

FR_GERICHTE 601 2024 58 vom 31. März 2025

FR Kantonsgericht, 2025-03-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_601_2024_58

FR: FR_GERICHTE 601 2024 58 du 31 mars 2025

IT: FR_GERICHTE 601 2024 58 del 31 marzo 2025

Regeste

Arrêt de la Ie Cour administrative du Tribunal cantonal | Anwälte, Notare

Erwägungen

E. 20

septembre 1967 sur le notariat (RN). Le 5 décembre 2022, la Commission du notariat a informé les précités que l'examen de leur requête du 13 octobre 2022 était suspendu jusqu'à droit connu. Par ordonnance du 28 février 2023, entrée en vigueur le 1er mai 2023, le Conseil d'Etat a introduit un nouvel art. 1a dans le RN permettant à la Commission du notariat d'édicter, par voie de directives, la procédure d'autorisation d'exploiter une étude de notaire sous forme commerciale et les exigences à remplir pour assurer l'indépendance structurelle du notaire. Le 5 avril 2023, ladite Commission a modifié sa précédente Directive du 10 juin 2022 (désormais: Directive du 5 avril 2023) en y insérant notamment un nouvel art. 5 prévoyant que, lorsque la raison sociale de la société contient le nom d'un notaire, ce dernier doit être au bénéfice d'une patente et administrateur ou gérant de la société. L'entrée en vigueur de la Directive du 5 avril 2023, qui ne comprend aucune disposition transitoire, a été fixée au 1er mai 2023. C. Par courrier du 25 avril 2023, la Commission du notariat a informé les précités que leur requête du 13 octobre 2022 allait être traitée lors de sa séance du 15 mai 2023. En sus, la Directive du 5 avril 2023 était jointe au courrier et ils ont été invités à compléter, respectivement rectifier, leur requête d'autorisation au vu, notamment, du nouvel art. 5 de ladite directive. Le même jour, Me A._____ et Me B._____ se sont adressés à la Commission du notariat en faisant part de leur étonnement quant à la nouvelle condition relative à la raison sociale des études

Tribunal cantonal TC Page 3 de 18 de notaires, soutenant que cette condition était contraire au droit fédéral, en particulier aux directives édictées par l'Office fédéral du registre du commerce. Ils ont requis la reconsidération de l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 avant de traiter leur requête. Le 2 mai 2023, la Commission du notariat a refusé de procéder ainsi, justifiant tant le bien-fondé de sa directive que sa compétence pour l'adopter. Le 4 septembre 2023, les précités ont à nouveau sollicité de la Commission du notariat la reconsidération de l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023. A l'appui de leur requête, ils ont produit un avis de droit du 14 août 2023 émanant de F._____, à G._____, qui conclut que l'art. 5 de ladite directive ne repose sur aucune base légale valable, ne répond à aucun intérêt public légitime et viole la réglementation fédérale relative à la formation des raisons de commerce. Le 5 octobre 2023, ladite Commission leur a annoncé qu'elle approfondirait certains aspects de l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 et reprendrait le traitement de leur requête le 26 février 2024. Par décision du 26 février 2024, notifiée le 21 mars 2024, l'autorité intimée a rejeté la requête d'autorisation d'inscription de la raison sociale "E._____ SA" au registre du commerce. D. Le 6 mai 2024, Me A._____ et

Me B. _____ interjetent recours contre la décision du 26 février 2024 auprès du Tribunal cantonal en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et, principalement, à l'octroi d'une autorisation d'exploiter une étude de notaires sous la raison sociale "E. _____ SA" et, subsidiairement, au renvoi de l'affaire à la Commission du notariat avec instruction d'accorder une telle autorisation. À l'appui de leur recours, ils allèguent une violation de leur droit d'être entendu, des principes du droit intertemporel, et ils estiment que les art. 1a RN et 5 de la Directive du 5 avril 2023 sont contraires au droit fédéral. Dans ses observations du 25 juin 2024, l'autorité intimée conclut au rejet du recours. Elle se défend d'avoir violé les principes du droit intertemporel en faisant traîner la procédure d'autorisation, assurant au contraire avoir fait preuve de toute la célérité requise. Elle indique également bénéficiaire d'une délégation législative valable pour édicter la directive litigieuse, qui est du reste conforme au droit fédéral. Dans leurs contre-observations du 5 août 2024, les recourants précisent leurs griefs et maintiennent les conclusions prises dans leur mémoire de recours. Dans ses ultimes remarques du 23 août 2024, l'autorité intimée se réfère à ses observations du

E. 25

juin 2024. Il sera fait état des arguments développés par ces dernières à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige. en droit 1. Interjeté le 6 mai 2024 contre une décision de la Commission du notariat notifiée le 21 mars 2024, le recours a été déposé dans le délai légal, compte tenu des fêtes pascales (art. 30 al. 1 let. a du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA; RSF 150.1),

Tribunal cantonal TC Page 4 de 18 et les formes prescrits (art. 79 ss CPJA) par les destinataires de la décision attaquée (art. 76 let. a CPJA) auprès de l'autorité compétente (art. 114 al. 1 let. a CPJA). L'avance des frais de procédure ayant en outre été versée en temps utile (art. 128 al. 2 CPJA), le recours est recevable et la Cour de céans peut en examiner les mérites. 2. Selon l'art. 77 al. 1 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, dans la mesure où aucune des situations prévues aux let. a à c de l'art. 78 al. 2 CPJA n'est réalisée, la Cour de céans ne peut pas, dans le cas particulier, revoir l'opportunité de la décision de refus d'autoriser l'inscription de la raison sociale concernée au registre du commerce. 3. Dans un premier grief d'ordre formel, les recourants se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendus sous l'angle d'un défaut de motivation. 3.1. Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) et les art. 57 ss CPJA, implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à cette exigence, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 148 III 30 consid. 3.1; 139 IV 179 consid. 2.2; arrêt TF 1C_415/2022 du 11 juin 2024 consid. 4.1). La motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1). Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la

violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.2). 3.2. En l'espèce, l'autorité intimée a expressément indiqué les bases légales sur lesquelles était fondée sa décision du 26 février 2024, à savoir, notamment, l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023, qu'elle a reproduit. Elle a précisé que cet article poursuivait un but d'intérêt public et visait à protéger les parties, car les notaires étaient des officiers publics soumis à un devoir d'informer de manière transparente et véridique. Elle a ensuite relevé qu'en l'espèce, la raison sociale envisagée, à savoir "E. _____ SA", contenait le nom de Me D. _____, qui avait mis fin à son activité professionnelle en décembre 2022 et n'était ni administratrice, ni gérante de la société. Dès lors, elle a estimé que la condition fixée par l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023, dont le texte était clair, n'était pas remplie et, partant, a rejeté la requête d'autorisation des recourants. De l'avis de la Cour, la décision attaquée satisfait aux exigences de motivation posées par la jurisprudence. En effet, elle mentionne les faits pertinents, présente le déroulement de la procédure, expose les bases légales applicables et énonce clairement les raisons ayant justifié le refus de l'autorisation d'exploiter l'étude de notaires des recourants sous la raison sociale envisagée. N'en déplaît aux intéressés, l'autorité intimée n'était pas tenue d'examiner tous les arguments et moyens de preuves proposés, dont l'avis de droit produit par ces derniers qui conclut à la non-conformité au

Tribunal cantonal TC Page 5 de 18 droit fédéral de l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023. En effet, en mentionnant expressément qu'elle fondait sa décision sur ledit article, l'autorité intimée a implicitement écarté les arguments formulés en ce sens par les recourants, ce que ces derniers ont du reste bien compris puisqu'ils ont été en mesure d'interjeter un recours principalement motivé par la non-conformité au droit fédéral de ladite directive. Partant, ce grief, mal fondé, est rejeté. 4. La requête d'autorisation des recourants, déposée le 13 octobre 2022 sous l'égide de la Directive du 10 juin 2022, a été rejetée le 24 février 2024 en application de la nouvelle Directive du 5 avril 2023. Se pose dès lors la question, préalable à l'examen au fond du litige et contestée entre les parties, du droit applicable à la cause. 4.1. Selon les principes généraux du droit intertemporel, en l'absence de dispositions transitoires, le droit matériel applicable est en principe celui en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (cf. ATF 146 V 364 consid. 7.1; 140 V 41 consid. 6.3.1; arrêt TF 2C_690/2023 du 4 juin 2024 consid. 5.1). Liée aux principes de sécurité et de prévisibilité du droit (art. 5 al. 1 Cst.), l'interdiction de la rétroactivité des lois résulte du droit à l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi (9 Cst.). L'interdiction de la rétroactivité (proprement dite) fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur (ATF 147 V 156 consid. 7.2.1), car les personnes concernées ne pouvaient, au moment où ces faits se sont déroulés, connaître les conséquences juridiques découlant de ces faits et se déterminer en connaissance de cause (cf. ATF 144 I 81 consid. 4.2; arrêt TF 2C_690/2023 du 4 juin 2024 consid. 5.1). 4.2. Cependant, en cas de modification législative intervenue durant la procédure devant l'autorité administrative, en particulier en ce qui concerne les autorisations faisant suite à une requête, le droit applicable est en principe celui qui est en vigueur au moment où la décision est prise. Dès lors que cette décision vise à régler un comportement futur, il n'y a pas de raison, en tout cas sous l'angle de l'intérêt public, de ne pas appliquer le droit en vigueur au moment où la légalité de cette requête se pose (cf. ATF 139 II 243, consid. 11; 139 II 263 consid. 6; arrêt TAF F-1737/2017 du 22 janvier 2019 et références; arrêt TC FR 601 2019 154 du 27 janvier 2020). Il faut néanmoins réserver l'application du

principe de la bonne foi, valant pour l'ensemble de l'activité étatique et exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., selon lequel l'administration et les administrés doivent se comporter réciproquement de manière loyale. Eu égard à l'administration, il ressort notamment de ce principe que, d'une part, elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part, et, d'autre part, elle doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré (cf. ATF 138 I 49 consid. 8.3; 129 I 161 consid. 4). 4.2.1. Eu égard au premier volet de la protection du principe de la bonne foi, la jurisprudence a précisé que l'autorité ne peut pas retarder volontairement l'instruction d'un dossier ou se prévaloir d'une instruction qui, sans la faute de l'administré, a pris plus de temps qu'il ne serait raisonnablement nécessaire (cf. ATF 139 II 263 consid. 8.2). Il en va de même lorsque l'autorité retarde indûment sa décision afin de mettre elle-même sur pied de nouvelles dispositions légales ou réglementaires (cf. ATF 95 I 123 consid. 4a; 87 Ib 507 consid. 5). Dans de telles circonstances,

Tribunal cantonal TC Page 6 de 18 l'administré pourra alors demander l'application de l'ancien droit à sa cause, sous réserve de l'existence d'un intérêt public prépondérant imposant une application de la nouvelle loi (cf. ATF 139 II 263 consid. 8.2; voir aussi l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ATA/1199/2023 du 7 novembre 2023 consid. 4.1). Un tel intérêt public a notamment été reconnu lorsque les nouvelles dispositions légales visaient la protection du milieu vital de l'homme (ATF 119 Ib 174 consid. 3; 112 Ib 39 consid. 1c). 4.2.2. Le second volet du principe de la bonne foi prohibe les comportements contradictoires et postule, en substance, qu'une même autorité ne doit pas, par rapport à une même personne, exprimer des opinions divergentes ou se comporter de manière différente dans des affaires semblables (cf. ATF 143 IV 117 consid. 3.2; 136 I 254 consid. 5.2 ; arrêt du TF 2C_879/2008 du 20 avril 2009 consid. 7.2). Lorsqu'un administré entend se fonder sur un prétendu comportement contradictoire d'une autorité, la jurisprudence précise que les assurances ou les renseignements erronés donnés par les autorités ne lui confèrent des droits que lorsque les cinq conditions cumulatives suivantes sont remplies: (1) l'autorité a agi dans un cas concret et vis-à-vis d'une personne déterminée, (2) l'autorité était compétente ou censée l'être, (3) le particulier ne pouvait se rendre immédiatement compte de l'inexactitude ou de l'illégalité de l'assurance qui lui a été fournie et (4) a en outre pris sur cette base des mesures dont la modification lui serait préjudiciable; enfin, (5) la législation applicable ne doit pas avoir été modifiée entre le moment où l'information en cause a été donnée et celui où le principe de la bonne foi a été invoqué (cf. parmi d'autres ATF 141 V 530 consid. 6.2; 137 I 69 consid. 2.5.1). 4.3. En l'espèce, l'autorisation sollicitée fait suite à une requête des recourants datée du 13 octobre 2022, de sorte que le droit applicable est en principe celui en vigueur lorsque la décision attaquée est rendue. Datée du 26 février 2024, ladite décision a été adoptée à un moment où la Directive du 5 avril 2023, entrée en vigueur le 1er mai 2023 et ne prévoyant pas de dispositions transitoires, était pleinement applicable. Encore faut-il que l'application de cette directive ne se heurte pas aux deux volets susmentionnés du principe de la bonne foi, ce que les recourants contestent. 4.3.1. Eu égard au premier volet du principe de la bonne foi, la Cour de céans estime que les intéressés ne peuvent être suivis lorsqu'ils allèguent que, n'ayant pas obtenu de nouvelles de leur requête du 13 octobre 2022 avant le 25 avril 2023, soit durant près de six mois, l'autorité intimée aurait sciemment "fait traî[î]ner la procédure [...] pour pouvoir édicter la nouvelle règle consacrée à l'article 5 de la Directive du 5 avril 2023". Il ressort en effet du dossier que, par courrier du 5 décembre 2022 (dossier de l'autorité intimée, pièce 12), l'autorité intimée a suspendu le traitement de leur requête du 13 octobre

2022 jusqu'à droit connu et qu'elle leur en a communiqué les motifs. À la suite de cette décision incidente (sur la nature incidente d'une telle décision, cf. arrêt TF 2C_908/2020 du 23 mars 2021 consid. 1.2.1), qui n'a du reste pas été contestée par les recourants (cf. art. 120 al. 2 CPJA), le traitement de leur requête a finalement repris le 25 avril 2023, soit à peine quatre mois plus tard. Aucun retard indu dans le traitement de leur requête ne saurait donc être retenu. Par ailleurs, on ne saurait non plus reprocher à l'autorité intimée un quelconque comportement déloyal dans le traitement de la requête des intéressés. En effet, la possibilité de suspendre une procédure administrative est explicitement prévue à l'art. 42 al. 1 let. a CPJA. Selon cette disposition potestative ("Kannvorschrift"), l'autorité peut suspendre une procédure pour de justes motifs, notamment lorsque la décision à prendre dépend de l'issue d'une autre procédure ou pourrait s'en trouver influencée d'une manière déterminante. Cette disposition ménage ainsi une grande liberté

Tribunal cantonal TC Page 7 de 18 d'appréciation à l'autorité (cf. arrêts TF 2C_71/2023 du 3 août 2023 consid. 7.2; TC FR 601 2016 46 du 8 avril 2016 consid. 2b). En l'espèce, la suspension du traitement de la requête des intéressés visait à lever des doutes sur la validité de la base légale sur laquelle les recourants avaient fondé leur requête. Or, l'autorité intimée était légalement tenue de procéder au contrôle de la validité de cette base légale, conformément à l'art. 10 al. 2 et 3 CPJA. Selon cette disposition, l'autorité contrôle, d'office ou sur requête, la validité des dispositions applicables au cas d'espèce et elle n'applique pas celles contraires au droit fédéral ou à un acte législatif cantonal de rang supérieur (cf. arrêt TC FR 601 2019 51 du 8 juillet 2019 consid. 5.2). De l'avis de la Cour, dès lors que la validité (ou non) de la Directive du 10 juin 2022 influençait directement l'issue de la requête des intéressés, la décision de l'autorité intimée de suspendre son traitement puis celle, a fortiori, de la traiter à l'aune de la nouvelle Directive du 5 avril 2023, repose sur un juste motif et ne saurait donc constituer un comportement déloyal. 4.3.2. Enfin, eu égard au second volet du principe de la bonne foi, la Cour ne distingue en l'espèce aucune promesse ni assurance formulée par l'autorité intimée à l'attention des recourants qui leur garantirait l'obtention de l'autorisation requise, respectivement que la Directive du 10 juin 2022 ne serait pas modifiée, et les intéressés ne le prétendent pas non plus. Il ne ressort en particulier pas du dossier que leurs démarches en vue de la constitution de leur société commerciale – d'ailleurs toutes préalables à la première prise de contact avec la Commission du notariat – aient été entreprises sur un tel fondement. Par ailleurs, vu la décision incidente du 5 décembre 2022 suspendant le traitement de leur requête et sa motivation claire, on peine à se convaincre que les recourants aient pu développer une espérance légitime que le contenu de la directive litigieuse ne serait aucunement modifié. Or, force est de rappeler qu'à défaut de telle promesse, le principe de la bonne foi n'accorde aucune protection contre une modification législative, les administrés devant par ailleurs compter avec la possibilité d'un changement de législation (cf. ATF 123 II 385 consid. 10 et références citées; arrêt TF 2C_507/2011 du 16 janvier 2012 consid. 9.3). 4.4. Au vu de ce qui précède, la Cour retient que c'est à bon droit et dans le respect du principe de la bonne foi que l'autorité intimée a appliqué la Directive du 5 avril 2023 au cas d'espèce. 5. Sur le fond, les recourants se prévalent d'abord de l'inconstitutionnalité de l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 à deux égards. 5.1. En vertu de l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023, si la raison sociale contient le nom d'un notaire, celui-ci doit être au bénéfice d'une patente délivrée par l'Etat de Fribourg et être administrateur ou gérant de la société (al. 1). Dans le cas où le notaire renonce à sa patente, décède ou serait privé de sa patente, la raison sociale devra être adaptée en conséquence (al. 2). 5.2. Selon de l'art. 49 al. 1 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal

qui lui est contraire. Il ressort du principe de la primauté du droit fédéral ancré dans cette disposition que les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral (cf. ATF 150 I 120 consid. 4.2). Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation (cf. ATF 150 I 120 consid. 4.2; 143 I 109 consid. 4.2.2; 143 I 403 consid. 7.1 et la jurisprudence citée). Cela concerne en particulier les règles de droit public cantonal qui sont en concours avec le droit civil fédéral, dans leurs rapports avec ce droit; de telles règles, que les cantons peuvent édicter en vertu

Tribunal cantonal TC Page 8 de 18 de l'art. 6 CC, ne sont admissibles qu'à la triple condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de manière exhaustive, que les règles cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et, enfin, qu'elles n'éludent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit civil fédéral (ATF 131 I 333 consid. 2.1; 130 I 169 consid. 2.2; 129 I 330 consid. 3.1 et les arrêts cités). L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral (ATF 150 I 120 consid. 4.2; 143 I 403 consid. 7.1). Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complémentives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (ATF 150 I 120 consid. 4.2 et les arrêts cités).

6. Dans un premier temps, les recourants estiment que l'inconstitutionnalité de l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 découle du fait que les cantons n'ont plus de compétence pour légiférer en matière de raison sociale. Selon eux, le législateur aurait réglé la formation des raisons sociales de manière exhaustive à l'art. 944 CO, de sorte que les cantons ne peuvent plus adopter de critères supplémentaires dans ce domaine. Pour sa part, l'autorité intimée estime que l'art. 55 du Titre final du CC – qui réserve la compétence des cantons pour déterminer les modalités de la forme authentique – et les délégations de compétences en sa faveur figurant dans le droit cantonal l'y autorisent.

6.1. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de droit civil, dans lequel s'inscrivent tant la raison sociale des sociétés commerciales que l'activité d'instrumentation des notaires, résulte de l'art. 122 al. 1 Cst. Selon cette disposition, la législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération. Cette compétence fédérale en matière de droit civil est de nature concurrente à celle des cantons. Ainsi, lorsque la Confédération a légiféré dans un domaine du droit civil, les cantons ne peuvent légiférer dans ce domaine que sur la base d'une restitution de leur compétence législative (art. 5 CC; cf. PIOTET, CR Cst., 2021, art. 122 Cst., ch. 31; GÖKSU BSK BV, 2015, ad. art. 122, ch. 3). Sur la base de cette disposition constitutionnelle, le législateur fédéral a adopté en particulier le CC et le CO, dans le but de codifier l'ensemble du droit civil (cf. ATF 143 I 403 consid. 7.3.1).

6.2. En l'espèce, il s'agit d'abord d'examiner si les deux dispositions de droit privé fédéral invoquées par les parties, à savoir les art. 944 CO et 55 Titre final du CC, permettent ou non aux cantons de légiférer en matière de raison sociale de sociétés commerciales ayant pour but l'exercice de l'activité de notaire.

6.2.1. L'art. 55 al. 1 Titre final du CC prévoit que les cantons déterminent pour leurs territoires les modalités de la forme authentique. Selon la jurisprudence, il ressort de cette disposition que la notion de "forme authentique" – à savoir les cas dans lesquels la forme authentique est

exigée, son contenu ou encore les effets de l'acte authentique – relève du droit privé fédéral (cf. ATF 113 II 402 consid. 2), tandis que les cantons ont une compétence étendue pour régler, notamment, les conditions relatives à l'exercice de l'activité

Tribunal cantonal TC Page 9 de 18 des personnes légitimées à instrumenter des actes authentiques, leurs tâches, leurs obligations professionnelles, leur surveillance, ainsi que les émoluments (ATF 133 I 259 consid. 2.1; 131 II 639 consid. 6.1; arrêt TF 2C_507/2011 du 16 janvier 2012 consid. 7.2.1). L'activité ministérielle du notaire est ainsi une tâche officielle qui relève du droit public (arrêt TF 4A_337/2018 du 9 mai 2019 consid. 3.1.1), plus précisément du droit public cantonal. Il s'agit donc d'une compétence déléguée obligatoire en faveur des cantons (cf. MALINVERNI, *Le droit comparé dans le contexte fédéral suisse*, Revue internationale de droit comparé, 1988, pp. 583-607, p. 594). 6.2.2. L'art. 944 al. 1 CO prévoit que toute raison de commerce peut contenir, outre les éléments essentiels prescrits par la loi, des précisions sur les personnes y mentionnées, des indications sur la nature de l'entreprise, ou un nom de fantaisie, pourvu qu'elle soit conforme à la vérité, ne puisse induire en erreur et ne lèse aucun intérêt public. Selon la jurisprudence, les dispositions du droit des sociétés du CO (art. 944-956 CO) ne constituent pas une réglementation exhaustive de droit privé fédéral (ATF 116 Ia 345 consid. 6b/bb et références). Il est ainsi possible de soumettre l'utilisation d'une raison sociale d'une entreprise à des restrictions de droit public cantonal ou communal (ATF 116 Ia 345 consid. 6b/bb). Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a notamment précisé que l'art. 944 CO n'empêchait pas les cantons d'adopter une législation visant à soumettre à autorisation l'utilisation, dans les raisons sociales, d'un terme (p. ex. "Université") qui pourrait créer un risque de confusion – ou nuire à la crédibilité ou la réputation – d'un établissement relevant de sa souveraineté territoriale (cf. ATF 128 I 19 consid. 2c in fine). De telles restrictions ne doivent cependant pas rendre pratiquement impossibles pour une entreprise l'utilisation de sa raison sociale du fait de prescriptions de droit public, respectivement compliquer de manière significative l'application du droit privé fédéral, sous peine de vider les règles du droit des sociétés de leur substance (cf. ATF 116 Ia 345 consid. 6b/bb; 114 Ia 356 consid. 4a et références). 6.3. En l'espèce, l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 fixe des exigences quant à la raison sociale des sociétés commerciales ayant pour but l'exercice de l'activité de notaire. Il en ressort qu'en cas de mention du patronyme d'un notaire dans ladite raison sociale, ce dernier doit nécessairement être patenté et être administrateur ou gérant de la société. De l'avis de la Cour, de telles exigences concernent directement les modalités d'exercice de l'activité de notaire, de sorte qu'elles s'inscrivent dans la large compétence déléguée aux cantons par l'art. 55 du Titre final du CC, tel qu'interprété par la jurisprudence précitée. Par ailleurs, quoiqu'en dise les recourants, l'art. 944 CO énonce uniquement les principes généraux à respecter lors de la formation des raisons de commerce; la jurisprudence rendue en application de cette disposition précise en outre clairement qu'il ne vise pas à régir de façon exhaustive la formation des raisons de commerce. Dès lors, les cantons demeurent habilités, sur le principe, à édicter des dispositions de droit public cantonal soumettant la formation des raisons sociales de sociétés commerciales portant sur l'activité de notaires au respect de certaines conditions. Partant, l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 ne viole pas, sur le principe, les dispositions régissant la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. 7. Cela étant, encore faut-il examiner si l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 respecte les conditions matérielles auxquelles sont soumises les législations cantonales de droit public adoptées concurremment à des dispositions de droit privé fédéral (cf. supra consid. 5.2). Sur ce point, les

Tribunal cantonal TC Page 10 de 18

recourants se prévalent de l'inconstitutionnalité de cette disposition, qui ne se justifierait par aucun intérêt public pertinent, violerait le sens et l'esprit de l'art. 944 CO et en compromettrait la réalisation. 7.1. Eu égard à la condition de l'intérêt public pertinent de la disposition litigieuse, l'autorité intimée a indiqué que l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 visait à concrétiser le devoir du notaire "d'informer de manière transparente et véridique" (décision attaquée, p. 2). Elle a précisé que, les notaires étant des "officiers publics investis d'une parcelle de la puissance publique", il s'agit de "ne pas induire en erreur le public sur le ou les notaires dirigeant une étude" (détermination du 25 juin 2024, p. 3). Dans le préambule de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 28 février 2023 introduisant l'art. 1a RN (ROF 2023_028), qui constitue l'une des bases légales sur lesquelles la Directive litigieuse a été adoptée, il est en outre précisé que l'autorisation de la Commission du notariat vise à "assurer que l'indépendance structurelle du notaire est garantie". 7.1.1. En l'espèce, il ne saurait être nié que le notaire exerce des actes de puissance publique et, dans le cadre de ces derniers, qu'il se trouve dans une relation avec le public et ses clients qui relève d'un rapport de droit public spécial (p. ex. lorsqu'il a été désigné par un tribunal dans une procédure; cf. arrêt TF 2C_507/2011 du 16 janvier 2012 consid. 7.2). Dans le cadre de telles activités ministérielles, un rapport de confiance particulier existe entre le notaire et toutes les parties en présence, ces dernières devant être informées de façon véridique et le notaire devant impartialement sauvegarder leurs intérêts (cf. art. 25 LN). Dès lors, il convient d'admettre, à l'instar de l'autorité intimée, que l'exigence selon laquelle, lorsque le patronyme d'un notaire figure dans la raison sociale d'une société commerciale, ce dernier doit alors être au bénéfice d'une patente et associé ou administrateur de ladite société, est de nature à renforcer la confiance que les particuliers doivent avoir en lui lorsqu'ils ont recours à son ministère. En effet, le risque existe qu'en l'absence de toute implication dans l'organisation ou la gestion de l'étude de la part du notaire dont le nom figure dans la raison sociale, l'exploitation de ladite étude – dont la forme juridique est, rappelons-le, axée sur le profit – puisse poursuivre des intérêts allant à l'encontre de ceux de l'une ou plusieurs des parties en présence, affaiblissant ainsi le rapport de confiance nécessaire entre les intéressés. L'impartialité de l'exercice de la profession de notaire, de même que l'indépendance de la structure exploitant l'étude, en seraient dès lors fragilisées. De même, il ne saurait non plus être nié que le fait d'exiger l'implication des notaires dans l'exploitation de la société commerciale portant leur patronyme s'inscrit dans un objectif de renforcement tant de la protection du public que du principe de la véracité. Sous cet angle également, la Cour retient que la disposition cantonale litigieuse poursuit un intérêt public suffisant. 7.1.2. Cela étant, il ne saurait non plus être nié qu'outre leurs fonctions ministérielles, les notaires effectuent régulièrement d'autres tâches (p. ex. rédaction de contrats ou de statuts non soumis à la forme authentique, partage de successions, administration de fortunes) qui relèvent du droit privé fédéral (cf. ATF 126 III 370 consid. 7b). L'un des objectifs de la société commerciale prévue par les recourants semble d'ailleurs porter sur de telles activités, l'art. 2, 3ème phrase, des statuts de leur société prévoyant que "[l]a société peut exercer tous mandats notamment juridiques, commerciaux, d'administration, d'intermédiation, de formation, d'achat de vente de détention, et gestion de tous types de droits et d'actifs mobiliers et immobiliers de biens matériels et immatériels" (bordereau des recourants, pièce 3). Or, la Cour relève que ces activités sont singulièrement régies par les règles sur le contrat de mandat, de sorte qu'il est douteux que les intérêts publics susmentionnés – inhérents à l'exercice d'actes de puissance publique et au rapport de confiance spécial qui en découle – trouvent à s'appliquer dans ce

contexte.

Tribunal cantonal TC Page 11 de 18 Sur ce point, force est toutefois de souligner, à l'instar du Tribunal fédéral, que la distinction entre les activités relevant du droit public cantonal et celles relevant du droit privé fédéral peut se révéler particulièrement difficile, le notaire étant souvent amené à rendre des services qui vont au-delà des tâches ministérielles au sens strict, mais qui restent néanmoins dans un étroit rapport avec celles-là (en ce sens, cf. ATF 126 III 370 consid. 7c). Toutefois, vu la compétence étendue reconnue aux cantons par l'art. 55 Titre final du CC pour régler l'exercice de l'activité de notaire (cf. supra consid. 6.2.1), il faut reconnaître au législateur fribourgeois, dans un souci d'application uniforme du droit, le pouvoir de soumettre l'ensemble des activités des notaires à un régime particulier de formation des raisons sociales, pour autant que celui-ci n'élude pas les dispositions fédérales édictées dans ce domaine. En effet, cette manière de voir se concilie avec l'interprétation à donner à l'art. 944 al. 1 CO, qui autorise les cantons à adopter des restrictions de droit public cantonal en matière de formation de raisons sociales (cf. supra consid. 6.2.2). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a lui-même estimé, eu égard à l'existence de deux régimes juridiques distincts de responsabilité des notaires selon qu'ils exercent une activité relevant du droit privé fédéral ou du droit public cantonal, qu'il fallait reconnaître aux cantons le pouvoir de soumettre l'ensemble de l'activité des notaires à un seul régime de responsabilité, pour autant que celui-ci ne soit pas allégé par rapport aux dispositions fédérales (cf. ATF 126 III 370 consid. 7c). Partant, la Cour retient qu'en ce que l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 restreint la formation des raisons sociales des études commerciales de notaire indépendamment du type d'activité notariale exercée, il poursuit un intérêt public suffisant.

7.1.3. Au surplus, les trois arguments formulés par les recourants pour nier l'existence de tout intérêt public ne convainquent pas. Premièrement, ils allèguent que la restriction contenue dans la disposition litigieuse contreviendrait aux intérêts des clients de leur étude, car sans celle-ci, le patronyme d'un notaire ayant cessé d'exercer pourrait être maintenu dans le nom de l'étude et lesdits clients retrouveraient plus rapidement l'étude ayant instrumentalisé un acte. A cet égard, il convient toutefois de rappeler que le présent litige ne porte pas sur l'existence (ou non) d'un intérêt public à ne pas appliquer la restriction contenue à l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023, mais uniquement, dans le cadre du contrôle concret de la constitutionnalité de cette disposition, sur le point de savoir si le choix du législateur cantonal d'adopter une telle restriction poursuit, lui, un intérêt public. Deuxièmement, les recourants estiment que comme les notaires peuvent, déjà aujourd'hui, former une société commerciale avec un nom de fantaisie, les intérêts publics allégués par l'autorité intimée ne seraient nullement protégés par la disposition litigieuse. Sur ce point également, la Cour rappelle que la question de savoir si l'activité de notaire exercée sous une raison sociale fantaisiste respecte les intérêts publics susmentionnés excède l'objet de la présente contestation, une telle situation n'étant nullement visée par l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 ni traitée par la décision attaquée. Troisièmement, la Directive de l'OFRC à laquelle se réfère la doctrine citée par les recourants – selon laquelle le principe de la véracité de l'art. 944 al. 1 CO n'exige pas que le nom contenu dans la raison de commerce corresponde à celui de l'un des associés (Directives de l'OFRC à l'attention des autorités du registre du commerce concernant la formation et l'examen des raisons de commerce et des noms; version du 1er avril 2021, p.15) – ne leur est d'aucun secours. D'une part, cette Directive – dont il est rappelé qu'elle ne lie pas la Cour de céans (cf. ATF 120 II 137 consid. 2b) – ne porte nullement sur le cas spécifique des sociétés de capitaux ayant pour but statutaire l'exercice de l'activité de notaires. D'autre part, l'examen de la conformité de la

raison sociale envisagée par les recourants avec les principes énoncés à l'art. 944 al. 1 CO excède également

Tribunal cantonal TC Page 12 de 18 l'objet de la présente contestation. En effet, la décision attaquée refuse aux recourants l'autorisation (préalable) d'exploiter une société commerciale uniquement à la lumière des exigences de la Directive du 5 avril 2023; la conformité de la raison sociale envisagée avec l'art. 944 CO n'y est, à juste titre, pas examinée, car elle incombe aux autorités du registre du commerce saisies d'une réquisition d'inscription (cf. art. 31 ss de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce [RS 221.411]; art. 4 de la loi fribourgeoise du 7 mars 2001 sur le service du registre du commerce; [RSF 220.3]) et non à la Commission du notariat 7.2. Eu égard aux seconde et troisième conditions (cf. supra consid. 5.2), il convient d'examiner si l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 viole le sens ou l'esprit des dispositions fédérales relatives à la formation des raisons de commerce, respectivement s'il en compromet la réalisation. 7.2.1. A ce propos, la jurisprudence a précisé que les raisons de commerce au sens des art. 944 al. 1 et 950 al. 1 CO – cette dernière disposition prévoyant que les sociétés commerciales et les sociétés coopératives peuvent, sous réserve des dispositions générales sur la formation des raisons de commerce, former librement leur raison de commerce – avaient pour but d'individualiser une entreprise et de la distinguer des autres (ATF 106 II 352 consid. 1; 102 Ib110 consid. 4c). La doctrine précise que le droit fédéral est assez peu restrictif en la matière, dans la mesure où les raisons de commerce peuvent porter des indications sur l'activité de la société ou des noms de fantaisie (CHAUDET et al., Droit suisse des affaires, 4e éd., 2023, ch. 1562 s.). Il s'agit ainsi avant tout d'offrir une grande liberté dans le cadre légal, étant rappelé que certaines lois fédérales contiennent des dispositions interdisant le libre usage de certains termes dans les raisons de commerce (cf. p. ex. art. 1 al. 4 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne [RS 952.0] qui limite l'usage du terme "banque" dans une raison sociale; art. 13 de la loi du 15 juin 2018 sur les établissements financiers [RS 954.1]; art. 14 de la loi du 21 juin 2023 sur la protection des armoiries de la Suisse et des autres signes publics [RS 232.21]; cf. aussi CHERPILLOD, CR CO II, art. 944 ch. 18; MONTAVON et al., Abrégé de droit commercial, 2017, p. 85). Le Tribunal fédéral a également précisé que le choix de la forme juridique de la personne morale exerçant l'activité économique est protégé par la liberté économique, garantie à l'art. 27 Cst. (ATF 138 II 456 consid. 16; arrêt TF 2D_19/2023 du 3 avril 2024 consid. 4.2). Dans son message du 19 novembre 2014 concernant la modification du CO (droit des raisons de commerce), le Conseil fédéral a précisé qu'il souhaitait assujettir l'ensemble des sociétés inscrites au registre du commerce aux mêmes prescriptions en matière de formation des raisons de commerce (FF 2014 9105, p. 9108). Ainsi, la raison de commerce initialement choisie pourra être maintenue pour une durée indéterminée, de sorte qu'en cas de changement d'associé notamment, cela n'aura idéalement plus d'incidence sur la raison de commerce. L'un des objectifs poursuivis par cette modification législative est de permettre de préserver la valeur acquise et entretenue d'une raison de commerce et donc de renforcer l'importance de la raison inscrite au registre du commerce en tant que dénomination (FF 2014 9105, p. 9108). 7.2.2. En l'espèce, force est d'admettre que l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 est susceptible de restreindre le libre choix de la raison sociale des notaires qui souhaitent exercer leurs activités en la forme commerciale, à tout le moins lorsqu'ils choisissent de faire figurer le patronyme d'un notaire dans le nom de leur société. Cela étant, la Cour ne voit pas en quoi cette restriction se heurterait au sens ou à l'esprit de l'art. 944 al. 1 CO. A titre liminaire, il sied de relever que les recourants ne peuvent se prévaloir ni de la

protection du libre choix de la raison sociale et de la forme juridique de la personne morale exerçant l'activité de

Tribunal cantonal TC Page 13 de 18 notaire, d'une part, ni de la valeur (commerciale) progressivement acquise par l'étude de notaire "C. _____" d'autre part, tels que protégés par la garantie de la liberté économique et du libre exercice d'une activité lucrative. En effet, au vu de l'activité de puissance publique qu'ils exercent, les intéressés ne peuvent se prévaloir de la liberté économique (ATF 133 I 259 consid. 2.2; 131 II 639 consid. 6.1; arrêt TF 2C_507/2011 du 16 janvier 2012 consid. 3.1). Ensuite, la grande liberté de choix voulue par le législateur fédéral dans la formation des raisons de commerce n'est restreinte, en l'espèce, que dans une situation précise et limitée, dont on a vu qu'elle poursuit un intérêt public légitime. Dès lors, l'application uniforme des principes régissant la formation des raisons sociales reste, sous cette réserve, garantie. En particulier, il ne s'agit nullement d'interdire, d'une façon générale, l'exercice-même de la profession de notaire en la forme commerciale lorsque le nom de l'étude comprend le patronyme d'un notaire (cf. ATF 147 I 241 consid. 5.8, où le Tribunal fédéral a jugé qu'il est contraire au droit fédéral de faire dépendre le droit- même d'exercer une activité professionnelle de l'octroi d'une autorisation préalable); seules des exigences quant à l'implication effective dudit notaire dans l'exploitation de l'étude sont requises. Rappelons également que le contrôle des conditions visées par l'art. 944 al. 1 CO est du ressort exclusif de l'autorité en charge du registre du commerce et non de l'autorité intimée (cf. supra consid. 7.1.3), de sorte que l'on peine à concevoir que cette dernière puisse "compromettre", au sens retenu par la jurisprudence fédérale (cf. supra consid. 5.2), l'application de dispositions fédérales se trouvant hors de son domaine de compétence. Au surplus, les comparaisons opérées par les recourants pour démontrer qu'aucun autre canton ne dispose d'une législation aussi restrictive que l'art. 5 de la Directive litigieuse, de sorte que celui-ci serait contraire au sens et à l'esprit du droit fédéral, ne sont pas pertinentes. En effet, comme déjà relevé, la compétence des cantons pour régler les conditions de l'activité de notaire, y compris sous la forme commerciale, est très étendue (cf. supra consid. 6.2.1; cf. arrêt TF 2C_507/2011 du 16 janvier 2012 consid. 7.2) et le législateur fribourgeois ne saurait être lié par les solutions retenues par d'autres cantons. Quoi qu'il en soit, le seul fait que les intéressés ne partagent pas l'approche restrictive suivie par le législateur fribourgeois ne suffit pas à remettre en cause cette dernière. 7.3. Partant, le grief tiré de l'inconstitutionnalité de l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023, mal fondé, est rejeté. 8. Les recourants se prévalent ensuite d'une violation des principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs. Selon eux, l'art. 5 de la Directive du 5 avril 2023 ne reposerait sur aucune clause valable de délégation de compétence. 8.1. Selon l'art. 6 al. 1 let. e de la loi cantonale du 20 septembre 1967 sur le notariat (LN; RSF 261.1), intitulé "Incompatibilités", l'exercice de l'office de notaire est incompatible avec l'exercice d'une activité professionnelle permanente en la forme commerciale, notamment celle de courtier en immeubles ou de tenancier d'établissement public. L'al. 2 de cette disposition précise que le Conseil d'Etat peut autoriser des exceptions en faveur d'agents de banques et de magistrats ou fonctionnaires communaux. L'art. 7 LN, intitulé "Possibilité de s'associer", prévoit que le notaire exerce son office à titre personnel; il ne peut s'associer qu'avec un notaire ou avec un avocat. Quant à l'art. 80 LN, il dispose que le Conseil d'Etat est compétent pour arrêter le règlement d'exécution de la LN.

Tribunal cantonal TC Page 14 de 18 Conformément à l'art. 1a du règlement d'exécution du Conseil d'Etat du 7 octobre 1986 de la LN (RN; RSF 261.11), le notaire peut exploiter son

étude sous forme de société commerciale, sur autorisation de la Commission du notariat (al. 1). La Commission s'assure que l'indépendance structurelle du notaire soit garantie (al. 2). Elle règle par directives la procédure d'autorisation prévue à l'alinéa 1 et précise les exigences pour que la condition fixée à l'alinéa 2 soit remplie (al. 3).

8.2. Le principe de la légalité, garanti aux art. 5 al. 1 Cst. et 4 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst./FR; RS 10.1), régit l'ensemble de l'activité de l'Etat. Il exige, de façon générale, que l'activité étatique se fonde sur la loi et repose ainsi sur une base légale. L'exigence de la base légale signifie que les actes étatiques doivent trouver leur fondement dans une loi au sens formel, qui soit suffisamment précise et déterminée et qui émane de l'autorité constitutionnellement compétente (cf. arrêts TF 2C_772/2017 du 13 mai 2019 consid. 3.2.1; 2C_134/2018 du 24 septembre 2018 consid. 4.1). L'exigence de la densité normative n'est toutefois pas absolue, car on ne saurait prétendre que le législateur renonce totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient en premier lieu à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit, et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manoeuvre lors de la concrétisation de la norme (ATF 141 V 688 consid. 4.2.2; 140 I 381 consid. 4.4; arrêt TF 2C_772/2017 du 13 mai 2019 consid. 3.2.1). Pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (ATF 141 V 688 consid. 4.2.2; 140 I 381 consid. 4.4; arrêt TF 2C_772/2017 du 13 mai 2019 consid. 3.2.1).

8.3. Le principe de la séparation des pouvoirs est garanti à l'art. 85 Cst./FR. Il impose le respect des compétences établies par le droit constitutionnel en interdisant à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe. En particulier, il est en règle générale interdit au pouvoir exécutif d'édicter des dispositions contenant des règles primaires (ordonnances de substitution), à savoir qui prévoient de nouveaux droits ou obligations, car de telles règles devraient figurer dans une loi et cette attribution revient au pouvoir législatif (soit le Grand Conseil; cf. art. 99 al. 1 Cst./FR; cf. arrêt TC FR 603 2019 60 du 2 avril 2020 consid. 3.1).

8.3.1. Cette règle connaît toutefois des exceptions, en cas de compétences législatives déléguées à l'exécutif découlant directement de la Constitution ou fondées sur une clause générale de police (cf. ATF 141 V 688 consid. 4.2.1; 134 I 322 consid. 2.4). A cet égard, l'art. 93 Cst./FR prescrit que les compétences législatives peuvent être déléguées, à moins que le droit supérieur ne l'interdise. La norme de délégation doit être suffisamment précise (al. 1). Les règles de droit d'importance doivent toutefois être édictées sous forme de loi (al. 2). Le Grand Conseil peut opposer son veto aux actes de l'autorité délégataire (al. 3) (cf. ég. arrêt TC FR 603 2019 60 du 2 avril 2020 consid. 3.1). La jurisprudence précise que la clause de délégation de compétence législative doit être suffisamment précise de manière à circonscrire les lignes fondamentales de la réglementation déléguée, soit le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués au pouvoir exécutif (cf. ATF 144 II 376 consid. 7.2; 137 II 409 consid. 6.4 et les références citées). Aux mêmes conditions, il est également possible que le pouvoir exécutif auquel une compétence législative a été déléguée procède à son tour à une nouvelle délégation (sous-délégation législative; cf. ATF 144 II 313 consid. 5.2; arrêt TF 2C_314/2017 du 17 septembre 2018 consid. 8.1).

8.3.2. L'exécutif cantonal, soit le Conseil d'Etat (cf. art. 111 al. 2 Cst./FR) – ou une Direction à laquelle il aurait délégué cette compétence (cf. art. 5 al. 2 de la loi du 16 octobre 2001 sur

Tribunal cantonal TC Page 15 de 18 l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration; RSF 122.0.1) – peut en revanche adopter des dispositions d'exécution (ordonnance

d'exécution), soit des règles secondaires qui ne font que préciser ce qui se trouve déjà dans la loi (cf. ATF 138 I 196 consid. 2.4; arrêts TF 9C_538/2023 du 16 septembre 2024 consid. 5.2 et références; TC FR 603 2019 60 du 2 avril 2020 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, le droit du délégataire d'édicter des ordonnances d'exécution est limité par quatre règles. En premier lieu, l'ordonnance d'exécution doit se rapporter à la même matière que celle qui fait l'objet de la loi qu'elle exécute. Ensuite, elle ne peut ni abroger, ni modifier cette loi. En troisième lieu, elle doit rester dans le cadre tracé et la finalité poursuivie par la loi et se contenter de préciser la réglementation dont celle-ci contient le fondement. Enfin, l'ordonnance d'exécution ne doit pas imposer au citoyen de nouvelles obligations qui ne sont pas prévues par la loi et ce, même si ces compléments sont conformes au but de la loi (cf. ATF 136 I 29 consid. 3.3; 130 I 140 consid. 5.1).

8.3.3. En pratique, les ordonnances présentent le plus souvent un contenu mixte, fait à la fois de simples règles d'exécution et de règles primaires (cf. ATF 139 II 460 consid. 2.2; 136 I 29 consid. 3.3), de sorte que la distinction entre règles primaires et règles secondaires peut prêter à discussion (cf. ATF 133 II 331 consid. 7.2.2). Elle est néanmoins importante quant à l'exigence de la base légale: une délégation législative est indispensable pour que l'auteur de l'ordonnance puisse adopter des règles primaires (cf. arrêt TF 2C_744/2014 du 23 mars 2016 consid. 7.1).

8.4. En l'espèce, l'art. 5 al. 1 de la Directive du 5 avril 2023 (cf. supra consid. 5.1) assujettit l'octroi de l'autorisation d'exercer l'activité de notaire en la forme commerciale à la condition que, si le patronyme d'un notaire figure dans la raison sociale de l'étude, ce dernier soit au bénéfice d'une patente délivrée par l'Etat de Fribourg et administrateur ou gérant de la société. Ce faisant, cette disposition, générale et abstraite et d'application directe, énonce des conditions cumulatives – portant sur l'implication au sein de la société commerciale du notaire mentionné dans la raison sociale – qui doivent être remplies pour que le notaire puisse être autorisé à exercer son office dans une forme juridique donnée. De telles obligations imposées aux notaires, qui ont du reste un impact sur la constitution-même de la société commerciale projetée, procèdent indéniablement d'une norme de droit primaire, contrairement à d'autres dispositions secondaires de la Directive qui ne font que préciser des éléments techniques (p. ex. les documents à produire à l'appui de la requête [art. 1 et 9]) ou rappeler des principes figurant explicitement directement dans la loi formelle (p. ex. le siège de l'étude dans le canton de Fribourg [art. 3 de la Directive; art. 4 let. g LN]; la responsabilité personnelle du notaire [art. 10 de la Directive; art. 7 et 33 LN] ou la possibilité de ne s'associer qu'avec des notaires ou avocats [art. 7 al. 1 de la Directive; art. 7 LN]). Partant, il convient de vérifier si l'art. 5 al. 1 de la Directive du 5 avril 2023 procède d'une clause valable de délégation de compétence législative.

8.5. L'art. 5 de la Directive litigieuse repose sur deux clauses de délégation de compétence figurant à l'art. 1a RN, d'une part, et à l'art. 35a LN, d'autre part.

8.5.1. En ce qui concerne l'art. 1a RN, qui s'intitule "Société commerciale (art. 6 al. 1 let. e et 7 LN)", il établit une sous-délégation de compétence législative du Conseil d'Etat en faveur de l'autorité intimée pour régler la procédure d'autorisation d'exploiter une étude de notaires sous forme de société commerciale (cf. supra consid. 8.1). Or, le RN revêtant le caractère d'une ordonnance d'exécution adoptée sur la base de l'art. 80 LN (cf. préambule du RN), le Conseil d'Etat ne peut pas, en principe, y faire figurer des normes de droit primaires – ni a fortiori en sous-déléguer l'adoption (cf. supra consid. 8.3.1) – telle que l'art. 5 al. 1 de la Directive litigieuse, à moins que cette faculté ne soit prévue de façon suffisamment précise dans la LN. Il sied dès lors d'examiner, au préalable,

Tribunal cantonal TC Page 16 de 18 si le Conseil d'Etat peut se prévaloir, en sa faveur à lui, d'une clause valable de délégation de compétence émanant du législateur cantonal. Sur ce point, l'intitulé de l'art. 1a RN renvoie aux art. 6 al. 1 let. e et 7 LN précités (cf. supra consid. 8.1). Ces dispositions prévoient certaines incompatibilités en cas d'exercice, parallèlement à l'office de notaire, d'une activité professionnelle permanente en la forme commerciale (not. courtier en immeubles ou tenancier d'établissement public), d'une part, et précisent que le notaire – qui exerce son office à titre personnel – peut s'associer avec un notaire ou un avocat, d'autre part. Or, de l'avis de la Cour, ces deux dispositions ne constituent pas un cadre suffisant pour admettre une volonté du législateur cantonal de déléguer au Conseil d'Etat une compétence législative lui permettant d'adopter des normes comme l'art. 5 al. 1 de la Directive, respectivement d'en sous-déléguer l'adoption. En effet, ces dispositions ne portent pas spécifiquement sur l'activité de notaire exercée en la forme commerciale, pas plus qu'elles ne fixent les grandes lignes du cadre dans lequel une telle activité devrait s'exercer, respectivement les éléments que le Conseil d'Etat devrait préciser dans son ordonnance d'exécution. En particulier, l'art. 6 LN ne concerne que des incompatibilités portant sur des activités commerciales exercées conjointement à celle de notaire, et non sur l'activité-même de notaire exercée ou non en la forme commerciale. Ce constat s'impose d'autant plus que les seules exceptions auxdites incompatibilités, admises de façon très limitée à l'art. 6 al. 2 LN, ne concernent ni l'activité-même de notaire ni la forme juridique dans laquelle celle-ci peut s'exercer. Quant à l'art. 7 LN, qui permet aux notaires de s'associer, il ne permet pas non plus de déduire une quelconque volonté du législateur cantonal de contrôler l'activité de notaire exercée en la forme commerciale en la soumettant à une procédure d'autorisation, pas plus que de confier au Conseil d'Etat le soin d'en préciser les modalités. Ces deux dispositions ne précisent ainsi nullement le type d'association concerné (p. ex. la forme commerciale), le but de la limitation (p. ex. garantir l'indépendance structurelle du notaire), les moyens visés (p. ex. l'octroi d'une autorisation) ou encore l'étendue des compétences déléguées au Conseil d'Etat (p. ex. définir la procédure et les conditions d'octroi de l'autorisation). En outre, ni le Message du 11 octobre 1966 accompagnant le projet de la LN (BGC 1966 p. 906) ni celui du 12 mars 1985 accompagnant le projet de loi modifiant la LN (BGC 1985 p. 1117) ne plaident en faveur d'une telle volonté. Il en découle que l'art. 1a RN ne repose sur aucune clause valable de délégation de compétence législative en faveur du Conseil d'Etat. Partant, l'adoption, sur cette base, de l'art. 5 de la Directive excède largement la finalité poursuivie par les dispositions pertinentes de la LN, dont la densité normative est au demeurant insuffisante.

8.5.2. En ce qui concerne la clause de délégation de compétence à la Commission du notariat figurant à l'art. 35a LN, elle se trouve dans le chapitre de la LN intitulé "Surveillance et discipline". Selon cette disposition, la Commission du notariat exerce la surveillance générale sur les notaires (al. 1). L'alinéa 2 précise qu'en outre, ladite Commission a notamment les attributions suivantes: surveiller la conformité de l'activité des notaires à la loi (let. a), exercer le pouvoir disciplinaire (let. b), statuer sur les demandes de levée du secret professionnel (let. c), autoriser l'admission au stage de notaire et exercer, en matière de stages, les compétences qui lui sont dévolues par une ordonnance du Conseil d'Etat (let. d), édicter les directives nécessaires (let. e), et exercer toutes les autres attributions qui lui sont dévolues par la présente loi ainsi que celles qui ne sont pas dévolues à une autre autorité par la législation sur la profession de notaire (let. f). L'art. 35 al. 3 LN prévoit que la Commission du notariat est rattachée administrativement à la DSJS.

Tribunal cantonal TC Page 17 de 18 A cet égard, la Cour relève d'emblée que les attributions déléguées directement par le législateur cantonal à la Commission du notariat, telles qu'énoncées à l'art. 35a al. 2 LN, se limitent essentiellement à l'adoption de normes de droit secondaires visant la réalisation d'attributions qui figurent, quant à elles, dans des dispositions contenues directement dans la LN (normes de droit primaires). Ainsi, les attributions de la Commission mentionnées aux art. 35a al. 2 let. a et let. b LN découlent des art. 36 à 44 LN, celles citées à l'art. 35a al. 2 let. c LN découlent de l'art. 26 LN, et celles indiquées à l'art. 35a al. 2 let. d LN découlent de l'art. 5 al. 2 LN (qui laisse le soin au Conseil d'Etat d'en définir le contenu et l'étendue). Or, aucune desdites attributions ne concerne spécifiquement l'exercice de l'activité de notaire en la forme commerciale. En particulier, eu égard aux attributions visées par l'art. 35a al. 2 let. e et f LN, invoqué par l'autorité intimée, il vient d'être établi que les normes de droit primaires pertinentes de la LN (art. 6 et 7 LN) ne permettent pas d'établir une volonté du législateur cantonal de conditionner l'exercice de l'activité de notaire en la forme commerciale au respect d'obligations ayant notamment trait à la dénomination de la raison sociale et au degré d'implication de l'intéressé dans la société commerciale concernée (cf. supra consid. 8.5.1). Partant, la Commission du notariat ne peut pas non plus se prévaloir directement de l'art. 35a al. 2 LN pour justifier l'adoption de la règle de droit primaire litigieuse, qui excède manifestement le cadre des attributions de ladite Commission définies dans la LN. 8.6. En l'absence de compétence législative tant de la Commission du notariat que du Conseil d'Etat pour adopter – respectivement sous-déléguer l'adoption – des normes primaires régissant la formation des raisons sociales des études de notaire exercée en la forme commerciale, l'autorité intimée n'était pas habilitée à édicter l'art. 5 de la Directive litigieuse. Il en résulte que le grief tiré d'une violation des principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs, bien fondé, doit être admis et que la décision litigieuse, exclusivement fondée sur la violation de cette disposition, doit être annulée, faute de fondement légal. 9. 9.1. Vu ce qui précède, le recours est admis et la décision de la Commission du notariat du

E. 26

février 2024, fondée sur une disposition d'une directive dépourvue de base légale, est annulée. La cause ne sera cependant pas renvoyée à l'autorité intimée, un tel renvoi étant inutile en l'état de la législation. 9.2. Les recourants obtenant gain de cause, il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 131 al. 1 et 133 CPJA). L'avance de frais versée leur sera restituée. 9.3. Pour le même motif, les recourants ont droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). En dépit de deux invitations, en date des 10 janvier et 6 février 2025, à déposer sa liste de frais, le mandataire des recourants ne l'a pas produite. Partant, l'indemnité de partie sera fixée ex aequo et bono en application de l'art. 11 al. 1, 2ème phrase, du tarif fribourgeois du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (Tarif JA; RSF 150.12). Compte tenu du travail d'examen du dossier, de la rédaction d'un mémoire de recours de 30 pages et de contre-observations de 8 pages, et de la difficulté de l'affaire, la Cour estime qu'une indemnité de CHF 3'750.-, correspondant à 15 heures à CHF 250.-, se justifie. Il faut encore y ajouter un supplément de CHF 303.75.- pour la TVA à 8.1%. Une indemnité de CHF 4'053.75.- est ainsi allouée aux recourants à titre d'indemnité de partie et mise à la charge de l'Etat de Fribourg.

Tribunal cantonal TC Page 18 de 18 la Cour arrête : I. Le recours est admis. Partant, la décision de la Commission du notariat du 26 février 2024 est annulée. II. Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais versée par les recourants leur est restituée. III. Il est

alloué aux recourants, à titre d'indemnité de partie, un montant de CHF 4'053.75.- (y compris CHF 303.75.- au titre de la TVA à 8.1%) à verser en main de leur mandataire, à la charge de l'Etat de Fribourg. IV. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les

E. 30

jours dès sa notification. La fixation du montant de l'indemnité de partie peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Fribourg, le 31 mars 2025/cos/vaa
La Présidente La Greffière-stagiaire

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.