

Département fédéral de justice et
police (DFJP)
Office fédéral de la justice chargé du
registre foncier (RF) et du droit foncier
A l'att. de Mme Rahel Müller, Cheffe
3003 Berne

Par courriel : egba@bj.admin.ch

RR/AD/AK/js 312

Berne, le 26 octobre 2018

Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats concernant la révision de l'ordonnance sur le Registre foncier (ORF)

Madame la Conseillère fédérale,

Madame la Cheffe de Service, Mesdames et Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA/SAV) vous remercie de la procédure de consultation susmentionnée. Fondamentalement, la FSA/SAV salue le contenu de cet avant-projet. La prise de position de la FSA/SAV porte uniquement sur la disposition de l'avant-projet qui, de son point de vue, requiert un examen plus approfondi, à savoir l'art. 28 AP-ORF.

La FSA estime **nécessaire d'ancrer dans l'ordonnance sur le registre foncier, par une disposition impérative (*Muss-Vorschrift*), le droit d'accès étendu au registre foncier en ligne (RF) de tous les utilisateurs professionnels autorisés, à l'instar des avocats inscrits au registre.**

Motifs

Vu l'importance de garantir à tous les avocats inscrits au registre, comme aux autres utilisateurs professionnels, un accès étendu sur l'ensemble du territoire suisse conforme au principe de l'égalité de traitement, la FSA estime insuffisante la norme de nature dispositive telle que libellée à l'article 28 P-ORF.

En effet, l'art. 28 (al. 1-3) AP-ORF (Accès étendu : titulaires du droit) se limite à disposer que les cantons peuvent prévoir un accès étendu aux professionnels, en particulier aux avocats, y inclus un accès en ligne aux pièces justificatives et au grand livre.

Le rapport explicatif précise certes que l'art. 28 al. 1 AP-ORF correspond à la norme actuellement en vigueur, soit à l'art. 28 ORF (cf. rapport p. 6, ad art. 28 al. 1 AP-ORF).

Or, la FSA rappelle que cette disposition actuelle de l'art. 28 ORF a été introduite relativement récemment dans l'ordonnance, lors de sa dernière révision du 23 septembre 2011, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (RO 2011 4659) et qu'il y a dès lors lieu d'en consolider le sens et la

portée eu égard aux principes juridiques fondamentaux constitutionnels en jeu.

La FSA relève que l'accès étendu des avocats aux données du RF est absolument nécessaire à la bonne gestion des affaires courantes dans l'exercice usuel de leur profession et ce, quel que soit le canton dans lequel l'avocat exerce. L'accès à ces données est notamment essentiel :

- dans les litiges de droits réels où la notion de propriété est fondamentale ;
- concernant les charges foncières et les gages immobiliers qui jouent un rôle déterminant dans les procédures en divorce ;
- concernant l'existence et l'examen des servitudes dans les conflits de voisinage ;
- concernant les titres d'acquisition qui sont essentiels pour distinguer les acquêts des biens propres, tant pour les cessions que pour les acquisitions ;
- pour déterminer si un immeuble est en copropriété ou en propriété commune des époux lors de liquidation d'un régime matrimonial ;
- pour consulter les restrictions du droit de disposer de certains biens fonciers dans le cadre de procédures LPP ;
- pour les retraits anticipés en vue de l'acquisition de logements (dans le cadre de la promotion au logement) ;
- concernant d'éventuelles restrictions du droit de disposer de biens pour l'acquisition de logements ;
- l'accès élargi aux données du système informatisé du RF permet aux avocats d'effectuer des commandes plus précises des extraits du RF (commandes par numéros, ce qui représente un gain de temps et de moyens pour les autorités du RF).

Cela étant, la FSA/SAV estime **primordial de régler les droits d'accès au système d'information du RF des avocats et autres utilisateurs professionnels en ligne de la même manière unifiée dans tous les cantons suisses, conformément au principe de l'égalité de traitement entre tous les utilisateurs professionnels du RF.**

Le registre foncier étant devenu un registre fédéral, son accès étendu aux professionnels doit être accordé de manière unifiée sur tout le territoire suisse, ce indépendamment de la diversité des réglementations cantonales.

En effet, il n'appartient pas aux cantons de décider qui sont les utilisateurs professionnels titulaires des droits d'accès au RF, **mais uniquement de prévoir les modalités d'accès** des titulaires de l'accès au RF définis dans la législation fédérale, soit de préciser comment les accès effectifs sont garantis au niveau cantonal.

Or, l'art. 28 AP-ORF est précisément insuffisant en ce sens qu'il ne garantit pas un accès au RF conforme à **l'égalité de traitement à tous les utilisateurs professionnels sur l'ensemble du territoire suisse**, - et en particulier n'assure pas le même accès aux avocats selon le canton dans lequel ils pratiquent, - dès lors qu'il est de nature dispositif et qu'il réserve expressément la réglementation des modalités d'accès au RF des cantons.

Le rapport précise expressément que « les principes de l'égalité devant la loi (art.8, al.1, Cst.) et de l'égalité de traitement des concurrents directs que sous-tend la liberté économique (art. 27 Cst.) supposent que l'ensemble des avocats, l'ensemble des établissements bancaires, etc. bénéficient d'un traitement égal. La réglementation des modalités d'accès pour les différentes catégories de bénéficiaires devrait donc idéalement être formulée de manière générale et abstraite, autrement dit comme une norme de droit. » (cf. rapport, p.8, ad art. 29 AP-ORF).

Or, l'expérience montre clairement que, selon la réglementation actuelle, les cantons ne se considèrent pas comme obligés d'accorder un accès égalitaire aux avocats et qu'ils renvoient aux modalités d'accès publiques au RF. Une enquête menée par la FSA/SAV auprès des

cantons sur l'état de la mise en œuvre de l'ordonnance sur le RF deux ans après son entrée en vigueur a révélé un bilan décevant : sous prétexte que l'accès étendu des avocats aux données du RF est techniquement difficilement réalisable, il n'était pas encore effectif dans de nombreux cantons.

Du point de vue des avocats, bien que cela soit difficile, il reste supportable - à l'heure où les avocats autrichiens, par exemple, ont accès au registre foncier en ligne depuis leurs smartphones et leurs tablettes - d'accepter une solution selon laquelle l'accès aux données du RF est autorisé par principe, sans être toutefois encore mis en œuvre en raison de conditions techniques à réaliser à terme.

Par contre, il est inquiétant de constater que plusieurs cantons partagent le point de vue selon lequel, indépendamment de la complexité technique, il n'est pas acceptable d'analyser par cas d'espèce si l'accès doit être accordé à un avocat. Ainsi, ce qui est acceptable et adéquat pour certains cantons ne l'est à l'évidence pas pour d'autres.

Un canton a poussé son autonomie dans la mise en œuvre de ces dispositions à l'extrême, à tel point qu'il n'a voulu accorder l'accès étendu qu'à un seul avocat. Ce n'est pas la première fois que l'usage d'articles de nature dispositive (*Kann-Vorschrift*) s'avère inadéquat pour promouvoir la mobilité et la libre circulation des avocats voulue par le législateur dans la LLCA et ainsi que par l'unification des droits procéduraux. Au contraire, les dispositions de nature dispositive mènent à des situations d'inégalité de traitement dans l'exercice de la profession et limitent inutilement les activités professionnelles aux frontières d'un canton.

Résumé et proposition

A la lumière de ces explications, la FSA estime que la révision proposée en l'état, par son **article de nature dispositive, ne permet pas d'ancrer dans la réglementation fédérale, de manière adéquate et suffisante, l'obligation faite aux cantons d'accorder l'accès au RF à tous les utilisateurs professionnels sous la forme d'une norme de droit générale et abstraite**, ni d'assurer de manière effective, le **respect des principes constitutionnels** que sont **l'égalité de traitement devant la loi** des utilisateurs professionnels du RF et **l'égalité de traitement des concurrents directs garantie par la liberté économique**.

En résumé, le droit d'accès étendu au système d'information du RF en ligne des utilisateurs professionnels, à l'instar des avocats, conformément au principe constitutionnel de l'égalité de traitement qui vaut sur l'ensemble du territoire suisse, devrait être ancré dans une base légale au sens formel (loi fédérale) ; au niveau de l'ordonnance, il y a lieu de l'ancrer à tout le moins dans une disposition fédérale de droit impératif.

La Fédération Suisse des Avocats vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Madame la Cheffe de Service, Mesdames et Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA
Urs Haegi

Secrétaire général FSA
René Rall