

## La représentation civile volontaire dans les actes authentiques\*

Par *Blaise Carron*, Dr. en droit, Professeur à l'Université de Neuchâtel.\*\*

### Bibliographie

*Christian Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993 (cité: *Brückner*); *Louis Carlen*, Notariatsrecht der Schweiz, Zurich 1976 (cité: *Carlen*); *Bernard Corboz*, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010 (cité: *Corboz*); *Conradin Cramer*, Die Form der Vollmacht für öffentlich zu beurkundende Verträge, PJA 2018 p. 281 ss, *Alex Dépraz*, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, thèse Lausanne 2002 (cité: *Dépraz*); *Christian Eichenberger*, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Berne 2009 (cité: *Eichenberger*); *Pierre Engel*, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997 (cité: *Engel*); *Pascal G. Favre*, Le transfert conventionnel de contrat: analyse théorique et pratique, thèse Fribourg 2005 (cité: *Favre*); *Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10<sup>e</sup> éd., Zurich 2014 (cité: *Gauch/Schluemp/Schmid*); *Heinrich Honsell/Nedim*

\* Cette contribution résulte du remaniement des notes d'une conférence donnée le 23 novembre 2017 aux notaires romands dans le cadre de l'Institut de consultation notariale (Icône).

\*\* Je remercie chaleureusement *Christelle Froidevaux*, collaboratrice scientifique à la Faculté de droit de l'UniNE et avocate, des recherches juridiques effectuées pour la rédaction de cet article et de l'aide qu'elle m'a apportée dans la mise au point et la finalisation de ce dernier. Je remercie également *Michel Mooser*, notaire et professeur titulaire à la Faculté de droit de Fribourg, des nombreux échanges qui ont précédé la rédaction de ce texte ainsi que de sa relecture critique du manuscrit. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que son auteur.

Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (édit.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015 (cité: *BSK-Auteur*); *Claire Huguenin*, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil und Besonderer Teil*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité: *Huguenin*); *Etienne Jeandin*, *La profession de notaire*, Collection *quid Iuris?*, Genève/Zurich/Bâle 2017 (cité: *Jeandin*); *Hans Marti*, *Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz*, Berne 1989 (cité: *Marti*); *Michel Mooser*, *Le droit notarial en Suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014 (cité: *Mooser*); *Denis Piotet*, *La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics – Etude de droit public suisse*, thèse Lausanne 1981 (cité: *Piotet*); *Peter Ruf*, *Notariatsrecht*, Langenthal 1995 (cité: *Ruf*); *Jörg Schmid*, *Der Umfang des Formzwangs, recht* 1989 p. 113 ss (cité: *Schmid, Umfang*); *le même*, *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*, thèse Fribourg 1988 (cité: *Schmid*); *Daniel Staehelin*, *Vertretungsverhältnis nicht genannt – öffentliche Urkunde ungültig?*, in *Jusletter* du 2 août 2010 (cité: *Staehelin*); *Paul-Henri Steinauer*, *La forme authentique en droit fédéral*, in *Journée juridique à l'intention des notaires*, Fribourg 1989 (cité: *Steinauer*); *le même*, *Le titre préliminaire du Code civil*, in *Traité de droit privé suisse*, Tome II/1, Bâle 2009 (cité: *Steinauer, Titre préliminaire*); *Pierre Tercier*, *L'objet et l'étendue de la forme authentique*, in *Journée juridique à l'intention des notaires*, Fribourg 1989 (cité: *Tercier*); *Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron*, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2016 (cité: *Tercier/Bieri/Carron*); *Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz*, *Le droit des obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2012 (cité: *Tercier/Pichonnaz*); *Luc Thévenoz/Franz Werro* (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations*, art. 1–529 CO, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 (cité: *CR CO I-Auteur*); *Franz Werro*, *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2017 (cité: *Werro*); *Roger Zäch/Adrian Künzler*, *Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Stellvertretung*, Art. 32–40 OR, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014 (cité: *BK-Zäch/Künzler*).

## I. Introduction

Alors qu'il arrive fréquemment en pratique qu'une partie à un acte authentique se fasse représenter, nos recherches n'ont pas permis d'identifier une contribution traitant précisément de la représentation civile dans les actes notariés. Ce sujet est intéressant dans la mesure où il se situe à la frontière du droit fédéral des obligations et du droit cantonal notarial, ainsi qu'à l'interface de deux institutions fondamentales, celle de la représentation (art. 32 ss CO) et de la forme des actes juridiques.

Après avoir rappelé quelques fondements relatifs à la représentation civile volontaire et à la forme authentique (II.), nous décrirons le régime juridique applicable et ses conséquences (III.) avant de traiter quelques questions particulières (IV.).

## II. Quelques fondements

### A. La représentation civile volontaire

#### 1. La notion

La *représentation* est l'institution permettant à une personne (le représenté) de confier à une autre (le représentant) la tâche de faire des actes juridiques avec un tiers, de telle sorte que les effets juridiques se produisent directement dans le chef du représenté<sup>1</sup>. Même si les réflexions suivantes peuvent également valoir pour d'autres types de représentation, la présente contribution se concentre principalement sur la représentation civile volontaire directe.

Par représentation *civile*, on entend celle qui est réglée par la partie générale du CO. On l'oppose à la représentation commerciale, traitée aux art. 458 ss CO, qui concerne les fondés de procuration et les mandataires commerciaux et qui fait l'objet d'une réglementation spéciale. Les différences concernent notamment la constitution, l'étendue et le retrait des pouvoirs<sup>2</sup>.

Par représentation *volontaire*, on entend celle qui a son fondement dans un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté du représenté<sup>3</sup>. On oppose la représentation volontaire à la représentation légale<sup>4</sup>.

Par représentation *directe*, on entend celle où le représentant agit au nom du représenté, de sorte que l'acte juridique accompli par le premier produit directement ses effets dans la sphère du second. Elle fait l'objet des art. 32 ss CO. On l'oppose à la représentation indirecte, objet de l'art. 32 al. 3 CO uniquement. On parle de représentation indirecte lorsque le représentant (indirect) agit certes économiquement pour le compte du représenté (indirect), mais juridiquement en son nom propre. La conséquence est que l'effet de représentation n'a pas lieu, que le représentant (indirect) est partie à l'acte juridique et qu'une cession de créance (art. 164 ss CO) ou une reprise de dette (art. 175 ss CO), voire une cession de contrat<sup>5</sup> est nécessaire pour transférer les effets de l'acte juridique dans le chef du représenté.

Si les conditions de la représentation sont remplies, la représentation produit alors un effet particulier qui a pour conséquence que les actes juridiques effectués par le représentant se produisent directement dans le chef du représenté<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Tercier/Pichonnaz*, N. 381.

<sup>2</sup> Pour un aperçu de la représentation commerciale, cf. *Tercier/Bieri/Carron*, N. 5440 ss. Eg. *Engel*, p. 390 ss.

<sup>3</sup> *Huguenin*, N. 1043.

<sup>4</sup> Pour des développements sur la représentation légale, cf. *BK-Zäch/Künzler*, Rem. prélim. N. 7 ad art. 32–40 CO.

<sup>5</sup> A ce sujet, cf. *Favre*, passim.

<sup>6</sup> Arrêt du TF 2C\_1071/2012 du 7 mai 2013 consid. 5.1 s.; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 1314.

## 2. Les conditions de la représentation

Pour que l'effet de représentation se produise, deux conditions principales doivent être réunies: la prise de qualité par le représentant et l'existence de pouvoirs de représentation confiés par le représenté au représentant.

### a. La prise de qualité par le représentant

Celui qui agit en tant que représentant doit prendre cette qualité. Autrement dit, il doit faire savoir au tiers qu'il agit «*au nom du représenté*» et pas en son propre nom. Cette condition vise à protéger le tiers co-contractant, afin qu'il soit conscient de ne pas s'engager directement avec son interlocuteur mais avec le représenté, qui est en principe absent<sup>7</sup>.

La loi prévoit deux *exceptions* à cette condition, qui figurent à l'art. 32 al. 2 CO. D'une part, il s'agit du cas où le tiers doit inférer des circonstances qu'il existe un rapport de représentation<sup>8</sup>. On pense notamment au client (tiers) qui s'adresse à un employé (représentant) se trouvant derrière le comptoir de la boutique de son patron (représenté) et portant l'uniforme de son entreprise. D'autre part, il y a également représentation même si le représentant ne se déclare pas comme tel, lorsqu'il est indifférent pour le tiers de traiter avec le représenté ou le représentant<sup>9</sup>. Il en va ainsi d'une grande surface (tiers) pour qui il importe peu de traiter avec un client qui achète soit en son propre nom, soit en tant que représentant d'un tiers non présent.

### b. Les pouvoirs de représentation confiés par le représenté au représentant

Outre le fait d'agir au nom du représenté, le représentant doit être *titulaire des pouvoirs de représentation*. Le représenté doit confier une procuration – dite interne parce qu'il s'agit d'une manifestation de volonté adressée par le représenté au représentant, qui ne doit pas être nécessairement notifiée au tiers – qui lui confère les pouvoirs de passer l'acte en question. Cette deuxième condition protège le représenté, afin qu'il puisse fixer les actes que le représentant peut passer en son nom<sup>10</sup>.

La procuration interne n'obéit pas à une exigence de forme<sup>11</sup>. Elle peut être expresse, voire tacite, c'est-à-dire qu'elle peut résulter d'actes concluants du représenté qui, interprétés selon le principe de la confiance, confèrent des pouvoirs au représentant<sup>12</sup>. Il existe cependant des exceptions légales, qui exigent le respect d'une forme particulière. A titre d'exemples, on peut mentionner le cautionnement où l'art. 493 al. 6 CO

<sup>7</sup> Tercier/Pichonnaz, N. 395 s.

<sup>8</sup> A ce sujet, cf. BSK-Watter, N. 17 ss ad art. 32 CO.

<sup>9</sup> A ce sujet, cf. BSK-Watter, N. 20 ad art. 32 CO.

<sup>10</sup> Tercier/Pichonnaz, N. 406 s.; Schmid, Umfang, p. 119.

<sup>11</sup> Mooser, N. 194a.

<sup>12</sup> ATF 99 II 39 consid. 1 = RNR 56 p. 22 consid. 1 = JdT 122/1974 I 162.

impose la forme écrite ou authentique pour l'octroi des pouvoirs de représentation ainsi que l'art. 361 al. 1 CC qui requiert la forme olographe ou authentique pour la constitution d'un mandat pour cause d'inaptitude<sup>13</sup>.

*Exceptionnellement*, l'effet de représentation se produit même si le représentant ne bénéficie pas des pouvoirs lorsque le contrat est conclu. Premièrement, le pseudo-représenté peut ratifier l'acte du représentant en donnant subséquemment son accord (art. 38 CO)<sup>14</sup>. Deuxièmement, il y a les cas de procuration externe apparente ou par tolérance (*externe Anschein- oder Duldungsvollmacht*), où le comportement du pseudo-représenté combiné à la bonne foi du tiers peut constituer une apparence efficace, c'est-à-dire que l'effet de représentation se produit contre la volonté du pseudo-représenté (art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO)<sup>15</sup>.

En fonction du type d'actes autorisés, on distingue notamment les *catégories de procuration* suivantes.

1. Une procuration est dite *spéciale*, lorsqu'elle limite les pouvoirs à un acte déterminé (p.ex. l'achat d'un bien immobilier particulier).
2. Une procuration est dite *générique*, lorsqu'elle limite les pouvoirs à un type d'actes déterminés (p.ex. l'achat de biens immobiliers).
3. Une procuration est dite *générale*, lorsqu'elle vaut pour un ensemble d'actes de nature économique (p.ex. la gestion d'un parc immobilier).
4. Une procuration est dite *universelle* ou *en blanc*, lorsqu'elle vise tous les actes quels qu'ils soient.

### 3. L'effet de représentation

Lorsque les deux conditions ci-dessus sont remplies, l'acte juridique produit *l'effet de représentation*. Cela signifie que l'effet juridique voulu se produit directement dans le chef du représenté et que le représentant n'est pas lié<sup>16</sup>.

## B. La forme authentique

### 1. La notion

Revêt la *forme authentique* un document rédigé par une personne que l'État a chargée de cette mission, en la forme prescrite par lui et selon la procédure prévue à cet effet<sup>17</sup>. Le but de la forme authentique est de préserver les parties de décisions irréflechies, de leur faire prendre conscience de la portée de leurs engagements et d'assurer une expression claire et complète de leur volonté<sup>18</sup>. L'art. 9 CC précise ses effets: l'acte en question fait foi des faits qu'il constate et dont l'inexactitude n'est pas prouvée.

<sup>13</sup> Mooser, N. 194b.

<sup>14</sup> A ce sujet, cf. BK-Zäch/Künzler, N. 45 ss ad art. 38 CO.

<sup>15</sup> A ce sujet, cf. BK-Zäch/Künzler, N. 47 ss ad art. 33 CO.

<sup>16</sup> Tercier/Pichonnaz, N. 388.

<sup>17</sup> ATF 99 II 159 consid. 2a = RNRF 56 p. 46 consid. 2a = JdT 122/1974 I 66. Eg. Mooser, N. 2; Schmid, N. 124; pour plus de détails sur la forme authentique, cf. Dépraz, N. 39 ss.

<sup>18</sup> ATF 90 II 274 consid. 6 = JdT 104/1965 I 234.

Selon la jurisprudence, la forme authentique doit embrasser *toutes les clauses contractuelles* qui sont objectivement essentielles ainsi que les points objectivement secondaires mais subjectivement essentiels, pour autant que ces derniers, de par leur nature, constituent un élément soumis à la forme authentique, c'est-à-dire affectent le rapport entre prestation et contre-prestation issues du rapport synallagmatique<sup>19</sup>.

### 2. Les personnes impliquées

La procédure d'acte authentique implique *plusieurs personnes* qui interviennent à des qualités différentes<sup>20</sup>. Parmi elles, on distingue principalement:

- Le *notaire*. C'est l'officier public menant la procédure d'instrumentation. Seuls ses actes personnels et les constatations qu'il intègre dans son acte confèrent à celui-ci la forme authentique.
- Les *comparants*. Ce sont l'ensemble des personnes présentes devant le notaire lors de l'instrumentation de l'acte. Il peut s'agir d'une part des parties elles-mêmes qui sont les personnes physiques ou morales qui ont la volonté de s'obliger ou d'acquérir un droit et dans la sphère juridique desquelles l'acte juridique produit directement ses effets. Peuvent d'autre part comparaître des représentants légaux ou civils directs, qui ne s'obligent ni n'acquièrent directement des droits.
- Les *auxiliaires* de la procédure. Cette catégorie comprend notamment les témoins (p.ex. lors d'un testament public), les interprètes (p.ex. lorsque le notaire ne connaît pas la langue d'instrumentation) et les experts (p.ex. un médecin qui atteste de la capacité de discernement d'une personne).

### 3. Les obligations du notaire dans le cadre de la forme authentique

Les droits fédéral et cantonal imposent diverses obligations au notaire dans le cadre de la procédure d'instrumentation<sup>21</sup>. La présente contribution se limite à rappeler deux obligations fondamentales, qui revêtent une utilité particulière pour nos réflexions. Il s'agit de l'obligation d'instrumenter et de l'obligation de véracité, qui découlent toutes deux du contenu minimal de la forme authentique prévu par le droit fédéral<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> ATF 113 II 402 consid. 2a = RNRF 70 p. 289 consid. 2a = JdT 136/1988 I 67 et les références citées.

<sup>20</sup> Mooser, N. 587 ss.

<sup>21</sup> L'obligation d'instrumenter trouve plus précisément sa source dans le droit constitutionnel fédéral, en particulier dans l'interdiction du déni de justice et dans le principe d'égalité (cf. Mooser, N. 39; Jeandin, p. 71). En plus des obligations d'instrumenter et de véracité, le notaire doit respecter les obligations ministérielles suivantes: l'obligation de clarté, l'obligation de renseigner, l'obligation d'impartialité, l'obligation d'exécution de l'acte authentique, le secret professionnel et la conservation de l'acte authentique.

<sup>22</sup> A ce sujet, cf. Mooser, N. 208 ss; Jeandin, p. 69 et 81 ss.

<sup>22</sup> Mooser, N. 38 ss, 143 et 177.

### a. L'obligation d'instrumenter

Dans le cadre de son activité ministérielle, le notaire détient un monopole accordé par l'État pour l'instrumentation des actes authentiques<sup>23</sup>. Le corollaire de ce statut particulier est l'obligation faite au notaire d'instrumenter diligemment les actes requérant son intervention, dans la mesure où il est valablement requis de le faire, où il est compétent à la fois matériellement et territorialement et où il n'a ni l'obligation ni la faculté de se récuser<sup>24</sup>.

Si le notaire refuse à tort d'instrumenter un acte, il commet un déni de justice et engage à la fois sa responsabilité civile et disciplinaire<sup>25</sup>.

### b. L'obligation de véracité

Le notaire doit instrumenter un acte *conformément à la vérité*<sup>26</sup>. Cette obligation découle du droit privé fédéral. Elle est une concrétisation du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et constitue une exigence minimale de la forme authentique<sup>27</sup>. L'obligation de véracité impose au notaire de s'assurer personnellement de la réalité des faits et des déclarations intégrés dans l'acte authentique et de retranscrire fidèlement le contenu de ces constatations.

La *portée* de l'obligation de véracité est double: d'un point de vue objectif, le notaire doit utiliser le moyen le plus sûr de vérification; d'un point de vue subjectif, il ne doit instrumenter que les faits qu'il tient pour certains<sup>28</sup>. Si l'examen entrepris ne permet pas au notaire d'atteindre cette conviction, il doit refuser d'instrumenter. Contrairement à ce que certains textes cantonaux prévoient<sup>29</sup>, le notaire ne peut à notre avis pas instrumenter un acte dans lequel il précise que ses doutes subsistent<sup>30</sup>. Dans ce cas, l'obligation d'instrumenter doit céder le pas à l'obligation de véracité, et le notaire doit refuser d'instrumenter l'acte en question.

La *sanction de la violation* de l'obligation de véracité peut être à la fois civile, disciplinaire, mais aussi pénale puisque le notaire peut alors se rendre coupable de faux (intellectuel) commis dans l'exercice de fonctions publiques au sens de l'art. 317 CP, infraction punissable également par négligence (al. 2)<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> Mooser, N. 8.

<sup>24</sup> Carlen, p. 116; Mooser, N. 143 ss; Ruf, N. 641 ss.

<sup>25</sup> Marti, p. 39 et 58; Mooser, N. 150; Steinauer, p. 33. A ce sujet, cf. *infra*, p. 96 ss.

<sup>26</sup> Notamment art. 37 al. 2 LN-VS; Mooser, N. 177. Pour une présentation détaillée, cf. Eichenberger, *passim*.

<sup>27</sup> Mooser, N. 39a et 177.

<sup>28</sup> Mooser, N. 178; Piotet, p. 121; Ruf, N. 833; art. 34 al. 1 LN-BE, art. 51 et 52 ON-BE, art. 54 al. 1 LN-NE, art. 37 al. 1 LN-VS, art. 29 al. 1 DE-JU.

<sup>29</sup> P.ex. art. 4 al. 4 VOC-AI; art. 32 al. 2 NG-GR; § 20 al. 2 NV-ZH.

<sup>30</sup> Du même avis, Mooser, N. 178a.

<sup>31</sup> Mooser, N. 180; Jeandin, p. 75. A ce sujet, cf. *infra*, p. 98.

### III. Le régime et ses conséquences

#### A. Le scénario idéal

Lorsqu'un acte est soumis à la forme authentique, le notaire qui procède à une instrumentation impliquant un rapport de représentation doit idéalement s'assurer des quatre éléments suivants.

##### 1. L'existence d'un acte susceptible de représentation

Le notaire doit s'assurer que l'acte juridique en question est *susceptible de représentation*. Il ne peut ainsi pas s'agir d'un droit strictement personnel ou d'un acte strictement personnel, tel que la confection d'un testament ou la conclusion d'un contrat de mariage, pour lesquels tout acte de représentation est impossible et illicite.

##### 2. La capacité des parties

Le notaire doit *vérifier la capacité* aussi bien de la partie représentante que de la partie représentée, à des degrés toutefois divers.

Pour le *représentant*, le notaire peut se contenter de vérifier sa capacité de discernement. Celle-ci est présumée (art. 16 CC). Il n'est en revanche pas nécessaire que le représentant dispose de l'exercice des droits civils (art. 12 CC). En effet, il n'a pas besoin d'être protégé puisque l'acte juridique qu'il accomplit ne l'engage pas personnellement et que ses effets se produisent directement dans le chef du représenté<sup>32</sup>. Rien ne s'oppose donc à ce que le représentant soit mineur (art. 14 CC a contrario) ou bénéficie d'une mesure de protection de l'adulte (art. 388 ss CC).

Le *représenté* doit disposer de la capacité civile active (art. 12 CC) au moment de l'instrumentation de l'acte authentique. En effet, il s'agit d'une condition impérative pour que l'acte juridique accompli devant le notaire soit valable<sup>33</sup>. Le principe de la proportionnalité exige que le notaire fasse preuve d'un degré de diligence élevé tout en pouvant se contenter d'efforts encore raisonnables<sup>34</sup>. Selon la doctrine et la jurisprudence, le notaire n'a en principe pas l'obligation d'effectuer un contrôle systématique de la capacité du représenté, en particulier lorsqu'il n'existe a priori aucun doute<sup>35</sup>; en revanche, à la moindre hésitation, le notaire doit procé-

<sup>32</sup> Tercier/Pichonnaz, N. 393.

<sup>33</sup> Mooser, N. 187; art. 43 al. 1 ON-BE, art. 14 LN-GE, art. 17 al. 2 LN-JU, art. 24 al. 1 LN-FR, art. 37 al. 2 let. a LN-VS, art. 39 al. 2 LN-VD; voir ég. ATF 124 III 341 consid. 2c/aa = RNR 80 p. 133 consid. 2c/aa = JdT 147/1999 I 244, qui souligne que l'examen de la capacité de discernement du disposant peut également être effectué par le conservateur du registre foncier, en plus de celui du notaire, uniquement dans le cas où l'absence de cette capacité saute immédiatement aux yeux ou qu'elle est notoire.

<sup>34</sup> Mooser, N. 188b.

<sup>35</sup> Arrêt du TF 4A\_147/2010 du 26 mai 2010 consid. 2.2.1 = RNR 92 p. 310 consid. 2.2.1, citant Mooser, N. 188b. Eg. Ruf, N. 490; arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 18 décembre 2009 consid. 5b = JdT 159/2011 III 96.

der aux clarifications nécessaires<sup>36</sup>. Le principe demeure applicable, même si le droit cantonal prescrit expressément que le notaire doit s'assurer de la capacité des contractants, pour au moins deux raisons qui ont convaincu les juges fédéraux<sup>37</sup>. Premièrement, la capacité de discernement est présumée en vertu du droit civil fédéral, qui s'impose aux cantons. Deuxièmement, une vérification systématique de la capacité civile des parties, sans qu'il n'y ait de motif apparent d'y procéder, entraverait de manière disproportionnée l'activité du notaire et la passation des actes authentiques. En cas de doutes – par exemple lorsque le notaire n'a jamais eu de contact avec le représenté, que celui-ci est âgé et que la procuration qu'il délivre est ambiguë – le notaire doit entreprendre les démarches pour lever ces incertitudes (p.ex. en demandant un certificat médical), faute de quoi il doit renoncer à l'instrumentation.

### 3. La régularité des pouvoirs du représentant

Le notaire doit *contrôler la régularité des pouvoirs* du représentant<sup>38</sup>. Idéalement, il obtiendra de la part du représenté une procuration écrite, avec signature légalisée<sup>39</sup>. S'il le peut, le notaire rédigera lui-même la procuration. Même si les circonstances du cas d'espèce peuvent justifier d'autres solutions et même si les éléments suivants ne sont pas tous obligatoires, le notaire veillera à ce que le contenu de la procuration permette:

- d'identifier le représentant et le représenté de manière univoque, en indiquant par exemple si possible leurs nom, prénom, date de naissance et domicile<sup>40</sup>;
- de s'assurer de l'existence des pouvoirs<sup>41</sup>, en particulier du fait que ceux-ci n'ont pas pris fin entre la signature de la procuration et l'instrumentation de l'acte. Au vu du caractère dispositif de l'art. 35 CO, il peut être pertinent de prévoir la révocation comme unique cause d'extinction des pouvoirs, à l'exclusion notamment de la mort ou de la perte de l'exercice des droits civils du représenté. Une telle procuration demeure à notre avis valable en cas de perte durable de la capacité de discernement du représenté<sup>42</sup>, même si celui-ci se voit imposer une

<sup>36</sup> ATF 124 III 341 consid. 2c/bb = RNR 80 p. 133 consid. 2c/bb.

<sup>37</sup> Arrêt du TF 4A\_147/2010 du 26 mai 2010 consid. 2.2.1 = RNR 92 p. 310 consid. 2.2.1, en lien avec l'art. 57 al. 1 a LN-VD qui prévoyait que «[l]e notaire s'assure 1. de l'identité et de la capacité des contractants».

<sup>38</sup> Mooser, N. 190 et 194; art. 43 al. 1 ON-BE, art. 24 al. 1 LN-FR, art. 16 al. 1 DE-JU, art. 54 al. 2 LN-NE, art. 37 al. 2 let. b LN-VS, art. 39 al. 2 LN-VD.

<sup>39</sup> Cf. art. 56 al. 2 LN-FR et art. 16 al. 1 DE-JU qui stipulent que le représentant doit produire une procuration; art. 11 al. 1 RN-FR qui fixe le contenu minimum que doit contenir la procuration; é.g. art. 56 al. 4 LN-FR qui exige la légalisation de la signature figurant sur la procuration.

<sup>40</sup> Cf. art. 11 al. 1 let. a RN-FR; Mooser, N. 194.

<sup>41</sup> Mooser, N. 194a.

<sup>42</sup> ATF 132 III 222 consid. 2.2 = RNR 89 p. 36 consid. 2.2 = JdT 154/2006 I 252, car le fait de ne prévoir que la révocation comme cause d'extinction exclut la perte de l'exercice des droits civils du représenté comme cause d'extinction des pouvoirs.

- curatelle de portée générale ou une curatelle de représentation concernant précisément les actes couverts par la procuration<sup>43</sup>;
- de vérifier que les *pouvoirs conférés couvrent l'acte* objet de l'instrumentation<sup>44</sup>. La procuration peut en particulier préciser le contenu et l'étendue de la contre-prestation, p.ex. le montant minimal du prix de vente. Le notaire s'assure ainsi de l'adéquation de l'action du représentant par rapport à ce qu'on lui a permis de faire. Une telle formulation permet aussi de rendre attentif le représenté au contenu essentiel de l'acte, ce qui est aussi un des objectifs de la forme authentique. En outre, la procuration peut utilement prévoir que le représentant est chargé de prendre toutes mesures et de remplir toutes formalités nécessaires en vue de l'exécution fidèle de l'acte objet de la représentation ou qu'il estime être utiles en vue de la sauvegarde des intérêts du représenté;
  - d'identifier en principe les *numéros des immeubles concernés au registre foncier*, s'il s'agit d'un acte donnant lieu à une réquisition d'inscription dans ce registre<sup>45</sup>.
- Le notaire s'assurera enfin de disposer de l'*original de la procuration* ou d'une *copie conforme* de celle-ci et l'annexera à la minute de l'acte.

#### 4. La mention correcte du rapport de représentation dans l'acte

Une fois la vérification des pouvoirs de représentation effectuée, le notaire doit veiller à ce que l'acte *mentionne correctement* le rapport de représentation et les vérifications diligentes effectuées par le notaire.

Pour cela, l'acte authentique doit idéalement contenir les *informations* suivantes:

- *L'existence d'un rapport de représentation*<sup>46</sup>. A cette fin, il devrait mentionner expressément que le représentant agit «au nom et pour le compte» du représenté. Selon les circonstances concrètes, utiliser uniquement la formule «pour le compte» (sans mentionner que c'est aussi «au nom») du représenté pourrait être ambiguë et susceptible d'accréditer l'idée que l'on est en présence d'une représentation indirecte<sup>47</sup>, qui n'entraîne pas l'effet de représentation<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Du même avis, *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 1371. D'un avis différent, *BK-Zäch/Künzler*, N. 83 ad art. 35 CC.

<sup>44</sup> Cf. art. 11 al. 1 let. b RN-FR; *Mooser*, N. 194a et 196; *Brückner*, N. 1045.

<sup>45</sup> Cf. art. 11 al. 1 let. c RN-FR. Il s'agit d'une disposition d'ordre. Notons qu'en pratique, le mieux peut se révéler l'ennemi du bien. Par exemple, dans la vente d'un domaine agricole comprenant 50 immeubles, on préférera une procuration prévoyant le droit de «vendre les immeubles constituant l'entreprise agricole du mandant» plutôt que d'y énumérer un par un tous les articles transférés, avec le risque qu'une désignation erronée ou qu'une adaptation de dernière minute de l'acte non couverte par la procuration fragilise la validité de celui-ci.

<sup>46</sup> ATF 99 II 159 consid. 2b = RNRF 56 p. 47 consid. 2b = JdT 122/1974 I 66; ATF 112 II 330 consid. 1a = RNRF 69 p. 282 consid. 1a = JdT 135/1987 I 70.

<sup>47</sup> ATF 126 III 59 consid. 1b. Eg. *Tercier/Pichonnaz*, N. 461.

<sup>48</sup> Cf. *supra* p. 73.

- *L'identité des personnes impliquées.* Il s'agit non seulement des nom, prénom, date de naissance et domicile des parties, c'est-à-dire toutes celles qui acquièrent ou s'obligent en raison de l'acte<sup>49</sup>, mais aussi de l'identité complète du représentant et du fait qu'il agit en tant que tel<sup>50</sup>. Le notaire fera en sorte que la formulation de l'acte permette de distinguer précisément représenté et représentant, en prenant soin d'identifier clairement les comparants qui ne sont pas nécessairement les parties à l'acte. A notre avis, une formule telle que:

*Comparaissent:*

1. *Monsieur Blaise Carron, [identité complète], représenté selon procuration produite et jointe par Madame Christelle Froidevaux, [identité complète].*

2. [...]»

n'est pas judicieuse car elle entretient la confusion entre les comparants et les parties à l'acte. En effet, il est erroné de dire que le représenté Blaise Carron a comparu à l'acte. Il nous semblerait plus judicieux de retenir la formulation suivante:

«*Comparaissent:*

*D'une part:*

*Madame Christelle Froidevaux, [identité complète], agissant au nom et pour le compte de Monsieur Blaise Carron, [identité complète].*

*Pour justifier de ses pouvoirs, la comparante produit une procuration spéciale datée du [date], légalisée, délivrée au domicile du représenté le ..., annexée en original à la minute des présentes.*

*D'autre part:*

*[mention du second comparant].*

- *La méthode de vérification utilisée.* Dans l'acte authentique, le notaire doit consigner précisément comment il a procédé à l'identification des comparants et des parties ainsi qu'à la vérification de l'existence des pouvoirs de représentation<sup>51</sup>.

### ***B. Les hypothèses pathologiques***

Il n'est pas rare que l'instrumentation d'un acte avec représentation civile volontaire directe ne se déroule pas tout à fait selon le scénario idéal que nous venons de décrire. Cela n'empêche pas nécessairement le notaire de recevoir des déclarations sous la forme authentique. Cependant, certaines situations sont *pathologiques*. Il est alors important d'une part que le notaire respecte son obligation d'instrumenter en ne refusant pas d'agir lorsqu'il le peut encore et, d'autre part, qu'il ne viole pas son obligation de véricité ou tout autre devoir légal ou contractuel qui s'impose à lui.

Les développements suivants envisagent *six hypothèses* dérogeant partiellement au scénario idéal. Les trois premières concernent la pre-

<sup>49</sup> ATF 112 II 330 consid. 1a = RNR 69 p. 281 consid. 1a = JdT 135/1987 I 70; *Tercier*, p. 17. Pour les personnes morales, on mentionne la raison sociale, leur espèce et leur siège (p.ex. art. 49 al. 1 let. c LN-FR; art. 80 al. 1 let. d LN-VS).

<sup>50</sup> Cf. art. 49 al. 1 let. d LN-FR; art. 80 al. 1 let. e LN-VS.

<sup>51</sup> Obergericht ZH du 22 janvier 1945 consid. 3 = RNR 26 p. 12 ss; *Mooser*, N. 190 et 554; art. 49 al. 4 LN-FR, art. 10 al. 2 RN-FR et art. 34 al. 4 ON-BE.

mière condition de la représentation (la prise de qualité par le représentant) tandis que les trois dernières ont trait à la seconde (l'existence des pouvoirs de représentation).

### *I. L'indication erronée de l'identité du représentant*

#### a. L'hypothèse

Un des devoirs du notaire, en lien avec son obligation de véracité, est de vérifier l'identité des parties et, par extension, l'identité de leurs représentants. Il s'agit maintenant d'envisager la situation dans laquelle un acte en la forme authentique contient une *indication erronée sur l'identité du représentant* qui comparaît devant le notaire.

Par *exemple*, l'acte notarié d'une vente immobilière indique que la venderesse, la société coopérative M., est représentée par son comité, lui-même représenté par son avocat Me V. En réalité, lors de l'instrumentation de la vente, c'est Me G. et non Me V. qui comparut en tant que représentant du comité<sup>52</sup>.

#### b. L'analyse et la solution jurisprudentielle

L'indication erronée de l'identité du représentant est une hypothèse traitée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 112 II 330 = RNRF 69 p. 280. Cette affaire concernait un notaire du canton des Grisons: l'acte authentique qu'il a dressé mentionnait Me V. (au lieu de Me G.) en qualité de représentant du comité de la venderesse. Cette erreur provenait certainement du fait qu'au dernier moment le comité de la société coopérative M. a désigné un autre représentant que celui qu'il avait communiqué dans un premier temps et que, par une inadvertance manifeste, le notaire n'a pas corrigé le projet de l'acte.

Le *tribunal cantonal* a jugé que les exigences minimales du droit fédéral imposaient une désignation exacte des parties et de leurs représentants dans l'acte même<sup>53</sup>. Le recourant affirmait dans son recours au Tribunal fédéral qu'il était certes essentiel de désigner exactement les parties au contrat; en revanche, la désignation inexacte d'un représentant n'entraînait pas la nullité de l'acte, dans la mesure où la procuration de vendre un immeuble n'était pas soumise à une forme particulière<sup>54</sup>.

Les *juges fédéraux* rejettent le grief du recourant et donnent raison sur ce point au tribunal cantonal. En effet, notre Haute cour considère, d'une part, que l'obligation de véracité veut que le notaire désigne exactement non seulement les parties mais aussi les représentants qui comparaissent et, d'autre part, que la désignation du représentant est un élément essen-

<sup>52</sup> Cet exemple s'inspire de l'ATF 112 II 330 = RNRF 69 p. 280 = JdT 135/1987 I 70.

<sup>53</sup> ATF 112 II 330 consid. 1 = RNRF 69 p. 282 consid. 1 = JdT 135/1987 I 70.

<sup>54</sup> ATF 112 II 330 consid. 1a = RNRF 69 p. 282 consid. 1a = JdT 135/1987 I 70.

tiel de l'acte. Par conséquent, un tel vice de forme entraîne la nullité de l'acte<sup>55</sup>.

### c. Le commentaire

Cette hypothèse pathologique et la solution jurisprudentielle présentée appellent *quatre commentaires*:

1. La conclusion et la motivation du Tribunal fédéral sont *convaincantes*. Le notaire doit veiller à ce que l'acte corresponde à la réalité de l'instrumentation, qui peut très bien différer de celle envisagée lors de la préparation de l'acte et de la rédaction d'un projet. En effet, l'acte authentique doit constituer le fondement indiscutable de l'inscription au registre foncier<sup>56</sup>. Le fait de ne pas instrumenter correctement l'identité du représentant constitue un vice de forme qui affecte un élément essentiel du contrat et qui entraîne la nullité de l'acte. En effet, l'identité du représentant est essentielle pour le représenté, qui sera lié par les déclarations faites en son nom<sup>57</sup>. Certes, ainsi que l'affirme le recourant, la validité de la procuration n'est pas soumise à une forme particulière mais cette question concerne la preuve des pouvoirs, qui est un autre problème que celui de l'identité des comparants<sup>58</sup>.

2. L'indication erronée de l'identité du représentant constitue une violation de l'obligation de véacité du notaire, ce qui peut entraîner sa *responsabilité* civile, disciplinaire, voire pénale<sup>59</sup>. Du point de vue civil, le fait que les comparants auraient aussi pu se rendre compte de l'inadvertance du notaire qui a mal identifié le représentant ne constitue à notre avis pas un élément interruptif du rapport de causalité entre la violation de l'obligation notariale et le dommage subi par les parties (qui comprend notamment les frais d'un nouvel acte, ainsi que ceux du procès relatif à l'incertitude sur la validité du contrat). Il représente tout au plus une faute concomitante de la victime, dont on ne tient compte qu'au moment de la fixation de l'indemnité<sup>60</sup>.

3. Même si l'indication erronée du représentant entraîne en principe la nullité du contrat rédigé sous la forme authentique, l'*interdiction de l'abus de droit* (art. 2 al. 2 CC) reste une limite légale à la nullité pour

<sup>55</sup> ATF 112 II 330 consid. 1a et 1b = RNRF 69 p. 282 s. consid. 1a et 1b = JdT 135/1987 I 70; toutefois, voir *Stahelin*, N. 14 ss, qui considère qu'un acte authentique ne faisant pas état d'un rapport de représentation ne devrait pas être déclaré nul si ce rapport résulte déjà de la loi ou figure au registre du commerce et s'il est possible d'identifier le représenté sur la base de l'acte en question.

<sup>56</sup> ATF 112 II 330 consid. 1a = RNRF 69 p. 282 consid. 1a = JdT 135/1987 I 70: «Mit der öffentlichen Beurkundung des Grundstückkaufes soll eine sichere Grundlage für den Eintrag im Grundbuch geschaffen werden».

<sup>57</sup> ATF 112 II 330 consid. 3b = RNRF 69 p. 286 consid. 3b = JdT 135/1987 I 70.

<sup>58</sup> A ce sujet, cf. *infra* p. 87 ss.

<sup>59</sup> *Mooser*, N. 180 et 186.

<sup>60</sup> Cf. art. 44 al. 1 CO. Pour des développements sur la faute concomitante, cf. CR CO I-Werro, N. 12 ss ad art. 44 CO; *Werro*, N. 1299 ss.

vice de forme. Cette limite fait l'objet de développements détaillés dans l'ATF 112 II 330 = RNRf 69 p. 280<sup>61</sup>. Dans cette affaire, l'acheteuse invoquant la nullité avait dans un premier temps exécuté pleinement le contrat; après deux ans, elle avait tenté de se départir du contrat parce que la vendeuse n'avait pas équipé le terrain, contrairement à ce qui avait été convenu selon elle dans l'acte. Le litige avait donc commencé par une action de l'acheteuse visant à constater la caducité du contrat pour demeure et/ou inaccomplissement d'une condition. Ce n'est qu'au stade de l'instance cantonale que l'argument fondé sur le vice de forme dans la désignation du représentant avait émergé. Le Tribunal fédéral, constatant que l'acheteuse s'était comportée comme une propriétaire pendant deux ans et qu'elle avait dans un premier temps exigé une exécution conforme du contrat en requérant l'équipement du terrain, a considéré que le fait de se prévaloir d'une inadvertance manifeste dans la désignation du représentant servait à se débarrasser d'un terrain qui ne l'intéressait manifestement plus et était dès lors constitutif d'un abus de droit<sup>62</sup>.

4. Si l'inadvertance du notaire est manifeste et que les parties tiennent à l'acte, le vice ne peut être guéri qu'en corrigeant l'indication manifestement erronée du représentant au moyen d'un *nouvel acte authentique*, qui devra respecter l'intégralité de la procédure d'instrumentation<sup>63</sup>.

## 2. L'omission de désigner le comparant en tant que représentant

### a. L'hypothèse

L'hypothèse envisagée est celle où un acte authentique omet d'indiquer que l'un des comparants à la procédure d'instrumentation agit en tant que représentant direct et n'est donc pas partie au contrat objet de l'acte. Un litige peut notamment survenir lorsque le représenté *in spe*, qui voulait se lier directement avec le tiers par le biais de celui qui est *erronément désigné comme partie* dans l'acte authentique, actionne le tiers cocontractant et que ce dernier refuse d'exécuter l'acte, arguant qu'il ne s'est pas obligé vis-à-vis du représenté *in spe* mais uniquement vis-à-vis du mandataire.

Par *exemple*, une promesse de vente d'immeuble, rédigée sous forme d'acte notarié, omet de mentionner qu'un des comparants agit en tant que représentant des promettants-vendeurs et le désigne erronément comme partie au contrat. Par la suite, le promettant-acquéreur refuse d'exécuter la transaction, lorsque les véritables propriétaires de l'immeuble tentent de le contraindre à passer acte définitif avec eux<sup>64</sup>.

### b. L'analyse et la solution jurisprudentielle

Dans l'ATF 45 II 562 = RNRf 16 p. 281, une affaire vaudoise datant de 1919 déjà, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur les

<sup>61</sup> ATF 112 II 330 consid. 2 et 3 = RNRf 69 p. 283 ss consid. 2 et 3 = JdT 135/1987 I 70.

<sup>62</sup> ATF 112 II 330 consid. 3b = RNRf 69 p. 286 consid. 3b = JdT 135/1987 I 70.

<sup>63</sup> A ce sujet, cf. *Mooser*, N. 579 ss pour les actes de déclaration.

<sup>64</sup> Cet exemple s'inspire de l'ATF 45 II 562 = RNRf 16 p. 281.

conséquences d'un acte authentique désignant erronément un comparant en tant que partie au contrat alors qu'il n'était que représentant.

La *Cour civile vaudoise* avait donné raison aux propriétaires de l'immeuble en admettant que, si le promettant-acquéreur avait su que le comparant agissait au nom des propriétaires, il n'en aurait pas moins conclu l'acte. Par conséquent, elle avait appliqué l'exception de l'art. 32 al. 2 CO reposant sur l'indifférence du tiers de traiter avec le représentant ou les représentés<sup>65</sup>.

Le *Tribunal fédéral* admet le recours introduit par le promettant-acquéreur contre la décision de dernière instance cantonale. Il considère que l'art. 32 al. 2 CO ne s'applique pas aux contrats nécessitant la forme authentique, car la volonté de représenter constitue l'un des éléments essentiels de l'acte et que, comme tout autre élément essentiel, elle doit être constatée en la forme authentique<sup>66</sup>.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a clarifié la situation en décidant que le *tiers était obligé uniquement vis-à-vis du comparant*. En effet, selon notre Haute cour, «du moment que la loi subordonne à la forme authentique la prise de qualité [en tant que représentant], il est impossible de tenir compte ou d'une volonté exprimée en une autre forme, ou d'une volonté résultant d'indices ou – a fortiori – d'une volonté simplement présumée»<sup>67</sup>. Ainsi, le promettant-acquéreur ne saurait être tenu d'exécuter autre chose que ce à quoi il s'est obligé dans l'acte authentique. On ne peut donc le contraindre à passer un acte définitif de vente avec une autre personne que celle à laquelle il a promis, devant notaire, d'acheter l'immeuble<sup>68</sup>.

### c. Le commentaire

Les développements jurisprudentiels précédents peuvent faire l'objet des *commentaires* suivants:

1. Le notaire doit faire preuve d'une *diligence très élevée* en consignat le rôle des différents intervenants, parce que l'identité des parties et celle des représentants constituent des éléments essentiels de l'acte.

2. Si le notaire connaît la volonté du comparant de s'engager en tant que représentant mais qu'il rédige l'acte de manière erronée, il commet une violation de ses devoirs, en particulier de son obligation de véracité. Il engage sa *responsabilité* tant civile que disciplinaire<sup>69</sup>. En outre, le notaire qui omet de constater dans un acte authentique qu'une partie agit par représentant, remplit les conditions matérielles d'un faux dans les actes selon l'art. 317 ch. 1 al. 2 CP<sup>70</sup>. Si le notaire fait, le sachant et le voulant, une constatation fautive et qu'il sait ou prend le risque que cet

<sup>65</sup> Cf. *supra* p. 72.

<sup>66</sup> ATF 45 II 562 p. 565 = RNRF 16 p. 284.

<sup>67</sup> ATF 45 II 562 p. 566 = RNRF 16 p. 284 s.

<sup>68</sup> ATF 45 II 562 p. 566 = RNRF 16 p. 284 s.

<sup>69</sup> Cf. *infra* p. 96 ss.

<sup>70</sup> Kantonsgericht Graubünden du 27 janvier 1989 consid. 1 = RNRF 74 p. 44 consid. 1. Eg. *Mooser*, N. 367.

acte soit émis sur le circuit juridique et puisse dès lors être utilisé pour tromper, il agit intentionnellement au sens de l'art. 317 ch. 1 CP<sup>71</sup>.

3. Il existe *divers moyens de guérir le vice* de représentation. Premièrement, les parties peuvent tomber d'accord sur le fait que celui qui n'aurait dû être que représentant doit pouvoir se libérer. Les parties et celui qui aurait dû être représenté peuvent alors procéder à une modification conventionnelle de l'acte, plus précisément une substitution de parties, sous forme d'avenant soumis à la forme authentique<sup>72</sup>. Les parties à l'acte – à l'exclusion du représenté *in spe* – peuvent également procéder à une annulation conventionnelle de l'acte (*contrarius actus*), démarche qui présente l'avantage de ne devoir respecter aucune forme<sup>73</sup>. Deuxièmement, les comparants peuvent être en désaccord: le tiers cocontractant exige le respect de l'acte tel qu'instrumenté, alors que celui qui n'aurait voulu agir qu'en tant que représentant veut se libérer de son obligation. Dans cette hypothèse, ce dernier peut se soustraire à l'effet du contrat en invoquant une erreur essentielle au sens des art. 23 s. CO<sup>74</sup>. En vertu de l'art. 26 CO, il sera toutefois tenu de réparer le dommage du cocontractant résultant de l'invalidité du contrat à hauteur de l'intérêt négatif, voire de l'intérêt positif<sup>75</sup>.

### 3. La prise de qualité «pour soi ou pour son nommable»

#### a. L'hypothèse

Alors que les situations précédentes font l'objet d'une jurisprudence claire du Tribunal fédéral, notre troisième hypothèse est plus délicate. Il s'agit de la situation où un comparant à l'instrumentation déclare vouloir conclure un acte authentique «pour soi ou pour son nommable».

Prenons l'*exemple* d'une vente immobilière où l'acte authentique précise que le comparant acheteur agit «pour soi ou pour son nommable». Par la suite, le comparant désigne unilatéralement un nommable. Le vendeur refuse d'exécuter la vente, parce qu'il n'entendait pas contracter avec l'acheteur désigné («nommé») par le comparant<sup>76</sup>.

#### b. L'analyse et la solution jurisprudentielle

L'hypothèse décrite correspond partiellement à l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.356/2001 du 12 mars 2002, qui concerne une affaire valaisanne où l'acte authentique d'une vente immobilière prévoyait que l'acheteur agissait «pour soi ou pour son nommable».

Le *vendeur recourant* affirmait qu'un contrat de vente immobilière prévoyant que l'acheteur était soit le comparant soit son nommable, violait le droit fédéral. A l'appui de son argumentation, il invoquait le fait

<sup>71</sup> Kantonsgericht Graubünden du 27 janvier 1989 consid. 2 = RNRF 74 p. 48 consid. 2.

<sup>72</sup> Art. 12 CO par analogie. On parle en allemand de *Nachbeurkundung*. Cf. Mooser, N. 659; Piolet, p. 137 s.; Dépraz, N. 565.

<sup>73</sup> Art. 115 CO. Cf. Mooser, N. 660a.

<sup>74</sup> A ce sujet, cf. CR CO I-Schmidlin, N. 1 ss ad art. 23–24 CO.

<sup>75</sup> A ce sujet, cf. CR CO I-Schmidlin, N. 1 ss ad art. 26 CO.

<sup>76</sup> Cet exemple s'inspire de l'arrêt du TF 4C.356/2001 du 12 mars 2002.

que l'identité du représenté ne figurait pas dans l'acte authentique et qu'il n'entendait pas contracter avec le nommé. Son attitude s'expliquait certainement parce que des négociations antérieures avec le nommé avaient échoué en raison d'un différend sur le prix et qu'il avait accordé un prix de faveur au comparant.

Le *Tribunal fédéral* rappelle que le nom des parties constitue certes l'un des éléments objectivement essentiels d'un contrat de vente<sup>77</sup>. Il confirme qu'un acte authentique de vente doit indiquer de manière correcte l'existence d'un rapport de représentation, lorsqu'un représentant agit au nom d'une partie<sup>78</sup>. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'identité du représenté figure immédiatement dans l'acte de vente, à la condition que cet état ne soit que provisoire<sup>79</sup>. En effet, toujours selon le Tribunal fédéral, jurisprudence et doctrine admettent de longue date la possibilité d'«agir pour le compte de qui il appartiendra» ou «pour un nommable»: ces expressions visent le contrat conclu par un représentant pour le compte d'un représenté qui, objectivement ou subjectivement, n'est pas encore déterminé, à la condition toutefois que le représenté ne soit que provisoirement indéterminé<sup>80</sup>. Le Tribunal fédéral précise expressément que la possibilité d'agir pour un nommable existe aussi en matière immobilière<sup>81</sup>, dans la mesure où l'acte authentique en fait état<sup>82</sup>.

### c. Le commentaire

L'analyse juridique appelle les *commentaires* suivants :

1. Une partie de la doctrine, qui semble toutefois ignorer l'arrêt du Tribunal fédéral mentionné ci-dessus, se montre hésitante sur l'*admissibilité* d'une prise de qualité «pour son nommable» dans le cadre d'un acte authentique<sup>83</sup>. Nous sommes en revanche d'avis qu'une telle désignation est valable et qu'il n'y a aucun motif impérieux qui empêche son usage dans un acte authentique.

2. L'acte authentique doit *mentionner de manière univoque* qu'un comparant agit «pour soi ou pour son nommable»<sup>84</sup>. Vu la portée d'une telle expression, le notaire doit faire preuve d'une diligence particulière et renseigner en détail les comparants, en particulier la partie exposée à la désignation d'un nommable. En effet, elle pourrait se retrouver liée contractuellement à quelqu'un qu'elle ne désirait pas au premier chef.

<sup>77</sup> ATF 111 II 143 consid. 4a = RNRF 69 p. 132 consid. 4a; cf. ég. *Schmid*, Umfang, p. 116.

<sup>78</sup> ATF 112 II 330 consid. 1a = RNRF 69 p. 282 consid. 1a.

<sup>79</sup> Arrêt du TF 4C.356/2001 du 12 mars 2002 consid. 2a/aa.

<sup>80</sup> ATF 60 II 492 consid. 2; arrêt du TF 4C.356/2001 du 12 mars 2002 consid. 2.a/aa et réf. citées.

<sup>81</sup> ATF 103 III 96 p. 97 regeste = RNRF 61 p. 311 regeste.

<sup>82</sup> Arrêt du TF 4C.356/2001 du 12 mars 2002 consid. 2a/aa.

<sup>83</sup> *Gauch/Schluelp/Schmid*, N. 1336 s., qui citent l'ATF 45 II 562 = RNRF 16 p. 281. Cet arrêt traite toutefois d'une hypothèse différente car il s'agissait d'une vente immobilière où l'acte ne faisait aucune mention d'un rapport de représentation pourtant existant (p. 565 = RNRF p. 284).

<sup>84</sup> *Mooser*, N. 554 nbp 2051.

3. Le notaire devrait en outre conseiller aux comparants de *fixer un délai* dans l'acte authentique, durant lequel le bénéficiaire de la clause doit soit indiquer qu'il est lui-même partie au contrat, soit désigner la personne qu'il veut représenter (le «nommé»). Une telle règle figurait d'ailleurs dans l'ancien art. 18<sup>bis</sup> al. 1 du Règlement d'exécution de la Loi sur le notariat du canton du Valais, applicable à l'arrêt mentionné ci-dessus<sup>85</sup>. Cette disposition prévoyait qu'en cas de vente pour soi ou pour son nommable, la désignation du nommé devait avoir lieu par acte authentique dont l'inscription devait être requise au registre foncier dans les quatorze jours dès l'instrumentation de l'acte de vente.

4. La *désignation du nommé* est un acte unilatéral du représentant, qui requiert le respect de la forme authentique. Lors de cette désignation, le notaire doit vérifier que le représentant dispose des pouvoirs pour engager le nommé<sup>86</sup>.

5. Une *révision de la Loi valaisanne* sur le notariat a eu lieu au début des années 2000. Dans le commentaire article par article du nouveau projet de loi publié le 12 novembre 2003, soit plus d'une année après l'arrêt du TF 4C.356/2001 mentionné ci-dessus, le Conseil d'État valaisan ne fait non seulement pas allusion audit arrêt, mais il considère que le fait d'autoriser ou non les actes authentiques «pour soi et pour son nommable» constitue une question délicate<sup>87</sup>. La mise en doute de cette pratique contenue dans le commentaire de la loi repose à notre avis sur une motivation alambiquée et peu convaincante. En effet, le commentaire cite premièrement des références jurisprudentielles non pertinentes. On trouve ainsi mention de l'ATF 110 II 340, dont le lien avec la représentation pour son nommable n'est pas évident<sup>88</sup>. Deuxièmement, certaines opinions doctrinales évoquées sont travesties. Le rapport cite notamment *Tercier* qui serait opposé à la faculté de désigner un nommable; dans le passage auquel le commentaire renvoie, *Tercier* laisse plutôt entendre le contraire puisqu'il soutient que l'acheteur peut se substituer un tiers non encore déterminé au moment de l'instrumentation<sup>89</sup>. Troisièmement, le commentaire semble affirmer que la désignation pour son nommable ne serait pas un cas de véritable représentation mais nécessiterait une vente subséquente entre le comparant et le nommé. Ce point de vue est erroné et contraire à l'institution de la représentation, puisque les effets juridiques de la manifestation de volonté du représentant se produisent directement dans le chef du représenté.

Il est intéressant de souligner que la révision, qui a supprimé l'ancien art. 18<sup>bis</sup> al. 1 du Règlement d'exécution de la loi sur le notariat du canton du Valais, et les commentaires du Conseil d'État pourtant sujets à caution

<sup>85</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C.356/2001 du 12 mars 2002 consid. 2a/aa.

<sup>86</sup> Pour les développements concernant les pouvoirs de représentation, cf. de manière générale *supra* p. 77 s. Et *infra* p. 87 ss pour les hypothèses pathologiques.

<sup>87</sup> Projet de loi sur le notariat – Commentaire article par article du 12 novembre 2003, p. 43.

<sup>88</sup> Cet arrêt traite de la forme de la reprise de dette interne.

<sup>89</sup> *Tercier*, p. 18.

ont eu pour effet que la faculté de prise de qualité «pour soi ou pour son nommable» n'est, semble-t-il, *plus utilisée* par les praticiens valaisans<sup>90</sup>.

A notre avis, l'arrêt récent du Tribunal fédéral<sup>91</sup> est toutefois clair et *autorise de manière convaincante la prise de qualité pour son nommable*, si bien que le droit cantonal sur la forme authentique ne peut l'interdire.

#### 4. Le doute sur la régularité des pouvoirs du représentant

##### a. L'hypothèse

Si nous avons déjà vu que, dans un acte authentique, la représentation civile directe n'est possible que si la première condition – la prise de qualité par le représentant – est remplie, il faut en outre que la seconde condition – *l'existence des pouvoirs de représentation* – soit également satisfaite<sup>92</sup>. Les trois prochaines hypothèses concernent cette seconde condition.

La première concerne la situation où un notaire est requis d'instrumenter un acte alors qu'il *doute de la régularité des pouvoirs*, par exemple parce que le représentant agit sur la base d'une procuration écrite dont la signature n'est pas légalisée, d'une procuration générale légalisée mais ancienne, voire simplement d'une procuration dont le représentant communique l'existence oralement. Cette situation pose en particulier problème lorsque le droit cantonal sur le notariat impose l'existence d'une procuration écrite, voire une légalisation de la signature figurant sur la procuration<sup>93</sup>.

##### b. L'analyse

Cette hypothèse requiert un rappel de la jurisprudence relative à la forme de la procuration. L'ATF 99 II 159 = RNR 56 p. 45 précise que le droit civil fédéral n'exige aucune forme pour une procuration, même lorsque l'acte principal doit faire l'objet d'une instrumentation. La procuration donnée en vue de la conclusion d'un acte juridique, y compris relatif à la propriété foncière ou à des droits réels restreints sur un immeuble, ne nécessite donc aucune forme particulière et peut même être conférée tacitement, par actes concludants<sup>94</sup>.

Le droit cantonal relatif à l'acte authentique, en particulier la législation sur le notariat, ne saurait subordonner la validité d'un contrat formel à la consignation en la forme authentique d'un fait pour lequel le droit fédéral n'impose aucune forme particulière, en particulier l'octroi des

<sup>90</sup> Cette information repose sur les indications reçues de la part de plusieurs notaires valaisans.

<sup>91</sup> Arrêt du TF 4C.356/2001 du 12 mars 2002 consid. 2a/aa.

<sup>92</sup> Cf. *supra* p. 72 s.

<sup>93</sup> Pour l'existence d'une procuration écrite, cf. p.ex. art. 56 al. 2 LN-FR. Pour l'exigence d'une signature légalisée, cf. p.ex. art. 56 al. 4 LN-FR.

<sup>94</sup> ATF 99 II 159 consid. 2b = RNR 56 p. 47 consid. 2b = JdT 122/1974 I 66; d'un avis encore contraire, Justizdirektion AG du 12 juillet 1933 = RNR 16 p. 134 ss.

pouvoirs de représentation<sup>95</sup>. Les juges fédéraux ont souligné que les *règles cantonales plus strictes* (p.ex. l'exigence d'une procuration écrite ou d'une signature légalisée) *constituent des dispositions d'ordre* qui n'affectent pas la validité de la procuration et de l'acte reposant sur celle-ci. Par conséquent, même si la procuration ne répond pas aux exigences cantonales relatives au contenu ou à la forme de la procuration, l'acte authentique demeure pleinement valable, du moment que les constatations figurant dans l'acte restent conformes à la vérité<sup>96</sup>. Le non-respect de ces dispositions cantonales peut tout au plus entraîner une responsabilité disciplinaire du notaire, mais en aucun cas sa responsabilité civile ou pénale<sup>97</sup>.

### c. Le commentaire

Dans l'hypothèse décrite ci-dessus, le notaire se trouve confronté à deux devoirs potentiellement contradictoires – d'une part l'obligation d'instrumenter et, d'autre part, celle de véracité – qui appellent les *commentaires* suivants:

1. En principe, le *notaire doit instrumenter* un acte authentique susceptible de représentation lorsque les conditions des art. 32 ss CO sont remplies, en particulier lorsque le représentant déclare agir au nom du représenté et qu'il dispose des pouvoirs pour le faire, peu importe la forme sous laquelle ces pouvoirs ont été conférés. Une procuration adressée par courriel ou une copie de la procuration envoyée par fax, comme cela arrive fréquemment en pratique, est ainsi pleinement valable et suffisante. Le notaire ne devrait pas nécessairement exiger une procuration revêtant la forme écrite. S'il refuse ses services faute de procuration écrite au sens des art. 13 ss CO, le notaire pourrait à notre avis violer son obligation d'instrumenter, quels que soient le contenu et les exigences formelles du droit cantonal sur le notariat, qui ne constituent que des dispositions d'ordre<sup>98</sup>.

2. La contradiction entre l'obligation d'instrumenter et l'obligation de véracité<sup>99</sup> du notaire n'est souvent qu'apparente. En pratique, elle peut être dépassée au profit de la première obligation si le notaire prend certaines précautions et fait preuve d'un *pragmatisme mesuré*. Ainsi, pour s'assurer de l'existence des pouvoirs de représentation, le notaire peut d'abord adresser un projet d'acte au représenté avant l'instrumentation et obtenir son consentement. Il peut ensuite contacter le représenté, y compris pen-

<sup>95</sup> Mooser, N. 43; Schmid, Umfang, p. 114; ATF 99 II 159 consid. 2b = RNRF 56 p. 47 consid. 2b = JdT 122/1974 I 66.

<sup>96</sup> Dans ce sens, ATF 99 II 159 consid. 2b = RNRF 56 p. 47 consid. 2b = JdT 122/1974 I 66.

<sup>97</sup> Dans ce sens, ATF 99 II 159 consid. 2b = RNRF 56 p. 47 consid. 2b = JdT 122/1974 I 66. Sur les différents types de responsabilité, cf. ég. *infra* p. 96 ss.

<sup>98</sup> D'un avis apparemment différent, Mooser, N. 195.

<sup>99</sup> Au sujet de ces deux obligations, cf. *supra* p. 75.

nant l'instrumentation, pour obtenir confirmation de la validité de la procuration écrite ou pour contrôler l'authenticité d'une signature non légalisée figurant sur la procuration. Si les pouvoirs ont été conférés oralement, le notaire peut appeler le représenté pour qu'il confirme l'existence des pouvoirs du représentant. Une fois l'acte signé par les comparants, le notaire peut en adresser une copie au représenté, avant son exécution. Enfin, si les comparants sont d'accord<sup>100</sup>, le notaire qui n'a trouvé aucune manière de vérifier l'existence des pouvoirs peut conseiller aux parties de rédiger un acte conditionnel, expressément soumis à la ratification du représenté<sup>101</sup>.

3. Quel que soit le mode de vérification des pouvoirs appliqué par le notaire, il doit *consigner diligemment* dans l'acte authentique les démarches accomplies pour établir leur existence. Cela confère à ces constatations la force probante de l'art. 9 CC<sup>102</sup>. Par exemple, si le notaire a obtenu la confirmation des pouvoirs par téléphone, il peut ajouter la mention suivante dans l'acte: «Le notaire s'est assuré téléphoniquement des pouvoirs du représentant».

4. Lorsqu'un titre de procuration fait défaut et que les pouvoirs ont été conférés par oral, la pratique notariale consistant à inscrire dans l'acte qu'une «*procuration écrite sera jointe plus tard à la minute*» est inutile, voire nuisible: elle fragilise inutilement l'acte, si finalement aucun document n'est délivré<sup>103</sup>.

## 5. La représentation sans pouvoirs

### a. L'hypothèse

L'hypothèse envisagée est celle où une personne se fait passer pour un représentant autorisé alors qu'elle *ne dispose pas d'une procuration interne* ou qu'elle veut effectuer un acte juridique qui dépasse l'étendue de ses pouvoirs.

Prenons l'exemple d'un représenté – le Conseil communal (pouvoir législatif) d'une Commune – qui autorise son représentant – la Municipalité (organe exécutif) – à octroyer uniquement un droit de superficie sur un immeuble appartenant au domaine privé de la Commune, excluant en particulier toute conclusion d'un pacte d'emption. Or la Municipalité, agissant par le syndic et la secrétaire communale, passe un acte octroyant

<sup>100</sup> Si le représentant insiste pour qu'un acte inconditionnel soit rédigé, cf. les développements de la 6<sup>ème</sup> hypothèse consacrée à l'impossibilité pour le notaire de vérifier l'existence des pouvoirs, *infra* p. 92 s.

<sup>101</sup> Dans ce sens, *Mooser*, N. 195 i.f. Nous sommes toutefois d'avis que le notaire qui refuse d'instrumenter un acte alors qu'il aurait pu vérifier l'existence des pouvoirs en l'absence de procuration écrite peut commettre une violation de son obligation d'instrumenter.

<sup>102</sup> Pour plus de détails sur la force probante de l'art. 9 CC, cf. *Mooser*, N. 444 ss; *Steinauer*, Titre préliminaire, N. 744 et 746.

<sup>103</sup> Du même avis, *Mooser*, N. 195.

au cocontractant non seulement un droit de superficie immédiat mais aussi, à partir d'une date ultérieure, un droit d'emption. L'acte authentique précise expressément que la Municipalité agit en vertu d'une procuration annexée à la minute, procuration qui n'autorise que la création d'un droit de superficie. Lorsque, quelques années plus tard, le cocontractant exige l'annotation du droit d'emption au registre foncier et veut exercer son droit, la Commune s'y oppose en affirmant que l'acte notarié était en partie vicié puisqu'il contenait un mécanisme de droit d'emption non autorisé par le Conseil communal<sup>104</sup>.

#### b. L'analyse et la solution jurisprudentielle

Le Tribunal fédéral a récemment tranché une affaire très semblable à l'hypothèse décrite ci-dessus dans l'arrêt 4A\_378/2016 du 11 janvier 2017 = RNRF 98 p. 318, qui concernait une commune vaudoise<sup>105</sup>. Alors que les instances cantonales avaient toutes deux octroyé un droit d'emption au superficiaire en jugeant que celui-ci était fondé à se fier aux actes de la Municipalité en vertu de l'apparence de pouvoirs créée par les actes du syndic et de sa secrétaire municipale et du fait que le notaire n'avait pas relevé l'excès de pouvoir de la Municipalité, le Tribunal fédéral en a décidé autrement en rejetant la demande du superficiaire tendant à se voir octroyer un droit d'emption. Les juges fédéraux ont motivé leur décision en indiquant que l'acte effectué par le représentant, dans la mesure où il dépassait les pouvoirs octroyés, ne liait pas le représenté, sauf ratification (en l'espèce inexistante) de sa part. Ils ont également constaté qu'il n'y avait en l'espèce pas de procuration externe.

#### c. Le commentaire

La solution du Tribunal fédéral nous conduit à formuler les commentaires suivants :

1. *L'étendue des pouvoirs* découlant d'un acte juridique est déterminée par cet acte même (art. 33 al. 2 CO), qui relève des pouvoirs internes<sup>106</sup>. En l'espèce, la procuration délivrée par le Conseil communal était annexée à l'acte authentique et, selon le Tribunal fédéral, le tiers superficiaire « a pu et dû comprendre que la procuration interne délivrée par [le Conseil communal] ne permettait pas la constitution en sa faveur d'un droit d'emption »<sup>107</sup>.

2. En cas de dépassement des pouvoirs, les règles de la *représentation sans pouvoirs* sont applicables. Par conséquent, lorsque la procuration ne

<sup>104</sup> Cet exemple s'inspire de l'arrêt du TF 4A\_378/2016 du 11 janvier 2017 = RNRF 98 p. 318.

<sup>105</sup> Arrêt du TF 4A\_378/2016 du 11 janvier 2017 = RNRF 98 p. 318.

<sup>106</sup> Arrêt du TF 4A\_378/2016 du 11 janvier 2017 consid. 3.2.3.2 = RNRF 98 p. 322 consid. 3.2.3.2.

<sup>107</sup> Arrêt du TF 4A\_378/2016 du 11 janvier 2017 consid. 3.2.3.2 = RNRF 98 p. 322 consid. 3.2.3.2.

couvre pas l'acte passé par le représentant, l'acte reste sans effet pour le représenté, à moins que celui-ci ne le ratifie<sup>108</sup>. En l'espèce, les représentants de la Commune ont outrepassé leurs pouvoirs internes en constituant un droit d'emption dans l'acte notarié. Partant, la constitution du droit d'emption n'était pas valable. Le Tribunal fédéral prend soin de rajouter que la Commune n'a jamais ratifié l'acte accompli sans pouvoirs et que, dans la mesure où il n'y a jamais eu de communication de pouvoirs externes allant au-delà des pouvoirs internes, la question de la protection du tiers de bonne foi ne se pose pas<sup>109</sup>.

3. Lorsqu'un contrat soumis à la forme authentique est invalide en raison d'un vice de représentation, se pose la question de la *portée de la nullité*. En principe, la nullité est totale. A notre avis, on peut toutefois appliquer l'art. 20 al. 2 CO par analogie<sup>110</sup>: il y a nullité partielle si deux conditions sont remplies. Premièrement, la clause affectée du vice doit pouvoir être objectivement détachée du contrat sans affecter l'ensemble. C'est le cas dans l'arrêt mentionné dans la mesure où la clause allant au-delà de la procuration – celle qui concerne le droit d'emption – peut être séparée du reste du contrat. La seconde condition est subjective et concerne la volonté hypothétique des parties de conclure le contrat sans la clause frappée de nullité. Les faits de l'arrêt ne permettent pas de se prononcer.

4. La responsabilité du notaire est potentiellement engagée puisqu'il a violé son obligation de véracité en admettant l'existence de pouvoirs trop larges par rapport à ceux effectivement conférés au représentant<sup>111</sup>.

5. Il est intéressant de se demander *ce qu'aurait pu ou dû faire le notaire* s'il avait lu attentivement la procuration. Premièrement, il sied de remarquer que, selon le droit fédéral, la représentation sans pouvoirs est possible, quelle que soit la forme de l'acte (art. 38 s. CO); elle est donc admissible dans un acte authentique et le droit cantonal ne peut pas l'interdire<sup>112</sup>. Deuxièmement, confronté à une absence de pouvoirs ou à une procuration qui ne couvre pas l'acte envisagé par le représentant, le notaire doit, conformément à son obligation de véracité, mentionner dans l'acte que le représentant agit sans pouvoirs ou au-delà des pouvoirs conférés<sup>113</sup>. En vertu de son obligation de renseigner, le notaire doit troisièmement attirer l'attention des parties sur le fait que l'acte est boiteux dans l'attente d'une ratification ou de l'expiration du délai de l'art. 38

<sup>108</sup> Arrêt du TF 4A\_378/2016 du 11 janvier 2017 consid. 3.2.3.2 = RNRF 98 p. 322 consid. 3.2.3.2.

<sup>109</sup> Arrêt du TF 4A\_378/2016 du 11 janvier 2017 consid. 3.2.3.2 = RNRF 98 p. 322 consid. 3.2.3.2.

<sup>110</sup> ATF 131 III 467 consid. 1.3 = JdT 154/2006 I 43.

<sup>111</sup> Il faut que les conditions des différentes responsabilités soient remplies dans le cas d'espèce. Au sujet des types de responsabilité, cf. *infra* p. 96 ss.

<sup>112</sup> Mooser, N. 194c.

<sup>113</sup> Mooser, N. 194c.

al. 2 CO. Le notaire pourrait également conseiller aux parties de fixer conventionnellement le délai raisonnable de ratification de l'art. 38 al. 2 CO. Quatrièmement, en vertu de son obligation d'exécution des actes authentiques, il appartient au notaire de veiller à ce que la ratification soit requise ou de la requérir lui-même<sup>114</sup>, sans qu'il ait besoin à ce titre d'un mandat de droit privé<sup>115</sup>. Tout comme l'octroi des pouvoirs, la ratification des actes soumis à une exigence de forme n'est soumise à aucune forme<sup>116</sup>.

## 6. L'impossibilité pour le notaire de vérifier la régularité des pouvoirs

### a. L'hypothèse

Prenons l'exemple d'un notaire qui refuse d'instrumenter une vente immobilière faute d'avoir pu vérifier les pouvoirs invoqués par celui qui se prétend représentant de l'acheteur, alors que les comparants insistent pour qu'un acte non soumis à la ratification du représenté soit rédigé<sup>117</sup>. Face au refus du notaire, l'instrumentation n'a pas lieu. Par la suite, le représenté change d'avis, révoque la procuration, ce qui rend impossible toute instrumentation ultérieure de l'acte. L'autre partie ouvre alors action contre le notaire pour violation de son obligation d'instrumenter, en affirmant que la vente aurait été valablement conclue si le notaire avait agi diligemment.

### b. L'analyse juridique et le commentaire

Il n'existe pas de *jurisprudence* illustrant ou même se rapprochant de l'hypothèse retenue. Par conséquent, les développements suivants combinent analyse juridique et commentaires.

Le notaire se trouve confronté à *deux obligations contradictoires*<sup>118</sup>, l'opposition n'étant ici plus seulement apparente mais effective<sup>119</sup>.

D'une part, l'*obligation d'instrumenter* oblige le notaire à tenir compte de la requête des comparants et de procéder à la vente immobilière dont la validité est subordonnée à son intervention. Le fait que l'un des comparants affirme agir comme représentant, prétend détenir des pouvoirs de représentation mais ne peut justifier d'une quelconque manière de leur existence, n'empêche pas a priori la procédure d'instrumentation. En effet, aucune forme n'est requise pour la procuration, qui peut être conférée oralement ou même tacitement, par comportement concluant<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> Mooser, N. 258; art. 54 al. 3 LN-NE.

<sup>115</sup> Mooser, N. 258; contra: OG LU = LGVE 1976 I 340.

<sup>116</sup> CR CO I-Chappuis, N. 8 ad art. 38 CO.

<sup>117</sup> Comparer avec *supra* p. 89, où un des conseils prodigués consistait à conseiller la rédaction d'un acte conditionnel soumis à ratification du représenté.

<sup>118</sup> Mooser, N. 141 nbp 378.

<sup>119</sup> Comparer avec *supra* p. 88 s.

<sup>120</sup> ATF 84 II 151 consid. 3 = JdT 107/1959 I 23; ATF 81 II 231 consid. 3 = JdT 104/1956 I 150.

D'autre part, l'*obligation de véracité* oblige le notaire à n'instrumenter que les faits qu'il tient pour certains et dont il a pu vérifier l'existence par le moyen le plus sûr. Or le fait que l'un des comparants exige que l'acte précise qu'il détient les pouvoirs de représentation alors que le notaire n'a pu procéder à aucune vérification sérieuse, empêche le notaire d'instrumenter. En effet, les informations dont il dispose sont insuffisantes pour fonder sa conviction.

Face à ce dilemme, le *notaire peut anticiper* ce genre de situation fâcheuse en tentant d'obtenir la procuration ou la confirmation des pouvoirs avant l'instrumentation. Il ne dispose toutefois d'aucun moyen de contraindre les parties à lui fournir ces documents à l'avance.

A notre avis, si un comparant affirme être représentant et si le notaire, même en faisant preuve du pragmatisme mesuré mentionné tout à l'heure<sup>121</sup>, ne peut pas vérifier l'existence de ses pouvoirs, il est alors autorisé à *refuser l'instrumentation* en invoquant son devoir de véracité.

#### IV. Quelques questions particulières

Nous allons à présent aborder quelques situations particulières: la double représentation et le contrat avec soi-même, la représentation indirecte dans l'acte authentique, la représentation des personnes morales et enfin, les types de responsabilité du notaire en lien avec des vices de la représentation.

##### A. La double représentation et le contrat avec soi-même

Par *double représentation*, on entend la situation où un même représentant agit au nom de plusieurs parties à un acte juridique. La double représentation n'est admissible que s'il n'existe aucun conflit d'intérêts entre les parties représentées et s'il n'y a pas à craindre que la représentation avantage l'une des parties au détriment de l'autre<sup>122</sup>.

Par *contrat avec soi-même*, on entend le fait qu'un représentant conclut le contrat non pas avec un tiers, mais avec lui-même et pour son propre compte. Ainsi en est-il quand le représentant, qui a été chargé de vendre une chose appartenant au représenté, s'en porte acquéreur<sup>123</sup>. Un contrat avec soi-même est exceptionnellement licite si, en raison de la nature de l'affaire, il ne risque pas de porter préjudice au représenté ou si ce dernier l'a autorisé ou ratifié<sup>124</sup>.

D'une façon générale et en vertu de son obligation d'impartialité et d'indépendance, le *notaire ne peut pas instrumenter* un acte dans lequel il intervient lui-même comme partie ou comme représentant d'une partie<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> Cf. *supra* p. 88.

<sup>122</sup> ATF 93 II 461 consid. 6a et réf.

<sup>123</sup> ATF 89 II 321 = JdT 112/1964 I 226.

<sup>124</sup> CR CO I-*Chappuis*, N. 32 ad art. 33 CO; ATF 127 III 332 consid. 2a = RNRF 83 p. 105 consid. 2a = JdT 149/2001 I 258; ATF 95 II 617 consid. 2a et réf. = JdT 119/1971 I 130.

<sup>125</sup> *Mooser*, N. 157 et réf. contenues. P.ex. art. 21 al. 1 LN-FR; art. 51 al. 1 let. a et d LN-NE.

En dehors de cette hypothèse et du moment que les cautions fixées par la jurisprudence en matière de représentation sont respectées, le *notaire ne peut pas refuser* à notre avis d'instrumenter un acte où un même représentant agit au nom des deux parties au contrat ou agit d'une part en tant que représentant d'une partie et d'autre part en tant que cocontractant. En vertu de son obligation de véracité, le notaire devra s'assurer non seulement que le représentant dispose bel et bien des pouvoirs de représentation mais aussi que les exigences posées par la jurisprudence en cas de double représentation ou de contrat avec soi-même sont remplies, notamment que la ou les parties représentées ont effectivement autorisé ce mode de représentation ou que celui-ci ne représente aucun risque de préjudice pour elles<sup>126</sup>. En vertu de son obligation de renseigner et selon les circonstances concrètes, le notaire devra rendre attentifs le représentant comparant et les parties non comparantes au caractère inhabituel de la double représentation ou du contrat avec soi-même.

### ***B. La représentation indirecte***

Par *représentation indirecte*, on entend la situation où le représentant effectue un acte juridique pour le compte d'une autre personne, mais en son propre nom<sup>127</sup>. Le représentant ne prend alors pas la qualité de représentant direct; la première condition (la prise de qualité par le représentant) n'est pas remplie<sup>128</sup>. A vrai dire, l'expression «représentation indirecte» est trompeuse, dans la mesure où les effets de l'acte accompli par le représentant indirect ont lieu exclusivement dans sa sphère: aucun effet juridique ne se produit dans le chef de la personne pour le compte de laquelle il a agi. Par conséquent, il n'y a donc pas d'effet (direct) de représentation et seul le représentant (indirect) est lié.

Pour que les effets juridiques se produisent *dans la sphère du «représenté»*, il faut une cession de créance, une reprise de dette, voire un transfert de contrat ou de droit (propriété) ou une subrogation en vertu de l'art. 401 CO<sup>129</sup>. Si le comparant agit en tant que représentant indirect au sens de l'art. 32 al. 3 CO, il ne peut donc transférer sa qualité juridique au représenté (indirect) qu'en procédant à une substitution de partie au moyen des institutions susmentionnées et en conformité des principes qui régissent ces institutions (cf. notamment art. 164 ss et 175 ss CO pour la cession de créances et la reprise de dettes).

Si l'acte juridique requiert la forme authentique pour sa validité, les démarches visant à transférer la qualité de partie au représenté (indirect) constituent une modification d'un aspect essentiel de l'acte d'origine. Par

<sup>126</sup> Arrêt du TF 4A\_360/2012 du 3 décembre 2012 consid. 4. Eg. *Eichenberger*, N. 200.

<sup>127</sup> ATF 126 III 59 consid. 1b.

<sup>128</sup> Cf. *supra* p. 72.

<sup>129</sup> CR CO I-*Chappuis*, N. 22 ad art. 32 CO.

conséquent, il faut effectuer ces démarches en *respectant la forme authentique*. Il est en effet important que le cessionnaire puisse justifier de sa qualité devant le notaire et que celui-ci puisse attirer expressément son attention sur la portée de la cession<sup>130</sup>. Même si l'acte notarié passé entre le représentant (indirect) et le tiers mentionne le représenté (indirect) en tant que cessionnaire ultérieur, la cession du pacte d'emption requerra la forme authentique; il ne peut en être autrement que si le pacte d'origine mentionne le cessionnaire et si celui-ci a également participé à sa conclusion<sup>131</sup>.

### C. La «représentation» des personnes morales

Les organes d'une personne morale peuvent *d'une part* mandater un tiers pour la représenter, en octroyant à celui-ci les pouvoirs de représentation. Dans cette hypothèse, les règles et les réflexions sur la représentation civile volontaire décrites ci-dessus sont applicables. *D'autre part*, une personne morale peut aussi être représentée par ses organes au sens de l'art. 55 CC. Il faut alors distinguer *trois hypothèses*:

1. S'il s'agit d'une personne morale de *droit privé inscrite au registre du commerce*, le notaire peut se fonder sur l'extrait dudit registre. À l'aide de ce document, il doit vérifier que la personne morale existe et que le représentant dispose effectivement des pouvoirs de représentation<sup>132</sup>. En revanche, le notaire n'a pas l'obligation de procéder à un examen plus approfondi. En particulier, il ne doit pas vérifier si l'acte accompli par le représentant respecte les statuts de la personne morale, qui pourraient par exemple prescrire que l'aliénation d'un immeuble nécessite une décision de l'assemblée générale avant d'être mise en œuvre par un organe disposant de la signature individuelle.

2. S'agissant des personnes morales de *droit privé non inscrites au registre du commerce*, le notaire ne peut pas se fonder sur un document équivalant à l'extrait du registre du commerce. Il doit alors requérir les documents pertinents pour établir l'existence de la personne morale – par exemple l'acte de constitution – ainsi que celle des pouvoirs du représentant – par exemple le procès-verbal de nomination ou les statuts<sup>133</sup>.

3. Quant aux personnes morales de *droit public*, le notaire doit vérifier la validité des pouvoirs de représentation ainsi que la compétence de l'autorité qui a délégué les pouvoirs<sup>134</sup>.

Lorsqu'une personne a la faculté d'agir au nom et pour le compte d'une personne morale, elle doit veiller à *indiquer clairement* si le fait d'appo-

<sup>130</sup> ATF 111 II 143 = RNR 69 p. 130 = SJ 1986 p. 30.

<sup>131</sup> ATF 111 II 143 consid. 4 = RNR 69 p. 132 consid. 4 = SJ 1986 p. 30. Pour une distinction avec un acte conclu «pour soi ou pour son nommable», cf. *supra* p. 84 ss.

<sup>132</sup> Mooser, N. 200.

<sup>133</sup> Mooser, N. 201.

<sup>134</sup> Mooser, N. 202.

ser sa signature l'engage personnellement ou au contraire si elle représente la personne morale. Formellement, il n'est pas nécessaire que l'indication de la personne morale représentée précède immédiatement la signature du représentant; il suffit que la désignation de la partie, avec mention des pouvoirs de représentation, ressorte clairement de l'acte, afin que l'on puisse déterminer si le comparant veut s'obliger lui-même ou obliger la personne morale<sup>135</sup>.

#### *D. La responsabilité en cas de représentation viciée*

Il s'agit de déterminer à quel type de responsabilité et dans quelle mesure le notaire peut être confronté s'il procède à une instrumentation alors que la représentation est viciée. Nous distinguerons successivement la responsabilité civile, disciplinaire et pénale du notaire. Il ne s'agit pas ci-après de décrire par le menu détail les *trois régimes de responsabilité* mais de mettre en évidence les conditions et les éléments qui pourraient surgir lors d'un procès concernant un vice de représentation.

##### *1. La responsabilité civile*

D'après l'*art. 61 al. 1 CO*, qui est une norme de renvoi, la législation cantonale peut déroger aux dispositions fédérales sur l'acte illicite en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et des employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur fonction. Cette règle s'applique en particulier aux notaires en leur qualité d'officiers publics<sup>136</sup>, dont la responsabilité n'est pas régie par l'*art. 398 CO*. Si le canton n'a pas réglé la responsabilité des fonctionnaires ou des employés publics et, de ce fait, celle du notaire, ce sont les *art. 41 ss CO* qui s'appliquent<sup>137</sup>. Si le canton a légiféré sur la responsabilité des fonctionnaires ou employés publics, le Code des obligations, et en particulier les *art. 41 ss CO*, cessent de s'appliquer à cette responsabilité<sup>138</sup>.

Outre le fait qu'il doit s'agir d'un acte ou d'une omission du notaire relevant de son activité ministérielle, sa responsabilité est soumise aux *quatre conditions* habituelles que sont l'existence d'un préjudice, l'illégalité, la faute et le rapport de causalité entre l'acte illicite et le préjudice<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> Berner Verwaltungsgericht du 14 avril 2003 consid. 2.6 = RNRF 87 p. 303 consid. 2.6.

<sup>136</sup> Déjà ATF 27 II 298; ATF 96 II 45 consid. 2 = RNRF 51 p. 314 consid. 2 = JdT 118/1970 I 527.

<sup>137</sup> ATF 90 II 274 consid. 2 = RNRF 47 p. 113 consid. 2 = JdT 113/1965 I 234.

<sup>138</sup> Sinon à titre de droit supplétif cantonal, cf. ATF 96 II 45 consid. 2 = RNRF 51 p. 314 consid. 2 = JdT 118/1970 I 527.

<sup>139</sup> *Piotet*, p. 103 ss; *Mooser*, N. 307 ss; *Carlen*, p. 135 s.; *Jeandin*, p. 253 ss.

En cas de responsabilité civile du notaire en lien avec un vice de la représentation, le *préjudice* se déterminera selon la théorie de la différence en procédant à une analyse concrète du cas d'espèce<sup>140</sup>. On peut notamment imaginer qu'une partie pourrait faire valoir à l'encontre du notaire les postes du dommage suivants: les frais inutiles d'une instrumentation nulle en raison du vice de représentation, les frais et dépens que la partie qui a fait constater l'invalidité d'un acte authentique pour vice de forme n'a pas pu obtenir de la partie adverse lors du procès, les intérêts d'une dette hypothécaire relative à un immeuble aussi longtemps que la transaction ne peut pas se faire en raison du vice de représentation contenu dans l'acte, voire la différence entre le prix – par hypothèse avantageux – convenu lors de la transaction invalidée pour vice de représentation et celui – par hypothèse moins élevé – obtenu subséquemment.

L'*illicéité* du comportement du notaire découle d'une violation du droit fédéral résultant de la notion même de forme authentique en relation avec le droit fédéral de la représentation. Théoriquement, il pourrait également s'agir d'une violation du droit cantonal. Celui-ci contient toutefois avant tout des prescriptions d'ordre en lien avec les règles de la représentation, dont la violation n'entraîne pas l'*illicéité* du comportement visé. Parmi les obligations pertinentes entrent en ligne de compte l'obligation d'instrumenter, l'obligation de véricité et l'obligation de renseigner<sup>141</sup>.

Le notaire pourrait invoquer une interruption du *rapport de causalité* entre l'acte illicite et le dommage, par exemple lorsque les parties auraient dû se rendre compte du fait qu'une procuration annexée à l'acte et dont elles avaient connaissance ne couvrirait pas les actes du représentant. A notre avis, un tel reproche fait aux parties n'interrompt pas le lien de causalité. L'obligation de véricité est un devoir fondamental du notaire, qui doit s'assurer que l'acte qu'il instrumente tombe sous le coup de la procuration annexée. Le comportement des parties pourrait tout au plus constituer un facteur de réduction de l'indemnité pour faute concomitante (art. 44 al. 1 CO)<sup>142</sup>.

## 2. La responsabilité disciplinaire

Le notaire peut aussi assumer une responsabilité *disciplinaire*, fondée sur le droit cantonal. Une telle responsabilité existe même en l'absence de tout dommage et, selon certains auteurs, même lorsque les règles cantonales de droit notarial sont plus strictes que le droit fédéral de la représentation, par exemple lorsqu'une procuration légalisée est exigée<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> Mooser, N. 316; Werro, N. 46.

<sup>141</sup> Mooser, N. 313. Eg. ATF 90 II 274 consid. 5 ss = RNRF 47 p. 114 consid. 5 ss = JdT 113/1965 I 234.

<sup>142</sup> ATF 90 II 274 consid. 9 = RNRF 47 p. 117 consid. 9 = JdT 113/1965 I 234; à ce sujet, cf. Werro, N. 1298 ss.

<sup>143</sup> Mooser, N. 332 et 336 s.

A notre avis, il serait *erroné d'admettre une responsabilité* disciplinaire du notaire si le non-respect des exigences formelles du droit cantonal est imposé par des règles plus souples du droit fédéral sur la représentation. Par exemple, il n'y aura pas de responsabilité disciplinaire si le notaire se satisfait d'une procuration non légalisée mais confirmée oralement par le représenté, quelles que soient les règles cantonales en la matière.

### 3. La responsabilité pénale

La responsabilité pénale du notaire est indépendante des responsabilités civile et disciplinaire<sup>144</sup>. Lorsqu'un acte authentique contient une fausse constatation relative à la représentation, le notaire peut en particulier se rendre coupable d'un *faux dans les titres commis dans l'exercice des fonctions publiques*, infraction punissable en vertu de l'art. 317 CP. Le fait de ne pas constater dans un acte authentique que les parties agissent par représentation<sup>145</sup> peut constituer un faux dans les titres commis dans l'exercice des fonctions publiques<sup>146</sup>.

Sous l'angle *objectif*, les éléments de cette infraction sont les suivants: d'abord, l'auteur ne peut être qu'un fonctionnaire ou un officier public; il faut ensuite que l'on se trouve en présence d'un titre, notion définie à l'art. 110 al. 4 CP; il faut enfin un comportement punissable qui consiste, pour le fonctionnaire ou l'officier public, à créer un titre faux, falsifier un titre, abuser d'un blanc-seing ou créer un faux intellectuel<sup>147</sup>.

Sous l'angle *subjectif*, l'infraction est punissable si le notaire agit non seulement intentionnellement mais aussi par négligence (art. 317 ch. 2 CP). Il y a intention délictueuse notamment lorsque le notaire fait une constatation fautive dans un acte authentique et qu'il sait ou prend le risque que l'acte authentique puisse être utilisé dans les affaires, par exemple en étant adressé au registre foncier ou au registre du commerce<sup>148</sup>. Il y a négligence dès que le notaire, qui a une position de garant, n'a pas fait preuve de la prudence nécessaire que l'on pouvait attendre de lui dans l'analyse des informations fournies par les parties et aurait dû se rendre compte de l'inexactitude des constats relatifs à la représentation contenus dans son acte<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> Carlen, p. 146; Mooser, N. 235.

<sup>145</sup> Cf. *supra* p. 83 s.

<sup>146</sup> Kantonsgericht Graubünden du 27 janvier 1989 consid. 1 = RNRF 74 p. 44 consid. 1.

<sup>147</sup> Corboz, p. 718 s.

<sup>148</sup> Kantonsgericht Graubünden du 27 janvier 1989 consid. 2 = RNRF 74 p. 48 consid. 2, cité par Mooser, N. 367.

<sup>149</sup> Mooser, N. 368.

## V. Conclusion

Arrivé au terme de notre contribution, notre conclusion s'articule en *trois volets*:

Premièrement, la représentation civile volontaire dans les actes authentiques est un *thème à cheval entre le droit fédéral* (de la représentation et de la forme authentique) et *le droit cantonal* (de la forme authentique), avec un avantage certain en faveur du droit fédéral. En effet, le droit cantonal notarial doit s'effacer au profit du droit privé fédéral, qui détermine seul la validité de l'acte authentique en lien avec les questions de représentation. Il suffit de penser aux règles cantonales sur la forme de la procuration, réduites en définitive au statut de simples prescriptions d'ordre.

Deuxièmement, la représentation civile volontaire dans les actes authentiques est un terrain où s'affrontent *deux obligations du notaire potentiellement contradictoires*: celle d'instrumenter et celle de véracité. La seconde constitue une exigence dont le notaire ne peut pas s'affranchir s'il n'a pas pu vérifier de son propre chef les éléments matériels de l'acte. Comme le souligne très justement *Mooser*, il vaut alors mieux «être rigoureux que complaisant»<sup>150</sup>. Toutefois, en matière de représentation, la première obligation impose au notaire de ne pas non plus se montrer trop rigoriste et d'éviter tout formalisme excessif en lien avec les conditions posées par les art. 32 ss CO.

Troisièmement, la représentation civile volontaire dans les actes authentiques a ceci de déroutant que la *procuration octroyée pour passer un acte subordonné à la forme authentique ne doit pas revêtir cette forme*, voire peut découler d'actes concluants totalement informels. Par conséquent, certains buts visés par la forme authentique, notamment celui de rendre les parties attentives aux conséquences de l'acte qu'elles passent, ne peuvent être véritablement atteints<sup>151</sup>. Fortes de ce constat, certaines voix réclament une modification législative afin qu'une procuration doive revêtir la forme requise pour l'acte principal accompli par le représentant. A notre avis, une telle exigence ne ferait que compliquer les affaires sans véritablement protéger le représenté. En effet, l'affaiblissement de la position du représenté découle plus de l'institution de la représentation elle-même que des prétendues insuffisances formelles relatives à l'octroi des pouvoirs. En effet, en choisissant d'être représentée, une partie accepte que le comportement et la connaissance de son représentant lui soient directement imputables, sans qu'elle ne puisse maîtriser tous les détails de la passation de l'acte. Exiger qu'une procuration revête la forme authentique lorsque l'acte principal y est soumis n'y changerait pas grand-chose ...

<sup>150</sup> *Mooser*, N. 141.

<sup>151</sup> Dans ce sens, *Tercier*, p. 7; *Cramer*, p. 291 s.