



Message 2015-DSJ-121

30 novembre 2015

du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur le notariat (nombre de notaires et surveillance)

Nous avons l'honneur de vous soumettre le projet de loi modifiant la loi sur le notariat. Après une introduction qui présente de façon circonstanciée le cadre dans lequel s'inscrit ce projet de loi, ainsi que le processus de son élaboration, les articles particuliers sont commentés.

1. Nécessité de la révision

La loi sur le notariat (LN) est entrée en vigueur le 1^{er} février 1968.

Dans sa réponse du 29 mars 2011 au postulat No 2080.10 Nicolas Rime/Hugo Raemy concernant le système régissant les actes authentiques, le Conseil d'Etat s'est dit favorable à un réexamen profond de cette loi, notamment sur les questions relatives au *numerus clausus*, à la surveillance des notaires ou la procédure disciplinaire, mais également sur certaines notions devenues obsolètes. Le Conseil d'Etat a confirmé son intention de réviser cette loi dans son rapport sur dit postulat, transmis au Grand Conseil le 26 novembre 2013.

Cependant, deux projets au niveau fédéral vont probablement bouleverser le notariat comme on le connaît aujourd'hui, notamment dans notre canton.

- > En décembre 2012, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a mis en consultation un avant-projet de loi révisant le code civil. Parmi les modifications envisagées figure l'obligation pour les cantons de reconnaître tout acte authentique – donc aussi ceux portant sur un immeuble sis sur leur territoire – dressé par un officier public domicilié dans un autre canton. La procédure de consultation est terminée; l'Office fédéral de la justice a établi un rapport suite à cette consultation, contenant les avis exprimés. En bref, on y lit que la «mise à jour» des exigences minimales du droit fédéral relatives à la forme authentique est approuvée en majorité, bien que courte s'agissant des cantons. A l'inverse, la libre circulation des actes authentiques en matière immobilière est rejetée en majorité. Enfin, un nombre important de participants à la procédure de consultation approuve l'extension à la minute de la possibilité d'instrumenter des actes authentiques par voie électronique.

Il y a lieu ici de préciser que le Conseil d'Etat, dans cette procédure de consultation, s'était radicalement opposé au principe de la liberté de choix de l'officier public,

à savoir à la suppression de la compétence des cantons de ne pas reconnaître les actes authentiques instrumentés dans un autre canton lorsqu'ils portent sur des immeubles situés dans le leur.

- > En mars 2013, la Commission de la concurrence (ComCo) a ouvert une enquête auprès des cantons à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne selon lequel les notaires peuvent, à l'intérieur de l'Union européenne, profiter des libertés communautaires, en particulier de la liberté d'établissement. La transposition de cette jurisprudence en Suisse pourrait avoir pour conséquence que les notaires en provenance de l'Union européenne puissent faire valoir en Suisse leurs droits découlant des Accords bilatéraux. Dans ce cas, les notaires suisses seraient discriminés par rapport aux notaires en provenance de l'Union (discrimination à rebours), à moins que l'application de la loi sur le marché intérieur (LMI) ne leur soit étendue, ce que refuse pour l'heure le Tribunal fédéral¹. La question de la libre circulation des notaires est ainsi ouvertement posée.

Dans le cadre de cette enquête, le Conseil d'Etat s'est résolument opposé à l'interprétation de la ComCo. En effet, la ComCo était arrivée à la conclusion que l'activité notariale ne participe pas à l'exercice de la puissance publique. Or, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé², l'instrumentation des actes authentiques est une activité officielle relevant de la puissance publique. Par conséquent, cette interprétation de la ComCo, notamment l'applicabilité de la LMI aux notaires, revient à préférer la libre concurrence à la sécurité du droit et à la protection du public.

A l'issue de l'enquête, le 11 octobre 2013, la ComCo a émis deux recommandations: d'une part, que «les notaires puissent également profiter de la libre circulation

¹ ATF 128 I 280

² ATF 128 I 280

intercantonale», notamment à travers la reconnaissance de l'équivalence de leur formation dans les cantons de notariat libre et, d'autre part, qu'une nouvelle base légale fédérale «*permette aux parties à un contrat en matière immobilière de ne pas le faire obligatoirement instrumenter par un notaire au lieu de situation de l'immeuble, mais de pouvoir choisir un notaire dans un autre canton*»¹.

Au sujet de ces déterminations, la Fédération suisse des notaires (FSN) a pour sa part indiqué qu'elles ne tiennent pas compte de la diversité actuelle du notariat en Suisse. A son avis, «il s'agirait plutôt d'oser une démarche tendant à une réglementation globale du notariat suisse, y compris quant à l'unification des exigences relatives à la qualité de la formation de notaire. Tant qu'une telle harmonisation n'aura pas eu lieu, il ne se justifiera pas d'introduire la (totale) libre circulation des actes authentiques, au vu des importantes différences cantonales. A cet égard, il est utile d'opérer une comparaison avec l'exercice de la profession d'avocat. Sur ce point, le législateur fédéral avait bien vu que l'introduction de la libre circulation nécessitait une réglementation fédérale uniforme. Ainsi, dans la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), il avait non seulement réglé le principe de la libre circulation, mais également, dans le même temps, unifié tous les principes de l'exercice de la profession. Ce qui a été salué pour les avocats doit également s'appliquer aux notaires. Sans code de procédure notariale unifié, sans l'unification des conditions de formation (cf. art. 7 LLCA), sans une pratique unifiée des registres fonciers dans toute la Suisse et sans accès électronique unifié auprès de tous les registres fonciers dans toute la Suisse, la FSN rejette la (totale) libre circulation des actes authentiques. En conséquence, la FSN exige que l'entame d'éventuels processus de réforme soit effectuée de manière coordonnée, sur la base d'une approche globale et en impliquant les instances notariales.»²

Compte tenu de ces réflexions menées au niveau fédéral, le Conseil d'Etat a décidé de ne procéder qu'à une modification partielle de LN, sur les points essentiels qui nécessitent une adaptation, notamment le *numerus clausus*, le système de surveillance et l'adaptation des dispositions désuètes. En effet, il semble peu opportun de procéder rapidement à une révision conséquente en la matière si le système doit être complètement revu une nouvelle fois, à court ou moyen terme, en raison de l'évolution du droit fédéral. Une révision générale de la loi serait probablement un travail conséquent qui risquerait sérieusement d'être en contradiction avec les

modifications en cours au niveau fédéral; il se pourrait que la loi doive être revue complètement une nouvelle fois, à court ou moyen terme, en raison de l'évolution du droit fédéral. L'option de ne rien faire en attendant les modifications fédérales est également exclue, notamment sous l'angle du *numerus clausus*.

En effet, le *numerus clausus* est désormais atteint, ce qui empêche l'arrivée de nouveaux notaires. Or, ce nombre, fixé à 42 depuis 1986, n'est plus adapté à notre époque au regard de la forte augmentation de la population depuis lors et, par conséquent du nombre d'actes à instrumenter.

Cette révision pourra être complétée, si besoin, à l'issue des travaux entrepris dans ce domaine au niveau fédéral.

2. Principaux traits du projet

2.1. Modification du *numerus clausus*

Le *numerus clausus* est une restriction instituée dès le début du XIX^e siècle. Jusqu'en 1967, l'exercice du notariat était régi par une loi de 1869, laquelle prévoyait, outre la restriction du nombre des notaires, le cantonnement de ceux-ci par district. A partir des années 1950 déjà, plusieurs interventions au Grand Conseil avaient pour objet la suppression de ces deux restrictions. Avec l'adoption de la loi du 20 septembre 1967 sur le notariat, le cantonnement a été abandonné, mais le *numerus clausus* maintenu. Dans le cadre de ladite révision, les débats au Grand Conseil ont principalement porté sur la suppression du cantonnement, la question du *numerus clausus* n'ayant été traité que marginalement.

Le postulat 2080.10 Nicolas Rime/Hugo Raemy concernant le système régissant les actes authentiques visait lui aussi, indirectement, la suppression du *numerus clausus*; c'est également le cas de la motion 2013-GC-77 Girard Raoul/Rey Benoît sur la suppression du *numerus clausus* concernant le nombre maximal de notaires dans le canton.

Comme indiqué dans le rapport sur postulat Rime/Raemy³, pour les partisans du maintien du *numerus clausus*, celui-ci répond à des intérêts de trois ordres:

- > Les intérêts de l'Etat à mettre sur pied un système qui garantit la sécurité du droit et l'application des exigences légales. L'Etat délègue aux notaires, par voie de concession, une partie de sa juridiction gracieuse, soit celle d'instrumenter les actes authentiques. Or cette délégation doit intervenir dans les meilleures conditions possibles et l'exercice de la profession de notaire doit faire l'objet d'un contrôle étatique strict, tant sur la forme que sur le fond.

¹ <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=50564>

² Concurrence à n'importe quel prix? – Raisons pour lesquelles les Recommandations de la COMCO du 23.09.2013 ne vont pas dans la bonne voie, http://www.schweizernotare.ch/fr/Home-fr/?oid=1854&lang=fr&news_eintragId=4

³ http://www.fr.ch/publ/files/pdf59/2013-DSJ-68_rapport_fr.pdf

- > L'intérêt du particulier à faire appel à un notaire de son choix, lequel dispose de compétences juridiques et techniques avérées.
- > L'intérêt du notaire à pouvoir exercer son métier en toute indépendance tant de l'Etat que des parties et de pouvoir vivre décemment de sa profession, sans devoir diversifier ses activités.

Au contraire, les opposants au numerus clausus considèrent que cette restriction est un reliquat anachronique de l'ancien système:

- > Il s'agit d'une très sérieuse atteinte à la liberté économique, équivalant à un protectionnisme démesuré qu'aucun intérêt public ne justifie.
- > Le maintien de cette restriction porte atteinte au principe de l'égalité des chances, surtout pour les plus jeunes notaires qui devraient attendre qu'une place se libère pour pouvoir exercer leur profession.
- > La suppression du numerus clausus peut permettre, par le jeu de la concurrence, d'améliorer la qualité des services des notaires.
- > Enfin, la suppression du numerus clausus semble être la conséquence évidente des recommandations de la ComCo et des modifications qui semblent vouloir être entreprises au niveau fédéral. Il n'y a en effet plus aucun sens de limiter le nombre de notaires dans le canton si un notaire d'un autre canton peut effectuer des actes concernant notre territoire, voire un notaire étranger.

Lors de la discussion relative sur le rapport du Conseil d'Etat sur le postulat Rime/Raemy, en décembre 2013, on a à nouveau pu entendre que «la question du numerus clausus est entre autres un élément qui devra probablement être discuté dès lors que le nombre maximal fixé à 42 a été déterminé en 1986. Depuis le canton de Fribourg a connu une formidable croissance démographique¹».

En fin de compte, le maintien ou non du numerus clausus est une question politique. Dans cette perspective, le Conseil d'Etat considère que les arguments pour la suppression du numerus clausus l'emportent sur ceux qui plaident pour le maintien de ce système que le canton de Fribourg est le seul à connaître. En particulier, il ne voit aucune raison de faire une exception au marché libre, en protégeant cette profession contre la concurrence. D'ailleurs, déjà aujourd'hui, quelques grandes études se partagent la plus grande part du marché, ce qui rend difficile aux autres de vivre décemment de leur profession, sans devoir diversifier leurs activités.

Cependant, dans l'éventualité du maintien du numerus clausus, il n'est pas possible de ne pas en modifier la limite.

2.2. Modification du système de surveillance des notaires

Le système tripartite de surveillance actuel n'est pas satisfaisant – Conseil d'Etat, Direction de la sécurité et de la justice et Chambre des notaires. Le projet propose la création d'une autorité de surveillance identique à celle en place pour la profession d'avocat, à savoir une Commission du notariat. Ainsi, quel que soit le cas survenant, la seule autorité compétente sera ladite Commission, ce qui clarifie une fois pour toute la question de la compétence.

Un des autres avantages de la mise sur pied d'une Commission du notariat est que sa composition comprendra des personnes que l'on peut qualifier d'experts, comme des notaires, professeurs d'université ou représentants du pouvoir judiciaire.

Actuellement, la Chambre de notaires a un rôle d'autorité de surveillance pour les cas de peu de gravité. Avec la création de la Commission du notariat, elle perd cette fonction. Avec cette révision, elle ne perd pourtant pas tout rôle dans la procédure disciplinaire dans la mesure où le projet prévoit une procédure de médiation systématique lorsque la dénonciation émane d'un privé. La procédure de médiation sera menée par la Chambre des notaires.

2.3. Révision de dispositions désuètes

Sans aller dans le détail des propositions, la LN contient plusieurs notions devenues désuètes, comme la réhabilitation (ad art. 4 actuel). L'occasion est saisie de procéder à un petit toilettage de la loi.

2.4. Modification de la loi sur la mensuration officielle

L'occasion de cette modification légale est saisie pour modifier également la loi sur la mensuration officielle afin de permettre aux géomètres officiels, également habilités à dresser certains actes authentiques, à établir des expéditions électroniques de ces actes.

3. Conséquences financières et en personnel

La création d'une Commission du notariat n'aura que peu de conséquences financières, ces personnes étant rétribuées sur la base d'indemnités de séance, comme la Commission du barreau. Le secrétariat sera assumé par le Service de la justice, qui a en vertu de la loi actuelle déjà plusieurs compétences dans ce domaine. Cela ne représentera donc pas de différence en termes de personnel.

Cette nouvelle Commission ne permettra en revanche pas de dégager des ressources ni auprès du Service de la justice ni de

¹ Bulletin des séances du Grand Conseil du 12 décembre 2013, p. 2373

la Direction de la sécurité et de la justice. En effet, le travail de préparation des séances de Commission, la tenue du secrétariat de celle-ci et la rédaction de ses décisions consistera à une quantité de travail très probablement semblable à la charge de travail actuelle. Seule la prise de décision sera différente, en fin de compte. Il ne s'agira plus d'une décision du Conseil d'Etat ou du Directeur de la sécurité et de la justice, mais d'une décision de la nouvelle Commission du notariat.

Le projet n'a pas d'influence sur la répartition des tâches Etat-communes, ni d'effets sur le développement durable. Il ne soulève pas de difficulté s'agissant de sa constitutionnalité, de sa conformité au droit fédéral et de l'eurocompatibilité.

4. Commentaires d'articles

4.1. Loi sur le notariat

Article 2

La question du maintien du *numerus clausus* en l'augmentant, ou de sa suppression se pose. Le Conseil d'Etat a notamment développé ces points dans son rapport sur le postulat Rime Raemy précité, à son point 4.2.

Cette question est éminemment politique. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a proposé, lors de la procédure de consultation, deux variantes à examiner, à savoir l'augmentation du *numerus clausus* ou sa suppression.

Les autorités consultées ont d'une manière relativement identique, donné la préférence aux deux propositions. Notons ici que la Chambre des notaires s'est prononcée contre la suppression du *numerus clausus*, mais en faveur de son augmentation telle que proposée à 50, voire même à 55.

Le Conseil d'Etat quant à lui propose au Grand Conseil de supprimer le *numerus clausus*.

En effet, la profession de notaire est exercée de façon libérale, comme c'est le cas de la profession d'avocat; il n'y a donc pas lieu de limiter le nombre de notaires habilités à pratiquer dans notre canton. Il s'agit en effet d'une sérieuse atteinte à la liberté économique, équivalant à un protectionnisme démesuré qu'aucun intérêt public ne justifie. Le *numerus clausus* est abandonné, permettant ainsi une libre concurrence des notaires.

Cette suppression permettra à toute personne intéressée à pratiquer le notariat d'entreprendre les études nécessaires sans crainte de ne pouvoir l'exercer en raison de cette limitation qui apparaît comme un reliquat anachronique de l'ancien système¹. Le principe de l'égalité des chances est ainsi respecté.

Enfin, la suppression du *numerus clausus* peut permettre, par le jeu de la concurrence, d'améliorer la qualité des services des notaires. S'agissant de l'assurance de qualité des prestations des notaires, le fait que le cursus de la formation de notaire reste important (un stage de 24 mois en plus du diplôme universitaire), on imagine mal, même sans *numerus clausus*, un accès démesuré à cette profession. Il s'agit enfin de rappeler que seuls les stages effectués dans une étude du canton peuvent être pris en considération. Et ceux-ci dépendent du nombre de places de stage disponibles, lesquelles restent peu nombreuses.

Notons qu'en abrogeant l'article 3 al. 2, nous devons compléter l'article 10, où apparaît alors pour la première fois l'indication de «la Direction», en indiquant celle qui est concernée, à savoir la Direction de la sécurité et de la justice.

Le Conseil d'Etat répond ainsi à la motion 2013-GC-77 Girard Raoul/Rey Benoît sur la suppression du *numerus clausus* concernant le nombre maximal de notaires dans le canton.

Article 3

Si le *numerus clausus* est supprimé, la portée de l'actuel article 3 LN se limite à la première phrase de son alinéa 1. C'est pourquoi, le reste de cet article doit être supprimé.

Article 4 let. d

Les conditions d'octroi de la patente de notaire correspondent à celles de l'octroi de l'autorisation de pratiquer la profession d'avocat. C'est la raison pour laquelle la formulation de la loi sur la libre circulation des avocats est reprise ici. A noter que la réhabilitation n'existe plus en droit pénal.

Article 6 al. 1 let. b

Depuis la professionnalisation des justices de paix en 2008, la fonction de juge de paix fait partie de celles de l'ordre judiciaire déjà couvertes par la lettre a.

Article 8

Cet article est modifié pour introduire formellement la possibilité de remplacer le serment par une promesse solennelle.

Article 9

Dans la mesure où cette modification de la LN modifie le système de la surveillance du notariat en instaurant, à l'image de la profession d'avocat et sa Commission du barreau, une Commission du notariat, il est logique que plusieurs tâches qui relevaient soit de la Direction de la sécurité et de la justice, soit du Service de la justice, soient désormais transmises à cette nouvelle Commission.

¹ BGC 1983, p. 1270 et BGC 1984, p. 96 et 287 ss. Cf. aussi Pierre Tercier, Les notaires et le droit de la concurrence, SJ 1998 p. 505 ss, p. 526

Article 11

Lors de la procédure de consultation, il avait été proposé d'augmenter le montant des suretés. Cette proposition a fait l'objet de critiques. En effet, il a été relevé que leur but n'est pas réellement connu, d'autant moins si une couverture d'assurance responsabilité civile professionnelle est demandée en parallèle. On ne voit pas quels cas ne seraient pas couverts par cette assurance. Enfin, ce type de suretés ne peut être obtenu que par un cautionnement, si le notaire ne dispose pas de ce montant d'argent en espèces. Or, les primes d'assurances pour ces cautionnements sont très importantes (plusieurs milliers de francs par année); force est de constater que les principaux bénéficiaires seraient alors les compagnies d'assurance ou les banques.

Aussi, la nécessité de fournir des suretés est abandonnée au profit d'une assurance responsabilité civile professionnelle pour un montant plus important. La détermination du montant est renvoyée au règlement.

Articles 13, 13a et 13b

Le projet distingue clairement les circonstances dans lesquelles la patente s'éteint de plein droit de celles où une décision formatrice de l'autorité de surveillance est nécessaire. Ainsi par exemple, selon l'article 13, la mise en faillite d'un notaire ou sa mise sous curatelle de protégée générale rendent caduque sa patente.

En revanche, lorsque les autres conditions de l'octroi de la patente ne sont plus réalisées (condamnation pénale, surveillance d'un cas d'incompatibilité, défaut d'assurance RC, etc.), la Commission du notariat doit ouvrir une enquête et donner la possibilité au notaire concerné de s'exprimer, avant de lui retirer sa patente, le cas échéant, dans le respect du principe de la proportionnalité.

Pour la durée de la procédure, l'autorité de surveillance peut suspendre provisoirement la patente de notaire quel que soit le motif du retrait envisagé.

La loi prévoit également les contours de la suspension d'une patente.

Article 14

Le projet ne prévoit plus l'obligation de retirer la patente si le notaire concerné a fait l'objet de deux suspensions disciplinaires (actuel art. 13 al. 2) puisque cette mesure est de la compétence de l'autorité de surveillance. C'est pour cette raison que l'article 14 al. 2 est supprimé.

Désormais, il appartiendra à l'autorité de surveillance de décider, le cas échéant, si un délai d'attente doit être imposé avant la délivrance éventuelle d'une nouvelle patente ainsi

que la durée d'un tel délai, dans le respect du principe de la proportionnalité (cf. art. 42 al. 4 nouveau).

Article 17

Il s'agit d'une correction du renvoi à la nouvelle loi d'application du code civil suisse.

Article 22

Cf. commentaire ad article 9 ci-dessus.

Article 26

Même si la possibilité pour l'autorité de surveillance de délier du secret professionnel un notaire découle directement du droit fédéral (art. 321 ch. 2 du code pénal, CP), il semble opportun de le prévoir expressément dans la loi cantonale. Cf. en outre l'article 166 al. 1 let b du code de procédure civile suisse qui prévoit que tout tiers peut refuser de collaborer dans la mesure où, de ce fait, la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'art. 321 CP à moins qu'il ne soit délié de l'obligation de garder le secret – il a dès lors le devoir de collaborer, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

Article 31^{bis}

Le Tribunal cantonal est en passe de revoir son organisation. De ce fait, il convient de supprimer la référence de cet article à la Cour de modération pour que la loi reste en adéquation avec la réalité, quelle que soit l'organisation interne choisie par le Tribunal cantonal.

Articles 35 à 39

Actuellement, le système de surveillance disciplinaire du notariat est relativement complexe. On y trouve la Chambre des notaires compétente pour les cas de peu de gravité, le Conseil d'Etat pour les cas de manquements graves et la Direction de la sécurité et de la justice pour tous les autres cas (actuel art. 39). Ce partage des tâches n'est pas idéal et pas toujours clair.

Il a donc été décidé de changer radicalement de système, à l'image de ce qui se fait pour la profession d'avocat et d'instituer une Commission du notariat.

Article 35

Les notaires seront soumis à la surveillance de la Commission du notariat. Cette Commission aura désormais toutes les compétences en matière de surveillance du notariat, à l'image de la Commission du barreau pour les avocats. En

revanche, dans la mesure où les notaires exercent une partie du pouvoir public, l'octroi d'une patente reste de la compétence du Conseil d'Etat.

La Commission du notariat reste sous la haute surveillance du Conseil d'Etat; cela signifie qu'elle doit notamment faire annuellement rapport au Conseil d'Etat.

Cet article fixe la composition de la Commission du notariat (5 membres et 3 suppléants) en prévoyant expressément quels organes peuvent proposer au Conseil d'Etat des candidats. Les personnes proposées par le Tribunal cantonal devront être membres de l'ordre judiciaire, mais pas forcément membres du Tribunal cantonal. Il est clair que la désignation des candidats devra tenir compte, équitablement, des deux langues officielles du canton.

On note enfin que le membre qui sera choisi par le Conseil d'Etat sans proposition de tiers, pourra notamment être un représentant de la clientèle des notaires, un membre du corps professoral de l'Université ou un représentant des registres fonciers ou du Registre du commerce.

Article 35a (nouveau)

La Commission du notariat exerce en sa qualité d'autorité de surveillance, de larges tâches et compétences; elle bénéficie d'ailleurs d'une clause générale de compétence (al. 2 let. f).

Ses attributions sont similaires à celles de la Commission du barreau, à l'exception de l'octroi des patentes – la Commission du barreau est, elle, l'autorité compétente pour inscrire les avocats au registre cantonal.

Cet article consacre la question des frais de la procédure disciplinaire, en donnant la compétence au Conseil d'Etat d'en décider les montants. Les émoluments devraient logiquement être semblables à ceux de la procédure disciplinaire relative à la profession d'avocat.

Article 35b (nouveau)

La Commission pourra déléguer des tâches d'instruction ou la préparation de dossiers à l'un de ses membres ou au Service de la justice. A ce titre, elle pourra former des sous-commissions pour l'examen de domaines spécifiques.

Pour le surplus, le règlement sur l'organisation et le fonctionnement des commissions de l'Etat s'applique (ROFC, RSF 122.0.61); on y trouve l'essentiel des dispositions d'organisation.

Article 36

Le système de la nomination de deux inspecteurs des notaires par le Conseil d'Etat est maintenu. En revanche, ces inspecteurs

feront désormais rapport à la Commission du notariat, et plus à la Direction.

Article 37

Les inspections sont organisées par les inspecteurs. En revanche, il y a lieu de prévoir que la Commission peut mandater les inspecteurs pour procéder à une ou plusieurs inspections spécifiques. Ces inspections pourront concerner un problème en particulier ou l'inspection systématique d'un domaine supplémentaire.

Article 38

Cf. commentaire ad article 9 ci-dessus.

Article 39

L'autorité disciplinaire est la Commission du notariat, conformément au nouvel article 35b al. 2 let. b.

Art. 40

La procédure disciplinaire sera similaire à celle de la Commission du barreau en matière de surveillance des avocats. Elle est notamment régie par les dispositions du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA); il s'agit notamment des articles 15 et suivants du CPJA. On relève ici qu'il n'y a donc pas lieu de donner des indications précises sur la procédure lorsqu'elle est conforme à celle du CPJA, comme la motivation du prononcé disciplinaire par exemple.

Comme c'est déjà le cas actuellement, l'autorité disciplinaire pourra agir d'office ou sur plainte.

Une procédure de médiation est mise en place lorsque la plainte émane d'un particulier – à l'exception des cas graves. Cela se justifie par le souci de permettre de trouver une solution qui convienne notamment au plaignant – une médiation qui aboutit implique évidemment que la solution trouvée convient également au notaire. En effet, une procédure disciplinaire n'a pas de conséquences pratiques pour le plaignant, celui-ci n'y étant pas partie. Alors que la médiation peut aboutir à la résolution du problème; c'est en effet souvent la survenance d'un problème qui ne peut être résolu entre le client et son mandataire qui pousse le client mécontent à déposer une plainte.

Art. 40a (nouveau)

La tentative de médiation est obligatoire lorsque la plainte émane d'un particulier. Très souvent, une tentative préalable de médiation permet de désamorcer un problème avant qu'il ne prenne une ampleur démesurée. En effet, l'expérience montre qu'un nombre non négligeable de différends sont dus

à des malentendus qui peuvent être dissipés par l'intervention d'un tiers neutre.

On renvoie notamment aux articles 125ss de la loi sur la justice et à l'ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs.

Il se justifie de déléguer la compétence de médiation à la Chambre des notaires au vu de ses connaissances particulières de la profession et des notaires du canton.

Article 40b (nouveau)

Une procédure sommaire est instituée pour permettre de traiter rapidement les dénonciations jugées d'emblées irrecevables ou mal fondées.

Article 41

Dans la mesure où l'autorité compétente pour suspendre un notaire de son exercice ou lui retirer sa patente est désormais la Commission du notariat, c'est bien elle que le Ministère public doit informer d'une ouverture d'enquête pénale, et non plus le Conseil d'Etat. Cet article fait donc l'objet de deux modifications terminologiques en conséquence.

Article 41a (nouveau)

Il s'agit ici d'ancrer dans la loi le principe du droit d'être entendu, même s'il découle évidemment du CPJA.

Article 42

Cet article reprend les sanctions prévues à ce jour, tout en remplaçant le «rappel à l'ordre» par la notion plus actuelle «d'avertissement» et en augmentant le montant des amendes qui peuvent être infligées (même limite que pour les avocats).

De plus, il consacre la compétence de la Commission de décider du délai imposé, cas échéant, pour demander une nouvelle patente suite à son retrait.

Article 43

Cet article consacre la question du sort des frais de la procédure disciplinaire.

Article 43a (nouveau)

Dans la mesure où le notaire exerce une parcelle de puissance publique et qu'il se voit octroyer une patente par le Conseil d'Etat, il est justifié que le Conseil d'Etat soit informé des décisions de suspension ou de retrait de patentes.

Alors que l'intérêt public exige que tout retrait définitif de la patente soit publié, il n'en va pas forcément de même pour

une suspension de la patente à titre de mesure provisoire durant la procédure ou à titre de sanction disciplinaire. Dans ces derniers cas, la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation; elle peut notamment ordonner une publication si le notaire concerné ne respecte pas les injonctions de la Commission ou en cas d'existence d'un intérêt public prépondérant.

Article 44

Il s'agit d'une simple modification terminologique.

Article 44a

Il y a lieu d'abroger l'alinéa 2 car il n'y aura plus de décisions disciplinaires prononcées ni par la Chambre des notaires, ni par la Direction. Les décisions de la Commission du notariat seront, elles, susceptibles d'un recours au Tribunal cantonal, conformément au CPJA. On relève pour la bonne forme que l'accord de médiation prévu au nouvel article 40a n'est, pour sa part, pas susceptible de recours, dans la mesure où il consacre un accord.

Article 49

Alinéa 1

Il est proposé ici d'ajouter l'état-civil des parties dans leur désignation en tête de l'acte notarié, mais uniquement lorsque celui-ci a une portée juridique (comme lors de la vente d'un logement familial). C'est déjà la pratique courante des notaires. Cela permet notamment au Conservateur de s'assurer que les consentements résultant du droit matrimonial sont nécessaires, respectivement qu'ils n'ont pas à être produits. En revanche, il n'y a plus de raison à l'heure actuelle d'indiquer différemment l'état civil d'un homme ou celui d'une femme. Ainsi, les notaires devront trouver une formulation identique quel que soit le sexe de la personne indiquée: la pratique actuelle d'indiquer que «M. XY est marié» alors que «M^{me} XY est l'épouse de M. XY» devra donc être abandonnée.

De plus, l'indication de la filiation et de la profession, nécessaire à l'époque pour permettre clairement l'identification des parties, n'est plus utile de nos jours. Elles peuvent même être embarrassantes selon les cas. Il convient dès lors de supprimer ces exigences.

Alinéa 2

Un problème a été soulevé notamment par un Registre foncier ainsi que par l'autorité de surveillance du Registre foncier concernant la désignation des immeubles contenue dans les actes notariés et du devoir de contrôle formel des conservateurs au Registre foncier.

Les articles 45 et ss de la LN règlent les modalités de la forme authentique en vertu de la délégation de compétence prévue à l'article 55 al. 1 tit. fin. du Code civil. Il ressort de ces articles que lorsque l'acte notarié a pour objet un immeuble, celui-ci doit y être désigné conformément à l'extrait du registre foncier. Si cette disposition est violée, l'acte notarié ne revêt pas la forme authentique selon l'article 53 let. b LN. Toutefois, si la désignation de l'immeuble n'est pas conforme, l'acte notarié revêt tout de même la forme authentique pour autant que cette désignation soit suffisante pour éliminer tout doute à son sujet.

En pratique, cela pose des problèmes quand l'acte notarié n'est pas conforme en tous points à l'extrait du Registre foncier. En effet, le Conservateur du Registre constatera que l'acte ne respecte pas l'article 49 al. 2 LN. Dès lors, l'acte sera considéré comme ne pouvant pas revêtir la forme authentique en vertu du droit cantonal (art. 53 let. b LN) et fera l'objet d'un rejet par le Conservateur du Registre foncier. L'acte ne sera donc pas inscrit alors même qu'en vertu des dispositions fédérales, il pourrait malgré tout revêtir la forme authentique, pour autant que la désignation de l'immeuble qu'il contient soit suffisante pour éliminer tout doute à son sujet.

Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral que du point de vue de la validité civile de l'acte, il suffit que l'immeuble en cause soit clairement déterminé. Une reproduction intégrale des données du registre foncier dans l'acte authentique n'est pas une condition de validité de celui-ci. Les prescriptions du droit cantonal sur les modalités de la forme authentique, dont la violation n'affecte pas la validité de l'acte, sont des prescriptions d'ordre.

Le canton de Fribourg est l'un des rares cantons (ou même le seul) à prévoir une prescription de validité au lieu d'une prescription d'ordre, ce qui engendre des difficultés considérables en pratique.

Au vu de ce qui précède, il est proposé de modifier l'alinéa 2 de l'art. 49 LN afin de prévoir une règle plus souple en remplaçant la formulation qui veut que la désignation soit conforme en tous points à l'extrait du registre foncier par le fait que l'immeuble doit être désigné en indiquant au moins le numéro de l'immeuble et la commune de situation, avec le cas échéant, le secteur de celle-ci.

Alinéa 3

Dans la mesure où l'exigence de désignation des immeubles a été fortement simplifiée d'une manière générale, cette disposition n'a plus lieu d'être. On note d'ailleurs qu'une désignation plus simplifiée que celle prévue désormais par la loi n'est pas possible.

Article 50

Cette modification concerne l'usage prohibé de correcteurs liquides («Tipp-Ex») sur les minutes.

Article 52

Cf. commentaire ad art. 9 ci-dessus.

4.2. Loi sur la mensuration officielle

Article 34 al. 3

En vertu de la législation fédérale (art. 55a Titre final du code civil suisse), les «cantons peuvent autoriser les officiers publics à établir des expéditions électroniques des actes [authentiques] qu'ils instrumentent». Une expédition consiste dans la copie littérale de l'acte authentique signé par les parties.

Dans le canton de Fribourg, les actes authentiques sont en principe passés devant les notaires. En application de l'article 55a du Titre final CC, l'article 73 al. 2 LN prévoit la possibilité pour ces officiers publics de délivrer les expéditions sous forme électronique.

La loi du 7 novembre 2003 sur la mensuration officielle (LMO; RSF 214.6.1) autorise toutefois également, dans un certain nombre de cas de moindre importance, les géomètres officiels à recevoir des actes en la forme authentique (cf. art. 32ss LMO). La LMO ne contient cependant pas de disposition analogue à l'article 73 al. 2 LN. Il convient de saisir l'occasion de la présente révision de la loi sur le notariat pour combler cette lacune et pour donner également aux géomètres officiels la possibilité de faire usage des facilités permises par l'article 55a Titre final précité.