



---

## 614-0002 : Consultation

des cantons menée dans le cadre de l'enquête concernant la libre circulation et l'éventuelle discrimination à rebours des notaires

---

### Sommaire

<b>A</b>	<b>Contexte et compétence</b>	<b>2</b>
<b>B</b>	<b>De l'applicabilité du droit du marché intérieur</b>	<b>3</b>
B.1	La libre circulation des notaires dans l'UE	3
B.2	Conséquence pour l'Accord sur la libre circulation des personnes	4
B.3	Signification pour le droit du marché intérieur	7
B.3.1	La non-discrimination des ressortissants suisses	7
B.3.2	Le champ d'application matériel de la loi sur le marché intérieur	7
B.3.3	L'assujettissement de l'instrumentation des actes authentiques à la loi fédérale sur le marché intérieur	9
B.4	Questions 1 à 4	10
<b>C</b>	<b>De la libre circulation des notaires</b>	<b>11</b>
C.1	La reconnaissance visée à l'article 4 al. 1 et 3 LMI	11
C.2	La reconnaissance visée à l'article 4 al. 3 <sup>bis</sup> LMI	13
C.3	Questions 5 à 8	14
<b>D</b>	<b>De la libre circulation des actes authentiques</b>	<b>14</b>
D.1	Contexte	14
D.2	Questions 9 et 10	16
<b>E</b>	<b>De la forme de l'organisation du notariat cantonal</b>	<b>16</b>

## A Contexte et compétence

1. La réglementation des modalités de la forme authentique relève de la compétence des cantons (art. 55 tit. fin. CC). Ces derniers désignent en particulier les personnes habilitées à instrumenter des actes authentiques. En Suisse, il existe trois formes d'organisation différentes du notariat<sup>1</sup> :

- Le *notariat d'Etat* ou *notariat officiel* (AR, SH, TG, ZH) : le notariat d'Etat, inspiré du droit allemand, autorise uniquement des employés d'Etat à instrumenter des actes authentiques.
- Le *notariat latin* ou *notariat indépendant* (AG, BE, BS, FR, GE, NE, JU, TI, UR, VD, VS) : le notariat latin, issu du droit romain, est organisé de manière indépendante et prévoit que les actes authentiques sont instrumentés par des notaires exerçant leur activité à titre indépendant. Les notaires entrent d'une certaine manière en concurrence entre eux ; l'Etat intervient généralement au plan réglementaire pour fixer, par exemple, les tarifs ou le nombre de notaires patentés. Dans certains cantons, les notaires ne peuvent exercer aucune autre activité, tandis que dans d'autres, ils sont également avocats, par exemple.
- Le *notariat mixte* (AI, BL, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, ZG) : dans cette dernière forme de notariat, certains domaines sont réservés aux notaires d'Etat (p. ex. les affaires ayant trait au registre foncier), tandis que les autres domaines sont ouverts aux notaires indépendants.

2. Selon la conception traditionnelle, l'activité notariale est soumise au principe de territorialité<sup>2</sup>. D'une part, cela signifie que les notaires n'ont la compétence d'instrumenter des actes authentiques que sur le territoire du canton qui leur a délivrée leur patente. D'autre part, l'application du principe de la territorialité amène à se poser la question de la libre circulation des actes authentiques entre les cantons.

3. Dans un arrêt de 2002 (ATF 128 I 280) confirmant sa pratique en la matière, le Tribunal fédéral a jugé que la liberté économique (art. 27 Cst.), l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681) et la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02) ne s'appliquaient pas à l'activité des notaires, et que ces derniers ne pouvaient donc pas bénéficier des libertés accordées par ces lois<sup>3</sup>. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les cantons ne sont pas tenus de reconnaître les certificats de capacité des notaires d'un autre canton<sup>4</sup>. Ils peuvent également prévoir que les actes authentiques ayant pour objet des immeubles doivent avoir été passés au lieu de situation de ceux-ci (*lex rei sitae*)<sup>5</sup>. Ce a par exemple pour conséquence qu'une affaire entre conjoints possédant plusieurs immeubles sis dans différents cantons exige la conclusion de plusieurs contrats de mariage.

4. L'exclusion de l'activité notariale du champ d'application de la LMI et de l'ALCP est devenue problématique au vu de la nouvelle jurisprudence de la Cour de justice de l'Union eu-

---

<sup>1</sup> Voir l'aperçu que donne p. ex. RENÉ BIBER, «Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz», in : *Aktuelle Themen zur Notariatspraxis : 1<sup>er</sup> Congrès des notaires suisses*, Fédération suisse des notaires (FSN), Muri bei Bern, 2010, p. 139 ss., p. 141 ss. ; JULIEN SCHLAEPPI, *La rémunération du notaire de tradition latine*, Genève/Bâle/Zurich, 2009, p. 1 ss.

<sup>2</sup> MICHEL MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, Berne, 2005, p. 228 ss.

<sup>3</sup> Cf. ATF 73 I 366, p. 371 s. ; arrêts du Tribunal fédéral (TF) 2P.110/2002 et 2P.264/2002 du 6 août 2003 consid. 4.2.4 ; arrêt du TF 2P.237/2003 du 29 janvier 2004 consid. 4 et les références citées.

<sup>4</sup> Arrêts du TF 2P.110/2002 et 2P.264/2002 du 6 août 2003 consid. 4.2.4.

<sup>5</sup> ATF 113 II 501 consid. 3.

ropéenne (CJUE) selon laquelle l'activité des notaires liée à l'instrumentation des actes authentiques n'implique ni l'usage de la puissance publique, ni l'exercice de l'autorité publique. Par conséquent, les notaires de l'Union européenne (UE) bénéficient en principe aujourd'hui des libertés fondamentales de droit primaire, notamment la liberté d'établissement.

5. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure les notaires ayant leur siège en Suisse peuvent se prévaloir de la LMI. Aux termes de l'article 8 al. 1 LMI, la Commission de la concurrence (COMCO) veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent cette loi. Elle peut adresser des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 al. 2 LMI) et conclure des enquêtes par une recommandation (art. 8 al. 3 LMI). La COMCO est également chargée, en vertu de l'article 8 al. 4 LMI, de garantir, en collaboration avec les cantons et les services fédéraux concernés, la bonne exécution de l'article 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI, et peut formuler des recommandations à cet effet.

6. Pour examiner la portée de la LMI pour l'activité notariale, la COMCO a ouvert une enquête en se fondant sur l'article 8 al. 3 LMI. Les questions utiles à cette enquête seront détaillées ci-après.

Dès lors, en application de l'article 8 al. 4 en relation avec l'article 8a LMI, nous vous prions de bien vouloir vous prononcer sur les questions présentées ci-après **d'ici au 31 mai 2013**.

## **B De l'applicabilité du droit du marché intérieur**

### **B.1 La libre circulation des notaires dans l'UE**

7. Le 24 mai 2011, la CJUE a rendu plusieurs arrêts relatifs à la libre circulation des notaires dans le marché intérieur de l'UE<sup>6</sup>. Elle y a jugé que les notaires peuvent se prévaloir des libertés du marché intérieur européen. Par conséquent, les notaires établis dans l'UE disposent, par exemple, du droit leur accordant la reconnaissance par tous les Etats membres de l'UE de la qualification professionnelle qu'ils ont acquise dans un Etat membre, conformément aux règles européennes régissant la reconnaissance des diplômes. Les Etats membres de l'UE ne peuvent en outre pas pénaliser les notaires provenant d'autres Etats membres en raison de leur origine ou de leur nationalité.

8. Dans ces arrêts, la CJUE part du constat que l'instrumentation d'actes authentiques n'est pas une activité liée à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 51 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ; anc. article 45 TCE). Elle justifie sa position dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-54/08 *Commission contre Allemagne* comme suit :

- Les parties à une convention passée en la forme authentique décident elles-mêmes du contenu et de la portée de leurs droits et obligations. Le notaire ne peut modifier de façon unilatérale la convention qu'il est appelé à instrumenter sans avoir recueilli le consentement des parties (arrêt CJUE C-54/08, pts 91 à 93).
- L'instrumentation d'un acte en la forme authentique poursuit incontestablement un objectif d'intérêt général, dans la mesure où elle garantit la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers. La poursuite de cet objectif ne saurait tou-

---

<sup>6</sup> Affaire C-54/08, *Commission/Allemagne* (Rec. à paraître) ; affaire C-50/08, *Commission/France* (Rec. à paraître) ; affaire C-51/08, *Commission/Luxembourg* (Rec. à paraître) ; affaire C-52/08, *Commission/Portugal* (Rec. à paraître) ; affaire C-53/08, *Commission/Autriche* (Rec. à paraître) ; affaire C-47/08, *Commission/Belgique* (Rec. à paraître) ; affaire C-61/08, *Commission/Grèce* (Rec. à paraître).

tefois justifier qu'une activité soit considérée comme participant à l'exercice de l'autorité publique. Autrement dit, l'objectif d'intérêt général visant à garantir la légalité et la sécurité juridique n'entraîne pas la non-soumission de l'activité notariale aux libertés fondamentales, mais peut tout au plus justifier une restriction de ces libertés (arrêt CJUE C-54/08, pts 94 à 98).

- Le fait que les actes officiels jouissent d'une force probante accrue et soient exécutoires ne saurait suffire pour que l'activité liée à leur établissement soit considérée comme participant à l'exercice de l'autorité publique. La force probante conférée par la loi à un acte donné n'a pas d'incidence sur la question de savoir si l'activité consistant à instrumenter un acte en la forme authentique participe à l'exercice de l'autorité publique. La force exécutoire de l'acte authentique ne confère pas non plus au notaire l'exercice de l'autorité publique, car elle est conditionnée par l'accord du débiteur pour se soumettre à une exécution forcée immédiate (arrêt CJUE C-54/08, pts 100 à 107).
- Un autre fait ne plaide pas en faveur de l'exercice de l'autorité publique. En effet, alors même que leurs honoraires sont fixés par la loi, les notaires exercent leur activité dans des conditions de concurrence dans la mesure où les parties ont le libre choix de leur notaire et que leurs aptitudes professionnelles entre en concurrence au moins au niveau de la qualité de service (arrêt CJUE C-54/08, pt 110).
- Finalement, les notaires sont seuls responsables des actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leur activité professionnelle (arrêt CJUE C-54/08, pt 111).

9. Au vu de ces considérations, la CJUE parvient à la conclusion que l'activité notariale, selon sa définition dans les systèmes juridiques allemand, autrichien, français, luxembourgeois, belge, grec et portugais, ne participe pas à l'exercice de l'autorité publique<sup>7</sup>.

## **B.2 Conséquence pour l'Accord sur la libre circulation des personnes**

10. Dans les relations Suisse-UE, l'ALCP conclu dans le cadre des Accords bilatéraux règle le droit d'entrée et de séjour des personnes salariées et indépendantes et des personnes sans activité économique, et contient des dispositions relatives à la libéralisation des prestations de services de courte durée, ainsi qu'à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles.

11. Ces droits ne s'appliquent toutefois pas à l'accès aux activités participant à l'exercice de la puissance publique. Ainsi, l'ALCP prévoit des exceptions :

- *Emploi dans l'administration publique* (exception concernant la libre circulation des travailleurs salariés, art. 10 de l'annexe I ALCP) : «Le ressortissant d'une partie contractante exerçant une activité salariée peut se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique lié à l'exercice de la puissance publique et destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques.»
- *Exercice de la puissance publique* (exception concernant la libre circulation des indépendants, art. 16 de l'annexe I ALCP) : «L'indépendant peut se voir refuser le droit de pratiquer une activité participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique.»

---

<sup>7</sup> La Commission européenne exige également, depuis lors, l'application de la liberté d'établissement pour les notaires en Hongrie, bien que les notaires hongrois prennent, dans certains cas, des décisions équivalentes à des décisions judiciaires, cf. Commission européenne, Procédures d'infraction du mois de septembre : MEMO/12/708 du 27 septembre 2012, p. 10.

- [Sans titre] (exception concernant la libre prestation de services, art. 22 al. 1 de l'annexe I ALCP) : «Sont exceptées de l'application des dispositions des articles 17 et 19 de la présente annexe les activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique dans la partie contractante concernée.»

12. Cet aperçu montre clairement que les notions de puissance publique et d'exercice de l'autorité publique sont identiques dans la terminologie de l'ALCP. L'article 16 de l'annexe I ALCP est intitulé «Exercice de la puissance publique», et le libellé de la disposition explique que celui qui exerce la puissance publique exerce l'autorité publique.

13. Etant donné les évolutions concernant la libre circulation des notaires dans l'UE, la question se pose de savoir si les notaires peuvent également se prévaloir des droits d'accès au marché que prévoit l'ALCP. Il convient à cet effet d'interpréter les dispositions des articles 10, 16 et 22 al. 1 de l'annexe I ALCP.

14. La Suisse interprète en principe ses traités de façon autonome et en application des règles de droit international public inscrites dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31 et 32 ; RS 0.111). Cependant, ce principe de l'interprétation autonome des traités est limité pour ce qui a trait à l'ALCP. En effet, en vertu de l'article 16 al. 2 ALCP, l'interprétation des notions reprises du droit de l'UE doit tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE antérieure à la date de la signature de l'Accord. La jurisprudence de la CJUE postérieure à cette date est communiquée à la Suisse.

15. Dans l'application de l'ALCP, le Tribunal fédéral tient systématiquement compte de la pratique de la CJUE antérieure à la date de la signature de l'Accord<sup>8</sup>. Il reprend également la jurisprudence de la CJUE postérieure à la date de signature de l'ALCP, lorsqu'elle se borne à développer, à confirmer ou à préciser la jurisprudence actuelle<sup>9</sup>. Afin de ne pas compromettre le parallélisme des situations juridiques de l'ALCP et du droit pertinent de l'UE, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la pratique de la CJUE que si des «raisons valables» l'exigent<sup>10</sup>.

16. Les exceptions visées aux articles 10, 16 et 22 al. 1 de l'annexe I ALCP sont des dispositions calquées sur le droit de l'UE. Elles sont rédigées sur le modèle des article 45 par. 4 (exception concernant la libre circulation des travailleurs salariés) et 51 TFUE (exception concernant la liberté d'établissement, en relation avec l'article 62 TFUE relatif à la libre prestation de services). Par conséquent, l'article 10 de l'annexe I ALCP doit être interprété en tenant compte de la pratique de la CJUE relative à l'article 45 par. 4 TFUE, et les articles 16 et 22 al. 1 de l'annexe I ALCP, en tenant compte de la pratique de la CJUE relative à l'article 51 TFUE.

---

<sup>8</sup> V. p. ex. ATF 136 II 65 consid. 3.1 [regroupement familial élargi] ; arrêt du TF 9C.782/2011 du 26 avril 2012 [publ. off. prévue] consid. 5.3.2 [droit des assurances sociales] ; v. aussi arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2731/2011 du 18.11.2011 consid. 4.4 [réserve liée à l'ordre-public] ; v. également p. ex. THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, «Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen», in : Astrid Epiney/Nina Gamenthaler (éds), *Schweizerisches Jahrbuch zum Europarecht 2008/2009*, Zurich, 2009, p. 237 ss., p. 258 s. ; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, «L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence», in : Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (éds), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU : Auslegung und Anwendung in der Praxis*, Zurich/Bâle/Genève, 2011, p. 29 ss., p. 41 ss. ; ASTRID EPINEY, «Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens», in : *RJB*, 2005, p. 1 ss., p. 30.

<sup>9</sup> ATF 133 V 329 consid. 7 ; ATF 133 V 265 consid. 4.1.

<sup>10</sup> ATF 136 II 5 consid. 3.4 ; ATF 136 II 65 consid. 3.1.

17. La CJUE applique l'exception relative aux «activités participant à l'exercice de l'autorité publique» au sens de l'article 51 TFUE de manière stricte<sup>11</sup>. Par la notion d'exercice de l'autorité publique, il faut en principe entendre une activité impliquant un exercice «suffisamment qualifié de droits exclusifs, de privilèges de puissance publique ou de pouvoirs de coercition»<sup>12</sup>. De plus, l'activité doit constituer une «participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique»<sup>13</sup>, si bien qu'une activité jouant uniquement un rôle auxiliaire et préparatoire pour un autre organe ne saurait être considérée comme une participation à l'exercice de l'autorité publique<sup>14</sup>. Au surplus, s'agissant de l'exercice de l'autorité publique, il est atypique que l'activité soit exercée dans des conditions de concurrence ou qu'un manquement n'entraîne pas la responsabilité de l'Etat<sup>15</sup>.

18. Dans ses arrêts du 24 mai 2011, la CJUE a abouti à la conclusion que l'activité des notaires ne participe pas non plus à l'exercice de l'autorité publique ou de la puissance publique (ch. 9 *supra*). Même si ces arrêts sont postérieurs à la signature de l'ALCP, ils doivent, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 16 al. 2 ALCP, être repris pour interpréter les exceptions de l'Accord. Le Tribunal fédéral tient également compte de la jurisprudence de la CJUE postérieure à la signature de l'ALCP, lorsque celle-ci se borne à développer, à confirmer ou à préciser la jurisprudence antérieure à la signature de l'Accord (ch. 13 *supra*). Cette dernière condition est remplie dans le cas d'espèce. La qualification d'activité ne participant pas à l'exercice de l'autorité publique qui est donnée à l'instrumentation des actes authentiques confirme une pratique bien établie de la CJUE dans l'interprétation de l'article 51 TFUE (ch. 17 *supra*). Il n'existe apparemment pas non plus de raisons valables qui inciteraient à s'écarter des arrêts de la CJUE du 24 mai 2011 et à abandonner le parallélisme des situations juridiques (ch. 13 *supra*).

19. Au vu de ce qui précède, il y a tout lieu d'admettre que l'activité notariale ne participe pas à l'exercice de la puissance publique au sens de l'ALCP. C'est aussi la conclusion à laquelle parvient la majeure partie de la doctrine<sup>16</sup>, ainsi que le Secrétariat d'Etat à la forma-

---

<sup>11</sup> MARTIN SCHLAG, in : Jürgen Schwarze (éd.), *EU-Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Baden-Baden, 2009, ch. 5 ad article 45 TCE ; MATTHIAS OESCH, «Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU», SZIER/RSDIE 2011, p. 583 ss., p. 594 ss., et les références ; WALTER FRENZ, *Europarecht*, Berlin/Heidelberg, 2011, ch. 291 ; STEPHAN J. WALDHEIM, *Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip*, Göttingen, 2008, p. 42 s. ; SVEN SIMON, *Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht*, Tübingen, 2009, p. 189 ; CATHERINE BARNARD, *The Substantive Law of the EU : The Four Freedoms*, Oxford/New York, 2007, p. 484 s. ; GABRIËL MOENS/JOHN TRONE, *Commercial Law of the European Union*, Dordrecht/Heidelberg/Londres/New York, 2010, p. 92.

<sup>12</sup> Affaire C-160/08, *Commission/Allemagne*, Rec. 2010 I-3713 pts 79 ss. (pas d'exercice de l'autorité publique par les services de secours avec gyrophare et sirène) ; affaire C-114/97, *Commission/Espagne*, Rec. 1998 I-6717 pt 37 (pouvoirs de contrainte déniés dans le cas d'entreprises de sécurité privées).

<sup>13</sup> Affaire C-438/08, *Commission/Portugal*, Rec. 2009 I-10219 pt 36 (contrôle technique des véhicules).

<sup>14</sup> Affaire C-42/92, *Thijssen/Office de contrôle des assurances*, Rec. 1993 I-4047 pt 22 (pas d'exercice de l'autorité publique du réviseur dans son rôle auxiliaire et préparatoire de l'organe de surveillance des assurances qui participe à l'exercice de l'autorité publique) ; affaire 2/74, *Reyners/Belgique*, Rec. 1974 631 pts 51 et 53 (pas d'exercice de l'autorité publique de l'avocat en dépit de contacts réguliers avec les juridictions et d'un concours à leur fonctionnement).

<sup>15</sup> Affaire C-54/08, *Commission/Allemagne* (Rec. à paraître) pts 110 s. (pas d'exercice de l'autorité publique par les notaires ; v. également les affaires C-61/08, C-53/08, C-51/08, C-50/08 et C-47/08).

<sup>16</sup> OESCH (note 11), p. 621 ; VÉRONIQUE BOILLET, «Le notariat suisse en passe de s'eupéaniser?», in : Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (éds), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2011/2012*, Zurich, 2012, p. 277 ss., p. 291 ; ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, «Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU», in : Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (éds), *ibid.*, p. 51 ss., p. 92.

tion, à la recherche et à l'innovation (SEFRI, anc. OFFT)<sup>17</sup>. En conséquence, les notaires provenant d'un Etat membre de l'UE disposent d'un droit d'accès non discriminatoire au marché suisse et d'un droit à la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles conformément à l'annexe III ALCP. Inversement, les notaires suisses possèdent des droits identiques lorsqu'ils souhaitent accéder au marché d'un Etat membre de l'UE.

### **B.3 Signification pour le droit du marché intérieur**

20. La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) vise à créer un marché unique à l'échelle de la Suisse dans lequel les agents économiques puissent développer leur activité en étant le moins possible entravés par des obstacles cantonaux et communaux à l'accès au marché. Elle garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

#### **B.3.1 La non-discrimination des ressortissants suisses**

21. Afin d'empêcher la discrimination des ressortissants suisses, la LMI prévoit que toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, en ce qui concerne l'accès au marché d'un autre canton, des droits identiques à ceux qui sont accordés par la Confédération à des personnes étrangères dans des accords internationaux (art. 6 al. 1 LMI). Si l'on applique ce principe au cas d'espèce, cela signifie, par exemple, qu'un notaire du canton d'Argovie disposent des mêmes droits en termes de libre circulation lorsqu'il veut accéder au marché du canton de Berne qu'un les notaires allemands qui souhaite accéder à ce même marché sur la base de l'ALCP.

22. Dans le même esprit et afin d'empêcher également la discrimination des ressortissants suisses, l'article 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI prévoit que la reconnaissance des certificats de capacité entre les cantons est régie par l'ALCP. La COMCO garantit, avec l'aide des cantons et des services fédéraux concernés, la bonne exécution de l'article 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI.

23. Dès lors que, comme expliqué, l'activité notariale relève du champ d'application de l'ALCP, les dispositions du droit régissant le marché intérieur doivent également s'appliquer en vue d'empêcher l'éventuelle discrimination à rebours des ressortissants suisses.

#### **B.3.2 Le champ d'application matériel de la loi sur le marché intérieur**

24. Dans sa version de 1995, la LMI s'appliquait à «toute activité ayant pour but un gain et bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie»<sup>18</sup>. Le champ d'application de la loi correspondait donc à celui de la liberté du commerce et de l'industrie. La raison de cette symétrie des champs d'application résidait dans la nécessité de compenser l'insuffisance d'effets de la liberté du commerce et de l'industrie à l'intérieur du pays par une loi, la LMI<sup>19</sup>. Elle était nécessaire car, en raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral favorable au fédéralisme, la liberté du commerce et de l'industrie ne pouvait qu'insuffisamment déployer sa fonction de réalisation du marché intérieur. Par conséquent, il

---

<sup>17</sup> Note de l'OFFT de juillet 2011 à l'attention des cantons concernant la reconnaissance des diplômes entre l'UE et la Suisse en particulier l'accès des citoyens de l'UE à la profession de notaire.

<sup>18</sup> Cf. art. 1 al. 3 LMI 1995 (RO 1996 1738).

<sup>19</sup> Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1193, 1199 s. ; KILIAN WUNDER, *Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft*, thèse, Bâle/Genève/Munich, 1998, p. 173 ss. ; THOMAS ZWALD, «Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt», in : Thomas Cottier/Matthias Oesch (éds), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2007, p. 411 ss., ch. 3.

est naturel que le législateur de 1995 ait fait concorder le champ d'application de la LMI avec le domaine de protection de la liberté du commerce et de l'industrie.

25. En 2005, à la suite du rapport du 27 juin 2000 de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) dans lequel celle-ci aboutissait à la conclusion que la LMI n'avait atteint la libéralisation son objectif de libre circulation des personnes et des services que dans une mesure limitée, la LMI fit l'objet d'une révision partielle mais profonde. Une des raisons invoquées alors fut l'application restrictive de la LMI par le Tribunal fédéral<sup>20</sup>. Ainsi la révision de 2005 visait-elle principalement à augmenter l'efficacité de la loi.

26. Outre des dispositions matérielles et institutionnelles, cette révision a touché la disposition définissant le champ d'application matériel de la LMI. Le message du Conseil fédéral contient également, sur le modèle de l'article 1 al. 3 LMI de 1995, une formulation liée à la liberté économique dont le libellé était le suivant : «Par activité lucrative [...], on entend toute activité ayant pour but un gain et bénéficiant de la protection de la liberté économique, y compris les prestations commerciales fournies dans le secteur public.»<sup>21</sup>

27. Toutefois le Parlement finit par opter pour une autre formulation sans référence à la liberté économique, et préféra la notion d'activité régaliennne. Par conséquent, en vertu de l'article 1 al. 1 en relation avec l'al. 3 LMI, la loi en vigueur s'applique à «toute activité non régaliennne ayant pour but un gain»<sup>22</sup>. Cette version de l'article 1 al. 3 LMI remonte à une proposition du Conseil des Etats qui a prévalu par rapport à la proposition du Conseil fédéral<sup>23</sup>.

28. En s'écartant de la proposition du Conseil fédéral, le législateur a renoncé à la référence au domaine de protection de la liberté économique et a introduit la notion d'activité régaliennne sans la définir plus précisément. Le conseiller aux Etats EUGEN DAVID a précisé, au nom de la commission préparatoire, la volonté de voir cette loi s'appliquer de manière étendue à toutes les activités lucratives, à l'exception des activités régaliennes, à savoir les activités incombant d'ordinaire à l'Etat (les tâches de contrôle et de surveillance ainsi que les interventions découlant du droit public). Il a cité à titre d'exemples la police, mais également la police des constructions, la police sanitaire, la police des denrées alimentaires, le droit de l'environnement et l'ensemble du droit fiscal<sup>24</sup>. Il découle de cette intervention que le législateur s'en est tenu à une conception étroite de la notion de puissance publique.

29. En révisant le champ d'application matériel de la LMI, le législateur visait deux objectifs. Premièrement, il s'agissait d'indiquer de manière claire que le champ d'application de la LMI englobe aussi les prestations commerciales fournies dans le secteur public<sup>25</sup> ; à savoir par exemple, les enseignants des écoles publiques bénéficient ainsi des libertés du marché intérieur<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> Rapport de la CdG-N du 27 juin 2000 relatif aux effets de la loi fédérale sur le marché intérieur sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse (FF 2000 5603).

<sup>21</sup> Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur (FF 2005 421 461).

<sup>22</sup> Au sujet de l'interprétation et de la portée de l'article 1, al. 3, LMI, cf. MATTHIAS OESCH, «Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten», RJB 6/2012, p. 377 ss. ; NICOLAS DIEBOLD, «Gerichtliche Sachverständiger als hoheitlich tätige Organe?», PJA 8/2012, p. 1162 ss.

<sup>23</sup> Au sujet de la genèse de l'article 1 al. 3 LMI, v. également ZWALD (note 19), ch. 27 à 30 et note 30 ; DANIEL KETTIGER, «Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes», *recht* 1/2010, p. 30 ss.

<sup>24</sup> BO 2005 762.

<sup>25</sup> Message relatif à la révision de la LMI (note 21), p. 439.

<sup>26</sup> ATF 136 II 470 consid. 3.2 p. 476.

30. Deuxièmement, il fallait se rapprocher du champ d'application de l'ALCP en introduisant la notion d'activité régalienn<sup>27</sup>. Cet ajustement au champ d'application de l'ALCP permet d'empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses. Aux termes de l'article 6 al. 1 LMI, toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, en ce qui concerne l'accès au marché, des droits identiques à ceux qui sont accordés par la Confédération à des personnes étrangères dans des accords internationaux. La disposition introduite dans l'article 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI par la révision partielle de 2005 concrétise le principe général visé à l'article 6 al. 1 LMI en rapport avec la reconnaissance des certificats de capacité. La reconnaissance des certificats de capacité tombant sous le coup de l'ALCP est donc régie par cet accord.

31. Afin que les dispositions matérielles de la LMI visant à empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses inscrites dans les articles 6 al. 1 et 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI puissent déployer leurs effets, l'application de la loi doit être garantie. C'est pourquoi le législateur a adapté le champ d'application de la LMI à celui de l'ALCP.

32. Le législateur estimant que les champs d'application de la loi et de l'accord doivent se recouvrir pour empêcher la discrimination des ressortissants suisses, il convient d'interpréter l'article 1 al. 3 LMI conformément aux exceptions prévues aux articles 10, 16 et 22, al. 1, de l'annexe I ALCP. Ces exceptions ont un effet réflexe direct sur la notion d'activité régalienn visée à l'article 1 al. 3 LMI<sup>28</sup>.

33. En résumé et au vu de ces explications, il y a lieu de retenir que la notion d'activité régalienn visée à l'article 1 al. 3 LMI, et donc le champ d'application matériel de la loi, doit être interprétée conformément à la jurisprudence de la CJUE relative aux exceptions liées aux libertés communautaires portant sur l'exercice d'une activité salariée, l'établissement et la prestation de services<sup>29</sup>. Il existe entre le TFUE, l'ALCP et la LMI une chaîne de causes et d'effets directe voulue par le législateur ; raison pour laquelle la disposition inscrite à l'article 1 al. 3 LMI doit être interprétée dans une démarche eurocompatible. Cette interprétation constitue la seule manière d'empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses comme le prévoient les articles 6 al. 1 et 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI.

### **B.3.3 L'assujettissement de l'instrumentation des actes authentiques à la loi fédérale sur le marché intérieur**

34. Le Tribunal fédéral a traité à maintes reprises la question de l'assujettissement de l'activité notariale à la LMI dans sa version de 1995. Au considérant 3 de l'ATF 128 I 280 datant de 2002, en se référant à sa pratique et sans examen approfondi, le Tribunal fédéral a jugé que l'instrumentation des actes authentiques est une activité officielle relevant de la

---

<sup>27</sup> Message relatif à la révision de la LMI (note 21), p. 439 : «D'autre part, cette nouvelle précision garantit, comme le souhaitaient certains participants à la consultation, la conformité du texte avec l'Accord bilatéral sur la libre circulation des personnes conclu le 21 juin 1999 entre l'Union européenne et la Suisse.» ; pour plus de détails, v. OESCH (note 22), p. 382 s. ; DIEBOLD (note 22), p. 1166 ; ZWALD (note 19), ch. 27.

<sup>28</sup> DIEBOLD (note 22), p. 1166 s.

<sup>29</sup> OESCH (note 22), p. 402 s. ; DIEBOLD (note 22), p. 1168 ; v. aussi arrêt 2C\_121/2011 du 9 août 2011 consid. 3.3.1, où le Tribunal fédéral souligne le lien entre la LMI et l'ALCP : «[...] ; par contre les activités liées à l'exercice de la puissance publique restent exclues conformément à l'Accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (Accord sur la libre circulation des personnes, ALCP ; RS 0.142.112.681) : selon l'article 10 de l'annexe I ALCP, le ressortissant d'une partie contractante exerçant une activité salariée peut se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique lié à l'exercice de la puissance publique (message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421 439 ; interventions des rapporteurs, le conseiller aux Etats David et le conseiller fédéral Deiss, BO 2005 E 762).» (*traduction*).

puissance publique. Cette décision s'applique indépendamment du fait que l'instrumentation est effectuée, selon le droit cantonal, par un fonctionnaire, par un notaire indépendant ou par un avocat. Selon le Tribunal fédéral, le pouvoir d'instrumenter des actes authentiques conféré par le canton a le caractère d'une fonction régaliennne déléguée.

35. Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que l'activité régaliennne d'instrumentation des actes authentiques ne bénéficie pas de la protection de la liberté économique et que, par conséquent, elle ne relève pas du champ d'application de la LMI de 1995 (art. 1 al. 3)<sup>30</sup>. Il précise en outre que l'ALCP entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002 n'est pas non plus applicable à l'instrumentation des actes authentiques. Pour les juges, les exceptions prévues aux articles 10 et 16 de l'annexe I ALCP pour les activités participant à l'exercice de la puissance publique ou de l'autorité publique concernent sans conteste les officiers publics. A cet égard, le Tribunal fédéral se réfère, à titre de comparaison, à la pratique de la CJUE selon laquelle les avocats exerceraient une activité privée et bénéficieraient donc des libertés communautaires.

36. Il y a aujourd'hui lieu de relativiser cette jurisprudence du Tribunal fédéral pour deux raisons. Premièrement, comme évoqué plus haut, le champ d'application de la LMI n'est, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006, plus rattaché à celui de la liberté économique, mais à celui de l'ALCP. Il faut dès lors interpréter la notion d'activité régaliennne de la LMI en s'appuyant sur les exceptions de l'ALCP. Deuxièmement, par les arrêts du 24 mai 2011, la CJUE a jugé que l'instrumentation d'actes authentiques *n'est pas* une activité participant à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 51 TFUE (anc. art. 45 TCE) (ch. 9 *supra*).

37. Le lien existant entre l'ALCP et la LMI (ch. 33 *supra*) aurait pour conséquence que l'instrumentation d'actes authentiques ne serait pas considérée comme une activité régaliennne au sens de l'article 1 al 3 LMI et que, partant, les notaires pourraient bénéficier des libertés qu'offre le marché intérieur<sup>31</sup>.

38. A cet égard, il importe peu que le notaire chargé d'instrumenter des actes authentiques soit, en vertu du droit cantonal, employé de l'Etat ou indépendant. L'élément clé pour l'application de la LMI n'est pas la forme d'organisation d'une activité, mais son contenu matériel. En outre, depuis sa révision partielle de 2005, les activités exercées dans le service public sont expressément soumises à la LMI (ch. 29 *supra*).

## B.4 Questions 1 à 4

39. En vertu de l'article 8 al. 3 et 4 en relation avec l'article 8a LMI, nous vous prions de répondre aux questions suivantes :

1. *Dans la perspective de demandes de notaires provenant d'Etats membres de l'UE souhaitant exercer leur profession en Suisse, avez-vous déjà défini des règles sur la manière de traiter ces demandes? Si oui, veuillez préciser les règles prévues pour apprécier ces demandes.*
2. *Avez-vous déjà reçu des demandes de notaires provenant d'Etats membres de l'UE souhaitant exercer leur profession dans votre canton? Si oui, veuillez nous transmettre les documents accompagnant la demande, votre décision et les motifs à l'appui de celle-ci.*

---

<sup>30</sup> V. aussi arrêt du TF 2P.433/1997 du 30 juin 1998 ; arrêts du TF 2P.110/2002 et 2P.264/2002 du 6 août 2003, consid. 4.2.4.

<sup>31</sup> V. également OESCH (note 22), p. 403 ; à noter que le Surveillant des prix réclame lui aussi la libéralisation du marché intérieur pour les notaires, cf. *Tarifs cantonaux de notaires : comparaison des émoluments pour l'instrumentation de différents actes*, juillet 2007, p. III (disponible sur [www.monsieur-prix.admin.ch](http://www.monsieur-prix.admin.ch)).

3. *Estimez-vous qu'il y a des raisons s'opposant à la libre circulation des notaires et libre circulation des actes authentiques (ouverture à la concurrence des notariats cantonaux au sein du marché intérieur suisse)? Si oui, veuillez les préciser.*
4. *Par l'introduction de la libre circulation des actes authentiques, les notaires des cantons ayant des tarifs avantageux obtiendraient un avantage concurrentiel par rapport aux notaires des cantons ayant un tarif plus haut. Pensez-vous qu'il y a des raisons s'opposant à une baisse ou à la libéralisation des tarifs? Si oui, veuillez les préciser.*

## **C De la libre circulation des notaires**

40. L'assujettissement de l'activité notariale à la LMI permettrait aux officiers publics cantonaux de bénéficier des libertés du marché intérieur et de se prévaloir des droits d'accès au marché y afférents. L'appréciation de la libre circulation des notaires dans le marché intérieur se fonde principalement sur les dispositions relatives à la libre circulation des services (art. 2 al. 3 LMI), à la liberté d'établissement (art. 2 al. 4 LMI) et à la reconnaissance des certificats de capacité (art. 4 LMI).

41. Les personnes entrant dans le champ d'application de la LMI disposent d'un droit individuel à l'application de leurs droits d'accès au marché. Ce droit n'est toutefois pas absolu. L'autorité du lieu de destination peut restreindre l'accès au marché pour des offreurs externes au moyen de charges ou de conditions, en tenant compte de la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI) et des conditions mentionnées à l'article 3 al. 1 et 2 LMI.

42. Les dispositions de l'article 4 LMI prévoient trois régimes de reconnaissance différents, à savoir i) la validité sur tout le territoire suisse des certificats de capacité (al. 1 et 3), ii) la reconnaissance prévue dans un concordat (al. 4), et iii) la reconnaissance répondant aux prescriptions de l'ALCP (al. 3<sup>bis</sup>)<sup>32</sup>. Le titulaire du certificat de capacité peut se prévaloir du régime de reconnaissance qui lui est le plus favorable<sup>33</sup>.

### **C.1 La reconnaissance visée à l'article 4 al. 1 et 3 LMI**

43. Conformément à l'article 4 al. 1 LMI, les certificats de capacité cantonaux permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'article 3 LMI. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, «un document qui atteste l'aptitude de quelqu'un à exercer une activité lucrative déterminée» est considéré comme un certificat de capacité<sup>34</sup>. Cette définition comprend également les autorisations d'exercer une profession<sup>35</sup>. Dans sa jurisprudence relative à l'article 4 LMI antérieure à l'entrée en vigueur de la loi sur les avocats (LLCA ; RS 935.61), le Tribunal fédéral a considéré que les autorisations d'exercer la profession d'avocat sont équi-

---

<sup>32</sup> ATF 136 II 470, consid. 3.2 (autorisation d'enseigner) ; au sujet de cet arrêt, v. NICOLAS DIEBOLD, «Anerkennung einer Unterrichtsberechtigung im schweizerischen Binnenmarkt», in : *Commentaire de jurisprudence numérique*, Push-Service des arrêts, publié le 10 novembre 2010.

<sup>33</sup> ATF 136 II 470, consid. 3.3 et 5.3.

<sup>34</sup> ATF 125 II 315, consid. 2b/bb ; ATF 136 II 470, consid. 3.2.

<sup>35</sup> Avis de la COMCO du 17 décembre 2001 à l'intention du Département de la santé publique du canton de Saint-Gall concernant l'interprétation de la notion de certificat de capacité au sens de l'article 4 LMI, DPC 2002/1, p. 216 ss., ch. 14 ss. ; avis de la COMCO du 16 juillet 2012 à l'intention de la Direction de la santé publique de Zurich «Interkantionaler Marktzugang einer Assistenzärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh.», DPC 2012/3, p. 708 ss., ch. 37 ; ATF 136 II 470, consid. 5.3 ; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *OFK Wettbewerbsrecht II*, n° 1 ad art. 4 LMI.

valents à des certificats de capacité<sup>36</sup>. Par conséquent, les autorisations cantonales d'exercer la profession de notaire ou d'instrumenter des actes authentiques sont aussi considérées comme des certificats de capacité au sens de l'article 4 al. 1 LMI.

44. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité comprend les certificats établissant l'aptitude technique et personnelle d'un offreur<sup>37</sup>. Autrement dit, l'autorité du lieu de destination doit considérer, sur la base du certificat de capacité établi dans un autre canton, que les conditions professionnelles et personnelles de l'autorisation au lieu de destination sont remplies et en principe délivrer l'autorisation nécessaire. Une autorisation ne peut être refusée que si l'offreur externe ne remplit pas les autres conditions (que personnelles et professionnelles) exigées au lieu de destination pour son obtention, ou si les conditions mentionnées à l'article 3 al. 1 et 2 LMI sont réunies.

45. Au vu de ce qui précède, il est évident que, dans le cas où la LMI est applicable, les brevets de notaire cantonaux et les autres certificats sanctionnant la réussite des examens de notaire cantonaux, ainsi que les autorisations d'exercer délivrées sur la base de ces pièces doivent être considérés comme des certificats de capacité au sens de l'article 4 al. 1 LMI.

46. Si l'applicabilité de la LMI était admise, les autorisations cantonales d'exercer la profession de notaire devraient donc être en principe reconnues dans l'ensemble du pays. Si un notaire extérieur au canton ne répondait que partiellement aux exigences en vigueur dans le canton de destination, il devrait avoir la possibilité de prouver qu'il a acquis les connaissances requises dans l'exercice de son activité (art. 4 al. 3 LMI).

47. Des restrictions d'accès au marché visant les notaires des autres cantons seraient autorisées sous la forme de charges et de conditions, pour autant que la présomption d'équivalence évoquée à l'article 2 al. 5 LMI puisse être réfutée et que les conditions mentionnées à l'article 3 al. 1 et 2 LMI soient réunies. Pour ce faire, l'autorité compétente devrait examiner dans un premier temps si les règles générales et abstraites régissant l'admission à la profession de notaire et la pratique du lieu de provenance offrent une protection des intérêts publics concernés équivalant aux prescriptions du lieu de destination. La présomption d'équivalence visée à l'article 2 al. 5 LMI s'applique dans ce contexte. Si, dans un cas concret, cette présomption d'équivalence n'était pas réfutée, le notaire externe devrait se voir automatiquement accorder l'accès au marché<sup>38</sup>.

48. S'il était possible, dans un cas concret, de réfuter la présomption d'équivalence, l'autorité du lieu de destination pourrait fixer des restrictions d'accès au marché sous la forme de charges et de conditions, pour autant que ces restrictions a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, b) soient indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et c) répondent au principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 et 2 LMI). Les barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI) et les refus d'accorder l'accès au marché (art. 3 al. 1 LMI) ne sont en aucun cas admissibles.

---

<sup>36</sup> ATF 125 II 406, consid. 2b ; ATF 125 I 276, consid. 5b ; arrêt du TF 2P.180/2000 du 22 février 2001, consid. 3b.

<sup>37</sup> Le Tribunal fédéral a confirmé à plusieurs reprises que l'autorité du lieu de destination n'est habilitée que dans des cas exceptionnels à soumettre à un réexamen l'appréciation positive du lieu de provenance en rapport avec l'existence d'une aptitude personnelle (ATF 125 I 276, consid. 5b ; ATF 125 I 322, consid. 4b ; ATF 125 II 56, consid. 4b ; ATF 135 II 12, consid. 2.4).

<sup>38</sup> ATF 135 II 12, consid. 2.4.

49. Dès lors, dans le respect de ces règles, l'autorité compétente du canton de destination devrait examiner s'il y a lieu de reconnaître l'autorisation d'exercer la profession de notaire accordée par le canton de provenance, en exigeant ou non des charges<sup>39</sup>.

## C.2 La reconnaissance visée à l'article 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI

50. Conformément à la nouvelle disposition introduite à l'article 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI, la reconnaissance des certificats de capacité pour les activités lucratives couvertes par l'ALCP est régie par cet accord<sup>40</sup>.

51. L'ALCP prévoit en principe deux régimes de reconnaissance dans le cadre des relations Suisse-UE : le plus important concerne les règles de reconnaissance relevant du droit dérivé prévues par la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles qui sont déclarées directement applicables dans les relations Suisse-UE (art. 9 en relation avec l'annexe III ALCP). En revanche, si une qualification professionnelle ne figure pas dans le champ d'application de la directive précitée, il convient d'également examiner s'il est possible d'envisager une reconnaissance en application du principe de non-discrimination inscrit à l'article 2 ALCP et de sa concrétisation à l'Annexe I ALCP. A cet effet, il faut s'inspirer, conformément à l'article 16 al. 2 ALCP de la pratique de la CJUE relative à la reconnaissance de droit primaire des qualifications professionnelles en vertu du TFUE<sup>41, 42</sup>.

52. Comme relevé plus haut, il faut admettre que les exceptions prévues aux articles 10, 16 et 22 al. 1 de l'annexe I ALCP ne s'appliquent pas à l'activité consistant à instrumenter des actes authentiques. En conséquence, les officiers publics bénéficient des droits mutuels d'accès au marché prévus par l'ALCP et en particulier du principe de non-discrimination qui y est inscrit. Par contre, on ne sait pas encore au sein de l'UE si l'activité des notaires relève également du champ d'application de la directive européenne 2005/36/CE. La CJUE a laissé cette question ouverte dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire C-54/08. Dans sa proposition de directive COM (2011) 883 du 19 décembre 2011, la Commission européenne a annoncé sa volonté d'étendre le champ d'application de la directive aux notaires. Tant que cette question n'est pas parfaitement claire au sein de l'UE, la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires ne peut être appréciée au regard de la directive 2005/36/CE. Par conséquent, dans le cadre de l'ALCP et en vertu de l'article 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI, seuls les principes de reconnaissance de la CJUE relevant du droit primaire (et non les principes inscrits dans la directive européenne) s'appliquent pour le moment aux notaires, y compris sur le marché intérieur suisse.

53. Les principes du droit primaire sous-tendant la reconnaissance de la CJUE s'appliquent à tous les professionnels qui ne sont pas couverts par le champ d'application de la directive 2005/36/CE<sup>43</sup>. Ainsi, un ressortissant de l'UE dont le titre acquis dans un Etat tiers a été re-

---

<sup>39</sup> ATF 136 II 470, consid. 5.3.

<sup>40</sup> Le régime de reconnaissance de l'UE s'applique à la reconnaissance des diplômes à des fins professionnelles, mais pas à leur reconnaissance à des fins purement académiques (ATF 136 II 470 consid. 4.2).

<sup>41</sup> Version consolidée du traité du 13 décembre 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité de Lisbonne), JO C 326 du 26 octobre 2012, p. 47.

<sup>42</sup> Dans l'ATF 136 II 470 consid. 4.1, le Tribunal fédéral prône la reprise de la jurisprudence de la CJUE relative à la reconnaissance de droit primaire en vertu de l'art. 16, al. 2, ALCP, sans approfondir la question ; avis de la COMCO concernant les assistantes dentaires (note 35), ch. 46 ; v. également ATF 133 V 33 consid. 9.4 ; NINA GAMMENTHALER, *Diplomanerkennung und Freizügigkeit*, thèse, Zurich, 2010, p. 364.

<sup>43</sup> Arrêt du 7 mai 1991 C-340/89 *Vlassopoulou*, Rec. 1991 I-2357 pt 16 ; arrêt du 10 décembre 2009 C-345/08 *Pešla*, Rec. 2009 I-11677 pts 23 à 24, 34 à 41.

connu dans un Etat membre a droit à ce que l'autorité du pays d'établissement saisie de sa demande de reconnaissance tienne compte de tous les diplômes, certificats et autres titres et de l'expérience professionnelle de l'intéressé, en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications exigées par la législation nationale<sup>44</sup>. Ces règles de reconnaissance de droit primaire ne vont pas au-delà de ce qu'exigent les règles prévues à l'article 4 al. 1 et 3 en relation avec l'article 3 al. 1 et 2 LMI. Dès lors, l'article 4 al. 3<sup>bis</sup> LMI ne serait pas d'une importance cruciale pour la reconnaissance des certificats de capacité des notaires pour le moment. Il en sera toutefois autrement si l'UE étend aux notaires le champ d'application de la directive 2005/36/CE.

### C.3 Questions 5 à 8

54. En vertu de l'article 8 al. 3 et 4 en relation avec l'article 8a LMI, nous vous prions de répondre aux questions suivantes :

5. *Quelles sont les conditions d'admission à la profession de notaire qu'une personne doit remplir dans votre canton pour pouvoir exercer son activité?*
6. *Les notaires provenant d'un autre canton ont-ils la possibilité d'obtenir une autorisation d'exercer dans votre canton, après reconnaissance du certificat de capacité acquis dans le canton de provenance? Si oui, veuillez préciser les règles prévues pour apprécier ces demandes.*
7. *Existe-t-il des intérêts publics qui s'opposeraient à une reconnaissance des certificats de capacité des notaires provenant d'autres cantons avec des exigences de formations similaires? Si oui, veuillez les préciser.*
8. *Votre canton connaît-il une obligation de domicile pour les notaires indépendants? Si oui, veuillez indiquer les intérêts publics qui plaident en faveur de cette obligation de domicile.*

## D De la libre circulation des actes authentiques

### D.1 Contexte

55. La LMI garantit la libre circulation des services en vertu du principe de non-discrimination et du principe du lieu de provenance. La libre circulation des services comprend à la fois la libre prestation de services active, la libre prestation de services passive et la libre prestation de correspondance. Dans la libre prestation de services active, le prestataire franchit temporairement les frontières intérieures pour fournir la prestation au lieu du bénéficiaire. La libre prestation de services passive règle la situation inverse : le destinataire du service franchit les frontières intérieures et la prestation est fournie au lieu du prestataire. Dans le cas de la prestation de correspondance, seule la prestation de services elle-même est transfrontalière : prestataire et bénéficiaire restent chez eux.

56. La disposition relative à la libre circulation des services inscrite à l'article 2 al. 3 LMI englobe ces trois formes de libre prestation de services et prévoit qu'une prestation, en respectant les prescriptions du lieu de provenance, peut être offerte sur tout le territoire suisse. Au surplus, la LMI garantit un accès non discriminatoire au marché (art. 1 al. 1 LMI). Le principe de la non-discrimination figure également à l'article 3 al. 1 let. a LMI, selon lequel les restrictions à la liberté d'accès au marché ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux. Il ressort du message concernant la LMI que les deux principes élémentaires permettant l'établissement d'un marché intérieur, le principe de la non-

---

<sup>44</sup> Arrêt du 14 septembre 2008 C-238/98 *Hocsman*, Rec. 2000 I-6623 pts 23 s., 34, 37 à 40.

discrimination et le principe de la provenance, ont été inscrits dans la loi et que les principales obligations sont l'émanation de ces deux principes<sup>45</sup>.

57. La reconnaissance des actes authentiques instrumentés dans d'autres cantons est la question maîtresse de la libre prestation de services passive et de la prestation de correspondance des officiers publics. Le destinataire du service envoie le document à instrumenter au prestataire ou rencontre celui-ci à son lieu de provenance. L'officier public instrumente l'acte authentique à son lieu d'établissement conformément aux prescriptions qui y sont applicables. Cette forme de libre prestation de services passive et de prestation de correspondance n'est garantie que si les actes authentiques instrumentés selon les prescriptions du lieu d'établissement de l'officier public sont également reconnus dans d'autres cantons.

58. Si l'applicabilité de la LMI était admise, les officiers publics auraient théoriquement le droit d'offrir leurs services dans toute la Suisse conformément aux prescriptions de leur canton de provenance en vertu du principe de la provenance inscrit à l'article 2 al. 3 LMI. Par conséquent, refuser de reconnaître les actes authentiques instrumentés dans un autre canton constituerait une restriction à la liberté de l'accès au marché, qui déroge au principe du lieu de provenance. Le constat est le même pour ce qui est de l'application du principe de la non-discrimination. En effet, la non-reconnaissance d'actes authentiques instrumentés dans d'autres cantons constituerait une restriction à la liberté d'accès au marché au sens de l'article 3 al. 1 LMI, pénaliserait directement les officiers publics des autres cantons et violerait ainsi le principe de la non-discrimination.

59. Si l'applicabilité de la LMI était admise, les cantons devraient accorder un traitement identique aux actes authentiques dressés dans d'autres cantons et à ceux instrumentés par des officiers publics locaux. Dès lors, les offices du registre du commerce et du registre foncier, ainsi que les tribunaux et les instances d'exécution cantonales seraient tenus de reconnaître pleinement les actes authentiques dressés par un notaire provenant d'un autre canton. La libre circulation des actes authentiques est déjà garantie aujourd'hui dans la mesure où il s'agit d'opérations non immobilières. A titre d'exemple, les actes liés au droit des sociétés, comme la création d'une société anonyme, sont reconnus par les offices du registre du commerce, quel que soit le canton d'établissement de l'acte. Par contre, les actes authentiques concernant les opérations immobilières doivent en principe être instrumentés dans le canton où l'immeuble se trouve. L'application de la LMI donnerait lieu à la libre circulation des actes authentiques liés aux affaires immobilières, sous réserve de l'article 3 al. 1 LMI. Cette libre circulation est parfois également réclamée dans la doctrine<sup>46</sup>.

60. Relevons dans ce contexte l'avant-projet concernant la modification du Code civil suisse (forme authentique)<sup>47</sup>. Cet avant-projet prévoit une révision du titre final du Code civil visant à permettre d'instrumenter les actes authentiques par voie électronique. En outre, il propose d'introduire certaines exigences minimales en matière d'instrumentation et la reconnaissance intercantonale des actes authentiques. Le rapport explicatif souligne à ce sujet qu'aucun intérêt public ne s'oppose à la libre circulation des actes authentiques dans le domaine des actes immobiliers (p. 27 ss.).

---

<sup>45</sup> Message concernant la LMI (note 19), p. 1236.

<sup>46</sup> MOOSER (note 2), p. 235 s. ; ROLAND VON BÜREN, «Notare und Wettbewerb», in : Peter Ruf/Roland Pfäffli (éds), *Festschrift 100 Jahre Verband bernische Notare*, Langenthal, 2003, p. 79 ss., p. 88 ; CHRISTIAN BRÜCKNER, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zurich, 1993, p. 224 ; CHRISTOPH LEUENBERGER, «Abschluss des Grundstückkaufvertrags», in : Alfred Koller (éd.), *Der Grundstückkauf*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 2001, p. 43 ; JÖRG SCHMID, «Thesen zur öffentlichen Beurkundung», RNRF 74/1993, p. 1 ss., p. 11 ; ID., «Les règles intercantionales relatives aux actes authentiques pour les contrats portant sur des droits réels relatifs à des biens-fonds» (note de jurisprudence), DC 1989, p. 12 ss., p. 14 ; v. également arrêt de l'Obergericht du canton de Bâle-Campagne du 9 mai 2000, RNRF 83/2002, p. 278 ss. = BJM 2001, p. 301 ss.

<sup>47</sup> Disponible sur [www.admin.ch/dokumentation/gesetz/pc/index.html?lang=fr](http://www.admin.ch/dokumentation/gesetz/pc/index.html?lang=fr).

## D.2 Questions 9 et 10

61. En vertu de l'article 8 al. 3 et 4 en relation avec l'article 8a LMI, nous vous prions de répondre aux questions suivantes :

9. *Quels sont, dans votre canton, les actes authentiques instrumentés dans d'autres cantons que l'autorité ou le tribunal compétent :*
  - a. *ne reconnaît pas?*
  - b. *reconnaît à certaines conditions?*
  - c. *reconnaît automatiquement?*
10. *S'agissant des actes non reconnus ou reconnus à certaines conditions évoqués aux ch. 9a et 9b : quels sont les intérêts publics qui s'opposent à la reconnaissance de ces actes authentiques instrumentés dans d'autres cantons?*

## E De la forme de l'organisation du notariat cantonal

62. Finalement, il sied de relever que l'application de la LMI n'aurait aucun effet sur la forme de l'organisation cantonale du notariat. La LMI ne contient aucune réglementation en lien avec la constitution de monopoles par les cantons et les communes.<sup>48</sup>

63. Ainsi, les cantons seraient, comme auparavant, libres de réserver les activités de notariat dans leur ensemble (notariat officiel) ou partiellement (notariat mixte) à l'Etat. Les cantons ayant choisi le notariat officiel seraient toutefois contraints, dans le cadre d'une offre d'emploi de prendre en compte les notaires extra-cantonaux en reconnaissant leur qualification professionnelle. En outre, les registres fonciers des cantons avec un notariat officiel devraient reconnaître et enregistrer les actes authentiques instrumentés hors du canton, indépendamment du fait de savoir si l'acte a été instrumenté par un notaire exerçant dans le cadre du notariat libre ou officiel.

Berne, le 25 mars 2013

\* \* \*

---

<sup>48</sup> ANDREAS AUER/VINCENT MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique - Avis de droit, DPC 2004, 277 ss. ; ID., Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur – Avis de droit complémentaire, DPC 2004, 314 ss.