Urteilskopf

124 I 297

36. Arrêt de la IIe Cour de droit public du 26 août 1998 dans la cause Luc Meylan, Jean-Marc Terrier, Gérard L'Héritier, Gérard Bosshart, Marc-André Nardin et Patrick Frunz contre Grand Conseil du canton de Neuchâtel (recours de droit public)
Regeste (de):
Art. 4 BV: Alterslimite für die Ausübung des Notariats.

Urkundspersonen können sich nicht auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen (E. 3a).

Darstellung der Funktion eines Notars (E. 4a), insbesondere im Kanton Neuenburg, der das System des freien Notariats kennt (E. 4b). Art. 62 des neuenburgischen Gesetzes über das Notariat, der die Funktion des Notars als Urkundsperson einer Alterslimite von 70 Jahren unterstellt, verletzt weder das Willkürverbot noch das Gleichbehandlungsgebot (E. 4c).

Regeste (fr):
Art. 4 Cst.: âge limite pour exercer le notariat.

Les officiers publics ne peuvent se prévaloir de la liberté du commerce et de l'industrie (consid. 3a).

Exposé de la fonction de notaire (consid. 4a), en particulier dans le canton de Neuchâtel qui a adopté le système du notariat libre (consid. 4b). L'art. 62 de la loi cantonale neuchâteloise sur le notariat, qui soumet la fonction d'officier public de notaire à une limite d'âge fixée à 70 ans, n'est pas contraire au principe de l'interdiction de l'arbitraire ni à celui de l'égalité de traitement (consid. 4c).

Regesto (it):
Art. 4 Cost.: età limite per esercitare la professione di notaio.

I pubblici ufficiali non possono prevalersi della libertà di commercio e d'industria (consid. 3a).

Descrizione della funzione di notaio (consid. 4a), in particolare nel Cantone di Neuchâtel che ha adottato il sistema della libera professione (consid. 4b). Non è contrario al divieto dell'arbitrio né al principio della parità di trattamento l'art. 62 della legge neocastellana sul notariato, il quale sottopone la funzione di notaio quale pubblico ufficiale a un limite d'età fissato a 70 anni (consid. 4c).

Sachverhalt ab Seite 297

A.- Le 26 août 1996, le Grand Conseil du canton de Neuchâtel a adopté une nouvelle loi sur le notariat (LN) qui, notamment, introduit à son art. 62 la limite d'âge suivante: "1 Le notaire perd sa qualité d'officier public dès l'âge de 70 ans révolus. 2 Il conserve néanmoins son titre et son brevet."
En conséquence, s'agissant de la perte du caractère d'acte authentique d'un acte notarié, l'art. 76 lettre a LN prévoit: "L'acte notarié n'a pas le caractère d'un acte authentique, notamment: a) si le notaire se trouve dans un

cas d'inhabilité, s'il est atteint par la limite d'âge ou si les conditions requises pour instrumenter dans l'espace ne sont pas remplies."

BGE 124 I 297 S. 298

A titre de disposition transitoire, l'art. 101 LN dispose toutefois: "Ne sont pas visés par la limite d'âge prévue à l'article 62, les notaires qui, à l'entrée en vigueur de la présente loi, ont déjà atteint l'âge de 65 ans." La nouvelle loi sur le notariat a été publiée dans la Feuille officielle du canton de Neuchâtel le 6 septembre 1996 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1998, après l'expiration du délai référendaire.

B.- Agissant le 7 octobre 1996, puis le 7 janvier 1998 par la voie du recours de droit public, Luc Meylan, Jean-Marc Terrier, Gérard L'Héritier, Gérard Bosshart, Marc-André Nardin et Patrick Frunz, tous notaires établis dans le canton de Neuchâtel, ont demandé au Tribunal fédéral d'annuler l'art. 62 de la loi du 26 août 1996 sur le notariat ainsi que, en conséquence, l'art. 76 lettre a, mots 11 à 19 («s'il est atteint par la limite d'âge») et l'art. 101 de ladite loi. Ils se prévalaient à cet égard des principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 4 Cst.). Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. a) Les recourants renoncent à invoquer la liberté du commerce et de l'industrie, si ce n'est par analogie, considérant à juste titre que celle-ci ne s'applique pas aux officiers publics (ATF 103 Ia 394 consid. 2c p. 401; ATF 73 I 366 consid. 2 p. 371; RDAT 1997 II 1014, consid. 3f; question laissée indécise in SJ 1990 97 consid. 5a et ZBGR 75 1994 239 consid. 3). En revanche, les recourants se plaignent d'une violation des principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire. Ils reprochent aux dispositions litigieuses, d'une part, de mettre sur le même pied l'ensemble des personnes du troisième âge en instituant une limite d'âge unique alors que le maintien des aptitudes diffère selon les individus, et, d'autre part, d'appliquer aux notaires le système prévalant pour les fonctionnaires, alors que les premiers exercent, contrairement aux seconds, une profession libérale et indépendante. De plus, les recourants soutiennent que la mesure attaquée est arbitraire au sens où elle ne respecte pas le principe de la proportionnalité. Par ailleurs, les recourants ne remettent véritablement en cause que la limite d'âge introduite par l'art. 62 LN. Ils ne contestent pas, en eux-mêmes, les art. 76 lettre a et 101 LN, de sorte que ceux-ci n'ont pas à être examinés indépendamment de l'art. 62 LN.

BGE 124 I 297 S. 299

b) Selon la jurisprudence, un arrêté de portée générale est arbitraire lorsqu'il ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but. Il est contraire au principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente; cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 123 I 241 consid. 2b p. 243; ATF 123 II 16 consid. 6a p. 26; 122 I 305 consid. 6a p. 313 et la jurisprudence citée). La question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes. Il convient de respecter en

cette matière le pouvoir d'appréciation qui appartient à l'autorité compétente, spécialement lorsqu'il s'agit de questions d'organisation et de rémunération (ATF 121 I 49 consid. 3b p. 51, 102 consid. 4a p. 104; ZBl 98 1997 210 consid. 2 p. 211 ss).

4. a) Les modalités de la forme authentique relèvent du droit cantonal (art. 55 al. 1 tit. fin. CC), mais la notion de forme authentique appartient au droit fédéral. En ce sens, les dispositions cantonales doivent non seulement respecter les limites tracées par le droit fédéral, mais encore satisfaire à certaines exigences minimales dictées par la finalité de l'institution selon le droit matériel (ATF 106 II 146 consid. 1 p. 147; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993, p. 3-8). Toutefois, le droit fédéral donne aux cantons la compétence de désigner les personnes aptes à instrumenter les actes authentiques, soit de fixer le statut du notaire et le cadre de l'exercice du notariat. En particulier, le canton peut choisir entre le notariat libre et le notariat fonctionnarisé, l'instrumentation restant dans les deux cas une fonction officielle (ATF 73 I 366 consid. 2 p. 371/372). En tant que détenteurs du pouvoir d'instrumentation, les notaires sont des organes de la juridiction gracieuse et remplissent ainsi une activité étatique (ATF 73 I 366 consid. 2 p. 371; ALFRED SANTSCHI, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Winterthour 1959, p. 7; RUDOLF ULRICH, Die Organisation des solothurnischen Notariates, Winterthour 1966, p. 5; LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zurich 1976, p. 36). Dans les cantons où le notariat est une profession libre - par opposition au système des notaires fonctionnaires -,

la personne choisie par le canton pour revêtir les fonctions de notaire ne bénéficie pas, en principe, d'une autorisation ordinaire comparable au brevet d'avocat dont l'octroi est obligatoire lorsque certaines conditions sont remplies; plutôt que de simplement lever une interdiction générale, le brevet de notaire confère à son destinataire un droit dont l'Etat est seul titulaire. En obtenant le pouvoir d'instrumenter, le particulier acquiert la qualité d'officier public. Qu'il soit alors considéré comme un concessionnaire (HANS MARTI, Notariatsprozess, Berne 1989, p. 56; le même, Das freiberufliche Notariat, in: Le notaire bernois 39, 1978 p. 449 ss, spéc. p. 452) ou comme un simple délégataire de l'Etat (BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, no 2734), cette position d'officier public, détenteur d'une parcelle du pouvoir étatique, le place dans un rapport de droit public spécial. Cela le soumet notamment à une série d'incompatibilités visant à garantir la qualité du service qu'il accepte d'assurer; étant cependant indépendant de l'Etat, il agit non seulement en son nom, mais aussi pour son compte, à ses profits et à ses risques (RDAT 1997 II 1014 consid. 3b; SJ 1990 p. 97 ss consid. 2, voir aussi ATF 94 I 213 consid. 3 p. 217). b) Le canton de Neuchâtel a adopté le système du notariat libre et l'a réglementé de la façon suivante: Le notaire est un officier public soumis à la surveillance de l'Etat (art. 1 al. 1 LN), qui exerce toutefois une profession libérale, de manière indépendante et sous sa propre responsabilité (art. 1 al. 2 LN). Le brevet n'est octroyé qu'à celui qui est de nationalité suisse, a l'exercice des droits civils, est licencié en droit d'une université suisse ou porteur d'un titre jugé équivalent, a accompli le stage légal et réussi l'examen, et présente des garanties suffisantes de solvabilité, de probité et de moralité (art. 7 LN). Le Conseil d'Etat exerce la haute surveillance sur les notaires qui pratiquent dans le canton (art. 17 al. 1 LN). Le Conseil notarial veille à ce que les notaires remplissent leurs devoirs professionnels et ne compromettent pas la réputation du notariat; sa surveillance concerne aussi bien la manière de traiter les affaires que l'exercice technique de la fonction (art. 20 LN). Enfin, la Commission de surveillance du notariat est l'autorité disciplinaire (art. 24 ss LN) et peut en outre, indépendamment de toute responsabilité disciplinaire, retirer le brevet de notaire de celui qui ne remplit plus les conditions de son octroi (art. 27 LN). Ainsi, comme les membres des autres professions libérales, le notaire établi dans le canton de Neuchâtel exerce de manière indépendante et sous sa propre responsabilité, jouit d'une confiance particulière

du public et est soumis à l'autorisation ainsi qu'à la surveillance de l'Etat. Toutefois, contrairement, par exemple, aux avocats et aux médecins, le notaire est un officier public, investi d'une parcelle de la puissance publique et, à ce titre, représentant de l'Etat, partant, subordonné à des exigences rigoureuses d'aptitudes, de moralité et de probité. Dans ces conditions, il se justifie en principe de comparer sa situation à celle des autres agents publics plus qu'à celle des membres d'autres professions libérales. Du reste, considérant précisément que, contrairement aux avocats, les notaires sont des officiers publics, le canton de Neuchâtel a limité l'accès au notariat aux citoyens suisses, alors qu'il a ouvert l'exercice du barreau aux étrangers titulaires d'un permis d'établissement (Rapport du 15 mai 1996 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur le notariat, p. 6; art. 22 al. 1 lettre a de la loi du 26 mars 1986 sur la profession d'avocat). c) Avec le temps, les facultés intellectuelles, physiques ou mentales, de même que l'aptitude à s'adapter aux conditions nouvelles ainsi qu'à l'évolution des connaissances et de la technique, sont susceptibles de s'altérer. A partir d'un certain âge, le risque existe que ces capacités soient diminuées au point de ne plus être compatibles avec la sécurité que doit assurer l'acte authentique ni, plus généralement, avec la confiance dont le notaire jouit, de sorte que celui-ci n'est plus en mesure d'exercer sa fonction d'officier public de manière parfaitement irréprochable.
Pour remédier à ce risque, plusieurs systèmes sont concevables. On peut opter pour une méthode subjective, consistant à examiner de cas en cas, périodiquement à partir d'un certain âge, si les intéressés peuvent continuer à exercer leur charge, ou choisir une méthode objective, consistant à appliquer à tous une limite unique. Il est également possible de laisser les organes de surveillance des notaires décider librement de retirer le brevet de ceux qui ne sont plus aptes à remplir leur fonction. En revanche, la solution fondée sur l'idée que le notaire qui ne dispose plus des capacités nécessaires en raison de son âge voit fatalement sa clientèle diminuer, ce qui conduirait à un contrôle automatique des membres les plus âgés de la profession, ne peut être admise, car l'Etat ne saurait prendre le risque que les citoyens réalisent tardivement, à leurs dépens, l'inaptitude du notaire choisi.
aa) Dans le canton de Neuchâtel, comme ailleurs en Suisse, les fonctionnaires, magistrats et autres membres d'autorités sont assez généralement soumis au système objectif susdécrit. La limite d'âge

est fixée très souvent en fonction de l'âge de la retraite au sens de l'art. 21 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10), certaines catégories ne devant toutefois cesser leur activité qu'à l'âge de 70 ans (pour les membres de l'exécutif et du législatif, cf. infra). En effet, les fonctionnaires neuchâtelois doivent cesser leur activité lorsqu'ils arrivent à l'âge fixé par la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants pour l'ouverture du droit à une rente de vieillesse simple (art. 38 de la loi du 28 juin 1995 sur le statut de la fonction publique). Il en va de même des magistrats du pouvoir judiciaire et de leurs suppléants, les fonctions des jurés cantonaux et des assesseurs de l'autorité tutélaire ne prenant toutefois fin que lorsqu'ils atteignent l'âge de 70 ans (art. 25 al. 4 de la loi du 27 juin 1979 d'organisation judiciaire neuchâteloise). Enfin, les fonctions des présidents, des membres et des secrétaires des commissions cantonales administratives, consultatives, d'examens ou d'experts expirent lorsque les intéressés sont âgés de 70 ans (art. 1er de l'arrêté du Conseil d'Etat du 18 mai 1973 concernant les membres des commissions cantonales administratives, consultatives, d'examens ou d'experts). Au plan fédéral, les rapports de service prennent fin au plus tard à 65 ans révolus (art. 57 al. 1bis de la loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires; RS 172.221.10), même pour les membres des commissions fédérales de recours et d'arbitrage, lorsqu'ils exercent à plein temps (art. 8 al. 2 de l'ordonnance concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage; RS 173.31), et les professeurs des Ecoles polytechniques fédérales (art. 16 al. 1 de l'ordonnance sur le corps des maîtres des EPF; RS 414.142). Les juges fédéraux n'échappent pas davantage à une telle mesure, puisque, selon un gentlemen's agreement entre l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral, ils doivent quitter

leur fonction à un âge déterminé, fixé précédemment à 70 ans et, depuis peu, à 68 ans (EDUARD SCHNEIDER, 150 und 125 Jahre Bundesgericht, Berne 1998, p. 39/40). Il est vrai que les membres des pouvoirs législatifs ou exécutifs, tels que les conseillers d'Etat ou les députés au Grand Conseil ou au Parlement fédéral, ne sont pas soumis à une limite d'âge, mais leur charge est remise en cause à intervalles réguliers indépendamment de leur âge. bb) Certes, contrairement aux fonctionnaires, les notaires ne sont pas salariés et ne bénéficient pas nécessairement d'une pension de

retraite. En ce sens, il n'est pas exclu que la limite d'âge mette dans une situation difficile ceux d'entre eux qui n'ont pas réussi à constituer des ressources suffisantes pour assurer leurs vieux jours, alors que leurs aptitudes leur permettraient de continuer à pratiquer. Toutefois, un fonctionnaire retraité ne touche pas forcément une pension complète. De plus, la nécessité de constituer soi-même sa retraite est la contrepartie des avantages du statut d'indépendant tels que la possibilité d'obtenir des revenus fondés sur le résultat. Il n'est donc pas arbitraire, ni contraire au principe de l'égalité de traitement d'appliquer aux notaires le système objectif auquel sont soumis les fonctionnaires. Par ailleurs, l'âge limite choisi n'est pas davantage contraire à l'art. 4 Cst. En effet, l'âge de 70 ans est un seuil normalement assez élevé pour permettre aux notaires de constituer leur pension de retraite, d'autant que rien n'empêche les intéressés de compléter leurs ressources en poursuivant d'autres activités juridiques. Du reste, si certains fonctionnaires ou magistrats peuvent prolonger leur activité au-delà de 65 ans, cette extension ne dépasse pas les 70 ans, comme on l'a vu plus haut. Certes, le projet de loi du Conseil d'Etat fixait cette limite à 75 ans (rapport susmentionné du 15 mai 1996, p. 26). Toutefois, des discussions serrées ont ensuite eu lieu au Grand Conseil, qui ont abouti à ramener ce seuil à 70 ans (Bulletin du Grand Conseil, séance de relevée du 26 août 1996, p. 942 ss), de sorte que cette délimitation constitue un choix politique dont le Tribunal fédéral n'a pas à remettre en cause l'opportunité. Enfin, s'il est certes schématique, partant, nécessairement rigoureux dans certains cas, le système objectif a l'avantage d'éviter des discussions pénibles avec les intéressés et des décisions délicates. Cette méthode est en outre de nature à assurer la mobilité et le renouvellement nécessaires à un exercice dynamique des fonctions officielles et s'inscrit finalement dans le cadre de la réalité sociale de la retraite, qui, si elle s'impose au premier chef pour les salariés, n'en influence pas moins l'activité professionnelle des personnes de condition indépendante. d) Dès lors, l'art. 62 LN ne viole ni le principe de l'égalité de traitement, ni le principe de l'interdiction de l'arbitraire. Cette disposition, ainsi que les art. 76 lettre a et 101 LN, doivent donc être maintenus et le recours doit être rejeté.