

JURISPRUDENCE

LA FIN DE LA CONDITION DE NATIONALITÉ POUR L'ACCÈS À LA PROFESSION DE NOTAIRE — LE STATUT DU NOTAIRE ET LE DROIT EUROPÉEN

PAR

Benoît KOHL

*Professeur à l'Université de Liège
Professeur invité à l'Université de Paris 2 (Panthéon-Assas)
Avocat au Barreau de Bruxelles*

ET

François ONCLIN

Aspirant F.N.R.S. à l'Université de Liège

I. — Introduction : notariat et liberté d'établissement

1. — Par six (1) arrêts prononcés le 24 mai 2011 (2), la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), réunie en grande chambre, a considéré que la condition de nationalité imposée par certains États membres pour

(1) En réalité, sept arrêts ont été rendus relativement à l'activité notariale et le droit européen. Dans un septième arrêt, la Commission reprochait au Portugal de ne pas avoir transposé la Directive 89/48 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans. Ce grief était également formulé à l'égard de l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Luxembourg et la Grèce, mais le moyen fut, en ce qui les concerne, déclaré non fondé. Cette question est étudiée plus loin dans cette contribution (cf. n° 18).

(2) C.J.U.E., C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*; C.J.U.E., C-50/08, *Commission c. République française*; C.J.U.E., C-51/08, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg*; C.J.U.E., C-53/08, *Commission c. République d'Autriche*; C.J.U.E., C-54/08, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*; C.J.U.E., C-61/08, *Commission c. République hellénique*.

l'accès à la profession de notaire violait le droit (européen) à la liberté d'établissement (3). Ces arrêts font suite à une action en manquement initiée par la Commission européenne cinq ans auparavant, à l'encontre de plusieurs États membres. Alors que certains d'entre eux — l'Italie, l'Espagne et l'Estonie — ont abrogé la condition de nationalité prévue dans leurs législations, six autres États membres — l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Luxembourg, la France et la Grèce — soutenaient que l'activité notariale n'était pas soumise à la liberté d'établissement telle que consacrée par l'article 49 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) (ex-article 43 CE). En effet, selon eux, la profession de notaire relève de l'exception prévue à l'article 51 TFUE (ex-article 45 CE), lequel exonère du droit à la liberté d'établissement «les activités participant [...] à l'exercice de l'autorité publique» (4).

2. — La Cour européenne n'a pas suivi l'argumentation des États défendeurs, et a refusé de qualifier la profession de notaire comme «activité participant à l'exercice de l'autorité publique». L'Avocat Général Cruz-Villalón avait pourtant soutenu que les notaires exerçaient bel et bien une activité liée à l'exercice de l'autorité publique et ce, principalement au travers de leur mission d'authentification (5). S'il était prévisible que cette question

(3) En effet, en ce qui concerne le droit belge, l'article 35, § 3, de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, stipulait que : «Pour pouvoir être nommé candidat-notaire, l'intéressé doit : 1° Être belge et jouir des droits civils et politiques [...]». Suite à la condamnation de la Belgique par l'arrêt C-47/08, cette disposition a été modifiée par l'article 2 de la loi du 14 novembre 2011 (vig. 20 février 2012). Elle s'énonce désormais comme suit : «Pour pouvoir être nommé candidat-notaire, l'intéressé doit : 1° Être belge ou ressortissant d'un État membre de l'Union européenne et jouir des droits civils et politiques [...]».

(4) Art. 51, alinéa 1, TFUE.

(5) Selon l'Avocat Général, «les notaires, par le biais de l'authentification, exercent directement et spécifiquement une activité à caractère public, en ce sens que, par cette activité, ils accordent aux particuliers, par anticipation, une autorisation d'exercice de leur propre droit qu'ils devraient autrement solliciter au cas par cas» (§ 119 de ses conclusions). Fort pertinemment, l'Avocat Général relève que, «À l'évidence, la qualité déterminante de la condition d'autorité publique ne réside pas dans l'exemption de tout contrôle juridictionnel, impossible dans un État de droit, mais dans la présomption renforcée de légitimité dont bénéficient ses propres actes et, en conséquence, un certain niveau d'exigences quant aux conditions requises en vue de leur contrôle» (*Idem, in fine*). Notons que M. Cruz-Villalón refusait cependant en l'espèce l'application de l'exception en raison du caractère disproportionné de la mesure. Pour une critique sur l'application du contrôle de proportionnalité, voy. S. FRANÇOIS, «Les arrêts du 24 mai 2011 : une approche de la notion d'autorité publique au sens du droit européen», *J.T.*, 2012, pp. 19-22, spéc. p. 20.

soit tôt ou tard soumise à l'appréciation du juge européen (6), la réponse demeurerait toutefois incertaine. En effet, l'activité notariale était habituellement regardée comme participant à l'exercice de l'autorité publique, tant par la doctrine (7) que par la jurisprudence (8). Ainsi, il est souvent souligné que le notaire est un officier public qui, quoique subissant un certain contrôle de l'État, reçoit différentes prérogatives de puissance publique (9). Les forces probante et exécutoire conférées aux actes qu'il rédige en seraient d'ailleurs l'expression. En outre, l'exclusion de la profession de notaire du champ d'application de la directive relative aux services dans le marché intérieur du 12 décembre 2006, témoigne de l'incertitude qui régnait à propos de l'application de la liberté d'établissement à cette profession (10). La décision de la Cour a donc pu surprendre (11).

(6) Et ce, depuis que la compatibilité de ces conditions de nationalité avec le droit de l'Union avait été mise en doute. Voy. notamment les propos de D. MARTIN (D. MARTIN, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, spéc. pp. 86-87).

(7) N. POLI, «Les restrictions à la libre circulation dans l'Union européenne et l'activité notariale», *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 561-575, spéc. p. 564; D. FASQUELLE, «Le notaire saisi par le droit communautaire», *Rép. Defrénois*, 2006, pp. 1251-1273.

(8) Voir, par exemple, l'arrêt du Conseil d'État français du 9 juin 2006 (C.E. (fr.), 9 juin 2006, *Grewis, A.J.D.A.*, 2006, p. 1192).

(9) «Les notaires exercent des fonctions qui sont une délégation du pouvoir exécutif. Ils ont le privilège de donner l'authenticité aux actes [...]. Les notaires participent à l'exercice de la puissance publique en conférant force probante et force exécutoire aux actes qu'ils reçoivent» (A. FOBE, «Histoire du notariat», in *Rép. not.*, Tome XI, Livre 1^{er}, Chap. IX, Bruxelles, Larcier, 1973, n° 61). Dans le même sens, voy. Bruxelles, 24 janvier 1941, *Rev. prat. not.*, b., 1941, p. 542; L. RAUCENT, *Fonction et statut des notaires, Droit positif et réformes*, 2^e éd., Louvain-La-Neuve, Cabay, 1986, spéc. n° 57; A. VAN DEN BOSSCHE, «Het notariaat, nog onontbeerlijk?», *Not. Fisc. M.*, 2012/6, pp. 199-208, spéc. p. 200.

(10) Art. 2, alinéa 2, (I) de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, 27 décembre 2006, L 376/36 («La présente directive ne s'applique pas aux activités suivantes: [...] l) Les services fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics»).

(11) Les arrêts commentés ont d'ailleurs été relevés dans plusieurs revues traitant du droit européen. Voy. par exemple A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ, «Marché intérieur (Libre circulation des marchandises, libre prestation de services, droit d'établissement et libre circulation des capitaux) (juillet 2010 — juillet 2011)», *R.T.D.eur.*, 47 (3), juillet-septembre 2011, pp. 577-598, spéc. p. 590-592, n° 4; J.-Y. CARLIER, «La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne», *J.D.E.*, n° 187, 3/2012, pp. 85-92, spéc. p. 92, n° 18-19.

3. — Ces arrêts nous donnent l'occasion de faire le point sur la jurisprudence du juge européen quant à l'article 51 TFUE en général, ainsi que sur son application à la profession de notaire en particulier.

L'intérêt de ces arrêts réside en effet principalement dans la portée de l'exception prévue par l'article 51 TFUE. En effet, après avoir rappelé les grands principes applicables à la liberté d'établissement, la Cour européenne a *systématisé*, et *précisé* sa jurisprudence relative à la notion d'«activité participant à l'exercice de l'autorité publique». Cet éclaircissement était le bienvenu au vu de l'approche extrêmement casuistique adoptée par la Cour dans ses précédents arrêts. C'est pourquoi, dans une première section, nous analysons l'approche du juge européen à propos de l'exception prévue à l'article 51 TFUE (*point II*), pour ensuite exposer les raisons qui ont amené la grande chambre à refuser de l'accorder à l'activité notariale (*point III*). Enfin, il sera fait mention des incidences possibles du droit européen sur le statut des notaires (*point IV*).

II. — Article 51 TFUE : l'exception des activités qui participent à l'autorité publique

A. — UNE APPROCHE ESSENTIELLEMENT NÉGATIVE

4. — Très rapidement après sa création, la Cour européenne a précisé que la notion d'«activité participant à l'exercice de l'autorité publique» devait recevoir une interprétation autonome, dénuée des particularités propres à chaque ordre juridique des États membres (12). Cette position est aisément compréhensible, afin de ne pas priver les dispositions sur la liberté d'établissement de tout effet utile. Cependant, la Cour n'a jamais fourni de définition de cette notion et ce, en dépit de quelques tentatives (13). Dans les affaires commentées, l'avocat général Cruz Villalón avait d'ailleurs plaidé pour un nécessaire approfondissement de la notion d'autorité publique (14). Ainsi, déterminer ce qui est réellement visé par l'article 51 TFUE, implique-

(12) C.J.U.E., C-2/74, *Jean Reyners c. État belge*, § 50 ; C.J.U.E., C-438/08, *Commission c. République portugaise*, § 35.

(13) Voy. les conclusions de l'avocat général H. MAYRAS, 28 mai 1974, C-2/74, spéc. p. 665. Pour lui, l'autorité publique «est celle qui découle de la souveraineté, de l'impérialisme de l'État; elle implique, pour celui qui l'exerce, la faculté d'user de prérogatives exorbitantes de droit commun, de privilèges de puissance publique, de pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens».

(14) Conclusions de l'avocat général C. VILLALÓN, 14 septembre 2011, affaires C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08, §§ 92-106.

rait forcément « de s'appuyer sur une conception prédéterminée du concept d'autorité publique en tant que théorie générale de l'État » (15). Au contraire, la Cour adopte essentiellement une *approche négative* de l'exception prévue à l'article 51 TFUE. En effet, au fil de sa jurisprudence, se sont dégagés une série de critères qui permettent d'identifier les activités qui, aux yeux de la Cour, ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique. C'est donc essentiellement au travers d'un raisonnement *a contrario* qu'il est possible de cerner ce que le juge européen entend par la notion d'« exercice de l'autorité publique ».

5. — Ainsi, selon la Cour, les activités auxiliaires ou préparatoires à l'exercice de l'autorité publique ne bénéficient pas de l'exception prévue à l'article 51 TFUE. Il a par exemple été jugé que le poste de commissaire agréé auprès de l'ancien Office belge de Contrôle des Assurances (OCA) ne bénéficie pas de cette exception en raison du fait qu'il n'exerce qu'un rôle auxiliaire et préparatoire à l'Office qui, lui, prend la décision finale (16). Se voient également refuser l'application de l'exception, les activités qui comportent des contacts, fussent-ils réguliers et organiques, avec des autorités administratives ou judiciaires, mais laissant intact le pouvoir de décision de ces autorités. C'est notamment au travers de ce critère que la Cour a refusé d'octroyer le bénéfice de l'exception à la profession d'avocat (17). Enfin, les activités qui ne comportent pas de pouvoirs décisionnels (18), de contrainte (19) ou de coercition (20), n'entrent pas dans le champ d'application de l'exception. En outre, la reconnaissance d'un pouvoir de décision, de contrainte ou de coercition n'emporte pas *ipso facto* la reconnaissance d'une prérogative d'ordre public : encore faut-il que ce pouvoir revête une certaine qualité. Dès lors, il a été jugé que le pouvoir de certification de contrôle technique pour véhicules automobiles ne rentrait pas dans le champ de l'exception (21).

(15) *Ibid.*, § 92.

(16) C.J.U.E., C-42/92, *Adrianus Thijssen c. Controledienst voor de Verzekeringen*, § 22.

(17) C.J.U.E., C-2/74, *Jean Reyners c. État belge*, §§ 51 et 53.

(18) Par exemple les organismes de contrôle privés en matière de produits issus de l'agriculture biologique (C.J.U.E., C-393/05, *Commission c. République d'Autriche*, §§ 35-37).

(19) Par exemple, les activités de sécurité privée (C.J.U.E., C-114/97, *Commission c. Royaume d'Espagne*, § 37).

(20) Par exemple, les activités d'inspection de véhicules (C.J.U.E., C-438/08, *Commission c. République portugaise*, § 44).

(21) *Ibid.*, §§ 36-45. La Cour constate la supervision directe de l'autorité étatique sur ces organismes et relève ensuite que cette activité ne constitue pas en soi l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

6. — Dans les arrêts commentés, la Cour semble, pour la première fois, mentionner trois critères supplémentaires qui permettent d'exclure certaines activités du champ d'application de l'exception. En effet, après avoir relevé que les notaires exercent leur profession dans des conditions de concurrence (quoiqu'encadrée) (22) et qu'ils sont directement et personnellement responsables (23), la grande chambre souligne le caractère essentiel de l'autonomie de la volonté des parties (24). Comme le souligne L. Defalque, bien que la Cour n'indique pas clairement la place qu'elle octroie à ces éléments, ils ont tout au moins pour objet de distinguer les notaires de l'autorité publique (25). Ce sont ici des précisions qui viennent réduire encore davantage la portée de l'article 51 TFUE.

B. — UNE INTERPRÉTATION STRICTE

7. — Si l'absence de définition de la notion d'autorité publique en fait une notion « floue » (26), l'incertitude juridique qui entoure l'exception prévue à l'article 51 TFUE se voit néanmoins réduite par l'interprétation extrêmement *stricte* adoptée par le juge européen. A tel point que la Cour n'a encore jamais retenu l'application de cet article à une quelconque activité professionnelle (27). En effet, la Cour européenne précise que « seules les activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique » relèvent de l'exception (28). Cependant, ici encore, la Cour n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par participation *directe* et *spécifique*.

(22) C.J.U.E., C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*, § 117.

(23) *Ibid.*, § 118.

(24) *Ibid.*, § 117.

(25) L. DEFALQUE, « Les arrêts du 24 mai 2011 et le droit d'établissement des notaires », *J.T.*, 2012, pp. 15-18, spéc. p. 17.

(26) Selon l'expression utilisée par S. Francq (S. FRANCO, *op. cit.*, spéc. p. 19).

(27) C.J.U.E., C-306/89, *Commission c. République hellénique* (activités d'expertise en matière d'accident de la circulation); C.J.U.E., C-3/88, *Commission c. Italie* (activités concernant la conception, la réalisation d'un logiciel et la gestion des systèmes informatiques); C.J.U.E., C-263/99, *Commission c. Italie* (activités de consultance en matière de circulation et de moyens de transport); C.J.U.E., C-438/08, *Commission c. République portugaise* (activités d'inspection de véhicules), C.J.U.E., C-355/98, *Commission c. Royaume de Belgique* (activités de gardiennage ou de sécurité). Pour d'autres exemples, voy. C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 3^{ième} éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, spéc. pp. 503-504.

(28) C.J.U.E., C-2/74, *Jean Reyners c. État belge*, § 45; C.J.U.E., C-42/92, *Adrianus Thijssen c. Controledienst voor de Verzekeringen*, § 8.

8. — Plus fondamentalement, la Cour de justice observe que l'article 51, premier alinéa, TFUE constitue une « dérogation » à la règle fondamentale de la liberté d'établissement et, par conséquent, retient une interprétation stricte de cette disposition. Il est cependant permis de douter de cette affirmation (29). Avec d'autres (30), nous pensons que cette disposition constitue davantage une exception au champ d'application de la liberté d'établissement, qu'une dérogation à ce même droit. Ainsi, les activités qui participent à l'exercice de l'autorité publique ne tombent tout simplement pas sous le coup du droit consacré par l'article 49 TFUE. Or, la Cour européenne, utilise le terme de dérogation pour justifier une interprétation stricte de l'article 51 TFUE. Il est donc regrettable que la Cour ne distingue pas clairement entre dérogation et exception au champ d'application, au vu des conséquences sur la portée de l'exception prévue à l'article 51, premier alinéa, TFUE (31).

9. — L'interprétation extrêmement stricte — voire restrictive — adoptée par la Cour réduit presque à néant la portée de l'exception prévue par l'article 51, premier alinéa, TFUE. L'exclusion des activités notariales de son champ d'application en constitue peut-être l'illustration la plus marquante. Nous apercevons en effet difficilement quelles activités professionnelles exercées par des professions non salariées seraient investies des pouvoirs requis par le juge européen (32). Si la Cour veille — au travers du caractère autonome du concept d'« exercice de l'autorité publique » — à octroyer un effet utile aux dispositions relatives à la liberté d'établissement, elle vide toutefois — au travers de l'interprétation très stricte du concept — l'exception prévue par l'article 51 TFUE de toute utilité.

(29) C.J.U.E., C-147/86, *Commission c. République hellénique*, § 7 ; C.J.U.E., C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*, § 84.

(30) Ch. GUILLARD, « Le refus de la Cour de justice de voir dans les activités notariales une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique : une analyse réductrice du rôle des notaires en France », *Revue des affaires européennes*, 2011, pp. 451-473, spéc. p. 459 ; F. PICOD, « Les activités notariales ne participent en rien à l'exercice de l'autorité publique », *JCP G*, 30 mai 2011, 22, p. 661.

(31) C'est également la raison pour laquelle nous trouvons contradictoire toute application du principe de proportionnalité à l'article 51 TFUE — comme l'avait pourtant suggéré l'avocat général Cruz Villalón dans ses conclusions (Conclusions de l'avocat général C. VILLALÓN, 14 septembre 2012, affaires C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08, §§ 83-86). Comme le note pertinemment S. FRANÇO, « on ne peut à la fois prétendre que les activités visées par l'article 51 TFUE sont placées hors de la portée du Traité et soumettre les mesures étatiques qui y sont relatives à un test de proportionnalité » (S. FRANÇO, *op. cit.*, spéc. p. 20).

(32) Dans le même sens, voy. Ch. GUILLARD, *op. cit.*, spéc. pp. 461-462.

C. — UNE APPROCHE FONCTIONNELLE

10. — Afin d'apprécier si l'exception prévue par l'article 51, premier alinéa, TFUE trouve à s'appliquer, la Cour a essentiellement égard à la nature des activités exercées, plutôt qu'au statut spécifique d'une profession (33). La Cour européenne privilégie donc une *approche fonctionnelle*. Dès lors, le statut d'autorité publique qui serait conféré à une profession non salariée quelconque dans un ordre juridique national n'importe pas aux yeux de la Cour. Par le passé, le juge européen a également précisé que les activités liées à l'exercice de l'autorité publique devaient être réalisées de manière habituelle et substantielle, afin de pouvoir bénéficier de l'exception (34). Cependant, cette exigence nous semble être en contradiction avec le Traité lui-même qui précise que l'exception est accordée aux activités qui participent, *même à titre occasionnel*, à l'exercice de l'autorité publique.

11. — Dans les arrêts commentés, la Cour de justice conserve son approche fonctionnelle. La Cour a en effet essentiellement égard aux seules activités réellement exercées par le notaire (35). Toutefois, on observe une légère brèche dans la jurisprudence européenne, puisqu'il n'est pas fait totalement abstraction du statut du notaire dans le raisonnement de la grande chambre. Il est en effet fait référence aux conditions de concurrence dans lesquelles l'activité notariale est exercée d'une part, et à la responsabilité directe et personnelle qui pèse sur les notaires d'autre part.

12. — Par ailleurs, ce n'est pas parce qu'une profession est amenée à exercer certaines activités liées à l'exercice de l'autorité publique, que la profession toute entière bénéficie de l'exception prévue par l'article 51 TFUE. En réalité, lorsqu'une activité participant à l'autorité publique est détachable de la profession elle-même, seule cette activité peut être réservée aux nationaux. Tel serait par exemple le cas d'un avocat amené à siéger en tant que juge tout en poursuivant l'exercice de sa profession initiale (36).

Bien que n'étant plus posée aujourd'hui, la question de savoir si les activités notariales d'authentification — traditionnellement reconnues comme liées à l'autorité publique jusqu'à la décision de la Cour dans l'arrêt commenté (37) — sont détachables des autres activités exercées par un notaire,

(33) C.J.U.E., C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*, § 88.

(34) C.J.U.E., C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contre Administración del Estado*, § 50.

(35) C.J.U.E., C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*, §§ 88-115.

(36) K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, 3^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 2001, spéc. p. 256.

(37) Voy. les références citées *supra* à la note 9.

faisait débat (38). Selon nous, soutenir que tel pourrait en être le cas nous semblerait difficile. En effet, les prérogatives liées à l'authenticité sont centrales dans la fonction du notaire. Les actes d'un notaire qui seraient dépourvus de forces probante et exécutoire rendraient tout recours à celui-ci nettement moins attrayant. Par ailleurs, dans certains cas, c'est l'exercice même d'activités non liées à l'exercice de la mission publique d'authentification qui poserait problème. Tel est par exemple le cas de la négociation immobilière. La Cour de cassation belge a en effet considéré qu'une des conditions posée aux notaires qui pratiquent cette activité, afin de ne pas tomber sous le coup de l'interdiction d'exercice d'une activité commerciale et de ne pas porter atteinte au monopole des agents immobiliers, est qu'elle reste *accessoire* à la fonction d'authentification (39). La mission d'authentification du notaire joue donc un rôle crucial dans l'activité notariale, de sorte que la plupart de ses autres activités n'en paraissent guère détachables.

III. — L'exclusion des activités notariales de l'article 51 TFUE

13. — Après avoir exposé sa vision à propos de l'article 51 TFUE, la grande chambre analyse si les activités notariales peuvent être considérées comme participant à l'exercice de l'autorité publique. Après les avoir examinées une après l'autre, la Cour conclut que les activités exercées par le notaire ne participent pas, ni directement ni spécifiquement, à l'exercice de l'autorité publique. La décision du juge européen surprend dans la mesure où l'on enseigne traditionnellement que le notaire agit avec le concours de prérogatives de la puissance publique (40).

14. — Il n'était contesté, ni par la Commission ni par les États défendeurs, que l'établissement d'actes authentiques constitue l'activité notariale principale. Selon la Cour, les prérogatives attachées aux actes authentiques — date certaine, force probante et force exécutoire (41) — ne sont toute-

(38) En faveur d'un détachement, voy. J.-C. SÉCHÉ, «Guide des professions dans l'optique du Grand Marché», 2^e éd., Bruxelles, Office des publications des Communautés européennes, 1994. En défaveur d'un détachement, voy. N. POLI, *op. cit.*, spéc. p. 568.

(39) Cass. (1^{re} ch.), 11 juin 2010, *J.T.*, 2010, p. 536. Sur ce point, voy. B. KOHL, «Notariat et courtage immobilier : soleil à l'horizon», *J.T.*, 2010, pp. 529-532.

(40) Voy. les références citées *supra* à la note 9.

(41) M. RENARD-DECLAIRFAYT, «Force probante et force exécutoire des actes notariés», in *Rép. not.*, t. XI, Livre VI, Bruxelles, Larcier, 1983; A. MICHELSENS et P. DE DECKER, «De notaris in Europa: vrijgevochten maar ook vrij gevestigd?», note sous C.J.U.E., 24 mai

fois pas de nature à faire bénéficier les notaires de l'exception prévue par l'article 51 TFUE. La Cour soutient en effet que «l'activité d'authentification conférée aux notaires ne comporte pas [...], en tant que telle, une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique» (42). Pour arriver à cette conclusion, la Cour insiste sur deux éléments. D'une part, elle met l'accent sur l'autonomie des parties. Ainsi, le rôle du notaire se limiterait à authentifier la libre volonté des parties (43). D'autre part, la Cour souligne que le notaire exerce cette mission d'authentification en poursuivant l'objectif général de la légalité et de la sécurité juridique. Et la Cour d'en inférer que «le fait d'agir en poursuivant un objectif d'intérêt général ne suffit pas, en soi, pour qu'une activité donnée soit considérée comme participant [...] à l'exercice de l'autorité publique» (44).

15. — La motivation de la Cour n'emporte pas notre conviction.

Sur le second point d'abord, le raisonnement de la grande chambre nous paraît critiquable. Ce n'est en effet pas parce que l'objectif poursuivi est qualifié de raison d'intérêt général que le bénéfice de l'article 51 TFUE doit être refusé aux activités qui le poursuivent. Au contraire, il convient d'avoir égard aux moyens mis à disposition d'une profession — en l'espèce, les notaires — dans le but d'atteindre cet objectif. Dans le cas où ces moyens sont dotés de prérogatives de puissance publique, le bénéfice de l'exception devrait être accordé.

Ensuite, la mise en avant, comme jamais auparavant (45), du critère de l'autonomie des parties, ne convainc pas en ce qui concerne la profession notariée. En effet, si le libre choix du notaire demeure la règle (46), il ne faut pas perdre de vue que ce droit se trouve principalement limité aux dossiers non-contentieux (47). Par ailleurs, la grande chambre balaye les arguments relatifs à la force probante et à la force exécutoire. Pour elle, la force probante relève du régime des preuves et n'a pas d'incidence sur la

2011, *Not. Fisc. M.*, 2011, pp. 211-220, spéc. p. 213 (cette contribution est également publiée en français dans *la Revue du notariat* : A. MICHIESENS et P. DE DECKER, «Le notaire en Europe : affranchi, mais également librement établi?», *Rev. not. b.*, 2012, pp. 82-101).

(42) C.J.U.E., C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*, § 92.

(43) *Ibid.*, §§ 90-91.

(44) *Ibid.*, § 96.

(45) S. FRANCO, *op. cit.*, spéc. p. 21.

(46) Voy. par ex. A. DE BOUNGNE, «De vrije keuze van de notaris, een recht voor partijen, een gegeven voor de notarissen», *T. Not.*, 1981, pp. 129-135.

(47) Comme le souligne A. Van Den Bossche, «Zodra de rechter inzake komt, is de keuze van partijen niet meer vrij en moet men vertrouwen stellen in de notaris die door de rechter wordt vertrouwd» (A. VAN DEN BOSSCHE, *op. cit.*, p. 202).

question de savoir si l'activité comportant l'établissement de l'acte constitue une participation à l'exercice de l'autorité publique (48). De même, la Cour considère que la force exécutoire ne repose que sur la volonté des parties de passer une convention (49). Sur ce point, le juge européen omet de préciser que la conclusion d'un acte notarié est souvent hautement recommandée, voire même parfois obligatoire (50).

16. — Concernant les missions confiées au notaire dans le cadre des saisies-exécutions immobilières, la Cour relève qu'elles sont exercées sous la surveillance du juge des saisies (art. 1560 et s. C. jud.). En effet, en cas de contestation, le notaire est tenu de dresser un procès-verbal et de renvoyer la question au juge. Ces considérations amènent la Cour à conclure que cette activité notariale ne participe pas non plus à l'exercice de l'autorité publique. Les mêmes observations sont formulées à l'égard des missions du notaire dans le cadre de certaines ventes d'immeubles (art. 1180 et s. C. jud.), d'inventaires de succession, de communautés ou d'indivisions, ainsi qu'en matière de scellés (art. 1184 C. jud.), de partage judiciaire (art. 1207 et s.; 1225 C. jud.) ou de procédure d'ordre faisant suite à une vente publique (art. 1639 C. jud.). Pour chacune de ces missions, la Cour souligne que, en cas de contestation, le pouvoir de décision final appartient au pouvoir judiciaire.

17. — Par ailleurs, la Cour européenne considère que le fait que certaines opérations juridiques nécessitent, sous peine de nullité, la passation d'un acte authentique, n'est pas pour ce seul fait de nature à leur conférer le bénéfice de l'article 51 TFUE (51). Aussi, et à juste titre, le juge européen indique que le fait que certains règlements européens excluent de leur champ d'application la profession de notaire ne préjuge pas de leur inclusion dans l'article 51 TFUE. D'ailleurs, à cet égard, rappelons que le droit primaire prime toujours le droit dérivé.

(48) C.J.U.E., C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*, § 100.

(49) *Ibid.*, § 103.

(50) Cf. *infra*.

(51) Telles que les donations entre vifs (art. 931 C. civ.), les contrats de mariage (art. 1392 C. civ.), les actes de constitution de sociétés, d'associations et de fondations (art. 66 C. soc.).

IV. — Le statut du notaire mis en cause par le droit européen ?

18. — Dans son second grief, la Commission reprochait à plusieurs États membres, dont la Belgique, de ne pas avoir transposé la directive 89/48 en ce qui concerne la profession de notaire (52). Cette directive, aujourd'hui abrogée (53), visait à établir un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur concernant des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans. La Cour juge cependant le moyen non fondé en raison de la situation d'incertitude qui régnait quant à l'application de cette directive à la profession de notaire. La Cour tient donc compte du contexte législatif dans lequel la directive fut adoptée. La directive 89/48 précisait d'ailleurs, dans son douzième considérant, que le système de reconnaissance instauré « ne préjuge en rien l'application [...] de l'article [51 TFUE] ». Cette précision tendait à laisser croire que les activités relevant de cette disposition ne tombaient pas dans le champ d'application de la directive. Cette impression est encore renforcée, spécialement en ce qui concerne la profession notariale, par la directive 2005/36 (54).

19. — Le rejet du second grief par la Cour européenne ne préjuge pas, selon nous, de l'obligation pour les États membres de transposer la directive 2005/36 relativement à la profession de notaire (55). En effet, la Cour n'affirme pas qu'elle n'est pas applicable à la profession de notaire. Cependant, la Cour ne s'étant pas prononcée sur cette question, une incertitude subsiste sur l'*étendue* des obligations qui incombent aux États membres. Néanmoins, comme le souligne H. Casman, il semble indiscutable qu'il faille donner accès au concours organisé par les commissions de nomination du notariat,

(52) Directive 89/48 du 21 décembre 1988 relative à un système de reconnaissance générale des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (*J.O.U.E.*, 24 janvier 1989).

(53) Directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (*J.O.U.E.*, 30 septembre 2005). Voir spéc. le considérant n° 9. Cette directive a été transposée en Belgique par une loi du 13 décembre 2007 (voy. entre autres : B. KOHL, « La loi du 13 décembre 2007 instaurant un nouveau cadre général pour la reconnaissance des qualifications professionnelles », *R.D.C.*, 2008/6, pp. 96-98).

(54) Au considérant n° 41 de la directive 2005/36/CE, il est précisé que « la présente directive ne préjuge pas l'application de l'article [51 TFUE], notamment en ce qui concerne les notaires » (nous soulignons).

(55) Dans le même sens, voy. l'analyse de H. Casman (H. CASMAN, « Les arrêts du 24 mai 2011 et l'accès à la profession de notaire en Belgique », *J.T.*, 2012, pp. 23-26, spéc. p. 25). Sur cette interrogation, voy. également P. VAN ELSUWEGE, « Nationaliteitsvereiste notaris is in srijd met EU-recht », *Juristenkrant*, nr. 231, 2011, p. 1.

aux citoyens de l'Union (56). En outre, il est fort probable que l'exigence d'obtention d'un diplôme de master en notariat *d'une université belge*, tel que prévu par deux lois du 30 décembre 2009 (57), puisse également être considérée comme une entrave au droit européen (58). Telle avait d'ailleurs été la position soutenue par la Commission européenne dans son action en manquement à l'égard du Portugal (59). Cette position peut s'appuyer sur la lecture combinée des articles 13, § 1^{er} et 14, § 3 de la directive 2005/36 : lorsque l'exercice d'une profession exige une connaissance précise du droit national, l'État membre d'accueil ne peut prescrire qu'un stage d'adaptation ou une épreuve d'aptitude. Il ne peut donc exiger que le candidat ait obtenu son diplôme auprès d'une institution d'enseignement nationale. Naturellement, cette règle ne vaut que dans l'hypothèse de niveaux de qualifications professionnelles jugés équivalents (60).

Par ailleurs, le stage notarial semble également dans le collimateur de la Commission. Dans l'arrêt en manquement l'opposant au Portugal, elle a en effet soutenu que l'organisation du stage notarial enfreint la directive 2005/36, en ce qu'il constitue à la fois un stage d'adaptation et une épreuve d'aptitude (alors que l'article 49, § 3, de la directive 2005/36 interdit ce cumul). Ce raisonnement ne nous paraît toutefois pas pouvoir être transposé

(56) Voy. H. CASMAN, *Précis du notariat*, coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 74.

(57) Voy. l'art. 3 des lois du 30 décembre 2009 mettant en équivalence le grade de master en droit, master en notariat, master en droit social et respectivement une licence ou un doctorat en droit, une licence en notariat, une licence en droit social (*M.B.*, 18 janvier 2010). Cette disposition précise que « pour l'application d'exigences légales ou réglementaires [...], est mis en équivalence d'un licencié en notariat, le titulaire du diplôme de master en notariat *obtenu auprès d'une université belge* ».

(58) Dans le même sens, voy. les articles 35, § 2 et 39 § 2 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, qui font de la langue du diplôme de licencié — lire désormais « du diplôme de master en notariat *obtenu auprès d'une université belge* » — le critère de détermination du rôle linguistique auquel appartiendra le récipiendaire (en ordre de stage) du concours pour le classement des candidats-notaires. De même, en application de l'article 36, § 2 de la même loi, lu en combinaison avec l'article 3 des lois du 30 décembre 2009, le temps du stage ne commence à courir qu'à partir du moment où l'intéressé a obtenu le diplôme de master en notariat *obtenu auprès d'une université belge*.

(59) La Commission estime que cette exigence est « contraire aux articles 13, paragraphe 1, et 14, paragraphe 3, de [la directive 2005/36] puisqu'elle interdirait aux titulaires de licences en droit délivrées par des universités d'autres États membres ou de titres universitaires qui ne sont pas considérés comme équivalents d'exercer la profession de notaire au Portugal » (C.J.U.E., C-52/08, *Commission c. République portugaise*, § 29).

(60) Voy. l'article 11 de la directive 2005/36.

de manière pure et simple à la situation existant en Belgique, où le stage notarial ne constitue pas, en lui-même, une épreuve d'aptitude (61).

20. — Au-delà de l'ouverture de la profession notariale aux citoyens de l'Union, c'est le statut même du notaire qui semble donc mis en cause par le droit européen. Ainsi, en 2002 déjà, la Commission avait-elle remis en cause — outre les discriminations basées sur la nationalité (62) — les limitations établies par certains États membres, relatives à la publicité concernant certaines professions libérales, en particulier la profession de notaire (63). Mais les reproches de la Commission européenne ne s'arrêtent pas là. De manière plus générale, c'est l'excessive réglementation de la profession notariale qui est pointée du doigt. Dans un rapport publié en 2005, la Commission prône davantage de dérégulation concernant cette profession (64).

L'enjeu réside donc dans l'éventuelle application — comme le soutient la Commission — du droit européen de la concurrence aux professions notariales. La Commission peut désormais s'appuyer sur les arrêts commentés de la Cour européenne, laquelle a expressément affirmé, certes de manière quelque peu raccourcie, que « dans les limites de leurs compétences territoriales respectives, les notaires exercent leur profession [...] dans des conditions de concurrence » (65).

Néanmoins, dans ces arrêts, la Cour a également affirmé fort heureusement que les objectifs poursuivis par les activités notariales constituent une raison impérieuse d'intérêt général qui permettrait de justifier *certaines* restrictions à l'article 49 TFUE. En effet, comme le remarque la Cour, « le fait que les activités notariales poursuivent des objectifs d'intérêt général, qui visent notamment à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, constitue une raison impérieuse d'intérêt général qui permet de justifier d'éventuelles restrictions à l'article [49 TFUE] découlant des spécificités propres à l'activité notariale, telles que l'encadrement dont les notaires font l'objet au travers des procédures de recrutement qui leur sont

(61) Au contraire de la situation prévalant au Portugal, où le stagiaire ne peut prendre part à l'examen final que si son maître de stage a estimé qu'il est apte à exercer la profession de notaire.

(62) COM(2002) 441 final, « Rapport de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen. L'état du marché intérieur et des services », Bruxelles, 30 juillet 2002, spéc. p. 31.

(63) *Ibid.*, p. 29.

(64) COM(2005) 405 final, « Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions », Bruxelles, 5 septembre 2005, spéc. p. 9.

(65) C.J.U.E., C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*, § 117.

appliquées, la limitation de leur nombre et de leurs compétences territoriales ou encore leur régime de rémunération, d'indépendance, d'incompatibilités et d'inamovibilité» (66). Encore faut-il que celles-ci rencontrent les tests d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité. Si les règles relatives à la compétence territoriale et à la connaissance des langues ne semblent pas poser problème (67), la question reste ouverte pour celles relatives à la limitation de leur nombre, au régime de rémunération, aux procédures de recrutement et aux incompatibilités.

V. — Conclusion

21. — Il est désormais acquis (68) que l'accès à la profession de notaire ne peut plus être limité aux seuls ressortissants nationaux d'un État membre. Si l'on peut se réjouir que les candidats-notaires aient la possibilité de jouir de la liberté d'établissement dans un autre État membre de l'Union, la jurisprudence du juge européen à l'égard de l'article 51 TFUE n'en demeure pas moins critiquable. En adoptant une interprétation excessivement stricte de la notion d'autorité publique, la Cour vide cette disposition de toute utilité. On a en effet du mal à imaginer des professions non salariées qui, dans l'état actuel des choses, pourraient encore rencontrer les critères contraignants exigés par la Cour pour se voir appliquer cette exception.

22. — Par ailleurs, à nos yeux, les activités notariales auraient dû être considérées comme participant à l'exercice de l'autorité publique et ce, essentiellement au travers de leur mission principale d'établissement d'actes authentiques.

En effet, c'est avant tout eu égard aux moyens utilisés — des prérogatives de puissance publique — et non en fonction des objectifs poursuivis — des raisons impérieuses d'intérêt général — que l'exception d'activités participant à l'exercice de l'autorité publique doit s'analyser. Décider le contraire revient à supprimer la portée de l'article 51 TFUE. Au delà de cette question, le statut général du notaire semble mis en cause par le droit

(66) *Ibid.*, § 97.

(67) Voy. H. CASMAN, *op. cit.*, spéc. p. 25.

(68) Dans le prolongement des arrêts commentés, la Commission a classé, 26 avril 2012, la procédure d'infraction à l'égard de la Grèce. Elle l'avait déjà classée auparavant à l'égard des cinq autres États incriminés. En droit belge, l'article 35, § 3, 1°, de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat a d'ores et déjà été modifié par l'article 2 de la loi du 14 novembre 2011, qui étend l'accès à la profession de notaire aux ressortissants des États membres de l'Union européenne (vig. 20 février 2012).

européen (notamment de la concurrence). La Commission tente en effet de remettre en cause diverses réglementations qui encadrent cette profession. C'est principalement au travers des concepts de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité, que la Cour européenne pourra se prononcer sur la question. Une affaire à suivre...