

Réf. : MFP/15021152

Lausanne, le 30 novembre 2016

**Révision totale de l'ordonnance sur l'établissement des actes authentiques électroniques et des légalisations électroniques (OAAE)**

Madame, Monsieur,

Nous faisons suite au courrier que nous a adressé Mme la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga le 7 septembre dernier concernant l'objet cité en titre. Nous vous remercions de nous avoir consultés sur cet objet.

Après avoir à notre tour recueilli divers avis au sein du canton, nous sommes en mesure de vous faire part des observations suivantes sur le projet de révision totale de l'OAAE que vous nous avez soumis.

Le projet soumis semble reposer sur l'article 55a, alinéa 4 Tit.fin. CC, qui confère au Conseil fédéral la compétence d'édicter des dispositions d'exécution en vue d'assurer l'interopérabilité des systèmes informatiques et l'intégrité, l'authenticité et la sécurité des données. Selon le message du Conseil fédéral, il s'agissait là surtout d'assurer la compatibilité des systèmes informatiques des officiers publics avec ceux des autorités chargées de la tenue des registres publics (FF 2007, p. 5074). Cette disposition ne nous paraît en revanche pas permettre au Conseil fédéral d'imposer à tout officier public cantonal l'inscription à un registre fédéral aux fins de pouvoir communiquer avec lesdits registres. Les autorités fédérales sont d'ailleurs vraisemblablement parvenues à la même conclusion puisque le Conseil fédéral a mis en consultation, en décembre 2012, une modification du tit.fin. CC dont l'une des dispositions (art. 55p) confère précisément à l'Office fédéral de la justice (OFJ) la compétence d'exploiter un registre suisse des officiers publics. Cette nouvelle n'étant, à ce jour, pas entrée en vigueur, nous sommes d'avis que la base légale permettant la création dudit registre (RegOP) est pour le moins chancelante. Il serait bon que ce problème soit résolu rapidement.

En outre, nous rappelons que si la forme authentique est une notion de droit fédéral, il appartient aux cantons d'en définir les modalités (art. 55, al. 1<sup>er</sup> du titre final du code civil suisse; Tit.fin. CC). De fait, l'instrumentation d'un acte authentique est un acte de juridiction gracieuse qui relève de la puissance publique de la collectivité concernée, en l'occurrence les cantons. Ceux-ci peuvent conserver à l'interne la compétence d'instrumenter de tels actes ou la confier à des tiers, ce qu'a fait le canton de Vaud s'agissant des notaires. Ce sont ainsi également les cantons qui sont compétents pour attester de la qualité d'officiers publics des personnes auxquelles ils ont délégué la tâche d'instrumenter des actes authentiques, que ces derniers soient établis en la forme traditionnelle ou en version électronique. Tout comme les cantons délivrent aux officiers publics qui dépendent d'eux le sceau qui confère à leur signature une signification particulière, ils doivent également leur délivrer le sceau électronique, soit l'attestation électronique de leur qualité. Il est donc indispensable qu'il apparaisse bien,

à la fois dans le projet et surtout dans la confirmation d'admission prévue à l'article 9 de ce dernier, que ce sont les cantons, et non la Confédération, qui attestent de la qualité des officiers publics qui dépendent d'eux. Il importe par ailleurs que les autorités cantonales conservent la maîtrise exclusive des données y relatives, ce que prévoit l'article 6 du projet. En ce sens, le projet devrait être revu, tout d'abord s'agissant de la définition de la confirmation d'admission, laquelle devrait à notre sens être rédigée de la manière suivante : "*Confirmation d'admission : la preuve électronique obtenue en ligne de l'autorité compétente, via le RegOP, que celui qui établit...*". Par ailleurs, il importe d'éviter toute confusion à cet égard, telle que celle qui figure à l'article 16 du projet, qui pourrait laisser croire que c'est l'OFJ qui délivre la confirmation d'admission, ce qui est erroné.

A ces conditions, le canton de Vaud n'est pas opposé à l'institution du RegOP qui, au demeurant, existe déjà. Il apparaît en effet nécessaire, pour des raisons pratiques avant tout, que les conditions posées à la circulation des actes authentiques sous la forme électronique soient unifiées au niveau fédéral, la coexistence de multiples systèmes cantonaux étant difficilement gérable. De surcroît, dans la mesure où il apparaît clairement que la confirmation d'admission émane de l'autorité cantonale compétente, que le vecteur de cette confirmation soit un registre cantonal ou fédéral n'est pas déterminant. Au demeurant, l'article 8, alinéa 4 du projet, qui résulte de discussions préalables entre l'OFJ et le Service juridique et législatif (S JL), autorité vaudoise en charge de la surveillance du notariat, prévoit la possibilité de créer une interface entre les registres cantonaux, comme celui installé dans le canton de Vaud, et le RegOP. Cette interface permettra de garantir que le S JL conserve la haute main sur les données relatives aux notaires vaudois et que ces dernières soient intégralement retranscrites dans le RegOP sans nouvelle saisie.

Le Conseil d'Etat n'est pas non plus opposé à l'extension de l'OAAE et du RegOP à d'autres officiers publics que les notaires. Il relève cependant que cela impliquera des adaptations non négligeables, notamment en matière de surveillance (qui devra désormais s'étendre au trafic électronique), mais également des outils actuellement à disposition des autorités, que ce soit pour le Registre du commerce ou l'Etat civil. Les coûts de ces adaptations ne sont en l'état pas chiffrables et le rapport explicatif joint au projet n'en fait pas mention. Afin que les cantons puissent adapter leurs infrastructures, il serait préférable que l'OAAE n'entre pas en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019, ce qui laisserait d'ailleurs peut-être le temps de régler le problème de base légale susmentionné.

Dans le détail, le Conseil d'Etat peut encore émettre les remarques suivantes :

- Le projet opère une distinction entre acte authentique électronique et expédition électronique. Si les définitions utilisées nous paraissent correctes, nous ne voyons pas à quel type d'actes authentiques l'OAAE fait aujourd'hui référence. En effet, comme vous le savez, il n'est aujourd'hui pas possible d'établir des minutes électroniques, seules les expéditions électroniques d'actes instrumentés sous forme papier pouvant être autorisées (art. 55a, al. 1<sup>er</sup> tit.fin. CC). Dès lors, à quel type d'acte le projet fait-il allusion, si ce n'est des expéditions ou des légalisations électroniques, traitées de manière distincte ? N'anticipe-t-on pas là l'adoption de la révision du tit.fin. CC susmentionnée (art. 55n du projet mis en consultation en 2012) ?

- L'article 4 relatif à l'application du droit étranger paraît difficile à mettre en œuvre en pratique. Il sera en effet difficile de s'assurer que les exigences posées par le droit étranger sont comparables en matière d'intégrité, d'authenticité et de sécurité.
- Aujourd'hui, l'inscription au RegOP est opérée par l'officier public lui-même, qui fournit les informations et les certificats nécessaires. Son inscription doit ensuite, pour être valable, être avalisée par l'autorité de surveillance compétente. Cette procédure ne se retrouve pas très clairement dans les articles 6 et 8 du projet. Doit-on en conclure qu'elle sera modifiée en ce sens qu'il appartiendra désormais aux cantons d'inscrire eux-mêmes leurs officiers publics ? Sinon, il nous paraît nécessaire d'ajouter, à l'article 8, que l'inscription au RegOP ne devient effective qu'une fois obtenu l'aval de l'autorité de surveillance compétente. Cet élément nous paraît indispensable sous l'angle de la maîtrise des données et afin de garantir que c'est bien l'autorité compétente qui donnera la confirmation d'admission au RegOP.
- S'agissant de l'article 16, relatif à la perception d'un émolument, le rapport explicatif ne contient aucune information sur la manière dont l'émolument est calculé. On ignore donc déjà aujourd'hui si celui-ci répond aux principes d'équivalence et de couverture des coûts. De surcroît, l'émolument est perçu pour la maintenance du RegOP, et non pour la délivrance d'une confirmation d'admission qu'il n'appartient pas à la Confédération de fournir, du moins s'agissant des officiers publics cantonaux. La disposition devrait donc être revue en ce sens,

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat ne s'oppose pas au projet de révision de l'OAAE qui lui est soumis. Il relève cependant que celui-ci doit être revu afin de bien faire apparaître le fait que la confirmation d'admission est octroyée par l'autorité compétente, notamment celle du canton s'agissant des officiers publics qui en dépendent.

Par ailleurs, la base légale nécessaire à l'adoption de cette ordonnance est aujourd'hui pour le moins fragile. Enfin, le Conseil d'Etat demande que l'entrée en vigueur de la nouvelle ordonnance soit repoussée en 2019 afin de donner le temps aux cantons d'adapter leurs systèmes informatiques et d'évaluer les coûts de la nouvelle.

En vous remerciant de nous avoir consultés sur cet objet, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pierre-Yves Maillard

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean