

(Siège : M. J. L. da Cruz Vilaça, prés., M. A. Tizzano, rapp., Mme M. Berger, MM. A. Borg Barthet et F. Biltgen, juges; av. gén. : M. M. Szpunar; Plaid. : MM^{es} W. L. Weh et S. Harg.)

OBSERVATIONS. — Le registre foncier autrichien est, comme l'allemand, constitutif de droits : seule l'inscription à ce registre opère le transfert de la propriété qu'elle relate. Le registre n'existe donc pas aux seules fins de publicité, mais de constitution même du droit. Sous cette réserve, le registre autrichien est organisé de la même manière que le registre belge : il n'est accessible qu'aux actes notariés ou judiciaires (en Belgique, article 2, alinéa 1^{er}, loi hyp.). C'est ce dont se plaignait une ressortissante autrichienne établie en Autriche qui avait fait légaliser sa signature, au bas d'un document dont elle sollicitait l'inscription au registre foncier autrichien, par un avocat tchèque, conformément au droit en vigueur dans ce dernier pays. D'après la plaignante, il y avait dans la restriction imposée par le droit autrichien (réserver l'accès du registre foncier aux seuls actes notariés ou judiciaires, à l'exclusion des actes d'avocat) une atteinte injustifiée à la libre prestation de services dans l'espace européen, et en particulier à celle des avocats (1). La Cour confirme que la réglementation autrichienne constitue une restriction à la libre prestation de services (points 50 à 52), mais elle estime cette restriction à la fois justifiée et proportionnée (points 53 à 71). Justifiée, car elle poursuit une raison impérieuse d'intérêt général, savoir « la sécurité juridique des transactions immobilières ainsi que le bon fonctionnement du livre foncier » qui se rattachent, « de manière plus générale », « à la protection de la bonne administration de la justice » (point 59) (2). Proportionnée, puisque « le fait de réserver les activités liées à l'authentification des actes portant sur la création ou le transfert de droits réels immobiliers à une catégorie particulière de professionnels, à laquelle s'attache une confiance publique et sur laquelle l'État membre concerné exerce un contrôle particulier, constitue une

(1) C'est la raison pour laquelle la Cour suprême d'Autriche avait posé aussi à la Cour de justice la question de la compatibilité de la réglementation autrichienne avec l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 2, de la directive 77/249/CEE du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats. Cet aspect de la décision ne nous intéresse cependant pas, puisque la Cour de justice estime cette disposition inapplicable en l'espèce. Seule subsiste la question — plus fondamentale — de la compatibilité de la loi autrichienne avec l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui contient le principe de libre prestation de services lui-même. La Cour précise dans les points 34 et 35 de l'arrêt (non publiés ci-dessus) que ce principe procède d'une double liberté : celle, pour le prestataire de services, de se rendre dans l'État membre dans lequel le destinataire est établi pour y fournir ses services et celle, qui était en cause en l'espèce, pour le destinataire de services de se rendre dans un autre État membre pour y jouir des services qui y sont rendus sans que ni les uns, ni les autres, n'encourent de ce point de vue « aucune restriction ».

(2) « La tenue du livre foncier constitue (...) une composante essentielle de l'administration préventive de la justice en ce sens qu'elle vise à assurer une bonne application de la loi et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, qui relèvent des missions et des responsabilités de l'État » (point 58).

mesure appropriée pour atteindre les objectifs [susdits] » (point 65). De l'aveu même du Gouvernement tchèque, la certification par un avocat tchèque de signatures apposées sur un acte, quoique conforme à la législation tchèque, n'est par ailleurs pas comparable à l'activité d'authentification effectuée par des notaires. Ériger pareil acte en un acte authentique, au sens de la législation autrichienne, comporterait dès lors une erreur de raisonnement, puisqu'il conférerait à cet acte, en Autriche, « une force différente de celle qu'elle pourrait avoir » même dans son État d'origine, ce qui n'est pas logiquement concevable (point 68). Les activités des notaires et celles des avocats ne se comparent en somme pas, et cela suffit à construire le statut original du notariat (point 66). L'arrêt est, par la netteté et la précision de ses affirmations, essentiel, non seulement pensons-nous pour le notariat des pays qui, comme l'Autriche ou l'Allemagne, confèrent un effet constitutif aux inscriptions du livre foncier mais aussi pour celui des États qui, comme la Belgique ou la France, y attachent un simple effet de publicité. La publicité, en effet, rendant les droits réels opposables aux tiers et leur permettant de prendre rang utile à l'égard des tiers de bonne foi, participe de « la sécurité juridique des actes conclus entre particulier » mise en exergue par la Cour comme une raison impérieuse d'intérêt général aux points 58 à 60, sans qu'une distinction doive être faite entre les inscriptions constitutives de droit et les simples transcriptions (3). Le positionnement des notaires d'Europe en sort renforcé — l'arrêt, écrit M. Nourissat, est de ce point de vue « une contribution jurisprudentielle majeure à l'idée même d'un notariat européen », et même « une reconnaissance éclatante des activités notariales réservées » (4). S'il en est ainsi, c'est à notre estime parce que cet arrêt s'appuie expressément sur le *dictum* contenu dans les arrêts du 24 mai 2011 rendus au sujet de la condition de nationalité, qu'il vient préciser et compléter ou mieux encore, appliquer. Ce *dictum* — prononcé à l'occasion d'un recours en manquement et non d'une « simple » décision d'interprétation préjudicielle, toujours affaire d'espèce — forme à nos yeux le socle solide de cette jurisprudence et de celle qui pourra encore venir en cette matière : « 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 » aux libertés qui découlent des traités, pourvu que ces restrictions soient non discriminatoires, nécessaires à la poursuite de ces

(3) Voy. le point 58 déjà cité à la note qui précède et, dans le même sens, C. NOURISSAT, « Quand la Cour de justice reconnaît les activités réservées des notaires ... », *Defrénois*, 2017, pp. 647 et s.) qui estime que la restriction vantée pourrait être justifiée en tout État membre, quelle que soit la manière dont le registre foncier y est organisé concrètement et l'objectif au service duquel il se met, dès l'instant qu'elle y est indispensable à la « cohérence » du système juridique — ce qui, précise l'auteur, appelle de la part du monde notarial « une nécessaire vigilance à l'égard de toute mesure — même en apparence anodine — qui pourrait attenter à cette cohérence » (p. 650).

(4) *Ibid.*, pp. 647 à 651.

objectifs et proportionnées à cette fin, ce qui était le cas en l'espèce (voy. l'arrêt rendu en cause de la Belgique, *cette revue*, 2011, p. 602, point 97, dont les termes sont cités expressément au point 60 de l'arrêt commenté). Cette jurisprudence est d'autant plus remarquable qu'elle vient compléter des arrêts déjà fermement établis par lesquels s'est construite une définition européenne de l'acte authentique, complétée par un positionnement original du notaire dans le droit de l'exécution paneuropéenne (rapp. CJUE, 1^{er} octobre 2015, aff. C-32/14, *ERSTE Bank Hungary Zrt c/ Attila Sugar*, *cette revue*, 2016, pp. 331 et s., obs. J.-L. V. B.).

Jean-Louis VAN BOXSTAEL

I. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. — PROCURATION À L'EFFET DE CONSTITUER HYPOTHÈQUE SUR UN IMMEUBLE FRANÇAIS DONNÉE DEVANT UN NOTARY PUBLIC AUSTRALIEN. — AUTHENTICITÉ (NON). — NULLITÉ DE L'HYPOTHÈQUE ET DES POURSUITES. — II. ACTE ÉTRANGER. — ACTE REÇU PAR UN NOTARY PUBLIC AUSTRALIEN. — ACTE AUTHENTIQUE. — ÉQUIVALENCE (NON).

Justifie légalement sa décision la juridiction d'appel qui, en considération de la traduction du certificat dressé par un notary public australien et après avoir constaté qu'il avait simplement apostillé la procuration à l'effet de constituer hypothèque, reçue d'un notaire français, en a déduit que cet acte ne revêtait pas les solennités requises en France pour un acte authentique, dès lors que la forme suivie n'était pas équivalente à celle du droit français quant à la protection de la caution hypothécaire.

Cass. fr., (1^{re} ch. civ.), 14 avril 2016 (arrêt n° 441)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 22 janvier 2015), que, par acte notarié du 12 juillet 2010, la société Monte Paschi banque (la banque) a consenti à M. X... (le débiteur) un découvert en compte garanti par une hypothèque inscrite sur un bien indivis, en pleine propriété, entre l'emprunteur et ses deux enfants, lesquels se sont portés cautions solidaires et hypothécaires du remboursement du prêt (les cautions hypothécaires); que, lors de la signature de l'acte authentique, Mme X..., caution hypothécaire, était représentée par son frère en vertu des pouvoirs qu'elle lui avait conférés suivant procuration reçue par un notary