

# **GE\_GERICHTE ATA/332/2011 vom 24. Mai 2011**

GE Cour de justice, 2011-05-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_332\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_332_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATA/332/2011 du 24 mai 2011

IT: GE\_GERICHTE ATA/332/2011 del 24 maggio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Depuis le 1er janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1er janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

### **E. 2**

Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, dans sa teneur au 31 décembre 2010).

### **E. 3**

Le 31 août 2010, est entrée en vigueur la LECO. A cette occasion, l'art. 42 LNot a été modifié, le DSPE devenant l'autorité compétente pour se déterminer sur les dispenses d'examens en lieu et place du Conseil d'Etat.

Aucune disposition transitoire n'ayant été prévue, il doit être constaté, s'agissant d'une modification législative touchant à une règle procédurale, que le DSPE a remplacé dès le 31 août 2010 le Conseil d'Etat en tant qu'autorité décisionnaire. Dès cette date, le premier s'est substitué au deuxième dans la présente cause en tant que partie intimée, les qualités de cette dernière devant être modifiées en ce sens.

- 9/16 - A/2570/2010

### **E. 4**

Le requérant considère que, par sa motivation incomplète, la décision attaquée viole son droit d'être entendu.

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C.104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 ; ATA/862/2010 du 7 décembre 2010 consid. 2 et les arrêts cités). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41 ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ;

Arrêts du Tribunal fédéral 5A.11/2009 du 31 mars 2009 ; 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 ; A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 603, n. 1315 ss ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198). Quant à l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêts du Tribunal fédéral 6B.24/2010 du 20 mai 2010 consid. 1 ; 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et les arrêts cités).

Tel qu'il est garanti par cette dernière disposition, le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1. p. 293 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C.161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 5A.150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; 1C.104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 ; ATA/824/2010 du 23 novembre 2010 consid. 2 et les arrêts cités).

La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits constitutionnels a également déduit du droit d'être entendu le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 134 I 83 consid. 4.1 p. 88 ; 133 II 235 consid. 5.2 p. 248 ; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C.424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2 ; 2C.514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (Arrêts du Tribunal fédéral 1C.311/2010 du 7 octobre 2010 consid. 3.1 ;

- 10/16 - A/2570/2010 9C.831/2009 du 12 août 2010 et les arrêts cités ; ATA/724/2010 du 23 novembre 2010 consid. 3).

En l'espèce, la teneur de la décision attaquée est claire : le recourant ne pouvait prétendre à être mis au bénéfice d'une dispense au sens de l'art. 42 LNot dès lors qu'il ne remplissait pas les conditions prévues par cette disposition, soit qu'il ne pouvait se prévaloir d'une qualité d'ancien magistrat du pouvoir judiciaire ou d'une pratique de la profession d'avocat de dix ans à Genève. La LMI ne trouvait pas d'application dans le cas d'une activité régaliennne.

Le seul point sur lequel le Conseil d'Etat n'a fourni aucune explication concerne la raison pour laquelle il avait accepté de réduire la durée du stage à trois ans. Cette absence de motivation ne causant aucun préjudice au recourant puisqu'elle lui est favorable, ce dernier ne peut invoquer aucune violation de droit d'être entendu en rapport avec cette imprécision. De même, il ne peut se plaindre du caractère trop laconique du considérant dans lequel le Conseil d'Etat met en doute l'importance de son activité d'officier public en Valais, dès lors que ce n'est pas pour cette raison que la dispense lui a été refusée.

## **E. 5**

a. Les cantons sont compétents pour l'organisation de la profession de notaire. En particulier, l'art. 55 du titre final du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS - RS 210), leur donne la compétence de déterminer pour leur territoire les modalités de la forme authentique en définissant qui peut instrumenter les actes et comment il doit procéder. Outre les questions procédurales de compétence et de forme, les cantons doivent également régler les conditions liées à l'activité des personnes légitimées à accomplir ces actes, leur tâche et leurs obligations professionnelles ainsi que celles liées aux émoluments et à leur surveillance (ATF 135 I 259 consid. 2.1 = JT 2008 586 et jurisprudences citées).

b. La liberté de légiférer des cantons est limitée à deux égards : tout d'abord le droit fédéral fixe des exigences minimales découlant de la finalité de l'institution selon le droit matériel applicable. En outre, le même droit fixe des règles ponctuelles concernant l'instrumentation d'actes dans le droit fédéral. (ATF 135 I 259 précité consid. 2.2 et la jurisprudence citée).

c. Au delà de ces limites, la compétence législative des cantons est entière concernant l'admission des notaires à l'exercice de la profession. Ils sont dans une large mesure libres pour adopter la législation à ce sujet. Ils le sont d'autant plus qu'ils sont investis d'une fonction étatique en vertu du droit qui leur est conféré d'instrumenter des actes authentiques et qu'ils ne peuvent pas invoquer la liberté économique selon l'art. 27 Cst. parce qu'ils participent à l'exercice de la puissance publique (ATF 135 I 259 précité, consid. 2.2 ; ATF 131 II 639 consid. 6.1 et 7.3, JT 2006 I 535).

- 11/16 - A/2570/2010

## **E. 6**

a. A Genève, à teneur de l'art. 1 LNot, les notaires sont des officiers publics chargés de recevoir les actes, déclarations et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité et d'en assurer la date, d'en conserver le dépôt et d'en délivrer des expéditions. Ils sont aussi chargés des autres fonctions qui leur sont confiées par la loi, peuvent donner des conseils et avis en matière juridique.

b. Contrairement à d'autres cantons qui ont opté pour le fonctionnariat, le canton de Genève, déjà sous l'égide de la législation antérieure à la LNot, a opté pour le système des notaires indépendants (Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 18 septembre 1987 p. 4112 n° 18).

c. Si les notaires sont indépendants, l'Etat en contrôle le nombre. Ils font l'objet d'un arrêté de nomination par le Conseil d'Etat après que l'autorité compétente (le Conseil d'Etat jusqu'au 31 août 2010 et le DSPE depuis lors) ait décidé d'ouvrir une procédure de nomination (art. 38 et 39 LNot).

## **E. 7**

Pour pouvoir prétendre à la nomination, le candidat notaire doit remplir les conditions de l'art. 40 LNot.

Outre des conditions personnelles d'âge, de citoyenneté et d'exercice des droits civils, le candidat doit justifier d'un stage de quatre ans et trois mois dans une étude de notaire(s), dont trois ans au moins à Genève. Pendant cette période de stage. Il doit avoir passé trois périodes de deux mois au registre foncier, au registre du commerce, ainsi qu'à la Justice de paix et au Tribunal tutélaire.

Il doit en outre avoir subi avec succès un examen comportant une partie orale et une partie écrite (art. 40, renvoyant à l'art. 41 LNot), auquel il ne peut se présenter sans être au bénéfice d'un certificat de stage délivré par le département de la sécurité, de la police et de l'environnement (art. 7 RNot). L'examen comprend une épreuve de droit notarial ainsi qu'une épreuve orale et écrite portant sur les connaissances théoriques et pratiques des candidats (art. 9 al. 1 RNot). L'épreuve de droit notarial porte sur le droit notarial, la déontologie notariale et la gestion d'une étude (art. 10 al. 1 RNot). Les épreuves orales sont constituées de quatre examens (art. 11 al. 1 RNot), soit, à teneur de l'art. 11 al. 2 RNot : - droit de la famille, droit des successions et droit international privé suisse ; - droit immobilier et droit des obligations ; - droit de l'entreprise et droit fiscal ; - droit genevois dans les matières concernant le notariat.

- 12/16 - A/2570/2010

Les épreuves écrites sont également au nombre de quatre (art. 12 al. 1 RNot), consistant dans la rédaction d'un acte notarié à laquelle peuvent s'ajouter des questions ponctuelles. Elles portent sur les branches suivantes, à teneur de l'art. 12 al. 2 RNot : - droit civil (sauf droit réel) ; - droit immobilier ; - droit des sociétés ; - droit fiscal, fédéral et genevois.

#### **E. 8**

La réussite du stage de notaire et de l'examen ne donne pas le droit à l'exercice de la profession de notaire, mais seulement à celui de participer à la procédure de nomination ouverte par l'autorité compétente.

Comme la commission du Grand Conseil rapportant sur la LNot l'a précisé dans les travaux législatifs initiaux, les conditions que doivent remplir les candidats au notariat constituaient des exigences minimums. C'est à l'autorité compétente qu'il revient de procéder au choix des notaires et celle-ci n'est pas tenue de nommer tous les candidats qui répondaient à ces exigences (MGC 1987 p. 1426).

#### **E. 9**

A teneur de l'art. 42 LNot, l'autorité compétente peut dispenser les magistrats du pouvoir judiciaire et les avocats ayant pratiqué pendant au moins dix ans de tout ou partie des obligations de stage ou des épreuves imposées par la LNot, à l'exception de la partie écrite de l'examen.

A ce sujet, l'art. 42 LNot, finalement adopté par le Grand Conseil, diffère du projet proposé par le Conseil d'Etat. Ce dernier prévoyait la possibilité de dispenser les magistrats et les avocats de l'examen écrit. La commission a maintenu l'exigence de l'examen écrit, même pour ces derniers (MGC 1988 p. 6426).

La formule potestative employée dans cette disposition légale indique que les magistrats du pouvoir judiciaire et les avocats ont un droit à la dispense mais que l'autorité compétente bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation sur son étendue.

#### **E. 10**

L'art. 42 al. 1 LNot ne précise pas s'il ne s'applique qu'aux magistrats du pouvoir judiciaire genevois et aux avocats ayant pratiqué le barreau à Genève, ainsi que l'a considéré le Conseil d'Etat dans la décision querellée, ou si la possibilité d'une dérogation est ouverte plus largement aux magistrats du pouvoir judiciaire et aux avocats suisses. Cette question doit donc être tranchée.

### **E. 11**

Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; ATF 132 V 321 consid. 6 p. 326 ; 129 V 258 consid. 5.1 pp. 263-264 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 133 III 175 consid. 3.3.1 p. 178 ; 125 II 206 consid. 4a p. 208/209 ; ATA/422/2008 du 26 août 2008 consid. 7). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités).

### **E. 12**

La LLCA vise à garantir la libre circulation des avocats, de même qu'à fixer les principes applicables à l'exécution de cette profession en Suisse (art. 1 LLCA). Elle s'applique à l'ensemble des avocats qui pratiquent en Suisse l'activité de mandataire professionnel dans le cadre d'un monopole, ainsi qu'en vertu de l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681), ainsi qu'aux personnes ressortissantes des états membres de l'Union européenne qui désirent exercer cette profession en Suisse. La LLCA est centrée sur et vise et à déterminer les conditions d'exercice de la représentation en justice. De ce fait, elle n'a pas pour objectif d'intervenir dans la façon dont les cantons peuvent régler l'exercice de la profession de notaire, qui appartient à une autre catégorie de profession dans le domaine juridique. Dans la législation que les cantons adoptent à ce sujet, ils n'ont donc pas à tenir compte de la libre circulation des avocats qu'autorise cette loi, en particulier dans la définition des dispenses qu'ils autorisent au regard des conditions imposées en matière d'obligation de stage ou d'examens de notaire.

### **E. 13**

A Genève, l'activité de notaire présente deux aspects. Si le notaire pratique une activité de conseil sur la base d'un mandat de droit privé, à l'instar des avocats, il a principalement la spécificité d'intervenir en tant qu'agent public lorsqu'il instrumente un acte authentique ou exécute toute autre tâche confiée par la loi. Dans cette partie de son activité, les actes qu'il accomplit sont susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'Etat en cas de faute commise (ATF 90 II 274 ; MGC 1988 p. 4117 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 3, 3ème éd., 2010, n° 6.1.2.2, p. 839 ; B. KNAPP, La responsabilité de l'Etat et de ses agents, 1988, p. 22). Il importe donc pour le Conseil d'Etat, qui nomme les notaires, d'avoir la garantie, lorsque l'autorité compétente décide d'ouvrir des inscriptions pour une charge de notaire, de pouvoir compter sur le fait que les candidats bénéficiant

- 14/16 - A/2570/2010 d'un droit de pratique, présentent toutes les garanties d'une formation conduisant à un exercice correct de la profession.

C'est ce souci qui a conduit à soumettre les candidats au brevet de notaire à quatre examens écrits et quatre examens oraux, ne portant pas seulement sur la pratique notariale, mais aussi sur la connaissance du droit matériel cantonal et fédéral, ainsi qu'à un stage de quatre ans et trois mois avec des périodes obligatoires au registre foncier, au registre du commerce, au Tribunal tutélaire et à la Justice de paix.

Dans la foulée de ces exigences légales, c'est à juste titre et en conformité à la volonté du législateur que l'autorité interprète l'art. 42 LNot comme ne l'autorisant à entrer en matière sur des dispenses de stages ou d'examens que lorsque la demande est faite par d'anciens magistrats du pouvoir judiciaire genevois ou par des avocats ayant pratiqué la profession d'avocat à Genève pendant dix ans, qu'ils soient titulaires d'un brevet d'avocat délivré à Genève ou dans un autre canton, mais qu'elle refuse de prendre en considération de telles demandes lorsqu'elles émanent de magistrats ou d'avocats ne satisfaisant pas à ces critères. En effet, seule la justification d'une pratique judiciaire ou professionnelle qui s'est déroulée à Genève - et d'une certaine durée pour les avocats - permet de considérer que le candidat notaire bénéficie d'une maîtrise suffisante de la législation cantonale et fédérale - qu'il s'agisse des règles de procédure ou de droit matériel, notamment fiscales, ainsi que du fonctionnement et des pratiques de l'administration.

#### **E. 14**

Au delà de l'interprétation restrictive du cercle des bénéficiaires d'une mesure de dispense que l'autorité compétente est en droit de faire dans l'application de l'art. 42 LNot, celle-ci doit s'en tenir au respect du principe de la légalité garanti par l'art. 5 al. 1 Cst., afin d'assurer une sécurité du droit et l'égalité de traitement entre tous les candidats notaires.

En l'occurrence, le recourant ne remplit pas les conditions de l'art. 42 LNot, puisqu'il ne peut pas se prévaloir d'un titre d'ancien magistrat ayant siégé à Genève et n'a pas exercé en tant qu'avocat pendant dix ans dans ce canton. C'est donc à juste titre que l'autorité a refusé d'entrer en matière sur une dispense aux obligations de stages ou d'examens. Il est vrai qu'il a bénéficié d'une réduction à trois ans de la durée de son stage. Toutefois, celle-ci n'a pas été décidée en vertu de l'art. 42 LNot mais en fonction des conditions de l'art. 40 LNot, qui autorisent les candidats notaires à effectuer une année de leur stage dans un autre canton et donc à prendre en compte l'année de stage que M. Z. \_\_\_\_\_ a effectuée en Valais.

#### **E. 15**

Le recourant allègue une violation du principe de proportionnalité garanti par l'art. 5 al. 2 Cst. C'est méconnaître le fait que l'autorité intimée doit se conformer à la loi selon le principe constitutionnel rappelé plus haut. En l'occurrence, dès lors que le recourant ne remplissait pas les conditions

- 15/16 - A/2570/2010 personnelles permettant d'entrer en matière sur une demande de dispense l'autorité décisionnaire ne pouvait pas, sans violer l'art. 42 LNot, tenir compte plus qu'elle ne l'a fait de ses années d'expérience de notaire en Valais.

#### **E. 16**

Le recourant se prévaut de la liberté économique garanti par l'art. 27 Cst. Ainsi que cela a déjà été relevé (cf. supra consid. 5.c), cette disposition n'accorde aucune garantie pour l'exercice d'une profession à caractère régalien, telle que celle d'un notaire.

#### **E. 17**

Le recours sera rejeté.

**E. 18**

L'autorité intimée sollicite dans ses conclusions que sa décision soit interprétée pour rectifier une erreur qu'elle a commise dans le calcul du stage résiduel après soustraction d'une année de stage accompli en Valais. Il est vrai qu'à teneur de l'art. 40 LNot, le stage n'est pas de quatre ans mais de quatre ans et trois mois, si bien qu'elle aurait dû fixer la durée du stage résiduel à trois ans et trois mois. Cela étant, ce que requiert l'autorité intimée conduirait à une reformatio in pejus de la décision attaquée, ce que la jurisprudence interdit (ATA/543/2010 du 4 août 2010 ; ATA/506/2010 du 3 août 2010 ; ATA/109/2009 du 3 mars 2009). La décision attaquée sera donc confirmée dans son dispositif existant.

**E. 19**

Compte tenu de l'issue de la cause, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*

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