



CH-3003 Berne, SPR, Joc

Direction de la justice, des affaires
communales et des affaires ecclésiastiques
du canton de Berne
Madame Evi Allemann
Conseillère d'Etat
Münstergasse 2
3000 Berne 8

Votre référence:
Notre référence: OM 47/19 – 431-1
Contact: J. Michel ; C. Josephides Dunand
Berne, le 12 avril 2019

Révision partielle de la loi sur le notariat (LN ; RSB 169.11) – Prise de position

Madame la Conseillère d'Etat,

Par courriel du 20 février dernier, nous avons reçu de M. Adrian Kneubühler la documentation relative à la révision partielle de la loi sur le notariat, ainsi que son invitation à nous prononcer d'ici le 17 avril 2019. Parallèlement, M. Kneubühler s'est engagé à nous soumettre dans un second temps le projet de révision de l'**ordonnance** sur les tarifs notariaux. Nous nous prononcerons ultérieurement sur ce projet de révision de l'ordonnance et sur les détails des nouveaux tarifs par une recommandation au sens de l'art. 14 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr).

A ce stade de la révision de la **loi sur le notariat**, nous émettons ci-après une **prise de position** basée sur la documentation dont nous avons pris connaissance avec intérêt.

1. Préalablement

Dans la perspective de notre recommandation ultérieure sur l'ordonnance sur les tarifs notariaux, nous tenons à rappeler que la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr) s'applique « aux accords en matière de concurrence au sens de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels et aux entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé » (art. 2 LSPr).

Selon le Tribunal fédéral, la notion de cartel et d'organisation analogue doit s'interpréter de manière large¹. Les émoluments des notaires s'inscrivent dans le cadre du notariat libre, domaine qui, selon le Tribunal fédéral, entre dans le champ d'intervention du Surveillant des prix : « Dans le système du

¹ ATF non publié du 7 juin 1995 sur les tarifs des notaires fribourgeois 2P.217/1993 – 2P.218/1993 p. 12.



notariat libre, le notaire exerce son activité sous sa responsabilité personnelle, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que ses services n'échappent pas à la loi sur la surveillance des prix »².

L'activité du notaire qui nous intéresse plus particulièrement est celle dite ministérielle, soit l'activité que le notaire exerce pour préparer, instrumenter et exécuter un acte. Cette activité est rémunérée par des émoluments. Les émoluments sont soumis aux principes de droit administratif, en particulier au principe de couverture des coûts et à celui d'équivalence³.

L'article 14 al. 1 1^{ère} phrase LSPr énonce clairement le principe : toute autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune qui fixe ou approuve des prix prend **au préalable** l'avis du Surveillant des prix. Selon l'article 14 al. 1 2^e phrase LSPr, le Surveillant des prix analyse les augmentations de prix, le maintien abusif de prix, voire les baisses de prix⁴. L'article 14 LSPr a notamment été instauré afin que les autorités compétentes prennent leurs décisions sur la base de l'avis du Surveillant des prix.

2. Au fond

Le Conseil-exécutif veut œuvrer pour concevoir les émoluments notariaux bernois de manière compétitive et les baisser, ce que nous saluons. Nous ne sommes toutefois pas d'accord avec tous les principes proposés pour concrétiser cette volonté, ce que nous détaillons ci-après.

a. Changement du système de tarification des activités notariales

Le Conseil-exécutif souhaite concevoir les émoluments des notaires sous une forme plus concurrentielle en passant d'un barème-cadre échelonné⁵ à un **émolument calculé en fonction du temps employé** pour établir des actes authentiques, selon un tarif horaire. L'article 52, al. 1, de la loi sur le notariat (LN) est modifié comme suit : « Les émoluments sont calculés **en fonction du temps employé** ». Ceci devrait permettre, selon le rapport explicatif, de faire baisser en moyenne les émoluments des notaires bernois, qui sont élevés en comparaison intercantonale⁶.

La mise en place d'un émolument selon le temps requis pour traiter l'affaire est de l'avis du Surveillant des prix **adéquat pour respecter le principe de causalité des coûts**. Le Surveillant des prix a par contre des exigences quant à la détermination de la hauteur du tarif, comme discuté ci-après, afin d'éviter que **le changement de système ne conduise à une hausse moyenne des émoluments des notaires**.

i. Fourchette et critères pour le tarif horaire (art. 52, al. 2 et 3, nouvelle LN)

Les nouveaux al. 2 et 3 de l'art. 52 mis en consultation **ne laissent pas le notaire libre** de déterminer la hauteur du tarif horaire de l'émolument. Le projet prévoit en effet une **fourchette** pour le tarif horaire

² ATF du 7 juin 1995, op. cit., p. 13.

³ Cf. E. Jeandin, Evolutions du droit notarial, SJ 2016 II p. 76-77.

⁴ Cf. J. Bonvin et O. Schaller, Commentaire romand, Droit de la concurrence, Helbing & Lichtenhahn 2013 no 24, p. 1764.

⁵ Les notaires appliquent l'émolument minimal, moyen ou maximal selon des critères fixés à l'article 52, alinéa 1 LN, sur l'ampleur du travail, l'importance de l'affaire, la responsabilité assumée ainsi que la capacité économique du client.

⁶ Voir les études du Surveillant des prix de 2007 et 2009 sur la comparaison intercantonale des émoluments des notaires, ainsi que le jugement du Tribunal administratif du 5 novembre 2014 (100.2013.232U), c. 4.1 (p. 14 s.)



à l'art. 52 al. 2 avec un tarif horaire minimal et maximal et des **critères à considérer pour fixer le tarif concret à l'intérieur de la fourchette** à l'al. 3⁷.

Le Surveillant des prix doute que cette mise en œuvre cadrée du tarif horaire aille dans le sens des interventions adoptées par le Grand Conseil et mène à une forme concurrentielle de l'émolument, ainsi qu'à sa baisse. Selon le rapport explicatif de la révision de la LN, page 5, le calcul concret des émoluments ne doit pas être laissé à la libre appréciation des parties, car, « du point de vue des principes constitutionnels relatifs aux taxes (dont le principe de la légalité), cela serait pour le moins délicat ». Par conséquent, le Conseil-exécutif n'entend pas interpréter de manière littérale les demandes exprimées dans les interventions (« fixer sans devoir fournir de justification les émoluments en-deçà du tarif minimum » ou « supprimer l'émolument minimal »).

Le Surveillant des prix réfute les arguments du Conseil-exécutif. Les cantons du Tessin et d'Argovie ont déjà introduit des éléments de concurrence dans leur loi sur le notariat et laissent les notaires décider de la hauteur concrète du tarif avec leurs clients. D'un côté, le Tessin a fixé un tarif maximal et non minimal, permettant une concurrence entre notaires. Contrairement à ce que le rapport de synthèse affirme à la page 16⁸, les notaires au Tessin se concurrencent sur la hauteur des émoluments⁹. Le canton d'Argovie quant à lui prévoit comme principe de base que « Vom Gebührentarif darf nach unten abgewichen werden » (art. 69 Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz (BeurG)). Bien que le canton d'Argovie détermine un émolument maximal (« Der Stundenansatz der Urkundsperson beträgt höchstens CHF 300.–. » selon l'art. 1, al. 1 Dekret über den Notariatstarif), il ne fixe néanmoins pas d'autres critères aux notaires pour déterminer le tarif. Le canton d'Argovie n'a pas non plus prévu de tarif horaire minimum. **Le Tribunal administratif argovien a en outre rejeté le recours interjeté par deux notaires conjointement avec l'association des notaires d'Argovie qui voulaient introduire un tarif minimal.** Il est donc tout à fait possible de laisser davantage de marge de manœuvre aux notaires et ainsi d'instaurer une concurrence.

Le Surveillant des prix est d'avis qu'une tarification plus concurrentielle n'est possible qu'en étant moins rigide et en **laissant les notaires fixer leur tarif selon leur coût, sans imposer de critères ou d'émolument minimum.** Les notaires avec davantage d'efficience et des coûts plus bas doivent pouvoir en faire profiter leur client et faire fonctionner la concurrence. Le notaire doit pouvoir déterminer librement

⁷ Selon l'al. 3 de l'art. 52 de la nouvelle LN: « A l'intérieur de la fourchette prévue pour le tarif horaire, l'émolument est fixé en fonction du temps employé pour le traitement de l'affaire mais aussi de l'importance de celle-ci ainsi que de la responsabilité assumée par le ou la notaire » Selon le document « Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den Regierungsrat zur Verordnung über die Notariatsgebühren (GebVN) », p. 3, pour le critère de l'importance de l'affaire, l'importance objective (par exemple la hauteur du prix d'achat) et subjective de l'affaire pour la partie intéressée sont déterminantes, ainsi que le caractère urgent de l'affaire. Déterminants pour le critère de responsabilité sont la complexité de l'affaire et les risques de responsabilité.

⁸ Selon le « Synthesebericht der Gesamtprojektleitung (GPL) - Vorbereitung der Revision des Notariatsgesetzes » du 13 novembre 2017, les émoluments des notaires au Tessin se dirigent dans la pratique vers l'émolument maximal. Aucune explication supplémentaire n'est apportée à cette affirmation, ni dans le rapport de synthèse, ni dans le rapport d'experts « Gebührensystem für das freiberufliche Notariat – Interkantonaler Vergleich, rechtliche Rahmenbedingungen und Hinweise zu den Motionen Bhend und Brönnimann aus juristischer Sicht » du 19 avril 2017.

⁹ L'émission tessinoise "Patti chari" de la RTSI du 2 mars 2012 a pu montrer qu'en demandant un devis à plusieurs notaires pour la même prestation (la vente d'un terrain d'une valeur de CHF 200'000.-), les montants demandés allaient d'un minimum de CHF 500.- à un maximum de CHF 3000.-, charges comprises.



son tarif horaire pour l'acte authentique et a l'obligation de le publier et de le mettre en évidence¹⁰. Le Surveillant des prix préconise par conséquent de conserver le tarif horaire maximum, mais de **supprimer le tarif horaire minimum (al. 2 de la nouvelle LN) et de ne pas instaurer de critères de fixation du tarif horaire (al. 3 de la nouvelle LN)**.

Le Surveillant des prix considère comme indispensable la publication par le Conseil-exécutif d'un **temps de travail de référence nécessaire à l'élaboration des actes notariés**¹¹. Il est en effet essentiel pour éviter une hausse des émoluments de déterminer à l'avance combien de temps prend une affaire standard. Sans référence à un temps de travail, il est plus difficile pour un client de faire jouer la concurrence et de contrôler sa facture. Ainsi, **la transparence essentielle à une comparaison des tarifs** est donnée par la publication des temps de travail, ce qui évite une surévaluation des heures par les notaires.

ii. Hauteur de l'émolument (art. 2a nouvelle OEmN)

Si le législateur bernois approuve l'al. 2 du projet de nouvelle LN et instaure ainsi une fourchette, la valeur de celle-ci sera déterminée par le Conseil-exécutif dans l'ordonnance sur les émoluments des notaires (OEmN; RSB 169.81) sur laquelle le Surveillant des prix sera formellement consulté dans une prochaine étape.

Le Surveillant des prix peut déjà mentionner que les fourchettes indiquées dans le rapport sur l'OEmN **sont beaucoup trop élevées**. Le Conseil-exécutif prévoit pour les juristes spécialisés une rémunération correspondant approximativement aux honoraires **des avocats spécialisés**, c'est-à-dire selon lui une fourchette comprise entre **CHF 250.- et 400.- de l'heure**. Selon le projet, le tarif minimal de CHF 250.- devrait être appliqué aux affaires vraiment simples, un tarif moyen entre les deux, aux alentours des CHF 325.-, devrait être appliqué aux affaires « moyennes », et un tarif horaire plus élevé serait justifié pour les actes authentiques présentant une grande complexité ou les affaires dont la valeur commerciale est élevée. Seul l'art 30, al. 2 de l'OEmN en vigueur depuis 2006 mentionne un émolument à caractère subsidiaire calculé en fonction du temps employé. Il se situe à CHF 230.- de l'heure au plus. **Le nouveau projet prévoit donc un émolument minimal plus élevé que l'émolument maximal actuel**, ce qui n'est pas acceptable.

En outre, pour comparaison, **le tarif horaire maximal du canton d'Argovie est de CHF 300.-**, soit CHF 100.- de moins que le tarif « maximal » prévu à Berne. D'autres comparaisons peuvent être prises pour démontrer que la fourchette prévue est trop élevée. Le tarif horaire de base prévu dans le « Tarif de l'Ordre des Avocats Valaisans (TOAV) » est de CHF 230.-. Dans le canton de Fribourg, le tarif horaire de base de la rémunération de l'avocat ou de l'avocate est de CHF 250.- (voir l'art. 65 ou 75a du règlement sur la justice, RSF 130.11). Dans le canton du Jura, l'« Ordonnance fixant le tarif des honoraires d'avocat » prévoit à l'art. 7 un tarif horaire pour l'activité d'un avocat indépendant de CHF

¹⁰ L'obligation d'indiquer les prix s'applique à toutes les personnes fournissant des prestations de notariat selon l'Ordonnance sur l'indication des prix, voir la brochure du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) : « Indication des prix des prestations de notariat ».

¹¹ Voir comme exemple le système de tarification des prestations médicales « TARMED ».



270.-. A Lucerne, le tarif horaire de base se monte entre CHF 180.- et 300.- selon les principes de rémunération de l'association des notaires lucernois¹².

En l'espèce, le tarif horaire prévu est beaucoup trop élevé et risque d'entraîner une hausse des émoluments. Non seulement il est trop élevé en comparaison avec le tarif des avocats, comme discuté ci-dessus, mais en outre, selon le Surveillant des prix, **le tarif des notaires devrait être plus bas que celui des avocats spécialisés**. L'activité des notaires relève du droit notarial et consiste à établir des actes authentiques, authentifier des documents et renseigner les parties. Il s'agit d'appliquer des processus décrits et connus dans la loi. Le processus et le produit final de l'activité notariale sont fortement prédéfinis et souvent standardisés. Ceci n'est pas comparable avec l'activité des avocats spécialisés, qui doivent analyser et défendre des cas spécifiques et faire preuve de créativité et de capacité à plaider.

Finalement, une comparaison des émoluments des notaires avec les émoluments exigés par la Commission de la concurrence (COMCO) peut être effectuée, dans la mesure où il s'agit dans les deux cas de travaux juridiques et que l'émolument de la COMCO est également calculé en fonction du temps consacré à l'affaire. Cette comparaison démontre encore une fois que la fourchette prévue est surélevée. Bien que l'Ordonnance relative aux émoluments selon la loi sur les cartels prévoit un émolument qui varie entre CHF 100.- et 400.- l'heure (art. 4), dans la pratique, des tarifs horaires de CHF 130.-, CHF 200.- ou CHF 290.- sont facturés (voir les recueils de décision « Droit et politique de la concurrence en pratique (DPC) »). **Le tarif horaire de CHF 200.- est de loin l'émolument le plus appliqué dans les affaires de la COMCO.**

Par conséquent, le Surveillant des prix est d'avis que **le tarif horaire prévu est trop élevé**, en d'autres termes que **le changement de système peut conduire à une hausse des émoluments moyens des notaires**.

Il considère qu'une **étude supplémentaire** sur les effets du passage au tarif horaire sur la hauteur des émoluments par acte doit être effectuée. Il convient en effet de déterminer quelle hauteur de tarif horaire amène véritablement à une baisse moyenne des émoluments, et de donner une estimation des émoluments auxquels les clients bernois peuvent s'attendre pour chaque type d'actes.

iii. Actes authentiques particuliers

L'OEmN en vigueur depuis 2006 prévoit un émolument minimal pour certains actes allant de CHF 20.- à CHF 200.-¹³. Le nouveau projet ne prévoit pas de tarification distincte fixe pour certains actes. Ainsi, il se peut qu'une légalisation de signature coûte jusqu'à CHF 400.- selon le projet, au lieu de CHF 20.- au minimum actuellement. Le Surveillant des prix constate que le canton d'Argovie a prévu à l'art. 70 de sa loi des émoluments fixes pour les légalisations¹⁴. Le Surveillant des prix propose **d'étudier les**

¹² Voir : <https://www.lav.ch/de/verband/verguetungsgrundsaeetze>

¹³ L'OEmN en vigueur prévoit un émolument minimal de CHF 20.- à l'art. 27 (légalisation d'une signature), de CHF 30.- à l'art. 29 (autres expéditions), de CHF 50.- à l'art. 26 (autres actes authentiques de constatation), de CHF 100.- à l'art. 17 (servitude) et de CHF 200.- aux art. 12, 18, 23, 25 (par exemple pour l'authentification d'un certificat d'héritier ou pour la constatation du transfert d'un immeuble).

¹⁴ Selon le « Dekret über den Notariatsstarif », art. 6, les émoluments fixes pour la légalisation d'une signature ou d'une traduction se montent à CHF 20.-, pour la légalisation de copie entre CHF 1.- et CHF 10.-.



conséquences d'une tarification horaire pour ce type d'acte et au besoin de prévoir une tarification fixe pour certains cas.

b. Oser un premier pas vers la libre circulation des notaires et des actes authentiques

La présente révision partielle de la loi sur le notariat est due à deux interventions que le Grand Conseil a adoptées en novembre 2015¹⁵. Elles demandent pour l'essentiel que les émoluments des notaires soient conçus sous une forme plus concurrentielle.

La meilleure façon d'instaurer de la concurrence entre les notaires serait d'autoriser la libre circulation des notaires et des actes authentiques. En supprimant le protectionnisme cantonal, les clients auraient une liberté bien plus grande quant au choix du notaire, et pourraient décider selon le prix de la prestation. La reconnaissance intercantonale est aujourd'hui d'ailleurs déjà largement incontestée pour les affaires qui ne concernent pas les immeubles. D'ailleurs, en 2013 déjà, la Commission de la concurrence (COMCO) a recommandé aux cantons la libre circulation des notaires et la création de bases permettant la reconnaissance des actes authentiques en matière immobilière instrumentés dans un autre canton¹⁶. La question de la reconnaissance intercantonale («libre circulation») des actes authentiques en matière d'affaires immobilières est discutée par le Conseil fédéral depuis 2012 déjà et constitue désormais la seconde étape d'un processus de numérisation des actes authentiques et de la légalisation actuellement en cours¹⁷.

La présente révision entend cependant volontairement ne rien modifier aux règles de la libre circulation entre les cantons des actes authentiques. Ainsi, les actes juridiques destinés à créer ou à modifier des droits réels concernant des immeubles bernois ne pourront toujours pas être authentifiés par un notaire hors du canton de Berne. **Un premier pas vers la libre circulation des actes authentiques** devrait néanmoins être étudié, par exemple en prévoyant la reconnaissance des actes établis dans d'autres cantons qui assureraient la réciprocité. Les **recommandations de la COMCO**¹⁸ devraient également être davantage respectées.

¹⁵ A savoir la Motion Patric Bhend (M 113-2015), «Baisse du tarif des notaires», dont la demande était la suivante: «Le Conseil-exécutif est chargé d'adapter l'article 52 de la loi sur le notariat pour que les notaires puissent à tout moment et sans devoir fournir de justification fixer leurs émoluments en-deçà du tarif minimum.», ainsi que la Motion Thomas Brönnimann (M 138-2015), «Révision de la loi sur le notariat», qui charge le Conseil-exécutif de soumettre un projet de révision de la loi sur le notariat (LN) au Grand Conseil, et de a. Moderniser les bases légales pour faciliter la gestion électronique des dossiers. b. Supprimer l'émolument minimal. c. Autoriser les études notariales à se constituer en société anonyme ou en étude en communauté. d. Accroître de manière générale l'autonomie d'organisation des notaires. e. Mieux tenir compte du temps investi dans la détermination des émoluments perçus pour les actes.

¹⁶ Cf. Recommandation de la Commission de la concurrence du 23 septembre 2013 à l'intention des cantons et du Conseil fédéral concernant la libre circulation des notaires et des actes authentiques – 614-0002, p. 23.

¹⁷ Cf. Rapport explicatif et avant-projet de modification du Code civil suisse du Département fédéral de justice et police DFJP, 2012, et communiqué du Conseil fédéral du 25.05.2016 « Pour des actes authentiques sous forme électronique ».

¹⁸ Cf. Recommandation de la Commission de la concurrence du 23 septembre 2013 à l'intention des cantons et du Conseil fédéral concernant la libre circulation des notaires et des actes authentiques – 614-0002, p. 23.



3. Prise de position du Surveillant des prix sur le projet de nouvelle Loi sur le notariat

Au vu de ce qui précède, le Surveillant des prix propose :

- d'évaluer les effets du passage au tarif horaire sur la hauteur des émoluments par acte et quels tarifs maxima amènent à une baisse des émoluments moyens.
- en cas de mise en œuvre du projet de tarification en fonction du temps employé (art. 52, al. 1 LN):
 - de baisser fortement la hauteur du tarif horaire maximal (art. 2a OEmN)
 - de supprimer le tarif horaire minimal (art. 52, al. 2 LN)
 - de supprimer les critères de fixation du tarif horaire (art. 52, al. 3 LN)
 - de publier le temps de référence nécessaire à l'élaboration des actes notariés
 - d'étudier les conséquences d'une tarification horaire pour les actes tels que les légalisations et au besoin de prévoir une tarification fixe pour certains cas.
- de faire un premier pas vers la libre circulation des notaires et des actes authentiques.

En vous remerciant de l'intérêt que vous voudrez bien donner à la présente et dans l'attente de vos nouvelles, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère d'Etat, à l'assurance de notre parfaite considération.


Stefan Meierhans
Surveillant des prix