

Les arrêts du 24 mai 2011 : une approche de la notion d'autorité publique au sens du droit européen

Le 24 mai 2011, la Cour de justice a rendu six arrêts sur recours en manquement relatifs à la condition de nationalité encore imposée dans certains États membres pour l'accès à la profession de notaire¹. La Belgique, la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce et le grand-duché de Luxembourg sont concernés par ces affaires. Une septième décision vise le défaut de transposition par le Portugal de la directive 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles. Le défaut de transposition de cette directive ou de la directive antérieure (la directive 89/48) faisait l'objet d'un second grief à l'égard de cinq des six premiers États membres.

Ces arrêts, aussi importants que prévisibles², permettent d'approcher une notion floue en droit européen. Comme l'a relevé le professeur Defalque dans cette édition spéciale, le point central des arrêts concerne l'interprétation d'une disposition du Traité CE (aujourd'hui Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ou T.F.U.E.) qui déroge à l'application des règles relatives la liberté d'établissement à propos des activités participant à l'exercice de l'autorité publique, l'article 45 CE, devenu article 51 TFUE. L'argumentation tant de la Commission que des États membres concernés, se fondait, en sens opposé, sur la notion d'exercice de l'autorité publique, alors que l'avocat général relevait d'emblée que la notion se réfère à « un corps étranger dans la phénoménologie de l'autorité publique moderne »³. C'est dire si cette notion, approchée jusqu'à présent par la Cour d'une manière volontairement casuistique, mérite réflexion. La présente contribution se consacre à cet effort, les affaires ayant déjà été présentées de manière générale et du point de vue de la fonction de notariat par les autres auteurs de ce numéro spécial⁴.

L'ambiguïté affectant l'ancien article 45 CE, devenu article 51 TFUE, est double. Elle concerne premièrement la fonction de cette disposition qui prévoit que certaines activités sont « exceptées de l'application des dispositions » du chapitre relatif à la liberté d'établissement (I) : s'agit-il de l'intervention d'une exception dans l'application de la liberté d'établissement ou d'une limitation du champ d'application de la liberté d'établissement ? Elle se manifeste ensuite dans le contenu même de la disposition (II) : est-il possible de dégager de la jurisprudence de la Cour, et en particulier des arrêts du 24 mai 2011, une définition ou des critères permettant d'identifier les activités participant à l'exercice de l'autorité publique ? L'importance pratique de ces considérations est non négligeable : l'abolition de la condition de nationalité relative à l'accès à la profession de notaire résulte directement de la réponse fournie à celles-ci. Les onze arrêts rendus depuis l'année 2000 en relation avec cette disposition (pourant « héritée du passé », comme le souligne l'avocat général dans les affaires sous-rubrique⁵) témoignent également de l'actualité de ces questionnements⁶.

I. La fonction de l'article 51 TFUE

La formulation de l'article 51 TFUE pousse à s'interroger sur sa fonction. Cette disposition précise en effet que : « sont exceptées de l'application du présent chapitre (...) les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ». La portée de cette disposition relative à la liberté d'établissement et de prestation de services est moins précise que celle de son équivalent en matière de libre circulation des travailleurs qui prévoit que « les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'ad-

ministration publique »⁷. Là où l'article 45, § 4, TFUE évoque clairement l'inapplicabilité des dispositions du Traité relatives à la circulation des travailleurs, l'article 51 TFUE peut prêter à confusion. Ces activités, « exceptées de l'application » des dispositions relatives à l'établissement et à la prestation de services, sont-elles placées hors du domaine d'application du Traité ou font-elles l'objet d'une exception alors que le Traité leur est *a priori* applicable ?

La question peut sembler rhétorique. La Cour paraît d'ailleurs y prêter peu d'attention. Alors que le recours à l'article 45, § 4, TFUE donne généralement lieu à une formulation standard⁸, lorsqu'elle s'interroge sur l'application de l'article 51 TFUE, la Cour évoque, dans les affaires ici commentées, une « dérogation à la règle fondamentale de la liberté d'établissement »⁹, ou de manière générale, l'existence d'une « exception » concernant les activités participant à l'exercice de l'autorité publique¹⁰. La qualification exacte de la fonction de l'article 51 TFUE n'est pourtant pas sans incidence pratique. En somme, la fonction attribuée à l'article 51 TFUE décide de l'intervention d'un test de proportionnalité dans l'examen de la mesure étatique en cause.

Plus précisément, il s'agit de savoir si la disposition place certaines activités hors du domaine d'application du Traité ou si elle établit un motif permettant de justifier une entrave *a priori* sanctionnée par le Traité¹¹. Dans le premier cas, le Traité n'étant pas applicable, l'État conserve une parfaite discrétion dans la définition des conditions mises à l'accès aux activités relevant de l'exercice de la puissance publique. Dans le second cas, le Traité étant applicable, l'analyse de la mesure étatique suit le déroulement clas-

(1) Il s'agit des affaires : C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*; C-50/08, *Commission c. République française*; C-51/08, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg*; C-53/08, *Commission c. République d'Autriche*; C-54/08, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*; C-61/08, *Commission c. République hellénique* (non encore publiées au Recueil). Ces décisions étant formulées en termes quasiment identiques, les notes suivantes privilégieront les références à la décision concernant la Belgique.

(2) D. MARTIN, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, 1995, p. 87, § 49; D. GOBERT, *La régulation des professions libérales par le droit de l'Union européenne*, thèse soutenue le 6 juillet 2011, Université Picardie Jules Verne, non encore publiée, pp. 64-78.

(3) Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, présentées le 14 septembre 2010 dans les affaires C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 et C-61/08.

(4) L'objet de la présente note est relativement limité. Le lecteur trouvera d'utiles présentations des rapports entretenus entre le notariat et le droit de l'Union européenne dans les contributions suivantes : N. POLI, « Les restrictions à la libre circulation dans l'Union européenne et l'activité notariale », *Rep. Defrénois*, 1998, n° 9, article 36798, p. 561; D. FASQUELLE, « Le notaire saisi par le droit communautaire », *Rep. Defrénois*, 2006,

n° 17, article 38437, p. 1251; D. GOBERT, *La régulation des professions libérales par le droit de l'Union européenne*, précité.

(5) Point 82 des conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, précitées.

(6) Outre les affaires concernant les notaires, comptées pour une seule, il s'agit des affaires suivantes : C.J.U.E., 9 mars 2000, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-355/98, *Rec.*, 2000, I-1221; C.J.U.E., 18 mai 2000, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-206/98, *Rec.*, 2000, I-3509; C.J.U.E., 31 mai 2001, *Commission c. République italienne*, C-283/99, *Rec.*, 2001, I-4363; C.J.U.E., 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti s.r.l. c. Giuseppe Calafiori*, C-451/03, *Rec.*, 2006, I-2941; C.J.U.E., 29 novembre 2007, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-404/05, *Rec.*, 2007, I-10239; C.J.U.E., 13 décembre 2007, *Commission c. République italienne*, C-465/05, *Rec.*, 2007, I-11091; C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Jundt c. Finanzamt Offenburg*, C-281/06, *Rec.*, 2007, I-12231; C.J.U.E., 22 octobre 2009, *Commission c. République portugaise*, C-438/08, *Rec.*, 2009, I-10219; C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-160/08, non encore publiée au Recueil; C.J.U.E., 17 mars 2011, *Josep Penarroja Fa*, C-372/09 et C-373/09, non encore publié au Recueil.

(7) Article 45, § 4, TFUE, ancien article 39, § 4, CE.

(8) « L'article 39, § 4, prévoit (...) que les dispositions de cet article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique » : C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Anker*, C-47/02, *Rec.*, 2003, I-10447, point 56; C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, C-405/01, *Rec.*, 2003, I-10391, point 37; C.J.U.E., 11 septembre 2008, *Commission c. République italienne*, C-447/07, *Rec.*, 2008, I-125, point 14; C.J.U.E., 10 décembre 2009, *Commission c. République hellénique*, C-460/08, *Rec.*, 2009, I-216, point 25.

(9) Cette formule est privilégiée dans les arrêts relatifs à la fonction de notaire commentés ici. Voy. e.a. : C-47/08, *Commission c. Royaume de Belgique*, point 84.

(10) C.J.U.E., 9 mars 2000, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-355/98, précitée, points 24 (exception) et 25 (qualifiant l'article 45 CE ancien de dérogation).

(11) Certains arrêts témoignent d'une parfaite confusion entre la délimitation du domaine d'application de la liberté d'établissement (ou de prestation de services) et l'analyse d'un motif pouvant justifier le maintien d'une entrave *a priori* interdite par le Traité : C.J.U.E., 21 octobre 1999, *Questore di Verona*, C-67/98, *Rec.*, 1999, I-7289, point 29 (mettant sur le même pied les articles 45 et 46 CE anciens, 51 et 52 TFUE); C.J.U.E., 31 mai 2001, *Commission c. République italienne*, C-283/99, précité, point 19; C.J.U.E., 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01, *Rec.*, 2003, I-13031, point 60; C.J.U.E., 29 novembre 2007, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-404/05, précité, points 35 et 36.

sique du test des entraves : il convient d'envisager, outre la validité du motif invoqué par l'État (ici, l'exercice de la puissance publique), les conditions additionnelles de non-discrimination et de proportionnalité. Dans le premier cas, l'article 51 TFUE permet de délimiter les sphères d'intervention du droit européen et du droit national (le droit national étant seul applicable aux activités participant à l'exercice de l'autorité publique) et dans le second, l'article 51 TFUE établit un motif d'intérêt général permettant (à l'image de l'article 52, § 1^{er}, TFUE évoquant des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique) de maintenir certaines entraves, dans le domaine couvert par le Traité, sous réserve d'une analyse de leur proportionnalité.

La question était au cœur des débats dans les affaires relatives à l'accès à la profession de notaire. Les États proposaient une vision simple du fonctionnement de l'article 51 TFUE : soit l'activité est couverte par l'article 51 TFUE et l'État peut imposer les conditions d'accès de manière discrétionnaire, sans autre forme d'appréciation de la part des autorités européennes, soit l'article 51 n'est pas applicable¹². L'avocat général favorise une autre analyse. Dans un premier temps, s'interrogeant sur la fonction de l'article 51, il conclut que celui-ci permet de délimiter « le champ négatif d'application de la liberté d'établissement »¹³. En somme, la lecture combinée des articles 43 et 45 CE, devenus 49 et 51 TFUE, permet seule de comprendre la portée réelle de la liberté d'établissement dont le champ d'application ne s'étend pas aux activités participant à l'exercice de l'autorité publique. Dans un second temps, il considère que l'application de l'article 51 TFUE se combine avec une analyse de proportionnalité¹⁴. Cette affirmation fait l'objet d'une justification clai- semée. L'avocat général constate que la Cour n'a jamais eu l'occasion d'envisager la question de l'application d'un contrôle de proportionnalité à une mesure visée par l'article 51 TFUE puisqu'elle a systématiquement refusé de considérer les mesures critiquées comme des mesures relatives à l'exercice de l'autorité publique. Mais il considère que même si l'activité en cause (ici celle des notaires) participe à l'exercice de l'autorité publique, un test de proportionnalité doit intervenir dans l'appréciation de la mesure nationale : moins la « participation (à l'exercice de l'autorité publique) sera directe, moins les mesures seront justifiables au regard de cet article »¹⁵. Plus loin, l'avocat général constate que « la profession de notaire, d'une manière générale et comprise dans son ensemble, participe directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique »¹⁶, mais que la condition de nationalité imposée par les différents États membres pour l'accès à la profession de notaire n'est pas proportionnée¹⁷. La proposition est séduisante. Elle nous paraît cependant contradictoire.

Comme envisagé plus haut, l'application d'un test de proportionnalité accompagne l'analyse d'une mesure qualifiée d'entrave qui tombe sous le coup des interdictions établies par les grandes libertés du Traité. Autrement dit, l'on ne peut tout 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.

La Cour ne suit pas la proposition de l'avocat général. Quant à la fonction de l'article 51 TFUE, elle demeure évasive. Évoquant une « dérogation », elle ne tranche pas explicitement la question. Son analyse se limite à envisager « si les activités confiées aux notaires (...) comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »¹⁸. Autrement dit, l'analyse de la Cour consiste à envisager si oui ou non, les activités en cause ressortent de l'exercice de la puissance publique. Puisque la Cour exclut les activités des notaires de la notion d'autorité publique, il est délicat de prévoir si à la suite d'une conclusion opposée, elle aurait appliqué un test de proportionnalité comme le proposait l'avocat général. Cela paraît cependant peu probable. Certains arrêts récents présentent clairement la disposition comme une délimitation du domaine d'application de la liberté d'établissement¹⁹. Cette interprétation est d'ailleurs confortée par la distinction qu'opère le Traité entre les motifs justifiant le maintien d'entraves évoqués à l'article 52 TFUE (ordre public, sécurité publique, santé publique) et l'exclusion établie à l'article 51 TFUE relative aux activités liées à l'exercice de la puissance publique. Deux dispositions seraient inutiles si elles devaient occuper la même fonction.

Toute considération de proportionnalité est-elle pour autant exclue de l'analyse opérée par la Cour dans le cadre de l'article 51 TFUE? Ne sont placées hors du domaine des libertés d'établissement et de prestation de service que les activités qui constituent une « participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »²⁰. L'exigence, annoncée par la Cour, d'un lien direct entre l'activité en cause et l'exercice de l'autorité publique pourrait laisser penser que celle-ci s'adonne à une appréciation de la situation en termes de proportionnalité. Cette remarque appelle deux précisions relatives, d'une part, à l'objet sur lequel porte l'appréciation de la proportionnalité, d'autre part, au caractère édulcoré de la proportionnalité envisagée ici. Premièrement, quant à l'objet d'analyse, l'avocat général proposait d'apprécier la proportionnalité de la mesure nationale, c'est-à-dire de la condition de nationalité imposée pour l'accès à la profession de notaire. Sa proposition revenait, on l'a vu, à traiter la mesure nationale comme une entrave soumise au traité et donc à un test de proportionnalité. À

l'inverse, dans l'analyse de la Cour, les considérations rappelant le test de proportionnalité interviennent dans la définition même des situations exclues du domaine du Traité. En énonçant l'exigence d'un lien direct, la Cour limite la portée de l'exclusion aux fonctions strictement nécessaires à l'exercice de l'autorité publique. Ainsi, si la Cour évoque une certaine appréciation de proportionnalité, c'est pour évaluer le lien de nécessité entre la fonction en cause et l'exercice de l'autorité publique, mais elle ne s'interroge pas sur la proportionnalité de la mesure nationale relative à cette fonction. Ensuite, lorsque la Cour envisage ce lien de stricte nécessité, elle évoque une version édulcorée du test de proportionnalité qui se pratique généralement dans le cadre du marché intérieur²¹. Celui-ci comprend l'examen de l'aptitude d'une mesure à atteindre un objectif donné, l'examen de l'interchangeabilité de la mesure avec une autre mesure moins restrictive et l'appréciation de son équivalence avec une autre norme déjà appliquée à la situation et sauvegardant de manière aussi efficace l'objectif poursuivi. Le lien de nécessité requis par la Cour pour exclure une activité de l'application du Traité rappelle évidemment le premier échelon du test de proportionnalité. Mais les autres aspects de la proportionnalité sont ici sans objet. En somme, la Cour n'opère pas dans le cadre de l'article 51 TFUE un véritable test de proportionnalité, mais se contente d'apprécier la qualité du lien existant entre une activité donnée et l'exercice de l'autorité publique.

II. L'exercice de l'autorité publique

Depuis l'arrêt *Reyners* concernant la profession d'avocat²², la Cour de justice a eu à connaître de diverses activités dont les États prétendaient qu'elles participaient à l'exercice de l'autorité publique. Ont ainsi été soumises à l'examen de la Cour les activités de conception et de gestion de systèmes informatiques à destination de l'administration publique²³, d'expert automobile²⁴, de commissaire agréé auprès des entreprises d'assurances²⁵, de collecte de paris²⁶, de gardiennage et de sécurité privée²⁷, de conseils et d'assistance en matière fiscale²⁸, de contrôle des

(21) Cette conception étroite de la proportionnalité appelle une comparaison avec des considérations similaires effectuées dans le cadre de l'application de l'article 106, § 2, TFUE concernant l'exclusion de certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général de l'application des règles du Traité. Voy. : C.J.U.E., 23 octobre 1997, *Commission c. République française*, C-159/94, Rec., 1997, I-5815, point 101.

(22) C.J.U.E., 21 juin 1974, *Reyners c. État belge*, aff. 2-74, Rec., 1974, p. 631.

(23) C.J.U.E., 5 décembre 1989, *Commission c. République italienne*, C-3/88, Rec., 1989, p. 4035.

(24) C.J.U.E., 10 décembre 1991, *Commission c. République hellénique*, C-306/89, Rec., 1991, I-5863.

(25) C.J.U.E., 13 juillet 1993, *Thijssen*, C-42/92, Rec., 1993, I-4047.

(26) C.J.U.E., 21 octobre 1999, *Questore di Verona c. Zenatti*, C-67/98, précité.

(27) C.J.U.E., 29 octobre 1998, *Commission c. Espagne*, C-114/97, Rec., 1998, I-6717; C.J.U.E., 9 mars 2000, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-355/98 (précité); C.J.U.E., 31 mai 2001, *Commission c. République italienne*, C-283/99 (précité); C.J.U.E., 13 décembre 2007, *Commission c. République italienne*, C-465/05 (précité).

(28) C.J.U.E., 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti s.r.l. c. Giuseppe Calafiori*, C-451/03 (précité).

(12) Point 83 des conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, précitées.

(13) Point 79 des conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, précitées.

(14) Point 85 des conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, précitées.

(15) Point 86 des conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, précitées.

(16) Point 121 des conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, précitées.

(17) Points 140 à 146 des conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, précitées.

(18) Point 87 de l'arrêt relatif à la Belgique.

(19) C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Jundt c. Finanzamt Offenburg*, C-281/06, précité, point 35; C.J.U.E., 22 octobre 2009, *Commission c. République portugaise*, C-438/08, précité, point 32; C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-160/08, précité, point 73 (la formulation est sans équivoque : « (...) les dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services ne s'étendent pas aux activités participant dans un État membre, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique »).

(20) Point 87 de l'arrêt relatif à la Belgique (c'est nous qui soulignons).

produits issus de l'agriculture biologique²⁹, d'enseignement universitaire³⁰, d'inspection des véhicules automobiles³¹, de transport médical d'urgence³² et d'expert judiciaire traducteur³³. Pour ces activités, la Cour a systématiquement repoussé l'argumentation des États concernés. Au fil du temps, elle a donc établi une série de critères négatifs permettant de placer certaines activités hors de la sphère de participation à l'exercice de l'autorité publique³⁴.

Si la Cour a parfois, de manière incidente, considéré qu'une activité pouvait participer à l'exercice de l'autorité publique, cette notion n'a jamais fait l'objet d'une approche positive³⁵. Et pour cause. L'exercice semble particulièrement périlleux et surtout, soumis aux lois de la relativité temporelle. Les conceptions de l'autorité publique ont probablement évolué entre 1957, date de rédaction de la disposition, et 2011, date des derniers arrêts interprétatifs de celle-ci. La Cour se contente donc d'une formulation standard établie dans l'arrêt *Reyners* précisant que la dérogation prévue par l'article 45 TFUE doit être restreinte aux « activités qui prises en elle-même constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »³⁶. Autrement dit, la Cour encadre le recours à cette dérogation mais sans en définir positivement le contenu.

Cela étant, les critères négatifs progressivement établis par la Cour révèlent des constan-

tes dont il se dégage une image relativement classique de l'autorité publique. Cette image correspond, en définitive, à la définition proposée à l'époque de l'affaire *Reyners* par l'avocat général Mayras. L'autorité publique, avait-il précisé à l'époque, « est celle qui découle de la souveraineté, de l'imperium de l'État; elle implique, pour celui qui l'exerce, la faculté d'user de prérogatives exorbitantes du droit commun, de privilèges de puissance publique, de pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens »³⁷. Conformément à cette perspective, la Cour a progressivement dégagé deux critères principaux, partiellement repris aujourd'hui dans les affaires concernant la profession de notaire : le pouvoir de contrainte, voire de coercition, et le pouvoir de décision autonome et final au nom de l'État³⁸. Deux autres critères permettent à la Cour de départager les activités qui relèvent de l'exercice de l'autorité publique de celles qui n'en découlent pas : l'existence de condition de concurrence normale entourant l'exercice des activités en cause et le rôle de l'autonomie de la

volonté³⁹. Ces derniers éléments ont été pour la première fois énoncés clairement dans les affaires du 24 mai 2011.

Dans ces affaires, les quatre critères font l'objet d'une application combinée qui peut être résumée comme suit. La force probante et la force exécutoire caractérisant les actes notariés ne suffisent pas à qualifier la réalisation de ces actes d'exercice de l'autorité publique dans la mesure où l'existence et le contenu des actes résulte de l'autonomie de la volonté des parties (et donc d'un accord entre celles-ci), où la force spécifique de l'acte est attribuée par la loi et où toute contestation doit en définitive être tranchée par un juge⁴⁰. Ainsi, le notaire ne possède-t-il pas de pouvoir de décision final, assorti d'un pouvoir de contrainte, puisqu'il revient au juge de trancher la contestation et de confirmer ou d'infirmer l'exécution et la qualité de l'acte. En outre, le contenu même de l'acte ne résulte pas d'un pouvoir de décision final et autonome dans le chef du notaire, mais bien de la volonté commune des parties. En d'autres termes, le notaire établit une vérité juridique relative, et non définitive comme pourrait le faire un juge, constituée par l'accord des parties.

C'est sans doute la première fois que le lien établi entre pouvoir décisionnel et autonomie de la volonté est ainsi mis clairement en lumière dans les affaires concernant l'exercice de l'autorité publique. D'autres affaires avaient certes permis d'insister sur l'importance du pouvoir de décision autonome ou sur l'importance du pouvoir de coercition. Mais le rôle clé de l'autonomie de la volonté n'avait jamais été mis en avant de cette façon. Il n'est pas inintéressant de noter qu'antérieurement, la Cour avait déjà utilisé l'autonomie de la volonté comme un élément justifiant l'absence de sanction d'une entrave⁴¹.

La part faite à l'autonomie de la volonté permet peut-être seule de distinguer les fonctions du notaire, en tant qu'officier public, de celles des capitaines de navires lorsqu'ils sont appelés à exercer des « attributions en matière notariale et d'état civil »⁴². Une série d'affaires relatives à la condition de nationalité imposée dans différents États en vue de l'accès aux fonctions de capitaine et de second dans la marine civile a amené la Cour à interpréter la notion d'emploi dans l'administration publique au sens de l'article 39, §4 CE/45, §4, TFUE⁴³. Dans ces affaires, la Cour avait considéré les dites activités comme participant à l'exercice de prérogatives de la puissance publique mais ne pouvant justifier l'inapplicabilité des règles du Traité relatives à la libre circulation des travailleurs qu'à la condition d'être exercées de manière habi-

(29) C.J.U.E., 29 novembre 2007, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-404/05 (précité).

(30) C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Jundt c. Finanzamt Offenburger*, C-281/06 (précité).

(31) C.J.U.E., 22 octobre 2009, *Commission c. République portugaise*, C-438/08 (précité).

(32) C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-160/08 (précité).

(33) C.J.U.E., 17 mars 2011, *Josep Peñarroja Fa*, C-372/09 et C-373/09 (précité).

(34) La liste en est reprise au point 86 de l'arrêt du 24 mai 2011 concernant la Belgique.

(35) À notre connaissance, la Cour de justice a qualifié deux activités d'exercice de la puissance publique. Premièrement, dans un *obiter dictum* de la décision rendue dans l'affaire *Thijssen* (C.J.U.E., 13 juillet 1993, *Thijssen*, C-42/92, précité), la Cour a souligné que l'Office de contrôle des assurances « exerce l'autorité publique en prenant la décision finale » (point 22) alors que le commissaire agréé auprès de cet organisme, dont la fonction était en cause dans l'affaire, n'exerce qu'un rôle auxiliaire et préparatoire par rapport au pouvoir de décision de l'O.C.A. Ensuite, dans une affaire *van Schaik*, la Cour a considéré que l'octroi par l'État en cause d'une habilitation à exercer le contrôle technique de véhicules automobiles à des garages établis dans d'autres États membres constitue « une extension d'une prérogative de la puissance publique » (C.J.U.E., 5 octobre 1994, C-55/93, *Rec.*, 1994, I-4837, point 16). On notera que dans une affaire postérieure concernant l'exercice du contrôle technique de véhicules — rendue sans conclusion de l'avocat général et sans référence à l'affaire *van Schaik* — la Cour a estimé que de telles activités ne relèvent pas de la dérogation liée à l'exercice de la puissance publique et examiné les conditions d'accès à cette activité comme des entraves (C.J.U.E., 22 octobre 2009, *Commission c. République portugaise*, C-438/08, précité). Par ailleurs, l'avocat général Mayras dans les conclusions rendues dans l'affaire *Reyners* évoque (sans la trancher) la question de savoir si « en qualité de membre du Conseil de l'Ordre de son barreau, un avocat exerce occasionnellement une activité relevant de l'article 55 » (C.E.E., lire 51 TFUE) (conclusions de l'avocat général H. Mayras dans l'affaire *Reyners* (aff. 2-74), présentées le 28 mai 1974, *Rec.*, 1974, pp. 657 et s., spécialement p. 688). La Cour ne prolonge pas ce questionnement dans sa décision. Postérieurement, dans l'affaire *Wouters*, elle analyse une décision de l'ordre néerlandais des avocats comme une simple entrave soumise au Traité et non comme un exercice de l'autorité publique (C.J.U.E., 19 février 2002, C-309/99, *Rec.*, 2002, I-1577).

(36) C.J.U.E., 21 juin 1974, *Reyners c. État belge*, aff. 2-74, précité, point 45.

(37) Conclusions de l'avocat général H. Mayras dans l'affaire *Reyners* (aff. 2-74), présentées le 28 mai 1974, *Rec.*, 1974, pp. 657 et s., spécialement p. 665. De manière assez similaire, la Cour de justice considère que ne relèvent pas de la matière civile et commerciale visée par la Convention de Bruxelles (et le règlement Bruxelles I) relative à la compétence internationale et à la reconnaissance des décisions, les litiges qui « procèdent d'une manifestation de prérogatives de puissance publique par l'une des parties au litige, en raison de l'exercice par celle-ci de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers » (voy. récemment : C.J.U.E., 15 février 2007, *Lechouritou*, C-292/05, *Rec.*, 2007, I-1519, point 34 à propos d'exactions perpétrées par les forces armées allemandes lors de leur retrait de Grèce en ce qu'elles se présentent comme des « émanations caractéristiques de la souveraineté étatique, notamment en ce qu'elles sont décidées de façon unilatérale et contraignante par les autorités publiques compétentes (...) »).

(38) À propos du pouvoir de décision autonome et final au nom de l'État : C.J.U.E., 21 juin 1974, *Reyners c. État belge*, aff. 2-74, précité, point 53 (les activités de l'avocat laissent « intacts l'appréciation de l'autorité judiciaire et le libre exercice du pouvoir juridictionnel »); C.J.U.E., 5 décembre 1989, *Commission c. République italienne*, C-3/88, précité, point 13 (la nature technique d'une activité la place hors de la sphère d'exercice de l'autorité publique); C.J.U.E., 10 décembre 1991, *Commission c. République hellénique*, C-306/89, précité, point 7 (à propos des experts automobiles, motivation identique à l'arrêt *Reyners*); C.J.U.E., 13 juillet 1993, *Thijssen*, C-42/92, précité, point 22 (le commissaire agréé auprès des entreprises d'assurances n'exerce pas le pouvoir de décision final qui revient à l'Office de contrôle des assurances); C.J.U.E., 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti s.r.l. c. Giuseppe Calafiori*, C-451/03 (précité, les mesures préparatoires des décisions de l'administration fiscale ne constituent pas une participation directe à l'exercice de l'autorité publique); C.J.U.E., 29 novembre 2007, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-404/05, précité, point 38 (rôle préparatoire des organismes privés délivrant des labels bio agissant sous l'autorité d'une organisme public à qui revient le pouvoir de décision final); C.J.U.E., 22 octobre 2009, *Commission c. République portugaise*, C-438/08, précité, point 41 (la décision de certification des véhicules automobiles est « dépourvue d'autonomie décisionnelle propre à l'exercice des prérogatives de la puissance publique et (...) prise dans le cadre d'une surveillance étatique directe »); C.J.U.E., 17 mars 2011, *Josep Peñarroja Fa*, C-372/09 et C-373/09, précité, point 44. À propos du pouvoir de contrainte ou de coercition : C.J.U.E., 29 octobre 1998, *Commission c. Espagne*, C-114/97, précité, point 37 (dont s'inspirent directement les deux arrêts suivants : C.J.U.E., 9 mars 2000, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-355/98 (précité); C.J.U.E., 31 mai 2001, *Commission c. République italienne*, C-283/99 (précité); C.J.U.E., 13 décembre 2007, *Commission c. République italienne*, C-465/05 (précité), points 38 et 39; C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-160/08, précité, point 82.

(39) Points 117 et 90-91 de l'arrêt du 24 mai 2011 concernant la Belgique. Dans l'affaire *Thijssen*, la Cour annonce le critère relatif aux conditions de concurrence normale (C.J.U.E., 13 juillet 1993, *Thijssen*, C-42/92, précité, point 19).

(40) Voy. les points 99 à 103 de l'arrêt rendu contre la Belgique, précité.

(41) C.J.U.E., 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique*, C-339/89, *Rec.*, 1991, I-107.

(42) C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, C-405/01, précité, point 42.

(43) C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, C-405/01, précité; C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Anker*, C-47/02, précité; C.J.U.E., 11 septembre 2008, *Commission c. République italienne*, C-447/07, précité; C.J.U.E., 10 décembre 2009, *Commission c. République hellénique*, C-460/08, précité.

tuelle et substantielle⁴⁴. En l'occurrence, il était établi que les capitaines de navire étaient habilités à dresser des actes de naissance et de décès, à recevoir des testaments et célébrer des mariages ou encore à établir une filiation dans des conditions similaires à celles d'un officier de l'état civil. Parmi ces fonctions, seul l'établissement et la conservation des testaments relève également des fonctions du notaire. Les actes établis par les capitaines de navire, comme par les notaires, jouissent d'une force probante équivalente à celle des registres d'état civil. La Cour, lorsqu'elle est saisie de la condition de nationalité relative à l'accès à la fonction de notaire, écarte le précédent des officiers de la marine marchande au motif que les fonctions de ces derniers avaient dans les précédents arrêts été envisagées dans leur ensemble et non de manière spécifique au regard des activités les rapprochant des notaires ou officiers d'état civil⁴⁵. Il est certain que les notaires n'exercent pas les prérogatives réservées aux capitaines de navire concernant le maintien de la sécurité à bord, qui peuvent impliquer l'exercice d'un pouvoir de coercition. Mais concernant l'établissement d'actes authentiques, c'est peut-être

la nature des événements concernés qui permet au mieux de distinguer les deux fonctions : le capitaine de navire étant appelé en priorité à constater des événements naturels (naissance, décès) indépendants de la volonté des parties, alors que le notaire établit généralement des actes qui recueillent la volonté de celles-ci (vente d'immeuble, testament, contrats de mariage...). L'application de ce critère a ses limites puisque le capitaine de navire peut dresser un acte de mariage ou recevoir un testament, mais les aspects civils de sa fonction portent *principalement* sur des événements échappant à l'autonomie de la volonté et survenant inopinément durant des voyages maritimes de longue durée. En outre, le notaire est librement choisi par les parties et exerce à leur égard une activité de conseil que le capitaine de navire, dont l'identité s'impose indépendamment de la volonté des parties, n'est évidemment jamais appelé à assumer.

Ce nouveau critère lié à l'autonomie de la volonté pousse encore à s'interroger sur les suites des arrêts rendus le 24 mai 2011. Lorsque le juge est saisi en vertu d'une procédure gracieuse, sa fonction n'est-elle pas assez proche de celle du notaire⁴⁶? En effet, il lui revient parfois d'effectuer un contrôle au regard de la loi de

certaines expressions de la volonté des parties. L'homologation judiciaire pourrait fournir un exemple⁴⁷. Or la Cour a, dans les arrêts rendus le 24 mai 2011, souligné l'importance du caractère contentieux des situations à l'égard desquelles est appelée à intervenir l'autorité visée par l'article 51 TFUE⁴⁸. Certes, dans l'exercice de sa juridiction gracieuse, le juge exerce un pouvoir juridictionnel qui continue à le distinguer du notaire⁴⁹. La force de chose jugée est attachée à sa décision. La juridiction gracieuse s'exerce en outre en l'absence de condition de concurrence normale, dont l'existence, s'agissant des notaires, a achevé de convaincre la Cour de l'inapplicabilité de l'article 51 TFUE.

Enfin, en lien avec la manière dont le notaire aborde l'autonomie de la volonté, la Cour a, dans les arrêts du 24 mai dernier, donné d'utiles précisions augurant du contrôle futur qu'elle pourrait être amenée à exercer sur les autres conditions d'accès à l'activité de notaire. Le notaire lorsqu'il reçoit les actes des parties exerce un contrôle dans un objectif d'intérêt général, dont les États impliqués tentaient de prendre argument pour justifier la condition de nationalité. La Cour écarte le lien entre la poursuite de l'intérêt général et l'application de l'article 51 TFUE, en considérant que de nombreuses professions réglementées impliquent de poursuivre de tels objectifs⁵⁰. Par contre, la poursuite de ce type d'objectif peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général permettant de justifier d'éventuelles entraves dans un domaine où les règles relatives à la libre circulation des personnes sont applicables⁵¹. Cette précision prend toute son importance lorsque l'on se remémore la manière dont la Cour a limité d'emblée la portée des arrêts du 24 mai 2011 : ceux-ci concernent « uniquement la condition de nationalité requise » par la réglementation des États en cause pour l'accès à la profession de notaire⁵². Ainsi, les conditions restrictives du droit à l'établissement résultant du statut, de l'organisation et de manière générale, des conditions d'accès à la profession de notaire, pourraient un jour être analysées comme des entraves, puisque l'on sait désormais que le Traité s'applique à cette profession⁵³. Dans ce cadre, la justification des entraves est déjà fournie par la Cour. Il restera à apprécier leur proportionnalité... Sur ce point, la plume revient au professeur Casman.

Stéphanie FRANCCQ

Professeur à l'U.C.L.
Titulaire de la chaire de droit européen

(44) Voy. e.a. : C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, précité, point 50. La Cour considère à propos des capitaines de navires que la fonction purement accessoire ne peut suffire à qualifier une fonction comme relevant de l'exercice de la puissance publique si l'activité principale n'en relève pas.

(45) Point 122 de l'arrêt du 24 mai 2011 concernant la Belgique.

(46) Liant l'avènement progressif de la fonction de notaire à la manière dont était exercée la juridiction gracieuse au XIII^e siècle : H. NÉLIS, « Les origines du notariat public en Belgique (1270-1320) », *Revue belge de philosophie et d'histoire*, 1923, pp. 267 et s., spécialement p. 268.



THÉMATIQUES

Code de la médiation
2011
2^e édition

2^e édition à jour
au 1^{er} août 2011

CODE DE LA MÉDIATION 2011

Catherine Delforge, Pierre-Paul Renson

Ce Code a pour objectif de donner un accès aisé et rapide aux dispositions législatives et déontologiques concernant la médiation. Il est l'outil indispensable pour les prescripteurs de la médiation, les praticiens et les candidats médiateurs agréés.

► Collection Les Codes thématiques Larcier
2^e édition 2011 • 76 p. • 25,00 €

LES ÉCRITS EN MÉDIATION SELON LE CODE JUDICIAIRE

Annette Bridoux
Préface de Monique Stroobants

Cet ouvrage et le support électronique qui l'accompagne contiennent un canevas des obligations imposées par le Code judiciaire durant le processus de médiation et un ensemble de modèles d'écrits utiles ou nécessaires au médiateur.

Ouvrage disponible en version électronique sur www.stradalex.com

► Collection Prévenir, négocier, résoudre
Édition 2011 • 232 p. • 45,00 €



LES ÉCRITS EN
MÉDIATION SELON
LE CODE JUDICIAIRE

Livre + CD Rom
contenant les modèles
d'écrits

www.larcier.com



commande@deboekservices.com • Larcier c/o De Boeck Services sprl
Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve • Belgique • 0800/99 613 • 0800/99 614

www.larcier.com

(47) Établissant une théorie générale de l'homologation judiciaire et certains rapprochements avec la matière contractuelle : P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions - Essai d'une théorie générale*, Larcier, 2008.

(48) Voy. en particulier les points 107, 108, 110, 111 de l'arrêt concernant la Belgique, où la Cour considère que le notaire n'exerce pas, dans les activités concernées, les prérogatives de la puissance publique en ce qu'il ne tranche pas un litige et/ou que toute contestation est finalement tranchée par un juge.

(49) J.-F. VAN DROOGHENBROECK et S. BRIJS, *Un titre exécutoire européen*, Larcier, 2006, p. 97.

(50) Point 96 de l'arrêt concernant la Belgique.

(51) Point 97 de l'arrêt concernant la Belgique.

(52) Point 74 de l'arrêt concernant la Belgique.

(53) En ce sens : V. MICHEL, « Note sous C-47/08, C-50 à 54/08 et C-61/08 », *Europe*, juillet 2011, p. 21, note n° 248 (spécialement p. 22, évoquant la possibilité pour la Cour, non exploitée ici, de se saisir d'office de la problématique de l'entrave).