



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

614-0002 : Recommandation du 23 septembre 2013

à l'intention des cantons et du Conseil fédéral concernant
la libre circulation des notaires et des actes authentiques

Table des matières

A	Contexte	3
B	Compétence de la COMCO	4
C	Rapport de consultation	5
C.1	Libre circulation des notaires	5
C.1.1	Pluralité de systèmes de notariat	6
C.1.2	Diversité des exigences en matière de formation	6
C.1.3	Connaissances du droit cantonal et des particularités locales	7
C.2	Libre circulation des actes authentiques	7
D	Analyse juridique	9
D.1	Reconnaissance bilatérale des qualifications professionnelles des notaires en vertu de l'ALCP	9
D.1.1	Assujettissement des notaires à la mise en œuvre interne de l'annexe III ALCP	9
D.1.2	Assujettissement des notaires par une interprétation eurocompatible de l'ALCP	11
D.2	Reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles des notaires	14
D.2.1	La reconnaissance en vertu de l'ALCP (art. 4 al. 3 ^{bis} LMI)	14
D.2.1.1	Reconnaissance de droit secondaire en vertu de l'art. 9 et de l'annexe III ALCP en relation avec la directive 2005/36/CE	17
D.2.1.2	Reconnaissance de droit primaire en vertu de l'art. 2 et de l'annexe I ALCP	17
D.2.2	Reconnaissance en vertu du droit sur le marché intérieur (art. 4, al. 1 et 3, LMI)	18
D.2.3	Reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles des notaires : synthèse	20
D.3	Reconnaissance intercantonale d'actes authentiques en vertu de la loi fédérale sur le marché intérieur	21
E	Conclusions	22
F	Recommandations	24

A Contexte

1. La réglementation des modalités de la forme authentique relève de la compétence des cantons (art. 55 du titre final du Code civil ; Tit. fin. CC ; RS 210)¹. Les cantons déterminent en particulier quelles personnes peuvent procéder à l'établissement d'actes authentiques. En Suisse, le notariat apparaît sous trois différentes formes² :

- Le *notariat d'État* ou *notariat officiel* (SH, ZH) : ce notariat inspiré du droit allemand prévoit que les actes authentiques ne peuvent être dressés que par des notaires de fonction engagés par l'État.
- Le *notariat libre* ou *latin* (AG, BE, BL, BS, FR, GE, NE, JU, TI, UR, VD, VS) : ce notariat libéral prévoit l'instrumentation des actes authentiques par des notaires indépendants (*selbstständig erwerbstätig*). Les notaires se trouvent en situation de concurrence, et l'État intervient en principe au niveau réglementaire pour fixer des tarifs ou le nombre des notaires autorisés. Dans certains cantons, les notaires ne peuvent exercer aucune autre activité, alors que, dans d'autres, ils sont également avocats.
- Le *notariat mixte* (AI, AR, GL, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, ZG) : les cantons connaissant un notariat mixte réservent certains domaines aux notaires d'État (p. ex. les affaires relevant du registre foncier), laissant, de manière exclusive ou en concurrence avec le notariat officiel, les autres domaines aux notaires exerçant à titre indépendant.

2. Selon la conception traditionnelle, l'activité notariale est exercée conformément au principe de la territorialité³. Cela signifie, d'une part, que les notaires ne sont compétents pour instrumenter des actes que dans le canton qui leur a délivré l'autorisation de pratiquer. D'autre part, sur la base de ce principe, se pose la question de la libre circulation des actes authentiques entre 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 de la Constitution fédérale ; Cst. ; RS 101), 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 ceux-ci ne pouvaient donc pas bénéficier des libertés qui y sont inscrites⁴. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les cantons ne sont pas tenus de reconnaître les certificats de capacité des notaires d'un autre canton⁵. Ils peuvent prévoir que les actes ayant pour objet des immeubles doivent avoir été passés au lieu de situation de ceux-ci (*lex rei sitae*)⁶.

4. L'exclusion du notariat du champ d'application de la LMI et de l'ALCP est depuis entrée en contradiction avec la nouvelle jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

¹ Titre final du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

² Pour un aperçu, cf. p. ex. RENÉ BIBER, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in : Aktuelle Themen zur Notariatspraxis : 1^{er} Congrès des notaires suisses, Fédération suisse des notaires SNV/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.

³ MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Berne, 2005, p. 228 ss.

⁴ Cf. aussi ATF 73 I 366, p. 371 s. ; arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 30 juin 1998 ; arrêts du 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.

⁵ Arrêts du TF 2P.110/2002 et 2P.264/2002 du 6 août 2003, consid. 4.2.4.

⁶ ATF 113 II 501 consid. 3

(CJUE)⁷ selon laquelle les activités liées à l'instrumentation d'actes authentiques exercées par les notaires n'impliquent pas l'exercice de l'autorité publique ni aucune prérogative régaliennne. Les notaires de l'Union européenne (UE) bénéficient donc aujourd'hui des libertés fondamentales du droit primaire, en particulier la liberté d'établissement. Ces évolutions du droit communautaire peuvent également avoir des effets sur le droit bilatéral qui régit la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure il est nécessaire d'intervenir du point de vue du droit du marché intérieur dans le domaine de l'activité notariale.

B Compétence de la COMCO

5. Aux termes de l'art. 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 effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8 al. 3 LMI). Elle garantit, en collaboration avec les cantons et les services fédéraux concernés, la bonne exécution de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, et peut formuler des recommandations à cet effet (art. 8 al. 4 LMI). L'art. 4 al. 3^{bis} LMI prévoit que la reconnaissance intercantonale des certificats de capacité couverts par l'ALCP est régie par cet accord. S'agissant de la mise en œuvre de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, la COMCO assume une véritable tâche d'exécution, conformément à l'art. 8 al. 4 LMI⁸.

6. Le 26 mars 2013, en vertu du mandat d'exécution que lui confie la loi, la COMCO a ouvert une enquête relevant du droit sur le marché intérieur concernant la libre circulation des notaires et mené une consultation auprès des cantons ainsi que les services fédéraux concernés (Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation [SEFRI], Office fédéral de la justice [OFJ] et Surveillance des prix [SPR]). Se sont également exprimés la Fédération suisse des notaires (FSN), avec un avis du Centre de droit notarial de l'Université de Lausanne, l'Ordre des avocats saint-gallois et la Chambre des notaires de Neuchâtel. Le 4 septembre 2013, des représentants de la COMCO et de son Secrétariat ont reçu une délégation de la FSN afin de discuter des effets du jugement de la CJUE de mai 2011 en Suisse de même que de la libre circulation des notaires et des actes authentiques. Le canton de Berne a joint une expertise du Prof. Stephan Wolf et de Riccardo Brazerol de l'Université de Berne à sa prise de position.

7. Outre les bases juridiques régissant le marché intérieur, l'art. 45 de la Loi sur les cartels (LCart ; RS 251) confie à la COMCO le soin d'observer la situation de la concurrence et d'adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application des prescriptions de droit économique. Si, au gré des évolutions futures de la législation ou de la jurisprudence, l'activité notariale devait ne plus relever du champ d'application de l'ALCP et de la LMI,

⁷ Arrêt de la CJUE du 24 mai 2011 C-54/08, Commission/Allemagne, Rec. 2011 I-4355, pt 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, C-47/08).

⁸ Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 p. 421 ss., p. 444 : « Le nouvel al. 4 entend garantir la bonne exécution de l'art. 4, al. 5 [sic], LMI. Compte tenu de la nécessaire coordination entre la Confédération et les cantons pour la reconnaissance des certificats de capacité et des diplômes et afin d'en garantir l'« exécutabilité », il est judicieux que la Comco collabore avec les cantons et les services fédéraux chargés des questions de reconnaissance (Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, OFFT, et Bureau de l'intégration, IB) lors de l'élaboration de recommandations d'exécution ad hoc adressées aux services cantonaux concernés. Cette solution est simple et efficace. »

contrairement à la situation juridique actuelle, les présentes recommandations de la COMCO resteraient valables à titre subsidiaire conformément à l'art. 45 al. 2 LCart.

C Rapport de consultation

8. La prise de position du Centre de droit notarial de l'Université de Lausanne, l'expertise du Prof. Stephan Wolf et de Riccardo Brazerol de l'Université de Berne, les avis de l'OFJ et de l'Ordre des avocats saint-gallois et plusieurs avis émanant des cantons, notamment, arrivent à la conclusion que l'établissement d'actes authentiques par les notaires n'est pas soumis au droit bilatéral de la libre circulation des personnes, et qu'une subordination serait pour le moins discutable, si bien que la question de la discrimination à rebours des notaires suisses et de l'applicabilité de la LMI ne se poserait pas du point de vue suisse. Ce point fait l'objet de l'analyse juridique figurant sous le titre D. Les avis des cantons concernant la libre circulation des notaires et la libre circulation des actes authentiques sont résumés dans les lignes qui suivent.

C.1 Libre circulation des notaires

9. Les cantons de Bâle-Campagne et d'Obwald ainsi que la Surveillance des prix se prononcent expressément en faveur de l'introduction de la libre circulation des notaires et de la reconnaissance des certificats de capacité délivrés par un autre canton. Les cantons d'Argovie, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, de Bâle-Ville, de Berne, de Glaris, de Nidwald, de Schwyz, de Thurgovie, de Saint-Gall, de Schaffhouse et du Valais ne sont pas foncièrement opposés à la reconnaissance des certificats de capacité établis dans un autre canton, pour autant que le notaire concerné dispose de qualifications équivalentes (p. ex. études universitaires de niveau master, stages similaires) et, le cas échéant, qu'il soit possible de mener une épreuve d'aptitude en droit cantonal (droit fiscal et droit notarial, en particulier).

10. S'agissant des notaires indépendants, certains cantons accordent aujourd'hui déjà aux notaires provenant d'un autre canton un accès facilité à l'activité notariale sur leur territoire. Les modalités sont toutefois très différentes d'un canton à l'autre. Dans le canton de Neuchâtel, par exemple, la durée de stage est simplement réduite d'un an pour les notaires extérieurs au canton, mais la procédure cantonale normale d'admission et d'examen est appliquée. Les cantons de Schwyz et de Thurgovie prévoient, à formation égale, une épreuve d'aptitude orale pour la reconnaissance des brevets délivrés par un autre canton. Les cantons d'Argovie, de Berne, de Glaris et d'Obwald limitent la reconnaissance aux notaires des cantons de provenance qui accordent la réciprocité.

11. Il y a une forme de libre circulation des notaires dans les cantons dans lesquels certaines activités notariales peuvent être exercées par les avocats. Les avocats peuvent en principe s'inscrire au registre des avocats de n'importe quel canton, indépendamment du canton dans lequel ils ont obtenu leur brevet d'avocat. Certains cantons prévoient la possibilité d'admettre dans le registre des notaires les avocats inscrits au registre cantonal des avocats qui sont titulaires d'un brevet délivré par un autre canton (AI, AR, GL, p. ex.), ou pour le moins leur admission à l'examen, éventuellement facilitée, de notaire (LU, SG, SZ, ZG, p. ex.). La réciprocité peut là aussi être exigée, comme dans le canton de Glaris.

12. En dépit de ces éléments de libre circulation, les systèmes cantonaux sont organisés de manière à ce que les notaires ne puissent pas exercer parallèlement leur activité dans plusieurs cantons. L'exigence quant au domicile ou au siège social prévue par bon nombre de cantons (AI, FR, GE, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SZ, TI, UR, VD, VS, ZG, p. ex.) en est une illustration. Dans le canton d'Argovie, il n'y a pas d'obligation de domicile, mais un notaire issu d'un autre canton n'est admis, après avoir réussi l'épreuve d'aptitude, que s'il renonce à pratiquer dans son canton de provenance.

13. S'agissant des notaires de fonction, quelques cantons (GR, SG, SH, notamment) n'ont pas d'objection à ce que des personnes justifiant des compétences nécessaires mais issues d'un autre canton puissent être engagées.

14. Tous les autres cantons sont opposés à la libre circulation des notaires et ne connaissent pas de procédure d'accès simplifiée pour les notaires provenant d'un autre canton. Les principales raisons invoquées à l'appui de leur opposition sont les suivantes.

C.1.1 Pluralité de systèmes de notariat

15. Plusieurs cantons pensent que la pluralité des formes d'organisation cantonale du notariat s'oppose à la libre circulation des notaires. Dans le même esprit, si la libre circulation est introduite, ils craignent que les formes de notariat d'État soient considérées comme des obstacles à l'accès au marché et, partant, qu'une pression puisse être exercée.

16. Cette préoccupation doit être prise en considération en cas d'introduction de la libre circulation. La COMCO estime toutefois que la libre circulation des notaires n'entraînerait pas une limitation des compétences cantonales quant au choix de la forme d'organisation. Dans la mesure où un canton réserve les activités notariales en tout ou partie à l'État, il n'y a pas place pour introduire la libre circulation des notaires indépendants. En d'autres termes, on ne peut pas demander à un canton d'autoriser des notaires extérieurs au canton à exercer sur le territoire cantonal des activités qui, sans liberté de circulation, sont pratiquées uniquement par des personnes au service de l'État. Mais dans la mesure où un canton autorise des notaires indépendants à exercer toutes ou certaines activités notariales, aussi en concurrence avec des notaires de fonction, il n'y a aucune raison inhérente au système de refuser la reconnaissance des notaires extérieurs au canton.

17. Il serait tout à fait envisageable d'introduire deux régimes de libre circulation différents. Les notaires indépendants pourraient être actifs dans plusieurs cantons pour autant que chaque canton accorde une autorisation d'exercer à des notaires indépendants. Les agents de l'État (p. ex. les conservateurs du registre foncier) auraient également la possibilité de briguer des postes hors du canton si leurs qualifications et leur expérience sont reconnues. En conséquence, aux yeux de la COMCO, la pluralité des formes d'organisation cantonales de notariat ne s'oppose pas foncièrement à l'introduction de la libre circulation.

C.1.2 Diversité des exigences en matière de formation

18. La grande diversité des exigences en matière de formation au niveau cantonal est un autre argument avancé pour s'opposer à l'introduction de la libre circulation des notaires. Les notaires indépendants doivent en principe avoir suivi des études universitaires, accompli un stage d'une certaine durée et subi avec succès un examen (AG, BE, GE, NE, p. ex.), alors que posséder un titre universitaire n'est généralement pas une condition impérative pour les notaires de fonction (SH, ZH, p. ex.).

19. Ces disparités cantonales concernant les conditions d'admission des notaires s'opposent à la reconnaissance automatique des brevets de notaire. Cette reconnaissance automatique exigerait une harmonisation des exigences cantonales en matière de formation, comme c'est le cas pour les avocats depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur les avocats (LLCA, RS 935.61). Tant qu'il n'y a pas de standards de formation minimaux pour les notaires, un canton doit pouvoir vérifier, dans le cadre d'une procédure de reconnaissance, les qualifications des candidats porteurs d'un brevet délivré par un autre canton pour refuser cette reconnaissance s'il constate des différences importantes avec ses propres conditions d'admission.

C.1.3 Connaissances du droit cantonal et des particularités locales

20. Dernier argument mis en avant, les notaires extérieurs au canton manqueraient de connaissances du droit cantonal (législation cantonale sur le registre foncier, droit fiscal, droit de la construction, procédure de la forme authentique) et des particularités locales (prix des immeubles sur le marché, spécificités de l'immeuble liées à la création de servitudes, zones d'avalanche et de glissement de terrain, sites pollués, risques d'inondations, particularités géologiques). Il s'ensuivrait que le notaire ne pourrait pas assumer son obligation de renseigner ni garantir la protection souhaitée des parties. Compte tenu l'obligation d'instrumenter, il en résulterait un risque élevé en matière de responsabilité pour les notaires et les cantons (responsabilité de l'État).

21. Cette préoccupation peut être prise en considération en accordant la possibilité aux cantons, dans le cadre de la procédure de reconnaissance, d'exiger la preuve que le notaire extérieur au canton possède des connaissances suffisantes du droit cantonal. Une épreuve d'aptitude, par exemple, pourrait constituer cette preuve. Néanmoins, il est indiqué, dans ce contexte, d'examiner la profession d'avocat à des fins de comparaison. L'entrée en vigueur de la LLCA, le 1^{er} juin 2002, a consacré la libre circulation complète des membres de cette profession. Bien que, par exemple, le droit cantonal régissant la procédure civile, la procédure pénale et la procédure administrative présentât naguère de grandes disparités, les avocats pouvaient travailler partout sans devoir subir préalablement une épreuve d'aptitude sur le droit de procédure du canton concerné. Par conséquent, on peut aussi attendre des notaires qu'ils assument leur responsabilité et se familiarisent avec le droit cantonal et les particularités locales avant d'entamer leur activité.

C.2 Libre circulation des actes authentiques

22. La libre circulation des actes authentiques est aujourd'hui déjà largement garantie, mis à part ceux qui concernent les opérations immobilières. Les cantons d'Argovie, de Bâle-Campagne et d'Obwald ainsi que la Surveillance des prix sont favorables à l'extension de la libre circulation aux actes authentiques relatifs aux opérations immobilières. Tous les autres cantons rejettent la reconnaissance des actes du registre foncier établis à l'extérieur du canton.

23. Le principal argument invoqué contre la libre circulation des actes authentiques pour les opérations immobilières est, là aussi, le fait que les notaires extérieurs au canton méconnaissent le droit cantonal et les particularités locales (ch. 20 s. *supra*), situation qui entraînerait une baisse de la qualité des actes et un surcroît de travail pour les registres fonciers, et qui compromettrait la sécurité juridique dans les mutations des biens-fonds. Le problème se poserait en particulier sur le plan des obligations du notaire d'instrumenter et de conseiller les parties sur les conséquences et la portée du contrat. En cas de connaissances juridiques et de compétences insuffisantes, le notaire extérieur ne serait pas en mesure de remplir ses obligations de renseigner, ce qui entraînerait un risque élevé en matière de responsabilité.

24. Dans les faits, les cantons n'auraient plus aucune possibilité d'influer directement sur la formation et les qualifications des notaires en cas de libre circulation des actes authentiques pour les opérations immobilières, à la différence de la libre circulation des notaires. L'introduction de la libre circulation des actes authentiques exige que les notaires décident sous leur responsabilité s'ils peuvent ou non instrumenter une opération immobilière extérieure au canton. Les notaires pourraient par conséquent n'être soumis à aucune obligation d'instrumenter en ce qui concerne les opérations immobilières menées hors de leur canton de siège. La situation est comparable sur le fond à celle des avocats, qui, déjà avant l'entrée en vigueur des codes de procédure civile et pénale, pouvaient décider eux-mêmes s'ils pouvaient mener ou non une procédure devant un tribunal d'un autre canton. La même confiance peut être accordée aux notaires, que ceux-ci n'instrumenteront que des

actes authentiques en matière immobilière dans des cantons pour lesquels ils disposent de connaissances techniques nécessaires. La libre circulation des actes authentiques ne devrait pas mener à une mise en danger de la sécurité du droit dans les transactions immobilières, car en tous les cas les registres fonciers cantonaux en contrôleront l'exactitude. D'ailleurs, les notaires locaux font eux aussi confirmer par l'administration des contributions les conséquences fiscales de transactions compliquées en obtenant un agrément (*ruling* fiscal) ; les notaires extérieurs au canton en ont également la possibilité.

25. Avec l'introduction de la libre circulation des actes authentiques, les parties d'une transaction immobilière auraient une liberté bien plus grande quant au choix du notaire. Cette liberté de choix implique également une responsabilité plus grande ; il appartiendrait aux parties de décider, en tenant compte de certains aspects tels que la qualité, l'étendue ou le prix de la prestation, si elles veulent faire appel à un notaire local, cantonal ou extérieur au canton. Les parties pourraient également réunir les informations éventuellement nécessaires concernant les données juridiques et matérielles liées à une opération immobilière en s'adressant à d'autres spécialistes (avocats, agents immobiliers, banques, architectes, ingénieurs, associations ou administrations communales).

26. Par ailleurs, il faut noter que sur la totalité des transactions immobilières, seule une infime partie d'entre elles sont problématiques sur le plan des réalités locales (particularités de l'immeuble quant à la création de servitudes, zones d'avalanche et de glissement de terrain, sites pollués, risques d'inondations, particularités géologiques), et même dans ces cas-là, l'obligation de renseigner du notaire local n'offre aucune garantie de transparence optimale. Privilégier le notariat local n'est pas non plus dépourvu de risques. On ne peut exclure le risque de voir un notaire bien enraciné dans un terroir faire preuve de partialité en faveur de la partie venderesse qui a ses attaches dans la région⁹. D'ailleurs, l'argument concernant la nécessité de connaître les particularités locales est contestable : un notaire dont le siège est à Interlaken, par exemple, peut instrumenter la vente d'un immeuble à Langenthal, même s'il connaît peut-être moins bien les spécificités de cette région qu'un notaire argovien ou soleurois exerçant non loin de cette commune bernoise.

27. La libre circulation des actes authentiques n'affecte pas non plus les conditions liées au droit de la surveillance. Les notaires demeurent soumis à la surveillance du canton qui leur a accordé la patente. Si un notaire commet un manquement relevant du droit de la surveillance lors de l'établissement d'un acte authentique lié à un immeuble sis dans un autre canton, les parties ou le registre foncier du canton concerné ont la possibilité d'en informer l'autorité de surveillance du canton d'admission du notaire.

28. Enfin, les cantons ont argué que la libre circulation des actes authentiques conduirait à une concurrence non souhaitée entre les diverses formes de notariat cantonales, ce qui ne serait pas non plus justifié, notamment par le fait que le notariat indépendant comprend une activité de conseil, que le notariat officiel ne fournit pas. Une concurrence conditionnée par la libre circulation des actes authentiques entre les formes de notariat cantonales s'exerce déjà aujourd'hui dans tous les domaines, hormis celui du registre foncier. Il ne ressort pas des avis des participants à la consultation que la libre circulation des actes authentiques dans le droit de la famille ou des sociétés, par exemple, et la concurrence qui s'est instaurée dans ce contexte entre les formes de notariat aient donné lieu à des problèmes. La concurrence conditionnée par la libre circulation des actes du registre foncier ne remettrait donc pas en question les diverses formes d'organisation cantonales du notariat, mais introduirait une concurrence en termes de qualité et de prix.

⁹ CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich, 1993, p. 226.

D Analyse juridique

29. La LMI s'applique à toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3). Elle garantit également que toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, dans les rapports intercantonaux, des droits d'accès au marché identiques à ceux que la Confédération accorde à des personnes étrangères dans des accords internationaux (art. 6 al. 1 et art. 4 al. 3^{bis}). Dans la situation qui nous occupe, il s'agit donc d'examiner dans un premier temps quels sont les droits d'accès au marché que la Confédération accorde, en vertu de l'ALCP, aux notaires provenant de l'UE (D.1). Dans un second temps, sur la base des résultats de cet examen, il y a lieu d'analyser les droits d'accès au marché dont disposent dans les rapports intercantonaux les notaires ayant leur siège en Suisse (D.2).

D.1 Reconnaissance bilatérale des qualifications professionnelles des notaires en vertu de l'ALCP

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

31. Ces droits de libre circulation ne s'appliquent 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'État 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. »
- [*Sans titre*] (exception concernant la libre prestation de services, art. 22 par. 1 de l'annexe I ALCP) : « Sont exceptées de l'application des dispositions des art. 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. »

32. 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. En effet, l'art. 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.

33. Dans ce contexte, il convient préalablement de clarifier si les notaires peuvent également se prévaloir des droits d'accès au marché prévus par l'ALCP ou si le notariat est une activité régaliennne qui, partant, fait exception à la liberté d'établissement et de libre prestation de services de l'accord bilatéral (art. 16 et 22 par. 1 de l'annexe I ALCP).

D.1.1 Assujettissement des notaires à la mise en œuvre interne de l'annexe III ALCP

34. Le fait que le législateur suisse a déclaré l'ALCP applicable aux notaires à travers la mise en œuvre interne des règles relatives à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles (annexe III ALCP) revêt une importance capitale dans ce contexte.

35. L'annexe III ALCP prévoit que la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles dans les rapports entre la Suisse et l'UE est régie par la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (directive sur les qualifications professionnelles). En septembre 2011, le comité mixte institué par l'ALCP a décidé de mettre en application cette directive à compter du 1^{er} novembre 2011, à l'exception du titre II.

36. Le titre II de la directive, pas encore applicable à ce jour, règle la reconnaissance des qualifications professionnelles dans le domaine de la libre prestation de services entre la Suisse et l'UE pendant 90 jours par an au maximum. Dans le cadre du titre II de la directive, la Suisse a la possibilité d'introduire une procédure de déclaration et de vérification des qualifications professionnelles. Ainsi, les prestataires de services provenant de l'UE peuvent, dans les professions réglementées, être tenus de se déclarer avant le début de leur activité en Suisse. Si les qualifications du demandeur issu de l'UE ne sont pas conformes aux exigences suisses et si l'activité touche à la santé ou à la sécurité publiques, la Suisse peut exiger du demandeur européen qu'il passe une épreuve d'aptitude (art. 7 par. 4 de la directive 2005/36/CE).

37. La Suisse a mis en œuvre sur le plan national le titre II de la directive sur les qualifications professionnelles. Le 14 décembre 2012, le Parlement a, à cet effet, nouvellement adopté la Loi fédérale portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (LPPS ; RS 935.01). Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013.

38. Aux termes de l'art. 2 al. 1 LPPS, les prestataires de services doivent procéder à une déclaration auprès du SEFRI avant le début de leur activité professionnelle en Suisse. Dans le cas des professions réglementées qui ont des implications en matière de santé ou de sécurité publiques, le SEFRI transmet la déclaration à l'organe fédéral ou cantonal compétent pour la reconnaissance des qualifications professionnelles.

39. L'Ordonnance sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (OPPS ; RS 935.011) énumère à son annexe I les professions réglementées ayant une implication en matière de santé et de sécurité publiques et qui, dès lors, sont soumises à l'obligation de déclarer. Le titre 11 (« Professions juridiques ») de l'annexe I OPPS cite notamment les notaires. Le législateur part donc du principe que, contrairement aux juges, aux policiers ou aux gardes-chasse par exemple, les notaires n'exercent pas d'activités participant à l'exercice de l'autorité publique au sens défini par l'art. 22 par. 1 de l'annexe I ALCP¹⁰. Il s'agit plutôt d'une profession réglementée ayant une implication en matière de sécurité publique, qui relève du champ d'application matériel de la directive 2005/36/CE et, par conséquent, de celui de l'ALCP en général.

40. Cela signifie concrètement qu'un notaire issu d'un État membre de l'UE peut déposer auprès du SEFRI une demande de reconnaissance de ses qualifications professionnelles pour un canton donné. Le SEFRI transmet la demande et les documents annexes à l'organe cantonal compétent pour la reconnaissance (art. 3 al. 1 LPPS ; art. 8 OPPS), qui mène la procédure de vérification des qualifications professionnelles du demandeur (art. 3 al. 3 LPPS ; art. 10 OPPS). En cas de différence substantielle entre les qualifications du notaire de l'UE et les exigences cantonales posées aux notaires, l'organe cantonal offre la possibilité au demandeur de démontrer qu'il a acquis les connaissances et compétences manquantes,

¹⁰ Rapport explicatif concernant l'OPPS, p. 6 ss. (disponible sur le site du SEFRI : www.sefri.admin.ch > Thèmes > Reconnaissance des diplômes étrangers > Procédure de déclaration pour les prestataires de services).

notamment par une épreuve d'aptitude (art. 7 par. 4 3^e al. de la directive 2005/36/CE). Il peut organiser une épreuve d'aptitude à cet effet. La procédure d'autorisation doit être menée en l'espace de deux mois (art. 10 à 12 OPPS). Si la procédure d'autorisation cantonale débouche sur une décision positive, le notaire issu de l'UE peut fournir ses prestations dans le canton concerné pendant 90 jours par an au maximum (art. 17 de l'annexe I ALCP).

41. Outre la libre prestation de services, l'ALCP garantit la liberté d'établissement pour les indépendants (art. 12 ss. de l'annexe I). Comme présenté plus haut, l'activité notariale ne relève pas de l'exception concernant la libre prestation de services (art. 22 par. 1 de l'annexe I ALCP) ni, par conséquent, de l'exception concernant la liberté d'établissement (art. 16 de l'annexe I ALCP). Si les notaires bénéficient de la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles à des fins de libre prestation de services (titre II de la directive 2005/36/CE en relation avec l'annexe III ALCP), il doit en aller de même de la liberté d'établissement. La procédure de reconnaissance à des fins d'établissement n'est pas régie par le titre II mais par le régime général plus strict prévu au titre III de la directive 2005/36/CE en relation avec l'annexe III ALCP.

42. L'art. 11 de la directive 2005/36/CE distingue cinq niveaux de qualification différents en fonction de la durée et du niveau de formation, le niveau a étant le plus faible et le niveau e, le plus élevé. L'organe compétent en Suisse détermine le niveau, entre a et e, que nécessite l'exercice de l'activité en fonction de ses propres prescriptions et examine le niveau auquel correspondent les qualifications du demandeur provenant de l'UE. Conformément à l'art. 13 par. 1 de la directive, la reconnaissance des qualifications est accordée si les qualifications du demandeur provenant de l'UE correspondent à un niveau au moins équivalent au niveau immédiatement inférieur à celui exigé dans le canton d'accueil.

43. Si les conditions de reconnaissance sont remplies, l'organe cantonal peut prendre, le cas échéant, des mesures de compensation aux conditions précisées à l'art. 14 par. 1 à 5 de la directive 2005/36/CE ou exiger que le demandeur issu de l'UE se soumette à une épreuve d'aptitude ou accomplisse un stage d'adaptation. Ce « régime général » de reconnaissance des qualifications professionnelles s'applique également à la profession de notaire.

44. La reconnaissance des qualifications professionnelles dans le cadre de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement ne s'applique pas aux activités exclusivement réservées à des employés d'État dans le canton d'accueil. Autrement dit, les cantons qui disposent d'un notariat d'État n'ont pas à prévoir de procédure d'autorisation pour les notaires extérieurs au canton. Il en va de même pour les cantons pourvus d'un régime mixte en ce qui concerne les activités notariales réservées à l'État ou à des notaires de fonction.

D.1.2 Assujettissement des notaires par une interprétation eurocompatible de l'ALCP

45. Il serait en principe inutile d'examiner et d'interpréter les exceptions visées aux art. 16 et 22 par. 1 de l'annexe I ALCP, puisque le législateur a déclaré l'accord applicable à l'activité notariale en adoptant la LPPS et l'OPPS. Cependant, par souci d'exhaustivité, démonstration est faite ici que, indépendamment de l'acte législatif, l'interprétation de l'ALCP permet également de conclure que les exceptions mentionnées ne s'appliquent pas aux activités notariales.

46. 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). Ce principe de l'interprétation autonome des traités est cependant limité pour ce qui a trait à l'ALCP. En effet, en vertu de l'art. 16 par. 2 de l'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.

47. Le Tribunal fédéral tient compte de manière systématique, dans l'application de l'ALCP, de la pratique de la CJUE antérieure à la date de la signature de l'Accord¹¹. 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 actuelle¹². 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'exigent¹³.

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

49. La CJUE applique de manière stricte l'exception relative aux « activités participant à l'exercice de l'autorité publique » au sens de l'art. 51 TFUE¹⁴. Par 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

¹¹ 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 novembre 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 Gammenthaler (édit.), 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 (édit.), 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.

¹² ATF 133 V 329 consid. 7 ; 133 V 265 consid. 4.1.

¹³ ATF 136 II 5 consid. 3.4 ; 136 II 65 consid. 3.1 ; MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER/RSDIE, 2011, p. 583 ss., p. 606 s. ; CARL BAUDENBACHER, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden ?, in : Rolf Sethe et al. (éds), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, 2011, p. 821 ss., p. 829 ; THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in : Thomas Cottier/Matthias Oesch (édit.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Berne, 2002, p. 179 ss., p. 200 ; EPINEY (note 11), pp. 23-31 ; ASTRID EPINEY, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, RSJ 105/2009, p. 25 ss., p. 26 s.

¹⁴ MARTIN SCHLAG, in : Jürgen Schwarze (éd.), EU-Kommentar, 2^e éd., Baden-Baden, 2009, ch. 5 ad art. 45 TCE ; OESCH (note 13), 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.

coercition »¹⁵. De plus, l'activité doit constituer une « participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »¹⁶, 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 publique¹⁷. Enfin, 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'État¹⁸.

50. Sur la base de cette pratique bien établie, dans un arrêt remarqué du 24 mai 2011, la CJUE observe que l'instrumentation d'actes authentiques n'est pas une activité liée à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'art. 51 1^{er} al. TFUE (anc. art. 45 1^{er} al. TCE)¹⁹. Elle justifie pour l'essentiel sa position 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).
- Incontestablement, l'instrumentation d'un acte en la forme authentique poursuit 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 toutefois 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

¹⁵ Arrêt de la CJUE du 29 avril 2010 C-160/08, Commission/Allemagne, Rec. 2010 I-3713, pt 79 ss. (pas d'exercice de l'autorité publique par les services de secours avec gyrophare et sirène) ; arrêt de la CJUE du 29 octobre 1998 C-114/97, Commission/Espagne, Rec. 1998 I-6717, pt 37 (pouvoirs de contrainte déniés dans le cas d'entreprises de sécurité privées).

¹⁶ Arrêt de la CJUE du 22 octobre 2009 C-438/08, Commission/Portugal, Rec. 2009 I-10219, pt 36 (contrôle technique des véhicules).

¹⁷ Arrêt de la CJUE du 13 juillet 1993 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) ; arrêt de la CJUE du 21 juin 1974 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).

¹⁸ Arrêt de la CJUE du 24 mai 2011 C-54/08, Commission/Allemagne, Rec. 2011 I-4355, pt 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, C-47/08).

¹⁹ Arrêt de la CJUE du 24 mai 2011 C-54/08, Commission/Allemagne, Rec. 2011 I-4355, pt 110 s.

activité dans des conditions de concurrence dans la mesure où les parties ont le libre choix du notaire et que leurs aptitudes professionnelles entrent en concurrence au moins en termes de qualité du service (arrêt CJUE C-54/08, pt 110).

- Enfin, les notaires sont les seuls responsables des actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leur activité professionnelle (arrêt CJUE C-54/08, pt 111).

51. Au vu de ces considérations, la CJUE parvient à la conclusion que l'activité notariale, d'après sa définition dans les systèmes juridiques allemand, autrichien, français, luxembourgeois, belge, grec et portugais, ne participe pas à l'exercice de l'autorité publique²⁰.

52. Même si ces arrêts sont postérieurs à la signature de l'ALCP, ils sont essentiels, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 16 par. 2 ALCP, 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. 47 *supra* et références de la note 12 s.). Cette condition paraît 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'art. 51 1^{er} al. TFUE (cf. ch. 84 à 87). 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.

53. Eu égard aux principes développés par le Tribunal fédéral concernant l'art. 16 par. 2 ALCP quant à la reprise des arrêts de la CJUE postérieurs à la signature de l'accord, la COMCO arrive à la conclusion que la pratique suivie par la CJUE dans les arrêts du 24 mai 2011 doit être prise en considération pour interpréter les exceptions énoncées dans l'accord. Au vu de ces considérations, elle estime que l'instrumentation en la forme authentique – même indépendamment de la LPPS et de l'OPPS – ne relève pas des exceptions visées aux art. 10, 16 et 22 par. 1 annexe I ALCP et que l'accord s'applique. C'est également la conclusion à laquelle parviennent la doctrine²¹ et le SEFRI (anc. OFFT)²².

D.2 Reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles des notaires

D.2.1 La reconnaissance en vertu de l'ALCP (art. 4 al. 3^{bis} LMI)

54. Aux termes de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, la reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles relevant de l'ALCP est régie par cet accord. Cette disposition consacre le principe général inscrit à l'art. 6 al. 1 LMI, selon lequel toute personne ayant son siège ou

²⁰ 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 : principales décisions, MEMO/12/708 du 27 septembre 2012, p.10.

²¹ OESCH (note 13), p. 621 ; VÉRONIQUE BOILLET, Le notariat suisse en passe de s'eupéaniser ?, in : Epiney/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 : Epiney/Fasnacht (éds), *ibid.*, p. 51 ss., p. 92 ; position divergente : UNIL Centre de droit notarial, Prise de position sur le document appuyant la consultation des cantons touchant à une libre circulation des notaires (www.notalex-online.ch), pt 14.

²² Note de l'OFFT de juillet 2011 à l'attention des cantons concernant la reconnaissance des diplômes entre la Suisse et l'UE, notamment l'accès des ressortissants de l'UE à la profession de notaire.

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.

55. Pour que cette disposition puisse vraiment déployer ses effets, il est impératif que toutes les professions soumises à l'ALCP et à d'autres conventions internationales soient également mentionnées dans la LMI. Si l'on se penche sur l'évolution historique de la disposition concernant le champ d'application matériel de la LMI (art. 1 al. 3), il apparaît que le législateur avait aussi pour objectif, lors de la dernière révision de cette disposition, d'harmoniser le champ d'application de la LMI avec celui de l'ALCP.

56. Dans sa version de 1995, la LMI s'appliquait à « toute activité visant à l'obtention d'un gain et bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie »²³. 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 volonté de compenser l'insuffisance d'effets de la liberté du commerce et de l'industrie à l'intérieur du pays par une loi, la LMI²⁴. Cette modification était nécessaire car, en raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral favorable au principe du fédéralisme, la liberté du commerce et de l'industrie ne pouvait qu'insuffisamment déployer sa fonction de réalisation du marché intérieur. Par conséquent, il 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.

57. En 2005, la LMI a fait l'objet d'une révision partielle mais profonde, 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 que dans une mesure limitée la libéralisation escomptée de la circulation des personnes et des services. L'une des raisons invoquées était l'application restrictive de la LMI par le Tribunal fédéral²⁵. La révision de 2005 visait donc principalement à augmenter l'efficacité de la LMI.

58. 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'art. 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. »²⁶

59. Mais le Parlement a fini par opter pour une autre formulation sans référence à la liberté économique, et préféré la notion d'activité régaliennne. Par conséquent, en vertu de l'art. 1 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, la loi en vigueur s'applique à « toute activité non régaliennne ayant pour but un gain »²⁷. Cette version de l'art. 1 al. 3 LMI remonte à une proposition du

²³ Cf. art. 1, al. 3, LMI (1995) ; message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1193 ss., 1268.

²⁴ Message LMI (note 23), p. 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^e éd., Bâle, 2007, p. 411 ss., ch. 3.

²⁵ Rapport de la CdG 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 ss.).

²⁶ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur (note 8), p. 461.

²⁷ Au sujet de l'interprétation et de la portée de l'art. 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.

Conseil des États, qui a prévalu par rapport à la proposition du Conseil fédéral²⁸. 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 régalienne sans la définir plus précisément.

60. 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 public²⁹. Les enseignants de l'école publique, par exemple, bénéficient ainsi des libertés du marché intérieur³⁰.

61. Deuxièmement, il convenait de se rapprocher du champ d'application de l'ALCP en introduisant la notion d'activité régalienne³¹. Cet ajustement au champ d'application de l'ALCP permet d'empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses. Afin que les dispositions matérielles de la LMI visant à empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses inscrites dans les art. 6 al. 1 et 4 al. 3^{bis} (ch. 55 *supra*) puissent déployer leurs effets, l'application de la loi doit donc être garantie. C'est pourquoi le législateur a adapté le champ d'application de la LMI à celui de l'ALCP.

62. Le législateur estimant que les champs d'application de la loi et de l'accord doivent se recouvrir pour empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses, il convient d'interpréter l'art. 1 al. 3 LMI conformément aux exceptions prévues aux art. 10, 16 et 22 par. 1 de l'annexe I ALCP. Ces exceptions ont un effet réflexe direct sur la notion d'activité régalienne visée à l'art. 1 al. 3 LMI³².

63. Comme relevé précédemment, les notaires et leurs qualifications professionnelles entrent dans le champ d'application de l'ALCP. Par conséquent, dans les rapports intercantonaux, les notaires ayant leur siège en Suisse disposent pour le moins des mêmes droits d'accès au marché que ceux accordés aux notaires dans les relations entre l'UE et la Suisse.

64. L'ALCP prévoit en principe deux régimes de reconnaissance dans les relations Suisse-UE. Ce sont essentiellement les règles de reconnaissance prévues à l'art. 9 et à l'annexe III ALCP, indiquant que les règles de reconnaissance du droit communautaire secondaire sont déclarées directement applicables dans les rapports Suisse-UE conformément à la directive 2005/36/CE. En revanche, si des qualifications professionnelles ne sont pas couvertes par le champ d'application de la directive, il convient également d'examiner s'il est possible d'envisager une reconnaissance en application du principe de non-discrimination inscrit à l'art. 2 ALCP et de ses formes spécifiques énumérées à l'annexe I ALCP. Pour ce faire, il

²⁸ Au sujet de la genèse de l'art. 1, al. 3, LMI, cf. également ZWALD (note 24), ch. 27 à 30 et note 30 ; DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 1/2010, p. 30 ss.

²⁹ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur (note 8), p. 439.

³⁰ ATF 136 II 470, 476 consid. 3.2.

³¹ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur (note 8), 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 27), p. 382 s. ; DIEBOLD (note 27), p. 1166 ; ZWALD (note 24), ch. 27.

³² DIEBOLD (note 27), p. 1166 s.

faut s'inspirer, conformément à l'art. 16 par. 2 ALCP, de la pratique de la CJUE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles dans le droit primaire³³.

D.2.1.1 Reconnaissance de droit secondaire en vertu de l'art. 9 et de l'annexe III ALCP en relation avec la directive 2005/36/CE

65. Comme relevé précédemment, en mettant en œuvre l'annexe III ALCP dans son droit interne par l'adoption de la LPPS et de l'OPPS, la Suisse établit que les notaires ont droit à la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles aux fins de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement prévues aux titres II et III de la directive 2005/36/CE (ch. 39 à 41 *supra*).

66. Sur le plan des rapports internes et de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, cela signifie concrètement qu'un notaire ayant son siège dans un canton peut aussi exercer ses activités dans un autre canton dans le cadre de la libre prestation de services (90 jours par an au maximum) et qu'il possède pour le moins les droits de reconnaissance et d'accès au marché prévus au titre II de la directive sur les qualifications professionnelles et par les actes de mise en œuvre interne (LPPS et OPPS).

67. Dans le cadre de la liberté d'établissement, un notaire ayant son siège dans un canton peut s'établir dans un autre canton et faire valoir ses droits de reconnaissance et d'accès au marché en vertu du « régime général » visé au titre III de la directive sur les qualifications professionnelles.

68. Les cantons connaissant le système du notariat d'État complet ne sont touchés ni par la libre prestation de services ni par la liberté d'établissement des notaires latins dans la mesure où ces derniers ne peuvent pas tirer de ces libertés un droit à y ouvrir une étude. Il en va de même des cantons dotés d'un régime mixte pour les activités notariales qui sont du ressort exclusif de l'État. A l'inverse, il n'est pas prévu que les offices de notariat officiel soient actifs dans des cantons qui connaissent le système du notariat libre et y fondent un établissement.

D.2.1.2 Reconnaissance de droit primaire en vertu de l'art. 2 et de l'annexe I ALCP

69. Selon la jurisprudence bien établie de la CJUE, la reconnaissance des qualifications professionnelles est aussi garantie par les libertés fondamentales de droit primaire inscrites dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)³⁴. En vertu du droit primaire, un ressortissant de l'UE a droit à ce que l'autorité de l'État d'établissement saisie de sa demande de reconnaissance tienne compte de tous ses diplômes, certificats et autres titres et de son expérience professionnelle en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications exigées par la législation nationale³⁵. Cette pratique de la CJUE s'applique à tous les cas de figure qui ne sont pas couverts par le champ d'application des règles de reconnaissance de droit secondaire, dont la directive 2005/36/CE³⁶. Rappelons à cet égard que cette jurisprudence

³³ 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, par. 2, ALCP ; expertise de la COMCO du 16 juillet 2012 concernant l'accès au marché intercantonal d'une assistante dentaire du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, DPC 2012/3, p. 708 ss., ch. 46 ; NINA GAMMENTHALER, *Diplomanerkennung und Freizügigkeit*, thèse, Zurich, 2010, pp. 338 et 364.

³⁴ Version consolidée du traité du 13 décembre 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité de Lisbonne), JO C 83 du 30.3.2010, p. 47.

³⁵ Arrêt de la CJUE du 14.9.2008 C-238/98 *Hocsman*, Rec. 2000 I-6623, pts 23 s., 34, 37 à 40.

³⁶ Arrêt de la CJUE du 7.5.1991 C-340/89 *Vlassopoulou*, Rec. 1991 I-2357, pt 16 ; arrêt de la CJUE du 10.12.2009 C-345/08 *Pešla*, Rec. 2009 I-11677, pts 23 et 24, 34 à 41.

n'est que l'expression jurisprudentielle d'un principe inhérent aux libertés fondamentales du traité et que ce principe ne saurait perdre une partie de sa valeur juridique du fait de l'adoption de directives relatives à la reconnaissance mutuelle des diplômes³⁷.

70. Si, par conséquent, contrairement à la réglementation en vigueur (LPPS et OPPS), la révision de la directive 2005/36/CE actuellement en cours dans l'UE avait pour résultat d'exclure expressément les notaires du champ d'application de la directive, ceux-ci jouiraient encore, au sein de l'UE, des libertés fondamentales de droit primaire inscrites dans le TFUE et seraient de ce fait également soumis aux règles de reconnaissance de droit primaire. Dans ce cas, la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires ne serait pas régie par la directive 2005/36/CE, mais par les règles de reconnaissance du droit primaire. Ces règles de reconnaissance relevant du droit primaire communautaire s'appliquent aussi, en vertu de l'ALCP, dans les relations Suisse-UE (ch. 64 *supra*) et interviennent également dans les rapports entre les cantons, conformément à l'art. 4 al. 3^{bis} LMI.

D.2.2 Reconnaissance en vertu du droit sur le marché intérieur (art. 4, al. 1 et 3, LMI)

71. Si, comme exposé ci-avant, les notaires ayant leur siège en Suisse peuvent invoquer les art. 4 al. 3^{bis} et 6 al. 1 LMI pour empêcher la discrimination à rebours et que, partant, la loi fédérale sur le marché intérieur doit s'appliquer de manière générale à l'activité notariale (art. 1 al. 3 LMI), ils bénéficient également, dans les rapports intercantonaux, du régime de reconnaissance relevant du droit du marché intérieur prévu à l'art. 4 al. 1 et 3 LMI.

72. Conformément à l'art. 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'art. 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 capacité³⁸. Les autorisations d'exercer une profession, notamment, sont considérées comme des certificats de capacité³⁹. Dans sa jurisprudence relative à l'art. 4 LMI antérieure à l'entrée en vigueur de la LLCA, le Tribunal fédéral a considéré que les autorisations d'exercer la profession d'avocat étaient équivalentes à des certificats de capacité⁴⁰. Par conséquent, les autorisations cantonales d'exercer la profession de notaire ou d'instrumenter des actes authentiques doivent aussi être considérées comme des certificats de capacité au sens de l'art. 4 al. 1 LMI.

73. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité comprend les certificats établissant l'aptitude technique et personnelle d'un offreur⁴¹. 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 techniques et

³⁷ Arrêt de la CJUE du 22.1.2002 C-31/00 Dreessen, Rec. 2002 I-663, pt 24 s.

³⁸ ATF 125 II 315 consid. 2b/bb ; ATF 136 II 470 consid. 3.2.

³⁹ 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'art. 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, Interkantonaler Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin 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.

⁴⁰ ATF 125 II 406 consid. 2b ; ATF 125 I 276 consid. 5b ; arrêt du TF 2P.180/2000 du 22 février 2001, consid. 3b.

⁴¹ 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).

personnelles de l'autorisation 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 (ni personnelles ni professionnelles) exigées au lieu de destination pour son obtention, ou si les conditions mentionnées à l'art. 3 al. 1 et 2 LMI sont réunies.

74. Au vu de ce qui précède, il est évident que 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'art. 4 al. 1 LMI.

75. Forte de ces considérations, la COMCO parvient à la conclusion que les autorisations cantonales d'exercer la profession de notaire doivent donc en principe être reconnues dans l'ensemble du pays. Des restrictions d'accès au marché visant les notaires des autres cantons sont autorisées sous la forme de charges et de conditions, pour autant que la présomption d'équivalence évoquée à l'art. 2 al. 5 LMI puisse être réfutée et que les conditions mentionnées à l'art. 3 al. 1 et 2 LMI soient réunies. Pour ce faire, l'autorité compétente doit 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'art. 2 al. 5 LMI s'applique dans ce contexte. Si, dans un cas concret, cette présomption d'équivalence n'est pas réfutée, le notaire extérieur au canton doit se voir automatiquement accorder l'accès au marché⁴².

76. La présomption d'équivalence doit être réfutée lorsque les critères de formation dans le canton de provenance sont nettement inférieurs à ceux du canton de destination. C'est notamment le cas lorsque un diplôme universitaire est exigé dans le canton de destination, mais pas dans le canton de provenance. Si la présomption d'équivalence est réfutée dans un cas concret, la personne extérieure au canton doit avoir la possibilité de prouver qu'elle a acquis les connaissances requises dans l'exercice de son activité (art. 4 al. 3 LMI). Si cette personne n'est pas en mesure d'en apporter la preuve, l'autorité du lieu de destination peut restreindre l'accès au marché par le biais 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.

77. Dès lors, dans le respect de ces règles, l'autorité compétente du canton de destination doit 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 charges⁴³.

78. Dans la pratique et la mise en œuvre, le système de reconnaissance inscrit dans la LMI ne se distingue guère du régime prévu par la directive européenne sur les qualifications professionnelles. A l'image de la procédure de reconnaissance du droit communautaire, l'organe compétent doit aussi, dans le cadre de la procédure relevant du droit sur le marché intérieur, vérifier d'abord si les qualifications professionnelles du requérant sont conformes aux exigences cantonales (art. 4 al. 3 et 2 al. 5 LMI). S'il n'y a pas d'équivalence et que le requérant ne peut apporter la preuve qu'il a acquis les connaissances requises dans le cadre d'une formation ou d'une activité pratique (art. 4 al. 3 LMI), l'organe compétent peut prévoir des charges en vertu de l'art. 3 al. 1 et 2 LMI, par exemple, en faisant obligation au notaire extérieur au canton de passer une épreuve d'aptitude sur le droit cantonal.

⁴² ATF 135 II 12 consid. 2.4.

⁴³ ATF 136 II 470 consid. 5.3.

D.2.3 Reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles des notaires : synthèse

79. Certains cantons connaissent aujourd'hui déjà des règles sur la reconnaissance des patentes de notaire délivrées par un autre canton, que ce soit sous la forme d'un stage d'une durée réduite ou d'une reconnaissance pleine et entière si la formation est équivalente ou si le candidat a passé avec succès une épreuve d'aptitude ad hoc. Ces règles de reconnaissance sont aussi applicables entre les cantons dans lesquels certaines activités notariales peuvent être exercées par des avocats inscrits au registre cantonal (titulaire d'un brevet d'avocat d'un autre canton). Toutefois, ces quelques règles de reconnaissance sont également limitées par des exigences en matière de réciprocité et de domicile (pour plus de détails, C.1 *supra*).

80. La situation actuelle est peu satisfaisante. D'une part, elle génère des inégalités de traitement : certains cantons prévoient des possibilités de reconnaissance, d'autres favorisent une réciprocité du canton de provenance, ou d'autres encore n'accordent aucune reconnaissance du tout (art. 8 al. 2 Cst. ; art. 6 al. 3 LMI)⁴⁴. D'autre part, eu égard au principe de proportionnalité formulé à l'art. 5 al. 2 Cst., il est difficile de justifier qu'un notaire qui possède un titre universitaire, a accompli un stage de plusieurs années, a réussi un examen et a ensuite exercé plusieurs années à titre indépendant ne puisse être admis dans un autre canton sans devoir refaire un stage de plusieurs années et subir à nouveau l'ensemble des examens. En outre, indépendamment des évolutions intervenues dans le droit communautaire et dans le droit bilatéral de la libre circulation des personnes, la COMCO est d'avis que les réglementations cantonales concernant la reconnaissance mutuelle des brevets de notaire dans les rapports intercantonaux devraient être gouvernées par des règles uniformes et des critères non discriminatoires.

81. En résumé, sous l'angle du droit sur le marché intérieur, les cantons sont tenus, en vertu des art. 4 al. 3^{bis} et 6 al. 1 LMI, d'appliquer, dans les rapports intercantonaux, à tout le moins le titre II de la directive 2005/36/CE en relation avec la LPPS et l'OPPS, à la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires dans la circulation des services entre les cantons. Peu importe que, pour ce faire, le SEFRI et les cantons appliquent directement la procédure de déclaration et de reconnaissance prévue par la LPPS dans les rapports intercantonaux ou que les cantons établissent leur propre procédure d'autorisation. Toutefois, ces procédures cantonales devraient accorder au moins les mêmes droits que ceux prévus par le titre II de la directive 2005/36/CE.

82. Comme les notaires sont soumis, dans les relations bilatérales, aux règles de reconnaissance prévues au titre II de la directive 2005/36/CE (reconnaissance dans le cadre de la libre prestation de services), il y a lieu de conclure qu'ils ne participent pas à l'exercice de la puissance publique au sens de l'art. 22 par. 1 annexe I ALCP (exception concernant la libre prestation de services. En conséquence, les notaires ne participent pas non plus à l'exercice de la puissance publique au sens de l'art. 16 annexe I ALCP (exception concernant la liberté d'établissement), si bien qu'ils bénéficient également, dans les relations Suisse-UE, des règles de reconnaissance prévues au titre III de la directive 2005/36/CE (reconnaissance dans le cadre de la liberté d'établissement). Les cantons sont donc tenus, en vertu de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, d'évaluer la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires provenant d'un autre canton qui s'établissent dans le canton de destination en se basant sur le régime général de reconnaissance des titres de formation prévu aux art. 10 à 15 de la directive 2005/36/CE.

⁴⁴ Cf. MICHAEL PFEIFER, Die Zukunft des Notariats in Basel, BJM 1999, p. 20 ss., p. 24 s. ; cet auteur réclame un droit à l'égalité de traitement entre confrères pour les notaires libres (au moins à l'intérieur du canton), lorsque l'Etat porte atteinte à la neutralité concurrentielle à travers, p. ex., des conditions d'admission.

83. En tant qu'alternative aux deux procédures de reconnaissance prévues à l'art. 4 al. 3^{bis} LMI en relation avec la directive 2005/36/CE, les cantons ont toute latitude d'appliquer les règles de reconnaissance relevant du droit sur le marché intérieur conformément à l'art. 4 al. 1 et 3 en relation avec l'art. 3 LMI. Toutefois, l'application des règles de la LMI ne peut pas aboutir à ce que la reconnaissance soit évaluée à la lumière de critères plus stricts que sous le régime de la directive européenne.

D.3 Reconnaissance intercantonale d'actes authentiques en vertu de la loi fédérale sur le marché intérieur

84. La LMI garantit la libre circulation des services en vertu du principe de non-discrimination. 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 bénéficiaire 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 est transfrontalière : prestataire et bénéficiaire ne se déplacent pas.

85. La disposition relative à la libre circulation des services inscrite à l'art. 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 non-discrimination figure également à l'art. 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-discrimination et le principe du lieu de provenance, ont été ancrés dans la loi et que les principales obligations découlent de ces deux principes⁴⁵.

86. La reconnaissance des actes authentiques instrumentés dans d'autres cantons est la clé de la libre prestation de services passive et de la prestation de correspondance des notaires. Le destinataire du service envoie le document à instrumenter au prestataire ou rencontre celui-ci à son lieu de provenance. Le notaire 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 possible que si les actes authentiques instrumentés selon les prescriptions du lieu d'établissement du notaire sont également reconnus dans d'autres cantons.

87. En vertu du principe de la provenance inscrit à l'art. 2 al. 3 LMI, les notaires ont le droit d'offrir leurs services dans toute la Suisse. Par conséquent, refuser de reconnaître les actes authentiques instrumentés dans un autre canton constitue une restriction à la liberté de l'accès au marché, qui déroge au principe de la 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 constitue une restriction à la liberté d'accès au marché au sens de l'art. 3 al. 1 LMI, pénalise directement les notaires des autres cantons et viole ainsi le principe de la non-discrimination.

88. Au vu de ces considérations, la COMCO parvient à la conclusion que, sous réserve de l'art. 3 al. 1 LMI, les cantons doivent accorder un traitement identique aux actes authentiques dressés dans d'autres cantons qu'à ceux instrumentés par des notaires locaux. Dès lors, les offices du registre du commerce et du registre foncier ainsi que les tribunaux et les instances

⁴⁵ Message LMI (note 23), p. 1236 s.

d'exécution cantonaux sont tenus de reconnaître pleinement les actes authentiques dressés par un notaire provenant d'un autre canton. La libre circulation des actes authentiques est aujourd'hui déjà largement garantie, mis à part ceux concernant les opérations immobilières. La COMCO est d'avis que cette exception n'a plus lieu d'exister. De plus, il faut relever que la libre circulation des actes authentiques liés aux opérations immobilières est également réclamée depuis quelque temps dans la doctrine⁴⁶.

89. Relevons dans ce contexte l'avant-projet concernant la modification du code civil suisse (forme authentique) et le rapport explicatif de décembre 2012 s'y rapportant⁴⁷. 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 (art. 55m de l'Avant-projet de révision du Tit. fin. CC). Le rapport explicatif souligne à ce sujet qu'aucun intérêt public ne s'oppose à la libre circulation des actes authentiques liés à des contrats immobiliers (p. 27 ss.).

90. La COMCO est favorable à l'introduction de la reconnaissance des actes authentiques par une loi spéciale avec, pour corollaire, la mise en concurrence intercantonale des prestations notariales liées au registre foncier. L'option de la loi spéciale permet, contrairement à celle de la loi générale (LMI), de régler avec précision la libre circulation des actes authentiques par une disposition concrète et de ne pas devoir se fonder sur les principes d'accès au marché abstraits de la LMI. Indépendamment de ses considérants tirés du droit du marché intérieur, mais sur la base de sa compétence de recommandation en matière de concurrence (art. 45 al. 2 LCart), la COMCO se déclare favorable à l'introduction d'une reconnaissance intercantonale des actes authentiques dans les affaires liées au registre foncier.

91. La reconnaissance pleine et entière des actes authentiques liés aux opérations immobilières conduit à un certain affaiblissement du droit des cantons de refuser des brevets de notaire si le canton de provenance prévoit des critères de formation nettement inférieurs aux leurs. Des actes authentiques instrumentés par des notaires provenant d'un canton ayant une formation inférieure devraient être reconnus. Du point de vue des consommateurs, ce résultat se justifie par le fait que tout consommateur qui souhaite faire établir un acte authentique dans son canton de domicile a la garantie que les notaires actifs dans son canton disposent des qualifications exigées par le canton. Toutefois, les consommateurs ont également la possibilité de faire établir un acte authentique par un notaire provenant d'un autre canton, en tenant compte des qualifications, des prestations et des tarifs de ce dernier.

E Conclusions

92. Par son arrêt de mai 2011, la CJUE a provoqué un changement de paradigme dans la mesure où elle a étendu le champ d'application des libertés fondamentales européennes à l'activité notariale et a jugé que la condition de nationalité n'était pas admissible. Ainsi, dans

⁴⁶ MOOSER (note 3), 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^e éd., Berne, 2001, p. 43 ; JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, RNRF, 74/1993, p. 1 ss., p. 11 ; LE MÊME, 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 ; cf. également décision de l'Obergericht du canton de Bâle-Campagne du 9 mai 2000, RNRF 83/2002, p. 278 ss. = BJM 2001, p. 301 ss.

⁴⁷ Consultable sur <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-f.pdf> et www.admin.ch.

la zone de l'UE, les règles du droit primaire concernant la reconnaissance des qualifications professionnelles valent également pour les notaires. La question de l'application des règles de reconnaissance issues du droit dérivé est actuellement traitée dans le cadre de la révision de la Directive 2005/36/CE. Ces développements ont amené la COMCO à ouvrir l'enquête au sens de la LMI concernant la libre circulation intercantonale des notaires de même que la reconnaissance des actes authentiques sur le marché intérieur suisse. Sous le titre « Libre circulation des notaires », la COMCO a examiné les réglementations cantonales concernant la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires exerçant sous les régimes du notariat latin et du notariat officiel de même que les obligations de domicile. L'étude de la reconnaissance intercantonale des actes authentiques a concerné principalement la reconnaissance des actes authentiques en matière immobilière instrumentés hors canton.

93. Sur la base de l'arrêt de la CJUE de mai 2011, et compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la doctrine relatives à l'article 16 al. 2 ALCP de même que la législation en matière de transposition en droit interne des Accords bilatéraux entrée en vigueur au 1er septembre 2013 (LPPS, OPPS), la COMCO est parvenue à la conclusion qu'il est nécessaire d'intervenir au niveau de la reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles. La situation juridique telle qu'elle se présente actuellement permet aux notaires en provenance de l'UE, sur la base des Accords bilatéraux, de demander la reconnaissance de leur qualification professionnelle dans les cantons, et, dans le cadre de la procédure de reconnaissance de passer un examen d'aptitude. Ainsi, les notaires en provenance de l'UE, en matière d'accès au marché suisse, sont mieux traités que les notaires suisses sur le marché intérieur. La probabilité de la réalisation de ce risque de discrimination à rebours s'établira prochainement.

94. De l'avis de la COMCO, même si aucune discrimination à rebours ne se réalisait, la nécessité d'intervenir sur le marché intérieur suisse persisterait. En effet, indépendamment des développements en droit européen, l'enquête menée par la COMCO et les prises de position montrent que des règles de reconnaissance, certes isolées, existent, mais que leurs effets peuvent s'avérer discriminatoires du fait de clauses de réciprocité matériellement infondées. Dans un canton qui ne dispose d'aucune règle de reconnaissance, il apparaît disproportionné que, dans le cadre de la procédure d'autorisation de pratiquer, le canton ne reconnaisse ni le diplôme de fin d'études universitaires, ni le stage pratique de quelques années, ni la réussite de l'examen de notaire, ni éventuellement l'expérience professionnelle de plusieurs années d'un notaire ; ce dernier est ainsi mis au même niveau qu'un candidat qui vient d'achever ses études. Par ailleurs, dans les cantons où les avocats peuvent pratiquer des activités notariales, ceux-ci profitent d'un accès intercantonal facilité à celles-ci.

95. En plus des possibilités limitées de reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles des notaires, l'obligation de domicile prévue par de nombreux cantons agit particulièrement comme une entrave. Ces exigences de domicile pour les notaires apparaissent à la COMCO comme des réminiscences du passé. Tant du point de vue de la liberté d'établissement et de la proportionnalité que du droit du marché intérieur, l'obligation de domicile n'est pas matériellement justifiable. Elle ne cherche qu'à éviter que des notaires puissent être actifs dans plus d'un canton. D'un point de vue du droit de la concurrence, et dans la mesure où ils en ont les capacités, il serait bienvenu que les notaires puissent être actifs dans plus d'un canton à la fois, à tout le moins dans les cantons qui connaissent le notariat latin.

96. Par ailleurs, la COMCO salue l'avant-projet prévoyant la reconnaissance intercantonale des actes authentiques dans le domaine immobilier. En partant du principe de l'applicabilité de la loi sur le marché intérieur, l'obligation de reconnaissance résulte de la liberté de service passive et du principe de non-discrimination, même si dans ce domaine aucun risque de discrimination à rebours ne menace. Dans le cadre de la révision en cours du Tit. fin. CC, l'OFJ a prévu l'introduction d'une disposition concernant la reconnaissance intercantonale de tous les actes authentiques. La COMCO soutient de tels efforts et recommande au Conseil

fédéral de retenir la proposition de l'OFJ dans le projet de révision du Tit. fin. CC. La COMCO recommande aux cantons d'adapter leur droit y relatif, de sorte que les registres fonciers doivent reconnaître et inscrire les actes authentiques instrumentés dans un autre canton.

97. Dans ce sens, la COMCO recommande, tant du point de vue des développements du droit de l'UE que pour une stimulation de la concurrence au niveau de la qualité et du prix dans le domaine de l'activité notariale et pour garantir la mobilité professionnelle des notaires, l'introduction de critères du droit du marché intérieur relatifs à la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires, l'abrogation de l'obligation de domicile ainsi que la reconnaissance intercantonale des actes authentiques dans le domaine immobilier.

F Recommandations

98. Eu égard aux considérations qui précèdent et vu l'art. 8 al. 3 et 4 LMI, et, subsidiairement, l'art. 45 al. 2 LCart, la COMCO émet les recommandations suivantes :

1. Les cantons sont *invités* à autoriser les notaires extérieurs au canton à exercer les activités qui sont également ouvertes aux notaires indépendants sur leur territoire, en reconnaissant leur certificat de capacité. La reconnaissance des certificats de capacité hors canton se fonde sur les principes fondamentaux suivants :
 - la reconnaissance d'un certificat de capacité établi dans un autre canton peut être refusée, mais ne doit pas l'être automatiquement, lorsque les critères de formation dans le canton de provenance sont nettement inférieurs à ceux du canton de destination. C'est notamment le cas lorsqu'un diplôme universitaire de niveau master est exigé dans le canton de destination, mais pas dans le canton de provenance ;
 - en cas d'exigences de formation équivalentes, un test d'aptitude portant sur le droit cantonal et les spécificités locales peut être exigé, mais ne doit pas l'être systématiquement, pour autant que le droit et les spécificités s'écartent nettement de ceux du canton de provenance.
2. Dans le domaine du notariat libre, les cantons sont *invités* à lever les restrictions à l'accès au marché, telles que les clauses de réciprocité, l'obligation de domicile et les exigences de nationalité.
3. Dans le cadre de mises au concours de postes de notaires de fonction, les cantons sont *invités* à prendre également en considération des candidats ayant acquis leur formation professionnelle dans un autre canton.
4. La COMCO *recommande* au Conseil fédéral de régler la reconnaissance entre les cantons de tous les actes authentiques dans le projet de révision du titre final du CC (forme authentique).
5. Vu la révision en cours du Titre final CC et compte tenu des art. 2 al. 1 à 3 LMI et 45 al. 2 LCart, la COMCO *recommande* aux cantons de créer dans le droit cantonal ou intercantonal les bases permettant la reconnaissance des actes authentiques en matière immobilière instrumentés dans un autre canton.

Prof. Dr Vincent Martenet
Président

Dr Rafael Corazza
Directeur