

Baldegg, le 23 janvier 2018

Prise de position

pour

l'Office fédéral de topographie (swisstopo), Seftigenstrasse 264, 3084 Wabern,
représenté par Madame Helena Åström Boss,

ci-après: la **mandante**

concernant

la représentation tridimensionnelle des droits exclusifs d'une propriété par étages.

Prof. Dr. Amédéo Wermelinger
Rechtsanwalt
Bahnhof Baldegg
6283 Baldegg

041 500 42 29
info@kanzleiambahnhof.ch

Postadresse:
Amédéo Wermelinger
Postfach 516
6023 Rothenburg

0. Liminaire

La mandante a demandé au soussigné de vérifier et de commenter, sur un plan juridique, l'analyse d'un groupe de travail. Le texte était nommé „*Analyse 3D-Darstellung der Sonderrechte im Stockwerkeigentum*“ („*Analyse de la représentation en 3D des droits exclusifs d'une propriété par étages*“; version du 25 juillet 2017). A ce stade, il est indiqué de manière explicite que l'avis exprimé par le soussigné ne comporte pas d'évaluation sur le plan politique. Compte tenu d'un premier projet de prise de position du soussigné, daté du 25 septembre 2017, une discussion a eu lieu avec le groupe de travail le 29 septembre 2017. Les membres du groupe de travail ont pu s'exprimer sur ce premier projet de prise de position, notamment afin d'éviter des malentendus et ils ont pu poser des questions. M. le Dr. Meinrad Huser a, ensuite, actualisé l'analyse conformément au résultat de cette discussion du 29 septembre 2017. La présente prise de position se rapporte à cette dernière version de l'analyse. Les remarques du soussigné, concernant l'ancienne version et déjà intégrées dans la nouvelle version de l'analyse, ont été supprimées, à moins qu'elles aient une importance pour la compréhension de l'historique.

I. Situation initiale

1.

Avec CadastreSuisse, la mandante a pour objectif de mettre des instruments digitaux à disposition des divers registres ayant des contenus relevant des droits réels, afin de pouvoir représenter les droits réels de manière globale dans leur extension tridimensionnelle. Cette tenue des droits réels dans des registres totalement digitalisés, sans version papier, concerne en premier lieu le registre foncier informatisé, la mensuration officielle et le cadastre des restrictions de droit public à la propriété foncière (cadastre RDPPF). A cet effet, un groupe de travail « représentation de la propriété en 3D » a été constitué. Ce groupe a rédigé un premier rapport de discussion, daté du 25 mars 2015, qui a été remis au soussigné.

2.

Ensuite, il a été décidé de proposer, dans un premier temps, une réglementation pour la représentation virtuelle et tridimensionnelle de la propriété par étages. Cette réglementation pourrait servir de modèle pour d'ultérieures représentations en 3D de droits réels, notamment de la propriété et des servitudes. Il s'agit donc d'un projet partiel poursuivant l'objectif initial. Dans ce contexte, un document de travail concernant la représentation en 3D des droits exclusifs d'une propriété par étages a été rédigé. Il porte le titre: «*3D-Darstellung der Sonderrechte im Stockwerkeigentum, Analyse der Rechtsgrundlagen*». Le soussigné a d'abord reçu la version 0.9 du 25 juillet 2017.

3.

Après la discussion du 29 septembre 2017, ce document de travail a été révisé. Le soussigné a aussi révisé sa prise de position. La prise de position actuelle se rapporte à la version du 29 septembre 2017 du document en question.

II. Remarques formelles

4. Première prise de position

Dans le premier projet de sa prise de position, le soussigné a formulé diverses remarques de type formel (notamment concernant le vocabulaire utilisé ou certaines formulations). Ces remarques ont été insérées dans la version 0.9 du papier de travail, en mode correction, et remises aux membres du groupe de travail comme annexe. La séance du groupe de travail du 29 septembre a permis de discuter de ces remarques formelles qui, cas échéant, ont été reprises dans la nouvelle version soumise au soussigné. Ainsi, le soussigné renonce, dans la présente version de sa prise de position, à revenir sur ces points déjà corrigés.

III. Remarques matérielles

5. Divers sujets

Dans l'analyse matérielle, il convient de distinguer divers sujets qui doivent être analysés de manière plus approfondie. Ainsi, ci-dessous, les points suivants font l'objet d'une réflexion:

- a. La constitution avant la construction du bâtiment comme cas typique et ses conséquences
- b. La limitation de la représentation en 3D aux seuls droits exclusifs
- c. La part d'étage et les limites du bien-fonds
- d. La problématique de l'application hétérogène de l'art. 712b al. 2 CC
- e. Le droit formel existant comme base légale pour une représentation facultative des droits exclusifs en 3D
- f. Une représentation obligatoire en 3D sous le droit actuel
- g. Effets juridiques de la représentation en 3D conformément au droit actuel

a. La constitution avant la construction du bâtiment comme cas typique et ses conséquences

6. Confirmation

A juste titre, le document de travail affirme que la constitution d'une propriété par étages avant la construction du bâtiment est la forme de constitution la plus répandue. Il s'agit alors d'une constitution à la suite d'une déclaration unilatérale, en la forme authentique, de la part de l'investisseur. Cela signifie qu'au moment de la constitution de la propriété par étages, la construction n'est pas terminée, parfois on ne l'a même pas entamée. Cela a plusieurs conséquences pour la représentation tridimensionnelle. Ci-dessous, il s'agit de commenter brièvement ces conséquences.

7. Représentation d'un projet

Contrairement à ce qui se passe pour les autres plans déposés au registre foncier, un tel cas conduit à la saisie de locaux virtuels. La représentation en 3D est donc dépourvue – du moins initialement – d'une réalisation matérielle. Selon le soussigné, il conviendrait de discuter encore une fois de manière fondamentale s'il est souhaité de représenter dans le registre foncier des appartements et locaux commerciaux purement virtuels. Si la dichotomie entre la représentation au registre foncier et la réalité est considérée comme critique, cela est d'une importance déterminante pour le projet et il faudra alors introduire une nouvelle réflexion, à savoir: à partir de quand la représentation tridimensionnelle peut-elle être utile (p.ex. à partir de l'achèvement de la construction).

8. La durée liée à la construction du bâtiment

La remarque formulée ci-dessus soulève d'autant plus de questions que ni la loi ni l'ordonnance ne prévoient de durée maximale pour terminer la construction du bâtiment. Il existe des cas dans lesquels la construction des bâtiments, prévue en étapes, a pris plus de 40 ans (dans un cas concret 80 appartements sur 180 appartements prévus n'avaient pas encore été construits après cette durée). Est-il bien utile, dans une telle insécurité juridique, de vouloir diminuer celle-ci par une représentation tridimensionnelle des droits exclusifs? Depuis plusieurs années, le soussigné s'engage pour obtenir une réglementation légale de la constitution de la propriété par étages avant la construction du bâtiment,¹ à ce jour sans le moindre succès. Au parlement fédéral, le postulat Caroni² a été adopté le 14 septembre 2016. La problématique de la constitution de la propriété par étages avant la construction du bâtiment a été décrite comme l'un des points devant être abordés.

¹ Voir notamment: Wermelinger Amédéo, La vente d'une part-terrain – état des lieux, not@lex 2010, p. 39 ss; Wermelinger Amédéo, Das Stockwerkeigentum de lege ferenda, Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2012, Wermelinger Amédéo/Fellmann Walter (édit.), Berne 2012, p. 187 ff.; Wermelinger Amédéo, Réflexions de lege ferenda – La propriété par étages a-t-elle développé des maladies d'enfance, in La propriété par étages aujourd'hui, Foëx Bénédicte (édit.), Genève 2016, p. 163.

² No 14.3832; Cinquantième anniversaire de la propriété par étages. Etablissement d'une vue d'ensemble. Le postulat a été présenté par le CN Olivier Feller, dès lors qu'Andrea Caroni était devenu Conseiller aux Etats dans l'intervalle.

9. Mise en œuvre inexistante de l'art. 69 al. 3 ORF

Les propriétaires d'étages doivent communiquer l'achèvement du bâtiment au registre foncier dans les trois mois après l'exécution des travaux, le cas échéant avec remise du plan de répartition rectifié après l'exécution de ceux-ci (art. 69 al. 3 ORF). Cette disposition peut, toutefois, être qualifiée de lettre morte.³ Les registres fonciers ne disposent pas des ressources nécessaires pour procéder à des vérifications et les propriétaires d'étages ne voient souvent pas pourquoi ils iraient se compliquer la vie. Conséquence: après l'achèvement du bâtiment, les plans de répartition (établis d'après les plans du projet) ne sont souvent pas conformes à la réalité. C'est donc illusoire de vouloir augmenter la sécurité juridique par la simple introduction d'une représentation en 3D, en tous cas aussi longtemps que l'inapplication de l'art. 69 al. 3 ORF ne conduit pas à l'actualisation des plans de répartition. Le Tribunal fédéral a encore renforcé ce problème en ce qu'il a considéré, de manière générale, que le défaut d'actualisation du plan de répartition ne saurait être sanctionné par le juge.⁴

10. Nécessité d'une intervention du législateur

Si on veut augmenter la signification du plan de répartition, il paraît insuffisant de vouloir simplement introduire une représentation tridimensionnelle. Cela ne constituerait qu'un emplâtre sur une jambe de bois. En effet, on ajouterait une amélioration technologique sur une insécurité juridique existante. C'est bâtir des châteaux sur le sable. Selon le soussigné, l'objectif visé par le projet ne peut être atteint que si l'on s'attaque aussi bien aux problèmes techniques, juridiques que pratiques. Cela signifie: la constitution de la propriété par étages avant la construction du bâtiment doit être mieux réglementée, aussi bien dans le CC que dans l'ORF. Selon le soussigné, il paraît de toute manière délicat d'autoriser la constitution d'une propriété par étages virtuelle, sans base légale dans le CC. Cette avis n'est, toutefois, pas partagé par beaucoup d'auteurs de la doctrine.

11. Solution possible

Dans le canton de Genève, on semble déjà exiger l'élaboration des plans de répartition d'une propriété par étages par un géomètre officiel. Selon le droit de la mensuration applicable, ce même géomètre procède à la vérification et à la mensuration après l'achèvement du bâtiment. Des divergences éventuelles entre les plans de répartition et la mensuration seront, semble-t-il, annoncées au registre foncier, ce qui conduit régulièrement à l'actualisation de la propriété par étages. Une telle manière de procéder pourrait sensiblement diminuer le problème décrit ci-dessus. Cette pratique cantonale devrait, toutefois, impérativement être ancrée dans le droit fédéral, aussi bien dans le droit de la mensuration officielle que dans l'ORF (modification et actualisation de l'art. 69 ORF). En outre, l'obligation d'actualiser les plans de répartition, prévue au chiffre 3.2 du document de travail (version 29 septembre 2017) aiderait aussi à améliorer la sécurité juridique.

³ Voir Pfäffli Roland, *Einzelfragen zum Stockwerkeigentum aus Sicht der praktischen Grundbuchführung*, Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Wermelinger Amédéo (édit.), p. 60 sv.

⁴ ATF 132 III 9, cons. 3.4.

b. La limitation de la représentation en 3D aux seuls droits exclusifs

12. Versions précédentes

Le chiffre 2.3 de la version 0.9 de l'analyse prévoyait d'intégrer les droits d'usages exclusifs dans la représentation tridimensionnelle, à condition qu'ils ne soient pas attribués par le biais de servitudes, dès lors que la représentation et la compétence pour les servitudes divergeaient des autres droits d'usage particuliers. Après une discussion approfondie, on a dû admettre que la représentation tridimensionnelle de droits d'usages particuliers selon l'art. 712g al. 4 CC soulevait un certain nombre de questions. Ces questions sont particulièrement délicates lorsque ces droits sont constitués par voie de servitude ou qu'ils interviennent ultérieurement dans le cadre du règlement et que la représentation au registre foncier n'est pas fiable. Ce sujet a donc été provisoirement abandonné et il appartient aux responsables du projet de décider si et dans quelle mesure il faudrait revenir sur cette discussion, par exemple dans le cadre d'un essai.

c. La part d'étage et la limite du bien-fonds

13. Dimension spatiale de la propriété par étages

Sur un plan conceptionnel et théorique, il y a un élément déterminant dans la subdivision spatiale des sphères d'influence des propriétaires d'étages : en premier lieu, les propriétaires d'étages sont des copropriétaires. La part de copropriété, et donc les droits et les obligations, se rapportent à la chose entière en copropriété.⁵ Le législateur a donc dû trouver une solution pour pouvoir attribuer, de façon structurelle, certains locaux au propriétaire d'étage, sans que ceux-ci ne puissent devenir sa propriété individuelle. L'art. 712a CC confère aux propriétaires d'étages le droit d'utiliser et d'aménager l'intérieur de certains locaux de manière exclusive. Donc, de manière différente de la copropriété ordinaire, le législateur fixe déjà plusieurs unités dans un bâtiment soumis à la propriété par étages. En allemand, on parle d'une "*partiell-reale Dimension*". L'inscription au registre foncier décrit cette dimension spatiale des unités d'étages, ce qui exclut ou limite du moins les droits des autres propriétaires d'étages.

14. Conséquence: délimitation de parties exclusives et parties communes

Dans un plan de répartition, on délimite donc des parties exclusives (unités d'étages) et on ne procède jamais à établir des limites de bien-fonds. La propriété par étages ne comporte que deux réalités matérielles: les parties exclusives et les parties communes. Cette distinction ne s'opère pas au niveau de la propriété elle-même, mais au niveau de l'exercice du droit de (co)propriété.⁶ Tous les propriétaires d'étages demeurent copropriétaires de tout le bâtiment matériel. Une représentation tridimensionnelle du droit exclusif cons-

⁵ Voir notamment Rey Heinz, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 3ème édition, Berne 2007, no 766.

⁶ Huser Meinrad, *Schweizerisches Vermessungsrecht*, 3ème édition, Zurich 2014, no 363.

tituerait donc un nouveau type de représentation spatiale, distinct de la représentation des limites des biens-fonds (propriété) et des servitudes (droits réels limités; art. 732 al. 2 CC). On peut aussi parler d'une représentation „*sui generis*”.

d. La problématique de l'application hétérogène de l'art. 712b al. 2 CC

15. Homogénéité comme condition de l'harmonisation

Lorsque la Confédération a décidé de remplacer le recensement populaire par un recensement de registres, il a d'abord édicté une législation qui permettait l'harmonisation des registres. Il a ainsi créé la condition nécessaire à pouvoir cumuler les divers chiffres obtenus dans les communes.⁷ Une telle harmonisation de la représentation du droit exclusif serait aussi nécessaire, faute de quoi on ne renforce pas la sécurité juridique.

16. Harmonisation technique mais manque harmonisation juridique

Les services en charge du dossier sont certainement en mesure d'obtenir une solution technique harmonisée pour la représentation des droits exclusifs. L'harmonisation juridique supposerait que, dans tous les cantons, la description des parties exclusives soit identique. Ce n'est, toutefois, pas le cas. La qualification des parties de bâtiment suivantes n'est pas unifiée, et ce malgré les instructions des art. 712a et 712b CC (dans certains cantons, on considère que ces parties de bâtiment peuvent constituer des parties exclusives, dans d'autres non): la partie intérieure d'un balcon, d'une loggia ou d'une véranda, les fenêtres, les portes. Cette application hétéroclite du droit doit être supprimée avant de commencer à mettre en œuvre la représentation tridimensionnelle des droits exclusifs.

e. Le droit formel existant comme base légale pour une représentation facultative des droits exclusifs en 3D

17. Avant-propos

17.1 Structure de l'analyse

En premier lieu, il convient d'analyser si le CC ou la LGéo constituent une base légale suffisante pour la représentation facultative en 3D au niveau du registre foncier. Une représentation tridimensionnelle facultative ne restreint vraisemblablement pas de droits – en particulier pas de droits fondamentaux –, raison pour la-

⁷ Loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (Loi sur l'harmonisation de registres, LHR) du 23 juin 2006 (RS 431.02).

quelle la question pourrait s'articuler différemment du cas d'une représentation obligatoire en 3D (voir ci-dessous litt. f). En outre, la distinction entre représentation facultative et représentation obligatoire en 3D ne dit encore rien quant à l'effet juridique de la représentation tridimensionnelle (voir ci-dessous litt. g). Dès lors, cette question sera analysée séparément.

17.2 Premier pas: représentation facultative

Ci-après, nous étudierons s'il existe une base légale suffisante dans une loi formelle pour introduire de manière facultative une représentation en 3D. Cette question est liée au principe de la réserve légale pour les activités administratives. L'Etat ne peut agir et se mouvoir que dans le cadre déterminé par le législateur. Sans cela, on viole les valeurs fondamentales de la démocratie et le principe de subsidiarité de l'action étatique. Il faut donc voir si le CC ou la LGéo offrent la base légale nécessaire.

18. Art. 942 CC

18.1 Le libellé

Les al. 2 et 4 de l'art. 942 CC sont consacrés aux plans (les mises en évidence qui suivent sont opérées par le soussigné):

- a. Al. 2: Le registre foncier «comprend le grand livre, **les documents complémentaires (plan, rôle, pièces justificatives, état descriptif)** et le journal».
- b. Al. 4: «En cas de tenue informatisée du registre foncier, les données inscrites produisent des effets juridiques si elles sont correctement enregistrées dans le système et si les appareils de l'office du registre foncier **en permettent la lecture sous forme de chiffres et de lettres par des procédés techniques ou sous forme de plans.**»

18.2 Art 942 al. 2 CC

Dans l'interprétation de l'art. 942 al. 2 CC plusieurs réflexions doivent être faites:

- a. Les plans du registre foncier ont pour fonction principale de représenter la situation et les limites des biens-fonds; ils sont établis en application du droit de la mensuration officielle.⁸ Toutefois, ces plans comportent aussi des indications sur la surface du sol⁹, en particulier sur les constructions et les cultures¹⁰ ainsi que sur les routes, places, cours d'eau, lacs etc.¹¹ Partant, aujourd'hui déjà, les plans ne se limitent pas à indiquer la seule situation et les limites des biens-fonds immatriculés au registre foncier.
- b. **Les plans du registre foncier** sont élaborés sur la base du droit de la mensuration officielle et constituent des titres publics au sens de l'art. 9 CC. Il est possible de déposer **d'autres plans**

⁸ Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 5ème édition, Zurich 2017, no 443.

⁹ Deillon-Schegg Bettina, commentaire ad Art. 942 CC, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3ème édition. Zurich 2016, no 6 ad Art. 942.

¹⁰ Deschenaux Henri, Le registre foncier, Traité de droit privé Suisse, T. V/2,2, Fribourg 1983, p. 53 ; Deillon-Schegg, op.cit., no 8 ad art. 950 CC.

¹¹ Huser, op.cit., no 52.

comme pièces justificatives au registre foncier. Ces autres plans ne découlent pas de la mensuration officielle et ne participent pas à la foi publique du registre foncier.¹² Les plans de répartition de la propriété par étages constituent de tels „documents complémentaires” qui ne sont pas des „plans” au sens de l’art. 942 al. 2 CC.¹³ Ils ne participent pas à la foi publique du registre foncier.¹⁴

- c. L’effet de publicité est réservé aux plans du registre foncier et seulement à la situation des biens-fonds ainsi qu’aux limites de ceux-ci. Les autres indications purement descriptives (p.ex. les constructions, les cultures etc.) ne bénéficient pas de cet effet.¹⁵
- d. Enfin, l’art. 942 al. 2 CC ne dit pas s’il n’existe qu’une catégorie de „plans” qui complètent le grand livre. Cette disposition ne permet donc pas de conclure à la licéité ou à l’illicéité de la représentation tridimensionnelle des droits exclusifs. A cet effet, il convient donc de consulter d’autres dispositions.

18.3 Art. 942 al. 4 CC

Cette norme évoque aussi les „plans”. Pour notre question, elle n’est toutefois pas pertinente car elle ne régit que les conditions techniques à remplir afin de pouvoir faire produire l’effet de publicité à des plans électroniques. Cette disposition ne comporte donc pas non plus d’arguments pour savoir si la représentation tridimensionnelle des droits exclusifs est admissible ou non. En revanche, si l’on devait conclure à l’admissibilité de la représentation des droits exclusifs en 3D et si on voulait attribuer la foi publique à cette représentation, il faudrait se conformer aux exigences techniques évoquées par l’art. 942 al. 4 CC.

19. Art. 950 CC

19.1 Libellé

Cette norme fait un renvoi à la mensuration officielle pour ce qui est de l’immatriculation ou de la description d’un immeuble au registre foncier. Les exigences qualitatives et techniques de la loi fédérale du 5 octobre 2007 sur la géoinformation du 5 octobre 2007¹⁶ et de la législation d’application¹⁷ sont donc déterminantes.

19.2 Conséquence

La question de savoir si, et dans quelle mesure, une représentation tridimensionnelle est admissible à l’aune du droit actuel doit donc, au vu des art. 942 et 950 CC, principalement être évaluée en fonction du droit de la mensuration officielle. Le CC ne comporte donc pas de normes autorisant la représentation tridimensionnelle des droits exclusifs. Mais, il ne conduit pas à l’exclusion d’une telle possibilité, notamment au vu du

¹² Schmid/Hürlimann-Kaup, op.cit., loc.cit.

¹³ Voir notamment Steinauer, Les droits réels, Vol. I, 5ème édition, Berne 2017, no 569a; voir aussi ATF 138 III 742, cons. 2 selon lequel un plan de servitude dessiné par un architecte, ne se fondant pas sur la mensuration officielle, ne constitue pas un plan du registre foncier au sens de la loi. Voir aussi Pfäffli Roland/Santschi Kallay Mascha, Aktueller Entscheid des Bundesgerichts: Architektenplan genügt nicht für Grundbucheintrag, in: Geomatik Schweiz, 2013 p. 114 sv.

¹⁴ ATF 118 II 291, cons. 3.a.

¹⁵ Deillon-Schegg, op.cit., no 9 ad art. 950.

¹⁶ RS 510.62.

¹⁷ Ordonnance sur la mensuration officielle du 18 novembre 1992 (RS 211.432.2; OMO) et ordonnance technique du DDPS sur la mensuration officielle du 10 juin 1994 (RS 211.432.21; OTEMO).

libellé très ouvert de l'art. 950 al. 1 CC („*notamment d'un plan du registre foncier*") qui n'interdit pas d'autres instruments que ceux expressément indiqués par le CC.

20. Le but de la mensuration officielle et l'accès

La mensuration officielle ne sert pas (ou plus) exclusivement le registre foncier. Conformément au droit actuel, elle peut poursuivre d'autres buts (voir art. 1 LGéo).¹⁸ Ainsi, elle peut offrir des documents importants pour l'aménagement du territoire¹⁹ ou pour des privés.²⁰ Les géodonnées doivent pouvoir être mises à disposition rapidement, simplement et durablement aux autorités fédérales, cantonales et communales, aux milieux économiques, à la population et aux milieux scientifiques, au niveau de qualité requis et à un coût approprié, en vue d'une large utilisation (art. 1 LGéo).²¹ Un tel accès ne doit pas être gratuit. La Confédération et les cantons peuvent percevoir des émoluments pour un tel service (art. 15 LGéo, art. 38 OMO ainsi qu'art. 73a OTEMO).²²

21. Les catégories de données et leur conséquences

Selon l'art. 3 al. 1 litt. a LGéo les géodonnées sont des données à référence spatiale qui décrivent l'étendue et les propriétés d'espaces et d'objets donnés. On parle de géodonnées de base, lorsque celles-ci se fondent sur un acte législatif fédéral, cantonal ou communal (art. 3 al. 1 litt. c LGéo). Les géodonnées de référence constituent une sous-catégorie des géodonnées de base. En font tout particulièrement partie les données de la mensuration nationale.²³ Conformément à l'art. 2 LGéo, la loi s'applique en premier lieu aux géodonnées de base relevant du droit fédéral. Elle s'applique toutefois aussi à d'autres géodonnées de la Confédération pour autant que d'autres législations fédérales n'en disposent pas autrement (al. 2). En clair, cela signifie que le législateur n'exclut pas la tenue, par la Confédération, de géodonnées qui ne constituent pas des géodonnées de base selon le droit fédéral. En outre, selon le message du Conseil fédéral, il suffit d'une ordonnance pour créer la base légale nécessaire à la transformation de simples géodonnées en des géodonnées de base.²⁴ Ce principe est, par ailleurs, confirmé par l'art. 5 al. 1 LGéo, selon lequel, le Conseil fédéral définit les géodonnées de base relevant du droit fédéral dans un catalogue, donc forcément au niveau d'une ordonnance. Pour les géodonnées de base, le catalogue du Conseil fédéral est exhaustif.²⁵

¹⁸ Voir aussi Huser, op.cit., no 24.

¹⁹ Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/ Rumo-Jungo Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13ème édition, Zurich 2009, p. 855

²⁰ L'importance économique des géodonnées ne doit pas être sousestimée, en particulier dans une époque où des données électroniques issues de plusieurs fichiers peuvent être combinées. La retenue du Conseil fédéral pour les émoluments peut surprendre (voir FF 2006 p. 7445 sv.).

²¹ „L'orientation de la loi est telle qu'elle favorise l'accès au potentiel encore inexploité des géodonnées dans les domaines de l'économie, de la société, de la science et de la politique“ (FF 2006 p. 7432).

²² Pour de plus amples indications voir Huser, op.cit., nos 712 ss.

²³ FF 2006 p. 7435 sv.

²⁴ FF 2006 p. 7433.

²⁵ FF 2006 p. 7437.

22. Art. 19 LGéo

Selon cette disposition, le Conseil fédéral peut habiliter des services de l'administration fédérale à proposer à des fins commerciales des géodonnées et des prestations supplémentaires dans le domaine de la géoinformation pour répondre à des demandes particulières. De telles offres de prestations commerciales doivent cependant avoir un lien étroit avec les tâches du service concerné et le coût des prestations fournies doit, globalement au moins, être couvert.²⁶ Cependant, cette disposition ne concerne que les géodonnées en main de la Confédération (p.ex. les cartes nationales ou des données digitales comme le modèle topographique du paysage) et non les données de la mensuration officielle. Elle n'est donc pas pertinente pour la présente analyse.

23. Art. 29 ss LGéo

L'application des art. 29 ss LGéo permet d'ériger la représentation tridimensionnelle des droits exclusifs en géodonnées de référence. Pour ce qui est de la mensuration officielle, la Confédération est compétente en matière de stratégie tandis que les cantons assument la responsabilité des tâches relevant du niveau opérationnel.²⁷ La définition des instruments de la mensuration officielle est donc du ressort de la Confédération. Selon l'art. 29 al. 1 LGéo, la mensuration officielle garantit la disponibilité des géodonnées de référence qui lient les propriétaires et des informations descriptives concernant les immeubles. Ni cette disposition, ni les dispositions suivantes ne permettent de déterminer avec précision ce qu'il faut entendre par les géodonnées de référence qui lient les propriétaires ou par les informations descriptives concernant les immeubles. Il convient toutefois de préciser que les art. 29 al. 2 et 3 LGéo ne comportent pas une énumération exhaustive des tâches de la mensuration officielle («*notamment*», «*en particulier*»). Cela signifie par exemple que l'abornement et la mensuration des limites des immeubles ne constituent pas toutes les tâches possibles.²⁸ En outre, ce n'est pas la loi mais le Conseil fédéral qui fixe (au niveau d'une ordonnance; voir phrase d'introduction de l'art. 29 al. 2 LGéo) les principes de la mensuration officielle. Le Conseil fédéral dispose donc d'une compétence étendue dans la fixation des instruments de la mensuration officielle. Cette compétence est en particulier exercée aux art. 5 ss de l'OMO qui régissent le contenu de la mensuration officielle, notamment le plan du registre foncier (art. 7 OMO).

24. Résultats intermédiaires

On voit donc que la LGéo n'introduit pas un système fermé et exhaustif des géodonnées, des géodonnées de base ou des géodonnées de référence. Conformément à la délégation prévue dans la loi, le Conseil fédéral peut créer²⁹ de nouvelles géodonnées de base ou de référence.³⁰ Le Conseil fédéral qualifie le système de référence actuel de bidimensionnel, mais ne semble en aucun cas exclure un système de référence tridimen-

²⁶ Par ailleurs, selon le Conseil fédéral, la Confédération doit se concentrer sur des prestations qui ne peuvent pas ou que partiellement être fournies par le privé.

²⁷ FF 2006 p. 7456; voir aussi Huser, op.cit., no 126.

²⁸ Aussi, le Conseil fédéral parle du «*système de référence bidimensionnel actuel*» (FF 2006 p. 7453).

²⁹ La question de savoir si une délégation ultérieure du Conseil fédéral au DDPS pour fixer le catalogue des données (voir Huser, op.cit., no 126) est admissible peut rester ouverte, dès lors que cette tâche a été confiée par le législateur au Conseil fédéral et que, du moins, celui-ci peut agir par voie d'ordonnance.

³⁰ Pour ce qui est de la licéité générale de l'extension de la mensuration officielle au niveau des ordonnances, voir Huser, op.cit., nos 48 sv.

sionnel. Cela vaut d'autant plus que l'art. 8 al. 3 LGéo postule la liberté méthodologique, qui lui paraît adéquate pour ouvrir la voie à l'innovation et au recours à de nouvelles technologies.³¹ Pour cette raison, nous soutenons que swisstopo, respectivement le service désigné par la Conseil fédéral, peut être autorisé à procéder à une représentation tridimensionnelle des droits exclusifs et qu'il peut ériger de telles données en géodonnées, en géodonnées de base ou même de référence.³² Selon l'objectif visé, le Conseil fédéral devra édicter les bases légales nécessaires au niveau d'une ordonnance.

f. Une représentation obligatoire en 3D sous le droit actuel

25. Situation légale actuelle

25.1 Pas de norme au niveau du CC

Le plan de répartition n'est pas évoqué expressément au niveau du CC. Il n'y a que l'art. 712e al. 1 CC qui exige que l'acte constitutif indique la délimitation des étages ou parties d'étage. Pour un bâtiment existant, cette condition ne doit pas être forcément remplie par la présentation d'un plan de situation et encore moins sous la forme d'un plan du registre foncier. Une description verbale suffit (p.ex. avec droit exclusif de l'unité no 1 sur les locaux du premier étage, droit exclusif de l'unité no 2 sur les locaux du deuxième étage et droit exclusif de l'unité no 3 sur les locaux du troisième étage; voire, pour une propriété par étages verticale: avec droit exclusif de l'unité no 1 sur le bâtiment no 123, droit exclusif de l'unité no 2 sur le bâtiment no 124 et droit exclusif de l'unité no 3 sur le bâtiment no 125).

25.2 Législation d'application au niveau de l'ORF

Les art. 68 ss ORF évoquent le plan de répartition. Celui-ci n'est pas déclaré obligatoire, dans la mesure où le bâtiment est déjà construit. Toutefois, le conservateur du registre foncier dispose de la possibilité d'exiger la production d'un tel plan, dans la mesure où l'acte constitutif n'indique pas de manière claire et précise la description, la délimitation et la composition des étages. Si la constitution de la propriété par étages intervient avant la construction du bâtiment, celle-ci ne peut être effectuée sans la production d'un plan de répartition. On doit donc constater que pour la majorité des cas (constitution d'une propriété par étages avant la construction du bâtiment), il est déjà actuellement déduit de l'art. 712e al. 1 CC une obligation – prévue par le Conseil fédéral – de produire un plan de répartition. Se pose donc la question de savoir si le Conseil fédéral, se fondant sur l'art. 712e al. 1 CC, peut étendre l'obligation en exigeant la production d'un plan de représentation tridimensionnel des droits exclusifs pour toutes les constitutions de propriété par étages.

26. Interprétation de l'art. 712e al. 1 CC

Cette disposition décrit le contenu de l'acte constitutif. Elle demande une indication de la délimitation des unités d'étages. Le Conseil fédéral en a déduit la possibilité d'exiger, dans certaines situations, la production

³¹ FF 2006 p. 7440.

³² Pour ce qui est des géodonnées de base ou de référence, il faudra au moins une base légale au niveau d'une ordonnance fédérale.

d'un plan de répartition. La doctrine majoritaire ne conteste pas, sur ce point, la licéité de la réglementation prévue au niveau de l'ORF. On comprend aisément que, pour l'inscription d'une propriété par étages avant la construction du bâtiment, une description sur plan des unités d'étages et des droits exclusifs soit nécessaire, car ceux-ci n'existent qu'au niveau virtuel. En revanche, selon le soussigné, la situation légale actuelle n'autorise pas un canton ou le conservateur du registre foncier à exiger la production d'un plan de géomètre ou un plan du registre foncier.³³

27. Lien avec le droit de la mensuration officielle

L'art. 712e al. 1 CC n'a pas pour but de restreindre le droit de la mensuration officielle et ne constitue pas non plus une *lex specialis* par rapport à celui-ci. Bien au contraire: la propriété par étages – en tant que forme particulière de droit foncier (art. 655 al. 2 litt. 4 CC) – appartient au droit immobilier. Ainsi, elle est aussi soumise aux art. 942, art. 950 CC et donc, en fin de compte, au droit de mensuration officielle. Dans la mesure où le droit de la mensuration officielle définit des géodonnées, des géodonnées de base ou des géodonnées de référence et dans la mesure où le Conseil fédéral peut, par décision (géodonnées) ou par ordonnance (géodonnées de base ou géodonnées de référence), fixer leur forme et leur contenu, il n'y a pas de raison de ne pas admettre ce principe pour la propriété par étages. Le Conseil fédéral doit donc aussi pouvoir définir ce qui, dans le cadre du droit de la mensuration officielle, peut être exigé pour l'inscription (ou l'immatriculation) d'une propriété par étages, même une représentation tridimensionnelle des droits exclusifs.

28. Résultats intermédiaires

Conformément au droit actuel et au comportement du Conseil fédéral dans le cadre de l'ORF et de l'OMO, le soussigné ne trouve que peu d'arguments qui parleraient, sur le plan de la technique juridique, contre la possibilité d'introduire une obligation de produire un plan de répartition au niveau de l'ordonnance. A plus long terme, il conviendrait toutefois d'adapter le CC au niveau de la propriété par étages,³⁴ afin de clarifier les choses. En effet, sur le plan de l'Etat de droit, il n'apparaît pas comme idéal de régir des obligations et des restrictions liées à la propriété dans une simple ordonnance, même si, à première vue, le tout ne semble avoir qu'un impact technique.

g. Effets juridiques de la représentation en 3D conformément au droit actuel

29. Différence entre obligation et effet juridique

Selon le droit actuel, dans la majorité des cas (constitution de la propriété par étages avant la construction du bâtiment) la production d'un plan de répartition est obligatoire. Néanmoins, même si le plan de réparti-

³³ Voir notamment Wermelinger Amédéo, Das Stockwerkeigentum, commentaire zurichois, Zurich 2010, no 97 ad art. 712d.

³⁴ Par exemple dans le cadre de la mise en oeuvre du postulat adopté par le Conseil national (no 14.3832; Cinquantième anniversaire de la propriété par étages. Etablissement d'une vue d'ensemble).

tion est produit dans le cadre de cette obligation, ni la doctrine ni la jurisprudence fédérale ne reconnaissent un effet de publicité au plan de répartition. Il ne s'agit ni d'un plan cadastral ni d'un titre public au sens de l'art. 9 CC.³⁵ Si l'on admet que la représentation tridimensionnelle des droits exclusifs pourrait être introduite de manière obligatoire avec le droit actuel, on n'a pas encore dit quel effet de publicité produit une telle représentation.

30. Avis de la doctrine

La question de savoir si une représentation tridimensionnelle des droits exclusifs peut être utile ou nécessaire ne pouvait se poser qu'avec le développement technique actuel. Il s'agit, à son tour, d'une question très actuelle et on ne dispose que de très peu d'avis doctrinaux. L'auteur le plus réputé à s'être exprimé sur le droit de la mensuration officielle en Suisse s'est exprimé comme suit sur l'effet juridique de la représentation d'objets en 3D: afin que ces représentations puissent produire un effet juridique, les bases légales du CC devraient être fondamentalement reformulées (*„Damit diese Darstellungen aber rechtsverbindlich werden können, müssten die rechtlichen Grundlagen im ZGB grundlegend überarbeitet werden“*).³⁶ L'auteur s'exprime sur une représentation tridimensionnelle globale des immeubles en Suisse. Pour le soussigné, il n'est pas évident qu'il existe une différence dans l'effet juridique produit par une représentation tridimensionnelle globale pour tous les immeubles par rapport à une telle représentation uniquement dans le cadre de la propriété par étages. Il est vrai que la représentation obligatoire en 3D de droits exclusifs, jointe à une obligation d'actualisation, augmente la force probante des plans de répartition. Toutefois, le soussigné n'est pas en mesure d'évaluer de manière définitive si une telle représentation tridimensionnelle des droits exclusifs produit le même effet juridique qu'un plan pour le registre foncier. Il va de soi que pour le projet en cours, il serait souhaitable et donc conseillé de clarifier cette question dans le cadre des prochains travaux.

IV. Conclusions

31.

Les analyses qui précèdent peuvent être résumées comme suit:

31.1

Les remarques de détail relatives au document de travail ne sont pas répétées ci-dessus. Globalement, le contenu et la présentation du document de travail dans sa version du 29 septembre 2017 paraissent pertinentes au soussigné.

³⁵ Voir notamment ATF 132 III 9, cons. 3.2.2; Huser, op.cit., no 519; Wermelinger Amédéo, Das Stockwerkeigentum, commentaire zurichois, Zurich 2010, no 97 ad art. 712d avec de nombreux renvois à la doctrine.

³⁶ Huser, op.cit., no 46.

31.2

Dans une optique de long terme, il conviendra d'aborder un certain nombre de questions supplémentaires liées à la représentation du droit exclusif dans le registre foncier (p.ex. un meilleur ancrage dans le CC de la constitution de la propriété par étages avant la construction du bâtiment, de la fiabilité de la distinction légale des parties du bâtiment en propriété par étages etc.), si l'on veut atteindre l'objectif visé consistant en une meilleure sécurité juridique. Cela signifie notamment que, dans le traitement du postulat no 14.3832, l'on reconnaisse les lacunes actuelles et que l'administration fédérale, respectivement le Conseil fédéral, saisissent au bond la balle transmise par le Conseil national.

31.3

A court terme, il existe des arguments importants en faveur d'un projet pilote pour la représentation en 3D du droit exclusif:

- a. Il s'agit d'un domaine juridique clairement délimité.
- b. La sécurité juridique actuelle, respectivement le manque de sécurité juridique, peuvent-être considérés comme problématiques.
- c. La clé d'une représentation tridimensionnelle du droit exclusif ne réside ni dans la réglementation des droits réels ni dans le CC. Ce dernier renvoie très largement au droit de la mensuration officielle.
- d. Le droit de la mensuration officielle connaît un système ouvert et neutre au niveau méthodologique. Une évolution des instruments actuels et une introduction de nouveaux instruments peuvent être considérées comme licites au vu de la législation actuelle. Le Conseil fédéral dispose, à ce propos, d'une compétence expressément ancrée dans la loi.
- e. Beaucoup de questions liées au droit de la mensuration officielle sont actuellement régies au niveau d'ordonnances. Pour cette raison, même l'introduction d'une représentation obligatoire en 3D des droits exclusifs ne semble pas à priori illicite au niveau technique. Pour le soussigné, la question de l'effet juridique d'une telle représentation en tant que partie intégrante de la mensuration officielle paraît plus délicate, notamment au vu de la nouveauté de la question. Cette question exigerait une analyse plus approfondie.

Dans l'espoir d'avoir pu répondre à vos questions, je vous prie de croire, Madame, à l'expression de ma parfaite considération.

Prof. Dr. Amédéo Wermelinger
Avocat et professeur titulaire
à l'Université de Fribourg