l'autorité de surveillance de ce dernier canton, ce qui constituerait une entrave considérable à la possibilité de saisir ladite autorité et serait donc au détriment de la protection des parties. Là encore, le rapport explicatif (p. 29-30) élude totalement cette question, se contentant encore une fois d'affirmer que cet élément ne serait pas décisif. Seules compteraient, aux yeux des auteurs du projet, la protection des parties contre les engagements irraisonnés et la création de rapports juridiques clairs. Or, la surveillance des officiers publics a précisément pour but de protéger les parties en leur permettant de se plaindre d'une violation par l'officier public de ses devoirs, respectivement de l'établissement d'un acte ne créant justement pas de rapports clairs entre parties. Dès lors, il paraît pour le moins surprenant que le rapport explicatif minimise à ce point l'importance de la surveillance des officiers publics, surtout alors qu'il prétend dans un même temps codifier les devoirs de ces derniers et la procédure d'instrumentation.

Pour tous ces motifs, le Conseil d'Etat ne peut que préconiser l'abandon d'une disposition dénuée de pertinence et fondée uniquement sur l'avis de quelques auteurs dont la position dominante au sein de la doctrine est au demeurant discutable.

Art. 55n

L'introduction de l'original électronique a pour effet de supprimer toute différence entre original et expédition, contrairement aux systèmes actuels (rapport, p. 32) : le même fichier circulant comme expédition pour un registre est aussi la « minute » à conserver. Cela aggrave la situation de celui qui entend prouver une inexactitude ; non seulement l'inexactitude doit être prouvée comme telle, mais il faut encore déterminer, entre plusieurs fichiers contradictoires, où se trouve la version d'origine, difficulté supplémentaire qui ne se pose pas en droit positif entre minute et expédition, que cette dernière soit sur papier ou électronique. Une telle solution aggrave l'insécurité juridique en gommant totalement la distinction entre l'original et la copie.

Art. 55p

Cette disposition, qui reprend les articles 7 OAAE, est, comme déjà relevé, susceptible d'entraîner des coûts pour les cantons, nonobstant son texte. En effet, outre que la mise sur pied d'un registre centralisé se révèle difficile, un groupe de travail ayant planché sur cette question pendant plusieurs mois sous l'égide de l'Office fédéral de la justice (OFJ), jusqu'à ce que ce dernier décide finalement de lancer un appel d'offre qui, à notre connaissance, n'est toujours pas publié à ce jour, les premières présentations y relatives effectuées par l'OFJ ont toujours fait état de coûts non négligeables pour les cantons, et ce malgré le fait que le système doive, en principe, être financé par un émolument (art. 55s, lequel ne précise d'ailleurs pas, pas plus que le rapport explicatif, qui est le débiteur dudit émolument). Le canton de Vaud s'oppose donc à une disposition qui est susceptible de lui occasionner des charges financières supplémentaires, du moins jusqu'à ce que celles-ci soient clairement identifiées.

Art. 55q

Les remarques émises ci-dessus à propos de l'article 55p sont a fortiori valables pour l'article 55q, le système d'archivage étant vraisemblablement encore plus onéreux à mettre en place que le registre centralisé.

Sous l'angle constitutionnel, on peut sérieusement douter que des prescriptions relatives à l'archivage des actes authentiques établis par des officiers publics entrent dans le périmètre couvert par l'article 122 Cst. et soient donc du ressort de la Confédération.

L'article 55q alinéa 3 du projet prévoit que la copie stockée et enregistrée dans le système de l'acte authentique électronique, de l'expédition d'une minute instrumentée sur support papier ou de la légalisation est déterminante. Cette disposition introduit à nouveau une confusion entre la notion d'original et de copie. En effet, si l'expédition électronique stockée et enregistrée dans le registre central de la Confédération est déterminante, on peut alors se demander quelle sera la portée exacte de la minute originale sous forme papier conservée par le notaire.

Par ailleurs, il est douteux que la centralisation de tous les actes authentiques du pays dans un registre central unique (minutes électroniques ou expéditions électroniques "déterminantes" selon l'art. 55q al. 3 AP CC) soit opportune d'un point de vue sécuritaire. Sous cet angle, la décentralisation paraît nettement préférable, une éventuelle faille de sécurité ayant une portée bien moindre.

Enfin, comme déjà relevé, s'il est aujourd'hui possible de prévenir l'altération ou la destruction de documents sur support papier, on ne peut donner aucune garantie quant à l'altération, et surtout à la lisibilité, de documents conservés uniquement sur support électronique. Or, s'agissant ici de pièces susceptibles de déterminer les droits et devoirs d'un propriétaire plusieurs dizaines, voire centaines d'années après leur instrumentation, cette question devrait être traitée avec plus de circonspection que ne le fait le rapport explicatif.

III. Conclusions

Au vu de ce qui précède, soit de la constitutionnalité douteuse du projet, de la grande insécurité juridique qu'il crée et des problèmes qu'il pose pour la protection des parties, l'Etat de Vaud s'oppose résolument à l'ensemble de la nouvelle, l'estimant aussi dangereuse qu'inopportune.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Directeur, nos salutations distinguées.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pierre-Yves Maillard

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copie

- SJL