



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

Office fédéral de la justice OFJ
Domaine de direction Droit public

P.P. CH-3003 Berne, BJ

Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit privé
Bundesrain 20
3003 Berne

N° de référence : COO.2180.109.7.261382 / 233.1/2018/00011
Votre référence :
Notre référence : bj-chb

Berne, le 13 septembre 2018

Compétence fédérale pour réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques

Madame, Monsieur,

Vous nous avez priés de répondre à la question de savoir si le législateur fédéral était compétent pour réglementer la procédure relative à l'établissement d'actes authentiques. Nous pouvons y répondre comme suit, en nous fondant sur la Constitution en vigueur.

Office fédéral de la justice OFJ
Susanne Kuster, dr en droit, MPA Unibe
Bundesrain 20, 3003 Berne
Tél. +41 58 462 46 84, fax +41 58 462 78 79
susanne.kuster@bj.admin.ch
www.ofj.admin.ch

Bref résumé des conclusions

L'art. 122, al. 1, Cst. confère à la Confédération la compétence de réglementer l'ensemble du droit civil et de la procédure civile. La procédure d'instrumentation des actes authentiques par les notaires fait partie de cet ensemble. La question de savoir si cette procédure relève du droit civil ou de la procédure civile peut rester indéfinie.

Table des matières

1	Délimitation du sujet	4
2	Système de l'énumération limitative des attributions de la Confédération dans la Constitution	4
3	Réglementation d'une activité économique lucrative privée (art. 95, al. 1, Cst.)	4
4	Droit civil et procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.).....	5
4.1	Relation entre compétence fédérale et droit cantonal	5
4.2	Étendue de la compétence fédérale	5
4.2.1	Différentes « théories »	5
4.2.2	Méthode littérale.....	6
4.2.3	Méthode systématique	6
4.2.4	Méthode historique	6
4.2.5	Méthode téléologique	8
4.2.6	Évaluation générale.....	8
5	Conclusion.....	10

1 Délimitation du sujet

- a. Le présent avis porte sur la procédure d'instrumentation d'actes en la forme authentique, c'est-à-dire sur l'établissement par des officiers publics cantonaux (ou notaires) d'actes authentiques au sens étroit, tels que prévus à l'art. 55 s. du Titre final (Tit. fin.) du code civil (CC)¹. Il ne porte donc pas sur tous les titres authentiques qui font foi pour prouver des faits au sens de l'art. 9 CC, et notamment pas sur les extraits légalisés du registre foncier, du registre du commerce ou du registre de l'état civil.
- b. Le présent avis porte uniquement sur la *procédure*. Il n'approfondit pas la question de savoir dans quels cas l'établissement d'actes authentiques est nécessaire. Cette question est déjà réglée de façon exhaustive par le droit fédéral pour ce qui est des affaires de droit civil. Il ne concerne pas non plus l'organisation du notariat (notariat d'État / notariat latin, surveillance, répartition géographique cantonale, etc.)².
- c. Le présent avis répond à la question de savoir si la procédure en question peut être réglementée par *le législateur fédéral* (à l'échelon de la loi fédérale, et non simplement dans une ordonnance du Conseil fédéral).

2 Système de l'énumération limitative des attributions de la Confédération dans la Constitution

Les compétences de la Confédération sont fixées dans la Constitution (Cst.). Vu les art. 3 et 42 Cst., la Confédération peut uniquement accomplir des tâches – notamment édicter des lois – dans les domaines dans lesquels la Constitution l'y autorise. Les tâches qui ne sont pas attribuées à la Confédération relèvent de la compétence des cantons.³

La question de savoir si la Confédération est compétente revient donc à interpréter la Constitution.⁴ Les lois fédérales – ici le CC – peuvent certes contenir certes des indices servant à l'interprétation, mais elles ne sauraient suffire à définir la limite des compétences fédérales : le législateur fédéral ne peut pas élargir ses compétences à son gré, ni restreindre sa liberté d'action future en renonçant à exercer une compétence existante.

Il s'agit donc d'étudier les dispositions constitutionnelles qui pourraient attribuer à la Confédération la compétence de définir la procédure d'instrumentation des actes authentiques.

3 Réglementation d'une activité économique lucrative privée (art. 95, al. 1, Cst.)

Les officiers publics assument dans tous les cantons une fonction publique qui participe de la souveraineté de l'État (tâche étatique), même s'ils exercent leur activité en leur nom propre et de façon libérale dans certains cantons.⁵ Leur travail lié à l'établissement d'actes authentiques n'est donc pas considéré comme une activité économique lucrative privée au sens de l'art. 95, al. 1, Cst.⁶ Cette disposition constitutionnelle ne peut par conséquent pas servir de base à l'édiction de règles fédérales sur la procédure d'instrumentation.

¹ RS 210

² Michel Mooser, *Le droit notarial en Suisse*, 2^e édition Berne 2014, n. 31, 32 et 55 à 61; Denis Piotet, *Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques ? Réflexions à partir de la consultation 614-0002 de la commission fédérale de la concurrence*, Not@Lex 3/13, p. 114.

³ Auteurs choisis parmi de nombreux autres : Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller / Daniela Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9^e édition, Zurich 2016, n. 1049 et 1050 ; Giovanni Biaggini, n. 13 à 19 ad art. 3, in : Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (édit.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015 (ci-après: *Basler BV-Kommentar*).

⁴ Avis pas très clair à cet égard : Mooser (nbp 2), n. 30, où l'on peut lire, en relation avec l'interprétation de la loi fédérale, que la Confédération « exerce une compétence exclusive ». Il ressort toutefois des n. 31 à 36a que l'auteur n'entend pas dire que la compétence fédérale est de nature exclusive, mais que le législateur fédéral a défini de façon exhaustive les domaines en question.

⁵ ATF 133 I 259, consid. 2.2 (avec d'autres références) ; Mooser (nbp 2), n. 53 ; Peter Ruf, *Skriptum Notariatsrecht*, Langenthal 1995, n. 250.

⁶ Sur le champ d'application de l'art. 95, al. 1, Cst en général : *Basler BV-Kommentar* (nbp 3), Felix Uhlmann, n. 3 et 4 ad art. 51 ; Peter Hettich, n. 7 à 9 ad art. 95, in : Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A.

4 Droit civil et procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.)

4.1 Relation entre compétence fédérale et droit cantonal

La question de la relation⁷ qui existe entre la compétence fédérale en matière de droit civil et de procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.) d'une part et le droit cantonal d'autre part doit être clarifiée en premier, vu que la réponse apportée servira à évaluer l'étendue de la compétence fédérale (voir ch. 4.2).

Les domaines sur lesquels porte la compétence fédérale en matière de droit civil et de procédure civile étaient déjà régis par des réglementations cantonales avant l'instauration de la compétence fédérale. Le constituant a conféré au législateur fédéral la base pour codifier le droit civil matériel et la procédure civile, mais n'a certainement pas voulu créer de vide juridique⁸. C'est ainsi que la compétence cantonale tout comme les réglementations cantonales elles-mêmes restent valables aussi longtemps que le législateur fédéral n'a pas épuisé sa compétence en la matière.⁹ On parle dans ce cas de compétences fédérales « concurrentes » ou « exclusives avec effet dérogoratoire différé ».

Alors que l'étendue des compétences fédérales est définie uniquement par la Constitution, l'étendue des compétences cantonales découle aussi des lois fédérales. La question de savoir si les codifications existantes (CC/CO et code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC]¹⁰) ont entièrement supprimé les compétences cantonales selon le principe de la codification générale ou si – et dans quelle mesure – les législateurs cantonaux disposent encore d'une certaine marge de manœuvre pour édicter des règles qui leur sont propres, est discutée dans la doctrine¹¹. Ces débats ne portent toutefois pas sur l'étendue de la compétence fédérale, mais se limitent à la question de savoir si la Confédération a entièrement réglé la matière au niveau des lois en vigueur. Pour cette raison, il n'est pas nécessaire d'aller plus avant dans l'évocation de ces controverses.

4.2 Étendue de la compétence fédérale

4.2.1 Différentes « théories »

Il existe de nombreux textes de doctrine traitant des compétences de la Confédération en droit civil et des différentes « théories » permettant de délimiter le droit civil par rapport aux autres domaines du droit. Certains auteurs considèrent le droit civil comme un domaine thématique dans lequel des objectifs législatifs peuvent être réalisés indépendamment du fait qu'il s'agisse de règles de droit public ou de droit privé. D'autres auteurs préfèrent appliquer des critères comme le rapport de subordination de l'individu à l'État, la nature des conséquences juridiques définies dans l'acte législatif en question, les intérêts poursuivis ou encore l'accomplissement de tâches publiques. Les auteurs sont le plus souvent favorables à un éclectisme méthodologique en appliquant les différents critères en fonction des questions qui se posent. Une approche similaire, dite typologique, vise à déterminer si les normes juri-

Vallender (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition 2014 (ci-après : St. Galler BV-Kommentar).

⁷ Question abordée par ces auteurs, parmi d'autres : Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (nbp 3), n. 1091 à 1101 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Giovanni Biaggini, n. 47 à 56 ad art. 3.

⁸ Considérations générales sur l'*horror vacui* du constituant : Basler BV-Kommentar (nbp 3), Giovanni Biaggini, n. 53 ad art. 3.

⁹ ATF 140 III 155 consid. 4.3 ; message FF 1997 I 1, 532 ; St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 4 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 3 ad art. 122 ; sur le droit constitutionnel avant la réforme de la justice : Ruf (nbp 5), n. 133.

¹⁰ RS 272

¹¹ Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 3 à 6, 28 et 29 ad art. 122, avec d'autres références.

diques étudiées poursuivent des objectifs jugés typiques pour le droit civil et si elles font traditionnellement partie du droit civil.¹² Pour répondre à la question posée ici, il n'est pas nécessaire de décider quelle approche théorique devrait être privilégiée. Il suffit d'interpréter la disposition constitutionnelle selon les critères généraux reconnus (méthodes littérale, systématique, historique et téléologique).

4.2.2 Méthode littérale

L'activité consistant à établir des actes authentiques relève de la juridiction gracieuse (juridiction non contentieuse), qui est considérée comme faisant partie de la procédure civile¹³. L'intégration de la juridiction gracieuse dans la procédure civile ressort déjà de l'objet du CPC, qui mentionne également les décisions judiciaires de la juridiction gracieuse (art. 1, let. b, CPC). Au niveau de l'énoncé, la procédure notariale relève par conséquent de la compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile conformément à l'art. 122, al. 1, Cst.

4.2.3 Méthode systématique

La position de l'art. 122, al. 1, dans la Constitution confirme qu'il s'agit d'une disposition qui règle une compétence de la Confédération (voir les titres précédant les art. 42 et 54 Cst.) et qu'elle porte sur le droit civil au sens large (voir le titre de l'art. 122 Cst.). On ne peut pas tirer de la systématique de l'acte juridique d'autres informations utiles à la présente analyse.

4.2.4 Méthode historique

La genèse de l'art. 122 Cst se décompose en plusieurs étapes.

- a. L'art. 64, al. 1 et 2, de la Constitution fédérale de 1874 (aCst.)¹⁴, qui n'a plus été modifié de manière substantielle après 1898, attribuait à la Confédération une large compétence pour légiférer en matière de droit civil, tout en précisant à l'al. 3 que l'« organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé ». La Confédération ne disposait donc pas de compétences législatives pour la procédure judiciaire relative à la procédure civile ; les cantons restaient compétents à cet égard.¹⁵ Il était toutefois établi que la Confédération pouvait édicter des règles de droit public complémentaire dans la mesure où elles étaient nécessaires pour garantir une exécution efficace et une application uniforme du droit civil fédéral (exemples : certains actes authentiques, liés notamment aux testaments visés aux art. 499 à 504 CC ; droit du registre du commerce, du registre de l'état civil et du registre foncier ; droit des tutelles).¹⁶

Dans ce contexte, deux arguments principaux tendent à montrer que le législateur fédéral aurait déjà pu réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques dans la version originale du CC¹⁷ : premièrement, l'art. 64, al. 3, aCst. réservait la compétence des cantons de légiférer en matière de procédure *judiciaire* uniquement. Cette disposition ne venait donc pas contredire l'interprétation selon laquelle l'al. 1 se rappor-

¹² Voir par ex. l'aperçu dans le St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 7 à 11 ad art. 122.

¹³ Ruf (nbp 5), n. 246 ; Mooser (nbp 2), n. 53 ; JAAC 46 p. 48 n° 7 = RNRF 64/1983, n° 65 / p. 342, ch. 1.a. ; St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 14, 19 et 20 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 26 ad art. 122.

¹⁴ RS 1 3 ; texte joint en annexe ; au sujet de l'introduction progressive de la compétence fédérale en matière de droit civil, voir Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 1 ad art. 122, et St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 1 ad art. 122.

¹⁵ Blaise Knapp, n. 62 à 64 ad art. 64, in : Kurt Eichenberger et. al. (édit.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, recueil de feuillets mobiles 1987–1996 (ci-après : Kommentar BV 1874).

¹⁶ Kommentar BV 1874 (nbp 15), Blaise Knapp, n. 33 à 39 ad art. 64.

¹⁷ Opinion favorable : JAAC 46 p. 48 n° 7 = RNRF 64/1983, n° 65 / p. 342, ch. 1.a.

tait également aux procédures de juridiction gracieuse devant des autorités non judiciaires.¹⁸ C'est ainsi qu'un nombre considérable de procédures de la juridiction gracieuse (concernant en particulier les trois registres mentionnés et le droit des tutelles) ont été réglementées par des dispositions de droit fédéral sans que la démarche ait été critiquée comme étant anticonstitutionnelle. Le fait que le domaine des actes authentiques n'ait pas été réglementé par le droit fédéral n'est pas dû, selon cette conception, à l'absence de base constitutionnelle, mais à d'autres raisons. Deuxièmement, le législateur fédéral disposait d'une grande marge de manœuvre pour décider s'il était nécessaire d'harmoniser un domaine afin de garantir une application correcte et uniforme du droit fédéral. Même si on avait jugé que le premier argument n'était pas convaincant, le législateur fédéral aurait pu, en invoquant ce second argument, édicter en guise de droit complémentaire des règles uniformes sur l'établissement des actes authentiques. Comme il n'a manifestement pas jugé nécessaire d'instaurer des règles fédérales en la matière, il a prévu une dérogation au principe de la codification (voir art. 5 CC et 51 Tit. fin. CC) pour ce domaine et a chargé les cantons à l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC de déterminer les modalités de la forme authentique sur leur territoire.¹⁹ Il n'est toutefois pas nécessaire de poursuivre ici cette réflexion pour savoir si le législateur fédéral aurait pu uniformiser la procédure d'instrumentation en vertu de l'ancien droit constitutionnel.

En ce qui concerne la *compétence* des cantons, l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC a un effet purement déclaratoire (que ce soit parce qu'une réglementation fédérale primant le droit cantonal dans une situation de compétence fédérale concurrente faisait défaut ou, selon une autre conception, parce que la forme authentique ne relevait pas de la Confédération). Le législateur a en revanche instauré une *obligation* pour les cantons d'établir des règles en matière d'actes authentiques (voir art. 52 et 53, al. 2, Tit. fin. CC, avec la possibilité pour le Conseil fédéral d'édicter des dispositions à défaut des cantons à l'art. 53, al. 1, Tit. fin. CC).

- b. Quelque temps après l'entrée en vigueur du code civil, le Tribunal fédéral a reconnu progressivement que le droit civil posait à la fois des exigences minimales et des exigences maximales concernant la forme authentique. La même idée est à la base de ces deux types d'exigences : le droit cantonal ne doit pas empêcher la bonne application du droit civil fédéral²⁰. L'énoncé de l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC est donc formulé de manière trop peu nuancée vu que la procédure d'instrumentation des actes authentiques est, aujourd'hui déjà, bien encadrée par le droit fédéral.
- c. Suite à la révision totale de la Constitution fédérale du 18 avril 1999²¹, le nouvel art. 122 a remplacé l'ancien art. 64 aCst. Dans sa version d'origine²², l'art. 122 Cst. entrait strictement dans la logique de mise à jour de la Constitution : la révision ne visait pas à introduire des modifications matérielles, mais à structurer le droit constitutionnel de manière systématique et le formuler dans un langage compréhensible.²³ C'est ainsi que l'al. 1 conférait à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil, alors que l'« organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil » restaient du ressort des cantons, conformément à l'al. 2. La répartition des compétences n'avait donc pas été modifiée.

¹⁸ W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3^e éd. Berne 1931, p. 589.

¹⁹ C'est ce que semble également penser le Tribunal fédéral, en retenant que le législateur fédéral a, en adoptant l'art. 55 Tit. fin. CC, transmis une tâche aux cantons, ATF 133 I 259 consid. 2.1 et 131 II 639 consid. 6.1 ; également Mooser (nbp 2), n. 40.

²⁰ Pour une vue d'ensemble : Mooser (nbp 2), n. 26, 41 et 42, et ATF 133 I 259 consid. 2.2, avec d'autres références.

²¹ RO 1999 2556.

²² Le texte original est joint en annexe.

²³ Message FF 1997 I 1, 344.

- d. Ce n'est qu'avec la réforme de la justice que le constituant a intégré la procédure civile à l'art. 122, al. 1, Cst.²⁴ Le législateur fédéral jouit donc désormais de la compétence de codifier l'ensemble du droit civil et de la procédure civile. La volonté d'attribuer la compétence de légiférer pour le droit matériel et le droit de procédure à un seul niveau vise à régler les problèmes de coordination qui se posaient jusque-là²⁵. Les cantons restent toutefois compétents pour l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil (c'est-à-dire pour mener les différentes procédures au cas par cas).
- e. Le code de procédure civile de 2008 codifie le droit de procédure civile et règle la procédure devant les juridictions cantonales qui est applicable a) aux affaires civiles contentieuses, b) aux décisions judiciaires de la juridiction gracieuse, c) aux décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite et d) à l'arbitrage. Sont notamment exclus le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite ainsi que la juridiction gracieuse devant des autorités non judiciaires. Cette restriction s'explique par la volonté, d'une part, de conserver les dispositions de droit fédéral qui ont fait leurs preuves (par ex. la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite²⁶ et le droit relatif au registre de l'état civil, au registre foncier et au registre du commerce) et, d'autre part, de ne pas remettre en question la compétence des cantons de légiférer en matière de procédure d'instrumentation des actes authentiques²⁷. Le fait que le législateur fédéral n'a pas légiféré sur la procédure d'instrumentation des actes authentiques ne permet cependant pas de conclure qu'il n'aurait pas eu le droit de le faire.

Pour résumer, l'évolution du droit telle que présentée ci-dessus nous permet de soutenir que le législateur fédéral aurait la possibilité, en se fondant sur l'art. 122 Cst., de codifier l'intégralité de la matière que forment le droit civil et la procédure civile. La procédure d'instrumentation des actes authentiques fait partie de cet ensemble en tant qu'élément de la juridiction gracieuse, comme les autres domaines déjà cités. Chacun de ces domaines sert le droit civil en fondant des rapports de droit civil par l'intermédiaire d'autorités administratives ou de particuliers auxquels sont déléguées des tâches administratives. L'interprétation historique confirme donc l'interprétation littérale.

4.2.5 Méthode téléologique

L'interprétation téléologique de l'art. 122 Cst. n'amène pas d'éléments allant à l'encontre des réflexions menées ci-dessus. L'objectif de la disposition est de donner au législateur fédéral la possibilité de régler le droit civil matériel et la procédure civile de façon exhaustive tout en lui laissant le choix de décider dans quels domaines il entend légiférer. Cette compétence n'exclut pas qu'il décide de renoncer à régler un domaine comme celui de la procédure d'instrumentation et en laisse la compétence aux cantons (en laissant l'art. 55 Tit. fin. CC inchangé). Elle n'exclut pas non plus qu'il révisé son jugement et reconnaisse aujourd'hui un plus grand besoin d'uniformisation que par le passé.

4.2.6 Évaluation générale

À l'instar d'autres domaines de la juridiction gracieuse, la procédure d'instrumentation présente les caractéristiques extérieures d'une procédure administrative. Il est donc difficile d'argumenter qu'il s'agit effectivement de droit civil. Nous arrivons toutefois à la conclusion que cette procédure fait bien partie de l'ensemble formé par le droit civil et la procédure civile sur

²⁴ Art. 122, al. 1, Cst. dans la version du RO 2002 3148, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 selon RO 2006 1059.

²⁵ Message FF 1996 I 1, 532 et 533; Alex Dépraz, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, thèse Lausanne 2002, n. 88 à 90.

²⁶ RS 281.1

²⁷ Message FF 2006 6848, 6874.

lequel porte la compétence fédérale. Savoir si elle doit être rattachée au droit civil ou à la procédure civile est une question tout académique. La genèse de la réglementation, la doctrine riche et variée sur le sujet et l'extension progressive des règles fédérales compliquent certes l'évaluation de la question.

Ce point peut toutefois rester en suspens, car il n'y a aucune raison justifiant que le constituant ait autorisé la Confédération à édicter des règles portant sur les procédures civiles devant les tribunaux et sur les procédures liées au registre du commerce, au registre foncier, au registre de l'état civil ou encore au registre des marques tout en lui interdisant d'uniformiser la procédure d'instrumentation. Si tel était le cas, le législateur fédéral pourrait certes continuer de prescrire la forme authentique, il pourrait dire quels effets entraînerait la violation de ces prescriptions et définir la procédure à suivre pour que les registres s'y conforment, mais il serait pieds et poings liés s'il venait à constater que les circonstances actuelles exigent une uniformisation des procédures en matière d'actes authentiques. Qui plus est, les règles déjà édictées pour l'établissement d'actes authentiques électroniques²⁸ seraient anti-constitutionnelles. Rien n'expliquerait ce décalage par rapport à la manière dont le droit constitutionnel est appliqué dans les domaines comparables déjà cités. La procédure d'instrumentation ferait figure de bloc erratique dans le paysage juridique que constitue le droit civil et la procédure civile : ce serait le seul domaine que la Constitution réserverait aux cantons, sans que le texte le mentionne explicitement.

Certains auteurs de doctrine estiment que la procédure d'instrumentation ne fait pas partie du droit civil ni de la procédure civile, mais relève du droit public, qui est du ressort des cantons en l'absence de compétence fédérale.²⁹ Cette conception est sans nul doute influencée par l'existence, depuis la nuit des temps, de l'art. 55 Tit. fin. CC, qui exige que les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique, et par le fait que les cantons édictent pour ce faire des règles qui présentent des caractéristiques typiques du droit administratif. Cette analyse est toutefois erronée en ce qui concerne la répartition des compétences de droit constitutionnel, et ce pour au moins quatre raisons. Premièrement, le droit de procédure – y compris la procédure civile – constitue toujours du droit public ; cela vaut également pour les domaines de la juridiction gracieuse qui lui sont apparentés. Deuxièmement, personne ne conteste que l'art. 122 Cst. autorise la Confédération à édicter des règles qui dégagent des relents de droit administratif. Troisièmement, la juridiction gracieuse, qui exhale elle aussi ce fumet, est considérée comme faisant partie de la procédure civile (voir plus haut). Quatrièmement, on ne peut pas déduire de l'absence de réglementation fédérale que la compétence fédérale en question n'existe pas – d'autant moins lorsqu'il s'agit d'une compétence fédérale concurrente. Ce qui est déterminant en fin de compte, c'est la portée de la compétence fédérale : est-ce que la procédure d'instrumentation est soumise à l'art. 122, al. 1, Cst. ou pas ? Pour les raisons évoquées ci-dessus, nous arrivons à la conclusion que c'est bien le cas.

Une autre objection est également parfois formulée contre l'uniformisation de la procédure d'instrumentation par le droit fédéral : l'organisation et la procédure en la matière sont trop inextricablement liées pour pouvoir être séparées.³⁰ Il est vrai que le droit de procédure définit les droits et les devoirs des autorités et des particuliers qui assument des tâches publiques. Mais seuls les processus de travail sont touchés, et non l'organisation en tant que telle (notariat d'État ou notariat latin, organisation de la surveillance, répartition géographique

²⁸ Art. 55a Tit. fin. CC et ordonnance du 8 décembre 2017 sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (OAAE, RS 211.435.1).

²⁹ Denis Piotet, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, RNRF 84/2003, p. 130, 137 ; Jürg Schmid, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in : Alexandra Rumo-Jungo / Pascal Pichonnaz / Bettina Hürlimann-Kaup / Christiana Fountoulakis (édit.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 591, ch. I.1, I.3 et II.2.b.

³⁰ Piotet, *ibidem* (nbp 29).

des études, nomination des titulaires, etc.), qui reste du ressort des cantons. Il n'est certes pas toujours aisé de séparer droit de l'organisation et droit de procédure, mais on ne saurait avancer pour autant que le législateur fédéral a renoncé à autoriser la Confédération à régler la procédure notariale à cause de ces difficultés. Une telle séparation est d'ailleurs explicitement prévue pour les tribunaux civils à l'art. 122, al. 2, Cst.

Dans les textes de doctrine plus anciens, on peut également lire que l'art. 64 aCst. ne vise qu'une unification du droit matériel et non du droit de procédure, raison pour laquelle la Confédération n'est pas compétente pour légiférer en matière de juridiction gracieuse.³¹ Il faut voir ce commentaire comme une prise de position au sujet de la question – laissée sans réponse ci-dessus – de savoir si le législateur fédéral aurait également pu réglementer la procédure d'instrumentation avant que la compétence fédérale en matière de droit civil ait été étendue à la procédure civile. Comme la procédure civile relève désormais de la compétence de la Confédération, les défenseurs de l'avis exprimé ci-dessus devraient donc également arriver à la conclusion que la procédure en question peut être régie par le droit fédéral. Soit dit en passant, la thèse selon laquelle la Confédération ne peut pas réglementer la juridiction gracieuse dans son ensemble n'a manifestement été établie qu'en lien avec la procédure d'instrumentation des actes authentiques, car, comme nous l'avons montré ci-dessus, la compétence de la Confédération est reconnue dans les autres domaines de la juridiction gracieuse.

Vu ce qui précède, la compétence de légiférer en matière de procédure d'instrumentation entre bien dans le champ d'application de l'art. 122, al. 1, Cst.

5 Conclusion

La Constitution en vigueur confère au législateur fédéral la compétence d'édicter des règles sur la procédure visant à établir des actes authentiques relevant du droit civil.³²

Remarques complémentaires :

- a. Les règles cantonales restent valables tant que le législateur fédéral n'a pas adopté de réglementation.
- b. Si le législateur fédéral règle de façon exhaustive la matière sur laquelle porte sa compétence de légiférer, les cantons restent uniquement responsables de l'organisation du notariat, dans la mesure où le législateur fédéral ne réglemente pas ce domaine pour garantir la mise en œuvre du droit fédéral (art. 122, al. 2, Cst.). Ils continuent de pouvoir choisir entre le modèle « latin », qui prévoit que les notaires travaillent à leur compte, et le notariat d'État ; les modèles mixtes restent également possibles.
- c. Il reste à vérifier si le droit public cantonal prévoit des cas où sont établis des actes authentiques qui ne concernent pas le droit civil ni la procédure civile. Ces cas ne seraient pas soumis à la compétence fédérale de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile, indépendamment du fait qu'ils relèvent, comme les autres actes authentiques, du droit notarial du canton. Ils ne seraient pas soumis à la compétence de la Confédération à moins d'être couverts par une autre compétence fédérale (par ex. mensuration nationale selon l'art. 75a Cst.). Les cantons seraient toutefois libres de régler ces cas en renvoyant dans leur législation aux règles fédérales, afin d'uniformiser entièrement le droit des actes authentiques³³.

³¹ Hans Marti, *Notariatsprozess*, Berne 1989, p. 30 ss.

³² Opinion partagée par St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 14, 19 et 20 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 26 ad art. 122 ; Dépraz (nbp 25), n. 88 à 90. Auteurs qui ne mentionnent pas la juridiction gracieuse mais ne l'excluent pas non plus : Jean-François Aubert, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich 2003, n. 10 ad art. 122 ; Giovanni Biaggini, *Kommentar zur Bundesverfassung*, Zurich, éd. 2017, n. 4 ad art. 122.

³³ Voir l'ATF 139 III 225 pour des exemples de renvois aux règles fédérales.

- d. La question de savoir si l'uniformisation des règles par la Confédération est nécessaire et souhaitable a son importance vu les art. 5a et 43a, al. 1, Cst. (principe de subsidiarité dans l'accomplissement des tâches étatiques). Le législateur fédéral a une grande marge d'appréciation à cet égard. Jusqu'à présent, il n'a pas remis en question la décision, prise il y a longtemps, de laisser les cantons fixer les règles de la procédure d'instrumentation des actes authentiques. Il peut toutefois changer d'avis en raison de l'évolution de la situation (notamment mobilité accrue des personnes, des biens et des services). L'objection selon laquelle il est difficile de séparer les règles liées à l'organisation de celles qui régissent la procédure peut ici jouer un rôle déterminant : il n'est pas forcément sensé de séparer ce qui est étroitement lié et qui fonctionne bien dans le quotidien juridique. Il faut donc se demander si la situation actuelle est jugée satisfaisante ou si, en pondérant tous les avantages et les inconvénients, il vaudrait mieux procéder à une uniformisation de la matière.

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Office fédéral de la justice OFJ

Domaine de direction Droit public

Susanne Kuster
Sous-directrice

Dossier traité par : Christoph Bloch, unité Législation 2

1. Texte de l'art. 64 de la Constitution fédérale de 1874³⁴

Art. 64

¹ La législation

sur la capacité civile,

sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change),

sur la propriété littéraire et artistique,

sur la protection des inventions applicables à l'industrie, y compris les dessins et modèles,¹¹⁵

sur la poursuite pour dettes et la faillite

est du ressort de la Confédération.

² La Confédération a le droit de légiférer aussi sur les autres matières du droit civil.¹¹⁶

³ L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé.¹¹⁷

¹¹⁵ Accepté en votation populaire du 19 mars 1905 (AF du 1er juillet 1905 – RO 21 348; FF 1903 V 49, 1905 III 416).

¹¹⁶ Accepté en votation populaire du 13 nov. 1898 (AF du 21 déc. 1898 – RO 16 824 827; FF 1896 IV 574, 1898 IV 958).

¹¹⁷ Accepté en votation populaire du 13 nov. 1898 (AF du 21 déc. 1898 – RO 16 824 827; FF 1896 IV 574, 1898 IV 958).

2. Texte initial de l'art. 122 dans la Constitution de 1999³⁵

Art. 122 Droit civil

¹ La législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération.

² L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons.

³ Les jugements civils ayant force de chose jugée sont exécutoires dans toute la Suisse.

³⁴ Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947 1 A, p. 3; texte disponible à l'adresse www.admin.ch > Droit fédéral > Recueil systématique > Rechercher « 101 » > Révisions > 29.05.1874 – 01.01.2000 > toutes les versions.

³⁵ RO 1999 2556, 2586