

Message

accompagnant le projet de loi sur le notariat

Le Conseil d'Etat du canton du Valais

au

Grand Conseil

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Députés,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, avec le présent message, le projet de loi sur le notariat.

1. GENERALITES

1.1 Nécessité et opportunité législatives

La loi sur le notariat (LN) date du 15 mai 1942 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1943. Cette loi n'a jamais été révisée en profondeur alors que la pratique notariale a évolué et s'est trouvée confrontée à des problèmes concrets de plus en plus complexes. En particulier, se sont posées des questions en relation avec la formation et l'admission à la profession, des problèmes liés à la responsabilité civile et aux sûretés notariales, au domicile notarial, à la fin des fonctions, au régime des incompatibilités, au devoir de récusation, au tarif des émoluments et à la surveillance des notaires. Il s'est avéré en outre qu'une réflexion approfondie s'imposait sur la forme des actes authentiques, notamment en raison du développement informatique et de l'accroissement de la population étrangère établie dans notre canton (procédure d'instrumentation en langue étrangère).

1.2 Travaux préparatoires

- * Dans ses lignes directrices 1998-2001, le Conseil d'Etat a fait part au Grand Conseil de son intention de réviser la loi sur le notariat. Le 22 septembre 1999, le Conseil d'Etat a désigné un groupe de travail chargé de préparer un avant-projet de loi sur le notariat. Pour guider sa réflexion, cette commission extraparlamentaire (commission) s'est notamment appuyée sur des études sectorielles résumant la doctrine et la jurisprudence, ainsi que sur le droit cantonal comparé. Par la suite, elle a fait appel à un expert en la personne de Monsieur le Professeur Denis Piotet, qui s'est plus particulièrement penché sur certaines questions techniques (compétence territoriale du notaire; compétence personnelle et incompatibilité; responsabilité civile; notaire liquidateur; sanction de l'inobservation de la forme authentique).
- * En septembre 2001 fut entreprise une procédure de consultation concernant l'avant-projet de loi sur le notariat et le rapport explicatif le concernant. Les destinataires ont été invités à formuler leurs remarques et propositions pour la fin novembre.

17 prises de position ont été reçues en retour. Se sont prononcés :

- les partis politiques, à l'exception du PDC du Valais romand, du PaCS, du PL, du SPO, du parti écologique valaisan et de l'UDC;
- l'Association des notaires valaisans (ANV), l'Ordre des avocats valaisans (OAV) et l'Association valaisanne des avocats et notaires stagiaires (AVANS);

- la Chambre valaisanne du commerce et de l'industrie (CVCI), l'Association valaisanne des professionnels de l'immobilier (API) et la Chambre immobilière du Valais (CIV);
- le registre du commerce (RC) et la Fédération des communes valaisannes;
- le Tribunal cantonal, la Conférence des juges de première instance et l'Office fédéral de la justice (OFJ).

De manière générale, et sous réserve de la question des incompatibilités, l'avant-projet est accueilli favorablement par les participants à la procédure de consultation. En particulier, l'ANV approuve dans son principe les dispositions concernant la dignité professionnelle, les compétences professionnelles et la sécurité du public. De l'avis de certains partis (CSPO, CVPO), le choix entre une révision totale ou partielle de la loi doit être laissé à l'appréciation des associations professionnelles et des autorités cantonales.

La principale objection faite à l'avant-projet touche aux cas d'incompatibilités prévus par la loi (art. 20 à 22 AP-LN). Ces articles sont critiqués par la quasi-totalité des participants, qui estiment que ces dispositions doivent être totalement reformulées, en particulier s'agissant de l'interdiction de cumuler la fonction de notaire avec l'exercice simultané de la profession d'avocat (art. 21 let. a AP-LN).

Les partis politiques marquent leur approbation à la confirmation du système actuel dit du notariat indépendant (notariat latin), à l'exception du PS qui aurait souhaité la fonctionnarisation de la profession de notaire. Au chapitre des incompatibilités, tous les partis, à l'exception du PS, critiquent l'interdiction d'exercer simultanément la fonction de notaire avec la profession d'avocat. Les partis s'étonnent par ailleurs que certaines activités, même non prépondérantes, soient jugées compatibles avec la fonction de notaire, en particulier celles liées à l'immobilier. Le CSPO et le PS saluent les dispositions visant à renforcer la formation du stagiaire alors que le PRD souligne l'urgence de mettre sur pied un enseignement adéquat de la pratique notariale.

Les associations professionnelles concernées (ANV, OAV) estiment utile la révision de la loi sur le notariat vu les importants changements survenus ces 50 dernières années. En particulier, l'ANV salue toutes les dispositions visant à améliorer la dignité professionnelle, à promouvoir les compétences professionnelles et à assurer la sécurité des transactions. Comme la plupart des partis politiques, les associations professionnelles émettent toutefois les plus vives réserves sur la question de la séparation des professions de notaire et d'avocat. L'OAV, tout en combattant l'idée d'une séparation des activités, est favorable à l'introduction dans la loi d'exceptions visant à éviter les conflits d'intérêt et à assurer le respect du secret professionnel et de l'obligation de fidélité. S'agissant des autres incompatibilités, les associations s'étonnent que l'avant-projet aménage généreusement la possibilité pour un notaire d'exercer des activités non juridiques et ne comprennent pas les critères ayant conduit à admettre la compatibilité de certaines activités alors que d'autres sont interdites. L'AVANS limite sa détermination aux seules questions liées au stage et à l'examen.

Les milieux économiques sont également opposés à la séparation des professions. L'API estime par ailleurs que l'autorisation de gérer des immeubles ou d'administrer des biens, officiellement ou par mandat privé, est incompatible avec la profession de notaire en raison des connaissances spécifiques que cette activité exige.

Le registre du commerce et la Fédération des communes valaisannes sont également opposés à la séparation des professions de notaire et d'avocat. Au chapitre des incompatibilités, la Fédération s'inquiète par ailleurs de la volonté d'empêcher l'accès au notariat à une personne exerçant à temps partiel une fonction communale dans la mesure où cette disposition restreint inutilement la marge de manœuvre des communes. Le registre du commerce estime quant à lui que la fonction de préposé ou d'employé au RC n'est pas incompatible avec celle de notaire.

L'OFJ, consulté en application de l'article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance relative à l'approbation d'actes législatifs des cantons par la Confédération, formule certaines réserves s'agissant de la passation d'un acte authentique par vidéo-conférence ou de l'instrumentation d'un acte en langue étrangère, alors que le TC, limitant son analyse aux seules considérations juridiques, se prononce principalement sur la procédure de contestation des honoraires. De même, la Conférence valaisanne des juges de première instance limite son analyse aux seuls aspects de l'avant-projet touchant directement à l'activité des tribunaux.

La procédure de consultation a permis de bien cerner les attentes et les besoins des milieux intéressés s'agissant de la révision de la loi sur le notariat. L'opposition manifestée à la séparation des fonctions de notaire et d'avocat s'inscrit dans la tendance très nettement majoritaire, puisque seul le parti socialiste défend le principe de l'incompatibilité des deux professions. Malgré les craintes que la consultation a pu susciter sur la question de la compatibilité des deux professions, la démarche devait être entreprise afin que le Gouvernement et le Parlement puissent se prononcer en pleine connaissance de cause. Après quatre débats parlementaires sur ce point (interventions de Me Marcel-Henri Gard, 1^{ère} et 2^{ème} lecture de la loi sur la profession d'avocat, BSGC septembre-octobre 1987 p. 93s/ BSGC janvier 1988, p. 76, 349ss; motion Henri Carron et consort sur la séparation des professions d'avocat et de notaire, BSGC mars 1991 p. 201ss; motion Beat Jost concernant la création d'un organisme de notariat officiel, BSGC février 1998, p. 110ss), la nécessité était démontrée d'interroger l'ensemble des milieux concernés. Au terme de l'exercice, la pratique cumulée du barreau et du notariat ressort renforcée et il apparaît clairement qu'elle doit être confirmée.

Le projet tient largement compte des propositions formulées lors de la consultation. La suite du message fournit à cet égard les renseignements utiles, en se référant, le cas échéant, à l'avis de l'expert mandaté de l'examen de certaines critiques et remarques enregistrées. De manière à souligner l'attention accordée aux propositions faites, il convient cependant de dresser ci-après la liste des questions de principe dont les solutions furent modifiées suite à la procédure de consultation :

- Responsabilité civile du notaire (art. 5, 6, 19);
- Régime des incompatibilités (art. 20 à 22 et 23);
- Tenue et contrôle de la comptabilité de l'étude (art. 42 à 44);
- Procédure de contestation des émoluments (art. 56 à 58);
- Instrumentation en langue étrangère (art. 79 et 85);
- Instrumentation à distance (art. 98 et 85);
- Régime transitoire (art. 113 à 117).

2. PRINCIPES FONDAMENTAUX AYANT CONDUIT LA REVISION

2.1 Organisation du notariat

L'instrumentation d'actes juridiques et l'authentification de faits par un officier public sont des opérations qui entrent dans le cadre de la juridiction non contentieuse. Il en résulte que tant que la Confédération n'est pas intervenue en ce domaine, il appartient aux cantons de désigner les autorités compétentes et de régler la procédure à suivre. S'agissant des actes authentiques, cette compétence est d'ailleurs expressément reconnue à l'article 55 alinéa 1 du Titre final du code civil suisse (CCS), selon lequel "*les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique*"¹.

Schématiquement, les cantons ont organisé le notariat selon quatre systèmes :

- a/ le notariat en tant que profession libre (notariat indépendant). Selon cette conception, qui est d'origine française et prévaut en Valais ainsi que dans les cantons latins, le notaire est une personne patentée exerçant son activité d'officier public de façon indépendante, sous le contrôle de l'Etat;
- b/ le notariat de la fonction publique, à savoir le notariat formé d'un corps de fonctionnaires publics;
- c/ les systèmes mixtes, dans lesquels des fonctionnaires ou des avocats se voient conférés, parallèlement aux notaires, certaines compétences en matière d'actes authentiques;
- d/ pas de notariat organisé, les compétences de l'officier public étant attribuées à des fonctionnaires cantonaux ou communaux, voire à des avocats.

¹ Denis Piotet, *La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics*, Zurich 1981, p. 5

2.2 Le notaire valaisan

Dans le cadre des travaux préparatoires, la conception même du notariat libre ou notariat latin – laquelle a largement fait ses preuves dans le canton du Valais – n'a jamais été remise en cause. A travers la révision, on a cherché à asseoir l'indépendance et la crédibilité de la profession en renforçant plus particulièrement les dispositions relatives à la formation, aux incompatibilités et aux devoirs généraux, de même que les règles sur la surveillance administrative et disciplinaire. Ces améliorations trouvent leur raison d'être dans le statut même du notaire indépendant. En effet, si le notaire valaisan exerce son activité de manière indépendante et n'est pas un fonctionnaire, il n'est pas non plus un prestataire de services ordinaires. Officier public ayant reçu de l'Etat la mission de dresser des actes authentiques relevant du droit privé, il est détenteur d'un droit dont l'Etat est seul titulaire. A ce titre, il est partie intégrante de l'appareil juridictionnel de l'Etat et, en tant qu'officier public délégataire de la puissance publique, ne peut se prévaloir de la liberté économique de l'article 27 Cst. féd. pour prétendre exercer librement d'autres activités privées, cela au même titre que les fonctionnaires employés directement par l'Etat². Inversement, celui qui, exerçant une activité économique privée, entendrait accéder à la charge d'officier public délégataire de la puissance publique, ne saurait invoquer à cet effet la liberté économique de l'article 27 Cst. féd.³. Au demeurant, la loi fédérale sur le marché intérieur n'est pas applicable dans le domaine des activités publiques⁴.

2.3 Forme authentique : droit fédéral et droit cantonal

Si l'organisation du notariat et les modalités de l'acte authentique sont réglées par le droit cantonal (art. 55 Titre final CCS), la forme authentique est une notion fédérale à laquelle sont attachées des exigences minimales dictées par la finalité de l'institution selon le droit matériel⁵. Le projet retient l'opinion selon laquelle le respect des exigences fédérales ne suffit pas à rendre l'acte valable en la forme, les exigences prévues par le droit cantonal devant elles aussi être remplies⁶; en conséquence, le droit cantonal doit non seulement déterminer les modalités de la forme authentique mais également lesquelles de ses normes affectent la validité de l'acte et lesquelles sont de simples règles d'ordre (ATF 106 II 146 cons. 3 et doctrine majoritaire).

2.4 Finalités de la forme authentique

La notion fédérale de forme authentique étant difficile à cerner en l'absence d'unanimité entre les auteurs de doctrine et la jurisprudence quant aux exigences minimales posées par le droit fédéral, le projet repose sur les principaux buts que poursuit la forme authentique, à savoir :

- a/ ***protéger les parties contre les décisions irréflechies***, soit leur faire prendre conscience de la portée de leur engagement. En effet, le simple fait que la procédure prescrite soit relativement compliquée, qu'elle impose de faire l'acte juridique au grand jour et qu'elle prenne un certain temps contribue déjà à inciter les parties à la réflexion, le but recherché devant avant tout être atteint au travers du devoir d'information imposé à l'officier public;

² ATF 23 I 481; ATF 73 I 366 = JT 1948 I 345; TF in SJ 1990, p. 97; TF in BN 1998, p. 297; TF in RDAT 1997 II n. 10, p. 14; TF in RNRF 1996, n. 18, p. 110; ATF 124 I 297

³ Cf. notamment, Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie : libéralisme et droit économique en Suisse*, Vol. I, Partie générale, Berne 1993, n. 261, p. 105; Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, II, Berne 2000, no 647 et 650, p. 336-337; seule la prohibition de l'arbitraire est ici applicable : TF in RNRF 2000, n. 6, p. 64

⁴ Cf. aussi, pour une argumentation complète, Denis Piotet/Alex Dépraz, *Notaires et droit de la concurrence : doit-il y avoir un libre marché de la juridiction gracieuse ?* in Semaine judiciaire 1999 II, p. 151ss

⁵ Mutzner, Bertoni, Kratzer, Spielmann, Beck, Huber, Grossen, Deschenaux, Santschi, Jäggi, Engel, Meyer-Hayoz, Carlen, d'Aumeries, Piotet, Marti, Meier, Schmid, Steinauer; contra Bolla, Wild, cités par Antoine Perrin, *La forme authentique dans le nouveau droit de la société anonyme*, Etude de droit fédéral et de droit vaudois, thèse 1996, p. 39ss; 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

⁶ Paul-Henri Steinauer, *La forme authentique en droit fédéral* - in La forme authentique, Journée juridique à l'intention des notaires, Fribourg, 1989, p. 4, lequel cite ATF 112 II 330, 331; cf. ég. Jörg Schmid, *Die Öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*, thèse, Fribourg 1988, no 125

- b/ **promouvoir la sécurité du droit**, à savoir permettre la distinction claire entre les documents préparatoires et le contrat lui-même, ainsi que fixer dans le temps les manifestations de volonté. En outre, l'intervention d'un officier public tend à assurer une formulation claire et univoque de la volonté des parties, notamment par l'utilisation de termes juridiques appropriés;
- c/ **établir une base sûre pour les inscriptions dans les registres publics**, étant rappelé que 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*" et que cette présomption d'exactitude n'existe que dans la mesure où l'officier public est tenu de vérifier les faits qu'il certifie⁷. Dès lors, la précision accrue liée à l'instrumentation par un officier public facilite la tâche des organes chargés de tenir les registres publics (registre foncier, registre du commerce). L'officier public examinera en outre déjà si toutes les conditions nécessaires à l'inscription sont remplies et veillera à ce que l'acte contienne toutes les indications indispensables pour procéder à l'inscription. Dans cette mesure, la forme authentique sert aussi l'intérêt public et profite au tiers dont les droits pourraient ultérieurement dépendre des manifestations de volonté consignées par l'officier public.

3. VUE D'ENSEMBLE

3.1 Considérations générales

Structuré en deux chapitres principaux – organisation du notariat et procédure notariale – le P.LN repose sur trois principes fondamentaux :

- Le notariat valaisan est organisé en **notariat indépendant** exercé par des personnes patentées, sous le contrôle de l'Etat;
- Sans avoir le statut de fonctionnaire public, le notaire valaisan est un **officier public** exerçant un pouvoir de puissance publique, ou encore un **organe de la juridiction non contentieuse** – au même titre que le juge de district – exerçant une fonction étatique;
- La forme authentique est la **forme solennelle** selon laquelle une personne autorisée par le canton confectionne, selon la procédure prescrite par ce canton, un document écrit consignait des déclarations de volonté ou la constatation d'un fait, document écrit qui est un **titre public** dont le contenu fait foi tant que son inexactitude n'est pas démontrée (art. 9 CCS). La forme authentique tend à **protéger les parties** contre des décisions irréfléchies et à promouvoir la **sécurité du droit**.

Le droit notarial se caractérise par sa complexité, car il intègre à la fois des notions de **droit public cantonal** et de **droit privé fédéral** :

- Relèvent, notamment, du droit public cantonal, les règles de compétence, de récusation et d'incompatibilités pour l'organisation de l'exercice du pouvoir de puissance publique; le régime d'autorisation de police pour l'admission à la fonction d'officier public; la réglementation sur la surveillance administrative et disciplinaire; la procédure notariale sous réserve des exigences minimales posées explicitement ou implicitement par le droit privé fédéral;
- Relèvent, en outre, du droit privé fédéral, la détermination des actes dont la validité est subordonnée au respect de la forme authentique, la théorie générale de la conclusion des contrats et de la représentation, et celle de la responsabilité civile.

⁷ Henri Deschenaux, *Le registre foncier* in *Traité de droit privé suisse*, Vol. V, tome II/II,2, 1983 , p. 261, cité par Steinauer, op. cit., p. 2

3.2 Organisation du notariat

Au chapitre de l'organisation du notariat (art. 1^{er}-71), le P.LN **consacre les principes fondamentaux** de la loi de 1942 (notariat indépendant, statut et responsabilité du notaire, compétence matérielle et territoriale du notaire, ni numerus clausus du nombre de notaires ni limite d'âge pour l'exercice du notariat, système de rémunération, surveillance administrative et disciplinaire), **précise et développe certaines règles** de manière à répondre aux exigences de la légalité et de la prévisibilité de la loi (devoirs du notaire), et **comble les lacunes** révélées par la pratique et la jurisprudence (liquidation de l'étude, contrôle financier de l'étude).

Quelques points importants touchant à l'organisation :

- Le **stage de notaire**, d'une durée de 12 mois, ne peut plus être cumulé avec le stage d'avocat (art. 11, 12). A l'instar de l'examen d'avocat, **l'examen de notaire** porte sur les connaissances juridiques nécessaires et les règles professionnelles; le candidat se voit offrir la possibilité de se présenter à une troisième épreuve (art. 13).
- L'autorisation de pratiquer n'est plus subordonnée à la fourniture de sûretés, mais à la conclusion d'une **assurance responsabilité civile** suffisante contenant une clause de **stipulation pour autrui** conférant au lésé un droit direct contre l'assureur en paiement de l'indemnité (art. 17, 19). Deviennent **incompatibles** avec la pratique du notariat une fonction exercée à titre prépondérant (et non plus de manière permanente) au service d'une collectivité publique et la fonction de préposé au registre du commerce (art. 21 lettres a, b); l'article 116 règle le régime transitoire. Au terme des travaux préparatoires, spécialement à l'issue de la procédure de consultation, la **pratique cumulée** du barreau et du notariat ressort renforcée (art. 18, 20). Autre innovation, le P.LN renonce à prescrire un seul **domicile notarial** et à réglementer restrictivement l'ouverture d'une étude secondaire, rien dans la loi n'interdisant au notaire d'avoir deux études ouvertes au public (art. 18).
- Les règles minimales applicables à la **fin des fonctions** sont nouvelles; à relever en particulier les mesures officielles à prendre (art. 25), les obligations du notaire ou de ses ayants droit lors de la liquidation (art. 26), l'intervention d'un notaire liquidateur et ses attributions (art. 27, 28). Cette réglementation vaut encore en cas **d'empêchement durable** du notaire, notamment pour cause de maladie (art. 30).
- La réglementation des **devoirs généraux du notaire** constitue une innovation majeure voulant favoriser la réalisation du but que vise le P.LN : sauvegarder les garanties offertes par la forme authentique et protéger la bonne foi dans les affaires (art. 2).

Le **devoir de diligence** (art. 32) exige du notaire une qualité d'attention à l'égard des parties et une qualité d'application propre à éviter toute négligence dans l'exercice de la fonction ministérielle. Les autres devoirs du notaire (art. 33-44) découlent de l'interprétation donnée par la doctrine et la jurisprudence à ce devoir de diligence. A noter que le **devoir de récusation** (art. 36) est étendu, d'une part pour interdire la pratique de la procuration avec pouvoir de substitution (instaurée pour détourner l'obligation faite au notaire de se récuser lorsqu'il est mandataire d'une partie), d'autre part pour interdire au notaire d'instrumenter un acte le concernant en tant que membre de l'organe exécutif d'une collectivité publique. A l'inverse, le devoir de récusation est allégé lors de l'instrumentation d'un acte authentique concernant une société anonyme dont le notaire est actionnaire, la seule obligation que lui impose le projet étant alors de s'abstenir de prendre part au vote. La réglementation de **l'obligation de tenir une comptabilité** (art. 42-44) suit les propositions faites lors de la consultation : respect des exigences des articles 957 et suivants CO sur la comptabilité commerciale, obligation de faire bénéficier le compte de l'étude de la clause de non-compensation par rapport à la banque, remise annuelle d'un rapport de contrôle financier émanant d'un organe qualifié.

- La **rémunération du notaire** (art. 46-58) confirme les solutions en vigueur. Elle n'entraîne aucune charge financière supplémentaire significative pour les parties tenues de par le droit fédéral de recourir à la forme authentique; parfois même, elles bénéficieront d'une réduction ou d'une limitation des coûts.

- 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 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 civil, public, pénal et disciplinaire. Dans ce contexte, le projet confirme les deux types de surveillance en vigueur :
 - La **surveillance administrative** (art. 59-66) tend principalement à garantir l'effectivité du droit notarial dans la pratique. Elle est exercée conjointement par le Département dont relève le notariat (Département) et par le registre foncier. Alors que la loi actuelle confie à l'autorité le pouvoir de prendre "*toutes mesures utiles en vue d'assurer l'observation de la loi*", le P.LN dote l'autorité de cinq moyens d'intervention : l'avertissement, la sommation de faire ou de s'abstenir, la sommation assortie d'une sanction pénale pour insoumission, l'exécution forcée, et le retrait de l'autorisation d'exercer. Le P.LN innove en autorisant le retrait provisoire de l'autorisation d'exercer (art. 66) 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 fait grave, ou d'une demande de sursis concordataire.
 - La **surveillance disciplinaire** (art. 67-71) tend à assurer le respect par le notaire des devoirs spécifiques auxquels il est assujéti et à exercer une certaine prévention. Cette surveillance est exercée par le Département en cas de manquement aux dispositions légales, et par la Chambre de surveillance des notaires (contrôle professionnel) en cas d'atteinte à la dignité professionnelle ou d'actes de concurrence déloyale. Elle peut entraîner le prononcé d'un blâme, d'une amende, la suspension jusqu'à deux ans ou la destitution.

3.3 Procédure notariale

Pour que l'acte authentique soit valablement dressé, l'officier public doit respecter des obligations de deux ordres : d'une part, des obligations concernant l'étendue de la forme par rapport au contenu matériel de l'acte, obligations relevant du droit fédéral; d'autre part, des obligations concernant le contenu formel de l'acte et la procédure à suivre, obligations relevant du droit cantonal, sous réserve d'exigences minimales du droit fédéral. En vertu de l'article 55 alinéa 1 du Titre final du code civil suisse, les cantons déterminent en effet, pour leur territoire, les modalités de la forme authentique (règles de procédure – contenu formel). Simple en apparence, la portée de cette règle est controversée, dès lors que la forme authentique est une notion de droit fédéral. Pour la majorité de la doctrine et la jurisprudence, le respect des exigences fédérales ne suffit pas à rendre l'acte valable en la forme. Il faut que les exigences prévues par le droit cantonal soient, elles aussi, remplies. Le P.LN va dans ce sens **en déterminant les modalités de la forme authentique et en arrêtant les conséquences (nullité – annulation) de son inobservation.**

Le chapitre 2 traitant de la procédure notariale comprend cinq sections : les sections 1 (L'acte notarié), 2 (Les personnes qui concourent à l'acte) et 5 (Répertoires, conservation et expédition) concernent **tous les actes authentiques**; la section 3 règle spécialement la procédure applicable à **l'authentification de déclarations de volonté** et la section 4, la procédure valant pour **l'authentification des constatations de faits**.

Quelques points importants à propos de la procédure notariale :

- Le P.LN reprend la distinction du droit actuel de l'acte en **minute** dont l'original reste déposé chez le notaire (art. 74), et de l'acte en **brevet** dont l'original est délivré à l'ayant droit, la loi énonçant limitativement les actes pouvant être délivrés en brevet à ceux portant sur des faits (art. 75).
- Le P.LN lève l'incertitude du droit actuel tendant à nier la qualité d'acte notarié aux actes en brevet, sous réserve du procès-verbal d'assemblée (art. 45 al. 2 de la loi de 1942), en posant clairement que "***tout acte reçu par le notaire est un acte authentique, y compris l'acte portant sur les faits***" (art. 72).
- L'article 79 alinéa 1 P.LN comble une lacune du droit actuel en réglementant **l'instrumentation (directe) en langue étrangère**, comme le prescrit l'article 55 alinéa 2 du Titre final du code civil suisse. La solution retenue, à savoir l'instrumentation complète dans les deux langues étrangère et officielle, prévient les problèmes concrets qui pourraient résulter de la seule instrumentation en langue étrangère.

- L'article 80 P.LN, prescrivant le **contenu de l'acte notarié**, est une disposition clé du chapitre de la procédure notariale, dès lors qu'il codifie une grande partie des exigences minimales du droit fédéral en matière de forme authentique. Sa rédaction est plus complète et plus précise que les actuels articles 30 et 31.
- Les dispositions sur la **forme de l'acte notarié** (art. 81 à 84) sont capitales, car elles permettent d'assurer la clarté et la pérennité des actes. En l'état actuel du progrès technologique, le projet ne reconnaît pas une existence virtuelle de l'acte authentique qui doit être établi sur papier (art. 81 al. 1). L'article 83 innove en réglementant les rectifications que le notaire peut apporter en tout temps à l'acte sans le concours des parties.
- Les **sanctions relatives à l'observation de la forme authentique** sont arrêtées aux articles 85 et 86 P.LN. La sanction de la nullité absolue (art. 85 al. 1), tempérée par l'article 86 dans certaines hypothèses, constitue la règle, et la sanction de l'annulation judiciaire (art. 85 al. 2) l'exception. Ce système satisfait à l'exigence de proportionnalité en adaptant la sanction à la nature de la règle violée. A noter que les exigences formelles dont l'observation n'est nullement sanctionnée par les articles 85 et 86 P.LN constituent de simples prescriptions d'ordre, n'engageant au plus que la responsabilité disciplinaire du notaire.
- Les articles 87 à 89 P.LN définissent dans la loi les personnes participant à la procédure d'instrumentation et précisent les modalités de leur intervention. Il s'agit d'une innovation par rapport au droit actuel. **La partie à l'acte** est celle qui, par ses déclarations, entend s'obliger ou acquérir un droit (art. 87 al. 1). Pour le **représentant d'une partie**, le P.LN tend à empêcher les procurations avec pouvoir de substitution (art. 36 al. 1 lettre a), les procurations en blanc et les procurations générales (art. 87 al. 3) et la pratique des procurations à produire (art. 87 al. 5). Le traducteur et l'interprète sont des **assistants du notaire** et non ses auxiliaires (art. 89 al. 1), de sorte que le notaire n'encourt pas de leur fait la responsabilité de l'employeur (art. 5 al. 2), mais est tenu de s'assurer de leur aptitude à fonctionner (art. 89 al. 3).
- **L'authentification des déclarations de volonté** (art. 90 à 93) se caractérise par une participation active des parties à l'acte (lecture et approbation de l'acte). Si le déroulement ordinaire de l'instrumentation (art. 90) correspond à l'article 33 de la loi actuelle, deux innovations méritent une mention : l'article 91 P.LN régit la **déclaration sous serment** comme moyen de preuve prévu par la loi fédérale sur le droit international privé, et l'article 93 P.LN renforce le principe de **l'unité de l'acte**, interdisant clairement l'instrumentation par étapes.
- **L'authentification des constatations de faits** (art. 94 à 98) réserve au notaire un rôle essentiel. A relever deux nouveautés : la faculté pour le notaire de dresser l'acte authentique relatif à une assemblée postérieurement à la tenue de celle-ci (art. 97 al. 3) et **l'instrumentation à distance** de procès-verbaux d'assemblée générale ou de conseil d'administration lorsqu'un moyen audiovisuel assure, toute au long de l'instrumentation, une participation interactive des intervenants et du notaire (art. 98).
- Le projet confirme le caractère de titre public des **répertoires** (art. 99), renonce au répertoire général du droit actuel au profit de trois répertoires indépendants les uns des autres (art. 100) offrant l'avantage d'une plus grande lisibilité et permettant d'éviter les inscriptions répétitives. L'introduction du **répertoire des actes en brevet** répond à la nécessité de pouvoir attester de l'existence d'actes ne restant pas en possession du notaire (art. 100 lettre b et 75 al. 1). Pour le surplus, les dispositions sur les répertoires, la conservation et la délivrance des actes (art. 99 à 109) s'inspirent largement du droit actuel et tiennent compte du progrès technologique (la tenue en la forme électronique des répertoires est autorisée – art. 101 al. 2) ainsi que des enseignements tirés de la pratique (art. 102 al. 2, 104 al. 2 notamment).

3.4 Remarques finales

Le projet innove encore en réprimant l'usurpation du titre de notaire (art. 110), en privilégiant la formation continue du notaire (art. 111) et en précisant le statut du notaire auxiliaire de justice, soit du notaire intervenant sur requête du juge ou de l'autorité tutélaire pour l'assister dans une procédure (art. 112).

Le projet n'entraîne aucune incidence financière particulière malgré un renforcement de la surveillance administrative. Pour respecter le principe de la neutralité des coûts, la cadence des inspections des études notariales passe d'un rythme annuel à un rythme bisannuel : inspections moins fréquentes mais plus approfondies.

La commission extraparlamentaire s'est livrée à des recherches approfondies et documentées dans les différents domaines du droit notarial. Par deux fois, elle a sollicité des expertises de la part du Professeur Denis Piotet. Afin que ces travaux servent aux membres des commissions parlementaires, aux notaires et aux autorités compétentes pour appliquer le droit nouveau, une annexe au présent message propose un commentaire détaillé article par article du projet.

4. INCIDENCE FINANCIERE

Le projet de loi n'entraîne aucune incidence financière particulière. En effet, pour respecter le principe de la neutralité des coûts, le Conseil d'Etat a redéfini la cadence des inspections des études notariales pour passer d'un rythme annuel à un rythme bisannuel.

5. CONCLUSION

Vu le développement qui précède, nous espérons que le Grand Conseil voudra bien accepter le projet de loi que nous lui soumettons avec le présent message.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Députés, à l'assurance de notre haute considération et vous recommandons, avec nous, à la protection divine.

Sion, le 12 novembre 2003

Le président du Conseil d'Etat : **Jean-Jacques Rey-Bellet**

Le chancelier d'Etat : **Henri v. Roten**