

Modification du code civil suisse (forme authentique)

Madame, Monsieur,

Votre correspondance du 14 décembre 2012 relative à la procédure de consultation susmentionnée nous est bien parvenue et a retenu notre meilleure attention. Conformément à votre demande, nous vous adressons la prise de position du canton de Neuchâtel.

Le Conseil d'Etat a pris connaissance avec grand intérêt du projet de modification du code civil suisse, lequel vise d'une part à codifier les exigences minimales du droit fédéral relatif à la forme authentique et d'autre part à permettre aux cantons d'introduire l'utilisation de la minute électronique. Il s'agit d'une innovation bienvenue mais nécessitant une approche prudente car le sujet est délicat. Techniquement, la minute électronique est devenue une réalité car après l'apparition des légalisations et des expéditions électroniques, il est pragmatique de passer à l'introduction des minutes électroniques sous peine de ne plus être en phase avec les pratiques en vigueur dans d'autres pays. Néanmoins, l'apparition des minutes électroniques implique une réflexion de fond et des choix stratégiques quant aux importantes questions de l'archivage et de la suppression du monopole d'instrumentation des actes immobiliers par les officiers publics cantonaux.

Concrètement, le projet soumis peut être résumé en trois objets principaux, soit:

A) Codification fédérale de la forme authentique

Sur ce point, l'acte authentique relevant de la procédure gracieuse en matière civile, l'art. 122 Cst. permet à la Confédération de légiférer en la matière, et certainement au-delà même de simples exigences essentielles comme jurisprudence et doctrine permettaient de l'admettre avant adoption de l'art. 122 précité. Pour le surplus, comme le relève le message, le Tribunal fédéral a relevé, il y a déjà des dizaines d'années, que la forme authentique serait soumise à des exigences minimales par le droit fédéral.

L'idée qu'une loi fédérale doit les codifier est évoquée depuis plusieurs dizaines d'années (cf. en 1967 déjà ce constat était posé: Jacques-Michel Grossen, "l'acte authentique, notion du droit fédéral", in RNRF 48 321).

Cette situation d'incertitude est paradoxale lorsqu'elle touche des actes qui sont justement voués à être ceux qui sécurisent d'un point de vue de la preuve, voire conditionnent la validité, de manifestations de volonté et de constats dans les affaires civiles réputées les plus importantes.

Dans cette mesure, le projet fédéral est sur le principe bien accueilli dans la mesure où il codifie des exigences qui vont de pair avec la fonction et l'effet de preuve renforcé (art. 9 CC) qui forme le cœur de la forme authentique. Il permet de mieux cerner les exigences déontologiques liées aux activités des notaires.

Passé ce point de vue général, certaines dispositions nous paraissent en revanche intervenir de manière inappropriée dans l'organisation cantonale, semblant ignorer que cette organisation cantonale va persister et qu'une solution interventionniste n'est pas appropriée face à des systèmes très différents (notariat latin indépendant / notariat "germanique" fonctionnarisé, et parfois conjugaison des deux).

Notre canton tient absolument à conserver son organisation actuelle basée sur un notariat latin de qualité qui nous donne actuellement entière satisfaction et avec lequel nous travaillons en étroite collaboration. Cette coopération empreinte de confiance se traduit par des contacts fréquents entre les représentants de l'Etat et de la Chambre des notaires voire du Conseil notarial. Nous sommes persuadés que les tâches dévolues aux notaires par l'Etat ne font pas partie des activités régaliennes de notre Etat.

Enfin, il nous paraîtrait heureux de prévoir une disposition supplémentaire en lien avec la tenue des procès-verbaux de personnes morales dressés en la forme authentique, elle pourrait être : "Le notaire chargé de dresser un procès-verbal d'une assemblée d'un organe suprême ou d'une réunion d'un organe de gestion doit y indiquer le lieu, la date, le mode de convocation, la convocation, la composition de l'assemblée ou de la réunion, les décisions prises et le résultat du vote. Le procès-verbal est signé par le notaire en tant qu'officier public ainsi que par le président et l'éventuel secrétaire de l'assemblée ou de la réunion".

B) Suppression du "monopole" des officiers publics cantonaux en termes d'actes fonciers:

Notre canton s'oppose vigoureusement à l'idée d'ouvrir l'instrumentation des actes immobiliers sans limitation territoriale à tous les notaires suisses, dans la mesure où les spécificités des législations cantonales en ce domaine sont encore trop grandes et qu'une ouverture aurait pour conséquence de créer de l'insécurité, ce qui irait à l'encontre du but primordial du notariat.

De surcroît, des problèmes pratiques non négligeables risquent d'engendrer une augmentation significative de la charge de travail des offices du registre foncier avec un effet négatif sur les délais de traitement de leurs opérations.

Les difficultés peuvent provenir de :

- la langue nationale choisie pour établir l'acte présenté à l'office du registre foncier et en particulier lors du contrôle du droit de fond voire également pour les opérations de validation et de facturation,
- du contenu et de la forme de l'acte car les exigences cantonales peuvent être diverses,
- des différentes législations cantonales en vigueur telles que LVAL, LFAIE ou LDFR,
- des aspects pratiques en vigueur auprès des offices du registre foncier et des commissions cantonales.

La plupart voire la totalité des cantons ont introduit une réserve au profit de leurs officiers publics, s'agissant des actes portant sur les immeubles, sans même chercher à y déroger par des accords avec les cantons voisins. Cette unanimité n'est pas fortuite et tend à indiquer que ce système ne provoque pas de réelles difficultés et, surtout, trouve des justifications ainsi :

- le canton est responsable du fonctionnement de son registre foncier,
- il est évident que les valeurs garanties de ce point de vue se chiffrent en centaines de millions de francs et au-delà,
- que les droits immobiliers, par le biais du registre foncier, interviennent pour l'application des multiples politiques publiques cantonales (appartements loués, culture et patrimoine, gages et garanties fiscales, aménagement et politiques des constructions, etc...). Ainsi, notre canton insiste sur le rejet du nouvel article 55m du présent projet.

C) Minutes électroniques et leur conservation:

Notre canton est favorable d'une part à l'introduction de la possibilité d'instrumenter les actes authentiques par voie électronique et d'autre part à l'exploitation d'une banque de données électronique fédérale des actes authentiques.

Nous sommes d'avis que l'absence de rupture de medium est importante car cela permettra d'importantes économies de temps et donc d'argent et ces économies devraient en définitive bénéficier aux clients des notaires.

Par contre, nous restons sceptiques quant à la juste perception de la portée d'un acte authentique électronique par le client du notaire lors de l'établissement de l'acte. En effet, de nos jours, il est encore fréquent de constater que les gens ont plus de facilités à prendre conscience de la portée d'informations importantes, lorsqu'ils en prennent connaissance par l'intermédiaire d'un support papier plutôt qu'au travers d'un écran digital.

L'introduction de minutes électroniques représente un inéluctable pas en avant dans la direction d'une instrumentation exclusivement électronique des actes authentiques. Cette situation représente une évolution incontournable fondée sur l'évolution des technologies électroniques. Cependant, actuellement, il paraît illusoire d'imaginer des minutes exclusivement électroniques car il y aura encore longtemps des cas particuliers pour lesquels il sera nécessaire d'instrumenter une minute papier. Par contre, cette minute pourra également faire l'objet d'une expédition électronique et donc être archivée en tant que document électronique.

Ainsi, l'avènement des minutes électroniques correspond aussi à une obligation de conservation légale des actes authentiques sous forme de registre électronique au fonctionnement identique à un journal des instrumentations. Il est judicieux de prévoir un registre national de conservation des actes authentiques électroniques, lequel permettrait à tous les cantons de travailler de manière uniforme et surtout de partager les coûts de développement et d'entretien d'une structure nécessitant un encadrement de grande qualité. Les émoluments facturés aux clients des notaires devraient donc être de montants limités.

Nous sommes favorables à ce que la propriété des minutes reste du ressort cantonal et nous nous réjouissons de pouvoir bénéficier d'une disponibilité permanente des actes authentiques. Il est de plus évident de constater un aspect pratique indéniable d'une conservation électronique des actes authentiques lors de la reprise des archives d'un notaire cessant d'exercer sa profession par un autre notaire ou par l'Etat.

Enfin, il est clair que des archives électroniques représentent un gain énorme en terme de place de stockage, ce qui représente assurément également un gain pécuniaire pour les notaires ou l'Etat et ainsi pour les clients des notaires et les contribuables cantonaux.

En ce qui concerne le registre suisse des personnes habilitées à établir des actes authentiques électroniques, nous sommes d'avis que l'Office fédéral de la justice doit faire preuve de beaucoup de prudence et être particulièrement attentif à ce que des intérêts privés et en particulier bancaires ne remettent pas en cause le présent projet. Il serait inacceptable que le stockage ou le fichier central national des personnes habilitées à établir des actes authentiques électroniques soient en mains de personnes physiques ou morales à capitaux privés. Nous privilégions donc une exploitation publique, ce qui implique un appel d'offres public uniquement pour l'achat des supports techniques de base.

De ce fait, il nous paraît légitime que la Confédération avance les fonds nécessaires au lancement du projet avant d'assurer pertinemment un financement des installations de stockage des actes authentiques électroniques et du fichier central des personnes habilitées à établir des actes authentiques électroniques par des émoluments. Ces derniers devront en

finalité être assumés par les clients des notaires pour couvrir uniquement les coûts d'achat, d'entretien, de développement et d'exploitation des supports techniques choisis.

En définitive, nous attendons de la Confédération une présentation clairement étayée des coûts articulés dans le projet et en particulier des coûts induits dans notre canton.

Conclusion :

Le Gouvernement neuchâtelois accueille le présent projet avec enthousiasme dans la mesure où il codifie des exigences inhérentes à la fonction et l'effet de preuve renforcé qui forme le cœur de la forme authentique. Néanmoins, certaines dispositions sont inappropriées à l'organisation cantonale neuchâteloise. Ainsi, les Autorités cantonales neuchâteloises comptent maintenir une instrumentation des actes immobiliers uniquement par les notaires de leur canton, dans la mesure où les spécificités des législations cantonales en ce domaine sont trop grandes et qu'une ouverture aurait pour conséquence de créer de l'insécurité.

Enfin, le Conseil d'Etat neuchâtelois est favorable à l'introduction de la minute électronique et à la création d'une banque de données électronique fédérale des actes authentiques car ces deux innovations devraient permettre des économies en faveur de ses concitoyens.

Nous vous remercions de nous avoir associés à cette procédure de consultation et vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre parfaite considération.

Neuchâtel, le 25 mars 2013

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,
P. GNAEGI

La chancelière,
S. DESPLAND

Annexe : remarques par article

Remarques par article :

Art. 55 b

Cette exigence de formation ne posera a priori pas de problème pour le canton de Neuchâtel et son notariat de système "latin". Elle excède toutefois la simple procédure.

Art. 55 d

Le terme de justes motifs est très "lâche", large par rapport à ce que retient aujourd'hui la loi neuchâteloise (art. 53 LN-NE), mais nous pouvons nous rallier à cette formulation dans la mesure où le commentaire rapporte par ailleurs à titre d'exemple les cas envisagés par la doctrine et prévus dans la loi neuchâteloise.

Il serait toutefois souhaitable que le commentaire de la norme fédérale précise que les justes motifs doivent être interprétés à la lumière des dispositions cantonales.

Art. 55 e

Malgré une formulation différente, cet article correspond largement à l'actuel art. 52 LN-NE.

Art. 55 f

L'alinéa premier correspond à l'art. 53 LN-NE qui exige encore tout-de-même du notaire qu'il sauvegarde équitablement les intérêts des parties. Cela n'éveille pas d'objection.

La formulation de l'alinéa 2 avec l'utilisation de la notion de proches, n'est en revanche pas assez précise. Autant alors imposer aux cantons d'établir des règles quant à un devoir de récusation, sans en donner le contenu précis ou, de manière plus stricte encore, de prévoir que le notaire n'est tout simplement pas habilité à instrumenter dans certains cas, ce que fait la loi neuchâteloise (art. 51 LN-NE).

Art. 55 g

La seconde partie de l'alinéa 1 doit à notre avis être supprimée: si le notaire se conforme à la vérité, il peut être trompé, mais pas faire intentionnellement un constat inexact.

Cette interdiction a déjà été constatée depuis longtemps (1964!) par la jurisprudence fédérale. Elle n'a pas de valeur en elle-même, mais découle au contraire du principe de vérité ou de véracité (cf. Grossen précité, p. 324 sur cette même jurisprudence). Ce principe, inscrit dans la première phrase, suffit.

S'agissant de la première partie, il nous semblerait important que le notaire atteste de faits ou de manifestations de volonté qu'il a constaté lui-même (cf. art. 54 LN-NE), et si ces faits ont été constatés de manière particulière (moyens techniques), qu'il le relate. Cet aspect est susceptible d'intervenir de manière renforcée avec l'utilisation d'outils numériques en matière de communication ou de media.

Art. 55 h

Pour nous, cette réglementation ne relève plus de la procédure, pas plus que des exigences posées à la forme authentique. Il suffit de poser le principe que l'officier public est tenu au secret, le canton qui le désigne devant prévoir les conditions de levée.

Selon le système de notariat considéré (notaires "latins" ou Amtsnotariat), la réglementation devra être posée différemment s'agissant de fonctionnaires ou de notaires indépendants, dont l'activité comporte encore des volets de conseils. Le message relève d'ailleurs cet aspect qui voit certains officiers publics être soumis au secret de fonction et d'autres au secret professionnel. Il ne paraît pas opportun d'imposer aux fonctionnaires-notaires des conditions de levée du secret qui sont celles des indépendants, et sur lesquelles le projet semble se calquer.

Art. 55 i

Le terme de "projet" d'acte devrait être abandonné car il est trompeur et n'a pas réellement d'intérêt: c'est l'acte lui-même dont les parties doivent avoir pris connaissance puis qu'elles doivent avoir accepté.

Même si l'on comprend le fait que le projet devient acte par l'acceptation, laisser entendre que les parties pourraient avoir lu un projet (al. 1), l'avoir déclaré conforme à leur volonté (al. 2), puis qu'un acte authentique (al. 3) – peut-être matériellement un nouveau document réputé conforme au projet- a été approuvé n'est pas heureux.

S'agissant de l'al. 3, la disposition pourrait préciser que l'officier public doit signer en cette qualité et faire paraître que par cette signature il veut attester des faits ou déclarations contenues dans l'acte, ainsi que du déroulement correct de la procédure d'instrumentation, qui doit être relatée.

Art. 55 j

L'unité de l'acte est un concept fondamental du droit notarial, mais aussi un concept équivoque et dont l'ampleur a donné lieu à discussion constante, s'agissant de l'instrumentation de volontés "sociales".

Il nous semblerait au moins nécessaire de prévoir que les constats, y compris les constats portant sur des décisions sociales, peuvent être instrumentés comme tels postérieurement par le notaire. Nous rappelons aussi que l'affaire ABB, avec l'attestation par le notaire du déroulement d'une assemblée qu'il avait pour part suivie par vidéoconférence, avait causé quelques interrogations (cf. REPRAX 2000 p. 36).

S'agissant de l'alinéa 3, de notre avis, l'instrumentation successive ne changera rien à l'utilisation de procurations, peut-être regrettable mais courante et licite.

Le principe cardinal est la sécurité de l'acte: cette sécurité est moins en danger lorsque le notaire s'est assuré (au risque et péril de celui qui la délivre) qu'une procuration a été délivrée, que lorsque la procédure est séparée et que les renseignements donnés par le notaire sur l'acte à cet instant risquent de ne pas être exprimés aux parties de la même façon. En outre, la possibilité d'un changement de notaire (volontaire ou non) et d'une instrumentation successive par deux notaires différents devrait être évoquée aussi.

Pour ces raisons, nous sommes opposés à cette institution qui, comme le relève le message, crée un état d'incertitude. S'il faut une brèche à l'unité de l'acte, elle doit résider dans les actes de constats, y compris d'une volonté sociale, et pas dans les contrats.

Art. 55 k

Nous sommes sceptiques quant à cet article: lorsque le droit fédéral le prévoit, la procédure est organisée de manière particulière comme c'est le cas pour le testament public (Art. 499 CC). C'est alors l'acte en lui-même qui justifie un procédé exceptionnel: ce procédé n'a pas forcément à être mis à disposition dans d'autres cadres.

Art. 55 l

La réglementation des cas de nullité d'un acte devrait être laissée à la jurisprudence, à partir des conditions posées comme essentielles par le droit fédéral. Tenter d'en faire la liste en des termes quoi qu'il en soit généraux n'a pas d'intérêt.

Art. 55 m

Comme déjà évoqué, cet article mettrait un terme à la réserve de la compétence des officiers publics cantonaux sur les actes portant sur des immeubles.

Nous sommes plus que sceptiques sur la suppression de cette réserve. Le commentaire explique de manière convaincante pourquoi le TF a considéré que cette réserve est possible et quels intérêts elle protège. A notre connaissance, si certains auteurs vont en sens contraire, ils ne nous semblent pas constituer un courant dominant comme le relate le commentaire de l'article.

S'agissant de reconnaissance des actes pour l'inscription dans des registres, en matière de société, les actes sont valables dans toute la Suisse pour l'inscription au registre du commerce et, s'agissant des droits immobiliers la loi sur les fusions a même déjà ouvert une brèche pour les actes fonciers (art. 70 LFus).

Contrairement au registre du commerce, le registre foncier fédéral n'existe pas - et d'assez loin- dans toute la Suisse, des institutions cantonales persistant un peu partout.

En outre en matière foncière, le monopole cantonal trouve appui dans la relation forte entre immeuble et territoire de situation. Les immeubles sont l'objet de réglementations cantonales particulières, sur leur pouvoir de disposition (autorisations cantonales à la vente d'appartements loués, par ex., qui sont évidents dans certains cantons, mais ne paraissent

même pas imaginable dans d'autres), droits de gages divers, règles de constructions "locales" ayant un impact fort sur la valeur et l'usage de l'immeuble.

Dans ces circonstances, il est très improbable qu'un notaire d'un canton, qui, s'il est consulté aurait en outre une obligation d'instrumenter (!), renseigne les parties correctement sur les particularités du système foncier d'un autre canton.

L'exception prévue dans la loi sur les fusions pouvait encore se justifier par le fait qu'elle visait essentiellement des transactions commerciales, le cédant devant avoir une telle activité (au minimum, entreprise individuelle inscrite au RC).

Elle ne se justifie pas de manière générale et risque de poser problème dans la sécurité des actes fonciers, vu les disparités que présente encore notre pays dans l'état de son registre foncier et dans ses systèmes cantonaux de notariat.

Art. 55 n

Sur ce point, nous devons relever que le système de l'expédition électronique n'est pas encore éprouvé. Même s'il ne s'agit ici que d'un projet de loi, nous nous demandons s'il ne serait pas prudent de prendre du recul par rapport aux expéditions électroniques avant d'ouvrir aux cantons la possibilité d'avoir recours à des actes authentiques entièrement dématérialisés.

Art. 55 o

Si l'on admet la possibilité d'actes entièrement électronique, il n'y a aucune raison de prescrire qu'ils ont la même valeur que ceux "papier".

Cet article est une tautologie et consiste justement en l'expression de la méfiance qu'il prétend combattre. Électronique ou pas, un acte authentique résulte d'une procédure d'instrumentation menée de manière correcte par un officier public a la valeur probante "renforcée" prévue à l'art. 9 al. 1 CC et cela n'a pas à être précisé spécialement.

En revanche, l'alinéa 2 paraît opportun dans la mesure où, hors du domaine des registres et tribunaux où la réception et l'acceptation de justificatifs électroniques est réglé, d'autres autorités pourraient se voir confrontées à des difficultés.

Art. 55 p

Cet article reprend la voie prévue par l'OAAE. Le fait que la Confédération organise ce système est approprié, pour autant que la question des coûts soit maîtrisée car l'organisme qui se verra déléguer la mise en place du système se verra garantir une position de monopole durable. Cette question des coûts et celle d'une obligation d'inscription des seuls notaires voulant procéder à des instrumentations électroniques doit être traitée clairement dans le commentaire.

En effet, si un archivage électronique général est imposé, il est à supposer que de facultative actuellement, l'inscription au registre central des officiers publics devienne obligatoire.

Art. 55 q

L'alinéa premier de cette disposition est trompeur puisque, plus qu'une mise à disposition d'un système, c'est l'obligation d'y avoir recours qui est visée.

Enfin, l'alinéa 3 de cet article nous paraît devoir réserver plus clairement que la minute reste l'original de référence, lorsque ce document physique et original signé des parties est encore disponible, puisqu'il est source des expéditions électroniques et des copies électroniques qui figureront dans le système !

Art. 55 r

La prescription d'un modèle de données nous paraît un pas important et sans doute suffisant, pour garantir l'avenir au plan suisse.

Art. 55 s

Le problème des coûts est évidemment essentiel dans l'élaboration d'un tel système.

Le message s'exprime de manière très péremptoire sur les coûts engendrés, dont on se demande comment ils ont été établis. Ni l'investissement d'un million pour l'infrastructure, ni les trois EPT pour des actes provenant de tous les cantons ne sont détaillés et nous paraissent bien maigres.

Ici, tout est à faire, en particulier le modèle de données et ses adaptations chez les officiers publics des divers cantons.

Dans cette mesure, le coût évoqué ne nous paraît pas réaliste et omet de relever les coûts qui seront induits dans les cantons et en particulier dans notre canton.