

AVIS DE DROIT

donné à Me Stephen Gintzburger, avocat,

en vue de déterminer la régularité des différentes opérations de vente de l'immeuble dont Birgit Savioz était propriétaire à Sâles (Fribourg) en société simple avec Aldo Ferraglia

FAITS

-

-

Le présent avis est entièrement fondé sur l'état de fait dressé par Me Stephen Gintzburger, avocat à Lausanne, en date du 4 septembre 2006, complété par un bordereau de quarante pièces remises au complet le même jour au soussigné.

Tout élément de fait ne figurant pas dans ces documents est ici expressément réservé, tant qu'il serait susceptible de remettre en question des conclusions juridiques de l'avis.

Le soussigné ne répète pas dans les lignes qui suivent les faits pertinents, déjà établis par Me Gintzburger, mais s'y réfère autant que besoin au fur et à mesure des développements.

DROIT

Les questions posées par Me Gintzburger au soussigné en date du 15 septembre sont les suivantes :

- « 1.- La vente, par Aldo Ferraglia et Birgit Savioz à Claude-Alain Ferrière, de la parcelle numéro 55, plan Folio 3, du cadastre de la commune de Sâles, dans le canton de Fribourg, instrumentée par acte authentique du 17 août 2004 du notaire Emmanuelle Murith-Kaelin, est-elle valable à la lumière des règles du droit civil ?
- 2.- Des vices de droit civil et/ou de déontologie notariale affectent-t-ils cette vente ? Si oui, quels sont ces vices ? ».

1.- Contexte juridique de la vente

-

-

Malgré les termes de « *copropriétaires* » utilisés dans certains actes des parties comme dans la transaction judiciaire du 19 mars 1994, les anciens propriétaires Birgit Savioz et Alain Ferraglia ont disposé de l'immeuble en tant que propriétaires en main commune, et non comme copropriétaires (pièce 1, indiquant l'existence d'une société simple).

Il apparaît que la société simple (soit l'union libre ainsi formée) constituée entre les propriétaires collectifs ait été dissoute, et que la démarche envisagée, dans un premier temps d'un commun accord (pièce 4), puis à la demande de Mme Savioz (pièce 36 notamment), tendait à procéder à la fixation d'une des modalités de la liquidation, savoir la vente de l'immeuble en société simple.

En revanche, il n'apparaît nulle part que la société ait été liquidée. En effet, la transaction passée à l'audience du 29 mars 1994 ne parle que de la vente de l'immeuble, et il y est même précisé que le litige entre le créancier gagiste UBS et l'associée qu'était Mme Savioz était expressément réservé à l'avenir (art. 4). Aucun point de la transaction ne règle de plus la répartition interne des passifs entre associés, après règlement des créanciers (art. 2). L'instance ouverte ayant été rayée du rôle faute d'avance de frais le 10 juin 1999, la liquidation demandée n'a pu aboutir en justice.

En particulier, la répartition interne des sommes prélevées unilatéralement par l'associé Ferraglia sur le compte courant de IUBS (par exemple à l'allégué 119 de la pièce 9) n'ont pas été, à la lumière du dossier, l'objet d'une répartition entre associés.

De cette absence de liquidation complète, qui aurait dû intervenir, est né un malentendu, qui a abouti aux demandes de consignation formulées de la part de Mme Savioz. Soucieuse en effet de régler les rapports internes avec son ancien partenaire, Mme Savioz a demandé la consignation par le créancier afin que, selon l'étendue du règlement des passifs, soit en présence d'un éventuel solde actif, il puisse être tenu compte de tels prélèvements dans la répartition interne entre associés. Mais l'article 2 de la transaction judiciaire prévoit le paiement direct en main des créanciers, et exclut par là que le règlement interne de la liquidation entre associés puisse intervenir avant le règlement du passif. L'assignation de paiement étant ainsi valable, Mme Savioz ne pouvait envisager effectivement une consignation par le débiteur (l'acheteur) pour demeure du créancier (les associés, en mésentente). Cette impossibilité a été à juste titre reconnue par le prononcé judiciaire du 16 septembre 1994 (pièce 28).

Ainsi, si le paiement des créanciers de la société simple, tel que prévu par l'article 2 de la transaction, n'emporte en aucune façon une liquidation interne de la société entre associés, celle-ci n'en doit pas moins avoir lieu dans un second temps. Le soussigné ne dispose, au dossier, d'aucun décompte ou prononcé réglant à ce jour la liquidation en question. La répartition des bénéfices ou des pertes entre associés, y compris les prélèvements faits par l'un d'eux le cas échéant au détriment de l'autre, donne lieu à une créance de liquidation, qui ne peut commencer à se prescrire qu'à partir du moment du règlement des passifs. Le soussigné ne dispose pas d'éléments utiles à fixer cette prescription de la créance en liquidation et intervenue à ce jour ou non.

2.- La transaction judiciaire du 29 mars 1994

La substitution de partie ordonnée par le Président du Tribunal civil de la Gruyère pour l'instrumentation de l'acte authentique de vente repose sur la transaction judiciaire du 29 mars 1994. Cette transaction prévoit une vente à prix prédéterminé de l'immeuble à un acheteur, lui-même non partie à la transaction. Il s'agit ainsi d'une promesse de liquidation, qui doit être encore exécutée par le contrat passé entre les associés en liquidation et le tiers acquéreur. Cette aliénation doit alors effectivement respecter la forme authentique, s'agissant d'un immeuble (D. Staehelin, Commentaires Bâlois, OR II, 2002, éd. 15 ad 548/549 ; idem pour l'hoirie, P. Piotet, Droit successoral. Fribourg 1988, page 799). Si l'exécution de

cette promesse de partage se heurte au refus d'un des propriétaires collectifs, il est tout à fait admissible de procéder à une exécution forcée au sens de l'article 98 CO. Cette disposition permet notamment, solution choisie en l'occurrence, de désigner un tiers pour émettre un acte juridique qui liera le débiteur qui se refuse à l'exécution ; il peut s'agir précisément de la conclusion d'un contrat définitif en exécution d'une promesse (R. H. Weber, Commentaire Bernois, 2000, n. 53 et 54 ad 98 CO ; cf. aussi ATF 97 II 48, où un tiers n'est pas directement en cause).

Il est largement litigieux, apparemment, de savoir si la transaction devait lier les parties. Mme Savioz invoque à cet égard avoir signé en méconnaissance de certains éléments de fait qu'elle juge décisifs, argument rejeté par le Président du Tribunal civil de la Gruyère le 16 septembre 1994 (pièce 28). On ignore sur quelle instruction ce magistrat a fixé sa conviction de la connaissance de certains faits, à une date déterminée, dans l'esprit de la partie poursuivie ; il n'en est pas moins vrai que si, victime d'un dol ou d'une erreur essentielle, lors de l'audience du 29 mars 1994, Mme Savioz était en mesure d'invalidier pour vice de la volonté la transaction judiciaire, elle eût dû procéder conformément au droit fribourgeois, soit attaquer la transaction judiciaire dans le délai de recours (cf. sur cette question : H. R. Schüpbach, Mélanges R. Jeanprêtre, Neuchâtel 1982, page 97; A. Koller, in PJA 1995, pages 417-418 ; G. Leuch/O. Marbach/P. Kellerhals/ M. Sterchi, Die ZPO für den Kanton Bern, 5^e éd. 2000 n. 2 ad 207 ZPO B, page 520 s ; C. Leuenberger/B. Uffer-Tobler, ZPO SG, 1999, n. 7d-e ad 247 ZPO, page 535 ; H. Sträuli/G. Messmer/R. Frank, ZPO ZH, 3^e éd. 1997, n. 14 à 293, page 945); apparemment, selon la pièce 30 (arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg du 21 octobre 1994), la voie utilisée par Mme Savioz n'a pas été adéquate selon le droit fribourgeois. Le soussigné ne dispose pas d'éléments nécessaires pour apprécier si, dans la procédure civile fribourgeoise, il existe bien une voie de droit permettant d'invalidier pour des raisons matérielles une transaction judiciaire, conformément à ce qu'exige le droit civil fédéral ; cette question doit ici être expressément réservée, et le cas échéant être confiée à un spécialiste de la procédure civile fribourgeoise.

Au vu de l'arrêt rendu par le Tribunal cantonal de Fribourg, il n'apparaît pas admissible aujourd'hui de faire grief de l'entrée en force de la transaction judiciaire et de son exécution forcée. La question d'une erreur essentielle ou d'un dol est toutefois ici laissée expressément ouverte, la preuve tant de ce vice de la volonté que, s'il existe, de la conformité de la procédure fribourgeoise au moyen exercé ne pouvant être tranché dans les lignes présentes.

3.- Le pouvoir de représentation judiciaire donné à Madame Patricia Dupraz

Mme Dupraz a reçu ainsi pouvoir d'adhérer à la vente authentique envisagée en lieu et place de Mme Savioz, et cela cas échéant avec prolongation du délai initialement prévu par l'acte du 17 août 1994 (ordonnance du 16 novembre 1994). Selon cette autorisation judiciaire, cette exécution ne pouvait avoir lieu que « *pourvu qu'il n'en résulte pas pour Mme Birgit Savioz des engagements plus importants que si elle s'était exécutée ce jour* ». Il est à cet égard curieux que cette limitation des pouvoirs conférés à Mme Dupraz n'ait fait l'objet d'aucune vérification à la lecture du dossier remis au soussigné, cela tout

particulièrement alors qu'il était expressément stipulé dans l'acte de vente d'août 1994 (page 4) que le dépassement du délai d'exécution au 30 septembre 1994 entraînerait la fixation d'un nouveau décompte des sociétés créancières, sans même parler d'un nouvel accord du créancier gagiste.

4.- Situation du notaire instrumentateur

- a) Lorsqu'il a instrumenté les actes du 17 août 1994 et 20 octobre 1994, le notaire a instrumenté des actes faits, à ce moment, sans pouvoir de représentation par Patricia Dupraz. Sollicitée d'instrumenter l'acte par l'acheteur et l'un des vendeurs, le notaire ne pouvait refuser d'instrumenter, à l'égard de ces seules parties, un acte fait même sans pouvoir par la partie restante ; le droit fédéral impose en effet aux cantons d'admettre la possibilité d'instrumenter des actes faits sans pouvoir d'instrumentation par l'un des comparants (M. Mooser, *Le droit notarial Suisse*, Berne 2005, n. 194 page 84-85).

Une première difficulté est ici donnée par le fait que l'acte authentique ne peut être valablement dressé par un notaire qu'à la demande des parties. Cette demande, préalable à la procédure d'instrumentation, est ainsi une condition de validité de l'acte (A. Dépraz, *La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparés*, Lausanne 2002, n. 402 page 214 ; M. Mooser, *op. cit.*, n. 592 page 287 ; H. Marti, *Notariatsprozess*, Berne 1989, page 88). Si plusieurs parties sont ainsi à l'acte authentique, elles doivent normalement toutes requérir l'instrumentation (ainsi par exemple, P. Ruf, *Notariatsrecht*, Langenthal, 1995, n. 1337 page 352). Cette demande de mise en œuvre du notaire est une institution de pur droit notarial, et non pas une institution du droit juridique du droit privé fédéral (P. Ruf, *op. cit.*, n. 1334, page 351). Son absence, du côté de la venderesse Mme Savioz, excluait tout effet à l'acte authentique passé avec l'acheteur et son associé, jusqu'à ce que, sur la base de la ratification du droit fédéral (art. 38 CO), cette demande d'intervention du notaire soit alors ratifiée par le véritable ayant droit. Le dépôt du pouvoir de substitution judiciaire doit en principe permettre en l'occurrence la validité de la procédure de passation de l'acte authentique, ce que la seule clôture de l'acte authentique par la formule usuelle, conformément à la règle, n'a pas suffi à faire.

Une autre difficulté est que, indépendamment de la question de la ratification par le pouvoir judiciaire, la demande d'instrumentation a été formulée par Mme Dupraz, employée de l'étude où elle avait alors elle-même qualité pour recevoir la même demande d'un client de l'étude (H. Marti, *op. cit.*, page 85 ; M. Mooser, *op. cit.*, n. 593 page 287-288). Même usuelle, cette façon de procéder pose un problème juridique, car une requête de procédure ne peut émaner valablement de la personne qui peut la recevoir. Mais cette manière

de faire usuelle n'est pas directement ici remise en question, d'autres vices apparaissant dans la procédure suivie.

L'acte contient en effet encore une clause d'exécution, soit son dépôt au registre foncier, qui est une charge ministérielle du notaire fribourgeois (art. 17 et 75 de la loi fribourgeoise de 1967 sur le notariat). Cette réquisition, de nature ministérielle, ne peut intervenir qu'une fois l'acte parfait, ce qui, comme cela vient d'être souligné, n'a pu être possible qu'avec la réception des pouvoirs judiciaires de substitution ratifiant l'intervention de Mme Dupraz à l'instrumentation authentique. Or, l'acte à déposer au registre foncier n'est alors plus un acte authentique fait sans pouvoir, comme il l'a été à l'origine, mais bien un véritable acte authentique parfait, avec pouvoir de procéder valablement, légitimant la réquisition de dépôt au registre foncier.

Le droit fédéral exige, comme règle de forme minimale dans tous les cantons, que l'acte authentique ne puisse être parfait que moyennant indication des pouvoirs existant entre parties et intervenants (Tribunal fédéral, in RNRF 1973 n. 42 page 367 ; Notaire Bernois, idem, 1987 page 99 ; ATF 99 II 268, JDT 1974 I 66). La sanction des exigences formelles du droit fédéral est la nullité complète au sens de l'art. 11 al. 2 du Code des obligations (A. Dépraz, op. cit., n. 586-587, page 312-313 ; M. Mooser, op. cit., n. 677, page 324 ; TF 4C 397/1994, cité ibidem note 1886 ; D. Piotet, La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics, Lausanne 1981, page 158 ss). De toute manière, ce vice est confirmé par ce que prescrit la loi fribourgeoise, laquelle prévoit également une telle nullité pour le défaut de cette indication (art. 56 et 53 lettre b de la loi déjà citée de 1967). Plus précis encore, l'article 20 alinéa 2 du règlement d'exécution de la loi fribourgeoise, du 29 décembre 1967, prévoit que le notaire doit indiquer comment il s'est assuré de la validité et de l'étendue des pouvoirs de toute personne intervenant comme mandataire, autorisant ou à un autre titre.

Or, aucun élément au dossier ne permet d'établir que le notaire instrumentateur, en recevant le pouvoir judiciaire de substitution, ait pu authentifier ces pouvoirs, et en vérifier l'étendue, cela tout particulièrement au vu de la limitation contenue dans les pouvoirs judiciaires tendant à ce qu'une exécution tardive ne crée pas de dommage supplémentaire pour la personne substituée. Cette vérification de l'étendue des pouvoirs, telle que l'a prescrit le droit fribourgeois, n'apparaît ainsi pas remplie, et confirme le vice précité.

Il est au demeurant aisé de démontrer que cette exigence a été tournée en constatant que si les actes authentiques avaient été faits après l'ordonnance judiciaire, ces pouvoirs auraient dus être indiqués et auraient été vérifiés conformément à la loi ; en faisant anticiper la date de l'instrumentation, les parties et le notaire ne pouvaient contourner cette règle de droit strict ; tout au contraire la vérification devait précisément intervenir a posteriori parce

que la procédure d'instrumentation n'était pas close avant le dépôt de la ratification judiciaire de la substitution, comme dit plus haut.

A mon sens, ce vice a affecté la validité de l'acte quant à sa forme. Cette nullité aujourd'hui toutefois ne paraît plus pouvoir porter à conséquence, l'usucapion de l'article 661 du Code civil paraissant accomplie, et les prétentions vraisemblablement nées de cette irrégularité se sont éteintes par la prescription.

- b) J'ajouterais enfin que, sur un tout autre plan, le défaut de communication par le notaire des informations reçues de l'ancien associé en liquidation s'agissant du transfert de l'immeuble et des indications utiles à la fixation par l'autorité fiscale de plus-value immobilière est justifié du point de vue du notaire (D. Piotet, Application en droit immobilier, « *l'obligation d'informer du notaire* » Zürich 2006, page 171). Elle est en revanche insoutenable du point de vue de l'ancien associé vendeur, les deux vendeurs étant légalement tenus d'un éventuel impôt (qui ne devait être que remboursé par l'acquéreur) et se devant réciproquement informations au sens de l'art. 541 du Code des obligations.

Ainsi fait à Pully, le

Denis Piotet