

Projet de loi sur le notariat - Commentaire article par article

BIBLIOGRAPHIE DES OUVRAGES ET ARTICLES CITES OU CONSULTES

Lorsqu'un message du Conseil d'Etat rapporte sur un objet technique, un plan de situation, des schémas et autres graphiques contribuent à l'information du Grand Conseil. Le projet de loi sur le notariat se singularise par sa complexité juridique. Dans un souci de lisibilité, il est renoncé aux citations entre parenthèses dans le texte même du commentaire au profit de notes de bas de page. Ce mode de faire commande de dresser la liste des ouvrages et articles cités ou consultés :

Aubert Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Neuchâtel, 1967

Auer Andreas, Malinverni Giorgio, Hottelier Michel, *Droit constitutionnel suisse*, II, Berne, 2000

d'Aumeries Sylvie, *La responsabilité civile du notaire et son assurance*, étude de droit vaudois, thèse, Lausanne 1980

Beck Emil, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. V, Schlusstitel : Einführungs- und Übergangsbestimmungen, II. Abschnitt : articles 51 à 63, Berne 1932

Bertoni Brenno, De l'acte authentique en droit civil suisse, in *Revue de droit suisse*, 40/1921, p. 146a ss

Boinay Gabriel, Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande, in *Revue jurassienne de jurisprudence*, 1998, p. 1ss

Bolla Augusto, L'acte authentique cantonal comme titre pour les inscriptions au registre foncier, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 32/1951, p. 241ss

Brückner Christian, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zurich 1993

Carlen Louis, *Notariatsrecht der Schweiz*, Zurich 1976

Cavin Pierre, La vente, l'échange, la donation, in *Traité de droit privé suisse*, Vol. VII/1, Fribourg 1978

Christe Pierre, Le notariat jurassien - Quelques questions choisies, in *Revue jurassienne de jurisprudence*, 1991, p. 191ss

Dépraz Alex, *La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, Thèse de doctorat, Lausanne 2002

Deschenaux Henri, *Le titre préliminaire du Code civil suisse*, Traité de droit privé suisse, Vol. II/1, Fribourg 1969 (cité : Deschenaux)

Deschenaux Henri, Le Registre foncier, in *Traité de droit privé suisse*, Volume V, tome II/II,2, 1983 (cité : Deschenaux, Registre foncier)

Deschenaux Henri / Tercier Pierre, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 1982 (cité : Deschenaux/Tercier)

Dutoit Bernard, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2A Bâle 1997

Engel Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^{ème} éd. Stämpfli Editions SA, Berne, 1997

Escher Arnold, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. II/2 : articles 252 à 359 CCS, 2^{ème} éd., Zurich 1943

Escher Arnold, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. III/1 : articles 456 à 536 CCS, 3^{ème} éd., Zurich 1959

Escher Arnold, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol III/2 : articles 537 à 640 CCS, 3^{ème} éd., Zurich 1960

Fellmann Walter, *Commentaire bernois*, Berne 1992

Gampert René, Notariat, in *Fiche juridique suisse*, no 74, Etat 30 juin 1972

Gauch Peter, Schlupe Walter R., Tercier Pierre, *Partie générale du droit des obligations*, Vol. I et II, Editions Schulthess Zurich, 1982, 2^{ème} éd (cité : Gauch/Schlupe/Tercier)

Gautschi Georg, *Commentaire bernois*, Berne 1971

- Grisel André, *Traité de droit administratif*, Vol. II, Neuchâtel, 1984 (cité : André Grisel)
- Grisel Etienne., *Liberté du commerce et de l'industrie : libéralisme et droit économique en Suisse*, Vol. I, Partie générale, Berne, 1993 (cité Etienne Grisel)
- Grossen Jacques-Michel, L'acte authentique, notion de droit fédéral, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 48/1967, p. 321ss
- Guldener Max, "Müssen bei öffentlicher Beurkundung von Verträgen die Kontrahenten gleichzeitig anwesend sein", in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 38/1957, p. 347 (cité : Guldener)
- Guldener Max, *Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Zurich 1954 (cité : Guldener, Grundzüge)
- Gygi Fritz, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Berne 1983
- Hangartner Yvo, in *Pratique juridique actuelle*, 1999, p. 200-202
- Homberger Arthur et Marti Hans, Gage immobilier I : définition, objet, constitution, droits de gage en faveur du propriétaire ou au porteur, extinction, in *Fiche juridique suisse*, no 608, Etat 1942
- Huber Hans, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, in *Revue de la société des juristes bernois*, 103/1967, p. 249, réimprimé in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 69/1988, p. 228
- Imboden Max / Rhinow René A., *Schweizerisches Verwaltungsrechtsprechung*, 1976
- Knapp Blaise, *Précis de droit administratif*, Bâle, 4^{ème} éd., 1991, 3^{ème} éd., 1988, 2^{ème} éd., 1982
- Koller Alfred, *Grundstückkauf*, 2^{ème} éd., Berne 2001
- Kölz Alfred, Intertemporales Recht, in *Revue de droit suisse*, 1983 II, p. 100ss
- Kratzer Jean, *L'acte authentique en droit suisse*, thèse, Lausanne 1930
- Kunz Hans, *Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht*, Dissertation, Berne 1928
- Laim Hermann, *Commentaire bâlois*, 1998, ad article 657 CCS
- Marti Hans, *Bernisches Notariatsrecht*, Bern 1983 (cité : Marti)
- Marti Hans, *Notariatsprozess*, Berne 1989 (cité : Marti, Notariatsprozess)
- Marti Hans, Das freiberufliche Notariat, in *Le notaire bernois*, 39/1978, p. 452
- Meier Willy, Wahrheitssuche und Wahrzeitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 65/1984
- Meier-Hayoz Arthur, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. IV/1/1 : articles 641 à 654 CCS, 5^{ème} éd., Berne 1981
- Meier-Hayoz Arthur, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. IV/1/2 : articles 655 à 679 CCS, 3^{ème} édition, 1974
- Montani Valérie et Catherine Barde, La jurisprudence du Tribunal administratif relative au droit disciplinaire, in *Revue de droit administratif et fiscal*, 1996, p. 345ss
- Moor Pierre, *Droit administratif*, Vol. I : Les fondements généraux, Stämpfli, 2^{ème} éd., Berne 1994
- Moor Pierre, *Droit administratif*, Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, Stämpfli, Berne 1991
- Moor Pierre, *Droit administratif*, Vol. III : L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, Stämpfli, Berne 1992
- Müller Heinrich-Andreas, *Der Verwaltungszwanck*, Dissertation, Zurich 1976
- Mutzner Paul, Die öffentliche Beurkundung im Schweizerischen Privatrecht, in *Revue de droit suisse* 40/1921
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. V/2 : articles 184 à 418 CO, 2^{ème} éd., Zurich 1936
- Perrin Antoine, *La forme authentique dans le nouveau droit de la société anonyme*, Etude de droit fédéral et de droit vaudois, Thèse, 1996

- Piotet Denis, *La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics*, Zurich 1981 (cité : Piotet)
- Piotet Denis, *Deux idées préconçues sur la responsabilité patrimoniale des notaires*, in 8^{ème} Journée des notaires, La responsabilité civile du notaire, Fribourg 1998 (cité : Piotet, Idées)
- Piotet Denis / Alex Dépraz, Notaires et droit de la concurrence : doit-il y avoir un libre-marché de la juridiction gracieuse ?, in *Semaine judiciaire*, 1999 II 139 (cités : Piotet/Dépraz)
- Piotet Denis, La notion fédérale de l'acte authentique à l'épreuve de la doctrine, in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, p. 19, Neuchâtel, 1992 (cité : Piotet, Mélanges)
- Piotet Denis, La forme authentique simplifiée du cautionnement dans la loi vaudoise et le droit privé fédéral, in *Journaux des tribunaux*, 1996 III 2 (cité : Piotet, JT 1996 III 2)
- Piotet Denis, Aspects particuliers de la responsabilité patrimoniale du notaire bernois, in *Le notaire bernois*, 3/1997, p. 98 (cité Piotet : Le notaire bernois)
- Piotet Paul, Du début de la prescription décennale délictuelle, in *Journaux des tribunaux*, 1998, p. 162ss (cité : Paul Piotet)
- Reymond Jean-Marc, Action en paiement des honoraires de l'avocat et procédure de modération : Jonction, suspension ou jugement conditionnel ?, in *Journaux des tribunaux*, 1988 III 139ss
- Rhinow René, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, ad article 31, Etat 1988, Ed. Helbing, Schulthess et Stämpfli
- Rigot Dominique, *Le recouvrement forcé des créances de droit public selon le droit de la poursuite pour dettes et la faillite*, Thèse, Lausanne 1991
- Ruf Peter, *Notariatsrecht*, Langenthal 1995
- Santschi Alfred, *Die Rechtsberatung durch den Notar*, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 49/1968, p. 1ss (cité : Santschi)
- Santschi Daniel, *Die Ausstandspflicht des Notars*, Langenthal 1992
- Schmid Jörg, *Die Öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*, thèse, Fribourg 1988 (cité : Schmid)
- Schmid Jörg, Les règles intercantionales relatives aux actes authentiques pour des contrats portant sur des droits réels relatifs à des biens-fonds, in *Baurecht/Droit de la Construction*, 1989, p. 12ss (cité : Schmid, Règles intercantionales)
- Schmidlin Bruno, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. V/1/1/3 : articles 11 à 17 CO, Berne 1986
- Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (das Obligationenrecht)*, Vol. V/1a ;; articles 1 à 17 CO, Zurich 1973
- Schwager Rudolf, *Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge*, Fribourg, 1974
- Spielmann Fritz, *Notice sur les formalités de l'acte authentique en Suisse*, in *Journaux des tribunaux*, 1930 I 2ss
- Steinauer Paul-Henri, La forme authentique en droit fédéral - in *La forme authentique*, Journée juridique à l'intention des notaires, Fribourg, 3 octobre 1989, (cité : Steinauer)
- Steinauer Paul-Henri, *Les droits réels*, Tome III : Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, Stämpfli Editions SA Berne, 1992 (cité : Steinauer, Les droits réels)
- Tercier Pierre, L'objet et l'étendue de la forme authentique - in *La forme authentique*, Journée juridique à l'intention des notaires, Fribourg, 3 octobre 1989 (cité : Tercier)
- Tercier Pierre, Les notaires et le droit de la concurrence, in *Semaine judiciaire*, 1998, p. 505ss (cité Tercier, SJ 1998)
- Tercier Pierre, *Les contrats spéciaux*, Zurich 1995 (cité : Tercier, Contrats)
- von Thur Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Tome I, Zurich 1979
- Tuor Peter, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. III/1 : articles 457 à 536 CCS, Berne 1952/1964
- de Weck Bruno, La faute civile du notaire, in 8^{ème} Journée des notaires, *La responsabilité civile du notaire*, Fribourg 1998
- Werro Franz, *La mandat et ses effets*, Fribourg, 1993

1. Chapitre 1 : De l'organisation du notariat

Comme souligné *supra*, il appartient aux cantons de désigner les autorités compétentes et de régler la procédure à suivre pour l'instrumentation d'actes juridiques et l'authentification de faits. Cette compétence est expressément reconnue à l'article 55 Titre final du CCS.

De manière générale, l'organisation du notariat doit servir la forme authentique et à ce titre les dispositions relatives à l'admission à la profession, aux incompatibilités, à la fin des fonctions, aux devoirs généraux, ainsi qu'à la surveillance des notaires ont fait l'objet d'un examen tout particulier.

1.1 Section 1 : Dispositions générales

La section 1 renferme les dispositions fondamentales du projet et apporte un certain nombre de précisions par rapport à la loi actuelle, en particulier quant à la délimitation du champ d'application légal (art. 1^{er}), du but de la loi (art. 2), du statut juridique du notaire (art. 3), de sa compétence territoriale (art. 4), ainsi que de la nature et du contenu de la responsabilité civile du notaire (art. 5 et 6).

* Le champ d'application de la loi est limité aux seuls notaires autorisés à exercer (**art. 1^{er}** lettre a), aux titulaires du brevet de notaire qui sollicitent l'autorisation d'exercer (lettre b) et aux titulaires d'une licence ou d'un doctorat en droit effectuant un stage de notaire (lettre c). Le projet entend ainsi clairement distinguer le notaire titulaire du brevet de capacité du notaire titulaire d'une autorisation de pratiquer. Selon cette conception, seule la délivrance de l'autorisation de pratiquer emporte la qualité d'officier public (cf. art. 16) et la loi ne s'applique notamment pas au notaire titulaire du brevet de capacité (art. 15) qui renonce à solliciter de l'Etat une autorisation d'exercer.

Le projet de loi réserve l'instrumentation simplifiée prévue par la loi d'application du code civil suisse (art. 197 LACCS), ainsi que les dispositions du droit fédéral relatives à la forme authentique, en particulier les formes fédérales prévues par le CCS.

* La définition du but (**art. 2**) renvoie aux finalités de la forme authentique, en particulier la protection de la bonne foi dans les affaires, et rappelle le préambule de la loi actuellement en vigueur.

* Le projet fixe dans la loi le principe même du notariat indépendant, en rappelant ses principales caractéristiques au sens de la jurisprudence fédérale (cf. RNRF 81, 2000 p. 407, ATF 124 I 296ss). Ainsi, le notaire est un organe de la juridiction gracieuse (art. 3) à qui a été conféré un droit, le pouvoir d'instrumenter des actes authentiques, dont l'Etat est seul titulaire. A ce titre, il est un officier public qui, bien qu'exerçant son ministère de manière indépendante, ne peut se prévaloir de la liberté de commerce et d'industrie¹. Il est soumis à la surveillance de l'Etat bien qu'il ne soit pas un fonctionnaire public.

Le Conseil d'Etat ne retient pas la proposition du parti socialiste lors de la consultation de "*fonctionnariser*" la profession de notaire.

* A chaque fois que le notaire est requis par un justiciable, il doit vérifier s'il est matériellement et territorialement compétent (**art. 4**).

¹ Piotet, p. 5; Piotet/Dépraz, p. 141, qui citent : ATF 23 I 481, c. 3; ATF 73 I 366 = JT 1948 I 345; TF du 9 mai 1994 in RNRF 77, 1996, no 18, p. 110; TF du 12 décembre 1991, in RDAT 1997, II, no 10, p. 14; TF du 30 juin 1998, in BN 1998, p. 297; ATF 124 I 297, dont la solution est approuvée par Hangartner, in PJA 1999, p. 200-202

Le projet de loi n'apporte pas de nouveauté quant à la compétence matérielle (art. 1^{er} al. 1 LN/VS), étant toutefois rappelé que c'est le droit fédéral qui détermine quels sont les actes dont la validité est subordonnée au respect de la forme authentique (art. 11 CO). A ces cas où la forme authentique est imposée par la loi, il faut ajouter ceux pour lesquels les parties sont convenues de recourir à cette forme (art. 16 CO). En outre, il peut arriver que les parties ne se tiennent pas à un type d'acte bien précis mais réunissent les éléments de plusieurs contrats (contrat mixte) ou passent une convention qui n'est pas du tout réglée par la loi (contrat sui generis); pour tous ces contrats innommés, il faut déterminer dans chaque cas concret si la forme authentique est requise ou non². C'est également le droit fédéral matériel qui détermine le contenu minimal que la forme authentique doit recouvrir pour que l'acte soit valable. Dès lors, d'éventuelles dispositions cantonales qui poseraient des règles sur le contenu minimal matériel d'un acte auraient non seulement aucun effet sur la validité de l'acte (cf. force dérogatoire du droit fédéral) mais seraient au surplus une source d'illicéité³.

En tant que détenteur d'une partie de la puissance publique, le notaire ne peut exercer son ministère que dans les limites d'un territoire donné⁴. Déléataire de la puissance publique de l'Etat, instrument de la juridiction gracieuse, le notaire n'a de compétence d'instrumentation qu'en tant qu'il peut se reposer sur une délégation de la puissance étatique lui conférant un tel droit. Cela a pour conséquence que le notaire valaisan qui entendrait par exemple instrumenter sur le territoire du canton de Vaud un testament authentique dresserait par là un acte nul et de nul effet (ex. objet du JAAC 9, no 78, p. 64), ou encore que le notaire qui assisterait hors du territoire de son canton à une assemblée générale de société qu'il entend instrumenter en la forme authentique dresserait là également un acte nul et de nul effet, et cela même s'il achève cette instrumentation à son étude (cf. notamment Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide - LGVE 1988 I n. 20, p. 34s; cf. aussi Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide - AGVE 1972, n. 2, p. 172; RNR 1959, no 16, p. 115). L'article 4 alinéa 2 du projet, qui doit être lu à la lumière des articles 1^{er} et 17, réserve au seul notaire valaisan le droit d'instrumenter sur le territoire cantonal, étant précisé que ce droit s'étend sur l'ensemble du territoire. A cet égard, l'article 55 Titre final du CCS n'a qu'une portée intracantonale. L'instrumentation d'un acte hors territoire cantonal n'est donc possible que si l'Etat d'accueil est prêt à en reconnaître la validité⁵. A défaut d'autorisation, il y aura ingérence dans la souveraineté de l'autre canton. Il en découle que les dispositions cantonales qui autorisent le notaire à instrumenter hors du canton (par ex. art. 61 al. 3 LN/NE) sont a priori contraires au droit fédéral car il appartient seul au canton (d'accueil) de décider souverainement qui peut instrumenter des actes authentiques sur son territoire⁶.

Des notaires valaisans ont sollicité du Département l'autorisation de stipuler hors canton. L'extension de la compétence territoriale pourrait ainsi répondre à un besoin éprouvé dans la pratique. D'un point de vue juridique, plusieurs cantons peuvent s'entendre pour l'extension des compétences de leurs officiers publics respectifs hors de leur territoire. Cette question peut être réglée par du droit concordataire ou, à défaut, par des accords de réciprocité, si le droit constitutionnel cantonal permet aux Exécutifs de procéder de la sorte. Le projet de loi vaudoise prévoit une ouverture dans ce sens.

Il ressort de la procédure de consultation que la solution vaudoise ne répond cependant pas à un besoin actuellement. Dans la procédure de consultation, le parti radical s'y est expressément opposé.

Un autre problème est celui du libre choix par les parties du notaire habile à instrumenter. Cette question relève du droit cantonal, à l'intérieur des limites du canton, mais dépasse la compétence législative des cantons dès lors qu'elle touche aux rapports intercantonaux. Il s'agit en réalité d'une question de for intercantonal en matière gracieuse. Ce for est libre, selon la jurisprudence et la pratique fédérales, sauf pour le domaine des actes authentiques touchant à des droits réels immobiliers (ATF 113 II 501, JT 1988 I 550). Selon cette jurisprudence du Tribunal fédéral, le conservateur peut refuser la transcription d'un acte instrumenté en violation de la loi où se trouve l'immeuble (lex rei sitae). En l'occurrence, il s'agissait d'une disposition de la LACCS/ZH reconnaissant au seul notaire zurichois la compétence d'instrumenter un acte portant sur un bien-fonds sis sur le territoire du canton. Cette jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine car le principe de la lex rei sitae se heurterait au droit fédéral, notamment en raison de la liberté des parties de choisir le lieu de la conclusion d'un contrat et parce qu'il aggraverait considérablement le commerce immobilier intercantonal (par exemple un contrat de vente ou de gage portant sur des biens-fonds situés dans plusieurs cantons ne peut pas être instrumenté dans un seul acte). Tenant compte de ces critiques, le projet n'a pas repris la solution zurichoise et a laissé aux conservateurs du registre foncier le soin de reconnaître ou non un acte instrumenté à l'extérieur du canton. En l'état, il apparaît que le conservateur devrait refuser de reconnaître un

² Steinauer, p. 5

³ ATF 125 III 131 = JT 1999 I 470; ATF 113 II 402 cons. 2a p. 404; ATF 106 II 146 cons. 1 p. 147; Piotet, p. 128-129

⁴ Ruf, p. 145 et les auteurs cités; Marti, ad art. 17 NG, no 1

⁵ Marti, ad art. 17 NG, no 2; Ruf, p. 145; Brückner, p. 214, Schmid, p. 63

⁶ Ruf, no 536, p. 150, corrigeant Schmid, p. 65; Marti, Notariatsprozess, p. 46

tel acte compte tenu de la pratique actuelle et en raison de la conception même du notariat latin indépendant. Cette situation est toutefois susceptible de changer puisque la décision du conservateur peut faire l'objet d'un recours à l'autorité cantonale de surveillance (art. 956 al. 2 CCS/Conseil d'Etat - art. 69 al. 1 LACCS), puis d'un recours au Tribunal cantonal (art. 98a OJF/art. 69 al. 2 LACCS) et enfin d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 956 al. 3 CCS et 102 ss ORF). La solution retenue par le projet réserve ainsi une éventuelle évolution de la jurisprudence.

Dans la procédure de consultation, l'ANV a proposé d'examiner l'opportunité d'introduire une clause pénale sanctionnant un notaire établi dans un autre canton et stipulant sans droit un acte en Valais. Un tel agissement tombe sous le coup de l'usurpation de fonction (art. 287 CPS), plus précisément de l'usurpation d'une fonction publique valaisanne.

- * Les **articles 5 et 6** du projet précisent la nature et le contenu de la responsabilité civile du notaire, actuellement réglée par l'article 19 de la loi. Le projet innove en obligeant le notaire à contracter une assurance responsabilité civile (*infra*, art. 19).

Selon une jurisprudence constante et une doctrine unanime⁷, l'article 19 LN, qui soumet exclusivement au droit cantonal la responsabilité civile du notaire⁸, ne s'applique que pour son activité ministérielle. Les activités dites accessoires, indépendantes de la compétence étatique et de la fonction ministérielle de l'officier public, relèvent du droit privé fédéral, questions de responsabilités comprises⁹. Cette distinction activités ministérielles / activités accessoires trouve sa source dans l'article 61 CO qui tire, en droit de la responsabilité civile, l'application législative de la ligne de partage des compétences entre Confédération et cantons. Les activités accessoires entrent en effet dans le champ d'application de l'article 61 alinéa 2 CO, qui interdit aux cantons de déroger aux dispositions sur la responsabilité civile du code des obligations, ou plutôt, en réalité, d'alléger la responsabilité de leurs fonctionnaires ou employés publics dans l'exercice d'une industrie.

Toutefois, dans la pratique, il est parfois difficile de cerner ce qui relève de cette responsabilité publique et ce qui lui échappe, notamment pour certains services rendus par le notaire qui vont au-delà de ses tâches ministérielles au sens strict tout en restant néanmoins dans un étroit rapport avec celles-là¹⁰. Pour pallier à ces difficultés, certains auteurs de doctrine¹¹ proposent d'unifier le régime de responsabilité en supprimant la scission droit public/droit privé. Certains cantons semblent avoir intégré cette conception dans leur législation sur le notariat¹². Une telle unification apparaît toutefois contraire à l'article 61 CO, le droit cantonal ne pouvant sans autres s'arroger une compétence fédérale. A titre d'exemple, il serait choquant qu'un notaire, agissant en qualité de représentant privé dans le cadre d'une procédure administrative ou fiscale, se voit opposer une responsabilité de droit public cantonal. Pour cette raison, le projet ne retient pas la solution radicale d'unification du régime de la responsabilité mais fait une distinction entre d'une part l'activité ministérielle et l'activité professionnelle connexe à l'activité ministérielle, et d'autre part, l'activité professionnelle au sens strict. L'activité professionnelle connexe à l'activité ministérielle est un concept juridique indéterminé qui vise l'exécution des prestations prescrites dans l'acte sans égard au point de savoir si elles sont nécessaires pour sa perfection (inscription dans les registres publics, mais aussi encaissement et paiement du prix de vente, dégrèvement de l'immeuble,...) et l'obtention des autorisations administratives préalables, y compris le recours contre un refus. Cette solution est conforme à la jurisprudence fédérale¹³ qui reconnaît au canton la compétence, déduite directement de l'article 6 CCS, de régler la responsabilité de ses notaires pour l'ensemble de leurs activités, à condition de ne pas alléger celle-ci par rapport à ce que prévoit le droit privé fédéral. L'article 6 renvoie ainsi aux règles du code des obligations pour les actions civiles découlant de la responsabilité ministérielle ou professionnelle connexe du notaire. Ce renvoi vise les articles 97 et suivants CO, 127 CO et suivants, et 394 et suivants CO, non pas les articles 41 et suivants CO. Ainsi, le notaire encourt une responsabilité quasi contractuelle pour son activité ministérielle et une responsabilité contractuelle pour son activité professionnelle connexe à l'activité ministérielle. L'avant-projet opérait un renvoi général au CO pour définir le régime de responsabilité encourue par le notaire. Il en résultait une

⁷ RVJ 1996, p. 182; Piotet, p. 36; de Weck, p. 5

⁸ ATF 96 II 46; RVJ 1981, p. 346

⁹ RVJ 1984, p. 129

¹⁰ Les arrêts suivants reflètent les complications de ce système pour le justiciable : RVJ 1979, p. 137; 1981, p. 346; 1982, p. 236; 1984, p. 112 et 127; 1994, p. 227; 1996, p. 182

¹¹ Piotet, Idées, p. 6; Engel, p. 70

¹² Cf. notamment art. 11 LN/GE, art. 111 LN/VD

¹³ ATF 126 III 371; ATF 70 II 221 = JT 1945 I 199

source d'insécurité juridique. Le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet mis en consultation soulignait le caractère quasi contractuel et/ou contractuel de la responsabilité du notaire. Ce régime n'a pas été combattu, mais divers participants ont suggéré un renvoi exprès aux articles correspondants du CO. Le dommage peut être un dommage matériel ou un tort moral (RVJ 1996 p. 182). Le régime de responsabilité est étendu dès lors que le notaire répond seul du dommage, l'Etat n'assumant aucune responsabilité à cet égard. La responsabilité du notaire intervenant en qualité de mandataire privé, par exemple dans le cadre d'une procédure administrative ou fiscale, reste quant à elle régie exclusivement par le droit privé fédéral (art. 394ss CO).

L'article 5 alinéa 2 du projet prévoit que le notaire répond du fait de ses auxiliaires. Cette responsabilité découle directement du renvoi aux règles générales du CO, spécialement à l'article 101. La notion d'auxiliaire ne s'étend pas aux traducteurs et aux interprètes, qui sont considérés comme les assistants du notaire (art. 89). Ce dernier doit toutefois s'assurer de la compétence de ses assistants et les rendre attentifs aux obligations qui leur incombent, dans la mesure où cela peut être exigé de lui.

En cas de légalisation de signatures ou d'authentification de copies, le notaire ne répond pas du contenu des actes, sauf s'il s'agit d'un acte authentique qu'il a lui-même instrumenté ou qu'il a contribué à rédiger¹⁴. Cette dernière éventualité concerne un acte sous seing privé rédigé – par hypothèse de façon malheureuse – par un notaire; elle doit être retenue en raison de l'unification de la responsabilité ministérielle et "*professionnelle*" (art. 5 al. 1 lettre b) du notaire. En effet, le dommage réparable par l'officier public se restreint à la véracité de l'authentification de la signature ou de la copie¹⁵. Par contre, s'il a participé à la rédaction de l'acte sous seing privé objet de la légalisation, il engage une responsabilité de droit privé, qui peut concourir le cas échéant avec sa responsabilité ministérielle.

Comme souligné *supra*, l'Etat ne répond pas des conséquences civiles des fautes commises par le notaire (art. 5 al. 4)¹⁶. Est toutefois réservée la responsabilité du notaire agissant en qualité d'auxiliaire de justice, soit l'hypothèse visée par l'article 112 du projet. Dans ce cas, le notaire n'agit en effet pas comme un indépendant puisqu'il n'est pas choisi par la partie mais intervient à la requête de l'autorité dans le cadre d'une procédure dirigée par un juge¹⁷. A ce titre, il agit comme "*un auxiliaire de la justice*" (ATF 126 III 370ss, p. 373, cons. 7, lettre a) et doit être considéré comme un agent exerçant une fonction publique. Dès lors, sa responsabilité doit s'analyser conformément à la loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (art. 112 al. 2).

L'avant-projet se limitait à préciser que le juge civil est compétent pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité civile du notaire. La Conférence des juges de première instance a démontré, de manière pertinente et convaincante, les difficultés procédurales occasionnées par un simple renvoi aux règles de compétence et de procédure du code de procédure civile (CPC). L'harmonisation souhaitable du régime de la responsabilité du notaire commande de déroger aux règles ordinaires du CPC pour que les avantages de l'harmonisation ne soient pas gommés par des conséquences procédurales fâcheuses. La compétence exclusive du juge de district en première instance indépendamment de la valeur litigieuse (art. 6 al. 2) est calquée sur l'article 78 alinéa 1 de la loi d'application du code civil suisse (LACCS). Le renvoi à une seule procédure applicable (procédure ordinaire) prévient d'autres difficultés procédurales liées aux voies de droit différentes ouvertes auprès du Tribunal fédéral selon que la contestation porte sur la responsabilité ministérielle ou la responsabilité professionnelle connexe (art. 6 al. 2). L'appel au Tribunal cantonal est une exigence du droit fédéral (art. 48 al. 2 OJF) pour les contestations susceptibles d'un recours en réforme au Tribunal fédéral.

¹⁴ Piotet, p. 164

¹⁵ Sont toutefois réservés les cas où le notaire est incompétent ou lorsque l'attestation authentique est affectée d'un vice de forme invalidant; dans de telles situations, le législateur est également responsable du défaut de légalisation valable, Piotet, p. 163

¹⁶ Piotet, p. 186 let. b; voir également RVJ 1982, p. 236; RVJ 1984, p. 112, p. 117; RVJ 1994, p. 228; RVJ 1996 p. 182

¹⁷ A titre d'exemple, on peut citer l'établissement de l'inventaire en général, dressé par le notaire que désigne le juge de district (art. 97ss LACCS et 32 al. 1 LACCS), l'établissement de l'inventaire conservatoire de la succession, dressé par le notaire désigné par le juge de commune (art. 100 al. 4 LACCS), l'apposition des scellés par le juge de commune assisté par le notaire qu'il désigne (art. 102 al. 1 LACCS), l'établissement de l'inventaire dans la procédure successorale du bénéficiaire d'inventaire et de la liquidation officielle, dressé par le notaire désigné par le juge de district (art. 106 al. 1, 109 al. 1 LACCS), l'administration des biens de la succession pendant la procédure de bénéficiaire d'inventaire par le notaire qui a dressé l'inventaire (art. 107 al. 1 et 3 LACCS), la liquidation de la succession (art. 110 al. 3 LACCS), la direction des enchères pupillaires (art. 189 al. 4 LACCS).

- * Le projet d'**article 7** reprend dans son principe l'article 9 de la loi actuelle. Le Conseil d'Etat n'a pas jugé nécessaire de revenir sur cette disposition qui n'a jamais provoqué de problèmes particuliers, sauf la disponibilité des notaires de siéger au sein de la Chambre de surveillance. A noter que l'ANV est formée de tous les notaires pratiquant dans le canton, soit des notaires détenteurs d'une autorisation d'exercer (cf. distinction faite *supra* entre le notaire titulaire du brevet de notaire et le notaire autorisé à pratiquer, qui seul peut se prévaloir du titre d'officier public).

Dans la procédure de consultation, l'OAV a proposé de supprimer cette disposition, invoquant la liberté d'association. La liberté d'association ne fait toutefois pas obstacle à l'affiliation obligatoire à une association professionnelle dans le but d'appliquer des règles de déontologie (Droit constitutionnel suisse, Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, vol. II, no 875).

- * Le projet d'**article 8** est une nouveauté par rapport à la loi de 1942 et découle de l'article 73 LPJA qui a transféré du Conseil d'Etat au Département la compétence de statuer en première instance dans les affaires administratives pour lesquelles le Conseil d'Etat était seule autorité de décision. La loi sur la procédure et la juridiction administrative est applicable.

- * Le projet d'**article 9** reprend, dans les grandes lignes, l'article 13 de la loi actuelle. Comme nouveauté, il introduit, en plus de la publication de la suspension et de la destitution, qui sont des sanctions disciplinaires (cf. art. 68), la publication du retrait de l'autorisation d'exercer, qui est une mesure de surveillance (art. 65 et 66).

Contrairement à la proposition de l'ANV lors de la consultation, il ne peut être renoncé à la publication des cas de suspension d'une durée de six mois, en raison de l'obligation du notaire autorisé à pratiquer de recevoir les actes (art. 34).

- * Le projet d'**article 10** satisfait à l'exigence d'une formulation non-sexiste des lois. Il rappelle notamment les articles 1^{er} alinéa 4 LACCS, 2 CPC, 6 chiffre 2 CPP et 4 LOJ, exprimant les mêmes préoccupations.

1.2 Section 2 : Admission à la profession et fin des fonctions

Le notaire indépendant, en sa qualité d'officier public, est soumis à des exigences rigoureuses d'aptitudes, de moralité et de probité, visant à garantir la qualité du service qu'il accepte d'assurer¹⁸.

Stage et examen (art. 11 à 15)

La formation du stagiaire ainsi que le contenu de l'examen conditionnent la qualité des services assurés par le notaire. Dès lors, les principes relatifs à ces matières sont prévus par la loi. Pour le surplus, le règlement du Conseil d'Etat précise les modalités et le déroulement du stage et de l'examen (art. 15 al. 2).

- * Le début du stage doit faire l'objet d'une autorisation délivrée par le Département (**art. 11** al. 1). Celle-ci est accordée si le candidat remplit un certain nombre de conditions (lettres a à d). Ces dernières sont examinées avant même le début du stage, afin de s'assurer notamment que le candidat remplit d'ores et déjà les conditions de moralité et de probité nécessaires à l'exercice du notariat (cf. art. 17 lettres b et c). La nationalité suisse (art. 17 lettre a) n'est par contre pas une condition d'admission au stage. Cette option est délibérée et vise à permettre au candidat étranger de commencer son stage alors même que la procédure de naturalisation qu'il aurait initiée n'aurait pas encore abouti.

La formation du stagiaire valaisan a fait l'objet de nombreuses critiques. Il a notamment été souligné qu'un stage d'une année, cumulable de surcroît avec un stage d'avocat, était manifestement trop court pour assurer une formation satisfaisante eu égard à la complexité actuelle de l'activité notariale (cf. évolution du droit et de la jurisprudence). Pour certains, cette lacune dans la formation a pour conséquence directe le nombre élevé d'échecs aux examens, du moins au premier essai.

¹⁸ RNRF 81, 2000, p. 407; ATF 124 I 296ss

Tenant compte de ces critiques, le projet cherche à améliorer sensiblement la formation initiale des notaires stagiaires en renforçant cette dernière sur plusieurs points. Ainsi, le projet consacre le principe selon lequel le stage doit principalement être consacré à la formation professionnelle (art. 11 al. 2) avec la conséquence qu'il ne peut être cumulé avec le stage d'avocat (art. 11 al. 3). Cette opinion est également défendue par l'ANV qui, en date du 9 juin 1995, relève ce qui suit : *"On doit en effet constater que, si sur le plan théorique, les candidats aux examens de notaire sont relativement bien préparés, il n'en va pas de même sur le plan pratique. Or, il s'agit là d'un examen professionnel au terme duquel les experts doivent juger de la capacité du candidat à affronter les difficultés de la pratique notariale. En examinant ce problème, nous sommes arrivés à la conviction que les difficultés à acquérir des connaissances pratiques tenaient pour l'essentiel au fait que la législation actuelle sur le notariat autorise le cumul du stage de notaire avec celui d'avocat. On doit en effet constater que les stagiaires de première année, dans presque toutes les études, font pendant huit à neuf mois du travail d'avocat, à savoir la rédaction de mémoires, de recours, la présentation des parties devant les tribunaux. A trois ou quatre mois des examens, ces mêmes candidats se mettent à étudier d'une manière beaucoup trop théorique les branches d'examen. Il n'est pas rare qu'ils n'aient jamais eu l'occasion ni de préparer concrètement un acte pour leur maître de stage, ni d'assister à l'instrumentation d'un tel acte. Avec la séparation des stages, cette situation pourrait changer radicalement, dans la mesure où on interdirait aux stagiaires de notaires de faire du travail d'avocat"*.

- * Le stage doit s'effectuer en l'étude d'un ou, successivement, de plusieurs notaires expérimentés (cinq ans de pratique au minimum, art. 11 al. 1 lettre d) du canton, ainsi que dans un office du registre foncier et du registre du commerce (**art. 12** al. 4). Ce dernier stage est indispensable à la formation du futur notaire et, à l'instar de ce qui est prévu dans d'autres législations cantonales¹⁹, il est justifié de le rendre obligatoire, les candidats ne profitant pas de la faculté qui leur est actuellement conférée par l'article 13 alinéa 4 Rex/LN. Le règlement du Conseil d'Etat, qui fixe la durée et les modalités des stages obligatoires (art. 12 al. 6) devra tenir compte des difficultés d'organisation des stages et faire en sorte que le stage auprès du registre foncier ou du registre du commerce soit aménagé de manière à garantir un accès égal à tous les stagiaires.

En plus de ces stages obligatoires, le stagiaire peut accomplir une partie de son stage auprès d'un service de l'administration cantonale ayant des activités en rapport direct avec l'activité ministérielle du notaire (al. 5). A titre d'exemple, on peut citer l'administration fiscale, les mensurations cadastrales ou encore le service dont relève la Lex Friedrich. Enfin, l'examen de notaire ne devant pas être une super-licence mais un examen professionnel portant sur les matières enseignées lors du stage, le projet rend obligatoire la fréquentation annuelle des cours de formation organisés par le Département en relation avec l'ANV (al. 6).

- * Le projet innove en réglant, déjà dans la loi, les principes relatifs à l'examen. La notion d'examen est précisée à **l'article 13** alinéa 1 du projet et correspond, par souci d'harmonisation avec le droit fédéral, avec celle retenue par l'article 7 de la loi fédérale sur la profession d'avocat (LLCA). Les matières, ainsi que le contenu de l'examen, sont détaillées à l'article 14 du projet. A noter que la commission d'examen est compétente pour établir la liste détaillée des matières pour chaque examen. Enfin, toujours dans un but d'harmonisation avec le droit fédéral, en particulier avec l'article 31 alinéa 4 LLCA, l'article 13 alinéa 3 du projet offre au candidat la possibilité de se présenter trois fois aux examens. L'échec au troisième examen est définitif et entre le deuxième et le troisième examen, il doit s'écouler au moins une année (solution identique à celle retenue pour l'admission au barreau – art. 8 al. 3 de la loi sur la profession d'avocat).
- * L'examen oral porte, notamment, sur les notions générales de comptabilité commerciale (**art. 14** al. 2 lettre g), par quoi il faut entendre la connaissance du bilan, du compte d'exploitation, de la comptabilité double et du bouclage, ainsi que des dispositions du Titre 32^{ème}, articles 957 et suivants CO, régissant la tenue de la comptabilité commerciale.

L'examen d'admission au notariat est une épreuve professionnelle se distinguant de l'examen de licence. Dès lors, le candidat au notariat qui a réussi son examen de licence en droit public fédéral, en droit privé fédéral, en droit international privé et en droit des poursuites, est-il dispensé de subir à nouveau un contrôle de ses connaissances dans ces domaines lors de l'examen oral d'admission au notariat (art. 14 al. 3).

¹⁹ De tels stages obligatoires se retrouvent dans de nombreuses législations cantonales, par exemple art. 6 Ord/BE (stage obligatoire de 3 mois au moins dans un bureau du RF), art. 40 LN/GE (stages obligatoires de 2 mois au RF, de 2 mois au RC et de 2 mois à la Justice de paix et au Tribunal tutélaire), art. 9 LN/NE (stage obligatoire de 3 mois au RF ou dans un office du RF)

Autorisation d'exercer le notariat (art. 16 à 23)

- * Seule la délivrance de l'autorisation d'exercer par le Conseil d'Etat emporte la qualité d'officier public (**art. 16**). A cet égard, le projet distingue clairement les notaires officiers-publics, dont la liste est publiée annuellement au bulletin officiel, des notaires diplômés au sens de l'article 15 du projet.
- * Les conditions d'obtention de l'autorisation de pratiquer (**art. 17**) correspondent, dans une large mesure, à celles actuellement prévues par les articles 2 et 3 LN/VS. La privation des droits civiques n'est toutefois plus mentionnée dans la loi puisque le candidat doit avoir l'exercice complet des droits civils et que l'interdiction prononcée en application de l'article 369 CCS (maladie mentale et faiblesse d'esprit) est le seul cas emportant privation du droit de vote et d'être élu (cf. art. 136 al. 1 nCst. féd., art. 2 de la loi fédérale du 17 novembre 1976 sur les droits politiques, art. 12 al. 1 de la loi cantonale du 17 mai 1972 sur les élections et votations). A titre de nouveautés, il convient encore de relever que le notaire doit, non plus fournir des sûretés (proposition de l'ANV lors de la consultation), mais être au bénéfice d'une assurance RC (cf. art. 19) et que la notion d'"indignité" (art. 3 LN/VS, art. 17 lettre b), par souci d'harmonisation avec le droit fédéral, correspond à la définition consacrée par l'article 8 alinéa 1 lettre b LLCA. Le projet ne retient pas la proposition du parti socialiste lors de la consultation visant à autoriser l'exercice du notariat à un étranger titulaire du permis C : le notaire étant un organe de la juridiction gracieuse, il se conçoit qu'il ait la nationalité suisse.
- * Le notaire doit avoir une étude ouverte au public (**art. 18**), se prêtant à l'exercice de la profession, et séparée de tout autre bureau. Le projet renonce à réglementer l'ouverture d'une étude "*secondaire*" selon l'expression consacrée, tirée des articles 7 alinéa 2 LN/VS et 16 Rex/VS. En effet, le notaire peut recevoir un acte hors de son étude (art. 28 al. 2 LN/VS), principe confirmé et réaménagé par l'article 76 du projet. Le règlement d'exécution du Conseil d'Etat traitera de la "*localisation*" des répertoires et des archives notamment, ainsi que de la délivrance d'un sceau supplémentaire en cas d'installation par un notaire de deux études en des lieux différents. A noter que, lors de la procédure de consultation, le principe d'un seul et unique domicile notarial fut vivement combattu.
- * Selon l'article 5 du projet, le notaire encourt une responsabilité civile pour tout dommage qu'il cause, soit de manière illicite, intentionnellement ou par négligence, soit en violation de ses obligations contractuelles dans l'exercice de son activité ministérielle ou dans l'exercice de son activité professionnelle connexe. Le régime de l'assurance doit couvrir les dommages résultant de cette responsabilité étendue. A cet égard, la couverture actuelle, correspondant au dépôt de garanties d'un montant minimal de 50'000 francs (art. 15 al. 2 Rex/VS), est manifestement insuffisante, d'autant plus que le notaire, en sa qualité de spécialiste exerçant une activité monopolistique, voit sa responsabilité jugée d'après des critères particulièrement sévères. Par conséquent, pour assurer une bonne couverture, le projet propose de rendre obligatoire la conclusion d'une assurance RC, à l'instar de ce qui est prévu par d'autres législations cantonales²⁰. Quelques lois cantonales ont pris soin d'écartier la possibilité pour l'assureur de ne pas intervenir en cas de faute grave ou de dol (art. 14 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance – LCA). **L'article 19** alinéa 2 du projet use de la même précaution, mesure qui s'impose d'autant plus que le notaire n'est plus tenu de fournir des sûretés. Le contrat d'assurance peut prévoir un droit de recours de l'assureur contre le notaire pour faute grave ou dol.

Suivant l'opinion de Piotet²¹, l'article 19 alinéa 3 du projet mis en consultation ouvrait l'action directe du lésé contre l'assureur à raison de la police d'assurance. De l'avis de la Conférence des juges de première instance, de l'ANV et de l'OAV, cette solution contreviendrait au droit fédéral, tout comme l'obligation faite à l'assureur de couvrir le risque découlant de la faute grave ou du dol (art. 19 al. 2). L'expert du Conseil d'Etat soutient l'avis contraire, en observant que la loi fédérale sur le contrat d'assurance peut être restreinte par une loi de droit public cantonal aux conditions de l'article 6 CCS. La réglementation cantonale à propos de la faute grave concerne une condition dont dépend l'exercice du notariat. Au vu de l'intérêt public à l'efficacité de la protection contre l'insolvabilité de l'auteur d'un sinistre par l'assurance RC obligatoire, il n'est pas douteux qu'une telle exigence puisse figurer dans la loi cantonale. Quant à l'action directe, l'expert propose de reformuler la disposition litigieuse par une clause de stipulation pour autrui parfaite au sens de l'article 112 alinéa 2 CO (art. 19 al. 3). De cette manière, le but d'intérêt public visé est atteint.

²⁰ Notamment Neuchâtel, qui prévoit une RC de deux millions de francs (art. 6 al. 2 Rex/NE), Vaud, avec une RC d'un million de francs assortie de sûretés de 300'000 francs (art. 17 Rex/VD) et Fribourg, avec une RC minimum d'un million, assortie de sûretés pour 50'000 francs (art. 11 LN/FR)

²¹ Piotet, p. 212

- * Les dispositions sur les incompatibilités (**art. 20**) constituent l'un des éléments essentiels de la révision engagée. Elles ont fait l'objet d'un examen tout particulier et d'un large débat. Le régime transitoire est réglé par l'article 116 du projet.

Les dispositions sur les incompatibilités poursuivent un triple objectif : garantir l'indépendance du notaire, la qualité de son travail et la respectabilité de son ministère. Elles sauvegardent manifestement un intérêt public prépondérant que soulignent tant la doctrine que la jurisprudence. Ainsi, selon Peter Ruf²², la norme instituant les incompatibilités vise la garantie d'indépendance et la prévention de conflits d'intérêts²³, une disponibilité professionnelle suffisante pour l'exercice des fonctions ministérielles, l'acquisition et la mise à jour continue de connaissances juridiques spécifiques ainsi que l'acquisition d'une solide expérience.

Dans un arrêt Christ²⁴, rendu à propos de l'article 4 de la LN/GE, consacré aux incompatibilités, le Tribunal fédéral constate ce qui suit : "*En obtenant le pouvoir d'instrumenter, le particulier acquiert la qualité d'officier public. Qu'il soit alors considéré comme un concessionnaire (Marti, Notariatsprozess, Berne 1989 p. 56; Marti, Das freiberufliche Notariat, in Le notaire bernois 39, 1978 p. 452) ou comme un simple délégué de l'Etat (Knapp, Précis de droit administratif, Bâle 1988 no 2734), cette position d'officier public, détenteur d'une parcelle du pouvoir étatique, le place dans un rapport de droit public spécial. Cela l'oblige notamment à exercer son ministère lorsqu'il en est requis (cf. art. 2 LN) et soumet sa personne à une série d'incompatibilités visant à garantir la qualité du service qu'il accepte d'assurer (art. 4 LN)*".

Le projet rend la pratique du notariat incompatible dans son principe avec toute autre activité lucrative prépondérante sauf celle d'avocat (art. 20). Il est ainsi renoncé à la solution de l'avant-projet posant l'incompatibilité de l'exercice du notariat avec la pratique du barreau, qui n'a reçu le soutien que du parti socialiste du Valais romand. L'article 20 alinéa 2 institue une incompatibilité spéciale découlant de la compatibilité des deux activités de notaire et d'avocat.

Il y a activité lucrative prépondérante lorsque celle-ci, compte tenu du temps et de la disponibilité qu'elle requiert, voire de la rémunération qu'elle procure, l'emporte sur la pratique du notariat (message du Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel, auquel se réfèrent les travaux préparatoires). Il y a encore activité lucrative prépondérante lorsque son exercice est de nature à mettre en doute l'indépendance du notaire et à entamer sa confiance dans l'opinion publique (Revue suisse du notariat et du registre foncier 81 - année 2000 - p. 407).

- * La règle générale étant posée, le projet dresse ensuite une liste des activités jugées incompatibles car susceptibles de porter atteinte à l'indépendance du notaire; elles trouvent leur source aussi bien dans la législation actuelle (art. 10 LN/VS + 17 Rex/VS) que dans les autres législations cantonales²⁵, ou encore dans la doctrine et la jurisprudence²⁶. Certaines incompatibilités, actuellement prévues par la LN/VS, sont précisées par le projet. Ainsi, les notions de fonction et d'emploi au service de l'Etat visent aussi bien les collectivités publiques que les corporations et établissements de droit public (**art. 21** lettre a). En effet, l'article 40 alinéa 3 de la Constitution cantonale dispose que "*la loi peut confier certaines tâches de l'Etat à des corporations ou établissements autonomes de droit public*" alors que l'article 3 alinéa 1 LPJA range les corporations et établissements de droit public au nombre des autorités administratives. Selon la doctrine, les corporations et établissements de droit public sont des personnes morales de droit public auxquelles la loi confie certaines tâches²⁷. Pierre Moor²⁸ souligne également que les corporations et établissements de droit public sont des personnes morales de droit public chargées notamment de la gestion d'intérêts spécifiques (gestion des forêts et pâturages, distribution de l'eau, cycle d'orientation scolaire, syndicat d'améliorations foncières). Ainsi, l'incompatibilité visée à l'article 21 lettre a concerne, d'une part, les fonctions et emplois au sein de l'administration cantonale ou communale qu'on peut regrouper sous le concept de *collectivités publiques* et, d'autre part, les fonctions et emplois au service des corporations et établissements de droit public au sens exposé ci-dessus. Autre innovation, un emploi à titre prépondérant auprès de cet "*employeur*" est incompatible avec l'exercice du notariat.

²² Ruf, no 443

²³ Dans le même sens, Marti, p. 18 ad art. 3 LN/BE

²⁴ SJ 1990 p. 97ss

²⁵ Notamment art. 10 LN/VS et 17 Rex/VS, art. 4 et 5 LN/NE, art. 6 LN/FR, art. 4 LN/GE

²⁶ Cf. RNR 81, 2000 p. 407 dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que la fonction de notaire était incompatible avec l'exercice d'une activité prépondérante au service d'une société commerciale.

²⁷ Knapp, 2^{ème} édition, no 1317ss et 1386ss et 4^{ème} édition, no 2488ss et 2564ss.

²⁸ Moor, vol. 3, ch. 2.3.3., p. 84ss

A titre de nouveauté, on relèvera l'incompatibilité de la pratique du notariat avec la fonction de préposé au registre du commerce (lettre b), sous réserve du droit transitoire (art. 116), incompatibilité qui n'est pas étendue au substitut lorsque celui-ci n'est pas employé du registre du commerce. Par contre, le projet n'interdit pas au notaire d'être administrateur, associé, gérant ou représentant d'une personne morale à but lucratif, et cela bien que le Tribunal fédéral, statuant sur un recours portant sur l'art. 4 al. 3 LN/GE (RNRF 74, 1993, p. 50ss), ait jugé qu'une telle interdiction était parfaitement admissible dès lors qu'il existe un risque que "*la participation active du notaire dans les affaires et, surtout son implication personnelle dans le monde économique à des fins lucratives soient de nature à saper son indépendance et à entamer la confiance nécessaire que les particuliers doivent avoir dans le notaire lorsqu'ils ont recours à son ministère*". Est toutefois réservée l'hypothèse où la fonction d'administrateur ou de gestionnaire doit être considérée comme prépondérante au sens de l'article 20 du projet, étant précisé à cet égard que la mesure de la neutralité que l'on peut attendre du notaire "*peut varier selon les cantons et dépend en définitive du pouvoir d'appréciation du législateur cantonal concerné*" (RNRF 74, 1993, p. 52).

L'incompatibilité avec des activités commerciales et industrielles obéit à la règle générale de l'article 20 alinéa 1 : elle est réalisée si ces activités sont exercées à titre prépondérant (art. 21 lettre c). La règle est plus restrictive pour la promotion immobilière, le commerce et le courtage professionnel des immeubles (art. 21 lettre d), dès lors que ces activités génèrent plus souvent l'instrumentation d'un acte en la forme authentique.

- * Les opérations bancaires et la gestion de fortune effectuées à titre professionnel par le notaire pour le compte d'autrui sont incompatibles avec la fonction de notaire (art. 21 lettre e, cf. art. 17 al. 1 Rex/VS). Il s'agit notamment des ouvertures de crédit, de la réception de fonds ainsi que du service de l'intérêt. Par cette interdiction, on vise en particulier à interdire à un notaire de libérer le capital social d'une société dont il a assuré la constitution ou à fournir un prêt pour un acte de vente qu'il a instrumenté, cela en vue d'assurer son indépendance. Par contre, pour autant qu'il agisse en son propre nom, dans le cadre d'un mandat qui lui est personnellement confié, cas échéant par une autorité, le notaire est autorisé à gérer des immeubles et à administrer des biens (**art. 22** al. 2).

Le versement d'une rente de retraite servie par une caisse publique ou par une caisse bénéficiant des prestations de la communauté publique peut également constituer un cas d'incompatibilité, le principe voulant qu'un rentier de la fonction publique au sens large ne puisse être, en même temps, un "*salarié*" de l'Etat. Cette incompatibilité est, en outre, de la même nature que celles énoncées aux lettres a et b, tendant à garantir l'indépendance du notaire vis-à-vis de l'Etat, notamment lorsque celui-ci comparait à l'acte avec un particulier. Le projet pose le principe de l'incompatibilité en deux temps, selon que le rentier de la fonction publique jouit ou non d'une prestation complète du 2^{ème} pilier selon les statuts de la caisse (art. 21 lettre f) ou qu'il a atteint ou non l'âge de la retraite selon la LAVS (art. 21 lettre g).

En ce qui concerne les activités compatibles (art. 22), on relèvera la volonté du Conseil d'Etat de ne pas rendre difficile à l'excès l'exercice des fonctions prévues par le droit cantonal, en particulier par les articles 5 alinéa 5 LOJ, 15 alinéa 5 et 17 alinéa 4 LACCS. Ainsi, la pratique du notariat est jugée compatible avec l'exercice simultané d'une charge partielle d'enseignement, d'un mandat politique à temps partiel, de la fonction de juge de commune ou de suppléant d'un magistrat de l'ordre judiciaire, et de la fonction de greffier-juriste d'une instance communale, intercommunale ou encore de la chambre de tutelle (art. 22 al. 1).

- * Toujours dans une perspective de garantir l'indépendance et la crédibilité du notariat latin, le projet interdit au notaire de s'associer pour l'exercice de sa profession, sous quelque forme que ce soit, avec une personne exerçant une autre activité professionnelle que celle de notaire ou d'avocat (**art. 23** al. 1). Selon l'article 23 alinéa 2 du projet, chaque notaire exerce sa fonction sous sa responsabilité personnelle. Cette règle limite les formes d'association possibles. En effet, le principe de la responsabilité individuelle du notaire exclut aussi bien une association sous la forme d'une société de capitaux que sous la forme d'une société en nom collectif (cf. ATF 124 III 363 = JT 1999 I 402, responsabilité prioritaire de la société en nom collectif en cas d'action en responsabilité).

Enfin, le projet prévient la pratique consistant à ce qu'une société anonyme engage des collaboratrices et collaborateurs qu'elle met à disposition de notaires associés. En effet, dans cette hypothèse, les employés sont engagés par la société et ne dépendent plus du notaire. Dès lors, ce dernier n'est plus en mesure de veiller à la discrétion de ses employés (cf. art. 17 al. 4 LN/VS, art. 40) et au respect strict du secret professionnel.

Fin des fonctions (art. 24 à 31)

La plupart des législations cantonales règlent de manière relativement succincte la question de la fin des fonctions²⁹. La doctrine ne semble quant à elle pas vraiment s'intéresser à cette question³⁰. Ce "*désintéret*" trouve vraisemblablement son origine dans le fait que cette problématique recouvre une grande diversité de situations, dont la solution s'accommode mal de règles générales. Aussi, plutôt que de les codifier, le législateur préfère laisser aux autorités le soin de les régler ponctuellement lorsqu'elles se présentent.

L'état lacunaire de la législation actuelle a parfois conduit à des situations incertaines, voire à des procédures. Par conséquent, sans vouloir s'attarder sur des points de détail, le projet fixe dans la loi les règles minimales applicables à la fin des fonctions, en particulier quant aux motifs entraînant la liquidation d'une étude de notaire (art. 24), aux mesures officielles à prendre dans cette hypothèse (art. 25), aux obligations du notaire dont l'étude est liquidée (art. 26) et aux principes régissant le notaire liquidateur (art. 27 à 29). Sont par ailleurs réglés les cas particuliers de l'empêchement durable et de la suspension (art. 30 à 31).

- * Le projet retient quatre motifs de fin des fonctions : la décision du notaire de cesser son activité, le décès, le retrait de l'autorisation d'exercer et la destitution (**art. 24**). Le fait de ne plus remplir les conditions requises pour l'exercice du notariat, mentionné aux articles 12 LN/VS et 45 Rex/VS, n'est pas un motif de fin des fonctions dès lors que, dans cette hypothèse, l'autorité a l'obligation de retirer l'autorisation au titre de la surveillance administrative ou de destituer le notaire à titre disciplinaire.
- * Lors de la cessation des fonctions, l'initiative des mesures à prendre et le contrôle des opérations incombent principalement à l'Etat (**art. 25**). L'action se déroule en deux étapes, la première consistant dans des mesures de sauvegarde et de constat, alors que la deuxième se rapporte à la liquidation proprement dite de l'étude notariale (régularisation des actes en suspens, bouclage des dossiers pendants, clôture des comptes).

L'inspecteur est désigné par le Département (art. 25 al. 1 lettre b), sur proposition du service du registre foncier, auquel il est rattaché (art. 60 al. 2). Il est investi d'une responsabilité à la fois subsidiaire et générale. Ainsi, sous réserve des attributions du Département et du notaire liquidateur, il doit prendre les dispositions appropriées en vue de sauvegarder les actes authentiques et les pièces qui s'y rapportent, ainsi que les mesures nécessaires à la liquidation de l'étude (art. 25 al. 2). Cette obligation est générale, dès lors que le rôle de garant de l'inspecteur peut recouvrir une multitude de situations et ne peut, par conséquent, se décrire en termes précis. Des obligations minimales sont toutefois fixées par la loi (art. 25 al. 3), cela en vue d'assurer le bon déroulement des opérations ultérieures de liquidation.

Plusieurs modes de liquidation de l'étude sont envisageables : par le notaire lui-même, par un notaire reprenant ou par un notaire liquidateur.

Le projet ne retient pas la solution de la reprise de l'étude, sur proposition de l'inspecteur, par un notaire disposé à le faire³¹. En effet, cette solution contrevient au principe du libre choix du notaire. En outre, à la différence du droit français, qui marque la solution genevoise, le Valais ne connaît pas le principe de la charge publique transmissible. Enfin, le canton n'a institué aucun *numerus clausus* des notaires, ni n'a fixé une quelconque limitation de compétence au sein du territoire. Dès lors, le principe de la reprise de l'étude doit être écarté. Dans le même ordre d'idée, il convient d'abandonner la pratique selon laquelle l'ayant droit d'un notaire décédé conserve les minutes et les répertoires de ce dernier. Lors de la consultation, l'ANV a proposé de réserver la faculté pour le notaire cessant son activité de transmettre lui-même son étude à un successeur sans décision particulière de l'inspecteur, à la condition que le successeur désigné soit autorisé à pratiquer le notariat. Outre les motifs invoqués ci-devant pour écarter la reprise d'une étude par un notaire sur décision de l'inspecteur, cette solution doit encore être combattue du fait que le notaire est un concessionnaire de service public et qu'il appartient dès lors à l'autorité concédante de procéder à la liquidation du régime de la concession. Cela étant, le Département désignera comme notaire liquidateur (art. 27 al. 1, 2) le notaire pressenti par le notaire cessant son activité.

²⁹ Voir notamment art. 12 LN/VS + 45ss Rex/VS; art. 29 LN/GE; art. 9 et 10 LN/BE + 8 et 23 Ord/BE; art. 39ss LN/VD; art. 76 LN/FR + 21 à 25 Rex/FR

³⁰ Brückner, no 3498 à 3504; Ruf, no 307 et 1667; Marti, p. 32ss; Carlen, p. 132ss

³¹ Cette solution prévaut dans le canton de Genève (art. 29 LN/GE) et de Berne (art. 9 al. 4 LN/BE + 8 al. 2 et 3 Ord/BE).

Est également écartée la possibilité pour les parties de s'adresser à un autre notaire lorsque le premier saisi cesse son activité. Outre les problèmes pratiques que cela susciterait pour la partie à l'acte qui retiendrait cette solution, le contrôle des opérations de liquidation deviendrait extraordinairement compliqué dès lors qu'il pourrait y avoir autant de notaires liquidateurs qu'il y a d'actes en suspens. Par ailleurs, ce mode n'a pas à être mis en place, dès lors que les répertoires et minutes sont propriété publique et que l'ordre public (garantie de l'effectivité de la forme authentique et protection de la bonne foi dans les affaires) l'emporte sur l'intérêt privé d'un particulier à ce qu'un autre officier public de son choix ait accès à un acte le concernant.

- * **L'article 26** du projet régit les obligations générales du notaire en cas de liquidation, ainsi que celles de ses ayants-droit. Le principe est que le notaire veille lui-même aux opérations. Pratiquement, l'annonce fait au Département de la renonciation à la pratique du notariat (art. 24 al. 1) signifie, qu'à compter de cet instant, le notaire ne peut plus recevoir d'acte ni n'est tenu de le faire. Il conserve toutefois son sceau le temps nécessaire à liquider les actes en suspens (art. 26 lettre b).

Le projet innove en faisant obligation au notaire de restituer les actes authentiques qu'il détient (art. 26 al. 2), même s'il ne quitte pas le canton. Par contre, la loi ne fixe pas un délai pour la restitution, cela pour tenir compte de la diversité des situations de fait (cf. délai fixé par le Département).

Le projet innove encore en réglementant expressément l'intervention du notaire liquidateur. D'une manière générale, son statut s'examine en relation avec les principes généraux du droit administratif. La désignation du notaire liquidateur s'opère en fonction de la qualité d'officier public du notaire suppléé (art. 3), et le projet de loi indique clairement que sa mission est, notamment, "*ministérielle*" (art. 28 al. 1). Le notaire liquidateur n'a ainsi pas à se préoccuper des activités professionnelles privées exercées hors ministère par le notaire suppléé. Tout au plus peut-on admettre que les opérations privées usuelles consécutives à un acte notarié public (art. 28 lettre c) peuvent être incluses (art. 6 CCS) dans le champ d'application de la tâche de droit cantonal du notaire liquidateur sans déborder illicitement sur le droit privé fédéral, au vu de leur connexité et de leur caractère accessoire aux activités ministérielles principales. Les pouvoirs du notaire liquidateur sont ainsi ceux de l'autorité de surveillance, pouvoirs qu'elle pourrait exercer elle-même si elle devait "*liquider*" le cas au sens de l'article 28 du projet : il s'agit, en d'autres termes, du pouvoir de l'autorité de surveillance devant "*liquider*" un office public.

- * La désignation du notaire liquidateur (art. 27ss) est conçue d'abord comme la sanction des obligations prescrites au notaire qui cesse volontairement de pratiquer. Elle est également envisagée dans l'hypothèse où le notaire ne peut plus exercer pour un motif ou un autre. **L'article 27** alinéa 3 de l'avant-projet précisait que le notaire liquidateur est le "*représentant légal*" du notaire suppléé. Cette qualité devait permettre au notaire liquidateur de prélever les fonds déposés sur le compte de l'étude en vue de la régularisation d'un acte (art. 28 lettre g). En effet, la liquidation de l'étude ne peut aboutir si le notaire liquidateur ne peut pas disposer des avoirs de cette étude. Lors de la consultation, l'ANV a proposé de supprimer cet alinéa 3 en raison des problèmes que cette disposition pourrait poser dans les relations avec les banques. Interpellée sur ce point, l'Association valaisanne des banques s'est déterminée en ces termes :

"L'alinéa 3 de l'article de loi mis en consultation prévoit que "le notaire liquidateur est le représentant légal du notaire suppléé".

Cette disposition n'est, à notre sens, pas assez précise. Le code civil suisse connaît l'institution de représentants légaux avec des pouvoirs fort différents. Le conseil légal coopérant ne fait que conseiller le tiers; les parents ont un pouvoir de gestion sur les biens de l'enfant, mais ils ne peuvent agir que dans l'intérêt de ce dernier; le tuteur dispose de pouvoirs plus étendus.

A notre avis, le notaire liquidateur doit avoir des pouvoirs aussi larges que le tuteur. L'alinéa 3 doit ainsi être explicité dans ce sens. Le notaire liquidateur doit pouvoir valablement donner quittance, solder des comptes et faire toutes les opérations nécessaires pour procéder à la liquidation de l'étude".

L'article 27 alinéa 3 du projet a été modifié dans ce sens. L'analogie avec le tuteur vaut également pour les justes motifs pouvant être invoqués par un notaire pour refuser un mandat de liquidateur (art. 27 al. 2; art. 383, 384 CCS).

Juridiquement, la situation s'analyse comme la gestion légale du patrimoine du notaire suppléé, affecté à la gestion de l'étude. Cette gestion légale doit se limiter au strict nécessaire; tout abus de ce pouvoir de représentation légale rend certainement le notaire liquidateur responsable de sa gestion envers le notaire suppléé ou ses ayants-droit (art. 27 al. 4). Demeure en outre réservé le devoir du notaire suppléé de collaborer avec le notaire liquidateur (art. 26 lettre e), notamment s'agissant de l'accès au compte de l'étude.

La responsabilité du notaire liquidateur ne diffère pas de celle qu'il encourt en qualité de notaire; elle relève du droit public. A noter qu'il n'est pas considéré comme un "*auxiliaire de justice*" au sens de l'article 112 du projet et que l'Etat n'encourt dès lors aucune responsabilité primaire. Cette responsabilité exclusive, qui pourrait être jugée excessive par rapport au fait que le notaire est tenu d'accepter sa mission, est contrebalancée par le système de rémunération prévu par la loi (art. 29).

- * La mission du notaire liquidateur (**art. 28**) est définie sur le modèle de l'article 45 LN/VD. La norme constitue à la fois une clause générale ("*mission conservatoire et ministérielle*") et une clause spéciale (description des principales missions); elle cherche à répondre à la diversité des cas pratiques pouvant se présenter.

La créance en honoraires du notaire liquidateur (rémunération, art. 29) est instituée par le droit public cantonal : elle correspond à la responsabilité du notaire suppléé en raison de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite - fautive ou non - de l'obligation de liquidation lui incombant en sa qualité d'officier public. La prétention de droit public du notaire liquidateur est à la charge, selon les principes généraux du droit administratif, des perturbateurs, qu'il s'agisse du perturbateur par comportement (faute disciplinaire du notaire suppléé) ou du perturbateur par situation (héritier du notaire décédé). Le canton a toute latitude pour arrêter ce principe, dès lors qu'il est compétent pour régler les devoirs et la responsabilité du notaire³².

- * Le notaire liquidateur a droit aux émoluments tarifés pour les opérations qu'il effectue lui-même (**art. 29** al. 1). Il n'a dès lors pas forcément droit aux émoluments tarifés pour l'acte dont il veille à la liquidation (cf. art. 28 lettre f). A titre d'exemple, on peut citer le cas du notaire qui décède par accident après avoir fait tous les travaux nécessaires à l'instrumentation d'un acte difficile, sans avoir toutefois pu le présenter au registre foncier en l'absence d'autorisation LFAIE. Dans cette hypothèse, l'émolument encaissé par le notaire liquidateur pour liquider cet acte (art. 28 al. 1 lettre f) est limité à la présentation de l'acte au registre foncier à réception de l'autorisation, puis à la délivrance des expéditions. L'émolument lié à l'instrumentation proprement dite de cet acte demeure réservé au notaire suppléé ou à ses ayants-droit.

En plus de l'émolument pour les opérations effectuées, le notaire liquidateur a droit au remboursement de ses frais effectifs et à une rémunération fixée d'après la difficulté et l'ampleur de sa mission, ainsi que selon le temps utilement consacré. Les frais s'entendent de tous les débours consentis en vue de la liquidation, tels par exemple l'engagement d'une secrétaire, la location d'un bureau, l'achat de boîtes d'archives ainsi que toute autre dépense nécessitée par la procédure engagée. Quant à la rémunération, elle est arrêtée par le Département sur la base d'un décompte établi par le notaire liquidateur. Les critères retenus sont ceux de la LTar pour la détermination des dépens de l'avocat.

Le notaire suppléé est le débiteur de la rémunération due au notaire liquidateur. Nonobstant son statut de représentant légal du notaire suppléé et de son pouvoir de disposer des avoirs de l'étude pour exécuter sa mission, le notaire liquidateur ne peut prélever directement sa rémunération arrêtée par décision du Département, sur le compte de l'étude. S'agissant d'une dette d'argent, la question d'un recouvrement direct par la contrainte administrative (ici, l'usage du pouvoir de puissance publique né de la suppléance est détenu par le notaire liquidateur) pose en effet un problème de compatibilité avec le droit fédéral de l'exécution forcée. Le droit fédéral (LP et ses ordonnances) régit en effet exclusivement l'exécution forcée de créances de droit public en argent ou en constitution de sûretés (art. 38 LP), les cantons ne pouvant y déroger en conférant des prérogatives particulières en faveur de certains créanciers de droit public (cas de l'art. 44 LP réservé, ici hors de cause) : sur ce point, la doctrine administrative est unanime³³. En cas d'insolvabilité du notaire suppléé et de ses ayants-droit, l'Etat assure la rémunération (art. 29 al. 4). Il est ainsi tenu compte du caractère public de la mission assumée par le notaire liquidateur. L'action en restitution contre le notaire suppléé ou ses ayants-droit se prescrit par dix ans à compter de la décision du Département relevant le notaire liquidateur de sa mission.

³² Piotet, p. 62ss

³³ Moor, vol ii, p. 86; Rigot, p. 56-59, no 48 et les nombreuses références de jurisprudence no 10, p. 57; Müller, p. 53-54

- * **L'article 30** du projet (empêchement durable) s'inspire de l'article 10 alinéa 2 LN/BE. Il s'agit d'un concept juridique indéterminé, qui n'est pas sans rappeler la notion d'empêchement lié à la restitution d'un délai au sens des lois de procédure.
- * Si le notaire suspendu (**art. 31**) peut délivrer des expéditions (al. 1 in fine), il ne peut, a contrario, procéder à aucune autre opération ministérielle. Dès lors, l'article 31 alinéa 2 du projet renvoie aux dispositions sur la fin des fonctions, qui s'appliquent par analogie à la liquidation des affaires pendantes. A noter que ce renvoi englobe la surveillance exercée par l'inspecteur au sens de l'article 25 alinéas 2 et 3 du projet et la désignation d'un notaire liquidateur lorsque le notaire suspendu néglige de régulariser ses actes (art. 27).

1.3 Section 3 : Devoirs généraux du notaire (art. 32 à 44)

La section consacrée aux devoirs généraux du notaire constitue sans aucun doute l'un des chapitres clé du projet de révision de la loi sur le notariat. En effet, dès lors que la loi se propose de sauvegarder les garanties offertes par la forme authentique et de protéger la bonne foi dans les affaires (art. 2), le respect des devoirs généraux du notaire a pour effet direct la réalisation de ces buts.

Le projet tient compte de l'abondante jurisprudence publiée depuis 1942 sur les devoirs généraux du notaire ainsi que de la doctrine et des décisions de l'autorité de surveillance, qui a été amenée à plusieurs reprises à se prononcer sur la violation de l'article 17 LN/VS, principalement quant au devoir d'information des parties. On relèvera par ailleurs que les Tribunaux identifient ces devoirs comme étant des facteurs décisifs de responsabilité des notaires. Par conséquent, afin que tant les parties que les notaires puissent véritablement prendre conscience de la portée des devoirs généraux, le projet propose de les systématiser dans la loi, sur la base des modèles développés par les auteurs de doctrine³⁴ ainsi que par certains législateurs cantonaux³⁵.

- * Les devoirs généraux du notaire sont autant d'expressions de son devoir de diligence résultant de sa fonction d'officier public et de la finalité de la forme authentique. Ils se distinguent des devoirs spécifiques liés à la procédure d'instrumentation proprement dite, qui sont autant d'obligations de résultat tendant à l'achèvement d'un acte formellement parfait³⁶.

Au sens large, le devoir de diligence exige du notaire une qualité d'attention à l'égard des parties et une qualité d'application propre à éviter toute négligence, erreur ou omission dans l'accomplissement de ses fonctions ministérielles. Cette clause générale, qui n'est pas connue en droit comparé, trouve son origine dans la thèse de Piotet et est concrétisée par **l'article 32** du projet, qui, pour le surplus, réserve les devoirs spécifiques liés à la procédure notariale.

Le devoir général de diligence au sens large s'exerce, dans le respect de l'ordre juridique, à l'égard des parties à l'acte, concept plus étroit que celui de "*comparant*", lequel englobe également le représentant (cf. définition de la partie à l'art. 87).

- * Les articles 33 à 44 du projet concrétisent les différents devoirs généraux que le législateur, la doctrine et la jurisprudence tirent du devoir de diligence au sens large. Ainsi, le notaire a l'obligation de respecter le droit du particulier de choisir librement son notaire (**art. 33**). Ce devoir est actuellement régi par les articles 19 et 20 des statuts de l'ANV du 14 novembre 1942 (Statuts).

³⁴ Notamment Ruf, Steinauer, Schmid,

³⁵ Notamment art. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 et 32 LN/BE; art. 51 à 62 LN/NE; art. 19 à 28 LN/FR; art. 2, 4, 7, 8, 9, 10 et 14 LN/GE; art. 12 + 59ss LN/VD

³⁶ Piotet, p. 120, ch. 3.3.2 et p. 127, ch. 3.3.3

De ce libre choix du notaire découle l'interdiction des démarches publicitaires, dans le but notamment de protéger le public. Il s'agit d'une exception au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (LCI), à laquelle le notaire ne peut au demeurant pas se référer (voir dans ce sens ATF 125 I 417 pour la justification d'une restriction à la LCI / commentaire de la Constitution fédérale ad articles 31 chiffre 69, 72 et 75 et ATF 128 I 280 pour le principe selon lequel le notaire ne peut se prévaloir de la LCI). Cette interdiction de toute démarche publicitaire a également pour but la protection de la bonne foi dans les affaires. A noter toutefois que le projet réserve les annonces autorisées par l'usage, lequel est susceptible d'évoluer, ainsi que la publicité collective organisée dans l'intérêt général de la profession par l'ANV. Le respect de ce principe implique également de ne pas donner l'apparence qu'un notaire est plus qualifié qu'un autre par des mentions du style "*ancien juge fédéral*", "*ancien conservateur du registre foncier*", "*spécialiste en droit fiscal*", "*spécialiste dans la vente aux étrangers*", etc. Enfin, le principe prévu à l'article 33 alinéa 2 du projet est une conséquence du devoir d'impartialité du notaire (art. 39).

Lors de la consultation, l'OAV a proposé un alinéa 3 disposant que "*le notaire ne peut conclure des contrats de courtage ou d'autres contrats semblables en vertu desquels il verse à des tiers une rémunération pour l'acquisition de clientèle*". L'alinéa 2 vise déjà cette hypothèse.

- * Selon **l'article 34** du projet, le notaire est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis pour des objets relevant de sa compétence. Cette proposition, qui correspond à l'article 14 LN/VS, est formulée de manière positive. L'examen de la compétence du notaire porte sur sa compétence matérielle (la forme authentique est-elle prescrite ?), territoriale, personnelle (cf. règles sur la récusation) et temporelle (cf. règles sur la stipulation un dimanche, un jour férié, etc.)³⁷.
- * Si le notaire est tenu de recevoir les actes relevant de sa compétence, il doit les refuser si un motif légitime s'y oppose (art. 15 LN/VS, **art. 35**). Ce dernier peut trouver son origine dans la loi (par exemple règles sur la récusation) ou dans le contenu même de l'acte (cf. dispositions générales du CO). Est également un motif légitime le fait que la personne concourant à l'acte est, de toute évidence, incapable de discernement. Cet état de fait doit être manifeste. En effet, il n'est pas possible d'exiger du notaire qu'il s'assure, dans tous les cas, de la pleine capacité de discernement. Enfin, le notaire peut être empêché pour un motif objectif important, par exemple en raison de l'accomplissement d'obligations légales ou en cas de maladie ou d'absence justifiée (art. 35 al. 2). En revanche, le notaire ne peut refuser de prêter son ministère pour un motif subjectif (proposition de l'ANV) car, faute de pouvoir contrôler le motif subjectif, cette faculté équivaldrait à autoriser le notaire à refuser de prêter son ministère alors qu'il en a l'obligation.

Comme souligné *supra*, le notaire doit s'assurer de sa compétence personnelle. A cet égard, le devoir de récusation repose sur l'idée fondamentale que le notaire doit exercer son activité de manière impartiale et en toute indépendance³⁸. Les règles sur la récusation sont actuellement arrêtées par l'article 16 LN/VS, lequel a été précisé par la circulaire no 19 du 22 avril 1997. Il s'agissait principalement de régler la question de l'instrumentation d'un acte authentique concernant une société anonyme.

- * Dans la mesure où l'article 16 LN/VS n'a guère posé de problèmes dans son application, si ce n'est en relation avec l'instrumentation d'actes concernant une société anonyme, le projet le reprend dans les grandes lignes, en y ajoutant quelques modifications et adjonctions. La réserve de **l'article 36** alinéa 1 lettre a (mandat pour des opérations consécutives – exécuteur testamentaire) consiste en une codification de la pratique.

A titre de nouveautés, on relèvera d'abord l'interdiction pour le notaire de recevoir un acte dans lequel il est "*substituant*" (art. 36 al. 1 lettre a). Cette mention fait référence à la pratique de la procuration avec pouvoir de substitution, laquelle s'est principalement développée dans la partie romande du Valais. Cette pratique consiste pour le notaire à se faire délivrer dans un premier temps une procuration par les parties, pour la substituer par la suite à un tiers (notamment sa secrétaire ou son stagiaire), juste avant l'instrumentation proprement dite de l'acte. Dans le cadre de son mandat de surveillance des notaires, le Département a eu l'occasion de se pencher sur la licéité d'une telle pratique. A cette occasion, il a été établi que ce type de procuration est surtout utilisé lorsque l'acheteur ou le vendeur n'est pas domicilié ou n'est pas présent sur le territoire cantonal au moment où l'acte doit être instrumenté. Il est parfois accompagné d'une délimitation

³⁷ Sur cette question, voir Piotet, p. 132ss

³⁸ Dans ce sens Santschi, p. 2; cf. également Brückner, p. 237; on relèvera que l'argumentation d'une ancienne jurisprudence cantonale - RVJ 1967, p. 96 - qui fondait le devoir de récusation sur l'interdiction pour les notaires de porter atteinte à la libre-concurrence, doit être écartée, car elle ne correspond pas à la finalité de la récusation.

stricte des pouvoirs conférés au représentant-comparant, à savoir soit un projet d'acte adressé au représenté, soit un texte précis joint à la procuration mentionnant l'identité des parties, le type d'acte et les éléments essentiels de son contenu. Les conservateurs de registres fonciers, qui assurent la censure des actes, ont toujours toléré cette pratique. Le Département l'a admise, en l'absence de base légale l'interdisant formellement (lacune de la loi) et compte tenu du fait que la doctrine est divisée sur la question de savoir si la substitution interrompt ou non le mandat de représentation conclu entre une partie et le notaire³⁹. Sans vouloir trancher sur cette dernière question, le projet entend interdire la procuration avec pouvoir de substitution par mesure préventive (malgré la réserve du parti radical lors de la consultation), dès lors qu'il est quasiment impossible de dresser la liste des substitués à exclure dans la comparution à l'acte afin de satisfaire à l'exigence d'indépendance visée par la finalité de la forme authentique et prônée par la doctrine.

De plus, de l'avis de l'expert du Conseil d'Etat, la désignation du substitué entraîne une responsabilité envers le mandant, et le notaire substituant a dès lors un intérêt direct à l'aboutissement de la substitution, intérêt direct devant entraîner sa récusation.

Comme autre nouveauté, on relèvera la suppression de la référence au fondé de procuration (art. 16 al. 1 ch. 3 LN/VS, art. 36 al. 1 lettre c), qui s'inspire de l'article 27 alinéa 1 lettre c LN/BE, et l'ajout d'une lettre e (récusation du notaire concerné par l'acte comme membre de l'organe exécutif d'une collectivité publique), tiré du droit cantonal comparé⁴⁰. L'article 36 alinéa 2 du projet traite de la question de la participation d'un notaire à l'instrumentation d'un acte authentique concernant une société anonyme. Cette disposition s'inspire des propositions formulées en son temps par le Département et l'ANV au sujet de la circulaire no 19 et s'écarte délibérément de cette dernière. Ainsi, le notaire actionnaire peut instrumenter s'il ne prend pas part au vote, à quelque titre que ce soit, et s'il n'est pas, seul ou conjointement avec d'autres personnes, l'administrateur ou le représentant envers des tiers de cette société (art. 36 al. 1 lettre d). Lors de la consultation, l'OAV a proposé une autre réglementation : "*Le notaire ne peut instrumenter un acte relatif à une société anonyme ou une société à responsabilité limitée lorsqu'il détient, dans la société en question, plus de 10 % de la valeur nominale des actions, respectivement des parts, ou plus du 10 % des voix*". Cette proposition ne peut être retenue : d'une part, avec un 10 % des voix, le notaire peut prendre une part active au vote d'une décision et ne plus satisfaire ainsi à l'exigence d'impartialité; d'autre part, le contrôle de la limite des 10 % n'est guère possible.

Les alinéas 3 et 4 apportent des précisions sur l'instrumentation d'enchères publiques et la légalisation de signatures alors que la question du partage des émoluments en cas de récusation est expressément réglée dans la loi (art. 36 al. 5). Sur ce dernier point, on relèvera qu'en droit cantonal comparé la pratique de l'acte mi-confrère est soit autorisée, soit prohibée, soit encore passée sous silence. En Valais, l'art 4 du Tarif des émoluments des notaires du 1^{er} décembre 1982 (Tarif) se prête à une interprétation selon laquelle cette pratique devrait être admise dès lors que, dans la règle, le notaire récusé rédige le projet d'acte. Les chiffres 5.3 et 5.4 des règles de déontologie admettent par ailleurs cette pratique. Estimant qu'il est nécessaire de régler cette question dans la loi pour satisfaire notamment aux exigences de prévisibilité, le projet autorise formellement cette pratique, sous certaines conditions, notamment la mention de ce partage au répertoire (art. 101 al. 3 lettre f).

L'OAV a encore proposé un alinéa 6 ainsi libellé : "*Les cas de récusation selon les alinéas 1^{er} et 2 ci-dessus s'appliquent aussi à l'associé ou au collaborateur du notaire*". Le projet n'y donne pas suite. La proposition contredit une pratique constante à ce jour qui n'a pas suscité de critique. En outre, cette proposition imposerait au notaire un devoir de récusation chaque fois qu'il a un lien affectif quelconque avec une des parties à l'acte.

³⁹ Tercier, Contrats, p. 480, 488, 489 et 490, Schwager, p. 48ss, Gautschi, p. 422ss et Werro, p. 187ss estiment que le mandat est interrompu, le représentant originaire (le notaire) ne répondant envers le représenté que du soin avec lequel il a choisi le substitué et donné les instructions (art. 399 al. 2 CO); pour Werro, il va toutefois de soi, "*par la force des choses*" que le substitué doit être une personne indépendante du notaire; d'autres auteurs, en particulier Fellmann, p. 531ss (qui s'écarte expressément de l'avis de Gautschi, op. cit. ch. 624), Oser/Schönenberger, p. 242 et von Thur estiment au contraire que ce rapport n'est pas interrompu dès lors que le substitué devient le représentant du représentant originaire (notaire) et non celui du constituant du pouvoir.

⁴⁰ Voir notamment art. 51 LN/NE, 22 LN/FR et 12 LN/VD

- * **L'article 37** du projet consacre l'obligation pour le notaire de respecter le devoir de véracité⁴¹, devoir partiellement réglé par l'actuel article 17 LN/VS. Ce devoir implique que le notaire vérifie les faits à constater dans l'acte, établit la réelle volonté des parties, utilise à ces fins les moyens d'investigation appropriés et transcrit exactement les faits tenus pour certains et la réelle volonté des parties. La solution retenue s'inspire de l'article 29 LN/BE, commentée chez Marti (p. 81, note 3) et chez Ruf (p. 220 et 221, note 834). Il convient en effet de distinguer les déclarations de volonté que le notaire peut objectivement constater des faits pour lesquels il ne peut qu'attester d'une déclaration des parties, étant entendu qu'il doit s'abstenir de toute constatation de faits qu'il sait inexacts (cf. art. 37 al. 2 lettre d) et qu'il demeure astreint à son devoir général de diligence. A cet égard la solution retenue par le législateur neuchâtelois est trop radicale et impossible à mettre en pratique⁴². En effet, le notaire ne peut pas, par exemple, constater un prix de vente et doit sur ce point s'en tenir aux déclarations des parties (en effet, s'il est possible, et même souhaitable, de rendre attentives les parties sur les conséquences pénales et fiscales d'un dessous de table, il n'est pas possible de s'assurer que ces mises en garde ne soient pas passées outre).

L'article 37 alinéa 2 du projet fait la liste des vérifications que l'on peut exiger du notaire (étendue du devoir de véracité), les moyens d'investigation devant être appropriés et proportionnés à la finalité visée par le devoir de véracité. Les lettres a à d sont autant d'exigences posées par le droit fédéral (Steinauer, p. 12, lettre e). La vérification de la capacité civile vaut tout particulièrement pour le comparant étranger, la majorité civile n'étant pas réglée unilatéralement dans toute l'Europe. Enfin, l'article 37 alinéa 3 du projet est une reprise de l'article 29 alinéa 2 LN/BE et vise à une transcription exacte et claire des faits et de la réelle volonté des parties.

- * En sa qualité d'officier public, le notaire a un devoir d'information et de conseil vis-à-vis des parties⁴³, devoir qui implique, au besoin, un rôle actif dans l'élaboration de l'acte, une information claire sur les suites juridiques de l'acte et la prévention des litiges éventuels. L'obligation faite au notaire d'attirer l'attention des parties sur les conséquences fiscales de l'acte ne se confond pas avec le conseil fiscal, lequel doit faire l'objet d'un mandat spécial que le notaire stipulateur n'est nullement tenu d'accepter. Ces obligations sont rappelées à **l'article 38** du projet, qui concrétise le principe prévu par l'article 17 alinéa 1 1^{ère} phrase LN/VS. A noter toutefois que l'obligation d'annoncer la relative publicité donnée aux dispositions pour cause de mort doit faire l'objet d'un alinéa spécial. Le projet ne retient par contre pas l'obligation formelle pour le notaire de rendre attentives les parties sur l'article 970a CCS, qui prévoit la publication obligatoire des acquisitions de propriétés immobilières, notamment parce qu'il n'appartient pas à l'ordre public suisse de protéger les intérêts financiers des pays tiers (cf. vente d'immeubles à des étrangers). Par contre, dans la mesure où le devoir d'information au sens large est prévu dans l'intérêt du client, il est fortement conseillé au notaire de sensibiliser les parties sur cette question, étant rappelé que le principe de la publicité du registre foncier reçoit une ouverture toujours plus large tant de la part du législateur (la majorité des cantons publient le prix d'acquisition comme cela est autorisé par l'article 970a CCS) que par le Tribunal fédéral (ATF 118 II 66). A cet égard, on relèvera encore que, dans le cadre de la révision actuelle du droit de la propriété immobilière, est examinée la question d'un éventuel accès direct au registre foncier, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'un intérêt, à l'instar du registre du commerce⁴⁴.

- * Le devoir d'impartialité, qui exige que le notaire observe une stricte neutralité à l'égard des parties de manière à garantir leur droit à l'égalité de traitement devant la juridiction gracieuse⁴⁵, est consacré par **l'article 39** du projet, qui reprend l'article 17 alinéa 1 2^{ème} phrase LN/VS. Demeurent réservées les dispositions sur le devoir de récusation du notaire, qui sont l'expression de ce devoir d'impartialité.

- * L'obligation de confidentialité⁴⁶ (17 al. 3 LN/VS) implique pour le notaire de veiller à la discrétion de ses employés (17 al. 4 LN/VS), de recevoir l'acte en son étude ou en un lieu satisfaisant pleinement à l'exigence de discrétion (art. 11 al. 3 et 28 LN/VS) et de classer les dossiers à l'abri du feu et du vol (art. 38 Rex/VS). Découle de ce devoir général de confidentialité, l'obligation pour le notaire de respecter le secret

⁴¹ Steinauer, p. 11ss; Piotet, p. 120ss

⁴² Art. 54 al. 1 : "Le notaire ne peut attester que les faits qu'il a personnellement constatés".

⁴³ Steinauer, p. 13; Piotet, p. 122ss, 142ss

⁴⁴ Cf. réponse du Conseil des Etats (6 mars 2001) à une interpellation (00.3590) déposée le 6 octobre 2000 par Toni Dettling sur la question de la publication obligatoire de la vente d'immeubles (970a CCS)

⁴⁵ Steinauer, p. 11; Piotet, p. 123, 126

⁴⁶ Piotet, p. 124

professionnel⁴⁷, laquelle est consacrée par **l'article 40** du projet. A noter que le notaire doit veiller à ce que le secret professionnel soit respecté non seulement par ses collaborateurs personnels (employés) mais également par les remplaçants de ces derniers (cf. intérimaires), ainsi que par les traducteurs et les interprètes (assistants). L'obligation de taire les faits et déclarations révélés vaut même dans les cas où l'acte n'est pas instrumenté, par exemple parce qu'il serait contraire à la loi.

L'autorisation de révéler une déclaration ou un fait, prévue à l'article 40 alinéa 3 lettre b, est expressément retenue à l'article 321 chiffre 2 du code pénal suisse.

L'officier public est généralement tenu d'opérer lui-même les réquisitions et les annonces aux autorités que la loi lui impose (essentiellement la soumission à l'approbation des autorités tutélaires et la portée en registres publics)⁴⁸. Il a également le "*mandat légal*" de requérir les inscriptions au registre foncier (cf. art. 963 al. 3 CCS), étant rappelé que l'acte authentique n'est pas translatif de propriété, seule l'inscription au registre foncier ayant cet effet. Il est obligé de présenter l'acte au conservateur en vue de l'inscription et il a le pouvoir pour cela. Selon la jurisprudence, le disposant peut toutefois révoquer aussi bien sa procuration que le mandat légal de l'officier public⁴⁹. Le pouvoir de représentation de l'officier public prend également fin si les conditions de l'article 35 CO sont réalisées, notamment si le représenté était mort au moment de la réquisition (cf. ATF 111/1985 II 39 = JT 1986 I 124 et Deschenaux, p. 231).

Les notaires valaisans sont tenus d'annoncer les testaments et les pactes successoraux à la centrale valaisanne des testaments et au registre central des testaments (art. 20 LACCS). Ils sont également tenus de requérir d'office l'inscription au registre foncier des actes reçus par eux (art. 74 LACCS). Initialement fixé à 14 jours, le délai pour requérir, a été porté à 60 jours par la circulaire no 16 du Département du 22 mars 1990, puis par la modification de l'article 38 alinéa 2 LN, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1999. La circulaire no 16 rappelle que c'est un devoir du notaire, tiré des principes de la diligence et de la sécurité du droit, que de faire en sorte que la réquisition d'inscription puisse intervenir dans les meilleurs délais. Si des circonstances particulières empêchent la réquisition dans les 60 jours, il doit être procédé à un enregistrement provisoire de l'acte. Les inspecteurs des minutes sont d'ailleurs tenus de mentionner dans leurs rapports d'inspection les notaires qui, dans le délai de 60 jours, n'auront ni formé une réquisition d'inscription ni procédé à l'enregistrement provisoire des actes en suspens. Ces cas sont pris en charge par l'autorité de surveillance, qui prend si nécessaire les mesures prescrites par l'article 24 LN.

- * Le projet fait clairement la distinction entre le mandat légal de procéder à des réquisitions avec limite dans le temps (**art. 41** al. 1 et 2) et l'obligation faite au notaire de veiller au plus tôt à la perfection de l'acte et à son enregistrement définitif (art. 41 al. 3). Il existe des situations où les opérations tendant à la perfection de l'acte peuvent s'étendre sur plusieurs années (par exemple, procédure de 18 à 20 mois pour l'obtention, dans certaines régions touristiques, d'une autorisation de vente aux étrangers; procès civil de plusieurs années en cas de contestation d'un droit de préemption allégué; radiation partielle d'une hypothèque refusée par le service juridique d'une banque sur une parcelle agricole dont seuls quelques mètres font l'objet de l'acte; modification d'une PPE - local à vélos, nouvel accès par une cave, etc.). Dans ces cas, on ne saurait présumer dans la loi que les parties qui ont comparu à l'acte de vente sont toujours disposées à réaliser cette opération plusieurs années plus tard. A l'expiration d'un certain délai, il convient d'inviter les parties à confirmer le mandat donné au notaire de procéder aux réquisitions ou homologations nécessitées par l'acte au sens de l'alinéa 1. La question s'est posée de savoir quel est le délai approprié en pareille hypothèse. L'avant-projet avait retenu un délai maximum de trois ans, combattu par l'ANV lors de la consultation qui proposait de s'en tenir "*aux dispositions du droit civil*".

Invité à se déterminer sur ce point, l'expert du Conseil d'Etat a exposé ces quelques considérations :

"L'article 963 alinéa 3 CCS autorise les cantons qui désignent des officiers publics distincts des conservateurs de registre foncier à assurer eux-mêmes le dépôt des réquisitions à ce registre, c'est-à-dire à légitimer les officiers publics autorisés à instrumenter les actes à déposer la réquisition pour le compte des personnes habilitées à cet effet. Cela revient concrètement à les dispenser de justifier leur pouvoir en qualité de représentants de la partie légitimée au dépôt de la réquisition (art. 16 ORF).

⁴⁷ Sur la notion de secret professionnel, voir ATF 117 Ia 341

⁴⁸ Piotet, p. 136; droit cantonal, voir notamment : art. 38 LN/VS, art. 16 al. 3 LN/BE, art. 75 LN/FR; art. 59 LN/VD; art. 55 LN/NE + 47 al. 2 Rex/NE

⁴⁹ Deschenaux, Registre foncier, p. 230-231; ATF 55 I 341/345 = JT 1930 I 159; RNRF 61, 1980, p. 237/241

Si le mandat relève ainsi du droit public lorsque le canton use de cette possibilité, en ce sens que la partie requérante n'a pas à le confirmer ou à le justifier, sa révocation en revanche relève des causes connues du droit privé, et dépend de la volonté des parties (ATF 55 I 341, JdT 1930 I 159; RNR, 1980, n. 35, p. 237 (Fribourg); pour le décès du requérant, cf. aussi ATF 111 II 39, JdT 1986 I 124).

Tous les cantons qui ont usé de cette faculté prévoient l'extinction à terme du mandat public conféré au notaire au sens de l'article 963 alinéa 3 CCS. Passé un certain temps après l'instrumentation, le notaire, comme mandataire légal, n'est plus à même d'être certain que le dépôt de la réquisition correspond encore actuellement à la réelle et commune volonté des deux parties, et tout particulièrement à la partie légitimée à la requérir. Les délais brefs des lois cantonales assurent une exécution rapide de l'inscription correspondant à la volonté des parties manifestée lors de l'instrumentation; de plus, de tels délais brefs permettent d'éviter qu'entre le moment de l'instrumentation et l'inscription au journal vienne s'intercaler un droit réel ayant alors un rang préférable à celui objet de l'instrumentation (art. 972 al. 2 CCS).

Pour toutes ces raisons, les délais des lois cantonales sont particulièrement brefs : ils sont assez généralement de 30 jours (Berne, loi d'introduction au code civil de 1911, art. 128; Jura, loi d'introduction au code civil de 1978, art. 103; Fribourg, loi sur le notariat de 1967, art. 75; Tessin, loi sur le registre foncier de 1998, art. 4). Seul le canton de Vaud prévoit un délai très bref de 7 jours seulement (loi sur le registre foncier et le système d'information sur le territoire de 1972, art. 22), mais ce délai est en passe d'être augmenté à 15 jours.

A vrai dire, un délai, tel que celui du projet, pouvant aller jusqu'à trois ans après l'instrumentation, ne me paraît pas pourvu de sens dans le contexte précité. Avec un délai aussi long, il n'est déjà pas douteux que le notaire qui tarderait sans raison valable à déposer son acte au registre foncier s'exposerait, notamment en cas d'inscription entre-temps d'un droit réel de rang préférable, à engager sa responsabilité (ex. in LGVE 1997 I n. 17, p. 43s; cf. aussi C. Brückner, op. cit., n. 2592ss, p. 741). L'inanité d'un délai aussi long ressort aussi de l'hypothèse où le notaire attendrait deux ans ou deux ans et demi après l'instrumentation de l'acte : si cette attente ne résultait pas d'une volonté claire et commune des parties, l'on ne voit pas de motifs pertinents à une telle attente qui contreviendrait au devoir général de diligence de l'officier public.

De l'avis du soussigné, le délai de dépôt de droit cantonal a certainement une utilité, à condition que le délai fixé reste raisonnable. Celui de 60 jours de l'actuel droit valaisan constitue déjà le plus long délai des nombreuses lois cantonales qui en connaissent, ce qui n'enlève rien, comme déjà dit, à une responsabilité du notaire qui tarderait sans raison valable à déposer son acte. Un alignement du délai légal valaisan avec celui de la plupart des cantons nous paraît personnellement être la solution la plus heureuse, sauf volonté clairement manifestée des parties d'octroyer un délai supplémentaire".

Le projet donne suite à la recommandation de l'expert.

- * L'obligation à l'égard des valeurs confiées⁵⁰ (art. 17 al. 2 Rex/VS) implique pour le notaire d'une part de les conserver séparément de ses propres avoirs et d'autre part de tenir une comptabilité (**art. 42**) de ses créances et dettes à l'égard de ses clients ou de tiers en tant qu'elles résultent de son ministère⁵¹.

L'avant-projet réglementait en ces termes l'obligation de tenir une comptabilité et de conserver les dépôts :

Art. 42 Obligation de tenir une comptabilité

¹ *Le notaire doit tenir une comptabilité en la forme commerciale pour tout mouvement de fonds relevant de son ministère; il tient le compte séparé des émoluments, des débours, des provisions, des avances et des sommes encaissées en raison de l'activité professionnelle connexe à son ministère.*

² *Les fonds confiés à la garde du notaire sans rapport avec son activité ministérielle ne peuvent être déposés sur le compte de l'étude.*

⁵⁰ Piotet, p. 125

⁵¹ A titre de droit comparé, voir les art. 18ss Ord/BE, art. 49 LN/GE, art. 28 LN/FR

³ *Les pièces comptables sont conservées pendant 10 ans. Le Conseil d'Etat peut arrêter d'autres prescriptions sur la tenue de la comptabilité et la garde des valeurs confiées au notaire dans l'exercice de son ministère.*

Art. 43 Dépôts

Le notaire a l'obligation de conserver séparément de ses propres avoirs les fonds, les titres et autres objets qui lui sont confiés dans le cadre de son activité notariale; sauf convention contraire, il les tient à disposition en tout temps et les restitue sitôt l'affaire terminée.

Ces dispositions furent largement critiquées par l'OAV, l'ANV et le parti socialiste lors de la consultation. Elles furent jugées peu claires et insuffisantes par rapport aux objectifs à atteindre. Les intervenants ont préconisé le respect des exigences des articles 957ss CO, l'obligation de faire bénéficier le compte de l'étude d'une clause de non-compensation par rapport à la banque et la remise au Département d'un rapport de contrôle financier émanant d'un organe qualifié au sens de l'article 727b CO. Il a été donné suite à ces propositions.

Ces quelques remarques à propos de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 42) :

- La fonction ministérielle du notaire n'étant pas un "*commerce*" au sens de l'article 934 CO, le notaire n'est pas obligé de tenir une comptabilité en vertu du droit privé fédéral (art. 957 CO, révisé par loi du 22 décembre 1999). Sur le plan pénal, les règles fédérales ne peuvent être applicables lorsque l'obligation de tenir une comptabilité relève du droit cantonal (art. 166, 325 CPS), de sorte qu'il y a là aussi une lacune qui peut être comblée par le droit pénal cantonal. Le projet se limite à des mesures administratives (art. 59 al. 1 lettre d, 62 al. 3 et 65 al. 1).

En l'absence de dispositions spécifiques fédérales, il importe de disposer de base légale claire et suffisante dans le droit cantonal, quitte à ce que, pour l'essentiel, cette base légale renvoie au droit fédéral applicable à titre de droit cantonal supplétif. Il est utile de rappeler qu'un intérêt public évident parle en faveur de la tenue d'une comptabilité complète par les notaires indépendants.

- Les dispositions propres à la comptabilité commerciale sont généralement rendues applicables par le renvoi de la loi cantonale sur le notariat (Fribourg, loi, art. 28; Genève, règlement, art. 16; Berne, loi, art. 32 al. 2; Jura, ordonnance d'exécution de la loi sur le notariat, art. 10ss; Vaud, art. 64 de la loi actuelle; pas de renvoi en revanche aux règles comptables générales dans les textes légaux à Neuchâtel et au Tessin). Les lois et règlements cantonaux prévoient en général expressément que les mouvements de fonds faits pour le compte d'autrui doivent être mis en évidence ou rendus distincts des autres écritures : sous réserve de prescriptions réglementaires plus étendues (Berne, Jura et Vaud essentiellement), c'est là que s'arrêtent généralement les dispositions cantonales générales spécifiant le régime comptable du notariat en sus des principes des articles 957 et suivants CO. Le projet y apporte quelques compléments (art. 42 al. 2 à 4).
 - Lors de la consultation, l'OAV a souhaité que les règles sur la comptabilité s'appliquent à d'autres activités qui pourraient être exercées par des notaires en fonction, notamment le barreau. L'idée d'une uniformisation des différentes activités sous l'angle comptable est certainement justifiée, notamment par rapport à l'exercice de la profession d'avocat; il convient cependant de souligner que les principes arrêtés à l'article 42 du projet sont des règles propres au notariat et ne peuvent valoir pour la profession d'avocat régie par une loi fédérale.
- * La garde de fonds et de valeurs pour le compte de clients, ou transitant par l'étude pour le compte de clients, pose des problèmes spécifiques (**art. 43**).
- La garde de valeurs matérielles tout d'abord suit, en Valais, le régime du contrat de dépôt du droit fédéral (art. 472ss CO, cf. RVJ 1979, p. 135). L'on peut imaginer également que la réception de valeurs confiées soit aussi une tâche ministérielle légale, créant ainsi une relation de droit public entre client et notaire (ainsi dans le canton de Vaud, art. 64 de la loi actuelle sur le notariat). C'est naturellement le cas aussi lorsque la loi confie au notaire le soin de conserver les dispositions à cause de mort.

Quelle que soit la formule, une obligation de droit public est ici concevable, le cas échéant sur la base de l'article 6 CCS. La conservation de l'objet confié au nom du client (et non pas au nom du notaire), soit séparément des biens et valeurs appartenant au notaire ou relevant de son étude, doit être imposée spécialement.

- S'agissant des espèces confiées, la presque totalité des lois sur le notariat latin exigent que ces fonds soient en tout temps tenus à disposition des clients (Neuchâtel, loi, art. 58; Fribourg, loi, art. 27; Berne, ordonnance, art. 13; Jura, ordonnance, art. 9; Soleure, ordonnance, art. 22; Genève, règlement, art. 16; Vaud, loi actuelle, art. 63). Le notaire fait courir en effet des risques à son client s'il immobilise les valeurs qui lui ont été confiées ou qui ont transité par son étude pour une affaire déterminée.

La plupart des mêmes cantons exigent une séparation des comptes des clients d'avec ceux de l'étude du notaire, comme d'ailleurs l'actuel droit valaisan (Neuchâtel, loi, art. 58; Fribourg, règlement, art. 7; Genève, règlement, art. 16; Vaud, loi actuelle, art. 63). Cette séparation doit être maintenue en droit valaisan, pour les mêmes motifs. Il reste à déterminer de quelle façon cette séparation peut être réalisée, et si elle implique la création de comptes au nom individuel de chaque client, ce qui ne peut s'envisager que pour des montants relativement importants, ou si un compte global spécial doit être créé : Fribourg n'impose la création d'un compte au nom du client que pour un dépôt "*durable*"; la plupart des cantons se contentent d'un compte clients directement ouvert au nom du notaire. Le canton de Vaud prévoit, dès 100'000 francs, l'ouverture d'un compte par client. Enfin, à Genève et dans le canton de Vaud, les fonds déposés pour le compte de clients ne doivent pas être placés en un compte assujéti à la compensation. Ces fonds en effet ne devraient pas servir à désintéresser les prétentions de la banque contre le notaire, au préjudice des clients et de leurs valeurs déposées.

- Il reste encore le problème du sort des intérêts des sommes placées. Selon le Tribunal fédéral, même lorsque le placement pour le compte du client est exécuté en vertu du droit privé fédéral des contrats, le droit cantonal du notariat peut réglementer cette question, et prévoir dans cette mesure une restitution obligatoire au client de l'intérêt net produit (ATF 118 Ib 312). Le projet retient cette solution lorsque la somme déposée excède 100'000 francs et qu'elle fait dès lors l'objet d'un placement en banque au nom de l'intéressé (art. 43 al. 2). Dans les autres cas, l'intérêt couvre les frais d'administration du compte et rémunère l'activité du notaire.

- * **L'article 44** donne suite à la proposition de l'OAV de confier le contrôle financier des comptes de l'étude à un organe qualifié au sens de l'article 727b CO. Les qualifications professionnelles des réviseurs sont arrêtées dans une ordonnance spéciale du Conseil fédéral (RS/CH 221.302).

Lors de l'inspection bisannuelle de l'étude (art. 62 al. 1), l'inspecteur s'assure que le contrôle financier des deux exercices précédents a bien eu lieu (art. 59 al. 1 lettre d).

- * Inconnu dans la loi actuelle, le principe de l'information obligatoire du public (**art. 45**) vise à contrebalancer le fait que les devoirs généraux du notaire ne peuvent, dans la règle, faire l'objet d'un contrôle préventif ou abstrait, à l'exception toutefois des devoirs relatifs aux réquisitions, à la tenue de la comptabilité et aux dépôts.

1.4 Section 4 : Rémunération du notaire (art. 46 à 58)

Les articles 46 à 58 du projet traitent de la rémunération du notaire et de la procédure à suivre lorsque cette dernière est contestée. Cette section est une nouveauté par rapport à la loi actuelle, qui ne règle la question de la rétribution du notaire que de manière très sommaire (art. 18 LN/VS + art. 24 al. 6 LN/VS pour la procédure de contestation; voir également circulaire no 17). Cette option est délibérée dès lors que le Conseil d'Etat estime que le renvoi général au Tarif tel que prévu actuellement (18 al. 1 LN/VS) n'est pas satisfaisant du point de vue de la sécurité du droit (exigence d'une base légale formelle). Dès lors, le projet entend régler déjà dans la loi les principes régissant la rémunération du notaire, le Conseil d'Etat étant compétent pour le surplus pour arrêter le tarif des émoluments et des débours dans les limites fixées par la loi (art. 45 al. 3).

Les principes consacrés par les articles 46 à 58 du projet s'inspirent de la doctrine et de la jurisprudence, ainsi que du droit cantonal comparé. A titre préliminaire, il convient de rappeler que l'émolument est la contrepartie financière due par l'administré qui a recours à des services administratifs ou à un service public (Blaise Knapp, 4^{ème} édition, no 2777). L'émolument notarial, tout comme l'émolument judiciaire, est une "taxe d'administration" (André Grisel, Tome II, p. 609), un "émolument administratif" (Blaise Knapp, 4^{ème} édition, no 2780), une "contribution causale" (Blaise Knapp, 4^{ème} édition, no 2776, ATF 120 Ia 171, 174, cons. 2a). A ce titre, l'émolument notarial doit respecter les principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (Peter Ruf, no 1186; Hans Marti, p. 98 ad art. 33 LN/BE; Christian Brückner, no 554 et no 40, no 3512ss), principes abondamment commentés par les auteurs précités ainsi que par André Grisel (p. 611ss), Blaise Knapp (4^{ème} édition, no 2823ss) et précisés dans l'ATF 120 Ia 171, 174 considérant 2a.

Dans un arrêt concernant l'émolument réclamé par un notaire bernois pratiquant le notariat indépendant (ATF 103 Ia 85, JT 1979 I 98), le Tribunal fédéral a souligné que "*celui qui doit recourir à une personne privée pour une activité officielle et qui doit rétribuer cette personne pour une telle activité mérite la même protection que celui qui fait appel à d'autres services publics et doit en payer le prix à la collectivité publique*". Après avoir rappelé que le canton est libre dans le choix de la forme du notariat (art. 55 Titre final CCS), le Tribunal fédéral ajoute : "*Cela ne change rien au caractère d'émolument de la rétribution due pour l'instrumentation d'un acte, rétribution dont la détermination doit se faire conformément aux principes constitutionnels*". Plus avant, dans le même arrêt, le Tribunal fédéral admet que l'application des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations peut se heurter à des difficultés pratiques lorsque le notariat est érigé en profession indépendante; pour ce motif, il considère que le tarif des émoluments doit satisfaire aux principes suivants :

- l'émolument réclamé dans un cas concret doit se tenir dans un rapport raisonnable avec la prestation effectuée;
- les émoluments pour les opérations importantes peuvent compenser les pertes provenant de certaines opérations pour lesquelles, en raison de leur intérêt minime, on ne peut pas demander une indemnité qui couvre les frais;
- une disproportion manifeste entre l'émolument facturé et la prestation effectuée doit être considérée comme rendant difficile à l'excès l'utilisation de cette institution du droit privé qu'est l'acte authentique, ce qui irait à l'encontre du sens et de l'esprit du droit privé fédéral;
- le tarif doit en outre être établi selon des critères objectivement soutenable et ne pas comporter des distinctions qui ne seraient pas justifiées par des motifs raisonnables.

* Le mode de rétribution du notaire est arrêté par **l'article 46** du projet. Seule la rémunération du notaire pour son activité ministérielle est fixée par la loi, les activités accessoires du notaire (conseil juridique, etc.) étant rémunérées selon les règles du mandat (cf. réserve de l'al. 2)⁵². Le notaire ne peut déroger au Tarif, sauf lorsque les circonstances l'exigent et s'il obtient l'autorisation du Département (art. 48). La suppression totale ou partielle d'un émolument de droit public en fonction d'un acte particulier est une décision de souveraineté qui appartient à l'Etat; elle doit naturellement être justifiée par des motifs qui doivent être prépondérants par rapport au principe de l'égalité de traitement entre justiciables (art. 8 Cst.). La remise d'une prétention obligatoire selon le Tarif peut aboutir également à rompre l'égalité de traitement entre les débiteurs d'émoluments que sont les justiciables, voire à masquer des opérations de publicité interdite : cette pratique doit être interdite. Les exceptions objectivement justifiées doivent toutefois être envisagées : il pourrait ainsi en aller des services notariaux pour l'accomplissement de buts idéaux ou de bienfaisance. Un renvoi de cette question au règlement est approprié.

Pour son activité ministérielle, le notaire reçoit un émolument de base, proportionnel ou fixe, qui comprend les démarches préalables, la rédaction de l'acte, son instrumentation et sa conservation, ainsi que les réquisitions et la délivrance de la première expédition (art. 46 al. 1 lettre a + 47 al. 1). Ces formalités doivent directement être liées à la procédure d'instrumentation. En ce sens, la notion d'émolument de base doit recevoir une interprétation restrictive, conformément à la jurisprudence du Tribunal cantonal (RVJ 1979, p. 135, 1970, p. 65). Sous cette réserve, la notion d'émolument de base renferme en elle-même la rémunération de tout le processus d'instrumentation, notamment le temps consacré à l'information des parties. Il convient dès lors de renoncer, au plan de la terminologie, au concept d'"honoraires" (art. 1^{er} al. 2 du Tarif), source de nombreuses confusions du fait de l'analogie pouvant être faite avec le mandat (cf. circulaire no 17).

⁵² Le législateur bernois a choisi quant à lui de régler également la rémunération du notaire pour ses activités accessoires (Marti, ad art. 34 LN/BE), no 1ss; Ruf, p. 310).

Comme souligné *supra*, l'émolument de base contient la rémunération de tout le processus d'instrumentation. Une rétribution supplémentaire n'est dès lors pas prévue, sauf pour les opérations et formalités exceptionnelles exigées par la passation d'un acte complexe. A cet égard, le projet réserve le droit du notaire de percevoir exceptionnellement un émolument horaire, calculé selon l'usage (actuellement entre 230 et 250 francs/heure) (art. 46 al. 1 lettre b + 49). Les circonstances et le caractère complexe de cette perception doivent ressortir de la note d'émoluments et de débours (art. 54). L'honoraire horaire complète au besoin l'honoraire de base; ainsi conçu, il ne peut être perçu systématiquement comme le préconisait l'ANV.

Le cas particulier de l'instrumentation d'actes ne nécessitant pas la forme authentique mais auxquels les parties veulent donner cette forme est réglé par l'article 51 du projet, qui diffère de l'article 3 du Tarif en ce sens qu'il prévoit dans tous les cas une convention avant l'instrumentation. Cet émolument conventionnel est fixé selon la difficulté de l'affaire.

Les principes relatifs à la rémunération du notaire, notamment les minima et les maxima en matière d'émoluments, sont fixés par la loi de manière à établir les bases de la délégation normative au Conseil d'Etat (art. 57 al. 2 Cst. VS). Le renvoi au Tarif du Conseil d'Etat (art. 46 al. 3) ne peut s'opérer sans ces références chiffrées de base malgré l'opinion contraire de l'ANV. Le Conseil d'Etat peut toutefois, par voie d'arrêté, adapter le montant des émoluments à l'indice suisse des prix à la consommation (art. 52).

- * Selon **l'article 47** alinéa 2 du projet, l'émolument de base est au minimum de 200 francs. Ce montant est relativement bas pour éviter qu'il représente un 3 ou 4 % de la valeur de l'acte instrumenté. L'émolument fixe ne peut excéder 2'000 francs (art. 47 al. 4) alors que l'émolument proportionnel se calcule en pour-mille d'une valeur de référence selon une échelle dégressive de 5 à 1 pour mille (art. 47 al. 3, Tarif actuel) jusqu'à un émolument maximal de 100'000 francs, émolument horaire compris (art. 50). Les valeurs de référence sont déterminées par le Conseil d'Etat, de même que les circonstances commandant une réduction de l'émolument. Ce système de l'échelle dégressive permet au tarif de résister à l'épreuve du temps, la rémunération du notaire s'adaptant à l'évolution des coûts et du marché. A ce jour, l'ANV n'a pas requis une réforme du Tarif dans le sens d'une augmentation des émoluments (proportionnels ou fixes). Par contre, la Surveillance des prix est intervenue auprès du Conseil d'Etat du canton du Valais au début des années 90 pour demander une réduction de 26 % de l'émolument proportionnel prélevé en rapport avec une opération immobilière ou une réduction de 13 % de tous les émoluments proportionnels. Le Conseil d'Etat a écarté cette recommandation, à la différence notamment du canton de Fribourg, qui a suivi la proposition de modération des émoluments finalisée dans un arrêté du 27 avril 1993 attaqué sans succès auprès du Tribunal fédéral par un recours de droit public (ATF 2P. 217/1993 et 218/1993).
- * Le projet répond à la question de savoir dans quelle mesure, en plus de l'échelle dégressive, il est nécessaire de prévoir un émolument maximal dans la loi (ou des émoluments maxima selon le type d'acte). En effet, il apparaît que, dans la pratique, de tels émoluments sont rarement atteints. Le principe de l'émolument maximal a toutefois été retenu (**art. 50**), par parallélisme avec l'émolument minimal, lequel doit nécessairement être fixé dans la loi compte tenu de la très faible valeur de certains actes instrumentés par le notaire. Cet émolument maximal a été fixé à 100'000 francs, montant plus élevé que celui prévu par les cantons connaissant le système de l'émolument maximal⁵³, étant toutefois souligné qu'il couvre à la fois l'émolument de base et l'émolument horaire (art. 50). Un tel montant est justifié dès lors que la responsabilité du notaire s'accroît avec l'augmentation de la valeur stipulée et parce que l'émolument doit correspondre à la couverture des frais et à l'équivalence des prestations.
- * Tout comme actuellement, le notaire a droit au remboursement de ses débours (frais effectifs, art. 46 al. 1 lettre c), ainsi qu'au versement d'une provision (art. 18 LN/VS; art. 46 al. 1 lettre d). Pour des motifs liés à la TVA, le projet distingue clairement le versement de la provision (art. 46 al. 1 lettre d) de l'avance pour les contributions publiques (art. 46 al. 1 lettre e), seul le versement d'une provision donnant lieu à la perception de l'impôt. Les débours ou frais effectifs sont définis à **l'article 53** alinéa 2 du projet, à la fois de manière positive (frais propres du notaire, à l'exclusion des frais généraux, comme le salaire des employés, le loyer et les charges, etc., déjà inclus dans les émoluments, ATF 72 I 394, ATF 56 I 515, ATF 53 I 482) et négative (exclusion des contributions publiques, notamment droits de mutations, droits de timbre et émoluments encaissés lors de la délivrance d'une autorisation).

⁵³ En particulier, Berne, qui prévoit, selon le type d'acte instrumenté, divers montants maxima, qui s'échelonnent de 125 francs à 31'500 francs (Décret bernois sur les émoluments des notaires du 24 juin 1993), Bâle-Ville, où un émolument maximum est fixé à 50'000 francs (art. 8 al. 4 du Notariatstarif)

Le notaire a la faculté de demander une provision pour sa rémunération et une avance pour les contributions publiques dues. Il n'a toutefois aucun devoir à cet égard, faute de pouvoir le contrôler sans coûts excessifs. La proposition dans ce sens du comité de l'ANV doit être écartée.

- * La note d'émoluments et de débours doit permettre au client de circonscrire clairement l'activité déployée par le notaire, notamment de distinguer l'émolument de base, fixe ou proportionnel, de l'émolument horaire (**art. 54**). Ce dernier doit être explicité, le notaire devant préciser les circonstances exceptionnelles et le caractère complexe justifiant sa perception (cf. obligation d'information de l'al. 3). Pour être complète, la note de frais mentionne, le cas échéant, les avances faites pour la partie auprès d'une autorité, poste du décompte sur lequel le Département ne peut statuer en cas de contestation (art. 56 al. 2 lettre b).
- * S'agissant des principes régissant le paiement des émoluments et débours, seul est repris le principe de la solidarité de l'article 18 alinéa 2 LN/VS (**art. 55**). Il est notamment renoncé à codifier certains usages, mettant par exemple le paiement des émoluments à la charge de l'acheteur ou de l'acquéreur pour tout acte relatif au transfert de la propriété. La codification de tels usages ne peut en effet n'avoir qu'une portée restreinte, dès lors que les conventions contraires doivent être réservées. A noter enfin qu'il est renoncé au droit de rétention du notaire sur les pièces en sa possession jusqu'au paiement de ses honoraires et débours (art. 18 al. 4 LN/VS), et cela malgré la solution contraire du législateur fribourgeois (art. 32 LN/FR). Cet abandon se justifie dans la mesure où, d'une part, c'est la délivrance même de l'acte qui fait naître la créance en émoluments et débours et, d'autre part, le transfert de propriété survient par l'inscription au registre foncier et non par la réception de l'acte. Ainsi, le nouveau propriétaire dûment inscrit peut parfaitement exiger du registre foncier la délivrance d'un extrait. Il convient par ailleurs de souligner que le droit de rétention n'a pas été codifié pour l'avocat dans la LLCA; au contraire, le Tribunal fédéral a jugé qu'on ne peut déduire des règles sur la profession d'avocat aucun droit de rétention sur des papiers non réalisables (ATF 122 IV 322 = JT 1998 IV 109).
- * Le projet traite aux **articles 56 à 58** de la procédure applicable aux contestations des émoluments et débours du notaire. A été abandonnée la proposition de l'avant-projet consistant à n'aménager qu'une seule procédure administrative pour trancher les litiges de nature pécuniaire entre le notaire et une partie à l'acte sous réserve d'un motif tiré du droit privé fédéral et ne portant pas sur l'existence même de la créance (art. 55 à 59 de l'avant-projet). Cette solution fut critiquée par l'OAV qui préconise la compétence générale du juge civil. Il paraît cependant excessif de contraindre une partie à l'acte de contester selon la procédure civile un simple décompte établi selon une application prétendument erronée du Tarif. Suivant la proposition de l'ANV, le projet confirme la solution en vigueur tout en la codifiant dans ses développements.

L'article 24 alinéa 6 LN/VS prévoit que les contestations entre les notaires et leurs clients au sujet des débours et honoraires sont tranchés par le Département, sous réserve de recours, dans les dix jours, au Conseil d'Etat. Selon le projet (art. 56), le Département ne se prononce pas sur la qualité de débiteur, l'exigibilité de la prétention, sa prescription ou une éventuelle compensation, toute question qui relève du juge civil. Le Département ne se prononce pas non plus sur les éventuelles avances effectuées par le notaire au registre foncier (ATAC P. du 10 janvier 1990). Il statue sur le seul différend portant sur le montant des honoraires du notaire intervenant en qualité d'officier public (RVJ 1977, p. 151). Lorsque le notaire et les parties intéressées à un acte ministériel sont en litige sur l'application du tarif des émoluments, le Département rend une décision condamnatoire qui, une fois entrée en force, vaut titre de mainlevée définitive de l'opposition (RVJ 1987 p. 265). Dans tout autre cas plus étendu de contestation, la contrôle par le Département de l'application du tarif donne lieu à une décision constatatoire de modération (art. 58).

1.5 Section 5 et 6: Surveillance administrative et disciplinaire (art. 59 à 71)

La solennité de la forme authentique, l'intégration de la fonction notariale dans l'appareil de l'Etat et le principe de la force probante des registres publics et des titres authentiques (art. 9 CCS) font que le notaire doit exercer son ministère avec toute l'attention voulue, sous peine des sanctions prévues par le droit pénal, civil et disciplinaire. La surveillance doit dès lors assurer le respect par le notaire des obligations que lui prescrit la loi en sa qualité d'officier public dans l'intérêt général et pour satisfaire aux exigences de la forme authentique.

Si le but recherché par la surveillance des notaires et le principe même de son existence ne sont guère contestés, les modalités pratiques de ce contrôle ont parfois fait l'objet de vives critiques, notamment quant à la finalité et à la proportionnalité des moyens mis en place pour assurer son exercice. A cet égard, il convient de rappeler que la surveillance administrative doit être à la fois ciblée et adaptée, respectueuse de l'intérêt public, du principe de la légalité, du principe de la proportionnalité et du principe d'égalité. Ainsi, l'intérêt public limite la surveillance à la sauvegarde de l'ordre public au sens large, englobant la protection de la bonne foi en affaires, et dans les domaines où les particuliers ne peuvent agir; autrement dit, le principe d'intérêt public absorbe celui de la subsidiarité. Le principe de proportionnalité contraint les pouvoirs publics à n'employer que les moyens de surveillance adaptés aux finalités pour lesquelles elle est instituée, tout en ménageant le plus possible les libertés individuelles; de plus, pour être admissible, la mesure doit non seulement être adaptée, mais encore nécessaire au regard de la fin envisagée. Le principe d'égalité enjoint au législateur d'assujettir à des règles de surveillance identiques des situations de fait semblables et à des règles de surveillance distinctes des situations de fait dissemblables; il interdit à l'autorité de surveillance de rendre des décisions contradictoires. Enfin, le principe de légalité, entendu dans le sens de la réserve de la loi, subordonne à l'existence d'une base légale expresse tout régime de surveillance; la loi doit rendre prévisible l'activité administrative et offre ainsi aux intéressés la possibilité d'y adapter par avance leur comportement. Ce même principe, entendu dans le sens de la suprématie de la loi, oblige les divers organes de l'Etat à se soumettre à l'ordre juridique et impose dès lors aux autorités de mettre à disposition des services les moyens en personnel et en matériel permettant de satisfaire aux missions de surveillance dévolues par la loi; de même, incombe-t-il à chaque organe de surveillance de signaler à ces autorités le manque de moyens en personnel et en matériel, ainsi que les moyens inefficaces ou inappropriés.

A considérer le droit cantonal comparé, l'organisation de la surveillance des notaires ne constitue pas la préoccupation majeure des législateurs cantonaux. Il ne se soucient guère de satisfaire aux réquisits légaux d'une surveillance ciblée et adaptée, susceptible d'être bien accueillie. Aussi convient-il de se référer à l'organisation mise en place dans notre canton et d'en faire une analyse critique.

La législation notariale valaisanne institue deux types de surveillance, à savoir un contrôle professionnel, exercé par la Chambre surveillance dont les membres sont désignés par l'ANV (art. 22 et 9 al. 4 LN/VS) et un contrôle administratif (marginale - art. 23 LN/VS), exercé par le conservateur du registre foncier (et l'inspecteur des minutes) dans chaque arrondissement (art. 23 LN/VS, 22 à 28 Rex/VS), ainsi que par le Département de justice et police (Département de l'économie, des institutions et de la sécurité) pour le compte du Conseil d'Etat (art. 24 al. 1 à 5 LN/VS; 19 et 21 Rex/VS).

Le contrôle professionnel est assuré par la Chambre de surveillance des notaires (art. 22 LN/VS). Il est repris par le projet et commenté *infra* à l'article 71.

Le contrôle administratif recoupe trois activités officielles, à savoir la surveillance dite "*policière*"⁵⁴, qui porte sur les conditions d'admission à la profession et la fin des fonctions pour inobservation de l'une d'elles (art. 24 al. 1 et 2 LN/VS), ainsi que sur l'inspection des études (art. 23 LN/VS), la surveillance disciplinaire (art. 24 al. 3 à 5 LN/VS) et la surveillance tarifaire (art. 24 al. 6 LN/VS).

Le contrôle administratif est à la fois actif et réactif. Ainsi, en inspectant les études et les actes (art. 23 al. 1 et 2 LN/VS), le conservateur induit une action comportant des investigations, des contrôles, des vérifications aboutissant à un rapport (art. 23 al. 3 LN/VS). Le système n'est pas sans rappeler le contrôle entrepris par la police de la circulation, l'inspecteur des denrées alimentaires, le contrôleur des poids et mesures, etc. Le conservateur exerce un contrôle administratif actif. Par ailleurs, en se saisissant du rapport du conservateur, d'une plainte ou d'une dénonciation ou en statuant sur toute inobservation de la LN ne relevant pas du contrôle professionnel et parvenant à sa connaissance d'une manière ou d'une autre, le Département réagit à une information qui lui est communiquée et exerce ainsi un contrôle administratif réactif (24 al. 1 LN/VS). En outre, sur la base des informations spéciales dont il dispose à l'occasion d'un cas particulier, il doit, si nécessaire, édicter une directive (mesure a priori / art. 24 al. 2 LN/VS) et exercer ainsi un contrôle administratif abstrait.

⁵⁴ André Grisel, Vol. II, p. 598 : "*Le mot police désigne soit un organisme, soit une mesure*". C'est dans cette seconde acception qu'il est entendu ici.

Moor, Vol. I, ch. 1.4.4. : Le terme "*administration de police*" ... "*désigne les activités de l'Etat destinées à assurer l'ordre public*".

Le projet entend clarifier les différentes activités susmentionnées en traitant séparément de la surveillance administrative, disciplinaire et professionnelle; à noter que la surveillance tarifaire (art. 24 al. 6 LN/VS) a été traitée au chapitre de la rémunération des notaires (cf. *supra* commentaire sous point 1.4 des art. 56 à 58), sous réserve d'une tarification portant atteinte à la dignité professionnelle ou constituant un acte de concurrence déloyale, qui relève de la surveillance professionnelle (art. 71 al. 1 lettre c).

Surveillance administrative (section 5, art. 59 à 66)

- * La surveillance administrative tend principalement à protéger la foi publique que les tiers placent dans l'officier public. Elle a pour objectif l'effectivité du droit notarial dans la pratique et vise à garantir que le notaire, qui est le garant de la forme authentique au même titre que le juge est le garant de l'observation des règles de procédure civile, pénale et administrative, respecte les obligations prescrites par la loi dans un but d'intérêt public. Dans cette perspective, relèvent de la surveillance administrative les conditions d'admission à la profession, la tenue des répertoires, la délivrance des expéditions et la conservation des actes authentiques, le contrôle des actes dont l'inscription n'a pas été requise et le contrôle de la tenue de la comptabilité et de la garde des valeurs confiées dans l'exercice du ministère notarial (**art. 59** al. 1 lettres a à d). Demeurent réservées la surveillance disciplinaire, la surveillance professionnelle et la contrôle du conservateur sur la validité du titre⁵⁵ (art. 965 al. 3 CCS). S'agissant de ce dernier contrôle, on relèvera que cette "*censure*" est organisée par le droit fédéral et est notamment le corollaire de l'article 9 CCS disposant que les registres publics et les titres authentiques font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée. A cette occasion, le conservateur s'assure ou peut s'assurer du respect de quelques principes et dispositions régissant la forme authentique, l'exercice de la profession ou les devoirs généraux du notaire. Le cas échéant, et sur la base d'une disposition légale précise (art. 69 al. 3), il dénoncera le notaire ayant contrevenu à ses obligations à l'autorité compétence pour en connaître.

- * Tout comme actuellement, le projet prévoit que la surveillance administrative est exercée conjointement par le Département et par le registre foncier (**art. 60**). Le Département n'intervient toutefois que lorsqu'une information parvient à sa connaissance, sur plainte ou à réception du rapport de l'inspecteur (art. 60 al. 1 lettres a à c; contrôle réactif). L'OAV a proposé d'instaurer un système analogue à celui prévu pour la surveillance disciplinaire des avocats (une autorité disciplinaire de première instance qui est une autorité collégiale composée de notaires, de magistrats et d'un conservateur; une autorité cantonale de recours qui est le Tribunal cantonal). La surveillance disciplinaire d'une profession libérale est confiée, dans une large mesure, aux membres de cette profession. Ce schéma ne peut cependant être transposé dans le domaine du notariat : le notaire est un officier public détenant un pouvoir officiel sur délégation du Conseil d'Etat. A noter toutefois que les atteintes à la dignité professionnelle et les actes de concurrence déloyale sont soumis à un contrôle professionnel exercé par la Chambre de surveillance (art. 71).

L'inspection, organisée par le service du registre foncier, induit une action comportant des investigations, des contrôles et des vérifications aboutissant à un rapport (art. 60 al. 2 et 3; contrôle actif). En vue notamment d'assurer une inspection de qualité égale pour tous les notaires, le projet mentionne que le service du registre foncier dispose "*d'inspecteurs titulaires du brevet de notaire, dont le nombre est en rapport avec les missions que la loi leur assigne*" (art. 60 al. 2). Cette exigence découle du principe de légalité au sens de la suprématie de la loi, qui oblige les autorités à mettre à disposition des services les moyens en personnel et en matériel pour satisfaire les missions de surveillance dévolues par la loi. Selon une étude entreprise par la commission extraparlamentaire, un minimum de trois inspecteurs est nécessaire pour assurer une inspection annuelle efficiente de tous les notaires. En effet, seul un nombre suffisant d'inspecteurs qualifiés est en mesure d'assurer une inspection efficace répondant au principe de l'égalité de traitement. Au demeurant, la tâche des inspecteurs ne se limite pas à cette inspection annuelle, ces derniers assumant également des fonctions d'enquêteurs dans la procédure disciplinaire (art. 69), de liquidateurs en cas de cessation des fonctions (art. 25 al. 2 lettre b) et de notaires archivistes (art. 25 al. 2 lettre a, 104 al. 3 et 107 al. 2). Le Conseil d'Etat n'est pas insensible à cette argumentation. Il prend cependant en compte le souci du Grand Conseil de maîtriser les coûts de fonctionnement de l'administration, option qui implique, parmi d'autres mesures, le respect du *personalstop*. Pour concilier les exigences d'une inspection plus étendue que celle entreprise sur la base de la loi de 1942 avec le principe de la neutralité des coûts d'une loi nouvelle, le Conseil d'Etat propose de redéfinir la cadence des inspections pour passer d'un rythme annuel à un rythme bisannuel. D'une manière générale, les inspections n'ont pas mis en évidence des dysfonctionnements graves; l'inobservation par un notaire de l'une ou l'autre disposition fut plus souvent identifiée soit lors du dépôt d'une plainte, soit encore lors de l'ouverture

d'une action civile en responsabilité. D'autre part, le projet réserve l'hypothèse d'une inspection spéciale (art. 63 al. 2) sur requête du Département pour le cas où une investigation particulière devait s'avérer nécessaire.

- * Les objets, modalités et rapports concernant l'inspection sont clairement définis dans la loi (**art. 61 à 63**). Le contrôle par sondages de la facturation (art. 61 al. 2 lettre c) est la règle, étant précisé qu'il porte exclusivement sur les émoluments du notaire découlant de son activité ministérielle, à l'exclusion des honoraires résultant de mandats qu'il pourrait avoir assumé.
- * Le contrôle de la solvabilité et de l'honorabilité fait l'objet d'une disposition spéciale (**art. 64**), tant il est vrai que seule une bonne collaboration entre les diverses autorités est propre à garantir l'exercice irréprochable du notariat indépendant.
- * Les mesures de surveillance que le Département peut prendre pour garantir le respect de la loi sont définies à **l'article 65** du projet.
- * A noter que le projet innove en autorisant le retrait provisoire de l'autorisation d'exercer (**art. 66**). Ce retrait ne peut toutefois intervenir qu'exceptionnellement dans les cas où le notaire se trouve dans une situation manifestement incompatible avec la charge officielle dont il est revêtu, notamment en raison d'une procédure d'interdiction, d'une poursuite pénale pour des faits graves, sur proposition du Ministère public, ou d'une demande de sursis concordataire (art. 293 LP) jusqu'à droit connu (homologation du concordat de faillite entraînant le retrait définitif de l'autorisation).

Surveillance disciplinaire (section 6, art. 67 à 70)

A la différence de la surveillance administrative, la surveillance disciplinaire a un objectif exclusivement punitif. Le droit disciplinaire est en effet un ensemble de sanctions dont l'autorité dispose à l'égard d'une collectivité déterminée de personnes qui sont soumises à un statut spécial ou à une surveillance spéciale, car tenues par un régime particulier d'obligations⁵⁶. Ce droit disciplinaire comprend les règles applicables à toute action punitive exercée pour le maintien de la discipline et de l'ordre à l'intérieur d'un groupe de personnes. Il comprend les sanctions qu'encourent ceux qui enfreignent ces règles et la manière dont ces sanctions doivent être prises. A noter toutefois que le droit disciplinaire ne tend aucunement à "*mortifier le coupable*"⁵⁷. Il vise à assurer le respect par les intéressés des devoirs caractéristiques auxquels ils sont assujettis, à exercer une certaine prévention et à restaurer entre le particulier et l'"*appareil administratif*" un rapport de confiance qu'une faute a ébranlé⁵⁸.

- * **L'article 67** du projet rappelle que le principe *nullum crimen sine lege* doit recevoir une application large en droit disciplinaire dès lors qu'il est quasiment impossible de décrire les divers manquements possibles aux devoirs de service ou aux règles d'une profession donnée⁵⁹. Est confirmé le principe d'une responsabilité primaire double pour manquement à la loi au sens matériel et pour atteinte à la dignité professionnelle ou acte de concurrence déloyale (art. 67 al. 1 et 2, et 71 al. 1). Il est ainsi pris en compte les difficultés qu'il peut y avoir pour des notaires de sanctionner un confrère bien qu'une intervention confraternelle plutôt qu'officielle facilite souvent l'aboutissement rapide de la procédure. Est réservée par ailleurs la responsabilité civile et pénale du notaire, le principe "*ne bis in idem*" ne s'appliquant pas en droit disciplinaire⁶⁰. Enfin, le fait de renoncer à la pratique du notariat ne met pas fin à la responsabilité disciplinaire (al. 3), à l'instar des solutions consacrées aux articles 42 alinéa 4 LN/BE et 24 alinéa 2 LN/NE. Il convient en effet d'empêcher l'abus de droit que pourrait commettre un notaire ayant engagé sa responsabilité disciplinaire qui cesserait "*volontairement*" sa pratique et solliciterait à nouveau l'autorisation d'exercer. En outre, un notaire ayant cessé sa pratique doit encore procéder à la liquidation de son étude et il est important à ce stade du processus de pouvoir prononcer, si nécessaire, une sanction disciplinaire à son endroit.

⁵⁶ Moor, Volume II, ch. 1.4.3.4., p. 83

⁵⁷ André Grisel, Volume I, p. 512

⁵⁸ Moor, Volume II, p. 83-85

⁵⁹ Montani et Barde, p. 348; André Grisel, p. 514; Moor, p. 84, Knapp, 4^{ème} édition, no 1748 et 3152

⁶⁰ Boinay, ch. 43; dans le même sens, Moor, p. 85

- * Le principe *nulla poena sine lege* s'applique en droit disciplinaire avec la même vigueur qu'en droit pénal⁶¹. Ce principe commande à l'autorité disciplinaire de prononcer une des mesures prévues par la loi et aucune autre, fût-elle moins lourde et, ainsi, plus favorable à l'intéressé (cf. ATC C. c/CE du 26 juin 1997, A1 97/29). Le projet (**art. 68**) innove en retenant le blâme (lettre a) comme sanction disciplinaire (cf. art. 16bis al. 1 lettre a LOJ, 17 al. 1 lettre b LLCA, 16 al. 1 lettre a loi sur le statut des fonctionnaires). Le montant de l'amende (lettre b), s'échelonnant actuellement de 20 francs à 1'000 francs, est adapté au coût de la vie et est augmenté à 10'000 francs afin d'éviter le prononcé plus fréquent d'une peine de suspension (principe de proportionnalité). La durée minimale et maximale de la suspension est identique à celle prévue par l'article 24 alinéa 3 lettre b LN/VS. Pour le surplus, le principe de proportionnalité trouve concrétisation aux alinéas 2 à 5. A noter que, sur le modèle du statut fédéral de la fonction publique (art. 27 al. 2 du règlement des fonctionnaires fédéraux, RS 172.221.102), le rappel à l'ordre ne constitue pas une sanction disciplinaire⁶². De manière générale, l'article 68 du projet est imprégné du principe de l'opportunité, qui laisse à l'autorité le choix de décider librement si le bon fonctionnement de l'administration ou le maintien de l'ordre au sein d'une profession justifie l'ouverture d'une procédure disciplinaire ou non ("*l'autorité disciplinaire peut prononcer les sanctions suivantes*"). Il convient toutefois de rappeler que l'autorité est tenue d'éviter l'excès ou l'abus de son pouvoir d'appréciation. En ce sens, elle ne fera grâce au fautif que si l'intérêt public a plus à gagner à un acte de clémence qu'au prononcé d'une peine. De plus, elle est liée par le principe d'égalité, ce qui signifie qu'elle ne peut pas, dans un cas semblable, libérer ceux-ci et condamner ceux-là⁶³. A rappeler enfin que la suspension et la destitution doivent faire l'objet d'une publication au bulletin officiel (art. 9).
- * Le droit disciplinaire est rattaché à la procédure administrative (**art. 69** al. 2), conformément à la thèse soutenue par le Tribunal fédéral (ATF 72 I 255; JT 1948, p. 45; JAAC 1981, p. 162; ZBI 1977, p. 319; JT 1984, p. 23). Le renvoi opéré à la LPJA satisfait aux exigences posées par l'article 6 § 1 CEDH, qui selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral (ATF 123 I 87 = JT 1999 I 538) s'applique à certaines sanctions disciplinaires⁶⁴.

L'article 69 alinéa 3 du projet est construit sur le modèle de l'article 19 alinéa 2 Rex/LN. Le principe de l'obligation de dénoncer, nécessaire pour toute divulgation (cf. art. 9 al. 1 LPD) est également étendu à l'autorité administrative (conservateur du registre foncier, autorité compétente au sens de la Lex Friedrich, autorité d'exécution des peines nonobstant l'art. 64 al. 2). Un tiers, victime ou non des agissements dénoncés, peut attirer l'attention du Département sur le comportement du notaire⁶⁵. Il n'est toutefois pas partie à la procédure⁶⁶ et n'a pas qualité pour recourir⁶⁷ (art. 69 al. 4). A noter enfin le caractère subsidiaire de la plainte lorsque l'intérêt public n'est pas compromis directement mais que ce sont avant tout des intérêts privés qui sont à l'origine de la plainte ou encore lorsque le plaignant dispose d'une voie judiciaire pour faire valoir ses griefs⁶⁸ (art. 69 al. 5). Dans cette hypothèse, la procédure disciplinaire peut être suspendue, jusqu'à droit connu sur l'aboutissement de la voie de droit à disposition⁶⁹. La prescription doit être réglée en conséquence (cf. *infra*, art. 70 al. 3).

⁶¹ Montani et Barde, p. 348; André Grisel, p. 512; Knapp, 4^{ème} édition, no 3153

⁶² Voir également Knapp, 4^{ème} édition, no 3150, qui confirme que la décision prise sur la base de cette disposition ne constitue pas une sanction disciplinaire.

⁶³ Boinay, ch. 29

⁶⁴ Sur la question, Zimmermann, p. 337-342

⁶⁵ A noter que la dénonciation a une place importante en droit disciplinaire dès lors que la plupart des devoirs généraux du notaire ne se prêtent pas à un contrôle préventif

⁶⁶ Opinion de la doctrine majoritaire, à savoir notamment : André Grisel, tome I, p. 512, Moor, p. 85, Knapp, 4^{ème} édition, no 1749, Zimmermann, p. 342, Gygi, p. 221, no 3, Montani et Barde, p. 353ss; à signaler toutefois un arrêt du Tribunal administratif genevois qui admet la qualité pour recourir d'un dénonciateur se prévalant, non pas d'un intérêt juridiquement protégé mais d'un intérêt digne de protection (RDAF 1981, p. 345ss, cons. 4)

⁶⁷ Dans ce sens, RDAF 1999 p. 239ss, cons. 2. A noter que la qualité de partie et la qualité pour recourir dans le cadre de la procédure administrative n'est a priori pas exclue et ^{doit} s'analyser à la lumière de l'art. 44 al. 1 let. 1 LPJA, qui exige un intérêt digne de protection (sur cette notion, ATF 110 Ib 99; JT 1986 p. 656; ATF 109 IB 198; JT 1985 p. 549; ATF 111 Ib 63 et 297; ATF 121 II 43; ATF 123 II 174, 177; 361; ATF 123 II 378; ATF 125 I 8). A noter toutefois que la plainte à l'autorité de surveillance est un moyen de droit relevant de la procédure non contentieuse qui est subsidiaire à la voie judiciaire (ATF 109 Ia 251). Elle ne doit dès lors être reconnue que lorsque le dénonciateur ne dispose d'aucun autre moyen de droit pour la défense de ses intérêts

⁶⁸ Imboden/Rhinow, no 145 B II f, p. 1070

⁶⁹ Cf. art. 65 CPC, qui autorise le juge à suspendre la procédure civile pour un motif important; art. 6 al. 1 de la procédure civile fédérale - applicable à toute procédure de recours au TF selon l'art. 40 OJF - qui autorise le juge fédéral à suspendre la procédure pour des raisons d'opportunité

- * Il découle du principe de l'opportunité que l'on pourrait se dispenser d'édicter des règles sur la prescription en droit disciplinaire⁷⁰. Il ressort cependant du droit comparé de la fonction publique et du notariat que le législateur traite expressément de la prescription. Le Tribunal cantonal a d'ailleurs appliqué par analogie l'article 39 LPAv à la prescription de l'action disciplinaire introduite contre un notaire (ATC A. c/CE du 26 juin 1997 (A1 97/45). A cette occasion, la Haute Cour a rappelé que la prescription découle d'un principe général du droit.

L'article 70 alinéa 1 du projet institue une prescription relative d'un an et une prescription absolue de cinq ans⁷¹, sur le modèle du droit notarial comparé (art. 44 al. 1 LN/FR; art. 44 al. 2 LN/BE; art. 35 al. 1 LN/NE; art. 55 LN/GE). Comme souligné *supra*, la renonciation à la pratique du notariat ne constitue pas une cause d'extinction de la poursuite. L'alinéa 3 s'inspire dans son principe de l'article 44 alinéa 3 LN/BE. La législation bernoise envisage expressément la suspension de la poursuite disciplinaire en raison d'une poursuite pénale engagée à raison des mêmes faits. Dans la pratique, la suspension de la poursuite disciplinaire en raison d'une procédure civile est plus fréquente encore. La suspension ne peut se concevoir que dans le cadre d'une prescription extraordinaire, prescription extraordinaire d'autant plus nécessaire en cas de procès civil que les parties peuvent influencer le calendrier du procès civil.

Surveillance professionnelle (section 6, art. 71)

- * **L'article 71** du projet traite de la surveillance professionnelle (cf. art. 22 LN/VS), réservée expressément par les articles 59 alinéa 2 lettre b et 67 alinéa 2 du projet. Ce système de compétence parallèle n'a pas démerité et est dès lors confirmé dans son principe. A titre de nouveautés, on relèvera que la quotité de l'amende est augmentée à 10'000 francs, par analogie avec l'article 68 alinéa 1 lettre b du projet, une violation à la LN ne devant pas nécessairement être sanctionnée plus sévèrement qu'une atteinte à la dignité professionnelle ou un acte de concurrence déloyale. De même, par référence à l'article 68 alinéa 1 lettre c du projet, il s'agit également de fixer une limite inférieure (six mois) à la mesure de suspension. Au chapitre des sanctions disciplinaires est introduite par ailleurs une pénalité financière spéciale (art. 71 al. 2 lettre c) lorsqu'un notaire attire des clients par une convention sur les émoluments contraire au tarif ou lorsqu'il porte atteinte à l'image de la profession en percevant un émolument nettement supérieur à celui fixé par le tarif. Dans ces hypothèses, on ne saurait fixer un montant maximal; par référence à l'article 203 de la loi fiscale (LF) ou à l'article 38 de la loi sur le timbre (LTr.), la pénalité doit consister dans un multiple du montant non perçu ou perçu en trop (multiple de 3 ad art. 203 LF, multiple de 5 ad art. 38 LTr.).

Le renvoi de l'article 71 alinéa 2 du projet a notamment pour effet que la LPJA s'applique, que le recours de droit administratif au Tribunal cantonal est recevable et que la Chambre disciplinaire peut agir dans le délai de prescription extraordinaire de l'article 70 alinéa 3 du projet. Par contre, la suspension fait l'objet d'une réglementation particulière, la référence à l'intérêt public (art. 69 al. 5) étant inappropriée lorsqu'un agissement du notaire constitue uniquement une atteinte à la dignité professionnelle ou un acte de concurrence déloyale. De même, dès lors que les procédures sont complexes en matière de concurrence déloyale, on ne saurait contraindre le dénonciateur à s'engager sur la voie judiciaire; en conséquence, la Chambre ne peut suspendre la procédure disciplinaire que si une procédure judiciaire est effectivement ouverte par le dénonciateur. A noter enfin que l'article 71 alinéa 3 du projet consacre le principe de l'absorption ou de l'attraction de compétences, connu à l'article 20 CPC pour des raisons d'économie de procédure et d'unité du droit (même appréciation, par exemple, de la gravité de l'agissement pour un acte constituant à la fois une violation de la loi et une atteinte à la dignité professionnelle).

⁷⁰ Montani et Barde, p. 347

⁷¹ Une prescription absolue plus élevée n'est guère envisageable compte tenu des principes généraux régissant la prescription (cf. Paul Piotet, p. 162ss), même s'il n'est pas exclu que certains cas échappent à toute sanction disciplinaire (par exemple hypothèse où le notaire fait concourir à l'instrumentation d'un testament un témoin qui n'a pas l'exercice des droits civils, le testament n'étant ouvert que 15 ans plus tard)

2. Chapitre 2 : De la procédure notariale

La forme authentique est la forme solennelle selon laquelle une personne autorisée à cet effet par un canton confectionne, selon la procédure prescrite par ce canton, un document écrit consignait des déclarations de volonté ou la constatation de faits (ATF 99 II 159, 161 / JT 1974 I 66, 68). Le document ainsi établi est appelé "*acte authentique*" ou "*titre authentique*". Les actes (ou titres) authentiques sont l'une des catégories de titres publics qui, selon l'article 9 CCS, "*font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée*". Cette présomption d'exactitude n'existe que dans la mesure où l'officier public est tenu de vérifier les faits qu'il certifie (Henri Deschenaux, *Registre foncier*, p. 261)⁷².

Pour que l'acte authentique soit valablement dressé, l'officier public se voit imposer des obligations de deux ordres⁷³:

- a/ d'une part, des obligations concernant l'étendue de la forme par rapport au contenu matériel de l'acte, relevant du droit fédéral;
- b/ d'autre part, des obligations concernant le contenu formel de l'acte, la procédure à suivre, relevant en principe du droit cantonal, éventuellement du droit fédéral.

C'est le droit fédéral qui détermine quels sont les actes dont la validité est subordonnée au respect de la forme authentique (art. 11 CO - contenu matériel). A ces cas où la forme authentique est imposée par la loi, il faut ajouter ceux pour lesquels les parties sont convenues de recourir à cette forme (art. 16 CO). En outre, il peut arriver que les parties ne se tiennent pas à un type d'acte bien précis mais réunissent les éléments de plusieurs contrats (contrat mixte) ou passent une convention qui n'est pas du tout réglée par la loi (contrat *sui generis*); pour tous ces contrats innommés, il faut donc déterminer dans chaque cas concret si la forme authentique est requise⁷⁴.

C'est également le droit fédéral matériel qui détermine le contenu minimal que la forme authentique doit recouvrir pour que l'acte soit valable (ATF 125 II 131; ATF 113 II 492 cons. 2a p. 404; ATF 106 II 146 cons. 1 p. 147; Piotet, p. 128). La forme authentique ayant pour objet principal de protéger les particuliers de décisions irréfléchies, seuls les éléments essentiels de l'acte sont soumis à l'exigence de la forme (art. 2 CO). La doctrine dominante et la jurisprudence du Tribunal fédéral distinguent entre les "*essentialia negotii*", soit les éléments objectivement essentiels du contrat, sans la mention desquels dans la forme requise il n'y a pas d'acte ou de contrat et les "*accidentalia negotii*", soit les éléments subjectivement essentiels, c'est-à-dire ceux que les parties considèrent comme aussi importants que les "*essentialia*". Aussi bien les "*essentialia*" que les "*accidentalia*" font partie du contenu essentiel de l'acte⁷⁵. En cas de doute sur le caractère essentiel ou non d'une disposition, le notaire conseillera aux parties de la soumettre à la forme authentique. D'éventuelles dispositions cantonales qui poseraient des règles sur le contenu minimal matériel d'un acte auraient non seulement aucun effet sur la validité de l'acte (cf. force dérogatoire du droit fédéral) mais seraient au surplus une source d'illicéité⁷⁶.

En vertu de l'article 55 alinéa 1 Titre final CCS, les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique (règles de procédure - contenu formel). Cette compétence découle de l'article 52 Titre final CCS qui prévoit que les cantons établissent les règles complémentaires prévues pour l'application du code civil, notamment en ce qui concerne les compétences des autorités et l'organisation des offices de l'état civil, des tutelles et du registre foncier. L'article 52 alinéa 3 Titre final CCS réserve l'approbation de la Confédération en ce qui concerne les règles cantonales portant sur le droit de la filiation, de la tutelle et des registres, ainsi que celles qui touchent à la rédaction d'actes authentiques. En outre, en dérogation à l'article 55 Titre final CCS, le droit fédéral règle la forme de certains actes authentiques.

⁷² Steinauer, p. 2

⁷³ Piotet, p. 127

⁷⁴ Steinauer, p. 5

⁷⁵ Perrin, p. 27 et 28, qui cite ATF 68/1942 II 233 = JT 1943 I 70; ATF 78/1952 II 439 = JT 1953 I 362; ATF 88 II 160 = JT 1963 I 238; ATF 90/1964 = JT 1964 I 358, 361; ATF 97/1971 II 53 = JT 1972 I 52. Pour la doctrine : Schönenberger/Jäggi, Zk-ad art. 11 OR, no. 28; Gauch/Schluemp/Tercier, n. 404; Engel, p. 178; Yung, p. 623, 639ss.

⁷⁶ Piotet, p. 129

Si les modalités de l'acte sont réglées par le droit cantonal, il n'y a pas unanimité sur la portée à donner à l'article 55 Titre final CCS. Pour la plupart des auteurs⁷⁷ et la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁸, la forme authentique est une notion fédérale à laquelle sont attachées des exigences minimales. Ainsi, les dispositions cantonales qui règlent les modalités de la forme authentique doivent non seulement respecter les limites tracées par ce droit, mais encore satisfaire à certaines conditions minimales dictées par la finalité de l'institution selon le droit matériel (cf. ATF 106 II 146 = JT 1980 I 580; ATF 113 II 402 cons. 2a p. 404). Ces exigences doivent être respectées sous peine de nullité de l'acte authentique (art. 11 al. 2 CO).

Pour la majorité de la doctrine et la jurisprudence, le respect des exigences fédérales ne suffit toutefois pas à rendre l'acte valable en la forme. Il faut encore que les exigences prévues par le droit cantonal soient, elles aussi, remplies⁷⁹. En effet, si le droit fédéral impose des exigences minimales, cela ne signifie pas que le droit cantonal doive s'en contenter. A cet égard "*les exigences formelles minimales du droit fédéral ne gardent qu'un caractère subsidiaire face aux règles de la procédure cantonale*"⁸⁰. En vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49, al. 1 nCst), les règles cantonales de procédure et de forme ne doivent toutefois ni empêcher, ni entraver l'application du droit civil fédéral (ATF 106 II 146 précité, cons. 2b).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans la mesure où le droit cantonal détermine les modalités de la forme authentique, il détermine également lesquelles de ses normes affectent la validité de l'acte et lesquelles sont de simples règles d'ordre (ATF 106 II 146 précité cons. 3 et doctrine majoritaire). Le législateur cantonal doit toutefois rester dans le cadre de la notion fédérale d'acte authentique. Cela étant, rien ne l'empêche de légiférer au-delà du minimum fédéral et de poser des exigences supplémentaires dans les cas où le droit fédéral ne l'interdit pas. Cette faculté existe même dans les cas où la forme est réglée par le droit fédéral (formes fédérales). En effet, lorsque le droit fédéral, après délégation de certaines formalités au droit cantonal, entend exclure une sanction de droit cantonal au non-respect de ces formalités, il le fait expressément (par exemple art. 1041 CO)⁸¹. La possibilité pour les cantons de définir et préciser les effets spécifiques d'un vice de forme (par exemple nullité absolue ou nullité relative) est critiquée par certains auteurs car elle s'oppose à la tendance actuelle de l'harmonisation des lois et surtout à la libre-circulation des actes : un acte authentique passé dans un canton peut en effet très bien être considéré comme nul dans un canton voisin.

Les dispositions de la LN traitant de la procédure notariale ont été examinées à la lumière des considérations susmentionnées. Le projet codifie l'opinion soutenue par la doctrine majoritaire et la jurisprudence du Tribunal fédéral, laquelle donne au canton, sous réserve d'un certain nombre d'exigences posées par le droit fédéral, la compétence de déterminer pour son territoire les modalités de la forme authentique, y compris quant aux conséquences (sanctions) du non-respect de ces modalités. Cette option législative semble en effet la meilleure voie pour assurer la mise en œuvre effective des finalités de la forme authentique, le droit cantonal restant en l'état la source la plus sûre que peut consulter l'officier public⁸².

2.1 Section 1 : L'acte notarié (art. 72 à 86)

- * **L'article 72** du projet clarifie la nature (authentique) de l'acte reçu par le notaire. Il existe en effet dans la législation valaisanne actuelle une apparente contradiction entre l'article 26 alinéa 1 LN/VS et l'article 45 alinéa 2 LN/VS, la première disposition donnant à penser que tous les actes notariés sont des actes authentiques, alors que la seconde nie cette qualité aux actes en brevet, sous réserve du procès-verbal d'assemblée. Le postulat selon lequel tout acte reçu par le notaire est un acte authentique, y compris l'acte portant sur des faits est consacré par la doctrine et la jurisprudence (notamment ATF 99 II 161 / JT 1974 I 68), ainsi que par le plupart des législateurs cantonaux⁸³. Pour prendre le contre-pied de la contradiction susmentionnée, le projet précise que la "*qualité authentique*" est également conférée aux actes portant sur des faits. A noter que ce postulat a pour conséquence que tout acte reçu par le notaire bénéficie de la présomption de l'article 9 CCS.

⁷⁷ Mutzner, Bertoni, Kratzer, Spielmann, Bolla, Huber, Grossen, Deschenaux, Santschi, Jäggi, Enger, Meyer-Hayoz, Carlen, d'Aumeries, Piotet, Marti, Meier, Schmid, Steinauer; contra Bolla, Wild, cités par Perrin, p. 39ss

⁷⁸ ATF 84 II 636 = JT 1959 I 368; ATF 90 II 274 = JT 1965 I 234; ATF 99 II 159 = JT 1974 I 66; ATF 106 II 146 = JT 1980 I 580; ATF 113 II 402; ATF 125 III 131 = JT 1999 I 470

⁷⁹ Steinauer, p. 4, lequel cite ATF 112 II 330, 331; cf. ég. Schmid, no 125

⁸⁰ Piotet, p. 131; voir également ATF 90 II 274 = JT 1965 I 234; Huber, RJB p. 259; Kratzer, p. 56ss

⁸¹ Piotet, Mélanges, p. 27

⁸² Perrin, p. 54

⁸³ Notamment art. 20 LN/BE, 45 LN/FR, 63 LN/NE

- * La réserve générale de l'article 26 alinéa 1 LN/VS est reprise à **l'article 73** du projet. Une formulation de ce type a en effet l'avantage de couvrir à la fois les formes fédérales et les formes prévues par d'autres dispositions cantonales (notamment art. 195 LACCS pour la légalisation de signatures, 197 LACCS pour la mutation de petites surfaces immobilières, 196 al. 2 et 97ss LACCS pour la forme de l'inventaire, et 188ss LACCS pour la vente aux enchères).

La marginale de l'article 73 ("*Procédure d'authentification*"), renvoie à la section 3 ("Authentification de déclarations de volonté - art. 90 à 93), et à la section 4 du projet ("Authentification de constatations de faits - art. 94 à 98). Cette terminologie, qui trouve sa source dans le droit bernois, permet une distinction claire entre la procédure qualifiée actuellement d'ordinaire (28 ss LN/VS), qui vise l'authentification de déclarations de volonté et nécessite une participation active des comparants, des procédures spéciales (art. 42ss LN/VS), qui traitent de la constatation de faits et pour lesquelles le rôle du notaire est essentiel. A relever que les sections 1 et 2 du projet (art. 72 à 89) s'appliquent aussi bien à l'authentification des déclarations de volonté qu'à la constatation des faits.

Le projet renonce à reprendre l'article 26 alinéa 2 LN/VS car seul le droit fédéral est en droit de déterminer quels actes sont soumis à la forme authentique et quel doit être leur contenu minimum (art. 11ss CO). Aussi, même dans l'hypothèse où les parties ont convenu de donner une forme spéciale à un contrat pour lequel la loi n'en exige point, elles sont réputées n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de cette forme (art. 16 al. 1 CO). Demeurent toutefois réservées les formes fédérales (cf. art. 73 *ab initio*).

- * La législation valaisanne actuelle connaît deux types d'actes : l'acte en minute, dont l'original doit rester déposé chez le notaire (art. 27 al. 1 LN/VS) et l'acte en brevet, dont l'original est délivré aux parties, sauf si une partie requiert du notaire qu'il en garde minute (art. 27 al. 2 et 4 LN/VS). Les actes pouvant être délivrés en brevet sont limitativement prévus par l'article 27 alinéa 3 LN/VS. L'acte en minute est celui "*qui constate les déclarations de volonté des parties et porte la signature des comparants*". Il s'agit dès lors de l'acte reçu selon la procédure ordinaire. A contrario, l'acte en brevet est, sauf exception, celui reçu selon une procédure spéciale (constatations de faits) et qui ne porte par la signature des comparants. Selon cette conception, la liste des actes pouvant être délivrés en brevet est limitée. Le droit valaisan ne peut notamment pas connaître la remise en brevet du contrat de cautionnement, acte reçu selon la procédure ordinaire, contrairement aux législations bernoises (art. 10 Décr/BE), fribourgeoises (art. 48 al. 1 lettre a LN/FR) et vaudoises (art. 80 LN/VD).

De l'avis de la commission extraparlamentaire, non combattu en procédure de consultation, le droit valaisan fait une confusion entre la nature de l'acte (acte en minute/acte en brevet) et la procédure (ordinaire/spéciale) ayant conduit à son adoption. Dans le système du notariat latin, la minute doit en effet s'entendre du document officiel, propriété de l'Etat, qui seul est déposé auprès du notaire pendant l'exercice de ses fonctions, alors que l'acte en brevet est désigné comme étant celui dont l'original est délivré à l'ayant droit (**art. 74** et 75 al. 1). A cet égard, dans la mesure où tout acte reçu par le notaire est un acte authentique (art. 72), il importe peu pour sa qualification qu'il ait été adopté selon la procédure ordinaire ou spéciale. Pour ces motifs, le projet renonce à la restriction de l'article 27 alinéa 1 LN/VS selon laquelle la minute porte sur la constatation de déclarations de volonté.

- * Comme souligné *supra*, l'acte en brevet est celui dont l'original est délivré à l'ayant droit (**art. 75** al. 1). A relever que le projet retient la notion d'ayant droit, la délivrance ne pouvant se limiter aux seules parties⁸⁴.

Selon l'article 72 du projet, tous les actes reçus par le notaire sont des actes authentiques. Le droit fédéral n'exige toutefois pas la forme authentique pour tous les actes figurant dans la liste des actes pouvant être délivrés en brevet. Aussi, cette forme ne peut être que facultative (il s'agit d'une *Kann-Vorschrift* et non d'une *Muss-Vorschrift*). La formulation négative de l'article 27 alinéa 3 est par ailleurs reprise à l'article 75 alinéa 2 du projet, dès lors que le texte législatif doit poser le caractère limitatif de la liste. A relever qu'en sus des actes listés par l'article 26 alinéa 3 LN/VS, le projet prévoit la délivrance en brevet des protêts (cf. art. 1037 CO), des actes en dépôt, soit principalement les actes constatant le dépôt d'un testament olographe que le notaire est tenu d'accepter selon l'article 20 alinéa 3 LACCS et des déclarations sous serment (*infra*, art. 91).

⁸⁴ A titre d'exemple, on peut citer la légalisation de signatures, dont l'original est rarement délivré à la personne dont la signature est légalisée mais à la personne intéressée dans le cadre d'une autre procédure

- * L'obligation pour le notaire de recevoir l'acte notarié dans son étude (art. 28 LN/VS, **art. 76**) est une règle d'ordre qui codifie un des aspects du devoir de confidentialité de l'officier public. Il convient en effet d'assurer le secret professionnel et de veiller à la solennité de la procédure qui ne peut être garantie que dans la mesure où le notaire exerce son ministère dans des locaux spécialement conçus pour la pratique du notariat.

A titre exceptionnel, le notaire peut recevoir un acte hors de son étude; il doit toutefois en indiquer le motif objectif dans l'acte même (art. 76 al. 2). La nature exceptionnelle et le motif objectif sont deux concepts juridiques indéterminés que la pratique devra définir précisément. A titre d'exemple, on peut citer le cas où le notaire est appelé auprès d'une personne grabataire. Par contre, même si une stipulation dans un bureau d'architecte apparaît pratique dans la mesure où les parties peuvent à tout moment se référer à des plans, il ne s'agit nullement d'un motif objectif exceptionnel au sens de l'alinéa 2 mais d'une simple commodité qui ne saurait justifier une stipulation hors étude. Dans tous les cas, le notaire devra s'assurer que le lieu de réception de l'acte se prête à l'exercice du notariat et garantisse la sauvegarde équitable des intérêts des parties (art. 76 al. 3). Dans l'exemple du malade grabataire cité ci-dessus, il devra par exemple veiller à ce que quittent le lieu d'instrumentation toutes personnes étrangères à cette dernière. Conséquence directe du devoir de confidentialité du notaire, la réglementation sur le lieu de réception de l'acte doit réserver les circonstances particulières sans atténuer la portée du devoir. Elle ne peut pas autoriser la réception de l'acte hors de l'étude pour un motif quelconque, donc pour commodité selon la pratique en vigueur, comme le propose l'ANV.

- * **L'article 77** du projet est une règle d'ordre qui reprend dans une large mesure l'article 18 Rex/VS⁸⁵. La loi s'entend de l'article 20a de la loi sur le travail (RS/CH 822.11), de la loi valaisanne d'organisation judiciaire et de la loi sur le repos du dimanche et des jours fériés, ainsi que de son règlement d'exécution.
- * Lors de la consultation, l'Office fédéral de la justice a critiqué l'article 79 de l'avant-projet ne permettant pas une authentification directe de déclarations en une langue étrangère, prescription imposée par l'article 55 alinéa 2 Titre final du CCS.

Denis Piotet⁸⁶ observe que l'article 55 alinéa 2 Titre final du CCS

- astreint les cantons à autoriser l'instrumentation d'actes en langue étrangère, au moins si tous les déclarants maîtrisent une autre langue que celle de l'officier public;
- habilite cependant les cantons à prescrire une traduction authentique de l'acte instrumenté en langue étrangère dans une langue officielle.

Alex Dépraz⁸⁷ exprime la même opinion :

"Pour respecter le droit fédéral, les cantons doivent permettre de façon générale l'instrumentation directe des déclarations de volonté dans une langue étrangère. En effet, lorsque les parties, les éventuels témoins et l'officier public maîtrisent une langue étrangère commune, l'authentification doit avoir lieu dans cette langue étrangère qui assure la meilleure formulation possible de la volonté en évitant la participation d'un interprète. Toutefois, rien n'interdit aux cantons de prescrire une traduction dans la langue officielle de l'acte authentique rédigé dans une langue étrangère, voire une instrumentation complète dans les deux langues".

⁸⁵ Une telle règle d'ordre existe également dans d'autres cantons, par exemple à Fribourg (art. 52 LN/FR) et Vaud (art. 11 LN/VD). A noter toutefois que le législateur neuchâtelois y a délibérément renoncé (cf. rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur le notariat (du 15 mai 1996), p. 10

⁸⁶ Piotet, Mélanges, p. 21

⁸⁷ Dépraz, no 362 à 364

Alex Dépraz évoque encore le cas de l'officier public ne maîtrisant pas la langue d'un des comparants :

"En revanche, l'officier public ne peut procéder à une instrumentation dans une langue qu'il ne connaît pas. En effet, il ne pourrait alors pas vérifier que son acte est conforme aux déclarations des parties. La participation d'un interprète est alors inévitable : l'acte sera rédigé dans la langue officielle puisqu'il n'y a plus de raison pour que l'officier public s'écarte de la règle générale. L'interprète servira de lien entre l'officier public et les parties qui ne maîtrisent pas la langue de l'instrumentation. Son rôle est essentiel puisqu'il s'agit de s'assurer que les parties prennent connaissance de l'acte et qu'elles manifestent leur accord. Le problème n'est plus ici de savoir si le canton doit autoriser ou non l'instrumentation directe de déclarations de volonté en langue étrangère, question réglée par l'article 55 al. 2 Tit. fin. CCS mais de permettre à des personnes qui ne maîtrisent pas la même langue que l'officier public de faire authentifier leurs volontés. Autrement dit, "comme les parties doivent absolument comprendre le contenu de l'acte, il est requis, de par le droit fédéral, que l'acte soit au besoin traduit dans une langue qu'elles comprennent, par les soins d'un interprète". On peut faire un parallèle avec les procédures d'instrumentation prévues lorsqu'une partie est atteinte de surdité ou de mutité. Ainsi, la grande majorité des cantons prévoient la participation d'un interprète à la procédure d'instrumentation lorsque la prise de connaissance de l'acte par les parties le nécessite. La présence de l'interprète permet que la procédure d'instrumentation se déroule de façon conforme au droit fédéral, notamment concernant les deux points essentiels de la connaissance de l'acte par les parties et de leur accord".

Le projet donne suite aux remarques de l'Office fédéral de la justice, aux considérations de la doctrine et aux propositions de l'expert.

- **L'article 78** énonce les principes ordinairement applicables, alors que **l'article 79** réglemente les cas particuliers de l'instrumentation en langue étrangère (instrumentation directe au sens de l'art. 55 al. 2 Titre final CCS et traduction authentique).
- La langue officielle est celle du lieu d'instrumentation; en Valais : le français ou l'allemand⁸⁸. L'acte reçu en minute doit être rédigé dans une langue officielle (art. 78 al. 1), principe
 - qui ne contredit pas le droit de la partie à une instrumentation directe en langue étrangère puisque l'article 79 alinéa 1 consacre la règle de l'instrumentation complète dans les deux langues (infra);
 - qui commande, le cas échéant, la traduction authentique de l'acte dans une autre langue connue d'une partie (art. 79 al. 2).

L'acte délivré en brevet peut être dressé dans une autre langue connue du notaire et de la partie qui requiert son concours (art. 78 al. 2). Cet acte ne comporte pas une déclaration de volonté (art. 75) ni la signature de la partie requérant l'intervention du notaire (art. 94 à 98).

- L'article 79 alinéa 1 traite de l'instrumentation directe en langue étrangère. Suivant l'avis d'Alex Dépraz, le projet prescrit l'instrumentation complète dans les deux langues (art. 79 al. 1 1^{er} §). On prévient ainsi les problèmes concrets qui pourraient découler de la seule instrumentation en langue étrangère tant pour les conservateurs que pour les autorités judiciaires (interprétation d'un contrat de mariage, d'une disposition pour cause de mort). L'article 79 alinéa 1 2^{ème} § arrête les modalités de l'instrumentation complète dans les deux langues.
- L'article 79 alinéa 2 traite de la traduction authentique. Le 1^{er} § énonce les circonstances dans lesquelles il faut y procéder et le 2^{ème} § arrête les modalités. Cette construction s'impose pour indiquer avec précision les conséquences résultant d'une inobservation de cette disposition (art. 85).
- Les actes en langue officielle et ceux passés dans une autre langue ont la même valeur probante (art. 79 al. 3). Il appartient à celui qui se prévaut d'une divergence d'établir quelle était la réelle volonté des parties et de renverser ainsi la présomption légale.

⁸⁸ Dépraz, no 359

* **L'article 80** du projet est une disposition clé du chapitre consacré à la procédure notariale dès lors qu'il codifie une grande partie des exigences minimales posées par le droit fédéral en matière de forme authentique. Le contenu de l'acte est défini de manière positive et comprend aussi bien des dispositions dont la violation entraîne la nullité de l'acte que des prescriptions d'ordre. L'examen des sanctions relatives à l'inobservation de la forme authentique est quant à lui renvoyé aux articles 85 et 86 du projet, qui traitent spécifiquement de cette question. Il apparaît en effet plus opportun de traiter dans un article distinct tous les cas de nullité pouvant se présenter étant donné que la validité d'un acte ne dépend pas uniquement de son contenu mais également d'autres exigences posées par la loi (par exemple règles sur l'inhabilité).

Selon le droit fédéral, l'acte doit être individualisé. Par individualisation, il faut entendre tout ce qui touche au moyen d'en vérifier l'authenticité. Pour cela, l'acte doit indiquer au minimum l'identité de l'officier public (lettre a, art. 30 ch. 1 LN/VS), de façon que le respect des règles sur la compétence et sur la procédure d'instrumentation puisse être contrôlé. Le lieu de passation de l'acte et la date de son instrumentation doivent également être indiqués (lettre b, art. 30 ch. 2 et 31 ch. 2 LN/VS), pour que le point de départ de ses effets puisse être déterminé. La date doit être écrite par l'officier public lui-même, à la main ou à la machine à écrire⁸⁹ (art. 80 al. 1 lettres a, b).

Toujours selon le droit fédéral, l'acte doit indiquer clairement l'identité des parties et, le cas échéant, la nature de la relation entre comparants et parties (cf. ATF 112 II 330 = JT 1987 I 70). Ainsi, l'acte authentique doit mentionner, outre le nom des parties chez lesquelles les effets de la relation doivent se produire (art. 80 al. 1 lettres c et d, art. 30 ch. 3 LN/VS), la mention du rapport de représentation (JT 1977 I 331, 335, cons. 2b) et le nom des représentants (art. 80 al. 1 lettre e) (RNRF 54/1973, p. 367, lettres e et f, art. 30 ch. 3 LN/VS)⁹⁰. A noter que la notion de partie doit s'entendre ici au sens étroit. Plus exactement, il s'agit de celle qui s'engage, de celle dans la sphère juridique de laquelle l'acte produit des effets directs (voir également la définition de la partie selon l'art. 87 al. 1, commentaire *infra*). A son égard, la mention de l'état civil est dès lors nécessaire, notamment en raison de l'article 169 CCS. L'article 80 alinéa 1 lettre d retient le concept général de "*personnes morales*", qui englobe les sociétés commerciales d'une part, les associations et fondations, d'autre part. Le projet (art. 80 al. 1 lettre d) exige la jonction à l'acte de l'extrait du registre du commerce ou des statuts, dès lors que la raison sociale ne doit pas être approximative mais doit correspondre précisément à celle figurant dans les registres officiels.

L'article 80 alinéa 1 lettre f exige la mention des procurations produites, ainsi que des autorisations, extraits de registres et autres pièces nécessaires; c'est une nouveauté par rapport au droit cantonal. Cette disposition vise à lutter contre la pratique des "*procurations à produire*". Le projet entend en effet assurer le respect strict du principe de l'unité de l'acte (art. 93, commentaire *infra*), ce qui implique que l'acceptation intervienne immédiatement après la stipulation. Logiquement, l'article 87 alinéa 3, qui traite du représentant d'une partie à l'acte, prescrit que la procuration doit préciser le rapport de représentation (*infra ad art. 87*). A noter toutefois d'ores et déjà que l'inobservation de cette disposition n'affecte pas la validité de l'acte dès lors que le droit fédéral autorise la réserve d'une procuration future (validité du contrat subordonnée à une condition suspensive).

Le projet oblige le notaire à consigner dans l'acte les déclarations de volonté des parties ou les constatations faites (art. 80 al. 1 lettre g). Il s'agit d'une reprise de l'article 30 chiffre 4 LN/VS, étendue il est vrai aux constatations. La forme de l'approbation étant de la compétence des cantons, l'article 80 alinéa 1 lettre i prescrit la signature de toutes les personnes qui ont concouru à l'acte (cf. art. 30 ch. 6 LN/VS). La signature de l'officier public (lettre i) est par contre une exigence de droit fédéral⁹¹. Elle doit, par sa place, couvrir toutes les clauses de l'acte.

Le projet reprend l'obligation de mentionner dans l'acte l'attestation de l'accomplissement des formalités prévues pour l'authentification des déclarations de volonté (art. 80 al. 1 lettre h; art. 30 ch. 5 LN/VS). A noter que selon la doctrine et la jurisprudence, il ne s'agit pas d'une exigence de droit fédéral⁹². Le projet estime toutefois qu'il est nécessaire de prévoir une telle obligation dès lors qu'elle a pratiquement pour effet de mettre le fardeau de la preuve à la charge de celui qui conteste que la procédure s'est déroulée correctement (cf. 9 CCS).

⁸⁹ Steinauer, p. 16, qui cite ATF 55/1929 II 25 = JT 1930 I 214; 53/1927 II 442 = JT 1928 I 226 et Marti p. 119ss; dans ce sens également Escher, no. 15 ad art. 500 CCS et Tuor, no. 17 ad art. 500 CCS; contra Huber, RNRF p. 247, pour qui cette exigence ne vise que la responsabilité du notaire quant à l'exactitude de la date

⁹⁰ Steinauer, p. 7

⁹¹ Schmid no 185, cité par Steinauer, p. 15

⁹² Steinauer, p. 15, qui cite Schmid no 187; ATF 112 /1986 II 23/24 = JT 1986 I 627 et ZR 82/1983, p. 50/51ss

Enfin, il convient encore de relever que l'acte doit évidemment mentionner l'objet sur lequel il porte. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble, il suffit que ce dernier puisse être désigné avec précision (art. 80 al. 2). A cet égard, le projet entend s'inscrire en contre-pied de l'article 31 Rex/VS.

- * Les dispositions sur la forme (art. 81 à 84) sont capitales car elles permettent d'assurer la clarté et la pérennité des actes authentiques. Elles ont fait l'objet d'un examen minutieux, l'usage de l'informatique ayant considérablement modifié les habitudes des notaires depuis quelques années.

Le droit actuel tend toujours plus à éliminer la distinction juridique entre support de données et support d'images. A cet égard, on signalera la révision de l'article 957 CO, qui autorise la tenue et la conservation des livres par écrit, électroniquement ou d'une autre manière comparable. De même, l'introduction d'un nouvel article 14 alinéa 2^{bis} CO (projet de loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, SCSél) vise à autoriser la conclusion par voie électronique de tous les contrats soumis à la forme écrite. Selon le rapport accompagnant la LFSél, la notion de document fait en la forme authentique n'empêche pas les cantons d'autoriser à ce qu'il soit fait sous forme électronique, pas plus que le droit fédéral ne lui impose. Ce point de vue est confirmé par le message à l'appui de la révision de l'article 957 CO (FF 1999 4769, qui souligne que l'art. 957 CO ne s'applique pas aux registres publics et aux titres authentiques au sens de l'art. 9 CCS).

- * Le projet n'entend pas autoriser le recours à la forme électronique au sens strict pour l'établissement des actes authentiques, une telle autorisation apparaissant prématurée en l'état actuel. Aussi, **l'article 81** alinéa 1 ne reconnaît pas une existence "virtuelle" à l'acte authentique, qui doit être établi sur papier. Pour le surplus, le notaire est libre de choisir le mode d'impression ("*à la main ou par tout autre procédé*"), à la condition toutefois que ce dernier soit en mesure de garantir l'inaltérabilité de l'acte⁹³. Ces exigences doivent être respectés sous peine de nullité de l'acte (cf. art. 85 lettre c commenté *infra*). A noter qu'il est renoncé au papier timbré, le Conseil d'Etat estimant qu'une telle exigence, trouvant sa source dans le droit fiscal, n'a pas sa place dans une législation traitant de la forme authentique⁹⁴.

Le projet traite spécifiquement à l'article 81 alinéa 2 des pièces justificatives mentionnées dans l'acte, qui doivent être annexées à ce dernier en original ou en copie. Ces annexes, telles les procurations, les extraits du RF, etc., ne doivent pas être confondues avec les documents externes incorporés à l'acte, comme par exemple les formules préimprimées de cautionnement (cf. *infra* art. 90 al. 4), lesquelles font partie intégrante de l'acte et ne doivent dès lors pas être qualifiées d'annexes. A noter que l'obligation découlant de l'alinéa 2 est tempérée par l'article 81 alinéa 7 du projet, qui réserve le règlement du Conseil d'Etat ainsi que les directives du Département, du registre foncier et du registre du commerce à propos des documents nécessaires à l'établissement de l'acte⁹⁵.

L'article 81 alinéa 3 reprend pour l'essentiel l'article 30 alinéa 4 LN/VS. Seule l'exigence selon laquelle l'acte forme un tout est retenue dès lors que les traits dans les lignes vides et l'interdiction d'espaces blancs apparaissent des moyens inefficaces et impropres à garantir que l'acte ne soit effectivement pas modifié après la signature.

Pour éviter les erreurs que la stipulation en chiffres favorise, la date de l'acte et les indications numériques définissant l'objet de l'acte, les obligations ou les prestations des parties doivent être écrites en toutes lettres et en chiffres au moins une fois; elles peuvent être répétées en chiffres. Est toutefois réservée l'hypothèse où l'acte comporte des opérations arithmétiques, auquel cas seule l'énonciation en toutes lettres du résultat est obligatoire (art. 81 al. 4)⁹⁶.

L'article 81 alinéa 5, qui autorise les abréviations courantes, est une nouveauté par rapport à la loi actuelle. Il s'inspire du droit cantonal comparé, en particulier de l'article 6 alinéa 2 Décr/BE. A noter que le projet renonce à codifier dans la loi l'autorisation d'utiliser des abréviations non courantes définies préalablement dans le texte (cf. solution du droit fribourgeois, art. 50 al. 5 LN/FR et neuchâtelois, art. 41 Rex/NE).

⁹³ Cette exigence s'inspire du droit cantonal comparé, notamment le droit bernois (art. 6 Décr/BE), fribourgeois (art. 50 al. 1 LN/FR), genevois (art. 1 Rex/GE) et neuchâtelois (art. 64 al. 1 LN/NE + 31 al. 1 Rex/NE)

⁹⁴ Les dispositions sur le papier - timbré ou non - diffèrent considérablement d'un canton à l'autre, voir notamment art. 9 al. 1 et 2 Décr/BE, art. 12 al. 1 Rex/FR, art. 27 + 30 Rex/NE

⁹⁵ Le notaire ne dispose en effet pas toujours d'un extrait du RF; ainsi, à titre d'exemple, on peut citer l'hypothèse où un acte de crédit est stipulé immédiatement après un acte de vente.

⁹⁶ Cette proposition s'inspire du droit cantonal comparé, notamment art. 6 al. 4 Décr/BE, art. 50 al. 3 LN/FR, art. 1 al. 1 Rex/GE, art. 66 al. 3 LN/NE + 40 Rex/NE

Enfin, le projet s'inspire de l'article 2 Rex/GE et impose à chacune des parties appelée à signer d'apposer son paraphe en marge de chaque feuillet de l'acte (art. 81 al. 6). Cette exigence a pour but de garantir, dans une certaine mesure, que les parties ont bel et bien pris connaissance de l'ensemble de l'acte. Elle ne vaut pas pour le notaire qui n'appose son paraphe qu'en regard des éventuelles modifications apportées à l'acte (cf. *infra* art. 82). Lors de la consultation, l'ANV a proposé de biffer cette disposition. Le paraphe – déjà pratiqué par nombre de notaires – constitue une protection adéquate contre les dangers du traitement de texte; il n'occasionne guère d'inconvénients dès lors que le projet (art. 83) réglemente les rectifications pouvant être apportées à l'acte après son instrumentation.

- * Tant que l'acte authentique n'est pas parfait, c'est-à-dire tant qu'il ne porte pas le sceau et la signature de l'officier public, celui-ci peut encore valablement, avec l'accord et en présence des parties, apporter des modifications au texte de l'acte; celles-ci doivent se faire en règle générale par des renvois authentiques ou par apostilles (**art. 82**). Une fois la procédure close, il faut examiner si la modification touche le fond ou la forme de l'acte. Si elle touche un élément essentiel de l'acte (fond), il faut appliquer l'article 12 CO par analogie (parallélisme des formes) : il devra y avoir une nouvelle instrumentation⁹⁷.
- * Par contre, la correction d'erreurs purement formelles, dont la vérification incombe au seul officier public (par exemple date inexacte), doit pouvoir être autorisée même après l'achèvement de l'acte, avec ou sans la présence des parties, selon les circonstances⁹⁸. Pour qu'elles se distinguent clairement des modifications, ces rectifications (**art. 83**) sont mentionnées, avec leur justification éventuelle, après la formule de clôture et les signatures. Pour les mêmes motifs, elles ne sont jamais intégrées dans le corps de l'acte (art. 83 al. 2 et 3). Les rectifications qui ne respecteraient pas les règles précitées sont réputées non écrites (art. 83 al. 4).
- * La confection matérielle de l'acte ne concerne que la minute, propriété de l'Etat. Les "*pièces justificatives mentionnées dans l'acte*" renvoient à la notion d'annexe au sens de l'article 81 alinéa 2 du projet et ne couvrent notamment pas les "*annexes selon la pratique notariale*", telles la facture des émoluments et les éventuelles écritures en cas de contestations. Les seules exigences posées par **l'article 84** sont que l'acte et ses annexes soient réunis en un seul document et forment un tout. A cet égard, le projet renonce notamment à imposer un agrafage ou tout autre système, compte tenu des différences de pratique observées par les notaires et en raison du volume important que peut avoir un acte complété de nombreuses annexes.
- * Comme souligné *supra*, les sanctions relatives à l'inobservation de la forme authentique sont traitées dans deux articles distincts (**art. 85 et 86**), qui appréhendent l'ensemble des cas de nullité ou d'annulabilité pouvant se présenter. Ces dispositions ont fait l'objet d'un examen minutieux, sanctionné par l'expert appelé à se prononcer précisément sur cette question. Lors de la consultation, la Conférence des juges de première instance a formulé des observations que le projet prend en compte (art. 85 al. 4 nouveau / cf. *infra*).

La question des sanctions aux règles cantonales sur la forme authentique est un sujet délicat. Elle pose en effet plusieurs problèmes controversés dans la doctrine. A titre préalable, il convient d'abord de relever que la loi cantonale ne peut sanctionner que les règles de forme qui dépendent d'elle (art. 55 Titre final CCS); si c'est la notion fédérale de l'acte authentique qui est violée, soit que la violation d'une règle de forme soit à ce point essentielle à cette notion qu'elle appartient au droit privé fédéral, la sanction applicable ressortit au droit fédéral, soit à l'article 11 alinéa 2 CO⁹⁹. Ainsi, si un notaire confie toute l'instrumentation formelle à un stagiaire et n'y participe pas personnellement lui-même, l'acte dressé est certainement nul et de nul effet selon le droit fédéral déjà, la participation personnelle de l'officier public compétent étant l'une des rares exigences formelles fédérales sur lesquelles il n'y ait pas de controverse¹⁰⁰. S'agissant par contre des règles de forme appartenant exclusivement au droit cantonal - par exemple le mode de lecture et de son authentification (ATF 125 III 131, résumé JT 1999 I 470), l'étendue de l'authenticité aux documents annexes et les formalités de leur intégration à l'acte, etc. - la question de la sanction est controversée en doctrine. Selon un auteur¹⁰¹, il faut ignorer les nullités du droit cantonal et admettre que l'acte est formellement valable dès qu'il répond aux exigences fédérales minimales de l'acte authentique. Cette thèse apparaît toutefois inconciliable avec le texte de l'article 55 alinéa 1 Titre final CCS, qui réserve aux cantons la compétence de déterminer pour leur

⁹⁷ Piotet, p. 137, Perrin, p. 49; voir également Tercier, p. 24, Ruf, p. 69 et Brückner, p. 377, ainsi que AGVE 1974, p. 566 et BN 1993, p. 64ss

⁹⁸ Piotet, p. 138, Perrin, p. 49

⁹⁹ cf. notamment Piotet, p. 158-159

¹⁰⁰ Piotet, Mélanges, p. 21 et 28

¹⁰¹ Brückner, no 30ss, p. 15ss

territoire les modalités de la forme authentique. Selon d'autres auteurs, les cantons peuvent fixer quelles règles sont des règles d'ordre et quelles règles sont des règles de validité; en revanche, la sanction civile des règles de validité est nécessairement inscrite selon eux à l'article 11 alinéa 2 CO, soit dans le droit fédéral¹⁰². Cette théorie prête le flanc à la critique en ce que la règle de procédure en matière de juridiction gracieuse doit trouver sa sanction dans le même droit de procédure, et non dans un autre ordre juridique¹⁰³, de même que la violation d'une règle de procédure contentieuse mettant en application le droit privé doit trouver sa sanction non pas dans le droit privé, mais bien dans le droit de la procédure contentieuse. Matériellement de surcroît, cette théorie aboutit à des conséquences pratiques où la nullité absolue de l'article 11 alinéa 2 CO, elle-même sujette à des controverses en doctrine, s'avère largement inadaptée à des cas où une sanction moins lourde, plus adaptée à la norme violée, trouverait mieux sa place (par ex. la nullité d'un cas de récusation pour inhabilité du notaire à instrumenter en raison de la parenté ou de l'alliance, invoquée plus de dix ans après l'acte, etc.)¹⁰⁴. La compétence cantonale permet précisément cette meilleure adaptation de la sanction à la nature de la règle violée. La doctrine majoritaire est cependant d'avis, avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, que les cantons peuvent non seulement désigner quelles sont les règles d'ordre et les règles de validité au sein des règles de forme de l'acte authentique, mais encore déterminer la sanction judiciaire qui doit leur être appliquée¹⁰⁵.

La solution retenue dans le projet codifie l'opinion de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence fédérale car elle seule apparaît en mesure d'assurer à la fois l'impératif de la sécurité du droit (des règles cantonales claires qui déterminent la sanction pour chaque violation) et la meilleure adaptation de la sanction aux règles de forme du droit cantonal¹⁰⁶. Ainsi, les articles 85 et 86 du projet règlent de manière exhaustive les cas dans lesquels l'acte authentique est soit frappé de nullité absolue (30 LN/VS, art. 85 al. 1) soit susceptible d'être annulé judiciairement dans un certain délai (art. 85 al. 2). L'article 86 du projet "tempère" en quelque sorte la sanction définitive de la nullité absolue en considérant la forme authentique comme observée dans certaines hypothèses. Enfin, sans égard à la validité de l'acte, la violation d'une prescription de forme engage la responsabilité disciplinaire du notaire (art. 85 al. 3).

- * L'article 85 alinéa 1 du projet prévoit la nullité absolue lorsque l'acte est reçu par un notaire non autorisé à pratiquer ou suspendu (lettre a), lorsque l'officier public n'est pas compétent au sens de l'article 4 (lettre b) ou lorsque certaines règles de forme prévues par la LN n'ont pas été respectées (lettre c).

La première hypothèse (lettre a) n'amène guère de commentaires. En effet, dès lors que la loi exige que l'acte authentique soit reçu par un officier public, soit une personne à qui a été conféré un pouvoir spécial qui n'appartient qu'à l'Etat, l'instrumentation par une personne non autorisée ne peut qu'entraîner la nullité de l'acte.

La lettre b vise les vérifications préalables auxquelles le notaire doit procéder pour s'assurer de sa compétence territoriale. Comme souligné supra ad article 4 du projet, le notaire n'a de compétence d'instrumentation qu'en tant qu'il peut se reposer sur une délégation de la puissance étatique lui conférant un tel droit. Cela a pour conséquence qu'un notaire qui entendrait pas exemple instrumenter un testament authentique sur le territoire d'un autre canton dresserait par là un acte nul et de nul effet (ex. objet du JAAC 9, no 78, p. 64), ou encore que le notaire qui assisterait hors de son canton à une assemblée générale de société qu'il entend instrumenter en la forme authentique dresserait également là un acte nul et de nul effet, et cela même s'il achève cette instrumentation à son étude (cf. notamment Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide - LGVE 1988 I n. 20, p. 34ss; cf. aussi Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide - AGVE 1972, N. 2, p. 172; RNRF 1959, no 16, p. 115). Par contre, la nature et la finalité des règles relatives à la récusation du notaire (art. 36 al. 1, 2 et 4) et à l'incapacité des témoins ou des assistants (art. 88 al. 2 et 89 al. 2) justifient qu'il soit recouru à une annulation judiciaire dans un certain délai, en l'occurrence deux ans (art. 85 al. 2), plutôt qu'à une nullité absolue. A noter par ailleurs que l'inobservation des règles traitant des incompatibilités (art. 20 et 21) ne saurait affecter la validité de l'acte et ne peut qu'entraîner des mesures administratives et/ou disciplinaires.

¹⁰² Schmid, no 133-134, p. 32-33; Koller, no 8ss, p. 84ss; Laim, no 51 ad art. 657 CCS

¹⁰³ Piotet, Mélanges, p. 26-27

¹⁰⁴ Kunz, p. 105ss

¹⁰⁵ ATF 84 II 636 = JT 1959 I 368; ATF 106 II 146 = JT 1980 I 580; Piotet, Mélanges, p. 26-27; Ruf, no 148, p. 41; Meier-Hayoz, no 129 ad 657 CCS; Guldener, Grundzüge, p. 74-75

¹⁰⁶ l'annulation judiciaire pour certains griefs de nature formelle est aujourd'hui prévue par les droits de Bâle-Ville ou de Zoug, et les cantons de Lucerne et de Nidwald connaissent, en matière d'inhabilité particulièrement, une annulation confiée l'appréciation du juge; elle est également prévue dans le projet de révision de la LN/VD (art. 68 al. 3)

L'article 85 alinéa 1 lettre c traite de l'instrumentation proprement dite (chapitre 2 : De la procédure notariale) et appelle ces quelques distinctions :

- Comme souligné *supra*, l'obligation d'instrumenter dans un bureau ou une étude (art. 76 al. 1) et d'agir à un moment autorisé par la loi (art. 77) sont de simples règles d'ordre, qui n'ont aucune conséquence sur la validité de l'acte¹⁰⁷.
- Les articles 78 et 79 traitent de la langue utilisée lors de l'instrumentation. Est nul l'acte reçu en minute qui n'est pas rédigé dans une langue officielle (art. 78 al. 1, 79 al. 1 1^{er} §). Est nul l'acte en brevet dressé par un notaire dans une langue étrangère qu'il ne maîtrise pas (art. 78 al. 2). Est nul l'acte instrumenté en langue étrangère qui ne respecte pas les formalités prescrites (art. 79 al. 1 2^{ème} §) ou l'acte traduit en langue étrangère qui méconnaît les exigences formelles de l'article 79 alinéa 2 2^{ème} §, la connaissance exacte de l'acte par les parties et leur accord n'étant alors pas garantis, tout comme la même valeur probante des actes reçus en langue étrangère ou traduits (art. 79 al. 3). Différente est l'hypothèse d'une violation de l'article 79 alinéa 2 1^{er} § : si la traduction authentique n'est pas entreprise alors qu'elle aurait dû l'être, la partie qui ne comprenait pas la langue officielle lors de l'instrumentation ne peut invoquer ce vice de nombreuses années plus tard sans commettre un abus de droit. La sanction de la nullité est alors excessive, de sorte qu'il faille lui préférer l'annulation (art. 85 al. 2).
- Le non-respect des prescriptions de l'article 80 du projet, qui traite du contenu de l'acte et contient des exigences trouvant leur origine à la fois dans le droit fédéral et le droit cantonal, entraîne en principe la nullité de l'acte dès lors que ces dispositions ont pour but d'assurer une base sûre pour les inscriptions dans les registres publics (cf. règles sur l'individualisation, art. 80 al. 1 lettres a à f + al. 2) ainsi qu'une formulation claire et univoque de la volonté des parties (cf. règles sur l'approbation, art. 80 al. 1 lettres g à i). En vertu du droit fédéral, l'acte revêt toutefois la forme authentique si le lieu de passation de l'acte et la date peuvent être déterminés¹⁰⁸ (art. 86 al. 1 lettre a) et si l'objet de l'acte et l'identité des personnes qui concourent à l'instrumentation sont indiqués de manière non équivoque¹⁰⁹ (art. 86 al. 1 lettre b). Enfin, l'absence de mention des procurations ne peut pas, de par le droit fédéral, être une conséquence de nullité (art. 86 al. 1 lettre c), dès lors que le CO n'impose pas une forme spéciale pour les procurations (cf. commentaire *infra* art 87).
- La forme matérielle est de la compétence des cantons. Le projet sanctionne de nullité un acte qui ne serait pas établi sur papier en caractères inaltérables (art. 81 al. 1).
- Sont également frappés de nullité l'inobservation des articles 87 alinéa 2 (obligation des parties d'assister personnellement à l'instrumentation ou de s'y faire représenter), 90, 92 et 93 (procédure d'authentification des déclarations de volonté), 96 alinéa 1, 97 alinéas 1 à 3 et 6, et 98 ainsi que de l'article 195 alinéa 4 LACCS (authentification de constatations de faits). Toutes ces dispositions sont commentées *infra*. A noter cependant que la sanction de la nullité pour inobservation de l'article 92 (concours d'un traducteur lorsqu'un comparant souffre d'un handicap) rappelle celle de l'inobservation de l'article 79 (concours d'un interprète pour l'instrumentation en langue étrangère), solution consacrée en droit positif (art. 30 ch. 5 et 36 LN/VS).

Plutôt que l'action en annulation retenue à l'article 85 alinéa 2, la Conférence des juges de première instance a proposé un système analogue à celui de l'article 31 CO sanctionnant un vice du consentement : déclaration inconditionnelle et irrévocable de la partie qui n'entend pas s'obliger en raison de l'inobservation d'une règle traitant de la forme authentique dans l'année à compter de la découverte du vice. Dès lors que le conservateur peut rejeter une réquisition entachée d'un vice au sens de l'article 85 alinéa 2, la transposition en droit cantonal de l'article 31 CO doit être écartée : à défaut, le conservateur anticiperait sur l'exercice d'un droit formateur d'une partie à l'acte.

Lors de la procédure de consultation, la Conférence des juges de première instance a rappelé, à l'instar du rapport explicatif, la portée respective du droit privé fédéral et du droit notarial cantonal dans la sanction des règles de forme, avant de souligner avec pertinence les conséquences qui en résultent au plan de la procédure civile applicable :

¹⁰⁷ Piotet, p. 132 et 133

¹⁰⁸ Piotet, Mélanges, p. 23

¹⁰⁹ Notamment ATF 112 II 330 = JT 1987 I 70; RNRF 78, 1997, p. 281

"Il paraît difficile de lutter contre la jurisprudence claire – quoique relativement ancienne – du TF selon laquelle les cantons déterminent non seulement quelles sont les règles de validité de la forme authentique, mais aussi les conséquences de la violation de ces règles (ATF 106 II 146). La solution proposée par l'art. 85 AP va dans ce sens. Néanmoins, la théorie selon laquelle le droit cantonal fixe quelles sont les règles de validité de la forme authentique et les conséquences de la violation de ces règles relèvent de l'art. 11 al. 2 CO, avec la cautèle de l'interdiction de l'abus de droit, apparaît préférable. Encore une fois, le but de cette proposition est d'éviter la multiplication des voies de droit distinctes (à tout le moins au niveau cantonal) en fonction des arguments juridiques soulevés. En effet, avec le système retenu par l'AP, les compétences et les procédures changent suivant que, d'une part, le justiciable se plaint de la violation de la notion fédérale d'acte authentique ou invoque la violation d'une règle de forme à titre préjudiciel dans une action soumise par ailleurs au droit fédéral ou, d'autre part, qu'il ouvre une action en constatation de la nullité ou en annulation de droit cantonal (cf. supra, les réflexions relatives à la responsabilité civile du notaire). Si l'on considère au contraire que le droit cantonal se contente de désigner les règles de validité de la forme authentique, mais qu'une violation de ces règles entraîne toujours l'application de l'art. 11 al. 2 CO, le contentieux sera toujours considéré par les règles de procédure cantonale comme étant de droit fédéral et, par conséquent, sera soumis aux règles ordinaires de procédure".

Le message a démontré supra, en accord avec la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral, que le droit notarial cantonal permet une meilleure adaptation de la sanction à la nature de la règle violée. Cet avantage ne doit toutefois pas être gommé par des complications procédurales. Une disposition analogue à celle prévue par l'action en responsabilité contre le notaire constitue une solution appropriée (art. 85 al. 4).

2.2 Section 2 : Des personnes qui concourent à l'acte

Avant de rédiger le projet d'acte, l'officier public doit s'assurer de l'identité et de la capacité des comparants¹¹⁰, y compris celle des éventuels témoins ou interprètes¹¹¹. Il doit s'informer de l'existence de rapports de représentation, pouvoir au besoin en constater l'existence. Toutes ces constatations se font selon les moyens usuels, moyens que le droit cantonal peut obliger à consigner sur l'acte ou en protocole¹¹². Ces obligations découlent de son devoir de véracité.

Les articles 87 à 89 ont pour but de définir dans la loi les personnes participant à la procédure d'instrumentation, ainsi que de préciser les modalités de leur intervention. Ils consistent en une nouveauté par rapport à la loi actuelle et s'inspirent de la législation fribourgeoise (art. 55 à 59 LN/FR).

A titre préalable, il convient de relever que, contrairement à certaines législations qui autorisent le concours simultané de plusieurs officiers publics¹¹³, le projet ne codifie pas ce principe, par souci de garantir la notion d'indépendance du notaire agissant au-dessus des parties comme arbitre des intérêts de celles-ci¹¹⁴. En effet, consacrer le principe du concours de deux ou plusieurs officiers publics risque de porter atteinte à l'institution même de l'officier public (cf. par exemple hypothèse où l'acte est instrumenté à la fois par le notaire de l'acheteur et par le notaire du vendeur). En outre, l'intervention de plusieurs notaires pose des problèmes de responsabilité ministérielle conjointe et oblige le législateur à traiter de l'hypothèse dans laquelle les deux notaires officient simultanément divergent sur la solution juridique à proposer.

¹¹⁰ Cette vérification n'est pas nécessaire si le comparant est personnellement connu de l'officier public (Piotet, qui cite RNRF 48, 1967, no 42 p. 225-226 (LU); RNRF 32, 1951, no 73, p. 264ss = AGVE 1950, no 7, p. 42

¹¹¹ L'officier public doit encore s'assurer que les intervenants ne se trouvent pas dans un rapport entraînant la récusation avec les parties à l'acte ou à la procédure (RNRF 26, 1945, no 117, p. 30b, BS, cité par Piotet, p. 134)

¹¹² Le projet renonce délibérément à cette obligation, la commission estimant que le concept même de forme authentique suffit pour avoir la certitude de l'exacte identité et de la capacité des parties et autres témoins intervenant dans la procédure d'instrumentation

¹¹³ Notamment art. 55 LN/FR, qui stipule : "L'acte notarié est reçu par un ou plusieurs notaires".

¹¹⁴ A noter que cette hypothèse est à distinguer de la pratique actuelle, selon laquelle une collectivité publique confie l'instrumentation à plusieurs notaires, qui peut être maintenue (dans ce cas, le notaire stipulateur reçoit un émolument proportionnellement plus important que ses confrères, compte tenu de sa responsabilité accrue).

* Le projet définit la partie comme étant celle qui, par ses déclarations, entend s'obliger ou acquérir un droit (**art. 87** al. 1). Il s'agit de la personne qui s'engage, celle dans la sphère juridique de laquelle l'acte produit des effets directs. Selon cette conception, le représentant n'est pas une partie. Il en résulte l'obligation pour les parties, sous peine de nullité de l'acte authentique (cf. art. 85 lettre c) d'assister personnellement à l'instrumentation ou de s'y faire représenter (art. 87 al. 2). En relation avec cette obligation, se posent deux problèmes particuliers : la définition de la partie en relation avec le contrat de gage immobilier et la désignation du nommable.

- L'article 799 alinéa 2 CCS dispose que le contrat de gage immobilier nécessite la forme authentique. La notion même de contrat implique la comparution de deux parties. Dans la pratique toutefois, la banque ne comparaît jamais. A cet égard, Steinauer¹¹⁵ relève que la forme doit couvrir toutes les clauses essentielles du contrat (ATF 45/1919 II 562) et, en particulier la déclaration du (futur) propriétaire qui s'oblige à constituer le droit de gage. En revanche, comme en matière de donation d'immeubles (cf. notamment H. Oser/W. Schönenberger, ad art. 243 CO, et P. Cavin, p. 181), le créancier devrait pouvoir accepter sans recours à la forme authentique, car il n'assume aucun engagement sur le plan réel (art. 13 al. 1 CO par analogie)¹¹⁶. Toutefois, si le créancier-gagiste n'a pas à comparaître, son identité doit figurer dans l'acte comme un élément essentiel du contrat de gage¹¹⁷. Par conséquent, en l'absence de comparution de la banque, le notaire devra s'assurer que cette dernière produise une pièce en la forme écrite par laquelle elle déclare accepter la constitution d'un gage en sa faveur. En outre, l'identité de la banque intervenant en qualité de créancier-gagiste sera mentionnée comme partie dans l'acte (art. 80 al. 1 lettre d).

- Toujours en relation avec l'obligation pour la partie d'assister personnellement à l'acte ou de s'y faire représenter, il faut examiner la question délicate de la désignation du nommable en cas de vente pour soi ou pour son nommable¹¹⁸ (art. 18bis Rex/VS; l'ANV l'a expressément demandé lors de la consultation). A titre préalable, il convient de rappeler que lorsque la validité de l'acte est soumise au respect d'une forme spéciale le notaire doit constater dans l'acte tous les faits et déclarations de volonté des parties essentiels à la validité du contrat (ATF 106 II 147 cons. 1 = JT 1980 I 581; ATF 99 II 161 cons. 2a = JT 1974 I 68 et les réf.). Ces faits comprennent la désignation exacte des parties qui acquièrent ou s'obligent par leurs déclarations, comme aussi la mention du rapport de représentation lorsqu'un tiers agit pour une partie (ATF 112/1986 II 332 = JT 1987 I 73; ATF 45 II 565, arrêt du TF du 4 juillet 1972 in RNRF 1973, pp. 367ss et JT 1977 I 331, 335, cons. 2b). Il est donc exclu de conclure par exemple une vente immobilière pour autrui en réservant le nom de l'acheteur¹¹⁹. Est toutefois réservée la pratique selon laquelle l'une des parties, en principe l'acheteur, transfère son droit à un tiers non déterminé au moment de l'instrumentation¹²⁰. Le législateur valaisan 1942 a codifié cette pratique à l'article 18bis Rex/VS. Ainsi, en cas de vente pour soi ou son nommable, la désignation du nommable a lieu par acte authentique dont l'inscription doit être requise au registre foncier dans les quatorze jours dès l'instrumentation de l'acte de vente. Dans cette hypothèse, l'acheteur se substitue à un tiers en le désignant par acte authentique, selon ce qu'admet le Tribunal fédéral dans des situations comparables (ATF 110/1984 II 342, nt; ATF 111 II 147, nt, en particulier ATF 110 II p. 242 : "(...) si le contrat est soumis ex lege à une forme spéciale en raison de la nature particulière de la prestation promise, comme dans le cas du transfert immobilier (art. 657 CCS), la reprise de l'obligation ayant pour objet cette prestation sera soumise à la même forme"). La codification de cette pratique ne va pas sans poser des problèmes, notamment pour ce qui est de la perception des émoluments pour cette vente subséquente. En effet, bien que la vente pour soi ou pour son nommable, puis la désignation du "nommant au nommé" dans un certain délai constitue en réalité une double-vente, seul un droit réduit est perçu pour la désignation du nommable (art. 9 du Tarif). Eu égard aux principes généraux régissant les émoluments notariaux, il vaut mieux renoncer à codifier cette pratique et prévoir à la place, qu'en cas de vente subséquente intervenant dans un certain délai (par hypothèse 14 jours) aux mêmes conditions que la vente originaire, il est renoncé à percevoir un nouveau droit de timbre; de plus, si l'acte est instrumenté par le même notaire, la perception d'un demi-émolument sera également prescrite par le Tarif.

¹¹⁵ Steinauer, Les droits réels, tome III, ch. 2696 à 2697f

¹¹⁶ Steinauer, Les droits réels, tome III, ch. 2697a, qui cite toutefois l'opinion contraire de Schmid, pour qui la comparution des deux parties est nécessaire; dans le même sens que Steinauer, Homberger et Marti, FJS 608, p. 3

¹¹⁷ Brückner n'exprime pas un avis fondamentalement différent (p. 532, 533).

¹¹⁸ Sur cette notion, voir Engel, p. 375ss, en particulier p. 379 et 380;

¹¹⁹ Art. 80 al. 1 let. e et 87 al. 3 du projet; ATF 45/1919 II 565, np; 102/1976 II 201, JT 1977 I 335, Gauch/Schluemp/Tercier, p. 176ss, en particulier no 949 et 950

¹²⁰ Tercier, p. 18

Certains abus en matière de représentation ayant été constatés lors des travaux préparatoires, le projet fixe dans la loi les modalités de la représentation, afin d'éviter que cette dernière soit utilisée de manière abusive et serve à contourner les buts mêmes de la forme authentique.

Comme souligné *supra*, le notaire doit s'informer de l'existence de rapports de représentation, au besoin en constater l'existence. En effet, le rapport de représentation est un élément essentiel du contrat¹²¹ et, par conséquent, l'acte authentique doit mentionner, outre le nom des parties chez lesquelles les effets de la relation doivent se produire, le rapport de représentation et le nom des représentants (notamment RNR 54/1973, p. 367; JT 1977 I 331, 335 cons. 2b). Cette exigence est rappelée par l'article 80 lettre e du projet, qui doit être observé sous peine de nullité de l'acte authentique (art. 85 lettre c). Cette vérification n'est toutefois pas toujours aisée. En effet, le pouvoir de représentation existe pour lui-même, indépendamment de l'acte juridique qui en est la cause (ATF 78 II 369 / JT 1953 I 275, admissibilité du pouvoir en blanc). En outre, le représenté peut donner à la procuration l'étendue qu'il entend (admissibilité de la procuration générale). Ces principes sont rappelés par plusieurs législations cantonales¹²². Enfin, l'octroi des pouvoirs de représentation, de par le droit fédéral, n'est soumis à aucune forme (ATF 99 II 39 / JT 1974 I 162), même pas la procuration de vendre un immeuble (ATF 99 II 159 / JT 1974 I 66).

Certains auteurs¹²³ relèvent que l'utilisation abusive du concept de représentation peut poser des problèmes du point de vue de la forme authentique. En effet, si rien ne s'oppose en soi à ce qu'une partie se fasse représenter par un tiers lors de la passation d'un acte, la pratique de certains notaires qui tolère que des personnes n'ayant aucun lien direct avec les représentés servent systématiquement de représentants dans les actes passés devant eux, est contraire à l'un des objectifs de la forme authentique, qui entend précisément rendre la partie qui s'engage attentive personnellement à tout le contenu de l'acte (cf. exigence de l'unité de l'acte). A cet égard, il n'est pas admissible de donner procuration ultérieurement, à titre confirmatoire, dès lors que l'exigence de l'unité de l'acte postule que celui qui manifeste formellement sa volonté devant le notaire dispose de tous les pouvoirs de le faire. De même, les procurations qui ne précisent pas la portée du mandat (procurations générales) apparaissent également incompatibles avec la finalité de la forme authentique, qui est d'inciter les parties à manifester du sérieux dans leur volonté de contracter, à exprimer cette volonté avec clarté et précision et à prendre conscience de la portée de leur engagement. En effet, si la loi impose l'intervention d'un officier public, c'est aussi parce que ce dernier doit renseigner et conseiller la partie sur les conséquences juridiques de son acte¹²⁴. Le notaire doit ainsi veiller à établir la réelle volonté des parties et la consigner exactement (cf. devoir de véracité, consacré par l'art. 37).

Le projet souhaite tenir compte des critiques susmentionnées et réserve la représentation aux seuls cas où le représentant connaît la volonté du représenté. De cette manière, la finalité de la forme authentique est respectée, dès lors que le notaire reçoit de manière indirecte la manifestation de volonté du représenté. Dans ce but, l'article 36 alinéa 1 lettre a interdit expressément l'utilisation des procurations avec pouvoir de substitution (cf. commentaire *supra* ad art. 36). Par ailleurs, l'article 87 alinéa 3 du projet oblige le représentant à produire une procuration qui mentionne clairement son identité et celle de la(des) partie(s) qu'il représente et précisant le rapport de représentation. Cette exigence a pour effet d'empêcher l'utilisation de procurations en blanc et de procurations générales. L'obligation d'annexer la procuration à l'acte (art. 87 al. 5), en original ou en copie, empêche par ailleurs la pratique des "*procurations à produire*", l'acceptation devant intervenir lors de la stipulation (cf. principe de l'unité de l'acte, art. 94). Sous réserve des cas de représentation légale (al. 6), ces règles s'appliquent également lorsque le représentant agit pour une personne dont l'exercice des droits civils est restreint en vertu du droit de la tutelle (art. art. 87 al. 4 et 5). A noter toutefois que dans la mesure où le droit fédéral n'impose pas une forme particulière pour la procuration, l'inobservation de ces prescriptions ne saurait entraîner la négation de la forme authentique.

- * Le concours des témoins étant principalement prévu pour les dispositions pour cause de mort, leur incapacité est réglée par l'article 503 CCS. N'est toutefois pas reprise la privation des droits civiques, dès lors que le projet exige l'exercice complet des droits civils (**art. 88** al. 2 lettre a) et que l'interdiction prononcée en application de l'article 369 CCS (maladie mentale et faiblesse d'esprit) est le seul cas emportant privation du droit de vote et d'être élu (cf. art. 136n Cst féd., art. 2 de la loi fédérale du 17 novembre 1976 sur les droits politiques, art. 12 al. 1 de la loi cantonale du 17 mai 1972 sur les élections et votations). Les autres interventions des témoins sont celles prévues par les articles 90 alinéa 3 et 98 alinéa 3 du projet.

¹²¹ Steinauer, p. 11 et 12

¹²² Voir notamment art. 29 let. b Rex/VS, art. 66 al. 4 LN/VD, art. 11 Rex/FR, art. 66 al. 1 LN/NE, qui admettent expressément la procuration en blanc, et art. 29 let c Rex/VS et 11 Rex/VS, qui reconnaissent les procurations générales.

¹²³ Tercier, p. 7

¹²⁴ Perrin, p. 25

- * Malgré l'opinion contraire de certains auteurs, le projet fait des traducteurs et des interprètes les assistants du notaire et non ses auxiliaires, avec les conséquences qui s'imposent au niveau de la responsabilité¹²⁵. Selon **l'article 89** alinéa 3, le notaire doit s'assurer de la compétence de ses assistants (*diligentia in eligendo*) et les rendre attentifs aux obligations qui leur incombent (*diligentia in instruendo*)¹²⁶, de façon appropriée. Par contre, on ne saurait exiger de lui qu'il exerce une surveillance (*diligentia in custodiendo*) dans des domaines qu'il ne maîtrise pas¹²⁷.

2.3 Section 3 : Authentification de déclarations de volonté

Alors que les sections 1 et 2 du chapitre 2 visent tous les actes authentiques reçus par le notaire, la section 3 (art. 90 à 93) ne s'applique qu'à l'authentification de déclarations de volonté, laquelle se caractérise par un certain nombre d'exigences découlant de l'obligation pour les parties de participer activement à la procédure. Il convient par ailleurs de rappeler que l'officier public doit instrumenter personnellement l'acte en présence des parties. De l'avis de la doctrine¹²⁸, il s'agit d'une règle de droit fédéral, seule en mesure de garantir que l'acte exprime exactement la volonté des parties¹²⁹. Il en découle que l'officier public ne saurait se faire remplacer pendant la procédure d'instrumentation par un employé, totalement ou en partie¹³⁰. Par contre, il n'est pas tenu de préparer et de rédiger personnellement le projet d'acte¹³¹. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, son devoir de conseil, d'information et de véracité au moment de l'instrumentation prend toute son importance¹³².

- * Le déroulement ordinaire de l'instrumentation est régi par **l'article 90**, qui correspond à l'actuel article 33 LN/VS. Le cas particulier du comparant souffrant d'un handicap est réglé par **l'article 92** qui n'innove pas particulièrement par rapport à la législation actuelle (cf. art. 36 LN/VS) et renvoie pour le surplus à l'article 90 du projet. Ces prescriptions (art. 90, 92 et 93) doivent être respectées sous peine de nullité de l'acte (art. 85 lettre c). A noter que le cas du comparant ne comprenant pas une langue officielle est réglementé par l'article 79 qui retient des hypothèses étrangères à l'authentification de déclarations de volonté.

Conformément au devoir de véracité, le contenu de l'acte doit être communiqué aux parties. L'officier public doit en effet avoir la certitude que les parties, ou leurs représentants, connaissent le contenu de l'acte et que ce dernier est conforme à leur volonté. Le notaire ne peut renoncer à cette communication pour le motif que les parties connaissent déjà le contenu de l'acte¹³³. A ce stade de la procédure les parties doivent en effet pouvoir intervenir et modifier une clause qui ne correspondrait pas exactement à leur volonté. A noter toutefois que les modifications de dernière minute demandées en cours d'instrumentation ne peuvent être intégrées sans autres dans l'acte sans qu'il soit procédé à une nouvelle lecture¹³⁴ (cf. *supra* problématique des modifications). Sous réserve du droit fédéral, c'est l'affaire des cantons de décider si l'officier public doit lire lui-même l'acte ou si les parties peuvent le faire elles-mêmes. En cas de lecture par les comparants, le notaire doit toutefois être présent et s'assurer qu'elles ont véritablement lu l'acte. Cette exigence découle de l'obligation pour l'officier public de participer activement à l'élaboration de l'acte juridique formel. La lecture doit porter sur l'ensemble de l'acte. En effet, conformément à la doctrine et la jurisprudence¹³⁵, l'acte est frappé d'un vice de forme si une pièce comportant des éléments nécessaires à l'acte n'a pas été soumise à la procédure d'instrumentation¹³⁶. Aussi, l'article 90 alinéa 4 du projet dispose que si des dispositions essentielles de l'acte authentique en sont formellement séparées dans un document distinct auquel l'acte renvoie, le notaire doit

¹²⁵ Brückner, p. 127, no 376, soutient que le traducteur est un auxiliaire du notaire à l'égard duquel ce dernier a les mêmes obligations que celles de l'employeur au sens de l'art. 55 CO (voir également Brückner p. 563, no 1989)

¹²⁶ Cf. art. 12 al. 5 Décr/BE

¹²⁷ Ainsi, le notaire, qui ne maîtrise pas une langue étrangère, ne pourra pas vérifier l'exactitude de la traduction effectuée par un traducteur; par contre, il répondra du soin avec lequel il a choisi ce dernier (diplômes, références, etc.) et l'a informé de ses obligations

¹²⁸ Steinauer, p. 14, qui cite Beck no 11 ad art. 55 Tit.fin, Huber, RNRF p. 241, Schmid no 178; en sens contraire ATF 84/1958 636/641 = JT 1959 I 368/371; voir en outre ATF 95/1969 IV 113/115 = JT 1969 IV 108/110

¹²⁹ Perrin, p. 68ss

¹³⁰ Steinauer, p. 14, qui cite RNRF 39/1958 p. 92ss et 41/1960 p. 37/41

¹³¹ Steinauer, p. 14, qui cite ATF 63/1937 II 359/361 / JT 1938 I 98; Schmid no 180, Carlen p. 92 et Huber, RNRF p. 237, contra Kratzer p. 57-58

¹³² Perrin, p. 69

¹³³ Steinauer, p. 14, qui cite Schmid no 183 et Marti p. 111

¹³⁴ Steinauer, p. 14

¹³⁵ Steinauer, p. 16, qui cite Schmid no 188, ATF du 16 novembre 1937 in ZR 37/1938, p. 261/263; RNRF 41/1960, p. 193/203ss; RNRF 55/1974, p. 287/290ss; moins affirmatif ATF 106/1980 II 146/150 = JT 1980 I 580/583, selon lequel une telle exigence n'est pour le moins pas contraire au droit fédéral

¹³⁶ A cet égard, on songera plus particulièrement à la problématique des formules bancaires préimprimées en matière de cautionnement, laquelle a fait l'objet d'une abondante jurisprudence (notamment arrêt du 28 octobre 1998 de la Cour d'appel du Tribunal cantonal fribourgeois publié in RFJ/FZR 1999, p. 240s, Denis Piotet, JT 1996 III 2; ATF 125 III 131ss)

attester dans l'acte que la procédure d'instrumentation a été observée à leur égard. Ce document est ainsi incorporé à l'acte pour en faire partie intégrante et n'en constitue pas une simple annexe au sens de l'article 81 alinéa 2.

Tout comme l'article 33 alinéa 2 LN/VS, le projet prévoit que, lecture faite, les comparants attestent que l'acte contient l'expression de leur volonté et signent avec le notaire (art. 90 al. 2).

* **L'article 91** du projet traite de la déclaration sous serment. Il s'agit d'une nouveauté par rapport à la législation actuelle. La RNRF 2000 p. 389ss traite de la question de l'affidavit. Du latin "*affirmare*", le terme "*affidavit*" signifie littéralement "*il affirme*". En droit, l'affidavit s'analyse comme une affirmation solennelle par laquelle une personne atteste la véracité d'une déclaration ou s'engage à se comporter d'une certaine manière. Si ce moyen de preuve est peu connu en droit suisse, la réception par un notaire d'une déclaration sous serment est expressément réservée par l'article 11 alinéa 3 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) : "*Les autorités judiciaires ou administratives suisses peuvent dresser des documents selon les formes du droit étranger ou recevoir la déclaration sous serment d'un requérant, si une forme prévue par le droit suisse mais non reconnue à l'étranger empêche d'y admettre une prétention juridique digne de protection*". Pour Bernard Dutoit¹³⁷, c'est au droit cantonal qu'il appartient de préciser si les déclarations sous serment sont possibles et à quelles conditions. Le canton de Bâle-Ville l'a autorisé par voie de circulaire (RNRF 81, 2000 p. 392). Le canton de Berne a adopté une norme spéciale à l'article 17 Décr/BE, que Marti commente brièvement¹³⁸. Le législateur neuchâtelois a réglé cette question aux articles 61 et 62 Rex/NE, que le projet reprend à l'article 91, sous une forme simplifiée. Dès lors qu'elle nécessite la participation active de la personne qui comparait et qu'elle doit être revêtue de la signature de cette dernière, la déclaration sous serment n'est pas un simple constat. Par conséquent, elle doit être reçue comme une déclaration de volonté et il convient de la régler à la section 3 du projet. Elle fait l'objet d'une disposition particulière car elle va au-delà des règles ordinaires régissant l'authentification de déclarations de volonté. Enfin, l'article 75 alinéa 2 lettre k du projet prévoit expressément qu'elle peut être délivrée en brevet.

* De par le droit fédéral, la procédure d'instrumentation proprement dite doit se dérouler sans interruption notable (in einem Zug)¹³⁹ en présence de l'officier public, des parties et des intervenants. Il s'agit du principe de l'unité de l'acte. Steinauer relève que l'unité de l'acte a essentiellement pour but d'aider les parties, en les forçant à prendre connaissance du contenu de l'acte et à exprimer leur volonté sans être distraites par des éléments externes, à saisir pleinement la portée des déclarations de volonté qu'elles font. Ce principe devrait avoir pour conséquence que, pour les contrats, les deux parties soient présentes (ou représentées) simultanément lors de la procédure d'instrumentation. Hormis les cas régis par le droit fédéral, l'exigence de cette présence simultanée reste toutefois controversée par la doctrine¹⁴⁰. Le Tribunal fédéral estime quant à lui que l'instrumentation séparée ou par étapes, c'est-à-dire l'instrumentation intégrale en présence d'une seule des parties, puis une nouvelle instrumentation intégrale avec l'autre partie, dans une seconde étape, n'est pas contraire au droit fédéral (cf. art. 33 LN/VS, RVJ 1976, p. 394ss)¹⁴¹. Aussi, la doctrine majoritaire renvoie au droit cantonal pour ce qui est de déterminer la portée du principe de l'unité de l'acte, laquelle diffère considérablement d'un canton à l'autre. Ainsi, l'article 33 LN/VS ne requiert pas clairement la présence simultanée des parties (cf. RVS 1976, p. 394ss, cité *supra*). En droit vaudois, le principe de l'unité de l'acte semble découler de la combinaison de l'article 72 alinéas 1 et 4 LN/VD¹⁴². Le droit fribourgeois prévoit que les personnes qui concourent à l'acte doivent être présentes pendant toute la durée de l'instrumentation, qui doit être menée à terme sans interruption notable, sauf dispositions légales contraires ou circonstances indépendantes de la volonté des personnes qui concourent (cf. art. 62 LN/FR). Pour le législateur genevois et neuchâtelois, la présence simultanée des parties est obligatoire (cf. art. 18 LN/GE, art. 72 al. 3 LN/NE). Le droit genevois prévoit toutefois que, dans des cas exceptionnels, si toutes les parties ne peuvent être réunies ensemble, la dernière signature doit être donnée 3 mois au plus tard après la première, sauf en cas de prolongation autorisée par écrit par les signataires). Il semblerait que la pratique se réfère souvent à cette

¹³⁷ Dutoit, no 9 ad art. 11 LDIP

¹³⁸ Marti, p. 162s

¹³⁹ Steinauer, p. 16, qui cite : ATF 48/1922 II 63/67 = SJ 1922 p. 226/228; 56/1930 II 159/161 = JT 1930 I 450/451; 58/1932 II 204/206 = JT 1933 I 525/526; OFJ, in RNRF 64/1983, p. 352; Huber, RNRF p. 248; Schmid, no. 194; Marti, p. 78

¹⁴⁰ Pour la présence obligatoire des deux parties : Huber, RNRF p. 228ss; Schmid, no 201ss; pour la possibilité d'une instrumentation par étapes, au vu des art. 3 et 5 CO : Beck, n. 10 ad art. 55 Tit. fin; Meier-Hayoz, no 111 ad art. 657 CCS; Guldener, p. 347; Schmidlin, no. 77 ad art. 11 CO

¹⁴¹ Voir également ATF du 8 mars 1976, qui laisse la question ouverte, ATF 78/1952 IV 105 = JT 1953 IV 69, qui semble admettre implicitement une instrumentation simplifiée (cf. cas de simulation où le TF ne se prononce pas sur le fait que le notaire fasse signer l'acte par le vendeur dans un hôpital et par l'acheteur, le lendemain seulement)

¹⁴² Perrin, p. 77

exception. Enfin, l'article 14 alinéa 1 Décr/BE pose comme principe la présence simultanée de tous les comparants, tout en réservant la possibilité, sauf disposition de droit fédéral contraire, d'authentifier des contrats séparément avec chacune des parties à l'acte (art. 14 al. 3 Décr/BE).

Pour Antoine Perrin¹⁴³, l'instrumentation séparée n'est pas une solution satisfaisante. Il relève en effet que des problèmes peuvent se poser si l'une des parties qui authentifie ses déclarations après l'autre veut modifier le contenu essentiel de l'acte. En outre, cette situation peut conduire à une insécurité juridique, par exemple dans le cas d'un contrat de vente où le vendeur instrumenterait chez deux notaires différents avec deux acheteurs différents.

L'article 93 du projet renforce le principe de l'unité de l'acte en droit valaisan en interdisant clairement l'instrumentation par étapes. Cette option répond au souci de valoriser la solennité de la forme authentique et de repousser dans le temps l'instrumentation proprement dite au moment où "*tout est prêt*" pour y procéder (cf. notamment art. 80 al. 1 lettre f et 87 al. 3 : refus des procurations "*à produire*", l'acceptation devant intervenir lors de la stipulation et non pas après cette dernière). Ainsi, sous réserve de dispositions légales contraires, les personnes qui concourent à l'acte doivent être présentes pendant toute la durée de l'instrumentation, la lecture et la signature de l'acte se suivant sans interruption, en présence de tous les comparants. Le projet ne prévoit pas d'exceptions du type de celles prévalant dans les législations fribourgeoise (art. 62 LN/FR) ou genevoise (art. 18 LN/GE), les circonstances indépendantes de la volonté des personnes ou les cas exceptionnels auxquels il y est fait référence n'étant guère identifiables. A noter enfin que le non-respect de cette disposition entraîne la nullité de l'acte (art. 85 lettre c).

2.4 Section 4 : Authentification de constatations de faits

Si l'authentification de déclarations de volonté se caractérise par une participation active des parties (ou de leurs représentants) à la procédure, l'authentification de constatations de faits (art. 94 à 98) voit le notaire jouer un rôle essentiel.

- * A l'instar de l'actuel article 42 LN/VS, **l'article 94** du projet renvoie à la loi d'application du code civil (LACCS) pour ce qui concerne la légalisation de signatures (art. 20 al. 2 et 195 LACCS). La responsabilité civile du notaire pour le contenu des actes en cas de légalisation de signatures est régie par l'article 5 alinéa 3 du projet. Elle est exclue, sauf s'il s'agit d'un acte authentique qu'il a lui-même instrumenté ou qu'il a contribué à rédiger.
- * Le droit actuel (art. 43 LN/VS) distingue la "*légalisation de copies*" et le "*collationnement*". La copie "*légalisée*" est celle dont la conformité avec l'original est constaté par le notaire stipulateur (al. 1) alors que la copie "*collationnée*" est celle dont la conformité avec l'original est constaté par un autre notaire que le notaire stipulateur (al. 2). Le collationnement, qui nécessite l'intervention de deux notaires, a pour effet que la copie "*fait la même foi que l'acte dont elle est le double*" (art. 43 al. 2 LN/VS). Il en résulte a contrario que la certification par le seul notaire stipulateur ne confère pas à la copie la même foi que l'original.

Cette conclusion n'est pas acceptable du point de vue de la systématique du projet. En effet, dans la mesure où tout acte reçu par le notaire est un acte authentique (art. 72), la légalisation de copies est un titre authentique "*qui fait foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée*" (art. 9 CCS). Au demeurant, il convient de relever que le collationnement (du latin *colatere*, poser à côté l'un de l'autre) est un moyen dont peut ou doit user le notaire pour certifier la conformité d'une copie à un document, et non le résultat de cet exercice. Le projet renonce à la distinction opérée par l'actuel article 43 LN/VS. Aussi, **l'article 95** du projet se limite à régler la procédure que doit respecter le notaire pour constater que la copie est conforme au document qu'elle reproduit (al. 1). L'attestation doit mentionner le caractère de la pièce si cela ne ressort par la copie (al. 2 lettre a) et la manière dont le notaire a procédé, notamment par collationnement (al. 2 lettre b). A noter, qu'à l'instar de ce qui est prévu pour la légalisation de copies, le notaire n'est pas civilement responsable du contenu de l'acte en cas d'authentifications de copies, sauf s'il s'agit d'un acte qu'il a lui-même instrumenté (art. 5 al. 3).

¹⁴³ Perrin, p. 76

- * **L'article 96** du projet (constat d'une date ou d'un fait) reprend dans les grandes lignes l'article 44 LN/VS. L'alinéa 3 use de la même formulation que celle retenue à l'article 80 alinéa 2 du projet.
- * La procédure régissant le constat des décisions prises par une assemblée générale est réglée par **les articles 97 et 98** du projet (cf. art. 45 LN/VS). Cette procédure s'applique par analogie lorsque le notaire est chargé d'attester les décisions du conseil d'administration (art. 97 al. 6, 98 al. 1)¹⁴⁴.

Le procès-verbal d'assemblée soulève trois problèmes :

- 1° selon une pratique imposée par les préposés valaisans au registre du commerce, le notaire doit mentionner dans son acte la formule suivante : "*Il n'est pas tenu d'autre procès-verbal que le présent en la forme authentique*". Cette disposition vise à éviter une divergence entre un procès-verbal privé et le procès-verbal tenu en la forme authentique. A cet égard, il y a lieu de prendre en compte l'article 702 CO faisant obligation au conseil d'administration de veiller à la rédaction d'un procès-verbal mentionnant quatre points essentiels. La coexistence de deux procès-verbaux, l'un authentique, l'autre sous seing privé, se rencontre chaque fois que le notaire ne verbalise que les décisions de l'assemblée pour lesquelles la loi requiert obligatoirement la forme authentique. Aussi, pour éviter toute divergence, le projet (al. 5) rend le notaire attentif à la portée de la formule requise par le registre du commerce;
- 2° l'article 45 LN/VS n'envisage pas la possibilité d'une instrumentation différée du procès-verbal¹⁴⁵. L'article 97 alinéa 4 du projet l'introduit pour répondre aux besoins de la pratique, notamment lorsqu'il n'est tenu qu'un seul procès-verbal en la forme authentique¹⁴⁶. A noter que, dans son principe, cette instrumentation différée ne se différencie pas fondamentalement d'un constat en la forme authentique¹⁴⁷.
- 3° l'article 45 alinéa 1 LN/VS exige, en plus de la signature du notaire, la signature du président et du secrétaire de l'assemblée générale. Cette exigence, qui se retrouve dans plusieurs législations cantonales¹⁴⁸, s'inscrit parfaitement dans le cadre de la compétence cantonale en matière de forme authentique. Elle n'est toutefois pas indispensable dès lors que le procès-verbal est un constat authentique¹⁴⁹ et, qu'ainsi défini, il satisfait à la notion même d'acte authentique lorsqu'il est muni de la seule signature du notaire. Dès lors, la signature du président et du secrétaire n'a aucun effet constitutif et n'a que le caractère d'une simple acceptation du procès-verbal. Donnant suite à une demande des préposés au registre du commerce, le projet consacre cependant la solution du droit en vigueur.

L'article 77 alinéa 3 de l'avant-projet se proposait d'ancrer dans la loi le principe de l'instrumentation à distance généralisée : "*A la demande d'une partie à l'acte, une instrumentation peut avoir lieu valablement à distance en dérogation des dispositions sur la signature de l'acte, lorsqu'un moyen audiovisuel assure tout au long de l'instrumentation une participation simultanée des parties et intervenants à l'acte. Deux témoins doivent attester que les parties qui n'étaient pas présentes ont approuvé l'acte qui leur a été lu par le notaire et le signent avec lui*".

L'Office fédéral de la justice a émis plusieurs réserves à l'instrumentation par vidéo-conférence, guère compatible avec les principes de l'unité de l'acte et de l'immédiateté, avec la garantie de véracité accrue découlant de la forme authentique, avec l'exigence de confidentialité, enfin avec l'exigence de signature de l'acte par les parties. Par la suite, l'Office fédéral de la justice a examiné plus avant la question avec des professeurs de droit spécialistes de la forme authentique, dont l'expert du Conseil d'Etat. L'opinion largement dominante à l'issue de ces travaux préconise l'admission de l'instrumentation à distance pour les procès-verbaux d'assemblée, voire pour l'authentification de constatations de faits, à l'exclusion de l'authentification des déclarations de volonté.

¹⁴⁴ Introduit dans le projet compte tenu de l'exigence de la forme authentique pour certaines décisions prises par le conseil d'administration (notamment art. 647 al. 1, 652g al. 2, 652h al. 2 ch. 1, 653g CO et 81b ORC)

¹⁴⁵ Cette possibilité existe notamment dans le canton de Vaud (art. 72a LN/VD); elle est par ailleurs prévue dans la révision de la loi sur le notariat du canton des Grisons

¹⁴⁶ On songera ici plus particulièrement aux assemblées largement fréquentées, où il est n'est pas possible de préétablir ou de préparer le procès-verbal, ne serait-ce qu'en regard à l'art. 702, al. 2, ch. 3 CO

¹⁴⁷ Par exemple lorsque le notaire se rend dans un appartement pour y constater des fissures, prend quelques notes pour situer dans l'espace ces malfaçons puis se rend à son étude où il rédige le constat authentique

¹⁴⁸ Notamment art. 22 al. 2 Décr/BE, art. 66 al. 1 LN/FR

¹⁴⁹ A propos de la nature juridique du procès-verbal d'assemblée, voir un exposé critique de la doctrine chez Perrin, p. 81ss

Le projet (art. 98) retient ce moyen pour les procès-verbaux d'assemblée générale ou de conseil d'administration. Les alinéas 2 et 3 prennent en compte les objections formulées pour assurer la véracité de déclarations faites à distance, la liberté d'expression au lieu où se tient l'assemblée et la constante liaison des personnes participant à l'assemblée via la vidéo-conférence.

2.5 Section 5 : Répertoires, conservation et expéditions

Répertoires (art. 99 à 102)

Selon la doctrine, le répertoire est un registre public auquel est rattaché la force probante au sens du droit civil¹⁵⁰. Il en découle qu'il peut servir de moyen de preuve, comme le confirme l'article 37 alinéa 5 LN/VS, qui prescrit que l'inscription au répertoire général fait preuve de l'acte en cas de perte de la minute. Par ailleurs, dans le système du notariat latin, les répertoires sont une propriété publique confiée aux soins du notaire (art. 36 Rex/VS). Le risque de perte ne pouvant être écarté, les doubles des répertoires sont transmis au Département dont relève le notariat (art. 28 al. 1 Rex/VS). Cette transmission permet par ailleurs de vérifier si les actes en suspens sont régularisés d'une année à l'autre.

* A l'instar de l'article 24 LN/BE, **l'article 99** du projet rappelle le caractère authentique des répertoires que le notaire doit tenir des authentications qu'il a exécutées. A cet égard, le répertoire doit pour le moins être assimilé à un constat.

Actuellement, la LN/VS prévoit deux répertoires, à savoir un répertoire général (art. 37 LN/VS), qui est l'inventaire de tous les actes reçus par le notaire (minutes, actes en brevet, protêts, testaments olographes confiés au notaire et légalisations (art. 35 Rex/VS), et un répertoire des testaments (art. 40 Rex/VS). Le principe du répertoire général se retrouve notamment dans le canton de Genève (art. 28 LN/GE) et de Neuchâtel (art. 80 LN/NE). D'autres législateurs prévoient par contre la tenue simultanée de plusieurs répertoires, indépendants les uns des autres : c'est le cas du canton de Berne (art. 12 Ord/BE), de Fribourg (15 Rex/FR) et de Vaud (art. 78, 91 et 92 LN/VD).

* Le projet renonce au répertoire général, au profit de trois répertoires, indépendants les uns des autres. Cette solution a en effet l'avantage d'offrir une plus grande lisibilité et permet d'éviter les inscriptions répétitives¹⁵¹. **L'article 100** du projet énumère les répertoires prescrits, à savoir le répertoire des minutes, dans lequel le notaire inscrit tous les actes dont l'original demeure sous sa garde (lettre a), le répertoire des actes en brevet, dans lequel il inscrit tous les actes dont l'original a été délivré aux ayants droit (lettre b) et le répertoire des actes pour cause de mort, dans lequel il inscrit les testaments publics, les pactes successoraux et les testaments olographes dont la garde lui a été confiée (lettre c). L'introduction d'un répertoire des actes en brevet est nécessaire : il faut pouvoir attester rapidement de l'existence de ces actes, qui ne restent pas en possession du notaire et risquent ainsi plus facilement d'être égarés, voire perdus définitivement. L'ANV soutient l'opinion contraire et propose même de n'inscrire dans aucun répertoire les légalisations opérées en rapport avec un acte instrumenté par le notaire. Le classement des actes en brevet, en particulier des légalisations, ne peut s'opérer que sur la base des références contenues dans un répertoire. En outre, la légalisation de signature peut s'opérer par comparaison à celle figurant sur un acte authentique (art. 195 al. 3 LACCS), ce qui postule de répertorier cet acte authentique qui peut être une légalisation. Partageant cependant les préoccupations de l'ANV, le projet facilite l'inscription au répertoire des actes en brevet (art. 102 al. 2).

* **L'article 101** du projet règle la forme et le contenu des répertoires, actuellement régis par l'article 37 LN/VS. A titre de nouveauté, le projet retient la tenue sur papier libre, à la condition qu'il soit de format A4 (al. 1). Il ne se justifie pas d'imposer aux officiers publics le recours à un formulaire officiel. Ce dernier rend par ailleurs quasiment impossible la tenue en la forme électronique, qui est autorisée par l'alinéa 2. A cet égard, il convient de relever que le répertoire est un acte authentique (cf. art. 99) et que sa tenue en la forme

¹⁵⁰ Ruf, p. 137, no 483

¹⁵¹ Actuellement, le notaire doit inscrire les testaments sur le répertoire général (art. 35 al. 1 let. d + 39 Rex/VS), puis reporter cette inscription sur le répertoire des testaments (art. 40 Rex/VS)

électronique doit dès lors être autorisée aux conditions de l'article 81 alinéa 1 du projet (cf. commentaire *supra*) et sous réserve que chaque inscription soit signée¹⁵² conformément aux prescriptions de la LN¹⁵³. Qu'il soit tenu à la main et en la forme électronique, le notaire doit impérativement reporter sur les répertoires prescrits les différentes rubriques fixées par la loi (al. 3 et 4). Ainsi, l'alinéa 3 fixe le contenu minimal valable pour les trois répertoires. Pour l'essentiel, le projet reprend le contenu résultant du formulaire officiel actuel¹⁵⁴, en y ajoutant la date de naissance pour la désignation des parties à l'acte (prévention des erreurs dues à l'homonymie). Par ailleurs, la lettre f règle la question du partage des émoluments, autorisé expressément par la loi (cf. art. 36 al. 5) et prescrit que le motif du partage, ainsi que le destinataire, soit mentionné sur le répertoire¹⁵⁵. L'alinéa 4 traite des différentes dates devant figurer sur les répertoires, en sus de la date de l'instrumentation (al. 3 lettre b). Ainsi, pour les actes portant sur un droit immobilier, le répertoire doit indiquer la date de l'inscription au registre foncier (lettre a), ce qui laisse supposer que l'acte a été remis au registre foncier, puis restitué au notaire. Pour les dispositions pour cause de mort, doit être inscrite la date d'avis à la centrale valaisanne des testaments et au registre des testaments (lettre b)¹⁵⁶. Enfin, il convient de mentionner la date d'enregistrement¹⁵⁷ pour tous les autres actes (lettre c). A noter que le répertoire ne mentionne pas la date de dessaisissement de la minute puisque cette dernière fait systématiquement l'objet d'une expédition (cf. art. 105 al. 3, commentaire *infra*). Pour le surplus, le règlement du Conseil d'Etat arrête les prescriptions quant à la forme et au contenu des répertoires (al. 5).

- * La procédure réglant l'inscription dans les répertoires est régie par **l'article 102** du projet. Des règles simplifiées sont prévues pour les légalisations de signatures, les authentications de copies et les constats apposés sur plusieurs exemplaires du même document (al. 2)¹⁵⁸. Les alinéas 3 et 4 sont une reprise de l'article 37 alinéas 5 et 6 LN/VS et rappellent qu'aucune opération en rapport avec un acte authentique ne doit être effectuée avant l'inscription au répertoire prescrit, cette dernière faisant preuve de l'acte en cas de perte de l'original. A cet égard, à l'instar de ce qui est prévu par l'article 37 alinéa 3 LN/VS, l'inscription doit être effectuée "*sitôt l'instrumentation terminée*"¹⁵⁹. Pour les mêmes motifs, la signature doit également intervenir immédiatement, le répertoire n'étant pas revêtu de la forme authentique en son absence.

Conservation (art. 103 à 105)

Une fois la procédure d'instrumentation close, l'acte dressé est parfait et vaut comme acte authentique, sous réserve du droit matériel. L'officier doit alors en conserver le texte, soit en original (système des minutes), soit en copie (système des protocoles). Les archives notariales sont en principe propriété de l'Etat, alors même qu'il s'agit de minutes¹⁶⁰.

Le Valais connaît la conservation sous forme de minutes (art. 39 al. 1 LN/VS)¹⁶¹. Ces dernières sont une propriété publique conférée aux soins du notaire (art. 36 Rex/VS) et le notaire ne peut s'en dessaisir, sauf exception prévue par la loi (art. 39 LN/VS). Le mode de conservation est fixé par le règlement du Conseil d'Etat (art. 37, 38 et 40 Rex/VS), qui règle également le sort des minutes en cas de renonciation à l'exercice du notariat (art. 45 Rex/VS), de décès ou de destitution (art. 46 Rex/VS).

¹⁵² On rappellera que la signature du notaire est une exigence du droit fédéral (cf. Schmid no 185, cité par Steinauer, p. 15)

¹⁵³ Cette formulation réserve l'éventuelle assimilation de la signature électronique à la signature manuscrite (cf. éventuelle législation cantonale sur la signature électronique des actes publics, sur le modèle de la nouvelle loi fédérale sur la signature électronique, LFSÉl)

¹⁵⁴ Voir également circulaire no 12

¹⁵⁵ Cette prescription vise à éviter que l'émolument mi-confrère, destiné par définition à un autre notaire, soit versé à un tiers (par ex. agent immobilier, avocat ou représentant de la banque).

¹⁵⁶ Cf. 20 al. 3 LACCS

¹⁵⁷ A noter que cette notion résulte de la loi sur le timbre (art. 23 et 24 LT - RS/VS 643.1)

¹⁵⁸ On retrouve des dispositions similaires dans d'autres cantons, notamment à Neuchâtel (art. 28 Rex/NE)

¹⁵⁹ Exigences similaires notamment à Berne (art. 14 ch. 3 al. 1 Ord/BE) et Fribourg (art. 16 al. 1 Rex/FR)

¹⁶⁰ Piotet, p. 136

¹⁶¹ La conservation sous forme de minutes prévaut dans les cantons de notariat latin, notamment Berne (art. 9 Décr/BE), Fribourg (art. 70 LN/FR), Genève (art. 23 LN/GE), Neuchâtel (art. 77 LN/NE) et Vaud (art. 76 LN/VD)

- * Le projet ne remet nullement en cause le principe de la conservation des actes en original (système des minutes). Toutefois, en plus de la conservation des minutes, il impose au notaire la confection d'une copie authentifiée des actes délivrés en brevet (**art. 103** al. 1). Une telle prescription s'inspire du droit cantonal comparé¹⁶² et tend à éviter que des actes authentiques ne se perdent définitivement¹⁶³. Par ailleurs, le projet règle le sort des annexes, qui sont conservées à la suite de la minute ou de l'acte en brevet, en original ou en copie (al. 2). A relever que ces annexes sont celles qui concourent à la perfection de l'acte (art. 80 al. 1 lettre f et 81 al. 2). Enfin, le projet introduit l'obligation pour le notaire de dresser un acte en dépôt des documents qui lui sont confiés pour en assurer la conservation (al. 3). Cette disposition s'inspire de l'article 77 LN/VD et vise en particulier le dépôt des testaments olographes.
- * Les principes régissant le mode de conservation des actes et des annexes sont prévus par **l'article 104** du projet. L'alinéa 1 rappelle qu'ils sont une propriété publique confiée aux soins du notaire (cf. art. 36 Rex/VS), ce dernier devant les conserver de manière appropriée (al. 2). Pour le surplus, le règlement du Conseil d'Etat arrête les modalités de conservation (al. 3). A cet égard, on peut d'ores et déjà se demander si l'exigence de l'armoire anti-feu (art. 38 Rex/VS + directive no 12) est proportionnée eu égard aux difficultés pratiques à concrétiser cette obligation. Cette question devra être tranchée, le cas échéant, par le règlement¹⁶⁴.
- * **L'article 105** du projet reprend l'article 39 LN/VS, en le précisant. Comme souligné *supra*, le notaire est le gardien des minutes. Dans la mesure où ces dernières sont une propriété publique de l'Etat, il ne peut s'en dessaisir, sauf exception prévue par la loi. Schématiquement, le projet prévoit deux types d'exceptions : le dessaisissement que l'on peut qualifier d'ordinaire, qui vise à permettre l'enregistrement de la minute au registre foncier et à l'office d'enregistrement (al. 1)¹⁶⁵, et le dessaisissement "*extraordinaire*", sur décision de l'autorité de surveillance ou d'un juge (al. 2)¹⁶⁶. Dans les deux cas, le dessaisissement est provisoire et le notaire doit établir une expédition qu'il substitue à la minute, jusqu'à réintégration de cette dernière. Pour éviter tout risque de perte, l'expédition mentionne la date et la personne à laquelle la minute a été remise (al. 3)¹⁶⁷. Le projet prévoit par ailleurs que l'auteur d'un testament peut toujours en retirer la minute (cf. art. 510 al. 3 CCS). Dans ce cas, la déclaration de retrait fait l'objet d'un constat authentique qui remplace le testament. Précisons encore, suite à une observation de la Conférence des juges de première instance, que le dessaisissement peut encore être prévu par la législation spéciale en faveur d'une autre autorité administrative.

Expéditions : articles 106 à 109

- * **L'article 106** du projet régit la nature et la forme de l'expédition. Cette dernière est le titre délivré pour faire preuve des droits ou des obligations conférés ou des faits constatés par un acte (al. 1). Elle consiste en une copie authentifiée de la minute et doit porter la désignation d'expédition (al. 2). Elle reproduit les modifications et les rectifications apportées à l'original (al. 3). Il peut être fait des expéditions partielles (al. 4)¹⁶⁸. Enfin, l'alinéa 5 prescrit que les annexes doivent être jointes ou reproduites à la suite de l'expédition dans la mesure où cela est requis en vue de l'utilisation de l'expédition ou prescrit par d'autres dispositions.
- * A l'instar de ce qui est prévu à l'article 40 alinéa 2 LN/VS, le droit de délivrer une expédition n'appartient en principe qu'au possesseur légal de la minute, à savoir le notaire qui l'a signée. **L'article 107** du projet réserve toutefois le droit pour le notaire liquidateur de délivrer des expéditions¹⁶⁹. Ce droit appartient par ailleurs à l'archiviste pour les actes déposés aux archives (cf. art. 49 Rex/VS).

¹⁶² Notamment art. 70 al. 1 LN/FR, art. 78 LN/NE

¹⁶³ Comme souligné *supra*, il existe un risque accru de perte des actes en brevet, dès lors qu'ils ne restent pas en possession du notaire

¹⁶⁴ Pour résoudre la question liée à la conservation des actes les plus "*précieux*", on pourrait par exemple autoriser le notaire à les déposer dans le safe d'une banque exclusivement consacré au dépôt de pièces, valeurs ou autres documents en relation avec son activité ministérielle; en ce sens, le safe serait considéré comme une annexe de l'étude

¹⁶⁵ A noter que certaines législations cantonales ne connaissent pas le dessaisissement en vue de la production au registre foncier ou à l'office d'enregistrement, seule une expédition étant adressée à ces offices (cf. notamment art. 34 al. 2 Décr/BE, art. 83 al. 2 LN/NE)

¹⁶⁶ Le projet réserve également la décision de l'autorité de surveillance, sur le modèle du droit cantonal comparé (notamment art. 9 Décr/BE et 71 LN/FR)

¹⁶⁷ Cf. art. 8 Décr/BE

¹⁶⁸ On délivrera par exemple une expédition partielle lorsque plusieurs immeubles, sis dans des communes différentes, font l'objet d'un même acte et que, par la suite, une partie demande une expédition ne concernant qu'un immeuble situé dans une commune

¹⁶⁹ Le notaire liquidateur intervient également dans l'hypothèse où le notaire serait empêché durablement (cf. art. 30 du projet qui renvoie aux dispositions sur la fin des fonctions)

- * **L'article 108** du projet définit dans la loi les destinataires des expéditions, étant précisé qu'une première expédition est remise systématiquement¹⁷⁰ à toutes les personnes auxquelles l'acte confère des droits ou des obligations¹⁷¹ (al. 1), sauf en matière de titre de créance (remise uniquement au créancier) et de testament ou pacte successoral (al. 2, remise uniquement au disposant ou aux contractants). Selon l'alinéa 3, l'expédition fait mention de l'enregistrement, le cas échéant de l'inscription au registre foncier. Enfin, les alinéas 4 et 5 reprennent l'article 40 alinéas 8 et 9 LN/VS.
- * Indépendamment de la remise automatique de la première expédition, le notaire peut délivrer d'autres expéditions (**art. 109**), à condition qu'un intérêt digne de protection soit rendu vraisemblable et qu'aucun abus ne soit à craindre¹⁷². Est toutefois réservé le cas particulier du titre de créance. Dans cette hypothèse, sous réserve des dispositions concernant les papiers-valeurs (al. 3), une autre expédition ne peut être délivrée que sur ordonnance judiciaire, la nouvelle expédition devant indiquer qu'elle est un titre de remplacement (al. 2). A cet égard, il a été renoncé à autoriser la remise d'une autre expédition moyennant le consentement du débiteur (ou du comparant si le constituant du gage n'est pas le débiteur)¹⁷³, compte tenu des dangers résultant d'une telle institution.

3. Chapitre 3 : Dispositions pénale, finales et transitoires

- * L'article 335 chiffre 1 alinéa 2 du code pénal suisse (CPS) réserve le pouvoir des cantons "*d'édicter des peines pour les contraventions aux prescriptions cantonales d'administration et de procédure*". La compétence normative cantonale s'exerce dans le domaine du droit pénal administratif. L'article 15c nouveau de la loi d'application du code pénal suisse (LACPS) déclare applicable à la répression des infractions de droit cantonal les dispositions du Livre premier du CPS, sauf disposition contraire de la législation cantonale spéciale (in casu, la LN). La procédure de première instance est régie par les articles 34h à 34l LPJA instituant une procédure sommaire avec réclamation et une procédure ordinaire; l'appel contre les prononcés pénaux administratifs obéit aux prescriptions spéciales de l'article 194bis du code de procédure pénale (appel simplifié à un juge du Tribunal cantonal).

Usant de sa compétence normative en droit pénal administratif, le Grand Conseil valaisan a adopté l'article 40 de la LPAv, sanctionnant des arrêts ou de l'amende celui qui, sans droit, offre ses services au public en qualité d'avocat. Dès lors que le droit cantonal règle d'une manière générale le droit matériel applicable et la procédure à suivre, une formulation similaire est reprise à **l'article 110** du projet¹⁷⁴. A noter toutefois que, compte tenu de la jurisprudence rendue en application de la CEDH, il est renoncé à la compétence du Département de prononcer des arrêts. Par ailleurs, cette disposition se limite à incriminer l'usurpation du titre de notaire et non celle de la fonction de notaire. Cette dernière hypothèse tombe en effet sous le coup de l'article 287 CPS (supra ad art. 4).

- * La formation des stagiaires étant réglée par l'article 12 du projet (cf. commentaire *supra*), **l'article 111** du projet vise exclusivement la formation des notaires brevetés. Bien que conscient que la formation continue est un instrument privilégié pour assurer la qualité du service offert par l'officier public, le Conseil d'Etat n'entend pas imposer une obligation générale à cet égard. En effet, une telle exigence apparaît non seulement inopportune¹⁷⁵ mais se heurte également à des difficultés pratiques de mise en œuvre, notamment en ce qui concerne la désignation des cours que devraient obligatoirement suivre les notaires. Par contre, il sied d'inviter l'ANV à encourager vivement ses membres à suivre des cours de formation continue.
- * Que ce soit dans le système du notariat libre ou dans celui du notariat fonctionnarisé, le notaire peut être amené à exercer des actes de puissance publique. C'est le cas dans le système du notariat libre lorsqu'il n'a pas été choisi par les parties conformément aux règles sur la liberté contractuelle mais qu'il intervient dans le cadre d'une pro-

¹⁷⁰ Actuellement, l'art. 40 al. 10 LN/VS ne prévoit la délivrance d'expéditions que sur requête; à noter que la remise systématique d'une première expédition est prévue dans plusieurs cantons, notamment à Berne pour les expéditions devant servir de pièce justificative à l'inscription dans un registre public (art. 34 al. 2 Décr/BE), à Fribourg (art. 74 al. 3 LN/FR) et à Neuchâtel (art. 83 al. 1 LN/NE)

¹⁷¹ Il va toutefois de soi que les cas exceptionnels doivent être réservés : ainsi, dans l'hypothèse où six enfants mineurs sont représentés par le même curateur, il devrait suffire de remettre une première expédition au curateur

¹⁷² A titre d'exemple, une autre expédition devrait pouvoir être délivrée à l'appelé dans le cadre d'un testament avec substitution fideicommissaire (art. 488ss CCS)

¹⁷³ Une disposition de ce type est notamment prévue par l'art. 84 al. 1 LN/NE

¹⁷⁴ L'art. 76bis LN/FR réprime de la même manière l'usurpation du titre de notaire

¹⁷⁵ On peut ainsi douter de l'opportunité pour un notaire spécialisé dans un domaine particulier de suivre un cours général

cédure dirigée par un juge ou par une autorité administrative¹⁷⁶. Dans ces hypothèses, selon la terminologie retenue par le Tribunal fédéral, le notaire fonctionne comme un "*auxiliaire de la justice*" (ATF 126 III 370ss, p. 373 cons. 7 lettre a) et son statut juridique s'analyse comme celui d'un agent exerçant une fonction publique au sens de la loi du 10 mai 1978 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents. Ces principes sont rappelés par **l'article 112** du projet, qui limite toutefois la collaboration du notaire aux seuls cas où il en est requis par le juge ou l'autorité tutélaire. On rappellera par ailleurs que l'article 5 alinéa 5 du projet (cf. commentaire *supra*) réserve expressément la responsabilité civile du notaire agissant en qualité d'auxiliaire de justice.

* Le projet de révision renferme plusieurs innovations concernant, en particulier, l'admission à la profession, le régime de la responsabilité civile, les incompatibilités, la surveillance et la procédure notariale. Il en résulte un problème de droit transitoire que le projet doit solutionner.

- **L'article 113** du projet rappelle les principes régissant le régime transitoire. Ainsi, sauf disposition contraire, la nouvelle loi s'applique sans réserve dès son entrée en vigueur (al. 1). Le brevet et l'autorisation d'exercer délivrés selon l'ancien droit restent acquis, sous réserve des articles 115 et 116 du projet (al. 2). Un acte dressé par un notaire avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est un acte authentique s'il remplit les conditions de validité fixées par l'ancien ou le nouveau droit (al. 3).
- **L'article 114** du projet règle le régime transitoire applicable au notaire-stagiaire qui a commencé son stage selon l'ancien droit. La nouvelle loi s'applique à son égard s'il n'a pas obtenu son diplôme dans les trois ans dès l'annonce du début du stage. Le délai de trois ans tient compte du délai de carence d'une année entre la première et la deuxième tentative d'examen (art. 12 Rex/VS).
- L'assurance responsabilité civile n'est actuellement pas obligatoire. Dès lors que le projet oblige le notaire à conclure une assurance responsabilité civile de base suffisante (art. 17 al. 1 lettre 1, 19 al. 1) couvrant le dommage pour faute grave (art. 19 al. 2) et comportant une stipulation pour autrui parfaite (art. 19 al. 3), **l'article 115** du projet accorde au notaire un délai d'une année dès l'entrée en vigueur de la loi pour adapter sa police d'assurance responsabilité civile¹⁷⁷.
- **L'article 116** du projet règle le régime transitoire des incompatibilités.
 - Comme souligné *supra* (ad art. 20 à 22), les dispositions traitant des incompatibilités poursuivent un triple objectif : garantir l'indépendance du notaire, la qualité de son travail et la respectabilité de son ministère. Elles sauvegardent manifestement un intérêt public prépondérant que soulignent tant la doctrine que la jurisprudence¹⁷⁸. Cet intérêt public s'oppose à un report conséquent dans le temps de son application au travers d'un régime transitoire prenant trop largement en compte les intérêts financiers des notaires (balance des intérêts).
 - Le principe de l'égalité de traitement ne s'adresse pas seulement à l'autorité qui applique la loi mais encore au législateur qui l'adopte. Serait contraire à ce principe un régime transitoire qui accorderait la permanence de l'ancien droit aux notaires autorisés à pratiquer sous le régime de la loi de 1942. Une telle solution privilégierait sans motif pertinent les "*anciens*" notaires qui ne peuvent pas se prévaloir d'un droit acquis et méconnaîtrait la prépondérance de l'intérêt public que le droit nouveau entend sauvegarder par une réglementation plus restrictive des incompatibilités.
 - Le régime transitoire doit se baser sur l'effort qu'il est raisonnable d'exiger de la part du notaire pour qu'il harmonise sa situation professionnelle avec le droit nouveau (principe de proportionnalité). Pour l'essentiel, le nouveau régime des incompatibilités ne diffère pas de celui de la législation en vigueur. Les situations à considérer sont les suivantes. Est incompatible avec l'exercice du notariat :

¹⁷⁶ Dans cette hypothèse, le notaire intervient à la requête de l'autorité se fondant sur une base légale expresse, par exemple : établissement de l'inventaire en général, dressé par le notaire que désigne le juge de district (art. 97ss LACCS et 32 al. 1 LACCS), établissement de l'inventaire conservatoire de la succession, dressé par le notaire désigné par le juge de commune (art. 100 al. 4 LACCS), apposition des scellés par le juge de commune assisté par le notaire qu'il désigne (art. 102 al. 1 LACCS), établissement de l'inventaire dans la procédure successorale du bénéficiaire d'inventaire et de la liquidation officielle, dressé par le notaire désigné par le juge de district (art. 106 al. 1, 109 al. 1 LACCS), administration des biens de la succession pendant la procédure de bénéfice d'inventaire par le notaire qui a dressé l'inventaire (art. 107 al. 1 et 3 LACCS), liquidation de la succession (art. 110 al. 3 LACCS), direction des enchères pupillaires (art. 189 al. 4 LACCS).

¹⁷⁷ La limite de validité de l'assurance est la prescription décennale; cas échéant, il convient de se demander s'il ne serait pas opportun de prévoir un fonds spécial d'assurance qui prendrait en charge les événements qui ne seraient découverts qu'après ce délai; ce fonds pourrait être géré par l'Association des notaires ou par le Département

¹⁷⁸ Ruf, no 443; Marti, p. 18 ad art. 3 LN/BE; SJ 1990 p. 97ss

- a/ une fonction au service d'une collectivité publique exercée à titre prépondérant, et non plus de façon "*permanente*" (art. 21 lettre a);
- b/ une activité commerciale ou industrielle exercée à titre prépondérant et non plus seulement de façon "*permanente*" (art. 21 lettre c);
- c/ la promotion immobilière au sens large à temps partiel (art. 21 lettre d);
- d/ la jouissance d'une rente de retraite du 2^{ème} pilier servie par une caisse publique, rente complète avant l'âge de 65 ans (art. 21 lettre f) et rente partielle au-delà de cette limite (art. 21 lettre g).

Dans la pratique, ces situations ne se rencontrent pas fréquemment; elles ne constituent généralement pas la principale source de revenu du notaire concerné. Ainsi, c'est satisfaire au principe de proportionnalité que d'accorder au notaire un délai de deux ans pour harmoniser sa situation professionnelle avec le droit nouveau. Ce délai de deux ans est d'autant plus approprié qu'il y a lieu, en vertu du principe de la confiance, de prendre en considération le temps écoulé depuis la mise en consultation de l'avant-projet de loi jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹⁷⁹. En effet, à compter de la mise en consultation du projet, les notaires doivent compter avec un régime plus restrictif des incompatibilités.

- L'inobservation des dispositions régissant l'exercice du notariat est jugée selon le droit en vigueur au moment de la commission de l'infraction. Toutefois, si le nouveau droit prévoit une sanction plus légère, elle s'applique également aux infractions commises avant son entrée en vigueur (**art. 117**).

Sion, le 12 novembre 2003

¹⁷⁹ ATF 101 Ia 336 cons. 8; JT 1977 I 381