

1. Définitions

Le notariat est une profession qui, comme d'autres, se définit au travers d'une activité. Cette activité consiste à recevoir, selon une procédure spéciale prévue par la loi, des actes juridiques. La notion de notariat au sens strict englobe l'ensemble des règles traitant de l'accès à la profession (nationalité, domicile, formation, patente/brevet, nomination, voire élection, autorisation d'exercer),

- l'organisation de la profession (notariat indépendant, fonctionnarisé, mixte; droit disciplinaire, compétence matérielle, compétence razione loci, droits, obligations (p.ex d'instrumenter, de renseigner les parties, secret professionnel) et charges du notaire, incompatibilités); et enfin l'organisation pratique de l'étude, de la chancellerie (locaux avec entrée individuelle, isolation acoustique de la salle d'instrumentation, registres).

La procédure d'instrumentation ou d'authentification règle la marche à suivre lors de la réception d'un acte authentique. C'est une somme d'instructions concrètes et précises qui guident le notaire depuis la réquisition d'instrumenter jusqu'à l'envoi des expéditions aux personnes ou autorités concernées, en passant par la confection de la minute

La définition de l'acte authentique résulte en fait de la combinaison des deux définitions précédentes. C'est, exprimé en termes simples, un acte reçu par un notaire selon la procédure d'instrumentation prévue par la loi.

2. Répartition des compétences entre la Confédération et les Cantons

Comme dans d'autres domaines, il y a en Suisse, dans le domaine du notariat et de l'instrumentation, une répartition des compétences législatives entre la

Confédération et les cantons Cette répartition est réglée à l'art. 64 de la Constitution fédérale ainsi qu'à l'art. 55 Titre Final du Code Civil.

En ce qui concerne l'acte authentique, on ne sait pas très bien où il convient de chercher les bases de la notion. Il ne faut donc pas s'étonner de constater que la doctrine et la jurisprudence ne se réfèrent pas, pour définir l'acte authentique, expressément à l'une ou l'autre disposition du droit fédéral (droit civil, mais aussi droit pénal, cf. art. 110 chiffre ~ al. 2 CP). Ceci s'explique par le fait que la notion d'acte authentique était connue bien avant l'entrée en vigueur du Code Civil et du Notariat en Suisse

Code Penal. Le Tribunal Fédéral s'est donc jusqu'ici contenté de donner une définition que j'appellerai descriptive d'un état de fait mais qui tient compte évidemment de la finalité de l'institution. En voici les principaux éléments: réception écrite de déclarations ayant une portée juridique par une personne spécialement habilitée par l'état selon une procédure spéciale prévue par la loi.

Par contre, le Tribunal Fédéral interprète le droit civil fédéral pour dire quelles sont les exigences minimales de la procédure d'instrumentation, en particulier en ce qui concerne le contenu minimum de l'acte (règles expresses, comme par exemple pour l'exhérédation, cf. art. 479 CC, ou implicites, comme pour les contrats, cf. art. 1ss Code des Obligations (CO). Certains détails sont cependant prévus par la procédure.

Le droit civil fédéral ne règle qu'exceptionnellement certains éléments de la procédure d'instrumentation (testament, pacte successoral, protest faute de paiement ~ d'une lettre de change (cf. art. 1035 ss CO), mais aussi signature (cf. art. 14s CO).

Par contre, c'est principalement le droit civil fédéral qui nous dit pour quel genre d'acte il convient de respecter la forme authentique. Les Cantons peuvent cependant prévoir la forme authentique pour des actes autres que ceux énumérés dans le droit civil fédéral, pour autant qu'il n'en résulte pas une entree au droit fédéral. Les cantons ne peuvent donc pas prescrire la forme authentique pour un contrat de vente mobilière ou un contrat de fermage.

Tous les autres problèmes liés au notariat et à l'acte authentique sont réglés par le droit cantonal. Il en résulte une extraordinaire diversité qui, avec l'accroissement de la mobilité en Suisse et en Europe, semble de plus en plus difficile à justifier.

3. Les différentes formes du notariat

Les vingt-six cantons de la Suisse connaissent différentes formes du notariat: notariat de fonction dans les cantons notariat indépendant dans les cantons notariat mixta (GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, ZG), où les deux systèmes sont mélangés et où le notaire fonctionnaire et le notaire indépendant ont chacun leur compétence propre ou même une compétence concurrente (GR: le notaire d'arrondissement et le notaire breveté).

Le choix des systèmes est souvent dû à des facteurs historiques. La Romandie est traditionnellement orientée vers la France et l'Italie et a donc adopté (ou a dû adopter pour des raisons politiques) le notariat indépendant (dit de type "latin"). Dans d'autres cantons, surtout les cantons alémaniques, on a plutôt suivi la tradition allemande. Or, en Allemagne, l'instrumentation était (et demeure en partie) réservée aux *Stadtschreiber*, donc à des fonctionnaires.

4. Similitudes entre notaires fonctionnaires et notaires indépendants

La différence des systèmes ne veut pas dire qu'il n'y ait pas de similitudes importantes entre les notaires indépendants et les notaires fonctionnaires. Si tel n'était pas le cas, il n'y aurait pas de concordance dans le fruit de leur travail qui, pour l'essentiel, définit la profession, c'est-à-dire l'authentification. Il ne serait à ce moment guère possible de parler d'une même profession.

Le notaire fonctionnaire, comme le notaire indépendant, est nécessairement citoyen suisse, domicilié en Suisse voire dans le canton où il exerce sa profession, il a l'exercice des droits civils, il est tenu au secret professionnel, il a l'obligation d'instrumenter, de renseigner les parties, de s'assurer de son indépendance face aux parties en présence.

Le notaire fonctionnaire, comme le notaire indépendant, reçoit les actes juridiques sur réquisition selon des règles établies principalement par les cantons sur la base de leur tradition et en fonction des exigences du droit civil suisse.

5. Les différences entre les notaires indépendants et les notaires fonctionnaires

En règle générale, l'accès à la profession de notaire indépendant est ouvert à des candidats ayant accompli des études universitaires complètes ainsi qu'un stage pratique dont la durée moyenne est d'environ 1 an et demi. C'est déjà à ce niveau-là qu'il y a une importante différence entre le notaire indépendant et le notaire fonctionnaire: le notaire fonctionnaire n'a que rarement une formation juridique et n'a qu'exceptionnellement une formation universitaire complète. De plus, il n'accomplit pas nécessairement un stage pratique avant de se voir accorder la patente de notaire. En effet, c'est très souvent un greffier de commune ou de district (élu ou engagé) qui officie comme notaire. Or ces greffiers n'ont pas forcément une formation juridique. Il convient tout de même de faire une exception globale pour les notaires zurichois qui ont l'obligation de suivre des cours de droit à l'Université.

La seconde différence réside évidemment dans le fait que le notaire indépendant, alors même qu'il est soumis à un contrôle rigoureux de l'Etat, n'est pas intégré dans la hiérarchie étatique. Il est donc indépendant. Aux yeux du public, cela peut évidemment avoir des avantages et en donner que les clients n'ont pas forcément des intérêts convergents avec ceux de l'Etat (instrumentation d'un acte de vente entre l'Etat ou une commune et un particulier; conséquences fiscales positives ou négatives selon les modalités de l'acte).

La troisième différence essentielle réside dans le fait que le notaire indépendant est soumis au jeu de la libre concurrence, avec une réserve toutefois pour la détermination des émoluments qui sont en règle générale fixés dans des tarifs contraignants. Cela a pour conséquence que le notaire se voit obligé de tenter de se démarquer de ses concurrents non pas par le prix de ses services, mais par un service supérieur en qualité et en rapidité. De son côté, le client a la possibilité de faire confiance à qui il veut. Il n'est pas contraint de s'adresser à tel fonctionnaire désigné par la loi.

Cependant, les différences purement matérielles entre le notaire indépendant et le notaire fonctionnaire font de plus en plus l'objet de discussions. Car il est évident que le notaire fonctionnaire à qui l'Etat ou la commune met à disposition une infrastructure gratuite et qui, en tant que service de l'Etat, bénéficierait de certaines immunités fiscales, fausse le jeu de la libre concurrence. Il en est de même si les services du notaire fonctionnaire sont proposés au public à des tarifs qui ne couvrent pas réellement les coûts, la différence étant prise en charge par l'Etat.

6. Les associations de notaires

Les notaires indépendants des différents cantons sont en règle générale rattachés à une association cantonale (Chambres, Conseil) qui représente leurs intérêts au niveau du Canton. Douze de ces associations cantonales de notaires indépendants (Argovie, Bale-Ville, Berne, Fribourg, Genève, Grisons, Jura, Neuchâtel, Tessin, Uri, Valais, Vaud) sont rattachés à la Fédération Suisse des Notaires qui est l'association fa[^]tière des notaires indépendants. Environ 1'500 notaires sont membres individuels de la Fédération Suisse des Notaires. La Fédération Suisse des Notaires est actuellement en réorganisation. Ses statuts ont, en 1996, été modifiés de façon à ce que le comité directeur puisse travailler avec plus d'efficacité. Enfin, le Registre Central des Testaments qui a jusqu'ici drainé une importante partie des finances de la Fédération, a lui aussi été réorganisé. Dorénavant, d'éventuelles pertes ne seront plus supportées par la Fédération. Tout cela a pour conséquence que la Fédération Suisse des Notaires a dorénavant plus de moyens à disposition et qu'elle peut les utiliser de façon plus efficace que par le passé.

La Fédération Suisse des Notaires veille aux intérêts des notaires indépendants au niveau de la Suisse et au niveau international. Sur le plan de la Suisse, elle est à ce titre très souvent sollicitée dans le cadre des procédures de consultation de l'administration fédérale. Sur le plan international, elle est appelée à s'associer aux travaux de l'Union Internationale du Notariat Latin. Elle a la ferme intention de le faire de façon bien plus active que jusqu'ici.

Les notaires fonctionnaires, quant à eux, ne sont que rarement constitués en association. Ceci est dû avant tout au fait qu'ils ont en règle générale d'autres fonctions prépondérantes (conservateur du registre foncier, greffier, secrétaire de commune).

L'instrumentation

Nous avons vu plus haut la définition de l'instrumentation. Il s'agit en fait d'une procédure, donc de droit formel (public, contraignant). La procédure est en partie comparable à la procédure contentieuse (procès civil) qui se déroule devant le juge. La procédure non-contentieuse d'instrumentation nous dit donc comment il convient de revêtir un acte de la forme authentique.

Plus concrètement, elle nous indique par exemple les modalités de la réquisition, de la procédure préparatoire, de la procédure principale se déroulent en présence des parties (langue employée, simultanéité de l'instrumentation avec toutes les parties, unité de l'acte, formalités de la désignation des parties, papier utilisé, présentation du texte, timbres) et finalement les cas d'obligation de se récuser.

Les exigences minimales de la procédure d'instrumentation sont, nous l'avons vu, fixés par le droit fédéral. La même chose est valable pour le contenu minimum de l'acte. La teneur de l'acte résulte en partie également de la procédure (identification des parties, du notaire, constatation des formalités de la procédure d'authentification qui ont été remplies, indication du lieu et de la date de l'instrumentation).

Il y a deux objets possibles de l'instrumentation:

- une déclaration de volonté (déclaration unilatérale, contrat)
- une constatation portant sur des faits (verbalisation de l'état d'un immeuble, du déroulement d'une assemblée, de déclarations faites devant le notaire, du savoir du notaire lui-même) La procédure peut évidemment varier selon l'objet de l'instrumentation.

8. Quelle est la répartition des compétences entre les notaires indépendants et les notaires fonctionnaires?

La compétence matérielle est déterminée par le droit cantonal. S'il y a donc, à côté des notaires fonctionnaires, des notaires indépendants, c'est le droit cantonal qui dira quels actes sont du ressort des uns et des autres. Dans plusieurs cantons, l'instrumentation des actes de droit réel immobilier est réservée aux notaires fonctionnaires, alors que les autres objets d'instrumentation sont attribués aux notaires indépendants. La légalisation des signatures est souvent laissée aux soins de fonctionnaires divers, parfois même au président de commune (SG, TG: Gemeindeamman).

9. Quel est le lieu de l'instrumentation?

Le lieu de l'instrumentation est l'endroit géographique où le notaire signe l'acte authentique respectivement la minute. Le lieu de l'instrumentation se trouve en règle générale au lieu où le notaire a son étude. Il doit nécessairement se trouver sur le territoire du canton qui a accordé la patente au notaire. Cela découle du principe de la territorialité. On n'est notaire que dans le canton qui a délivré le brevet. (Il y a quelques exceptions à ce principe dues à des concordats entre certains cantons).

Pour les actes prévus par le droit fédéral, il n'y a pas de lieu prescrit pour l'instrumentation. Les parties peuvent donc faire instrumenter leur acte n'importe où en Suisse, quel que soit leur domicile. Le corollaire en est la reconnaissance obligatoire des actes dans toute la Suisse.

Il y a cependant deux exceptions reconnues à ce principe de la liberté du choix du lieu de l'instrumentation. D'une part, les actes concernant des immeubles doivent être instrumentés dans le Canton où est situé l'immeuble. Cela découle de l'art. 55 Titre Final du CC qui prévoit que les Cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique. D'autre part, certains Cantons prévoient que ces actes ne peuvent être reçus que par un notaire dont l'étude se trouve dans le district concerné (BE, JU, NE, VD, GR (dans ce dernier Canton cette limitation ne vaut que pour les notaires fonctionnaires (Kreisnotare))). Cette solution dite du "cantonement" ne fait cependant pas l'unanimité et c'est la raison pour laquelle elle est en discussion dans le Canton de Berne qui révisait sa loi sur le notariat.

La compétence territoriale du notaire doit être respectée même dans les cas où la forme authentique n'est pas prescrite par la loi, mais choisie par les parties.

10. Compétence internationale

Un grand nombre de pays entourant la Suisse ne connaissent pas la notion de compétence territoriale. Ces pays admettent sans restrictions les actes instrumentés dans un autre pays par un notaire qualifié. Il est donc possible qu'un notaire suisse puisse valablement instrumenter en Suisse un contrat de vente immobilière concernant un terrain situé en Italie ou en Allemagne.

11. Evolution du notariat en Suisse

Ces dernières années, il y a une évolution dans divers domaines: tarifs, libre concurrence, libéralisation de l'interdiction de publicité.

En raison de la hausse des prix dans le marché immobilier de la fin des années 90, la surveillance des prix est intervenue dans différents Cantons pour faire baisser les émoluments des notaires pour les transactions immobilières. Là où cette intervention a effectivement abouti à une baisse des tarifs, la situation des notaires s'est considérablement détériorée du fait que les prix dans l'immobilier ont simultanément baissé de manière spectaculaire. Suite à l'intervention de la Surveillance des Prix, un tarif non contraignant vers le bas a été, pour la première fois, introduit dans un Canton suisse, l'Argovie. Les notaires argoviens ne sont donc pas autorisés à dépasser certains seuils supérieurs, mais ils sont libres de fixer leur émolument en deçà de ce seuil.

Comme dans l'Union Européenne, l'objectif du marché unique remet en question certaines traditions en Suisse aussi. C'est ainsi que l'on se pose de plus en plus la question de la mobilité des notaires en Suisse (libre circulation) et que l'on parle de plus en plus ouvertement d'une libéralisation des règles concernant la publicité. La Commission fédérale de la concurrence vient de suggérer à la FSN de prendre les devants dans ces secteurs.

Cette même Commission a par ailleurs été interpellé par un notaire indépendant qui estimait que le jeu de la libre concurrence était faussé par les notaires fonctionnaires qui bénéficient, du moins en partie, de conditions d'exercice de leur profession plus favorables que les notaires indépendants. Il sera intéressant de suivre l'évolution de cette affaire.

Enfin, il y a eu ces derniers temps une mise en question du notariat indépendant dans les Cantons de Neuchâtel, Genève et Jura. Or ce thème, qui revient régulièrement sur le tapis dans tous les Cantons connaît le notariat indépendant a pu être traité de façon satisfaisante. A Genève, le postulat qui demandait d'examiner une possible fonctionnarisation a été retiré après une discussion ouverte entre ses auteurs et la Chambre des notaires. Au Jura, le parlement a décidé de ne pas donner de suite à une intervention qui allait dans le même sens. Cela résulte en partie certainement du fait que la tendance actuelle va clairement en sens inverse, le notariat indépendant ayant été réintroduit dans la plupart des pays de l'Est (y compris la Chine communiste) C'est là la meilleure référence du notariat de type latin.

Berne, 25 février/25 avril 1997

Andreas B. Notter