



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**FACULTÉ DE DROIT**

**Secrétariat général du Conseil d'Etat**

Direction juridique  
Case postale 3952  
1211 Genève 3

A l'att. de Madame Hana Sultan Warnier

Par courriel uniquement :  
hana.sultanwarnier@etat.ge.ch

Genève, le 16 octobre 2023

**Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève  
Consultation fédérale sur la procédure unifiée d'établissement des actes authentiques**

Mesdames,  
Messieurs,

La présente a pour objectif d'énoncer la position de la Faculté de droit de l'Université de Genève (**la Faculté**) à propos de la procédure unifiée d'établissement des actes authentiques. Cette détermination est effectuée à la demande du Conseil d'Etat et se fonde sur l'invitation à prendre position envoyée par l'Office fédéral de la justice (**OFJ**) à l'ensemble des départements cantonaux le 7 septembre 2023.

**I. Remarques liminaires**

Dans son courrier du 7 septembre 2023, l'OFJ adresse neuf questions aux départements cantonaux. Ces questions sont essentiellement politiques et s'orientent autour de deux axes : un axe pratique (retours d'expériences et analyse de faisabilité) et un axe idéologique (libéralisation *versus* protectionnisme).

Par ailleurs, le rapport du groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse. Principes directeurs et leurs explications » (**le Rapport**) dresse déjà, de manière fouillée et convaincante, l'état de la doctrine suisse en matière de droits réels et de droit notarial. La Faculté note par ailleurs que, selon la recommandation de la COMCO (p. 124/144, ch. 14), le canton de Genève a manifesté, en 2013 du moins, une opposition au principe de la libre circulation des notaires ; certains arguments développés aux ch. 15 ss de ladite recommandation pourraient influencer la position de notre canton sur la libre circulation des actes authentiques.

La Faculté limitera donc sa détermination à des remarques complémentaires aux **questions 3)** (opportunités et risques d'une libéralisation qui s'étendrait notamment aux actes authentiques établis lors des transactions immobilières) **et 5)** (recommandation 1 de la COMCO). L'accent sera en outre mis sur quelques spécificités genevoises.

## II. Opportunités et risques d'une libéralisation accrue dans toutes les branches, y compris aux actes authentiques établis lors des transactions immobilières (question 3)

Cette question porte sur la **libre circulation des actes authentiques**.

Le principe de la liberté du lieu de l'instrumentation de l'acte authentique, de même que la reconnaissance intercantonale de l'acte authentique qui en résulte, sont aujourd'hui des acquis incontestés.

La seule exception admise à la libre circulation des actes authentiques a trait aux transactions immobilières. Conformément à la jurisprudence fédérale, les cantons sont ainsi libres de prescrire que l'instrumentation des actes authentiques portant sur des immeubles doit avoir lieu sur leur territoire<sup>1</sup>. Dans son arrêt de principe du 30 novembre 1987, le Tribunal fédéral a justifié cette exception à la libre circulation comme suit : « Deux intérêts contradictoires se confrontent. D'un côté, il y a l'avantage que présente un engagement unique qui oblige l'autre partie à collaborer à la réunion des documents nécessaires à l'inscription selon le droit cantonal. D'autre part, les parties ont un intérêt incontestable à bénéficier des conseils appropriés d'un notaire compétent *ratione loci*. Le droit public cantonal, comme aussi le droit privé d'application locale, influencent de diverses manières les transactions immobilières, et les immeubles eux-mêmes, sans que cette influence résulte du registre foncier. Les parties à un contrat immobilier doivent être renseignées sur les particularités locales du cas. Certes, ces particularités sont accessibles à un notaire d'un autre canton. Celui-ci devra toutefois, selon le cours ordinaire des choses, se renseigner lui-même auprès d'un notaire du lieu. Confiée à un notaire d'un autre canton, l'instrumentation en la forme authentique entraînera des complications et des frais. Il peut en résulter aussi une certaine dilution des responsabilités<sup>2</sup> ».

Le canton de Genève a fait usage de cette faculté, en retenant que les actes authentiques relatifs aux droits réels sur les immeubles sis dans le canton ne peuvent être instrumentés que par un notaire du canton (art. 158 al. 4 de la Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile [LaCC]).

Il s'agit d'examiner si cette exception à la libre-circulation des actes authentiques se justifie encore aujourd'hui.

**L'opportunité** d'une libéralisation accrue en matière de transactions immobilières résulte de l'instauration d'une concurrence intercantonale, quasi-inexistante à ce jour (et inexistante à Genève). L'idée serait de permettre l'instrumentation d'une vente d'immeubles sis à Genève dans un autre canton (par exemple, à Zurich), transaction qui devrait ensuite être reconnue à Genève, notamment par l'office du registre foncier.

Selon la position défendue dans le postulat de la conseillère nationale Kathrin Bertschy, l'instauration d'une concurrence engendrerait une baisse des tarifs pratiqués par les notaires, considérés comme « excessifs ». Pour mémoire, à Genève, ces tarifs sont fixés par le Règlement sur les émoluments des notaires (REmNot).

**Les risques** d'une libéralisation accrue en matière de transactions immobilières résultent, quant à eux, de critères qualitatifs : en substance, les conseils et les informations donnés aux parties par les notaires du lieu de situation, qui connaissent les particularités locales, sont supposés garantir une meilleure qualité de l'instrumentation.

---

<sup>1</sup> ATF 113 II 501, JdT 1988 I 550.

<sup>2</sup> ATF 113 II 501, JdT 1988 I 550, c. 3b.

Cet avis doit être partagé : en matière de transactions immobilières, la force expansive du droit public cantonal rend nécessaire la connaissance de certaines lois cantonales par les notaires. A Genève, outre les règles découlant du droit de l'aménagement du territoire et du droit des constructions, on citera par exemple :

- les particularités liées à l'application de la Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (LDTR ; par exemple, sur l'aliénation d'appartements destinés à la location, art. 39 ss LDTR) ;
- l'existence de droits de préemption légaux des collectivités publiques (par exemple, ceux découlant de la Loi générale sur le logement et la protection des locataires [LGL] ou de la Loi générale sur les zones de développement industriel ou d'activités mixtes [LZIAM]) ;
- les modalités liées à l'obtention d'une autorisation d'acquérir l'immeuble ou d'une décision de constatation de non-assujettissement à la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE) ;
- les modalités liées à l'obtention d'une autorisation de constatation de non-assujettissement à la Loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR) ;
- les conséquences fiscales (droits de mutation, impôt sur les bénéfices et gains immobiliers, etc.) ;
- etc.

Au-delà d'une connaissance de ces lois, une expérience auprès des autorités est également bénéfique : les notaires sont ainsi des interlocuteurs-trices privilégié-s de l'office du registre foncier, de la commission foncière agricole, de l'administration fiscale cantonale, etc. L'existence de tarifs de droit public se justifie ainsi, notamment et en partie, par le rôle de percepteur du notaire sur le plan cantonal.

Le Faculté rejoint ici un précédent avis exprimé par le Prof. Piotet, à savoir qu'il serait « illusoire de penser que toutes les vingt-six législations et jurisprudences cantonales touchant aux affaires immobilières puissent être connues des notaires et officiers publics de l'ensemble du pays, et faire l'objet d'une information obligatoire et différenciée en fonction des vingt-six systèmes<sup>3</sup> ». Pour reprendre notre précédent exemple, on voit mal comment un-e notaire zurichois-e pourrait se conformer à son obligation de renseigner en cas de transactions portant, par exemple, sur un appartement loué soumis à la LDTR.

A ce stade, on peut encore mentionner la problématique de la langue, non évoquée dans le Rapport, et qui peut être mise en relation avec les buts de la forme authentique. Les cantons prescrivent tous l'usage de la ou des langue(s) locale(s) pour leur notariat<sup>4</sup>. A Genève, les actes authentiques sont rédigés en français (art. 13 al. 1 de la Loi sur le notariat [LNot]) ; ces actes servent ensuite de justificatifs aux inscriptions portées au registre foncier. Il en découle que l'exigence de forme authentique a également pour mission d'assurer une base sûre pour l'inscription au registre foncier, œuvrant par-là à la protection des tiers<sup>5</sup>. Les pièces justificatives participent pleinement de la foi

---

<sup>3</sup> DENIS PIOTET, L'incroyable course d'obstacles de la Recommandation 614-0002 de la Commission fédérale de la Concurrence en matière de circulation des notaires et actes authentiques, RNRF 2014 p. 172.

<sup>4</sup> Sur cette question, v. ETIENNE JEANDIN, La profession de notaire, 2<sup>e</sup> éd. 2023, p. 180 s.

<sup>5</sup> ATF 140 III 200, c. 4.2; ATF 119 II 135, c. 2b; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2<sup>e</sup> éd. 2014, p. 288 ss.

publique attachée au registre foncier, dans la mesure où elles précisent la portée de l'inscription<sup>6</sup>. Dans la mesure où « nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription au registre foncier » (art. 970 al. 4 CC), l'admissibilité d'actes authentiques émanant d'autres cantons, par hypothèse non francophones, aurait pour résultat d'exiger de l'office du registre foncier, mais également des administré-es, la bonne compréhension d'autres langues nationales.

Au vu de ce qui précède, les risques d'une libre-circulation des actes authentiques en matière de transactions immobilières excèdent les bénéfices d'une libéralisation imposée aux cantons.

**Sur cette question, la Faculté soutient le principe directeur 7.3.3.3 du Rapport.**

## **II. Principe de la recommandation 1 de la COMCO invitant les cantons à autoriser les notaires extérieurs au canton à exercer les activités qui sont également ouvertes aux notaires indépendants sur leur territoire (question 5)**

Cette question porte sur la **libre circulation des notaires**.

En Suisse prévaut le principe de la territorialité : les notaires ne sont autorisé-es à exercer leur activité ministérielle que sur le territoire cantonal qui les y a habilité.

Il est intéressant de lire que les membres du groupe de réflexion du Rapport ont unanimement soutenu le principe de territorialité, en se positionnant contre la libre circulation des notaires. De manière fondée, le Rapport établit également une distinction entre la libre circulation généralisée d'une part, et la reconnaissance du certificat de capacité d'un canton à un autre d'autre part.

Le principe de territorialité est remis en cause par la COMCO, qui s'appuie sur un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) C54/08 du 24 mai 2011. A teneur de cet arrêt, 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 régalienn.

Le résultat de l'arrêt de la CJUE contredit celui de l'ATF128 I 280, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) et la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) ne s'appliquaient pas à l'activité des notaires.

En Suisse, les notaires sont usuellement définis comme des « officiers publics » ou « officières publiques », à savoir des personnes habilitées à dresser des actes authentiques<sup>7</sup>. L'art. 1 LNot définit les notaires comme « des officiers publics chargés de recevoir les actes, déclarations et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité et d'en assurer la date, d'en conserver le dépôt et d'en délivrer des expéditions ». La doctrine civiliste admet unanimement que le notariat est une activité régalienn<sup>8</sup> (et donc exclue du champ de la LMI par l'art. 1 al. 3 LMI) ; dans certains cantons, les notaires sont des fonctionnaires engagé-es par les cantons (système du notariat d'Etat).

<sup>6</sup> ATF 139 III 404, c. 7.1 ; ATF 130 III 554, c. 3.1 ; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome I., 6<sup>e</sup> éd. 2019, n. 1286.

<sup>7</sup> V. notamment la définition de MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2<sup>e</sup> éd. 2014, p. 2 : « le notaire est un officier public autorisé par la législation cantonale à conférer à certains actes le caractère d'actes authentiques ».

<sup>8</sup> ETIENNE JEANDIN, Evolutions du droit notarial, SJ 2016 II 43, p. 71 ; DENIS PIOTET Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques ? Réflexion à partir de la consultation 614-0002 de la commission fédérale de la concurrence, Notalex 2013 p. 116.

Concernant l'arrêt de la CJUE, relevons encore que la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles a été modifiée le 20 novembre 2013 (soit postérieurement aux recommandations de la COMCO) par la directive 2013/55/UE du Parlement européen et du Conseil. Selon la révision, « la présente directive ne s'applique pas aux notaires qui sont nommés par acte officiel des pouvoirs publics », avec pour conséquence que les notaires nommés par un acte officiel des pouvoirs publics sont désormais exclus du champ d'application de la directive 2005/36/CE, vu les régimes spécifiques et divergents qui leur sont applicables dans les différents États membres en ce qui concerne l'accès à la profession et son exercice. Cette modification se lit donc comme un frein à la libre-circulation des notaires sur le plan européen également.

On peut donc légitimement questionner, à tout le moins ne pas tenir pour acquis, les réflexions complexes menées par la COMCO sur l'application analogique de l'ALCP et ses conséquences sur le notariat suisse, à tout le moins lorsque les notaires œuvrent dans le cadre de leur activité dite ministérielle.

Qui plus est, on notera que dans son arrêt du 27 avril 2023, *Viagogo AG*, aff. C-70/22 (EU :C :2023 :350), la CJUE a rappelé que selon le texte clair de l'art. 56 TFUE l'interdiction des restrictions à la prestation de services à l'intérieur de l'UE ne valaient qu'à l'égard « des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation » (voir points 32-33 et 40) ; l'application de l'ALCP au bénéfice de prestataires domiciliés en Suisse y est aussi exclue (voir en particulier point 34). Si l'on ajoute à cela le principe bien connu de l'interprétation autonome par les juridictions suisses des accords internationaux (y compris bilatéraux), force est de relativiser encore plus la portée de l'analyse « européenne » de la COMCO.

A l'examen de la documentation remise en annexe au courrier de l'OFJ, il faut enfin noter l'absence de réflexion sur deux points : d'une part, sur l'évaluation du risque de concentration de l'activité notariale au sein de grandes structures ; d'autre part, l'impact attendu d'une libre circulation des notaires sur les tarifs pratiqués tels qu'actuellement fixés par le droit cantonal (soit à Genève, par le RemNot).

Pour le surplus, des arguments déjà développés en 2013 – tels que l'existence de régimes cantonaux fondés sur des paradigmes fondamentalement différents (« étatiques » vs. « indépendants ») et l'absence d'harmonisation sur le modèle de la LLCA (qui repose largement sur le principe de l'indépendance de l'avocat) – sont toujours d'actualité 10 ans plus tard.

Au vu de ce qui précède, la recommandation 1 de la COMCO se fonde sur une prémisse juridiquement discutable et pose d'autres questions d'opportunité et de mise en œuvre. Elle ne semble, par ailleurs, pas emporter l'adhésion des milieux intéressés.

**Sur cette question, en l'état, la Faculté soutient le principe directeur 7.3.3.2 du Rapport.**

\* \* \*

En vous remerciant de l'attention portée à la présente, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

Prof. Irène Martin-Rivara  
Prof. Christian Bovet