CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PEDRO CRUZ VILLALÓN
présentées le 14 septembre 2010[1]

Table des matières

I — Introduction ..... I - 4110

II — Cadre juridique ..... I - 4111

A — Le droit communautaire ..... I - 4111

1. Droit primaire ..... I - 4111

2. Droit dérivé ..... I - 4112

B — Le droit national ..... I - 4113

1. La profession de notaire ..... I - 4113

a) Le droit belge ..... I - 4113

b) Le droit français ..... I - 4115

c) Le droit luxembourgeois ..... I - 4116

d) Le droit autrichien ..... I - 4117

e) Le droit allemand ..... I - 4119

f) Le droit grec ..... I - 4120

g) Synthèse ..... I - 4121

1 — Langue originale: l'espagnol.

2. La disposition nationale formant spécifiquement l'objet des recours: les conditions de nationalité ..... I - 4122

a) Le droit belge ..... I - 4122

b) Le droit français ..... I - 4122

c) le droit luxembourgeois ..... I - 4122

d) Le droit autrichien ..... I - 4122

e) Le droit allemand ..... I - 4123

f) Le droit grec ..... I - 4123

III — Conclusions des parties ..... I - 4123

IV — Sur la recevabilité ..... I - 4124

V — Sur le fond ..... I - 4125

A — Sur le premier motif de manquement ..... I - 4125

1. Trois remarques introductives à caractère général ..... I - 4126

a) La règle à laquelle la Commission reproche aux États d'avoir manqué: les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE ..... I - 4126

b) La difficulté d'interprétation du sens de l'article 45, premier alinéa, CE ..... I - 4127

c) L'incorporation du principe de proportionnalité ..... I - 4128

2. L'activité de participation à l'exercice de l'autorité publique ..... I - 4130

a) La jurisprudence de la Cour ..... I - 4130

b) Le nécessaire approfondissement de la notion d'autorité publique .. I - 4132

3. Quant au point de savoir si l'activité notariale et, concrètement, l'activité d'authentification relèvent du champ négatif d'application de la liberté d'établissement ..... I - 4136

a) L'authentification en tant qu'activité centrale des notaires dans les États défendeurs ..... I - 4136

b) Le rattachement de l'activité d'authentification à l'exercice de l'autorité publique ..... I - 4138

4. La condition de nationalité face au principe de proportionnalité ..... I - 4141

a) Le statut du notaire ..... I - 4141

b) La discrimination en raison de la nationalité au regard des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE ..... I - 4142

c) L'appréciation de la proportionnalité ..... I - 4147

5. Conclusion quant au premier motif de manquement ..... I - 4149

B — Sur le second motif de manquement ..... I - 4150

VI — Dépens ..... I - 4151

VII — Conclusion ..... I - 4152

I — Introduction

1. Par les présents recours en manquement, la Commission européenne demande à la Cour de constater que le Royaume de Belgique, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, la République d'Autriche, la République fédérale d'Allemagne et la République hellénique ont manqué aux obligations qui leur incombent en vertu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE, en ayant réservé l'accès à la profession de notaire à leurs propres ressortissants (ci-après la «condition de nationalité»). De même, sauf dans l'affaire l'opposant à la République française, la Commission demande à la Cour de déclarer que les États membres en question ont manqué aux obligations qui leur incombent en vertu de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles [2], en omettant de l'appliquer à la profession de notaire [3].

2. Bien que, dans ses recours, la Commission se borne à attaquer une discrimination en raison de la nationalité, la question qui sous-tend ces affaires est sensiblement plus complexe. En effet, ces recours tendent à ce que la Cour déclare que la fonction du notaire dit «latin», dont le profil caractéristique se retrouve dans un nombre significatif d'États

2 — JO L 255, p. 22, directive qui abroge la directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19, p. 16).

3 — Il ne s'agit pas des seuls recours en manquement introduits par la Commission sur ce fondement, puisque la Cour devra également se prononcer sur les recours formés à l'encontre de la République portugaise (C-52/08) et du Royaume des Pays-Bas (C-157/09).

membres [4], relève bien du champ de la liberté d'établissement, dès lors qu'elle n'est pas liée «à l'exercice de l'autorité publique».

3. Pris sous un angle général, le problème soulevé par les présentes affaires place la Cour devant ce qui pourrait être la question d'interprétation la plus délicate susceptible de résulter d'une lecture combinée des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE. Comme nous aurons l'occasion de le voir, jusqu'à présent, les affaires soumises à notre Cour à propos de la combinaison des deux dispositions concernaient des professionnels présentant des liens diffus ou extrêmement ponctuels avec l'autorité publique, ce qui, en tout état de cause, ne saurait être affirmé, à première vue, à propos de l'hypothèse qui est désormais soumise à notre appréciation.

4. Pour ces raisons, les six recours examinés conjointement dans les présentes conclusions ouvrent à la Cour la possibilité d'aborder plus en profondeur que jusqu'à présent la portée d'une norme aussi complexe que celle résultant de la lecture combinée des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE. À cet effet, et à la différence de ce qui a été fait jusqu'à présent, il appartiendra à la Cour, dans ces affaires, de rechercher le juste équilibre entre les objectifs poursuivis par les libertés du droit de l'Union, le respect des compétences reconnues aux États membres et la citoyenneté de l'Union. Lors de la mise en balance de ces valeurs, la Cour ne manquera pas d'observer que les articles précités requièrent un effort particulier d'interprétation dans le cadre duquel le principe de proportionnalité interviendra de manière décisive.

5. On le voit, la nature des valeurs ici en cause ainsi que la possibilité d'introduire un contrôle de proportionnalité dans les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE révèlent l'importance des présentes affaires non seulement de manière concrète pour le notariat, mais plus largement pour le droit de l'Union.

II — Cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

1. Droit primaire

6. La norme que la Commission invoque à l'appui de son recours est celle qui résulte

4 — Il convient de signaler ici que, bien que le notariat dit «latin», qui fait l'objet des présents recours, continue à être le type le plus répandu en Europe, il coexiste néanmoins au sein de l'Union européenne avec d'autres types dont l'inclusion dans le champ de l'article 45, premier alinéa, CE ne soulève pas de question, que ce soit parce que le notaire est pleinement inséré dans l'administration publique ou que ce soit parce que son intervention est dépourvue de l'efficacité qui caractérise l'authentification au sens que les présentes conclusions donneront à cette notion. Enfin, la diversité de la situation en Europe est allée en croissant au cours des dernières années avec la suppression de la condition de nationalité dans certains États qui ont maintenu le notariat latin (Italie, Espagne).

d'une lecture combinée des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE (devenus articles 49 TFUE et 51 TFUE), qui, lors du manquement allégué, consacraient la liberté d'établissement des personnes physiques et morales dans les termes suivants:

«*Article 43*

Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

Article 45

Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique.

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut excepter certaines activités de l'application des dispositions du présent chapitre» [5].

2. Droit dérivé

7. La directive 89/48 prévoyait un délai de transposition expirant, conformément à son article 12, le 4 janvier 1991.

8. Son article 2 était ainsi libellé:

«La présente directive s'applique à tout ressortissant d'un État membre voulant exercer à titre indépendant ou salarié une profession réglementée dans un État membre d'accueil.

La présente directive ne s'applique pas aux professions qui font l'objet d'une directive spécifique instaurant entre les États membres une reconnaissance mutuelle des diplômes.»

5 — Il apparaît nécessaire de souligner que, bien que, dans l'ensemble des présents recours en manquement, toutes les parties concernés se sont référées, sans davantage de précisions, à l'article 45 CE, la disposition visée en réalité est invariablement celle comprise au premier des deux alinéas dudit article, c'est-à-dire celui qui définit «négativement» le champ d'application de la liberté en prévoyant qu'elle ne s'applique pas aux activités participant à l'exercice de l'autorité publique. Dans un sens profondément différent, le second alinéa envisage le cas général d'activités économiques qui, sans participer à l'exercice de l'autorité publique, «sont susceptibles» d'être, pour ainsi dire, «exclues» de la liberté d'établissement par voie d'actes de droit dérivé. Il conviendra de revenir ultérieurement sur cet aspect.

9. Il y a lieu de noter que la profession de notaire n'a fait l'objet d'aucune réglementation du type de celle visée au second alinéa de l'article précité.

10. La directive 89/48 a été codifiée et abrogée par la directive 2005/36. Les nouvelles dispositions sont, en substance, identiques à celles de la directive 89/48, mais le 41ème considérant apparaît novateur par rapport à la directive 89/48, lorsqu'il indique en des termes qui, à l'évidence, n'apparaissent pas dépourvus de pertinence, ce qui suit:

«La présente directive ne préjuge pas l'application de l'article 39, paragraphe 4, et de l'article 45 du traité, notamment en ce qui concerne les notaires.»

B — *Le droit national*

1. La profession de notaire

11. Tant la Commission que les différents États membres ont apporté en abondance des éléments de fait et de droit décrivant avec précision la profession de notaire dans chaque pays. Pour autant, eu égard au volume des informations fournies, au caractère conjoint des présentes conclusions et à la nécessité de suivre des arguments clairs aux fins de l'analyse au fond, nous exposerons ci-après un résumé individualisé tant des normes invoquées que des fonctions attribuées dans chaque État membre à la profession de notaire, parmi lesquelles l'authentification d'actes juridiques ressort tout particulièrement.

a) Le droit belge

12. La profession de notaire est régie, en Belgique, par la loi du 25 ventôse de l'an XI, ainsi que par différentes dispositions, figurant, notamment, dans le code judiciaire belge.

13. Selon l'ordre juridique belge, la mission du notaire consiste principalement à établir des actes authentiques qui jouissent de deux caractéristiques principales: la force probante parfaite et la force exécutoire [6].

14. En vue de réaliser l'authentification, le notaire agit à la demande des parties et exerce un contrôle de légalité de l'acte qu'il reçoit. L'intervention du notaire peut être obligatoire ou facultative, en fonction de l'acte qu'il est appelé à authentifier; par cette

6 — Article 19 de la loi du 25 ventôse de l'an XI.

intervention, le notaire constate la réunion de toutes les conditions légalement exigibles à la réalisation de l'acte, ainsi que la capacité juridique et d'agir des parties. Au cours de son intervention, le notaire informe chaque partie de ses droits et obligations et les conseille en toute impartialité [7]. De même, le notaire procède directement à la liquidation et au recouvrement des droits d'enregistrement et d'hypothèque.

15. Tous les actes notariés ont une force probante parfaite et équivalente à celle dont jouissent les actes adoptés par un officier public; ils n'admettent de preuve contraire que devant les juridictions. L'appréciation effectuée par le notaire peut faire l'objet d'un recours, uniquement dans le cadre d'une voie extraordinaire [8].

16. De même, l'acte authentique a force exécutoire sur tout le territoire du pays [9]. De cette manière, l'acte notarié s'impose au débiteur en vue de son exécution (sous réserve de sa signification). Il appartient à une autorité publique, l'huissier, de procéder à l'exécution. Si le débiteur entend s'opposer à l'exécution, il lui est loisible de s'adresser aux juridictions en entamant une procédure incidente relative à l'exécution [10].

17. Outre les fonctions d'authentification, le gouvernement belge a établi que les notaires assumaient également d'autres activités, fussent-elles moins fréquentes que l'activité ci-dessus décrite. Ainsi, le notaire remplit des fonctions en relation avec la vente d'immeubles dans le cadre de procédures de saisie-exécution, d'adjudication, de tutelle ou de succession; en relation avec l'établissement de l'inventaire, la réalisation d'un partage de biens indivis, ainsi que la constitution, la fusion et d'autres actes touchant aux sociétés.

18. Aux fins de l'accomplissement de ces fonctions, le notaire est un officier public qui agit en tant que représentant de l'autorité publique, bien que l'activité soit considérée comme exercée dans le cadre d'une profession libérale [11]. Sa charge est inamovible et il est soumis à un régime disciplinaire propre à ceux qui représentent l'autorité publique [12]. Ses honoraires n'ont pas de caractère commercial et sont fixés par la loi, mais le client dispose d'une liberté considérable dans le choix du notaire. Ainsi, la concurrence entre notaires ne s'exerce pas par une politique tarifaire, mais par la qualité du service.

7 — Article 9, paragraphe 1, troisième alinéa, de la loi précitée du 25 ventôse de l'an XI.

8 — La procédure d'«inscription en faux» applicable aux actes notariés est régie, en matière civile, par l'article 895 du code judiciaire belge.

9 — Article 19 de la loi précitée du 25 ventôse de l'an XI.

10 — Articles 1395 et 1396 du code judiciaire belge.

11 — Article 1er de la loi précitée du 25 ventôse de l'an XI.

12 — Article 108 de la loi précitée du 25 ventôse de l'an XI.

b) Le droit français

19. La profession de notaire en France est régie par la loi du 25 ventôse de l'an XI et d'autres dispositions particulières prévues, notamment, dans le code de procédure civile.

20. La profession de notaire en France se caractérise également par l'authentification d'actes et de contrats soumis par les parties au notaire dont l'intervention confère à l'acte ou au contrat une force probante parfaite et un caractère exécutoire [13].

21. Le notaire français intervient à la demande d'une partie, bien qu'il existe un certain nombre d'actes dont l'établissement exige obligatoirement l'intervention du notaire [14]. Afin que l'acte soit dûment authentifié, le notaire procède à un contrôle de légalité de l'opération et est soumis à des règles de forme prévues par la loi [15], au nombre desquelles figure l'obligation de rédiger l'acte en langue française [16]. Le notaire est également tenu d'expliquer aux parties la portée et les effets de l'acte, ainsi que de s'assurer du libre consentement de ces dernières ainsi que de leur capacité juridique et d'agir.

22. L'acte authentique dispose d'une force probante qualifiée qui ne peut être remise en cause qu'au moyen d'une procédure spécifique ressortissant exclusivement au tribunal de grande instance [17]. La procédure est engagée à titre incident ou principal, selon que le contenu de l'acte authentique est ou non remis en cause au cours d'une procédure pendante [18]. Ladite procédure peut déboucher sur des sanctions tant pour le notaire que pour la partie qui l'a engagée.

23. Le caractère exécutoire de l'acte notarié implique que toute partie à l'acte en question peut solliciter son exécution forcée directement auprès de l'autorité publique exclusivement compétente en la matière — l'huissier de justice [19]. À la différence de ce qui vaut pour un acte sous seing privé, l'acte notarié ne nécessite aucune intervention judiciaire lorsqu'il s'agit de procéder à son exécution. Le consentement du débiteur n'est pas davantage requis. La procédure d'exécution est la

13 — Article 1er de l'ordonnance nº 45-2590, du 2 novembre 1945; article 1319 du code civil et article 19 de la loi du 25 ventôse de l'an XI.

14 — Libéralités partages, contrats de mariage, constitutions d'hypothèques, ventes en état futur d'achèvement, entre autres.

15 — Voir la loi du 25 ventôse de l'an XI déjà citée, ainsi que des dispositions particulières telles celles de l'article 850 du code général des impôts.

16 — Article 1er de la loi nº 94-665, du 4 août 1994, ainsi qu'article CXI de l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, toujours en vigueur et à l'origine de l'obligation d'utiliser le français dans tous les actes officiels.

17 — Procédure d'inscription de faux, article 299 du code de procédure civile.

18 — Articles 306 et 314 du code de procédure civile.

19 — Le monopole de l'exécution des actes et des titres exécutoires est accordé aux huissiers de justice par l'article 18 de la loi nº 91-650, du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution.

même que celle applicable à l'exécution des décisions de justice [20].

24. Outre les fonctions d'authentification, le gouvernement français a établi que les notaires assumaient également d'autres activités, fussent-elles moins fréquentes que l'activité ci-dessus décrite. Ainsi, le notaire remplit des fonctions en relation avec le recouvrement d'impôts, qui se distinguent de l'authentification et complètent cette dernière en révélant le degré élevé de pénétration de cette profession par l'autorité publique.

25. Le notaire est un officier public considéré comme dépositaire de l'autorité publique, par délégation, et soumis à un régime particulier d'incompatibilités, bien qu'il exerce ses activités comme un professionnel libéral [21]. Ses fonctions impliquent toutefois également des activités de justice préventive qui garantissent la stabilité des relations juridiques et sociales. Les honoraires du notaire (émoluments) sont fixés par la loi, mais le client dispose d'une liberté considérable dans le choix du notaire. Il s'agit donc d'une activité économique s'inscrivant dans un régime de concurrence dans lequel ce ne sont pas les prix qui constituent l'élément déterminant de différenciation des prestataires, mais la qualité du service.

c) Le droit luxembourgeois

26. La profession luxembourgeoise de notaire est régie par la loi du 9 décembre 1976, ainsi que par d'autres dispositions spécifiques, parmi lesquelles il convient de relever le nouveau code de procédure civile, la loi du 25 septembre 1905 et le règlement grand-ducal du 7 octobre 2000.

27. Le notariat luxembourgeois se caractérise également par le fait qu'il est formé d'officiers publics chargés de la mission de recevoir tous les actes et contrats qui leur sont soumis par les parties afin de leur donner un caractère authentique [22]. Sont attachés à l'authentification une force probante renforcée et le caractère exécutoire [23].

28. Le notaire intervient à la demande des parties. Il doit procéder à un contrôle de légalité de l'acte et s'assurer de la réunion de différentes formalités prescrites par la loi. Son intervention peut toutefois être obligatoire dans certains cas [24]. Le notaire doit vérifier que les parties agissent librement et disposent d'une entière capacité juridique et d'agir. De même, il est tenu de conseiller les parties en toute indépendance, ainsi que de les informer des droits et des obligations découlant de l'acte et de son intervention.

20 — Loi nº 91-650, du 9 juillet 1991.

21 — Le Conseil d'État a confirmé le caractère public de l'activité du notaire dans un arrêt du 9 juin 2006 (nº 280911), en admettant l'application de l'article 45, premier alinéa, CE à la profession. Il est toutefois parvenu à cette conclusion sans saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle.

22 — Article 1er de la loi du 9 décembre 1976.

23 — Articles 37 et 45 de la loi précitée.

24 — Voir, par exemple, loi du 25 septembre 1905 en matière de droits réels immobiliers.

29. L'authentification résulte de l'apposition du sceau sur lequel figure la formule exécutoire [25]. En conséquence, la force probante de l'acte est particulièrement grande et ne peut être remise en cause que dans des cas exceptionnels, par une voie spécifique de recours [26].

30. La force exécutoire de l'acte notarié permet au créancier d'engager directement la procédure d'exécution à l'encontre de son débiteur, sans devoir entamer une procédure déclarative devant les tribunaux. Le créancier n'a qu'à s'adresser à l'autorité chargée à titre exclusif de l'exécution forcée, l'huissier. Les décisions de l'huissier au cours de la procédure d'exécution peuvent faire l'objet d'un recours dans les mêmes conditions qu'en cas d'exécution d'une décision de justice.

31. Outre les fonctions d'authentification, le gouvernement luxembourgeois a établi que les notaires assumaient également d'autres activités, fussent-elles moins fréquentes que l'activité ci-dessus décrite. Ainsi, le notaire remplit des fonctions en relation avec la vente d'immeubles dans le cadre de procédures d'exécution forcée, d'adjudication, de tutelle ou de succession, et en relation avec l'établissement de l'inventaire et la réalisation d'un partage de biens indivis.

32. Les notaires sont des officiers publics nommés par le Grand-Duc sur proposition du ministre de la Justice. Ils exercent leurs fonctions dans tout l'arrondissement du territoire luxembourgeois où ils sont tenus de résider. Bien qu'ils exercent leurs fonctions comme une profession libérale, ils sont soumis à un statut spécifique comprenant un strict régime d'incompatibilité [27]. Les honoraires des notaires sont fixés par la loi, mais les clients disposent d'une liberté considérable dans le choix du notaire, dans la mesure où plusieurs notaires ont été nommés dans l'arrondissement en question. En conséquence, il existe une liberté de concurrence entre notaires, quoique cette concurrence ne porte pas sur le prix, mais sur la qualité du service.

d) Le droit autrichien

33. L'activité des notaires en Autriche apparaît régie, dans ses grandes lignes, par les lois du 25 juillet 1871 et du 11 novembre 1970, ainsi que par différents articles du code de procédure civile.

34. Le notariat autrichien est formé d'officiers nommés à vie par l'État dont les fonctions consistent notamment à authentifier des actes qui bénéficient ainsi d'une force probante particulière et d'une force exécutoire [28].

25 — Règlement grand-ducal du 7 octobre 2000.

26 — Inscription en faux, articles 310 et suiv. du nouveau code de procédure civile.

27 — Article 6 de la loi du 9 décembre 1976, précitée.

28 — Article 292 du code de procédure civile et article 3 de la loi du 25 juillet 1871 portant règlement du notariat (RGBl. n° 75/1871, ci-après le «règlement autrichien du notariat»).

35. Ainsi que la République d'Autriche l'a reconnu dans son mémoire en défense, l'authentification constitue une mission typique et originaire du notariat dans ce pays. À cet égard, le notaire instrumente à la demande des parties, bien que, dans certains cas, son intervention soit obligatoire aux fins de la formation d'un acte et d'assurer la plénitude de ses effets. Le notaire procède à un contrôle de légalité de l'acte soumis à son intervention, conseille les parties au sujet de leurs droits et obligations ainsi que des effets de son intervention et instrumente après avoir constaté que les parties en question jouissent d'une pleine capacité juridique et d'agir.

36. Après avoir instrumenté, le notaire peut assurer la représentation des parties voire, dans certains cas particuliers, assurer leur défense devant les juridictions et administrations [29]. Il exerce cette activité de manière autonome et à titre lucratif.

37. Les actes notariés jouissent d'une force probante particulière qui est cependant susceptible de preuve contraire, sous certaines conditions restrictives [30].

38. L'authentification a pour effet de conférer aux actes notariés la qualité de titres exécutoires susceptibles d'exécution forcée directement à la demande de l'intéressé adressé aux organes publics compétents en la matière: les tribunaux d'arrondissement [31]. Ni le consentement du débiteur ni l'obtention d'une décision de justice déclarative n'est nécessaire. La procédure d'exécution prévoit néanmoins des voies de recours réglementées par des textes spécifiques relatifs à ladite procédure [32].

39. Outre les fonctions d'authentification, le gouvernement autrichien a établi que les notaires assumaient également d'autres activités. Ainsi, le notaire agit en tant que Gerichtskommissär, fonction attribuée par la loi qui lui permet d'apporter son concours et d'adopter des décisions dans le cadre de certaines procédures juridictionnelles comme en matière successorale. En sa qualité de Gerichtskommissär, le notaire exerce des pouvoirs comprenant des pouvoirs d'injonction analogues à ceux des juridictions.

40. Le notaire est un officier nommé par décision du ministre fédéral de la Justice, qui est tenu d'exercer ses fonctions publiques. Son activité a cependant le statut de profession libérale. Les notaires exercent leurs fonctions en toute indépendance et sont soumis à un statut spécifique. Leurs honoraires sont

29 — Article 5 du règlement du notariat précité.

30 — Article 292 du code de procédure civile.

31 — En tant que «Bewilligungs- bzw Exekutionsgericht» (juge de l'exécution), voir articles 17 et suiv. de la loi du 27 mai 1896 portant règlement relatif à l'exécution forcée (RGBl. nº 79/1986, ci-après le «règlement sur les voies d'exécution»).

32 — Articles 35 à 37 du règlement sur les voies d'exécution.

réglementés, mais les clients disposent d'une liberté considérable dans le choix du notaire. Ainsi, la concurrence entre notaires ne s'exerce pas par une politique tarifaire, mais par la qualité du service.

e) Le droit allemand

41. L'activité notariale en Allemagne est régie par la loi du 24 février 1961, ainsi que par différentes dispositions du code de procédure civile.

42. Le notariat allemand est formé d'officiers publics indépendants chargés principalement de l'authentification d'actes juridiques [33]. L'intervention du notaire confère à l'acte force exécutoire ainsi qu'une force probante particulière [34]. La fonction de notaire participe de ce qu'il est convenu d'appeler l'«administration préventive de la justice» [35].

43. L'authentification constitue effectivement l'activité la plus significative et caractéristique de la profession de notaire. À cette fin, le notaire procède à un contrôle de légalité des actes privés que les parties envisagent de conclure et s'assure que ces dernières expriment leur consentement en pleine possession de leur entière capacité juridique et d'agir [36]. Si les conditions légales sont réunies, le notaire est tenu de procéder à l'authentification [37]. Lorsqu'il instrumente, le notaire conseille et informe les parties à propos de leurs droits et obligations ainsi que des effets résultant de l'authentification de l'acte [38]. Bien que le notaire agisse à la demande des parties et non d'office, le droit allemand comprend un large éventail d'actes dont la forme notariée est exigée ad validitatem [39].

44. L'acte notarié fait foi et bénéficie d'une force probante particulière, quoique susceptible de preuve contraire dans les conditions énumérées par la loi [40] et qui dépendent des éléments considérés comme prouvés devant notaire, qu'il s'agisse de déclarations de tiers, de déclarations du notaire lui-même ou d'événements à caractère factuel.

45. L'acte notarié a force exécutoire: il appartient directement aux autorités chargées de l'exécution d'y procéder sans rechercher le consentement du débiteur, mais en procédant

33 — Articles 1 et 20, paragraphe 1, de la loi fédérale du 24 février 1961 relative aux notaires (BGBl. I, p. 97, ci-après la «loi fédérale relative aux notaires»).

34 — Articles 415, 794, paragraphe 1, point 5, et 797, paragraphe 2, du code de procédure civile.

35 — «Vorsorgende Rechtspflege», selon les termes employés par l'article 1er de la loi fédérale relative aux notaires.

36 — Article 14, paragraphe 2, de la loi fédérale relative aux notaires, précitée.

37 — Ibidem, article 15, paragraphe 1.

38 — Ibidem, article 14, paragraphe 1, point 2.

39 — Voir, ex multis, les cas de la promesse de donation (article 518 du Code civil allemand, ci-après «BGB»), des contrats de mariage (article 1408 du BGB) ou encore de la renonciation à une succession (article 2346 du BGB).

40 — Article 415, paragraphe 2, du code de procédure civile.

à sa signification. Cela suppose que le débiteur se soumette à l'exécution forcée lors de la conclusion de l'acte et de son authentification [41]. Seules les autorités prévues par la loi, au nombre desquelles figure le notaire, sont compétentes en matière d'exécution forcée [42]. Un recours juridictionnel peut être exercé contre les décisions adoptées dans le cadre de la procédure d'exécution forcée qui présentent un lien avec le contenu de l'acte notarié [43].

46. Outre les fonctions d'authentification, le gouvernement allemand a établi que les notaires assumaient également d'autres activités, fussent-elles moins fréquentes que l'activité ci-dessus décrite. Ainsi, le notaire exerce des fonctions liées à la légalisation de documents, l'octroi de pouvoirs et l'attestation de déclarations sous serment.

47. Le notaire allemand est un officier public nommé par le Land qui exerce ses fonctions au nom de l'État [44]. Bien que l'activité ne soit pas à caractère commercial, le notaire agit en tant que membre d'une profession libérale, à l'exception du cas du Land de Bade-Wurtemberg [45]. Sur le reste du territoire, et selon les Länder, le notaire exerce sa profession à titre exclusif ou conjointement avec la profession d'avocat. Ils sont soumis à un statut spécial qui garantit leur indépendance, tandis que leurs honoraires font l'objet d'une tarification légale [46]. Les clients disposent néanmoins d'une liberté considérable dans le choix du notaire dans un cadre territorial déterminé [47]. Ainsi, les notaires établis sur le territoire en question entrent en concurrence, non pas sur le fondement d'une politique tarifaire, mais en fonction de la qualité du service.

f) Le droit grec

48. L'activité notariale en Grèce est réglementée, pour l'essentiel, par la loi nº 2830/2000.

49. Le notaire grec est un officier public chargé, à titre principal, de l'authentification des actes, conférant à ces derniers force probante et caractère exécutoire [48].

41 — Article 794, paragraphe 1, point 5, du code de procédure civile.

42 — Il existe une pluralité d'autorités compétentes, parmi lesquelles on trouve les huissiers de justice («Gerichtsvollzieher»), les tribunaux de l'exécution («Vollstreckungsgericht»), les tribunaux saisis du litige («Prozessgericht») et les bureaux du registre foncier («Grundbuchamt»).

43 — Articles 732 et 797, paragraphe 3, du code de procédure civile.

44 — Article 1er de la loi fédérale relative aux notaires, précitée.

45 — Dans une partie de ce Land, le notaire est un fonctionnaire intégré à l'administration publique.

46 — Article 17 de la loi fédérale relative aux notaires, précitée.

47 — Articles 10a et 11 de la loi fédérale relative aux notaires, précitée.

48 — Article 1er, paragraphe 1, de la loi nº 2830/2000.

50. Le notaire est chargé d'authentifier les actes qui lui sont soumis librement par les parties, quoique l'intervention du notaire puisse être obligatoire dans certains cas [49]. Le notaire informe et conseille les parties au sujet de leurs droits et obligations, et fournit ses services en toute indépendance.

51. Les actes notariés jouissent d'une force probante particulière, en tant que preuve opposable à tous [50]. Le contenu de l'acte ne peut être remis en cause que pour des motifs exceptionnels.

52. En raison du caractère exécutoire de l'acte notarié, son exécution forcée peut être demandée directement auprès de l'autorité compétente, en charge de celle-ci. Pour autant, il est possible de former un recours, quoique de manière incidente, contre les actes d'exécution forcée et dans les circonstances énumérées par la loi [51].

53. Outre les fonctions d'authentification, le gouvernement grec a établi que les notaires assumaient également d'autres activités, fussent-elles moins fréquentes que l'activité ci-dessus décrite. Ainsi, le notaire exerce des fonctions liées, entre autres, à la vente d'immeubles dans le cadre de procédures d'exécution forcée, d'adjudication, de tutelle ou de succession, et en relation avec l'établissement de l'inventaire et la réalisation d'un partage de biens indivis.

54. Le notaire est un officier public qui fournit ses services de manière indépendante et perçoit ses honoraires directement auprès du client. Bien que la rémunération de ses services fasse l'objet d'un tarif légal, le client dispose néanmoins d'une certaine liberté dans le choix du notaire.

55. Ainsi, les notaires entrent en concurrence non pas sur le fondement d'une politique tarifaire, mais en fonction de la qualité du service.

g) Synthèse

56. À titre de conclusion de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus, il apparaît légitime d'affirmer que les six États membres défendeurs ont consacré et développé une institution notariale commune, en particulier en ce qui concerne l'authentification et ses effets ultimes: la force probante et le caractère exécutoire. Dans tous les États membres défendeurs apparaît nettement l'existence d'un statut des notaires spécifique et hybride, à mi-chemin entre celui de la fonction publique et celui des professions libérales, qui génère des droits et des obligations faisant du notariat un office exerçant une activité économique sui generis. C'est ce degré de coïncidence fondamentale qui permet de donner une réponse argumentée unique aux présents recours en manquement.

49 — Par exemple dans le cas de la constitution de sociétés, de donations entre vifs ou de transmissions d'immeubles.

50 — Article 438 de la loi nº 2830/2000, précitée.

51 — Ibidem, articles 933 et suiv.

2. La disposition nationale formant spécifiquement l'objet des recours: les conditions de nationalité

57. Après avoir exposé dans ses grandes lignes le cadre juridique régissant la profession de notaire, il convient désormais d'exposer les dispositions mises en cause par la Commission dans les présentes affaires et qui ont pour objet de limiter l'accès au notariat aux ressortissants de l'État en cause.

a) Le droit belge

58. L'article 35, paragraphe 3, de la loi du 25 ventôse de l'an XI, amendée par la loi du 4 mai 1999, subordonne l'accès à la profession de notaire en Belgique à une condition de nationalité. Cet article est ainsi rédigé:

«Pour pouvoir être nommé candidat-notaire, l'intéressé doit: 1. être belge […]»

b) Le droit français

59. L'article 3 du décret nº 73-609, du 5 juillet 1973, tel que modifié par le décret nº 89-399, du 20 juin 1989, subordonne l'accès à la profession de notaire en France à une condition de nationalité. Il est ainsi rédigé:

«Nul ne peut être notaire s'il ne remplit les conditions suivantes: 1° Être français […]»

c) Le droit luxembourgeois

60. L'article 15 de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat prévoit une condition de nationalité pour accéder à la profession de notaire au Luxembourg. Il est rédigé comme suit:

«Pour être admis aux fonctions de notaire, il faut: a) être luxembourgeois […]»

d) Le droit autrichien

61. L'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement du notariat, tel que modifié par la loi publiée au BGBl. nº 164/2005, prévoit une condition de nationalité pour accéder à la profession de notaire en Autriche. Son libellé est le suivant:

«Afin d'exercer une charge de notaire, le candidat doit a) être de nationalité autrichienne […]»

e) Le droit allemand

62. L'article 5 de la loi fédérale relative aux notaires, dans sa version résultant de l'article 3 de la loi du 26 mars 2007, subordonne l'accès à la profession de notaire en Allemagne à une condition de nationalité. Aux termes de cet article:

«La charge de notaire ne peut être assumée que par les ressortissants de nationalité allemande satisfaisant aux conditions d'accès à la magistrature selon la loi fédérale sur le statut des magistrats.»

f) Le droit grec

63. L'article 19, paragraphe 1, de la loi n° 2830/2000, précitée, subordonne l'accès à la profession de notaire en Grèce à une condition de nationalité rédigée dans les termes suivants:

«Est désigné comme notaire quiconque a la nationalité grecque […]»

III — Conclusions des parties

64. Dans les affaires jointes aux fins des présentes conclusions, la Commission, soutenue par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, a conclu à ce qu'il plaise à la Cour:

— déclarer que, en ayant limité l'accès à la profession de notaire aux seules personnes disposant de la nationalité du pays, le Royaume de Belgique, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, la République d'Autriche, la République fédérale d'Allemagne et la République hellénique ont manqué aux obligations qui leur incombent en vertu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE;

— déclarer que, en n'ayant pas appliqué à la profession de notaire la directive 2005/36, le Royaume de Belgique, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, la République d'Autriche, la République fédérale d'Allemagne et la République hellénique ont manqué aux obligations qui leur incombent en vertu de ladite directive;

— condamner aux dépens le Royaume de Belgique, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, la République d'Autriche, la République fédérale d'Allemagne et la République hellénique.

65. De leur côté, les États membres défendeurs, soutenus pour leur part par la République de Lituanie, la Roumanie, la République de Bulgarie, la République de Pologne, la République de Slovénie, la République tchèque, la République slovaque, la République de Hongrie et la République de Lettonie, ont conclu à ce qu'il plaise à la Cour:

rejeter le recours comme non fondé en l'absence de tout manquement aux articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE; condamner la Commission aux dépens.

En outre, préalablement à ce qui précède, la République fédérale d'Allemagne soulève une exception d'irrecevabilité en faisant valoir que la Commission avait invoqué la directive 89/48 au cours de la phase précontentieuse de la procédure, alors qu'elle ferait désormais valoir, dans sa requête, un manquement à la directive 2005/36 qui a succédé à la directive 89/48.

IV — Sur la recevabilité

66. Dans l'affaire C-54/08 concernant la République fédérale d'Allemagne en tant que partie défenderesse, celle-ci, soutenue par la République de Slovénie et par la République de Lettonie, soulève une exception d'irrecevabilité à raison des normes invoquées par la Commission. Selon elle, la Commission lui a reproché d'avoir enfreint la directive 89/48 au cours de la phase précontentieuse du recours en manquement, alors qu'elle lui reprocherait désormais, au stade contentieux, d'avoir enfreint la directive 2005/36 — texte qui s'est substitué au précédent.

67. Cette exception ne saurait prospérer.

68. Selon une jurisprudence constante, la régularité de la procédure précontentieuse constitue une garantie essentielle voulue par le traité, non seulement pour la protection des droits de l'État membre en cause, mais également pour assurer que la procédure contentieuse éventuelle aura pour objet un litige clairement défini. C'est seulement à partir d'une procédure précontentieuse régulière que la procédure contradictoire devant la Cour permettra à celle-ci de juger si l'État membre a effectivement manqué aux obligations précises dont la violation est alléguée par la Commission [52].

69. Ainsi que la Cour l'a indiqué itérativement, «si les conclusions contenues dans la requête ne sauraient en principe être étendues au-delà des manquements allégués dans le dispositif de l'avis motivé et dans la lettre de mise en demeure, il n'en demeure pas moins

52 — Ordonnance du 11 juillet 1995, Commission/Espagne (C-266/94, Rec. p. I-1975, points 17 et 18).

que, lorsqu'un changement du droit communautaire intervient au cours de la procédure précontentieuse, la Commission est recevable à faire constater un manquement aux obligations qui trouvent leur origine dans la version initiale d'une directive, par la suite modifiée ou abrogée, qui ont été maintenues par de nouvelles dispositions» [53].

70. Or, ainsi que l'a Commission l'a fait valoir, il ressort d'une comparaison des dispositions en cause que la directive 2005/36 n'a fait que renforcer et codifier les dispositions de la directive 89/48. En conséquence, la plupart des obligations qui incombaient aux États membres en vertu de la directive 89/48 demeurent applicables en vertu de la directive 2005/36.

71. Il s'ensuit qu'il convient de déclarer le recours recevable, sans faire droit à l'exception d'irrecevabilité soulevée par la République fédérale d'Allemagne, étant donné qu'elle se réfère aux obligations résultant de la directive 2005/36 qui étaient déjà applicables en vertu de la directive abrogée.

53 — Voir, ex multis, arrêts du 9 novembre 1999, Commission/Italie (C-365/97, Rec. p. I-7773, point 36), et du 5 juin 2003, Commission/Italie (C-145/01, Rec. p. I-5581, point 17).

V — Sur le fond

A — *Sur le premier motif de manquement*

72. Par son premier motif de manquement, la Commission demande à la Cour de déclarer que les États membres défendeurs, en réservant l'accès à la profession de notaire uniquement et exclusivement à leurs propres ressortissants, ont violé les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE.

73. Les États membres concernés opposent une analyse différente de la règle résultant des deux articles en se fondant, en substance, sur la détermination du champ d'application de ladite règle exprimée de manière négative dans le second des articles en question, c'est-à-dire sur une interprétation différente de l'expression «activités participant […], même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique».

74. En effet, en réduisant le débat à ses termes essentiels, si, pour la Commission, l'article 45, premier alinéa, CE vise essentiellement une règle limitée à la notion de «contrainte», les États membres défendent une interprétation nettement plus large en considérant que ladite disposition englobe toute forme de décision à laquelle s'attachent des effets particuliers et différents de ceux produits par un acte à caractère privé.

1. Trois remarques introductives à caractère général

75. Trois considérations d'ordre général s'imposent au préalable: l'une relative à la structure de la règle résultant de la lecture combinée des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE; l'autre relative au sens ou, si l'on préfère, à l'économie de l'article 45, premier alinéa, CE lui-même, et la troisième au sujet de l'application du principe de proportionnalité.

a) La règle à laquelle la Commission reproche aux États d'avoir manqué: les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE

76. Ainsi que cela a été exposé, la Commission dénonce un manquement à l'ensemble normatif résultant des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE dont le champ d'application de la liberté d'établissement peut être déduit. La particularité de ce manquement, déduit de la lecture combinée des deux dispositions citées du traité, mérite un premier commentaire de notre part.

77. En effet, les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE forment véritablement une unité normative à partir d'une règle (liberté d'établissement) et d'une exception (activités participant à l'exercice de l'autorité publique) qui définit ainsi son champ d'application. C'est de la combinaison des deux dispositions que ressort la règle déterminante aux fins de la résolution des présentes affaires. Il ne s'agit donc pas d'une règle (celle de l'article 43 CE) à laquelle il serait simplement *dérogé* (à l'article 45, premier alinéa, CE) dans le cadre de son application, mais d'une règle différente: celle qui détermine le champ d'application de la liberté d'établissement pour l'exercice d'activités ne participant *pas* à l'exercice de l'autorité publique. Tel est le champ d'application de liberté concrète que garantit le traité et c'est ainsi qu'il convient d'analyser l'approche suivie par la Commission lorsqu'elle fait valoir un manquement aux articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE.

78. Cela constitue, par ailleurs, la différence déterminante qui distingue, d'un point du vue fonctionnel, les deux alinéas que comprend l'article 45 CE. Le premier, ainsi que nous venons de le voir, détermine directement et exhaustivement *(parfaitement),* quoique de manière négative, le champ d'application de la liberté en déclarant d'emblée exclues de celui-ci («sont exceptées») les activités participant à l'exercice de l'autorité publique. Au contraire, le second alinéa se borne à permettre l'introduction en droit dérivé de restrictions supplémentaires au champ d'application de la liberté fixé par le traité, tel qu'il résulte d'une lecture combinée des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE. Les présents recours en manquement n'ont aucunement porté sur cette possibilité générale de dérogation ponctuelle au champ d'application de ladite liberté, d'autant plus qu'il n'a pas été fait usage de celle-ci jusqu'à présent. Sa profonde différence avec la disposition du

premier alinéa permet néanmoins de comprendre et d'expliquer la fonction et la portée de cette dernière.

79. Il convient donc d'insister sur le fait que l'article 43 CE ne consacre pas une liberté, en l'occurrence d'établissement, à laquelle il serait *ensuite* dérogé à l'article 45, premier alinéa, CE. Pour le dire encore autrement, il ne s'agit pas d'une exception à l'application d'une règle, mais d'une exception constitutive de la règle qui détermine dans le traité le champ d'application de la liberté. Les États membres sont donc tenus de donner effet à la liberté d'établissement en ce qui concerne les activités économiques qui ne participent pas, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique. Nous désignerons ci-après la détermination de la portée de l'article 43 CE résultant de l'article 45, premier alinéa, CE par l'expression «champ négatif d'application de la liberté d'établissement».

b) La difficulté d'interprétation du sens de l'article 45, premier alinéa, CE

80. La deuxième remarque introductive à caractère général touche déjà au fond. En effet, il paraît d'emblée clair que la disposition prévue à l'article 45, premier alinéa, CE quant aux «activités» économiques «participant à l'exercice de l'autorité publique» se réfère à un *corps étranger* dans la phénoménologie de l'autorité publique moderne. La séparation des sphères publique et privée ou, en d'autres termes, de l'État et de la société, qui caractérise le monde politique moderne, a pour corollaire qu'il n'existe plus, en principe, à l'heure actuelle, d'activité participant à l'exercice de l'autorité publique en dehors des trois pouvoirs autour desquels il est admis que l'autorité publique s'articule. Une activité économique privatisée (ou non nationalisée) qui participe néanmoins à l'exercice de l'autorité publique constitue donc un élément relativement *inattendu* dans l'économie du traité. C'est pourtant ce que l'article 51 TFUE, ex article 45 CE, continue à viser de manière inchangée depuis la première version du traité CEE en 1957. En outre, les articles 23 et 27 de l'accord de l'Association européenne de libre-échange comportent également une disposition analogue.

81. Il semble naturel de supposer que la présence constante de cette disposition tout au long de l'évolution du droit primaire doit répondre à une finalité précise et constituer l'expression d'une idée sous-jacente [54]. La seule explication logique tient à ce que les

54 — Voir Tomuschat, C., «Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt», dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 27 (1967), p. 53 et suiv.

États membres, en leur qualité d'auteurs des traités, et peut-être en se fondant sur leur propre culture et tradition juridique, ont tenu compte du fait que, à tout le moins dans un nombre significatif d'entre eux, leurs ordres juridiques respectifs comportaient un certain nombre d'activités participant à l'exercice de l'autorité publique qui n'étaient pourtant pas exercées par les pouvoirs publics, mais qui, au contraire, prenaient la forme d'activités économiques ou d'activités confiées à des opérateurs économiques. Une approche qui déboucherait sur la conclusion qu'il *ne nous vient à l'esprit* aucune activité parmi celles existant qui relèverait de cette catégorie soulèverait quelques doutes quant au bien-fondé de l'interprétation suivie.

82. Une autre chose est de savoir si l'article 45, premier alinéa, CE peut être interprété comme autorisant les États à opérer de manière indéfinie ou générale une privatisation de l'autorité publique (une forme particulière de «devolution») qui lui donnerait le sens d'«activité économique». Il ne nous semble pas que tel soit le cas. Au contraire, l'article 45, premier alinéa, CE ne doit pas être considéré tant comme une règle *d'avenir* que comme une règle *héritée du passé*. L'analyse sans doute la plus juste de l'article 45, premier alinéa, CE consiste probablement à affirmer que le traité a souhaité excepter du champ de la liberté d'établissement toute activité économique qui, à titre exceptionnel, continue à avoir pour objet une forme de relation avec le pouvoir politique étatique. Bien évidemment, le traité laisse aux États entière liberté pour maintenir ou mettre fin à ce type d'activités économiques. Cependant, dans la mesure où les États optent pour leur maintien, le traité les exclut directement du champ de la liberté d'établissement. On pourrait ainsi se risquer à comparer cette disposition à une clause facultative de «standstill».

c) L'incorporation du principe de proportionnalité

83. Au cours de la procédure, les États membres ont affirmé que l'application des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE n'admettait aucun contrôle de proportionnalité. En affirmant cela, les États membres défendeurs et les États membres intervenus à leur soutien font valoir que, lorsque les conditions de l'article 45, premier alinéa, CE sont réunies, il n'y a lieu à aucune pondération qui permettrait d'appliquer la disposition de manière graduelle. Or le principe de proportionnalité a précisément pour fonction d'assurer une telle gradation dans l'application d'une exception aux libertés fondamentales, dès lors qu'il constitue l'instrument devant être utilisé afin de déterminer jusqu'à quel point une restriction à une liberté est nécessaire en vue d'atteindre des objectifs légitimes d'ordre public, de sécurité publique et de

santé publique [55]. Les États membres défendeurs dans les présentes affaires s'accordent pour faire valoir que l'article 45, premier alinéa, CE ne permet pas d'exercer un contrôle à la lumière du principe de proportionnalité, mais constitue, pour ainsi dire, une disposition binaire: soit elle serait applicable, soit elle ne le serait pas, mais elle n'accorderait aucune marge d'appréciation à l'exégète.

84. Effectivement, à chaque fois que notre Cour a été confrontée à une question d'interprétation de l'article 45, premier alinéa, CE, l'analyse s'est limitée à vérifier si l'activité en question constituait une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Ainsi que nous l'exposerons ci-dessous, il importe néanmoins de souligner que, jusqu'à présent, la Cour n'a jamais été amenée à aller au-delà d'une première phase dans l'analyse qu'exige l'application de l'article 45, premier alinéa, CE, dans la mesure où elle a toujours pu se borner à déclarer, sur le fondement d'une analyse sommaire de la notion en cause, que l'activité en question ne participait pas à l'exercice de l'autorité publique. En d'autres termes, il a été possible de trancher les cas dans lesquels la Cour a été amenée à se prononcer sur l'interprétation de l'article 45, premier alinéa, CE sans aborder par le menu la construction conceptuelle de la catégorie «autorité publique» [56]. Au contraire, devant l'hypothèse d'une réponse positive, la Cour doit approfondir son analyse. Dans une telle hypothèse, l'interprétation consiste à déterminer, eu égard au degré de participation à l'exercice de l'autorité publique révélé par l'activité, si la mesure nationale en cause est nécessaire pour atteindre les objectifs des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE.

85. Il convient donc de conclure que les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE admettent un contrôle de proportionnalité.

86. Dans le cadre des dispositions citées, le contrôle de proportionnalité implique, le cas échéant, un examen analogue à celui réalisé par la Cour dans sa jurisprudence [57], soit la mise en balance, d'une part, de la restriction résultant de la mesure adoptée, avec, d'autre part, le degré de participation de l'activité en cause à l'exercice de l'autorité publique. Plus la participation sera directe ou immédiate, plus l'éventail de mesures couvertes par l'article 45, premier alinéa, CE, sera large. Moins cette participation sera directe, moins les mesures seront justifiables au regard de cet article, tant du point de vue de leur quantité que de leur intensité.

55 — Article 46, paragraphe 1, CE. Ce précepte a été interprété par la Cour en faisant application au cas par cas d'un contrôle de proportionnalité, ainsi que cela résulte d'une abondante jurisprudence. Voir, parmi les affaires les plus récentes, arrêts du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Rec. p. I-7995, points 61 et suiv.), et du 3 octobre 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Rec. p. I-9521, point 46). Sur le principe et son rôle pondérateur dans le cadre des libertés fondamentales, voir Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2e édition, Oxford University Press, 2006, p. 193 et suiv., ainsi que Galetta, D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milan, 1998, p. 103 et suiv.

56 — Voir, parmi tant d'autres, Henssler, M., et Filian M., «Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG», *Europarecht*, 2005, p. 192 et suiv.

57 — Voir arrêts précités note 55.

2. L'activité de participation à l'exercice de l'autorité publique

a) La jurisprudence de la Cour

87. Le premier élément qui ressort d'un examen de l'état actuel de la jurisprudence relative aux articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE est la constance avec laquelle la Cour a insisté sur la nécessité de procéder à une interprétation stricte. Dès 1974, dans l'affaire Reyners [58], il est apparu que la jurisprudence allait cantonner la disposition à un domaine très limité, sans doute en raison de la fonction de délimitation, et non de justification, de la règle. Cette approche est attestée par le fait que, après plus d'un demi-siècle de jurisprudence et d'une quinzaine d'arrêts rendus, la Cour n'a encore jamais déclaré qu'une activité donnée relevait des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE.

88. En deuxième lieu, la jurisprudence a précisé que le terme «activité» n'était pas synonyme de «profession». En conséquence, le fait qu'une activité constitue une participation à l'exercice de l'autorité publique n'implique pas, à lui seul, que les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE puissent s'appliquer à toutes les autres activités exercées par le professionnel en question. Ce raisonnement a conduit la Cour à affirmer qu'il est possible de réduire la portée et l'application des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE à l'ensemble d'une profession uniquement dans les cas dans lesquels les activités se rattachant à l'autorité publique sont inséparables des autres. Ainsi qu'elle l'a indiqué dans l'arrêt précité rendu dans l'affaire Reyners, on ne saurait, par contre, admettre cette extension «lorsque, dans le cadre d'une profession indépendante, les activités participant éventuellement à l'exercice de l'autorité publique constituent un élément détachable de l'ensemble de l'activité professionnelle en cause» [59].

89. En troisième lieu, la Cour a précisé dans l'affaire Reyners que le champ d'application des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE était limité «à celles des activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique» [60], sans que les États membres puissent adopter des dispositions unilatérales destinées à étendre ou à réduire ses termes [61].

90. Enfin, le quatrième et ultime élément qui mérite d'être mis en relief dans notre jurisprudence tient à la nécessité d'analyser les fonctions spécifiques exercées à l'occasion de chaque activité dans le cadre d'une appréciation intimement liée aux circonstances concrètes du cas d'espèce imposant

58 — Arrêt du 21 juin 1974 (2/74, Rec. p. 631).

59 — Ibidem, point 47.

60 — Ibidem, point 45.

61 — Arrêt du 15 mars 1988, Commission/Grèce (147/86, Rec. p. 1637, point 8).

à la Cour d'aborder en détail des questions de droit national dont la résolution n'est pas toujours aisée. Ainsi, depuis l'arrêt Reyners, il est clair que les caractéristiques nécessaires à l'application de l'article 45, premier alinéa, CE doivent être appréciées «séparément, pour chaque État membre, au regard des dispositions nationales applicables à l'organisation et à l'exercice de cette profession» [62]. Cette caractéristique fait de la jurisprudence une casuistique, peu expressive et fort liée aux spécificités de chaque activité. Cela est tellement vrai qu'il n'existe aujourd'hui encore aucun arrêt dans lequel la Cour a précisé le sens à donner aux termes «directe», «spécifique» ou encore «autorité publique».

91. S'agissant des solutions dégagées en pratique par cette jurisprudence, force est d'observer, ainsi que je l'ai déjà indiqué, que, dans les arrêts rendus par la Cour jusqu'à ce jour, celle-ci n'est jamais parvenue à la conclusion qu'une activité constituât une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique [63]. La profession d'avocat [64], l'enseignement ou la direction de centres privés d'enseignement [65], l'élaboration de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique [66], la fonction de commissaire agréé auprès des entreprises d'assurances [67], l'inspection technique des véhicules [68], la vente de paris et de loteries [69], les services de sécurité privée [70], les services publics de secours [71] ou encore les organismes de contrôle des produits de l'agriculture biologique [72] — toutes ces activités ont été examinées par la Cour qui, dans tous les cas, a écarté qu'il puisse s'agir d'activités participant à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE [73].

62 — Arrêt précité, point 49.

63 — La République fédérale d'Allemagne considère que, dans l'arrêt du 5 octobre 1994, van Schaik (C-55/93, Rec. p. I-4837), la Cour serait parvenue à la conclusion qu'une activité économique participait à l'exercice de l'autorité publique. L'arrêt en question indiquait, concrètement au point 16, que l'octroi d'une autorisation de contrôle par un État membre à des garages établis dans d'autres États membres impliquait l'extension d'une prérogative de puissance publique en dehors du territoire national. La Cour a conclu que c'est la faculté d'accorder des autorisations, et non l'activité économique soumise à agrément, qui constituait une participation à l'exercice de l'autorité publique.

64 — Arrêt Reyners, précité.

65 — Arrêt Commission/Grèce, précité.

66 — Arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie (C-3/88, Rec. p. 4035).

67 — Arrêt du 13 juillet 1993, Thijssen (C-42/92, Rec. p. I-4047).

68 — Arrêts van Schaik, précité, et du 22 octobre 2009, Commission/Portugal (C-438/08, Rec. p. I-10219).

69 — Arrêt du 26 avril 1994, Commission/Italie (C-272/91, Rec. p. I-1409).

70 — Arrêts du 29 octobre 1998, Commission/Espagne (C-114/97, Rec. p. I-6717); du 9 mars 2000, Commission/Belgique (C-355/98, Rec. p. I-1221); du 31 mai 2001, Commission/Italie (C-283/99, Rec. p. I-4363), et du 13 décembre 2007, Commission/Italie (C-465/05, Rec. p. I-11091).

71 — Arrêt du 29 avril 2010, Commission/Allemagne (C-160/08, Rec. p. I-3713).

72 — Arrêts du 29 novembre 2007, Commission/Allemagne (C-404/05, Rec. p. I-10239) et Commission/Autriche (C-393/05, Rec. p. I-10195).

73 — Ce qui ne signifie pas, pour autant, que la Cour aurait gardé le silence sur des activités susceptibles de relever de l'article 45, premier alinéa, CE, comme dans l'affaire van Schaik précitée, ou encore du champ de l'article 39, paragraphe 4, CE, relatif à la libre circulation des travailleurs, où l'on trouve, à titre surabondant, certaines allusions à des activités susceptibles, en théorie, de participer à l'exercice de l'autorité publique, comme les fonctions exercées par la police et les officiers publics dans l'arrêt du 30 septembre 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Rec. p. I-10391).

b) Le nécessaire approfondissement de la notion d'autorité publique

92. Ainsi que nous l'avons vu, seul un nombre réduit d'éléments peut être extrait de la jurisprudence en vue de rechercher la nature ou la qualité de l'«autorité publique» visée dans l'article en cause. Définir ce qui est visé par la notion d'«autorité publique» au sens de l'article 45, premier alinéa, CE [74] implique forcément de s'appuyer sur une *conception prédéterminée* du concept d'autorité publique en tant que catégorie générale de la théorie de l'État dans laquelle l'Union, en tant que communauté d'États, doit nécessairement trouver sa place [75].

93. Analysée ainsi, la notion d'«autorité publique» vise avant tout le «pouvoir», c'est-à-dire la capacité d'imposer une conduite conforme à une volonté irrésistible. Conformément à une analyse généralement acceptée, et dans son acception la plus large, ladite capacité est propre à l'État, c'est-à-dire à l'institution qui personnifie l'ordre juridique en tant qu'instrument d'administration et de gestion de l'autorité légitime [76]. Ainsi, l'autorité publique désigne le pouvoir du souverain, qui superiorem non recognoscens in regno suo.

94. Cela signifie qu'il n'existe, au sein de l'État, aucun autre pouvoir légitime que celui exercé par l'autorité publique, que ce soit dans l'intérêt de l'existence de l'État et de la poursuite de ses fins (intérêt général) ou que ce soit au service d'attentes légitimes de certains particuliers par rapport à d'autres (intérêt privé) — toujours dans le respect, dans ce dernier cas, des conditions préalablement fixées [77].

95. Afin de délimiter les domaines respectifs de l'autorité publique et des particuliers, la finalité de l'emploi de la force monopolisée et administrée par l'État constitue certainement un premier critère. En effet, l'autorité publique doit assurer la poursuite des objectifs d'ordre général qui constituent le fondement de la légitimité de la forme concrète d'État adoptée par l'autorité publique (typiquement, en Europe, l'État de droit social et démocratique). Au contraire, les particuliers, dans l'exercice de leur autonomie en tant qu'individus,

74 — Les différentes versions linguistiques dudit article emploient indistinctement deux termes différents qui, d'un point de vue théorique, sont susceptibles d'impliquer certaines nuances, à savoir les termes d'«autorité publique» et de «pouvoir public». Ainsi, il est question d'«autorité» dans les versions française («exercice de l'autorité publique»), anglaise («exercise of official authority»), portugaise («exercício da autoridade pública»), roumaine («exercitării autorității publice») et maltaise («l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika»), tandis que l'expression «pouvoir public» apparaît dans les versions espagnole («ejercicio del poder público»), allemande («Ausübung öffentlicher Gewalt»), italienne («esercizio dei pubblici poteri») et suédoise («utövandet av offentlig makt»).

75 — Quoique la définition de la notion doive ultimement ressortir au droit de l'Union, il n'en demeure pas moins que la Cour, en sa qualité d'interprète suprême du droit de l'Union, ébauche sa définition en partant toujours des différentes définitions nationales de la catégorie en question. Voir, parmi tant d'autres, Schlag, M., Art. 45, *EU-Kommentar*, 2e édition, Nomos, Baden-Baden, 2009.

76 — Voir, au sein d'une vaste bibliographie, Passerin d'Entrèves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Turin, 1962.

77 — À l'évidence, nous n'aborderons pas le cas de la force monopolisée par un autre État qui cohabite avec le premier État envisagé dans le respect des domaines respectifs de souveraineté délimités par le droit international.

peuvent veiller à la satisfaction de leurs intérêts d'ordre privé. Ils peuvent y procéder en se servant, si nécessaire et dans les conditions prévues par l'ordre juridique, de la force administrée par la puissance publique qui, à ces fins, ne représente rien d'autre qu'un instrument au service d'intérêts non généraux.

96. Cependant, le critère le plus souvent retenu aux fins de l'identification de l'autorité publique est celui tenant à la capacité de l'autorité publique d'imposer sa volonté unilatéralement, c'est-à-dire sans nécessiter le consentement de l'intéressé. Au contraire, le particulier ne peut faire accepter sa volonté à un autre particulier qu'avec le consentement de ce dernier.

97. Les choses ne sont toutefois pas aussi simples lorsqu'il s'agit d'un État démocratique, comme en l'espèce. En effet, dans de tels cas, le consentement est toujours nécessaire d'une manière ou d'une autre, en fin de compte. Par ailleurs, il convient de relativiser l'affirmation selon laquelle la volonté de l'autorité publique s'impose sans souffrir d'aucune contestation, dès lors que, du point de vue de l'État de droit, qui est également de l'essence de l'Union, tout acte de l'autorité publique ouvre droit à un recours. En réalité, pris sous cet angle, l'autorité souveraine de l'État démocratique constitue davantage une auctoritas qu'un simple imperium [78]. Il s'agit d'un pouvoir de domination exercé par la volonté même des assujettis et assuré par la légitimité originaire de la volonté de puissance, plus que par la simple menace de contrainte physique [79].

98. Pris sous cet angle, cela implique que la notion en question n'est pas une notion absolue, mais relative, qui est donc susceptible d'une gradation [80]. Plus il est aisé d'imposer un comportement, plus la qualité d'autorité publique est probable, toujours à l'exclusion d'une imposition pure et simple et incontestable.

99. Pour toutes ces raisons, l'examen du critère finaliste (intérêt général/intérêt particulier) ou de celui du mode d'imposition de l'obligation assurée par la contrainte (unilatéral/bilatéral) implique de s'engager sur une voie débouchant fatalement sur un terrain peu assuré. En effet, nous butons ici sur des

78 — En réalité, il est notoire que la souveraineté est une qualité qui, en tant qu'attribut de l'État, ne peut être revendiquée par aucun de ces organes qui, tout comme l'État lui-même, n'ont aucun autre fondement que la Constitution: «il n'y a pas d'État hors de ce que prévoit la Constitution» «es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert» (Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 6e édition, Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 187, rappelant l'idée de R. Smend et A. Arndt. Dans l'État constitutionnel, il n'y a pas de souverain, selon certains, dès lors que la souveraineté serait un attribut de l'État dans son ensemble. Voir Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuchverlag, Hambourg, 1975.

79 — Légitimité originaire à laquelle s'ajoute celle résultant de son exercice conformément à la logique des procédures. Voir, en ce sens, Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1969.

80 — Voir, en ce sens, Tomuschat, C., op. cit., p. 69.

notions extraordinairement imprécises, soumises comme elles le sont à l'arbitraire propre aux grandeurs relatives et, de ce fait, insusceptibles d'un minimum d'objectivité. Bien entendu, face à des cas incontestables d'exercice d'autorité publique, tel celui des activités directement liées à l'exercice de prérogatives de souveraineté (armée, force publique, pouvoir juridictionnel, gouvernement), il est fait application de critères opérationnels. Ces critères ne suffisent toutefois pas pour rendre compte de la qualification à donner à d'autres activités publiques moins liées à l'exercice de la contrainte et qui se distinguent néanmoins de l'activité privée.

100. En progressant encore dans la présente réflexion, il convient d'examiner la qualité de l'État moderne, en tant que forme d'aménagement du pouvoir nettement plus sophistiquée que les formes antérieures. Ces dernières se limitaient à administrer la contrainte physique par le biais de procédures de définition des conditions de son exercice extraordinairement simplifiées. Il s'ensuit que, pour rendre compte de toute la complexité du phénomène de l'autorité publique, il apparaît pratiquement inévitable de se fonder sur un concept d'autorité publique dégagé à partir de la logique qui sous-tend l'ordre juridique dans lequel s'exerce ladite autorité.

101. Dans cet esprit, l'ordre juridique représente un processus de mise en œuvre de l'exercice de la force légitime susceptible de s'achever, le cas échéant, par l'application de ladite force dans un cas concret. Cela étant, on ne saurait voir d'inconvénient à admettre que les actes marquant l'aboutissement du processus (lorsque le processus de la force légitime s'achève avec un acte qui met fin audit processus, en lui conférant un caractère définitif) apparaissent comme l'expression la plus achevée de l'ordre juridique [81].

102. Selon cette approche, le critère déterminant de qualification d'un acte comme participant à l'exercice de l'autorité publique serait donc celui de la nature de sa relation avec l'ordre étatique. Concrètement, la qualité d'une activité serait à considérer comme l'expression d'une participation à l'exercice de l'autorité publique à partir du critère de son insertion (son degré d'*appartenance*) dans ledit ordre juridique. C'est pourquoi le critère ne serait pas celui de sa simple conformité à l'ordre considéré, mais plutôt celui de son incorporation en tant qu'acte de l'ordre en question [82].

81 — À propos de la conception de l'ordre en tant que succession d'actes rattachables à une norme première positive, expression du pouvoir souverain, voir notamment Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2e édition, Deuticke, Vienne, 1960.

82 — Il s'ensuit que le point de savoir si une activité donnée participe ou non à l'exercice de l'autorité publique ne nécessite aucun effort de rattachement à l'un des trois pouvoirs et/ou fonctions étatiques, à savoir le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif ou le pouvoir juridictionnel, notamment à ce dernier, ainsi qu'on a pu le constater au vu des argumentations contradictoires échangées au cours de la présente procédure.

103. En ce sens, la juridiction peut être considérée comme représentant l'expression la plus caractéristique de l'autorité publique. En effet, par ses décisions, elle dit définitivement le droit, de sorte que l'ordre juridique finit par se confondre avec celles-ci [83]. Toutefois, cette même raison nous permet également d'affirmer que constitue une autorité publique celle dont les actes peuvent satisfaire à ladite condition sans qu'il soit besoin de iurisdictio. Pour commencer, la loi est exécutoire en elle-même, de même que tout acte administratif ou l'ordre de la force publique. Il s'agit toujours d'actes et de dispositions susceptibles d'un recours juridictionnel, sans toutefois nécessiter, quoi qu'il en soit, d'«autorisation» pour sortir immédiatement leurs effets.

104. Il ressort clairement des considérations qui précèdent qu'aucun particulier n'est en mesure de faire naître des actes juridiques capables de s'imposer à un tiers sans le concours de l'autorité publique. Dès lors que l'utilisation de la force par les particuliers demeure exclue, une autorisation publique est toujours nécessaire pour donner effet à son droit propre. Dans de tels cas, l'autorité publique ne se limite pas à *contrôler* un acte susceptible de sortir par lui-même un effet obligatoire à l'égard d'un tiers, comme dans le cas d'actes de l'administration, du gouvernement ou du pouvoir législatif. Au contraire, dans ces cas, l'intervention de l'autorité publique est toujours constitutive à l'égard de l'obligation que le particulier entend faire valoir à l'égard d'un tiers. Il s'agit donc d'obligations susceptibles d'être nées par l'effet de la rencontre de volontés (contrat, autonomie de la volonté), mais dont l'exécution n'est pas à la portée du particulier, dès lors qu'elles requièrent une intervention publique.

105. En conséquence, et à titre de conclusion de l'ensemble des considérations qui précèdent, on peut affirmer, avec le niveau d'abstraction exigé par les présentes affaires, que, au nombre des caractères permettant d'identifier l'autorité publique au sein des différentes traditions nationales, il y a lieu de faire figurer celui tenant à la possibilité d'imputer un acte, une disposition ou un comportement à la volonté de l'État formalisée à travers l'ordre juridique. L'imputabilité d'une volonté concrète à la volonté générale de l'État en tant que plus petit dénominateur commun entre toutes ces traditions juridiques constitue, en effet, le critère déterminant afin de délimiter ce qui relève de la sphère publique et ce qui relève de la sphère des particuliers.

106. Les considérations qui précèdent doivent permettre d'aborder la question centrale soulevée par l'activité notariale avec davantage d'assurance.

83 — Merkl, A., *Die Lehre von der Rechtskraft*, Deuticke, Leipzig, 1923.

3. Quant au point de savoir si l'activité notariale et, concrètement, l'activité d'authentification relèvent du champ négatif d'application de la liberté d'établissement

107. Malgré tout, il apparaît bon de procéder à quelques remarques liminaires. Non seulement la Cour ne s'est pas prononcée, dans sa jurisprudence, sur le point de savoir si l'activité notariale relève de ce que nous avons dénommé le «champ négatif d'application» de la liberté d'établissement, ce qu'il n'apparaît pas nécessaire de rappeler ici, mais cette question a fait l'objet d'un vaste et intense débat dont aussi bien les observations écrites que l'audience prolongée du 27 avril dernier se sont fait l'écho. La jurisprudence comprend sans doute quelques passages susceptibles d'être considérés comme militant en faveur d'une réponse positive [84]. On ne saurait toutefois affirmer que la Cour a eu l'occasion d'aborder la question avec toute l'attention requise.

108. Par ailleurs, les prises de position successives du Parlement européen sont révélatrices de l'intensité et de la durée du débat [85]. Il en va de même du 41ème considérant, ci-dessus reproduit, de la directive 2005/36, indépendamment de son ambiguïté plus ou moins importante sur laquelle nous reviendrons. En tout état de cause, il est clair qu'aucun de ces actes n'est capable de se substituer à la Cour, ou de dégager celle-ci de sa fonction d'interprétation en dernier ressort des traités.

a) L'authentification en tant qu'activité centrale des notaires dans les États défendeurs

109. Quoi qu'il en soit, nous commençons par rappeler qu'aussi bien les États que la Commission reconnaissent que l'essence de l'activité du notaire réside dans le pouvoir d'authentification et dans les effets qui y sont attachés: le caractère exécutoire et la force probante. Certains États membres, comme le Royaume de Belgique ou la République d'Autriche, ont insisté sur certaines fonctions accessoires remplies par le notariat dans leur ordre juridique et qui seraient l'expression d'éléments d'autorité publique. Toutes les

84 — Dans l'arrêt précité rendu dans l'affaire Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, la Cour a affirmé, à propos, il est vrai, d'un cas relevant de l'article 39, paragraphe 4, CE, que «le droit espagnol confère […] des attributions en matière notariale et d'état civil, qui ne sauraient s'expliquer par les seules nécessités du commandement du navire. De telles fonctions constituent une participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique aux fins de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État du pavillon» (point 42).

85 — Voir résolutions du Parlement européen du 18 janvier 1994 et du 23 mars 2006, qui soulignent que la profession de notaire participe directement et effectivement à l'exercice de l'autorité publique. La résolution de 2006 indiquait de manière très explicite que le Parlement considère «que l'article 45 du traité doit s'appliquer intégralement à la profession de notaire en tant que telle». Cette affirmation était fondée sur le fait que «la délégation partielle de l'autorité de l'État est un élément premier inhérent à l'exercice de la profession de notaire, [et] est actuellement pratiquée sur une base régulière et représente un volet majeur des activités du notaire».

parties, y compris la Commission, s'accordent néanmoins pour considérer que l'authentification, suivie de ses effets, constitue l'activité par excellence définissant la profession, sans laquelle celle-ci perdrait sa spécificité.

110. De même, si les six recours en manquement ont pu être joints aux fins des présentes conclusions, cela est fondamentalement dû au fait qu'il apparaît possible d'évoquer une «activité notariale» en des termes qui s'appliquent à l'ensemble des affaires. En d'autres termes, on peut parler, en ce qui concerne les six États en question, d'une activité centrale d'«authentification» comportant des effets analogues dans une large mesure dans les différents ordres juridiques concernés. Naturellement, il existe des variantes de cette situation dans le champ de la souveraineté des États, que ce soit parce que l'État se met à exercer directement, au travers de sa propre administration, ces fonctions ou que ce soit parce qu'il affaiblit radicalement les conséquences de l'intervention du notaire sur les documents «publics». Le cas de la République portugaise jusqu'au début du processus de réforme de la profession de notaire ou celui du Land de Bade-Wurtemberg constituent des exemples de la première hypothèse visée; la seconde hypothèse visée pourrait être illustrée, théoriquement, par le cas de la République portugaise, selon la profondeur du processus de réforme mené à bien au cours de la dernière décennie [86]. En un mot, la réponse à apporter au problème soulevé par les présents recours doit être trouvée à partir d'une qualification de certaines activités professionnelles déterminées telles qu'elles sont actuellement réglementées dans les États concernés. Une modification de cette réglementation peut à l'évidence avoir des répercussions sur la réponse donnée par la Cour.

111. De même, il importe également de souligner à ce stade, conformément à l'arrêt Reyners et ainsi que cela a déjà été indiqué ci-dessus, qu'il y a uniquement lieu d'appliquer ce que nous dénommons le champ négatif d'application de la liberté d'établissement à toute une profession lorsque «les activités participant éventuellement à l'exercice de l'autorité publique constituent un élément [non] détachable de l'ensemble de l'activité professionnelle en cause» [87]. Or, force est de suivre les États membres et la Commission lorsque ceux-ci s'accordent pour considérer que l'authentification ainsi que les effets qui y sont attachés constituent un élément non détachable de l'ensemble de l'activité notariale. En conséquence, s'il se confirme que ladite activité implique une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique, l'activité notariale, comprise comme

86 — Sur le cas concret du notariat portugais, voir mes conclusions dans l'affaire Commission/Portugal (C-52/08, pendante devant la Cour), lues le même jour que les présentes conclusions.

87 — Arrêt précité, point 47.

profession dans son ensemble, relèverait de l'hypothèse visée par l'article 45, premier alinéa, CE.

112. Dans les six États membres défendeurs, la mission du notaire consiste principalement à établir des actes authentiques qui jouissent de deux caractéristiques principales: la force probante parfaite et le caractère exécutoire [88]. Dans une description largement valable dans l'ensemble des États en question, et en rappelant la description réalisée au début des présentes conclusions, on peut affirmer que, pour réaliser l'authentification, le notaire agit à la demande des parties et opère un contrôle de légalité de l'acte qu'il authentifie. L'intervention du notaire peut être obligatoire ou facultative, selon l'acte à authentifier. Par cette intervention, le notaire constate la réunion de toutes les conditions légalement exigibles à la réalisation de l'acte, ainsi que la capacité juridique et d'agir des parties [89].

113. Les actes notariés ont une force probante parfaite et équivalente à celle attachée aux actes établis par un officier public. Ils n'admettent de preuve contraire que devant les juridictions. Cela signifie que l'appréciation réalisée par le notaire est susceptible d'un recours, mais uniquement dans le cadre d'une voie extraordinaire [90].

114. De même, l'acte authentique a force exécutoire sur tout le territoire du pays. De cette manière, l'exécution de l'acte notarié ne nécessite pas le consentement du débiteur (bien que la signification demeure nécessaire). Il appartient à une autorité publique de procéder à l'exécution. En cas d'opposition à l'exécution, il est loisible au débiteur de s'adresser aux juridictions en entamant une procédure incidente relative à l'exécution [91].

b) Le rattachement de l'activité d'authentification à l'exercice de l'autorité publique

115. La réponse à ce qui constitue en définitive la question essentielle soulevée par les présents recours en manquement découle presque naturellement des considérations ci-dessus exposées au sujet des critères d'identification de l'autorité publique. En effet, si, parmi les éléments les plus caractéristiques de l'État moderne, figure sa connexion à l'ordre juridique, la capacité d'une activité donnée d'avoir une incidence sur la configuration d'un ordre juridique sera en mesure de contribuer de manière décisive à la définition de la réponse.

116. Parmi les considérations déjà exposées à cet égard, nous rappellerons que la volonté de l'État trouve son expression définitive dans les

88 — Voir points 13, 20, 27, 34, 42 et 49 des présentes conclusions.

89 — Voir points 14, 21, 28, 35, 36, 43 et 50 des présentes conclusions.

90 — Voir points 15, 22, 29, 37, 44 et 51 des présentes conclusions.

91 — Voir points 16, 23, 30, 38, 45 et 52 des présentes conclusions.

décisions juridictionnelles. Ladite expression peut être prédéterminée par le biais d'acte dotés, selon le sujet dont ils émanent, d'une force exécutoire plus ou moins immédiate. Nous avons également vu en quoi c'est précisément le degré d'immédiateté de cette force exécutoire qui constitue le critère le plus fiable d'identification de l'autorité publique. Bien entendu, il sera toujours possible de s'opposer par des moyens juridiques à toute tentative d'exécution et, dans un tel cas, ce sera encore aux juridictions qu'il incombera de se prononcer de manière définitive. En effet, cette fonction pacificatrice propre au pouvoir juridictionnel peut s'exercer à l'occasion de la résolution d'un litige concret, portant en particulier sur des prétentions privées opposées (il s'agit typiquement de prétentions tirées de droits de particuliers à l'encontre de leurs égaux dans les relations de droit civil).

117. Or, et c'est ce qui importe particulièrement à nos fins, un ordre national déterminé peut également choisir d'*anticiper*, pour ainsi dire, le conflit (et ainsi de le prévenir). Et cela, tout particulièrement, en qualifiant de publics (avec une valeur juridique probante et une force exécutoire incorporée) certains actes et dispositions de particuliers qui, pris en tant que tels, ne pourraient autrement prétendre bénéficier d'une valeur plus grande que celle d'actes privés. Par cette intervention publique dans les actes des particuliers, la puissance publique confère à ces derniers un caractère sûr et certain, pacifiant ainsi le commerce juridique. Indépendamment de cela, il est clair que la possibilité de l'intervention de la juridiction ne saurait jamais être exclue si, malgré tout, un conflit finissait par surgir [92]. Cette fonction de pacification anticipée qui caractérise l'activité notariale d'authentification a pu être qualifiée, de manière imprécise quoique fortement suggestive, d'«administration préventive de la justice».

118. En d'autres termes, dans le cadre conceptuel tracé aux points 92 à 105 des présentes conclusions, 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. L'intervention du notaire dispense la personne désireuse de se prévaloir des éléments authentifiés par le notaire de la nécessité de solliciter le concours d'une autre autorité publique, de sorte qu'il a ainsi été conféré à l'acte authentifié une valeur juridique qualifiée, publique, qui ne peut être remise en cause que devant une juridiction (à l'instar de ce qui vaut, par ailleurs, pour tout autre acte de l'autorité publique). 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

92 — Voir, à cet égard, de Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

ses propres actes et, en conséquence, un certain niveau d'exigences quant aux conditions requises en vue de leur contrôle.

119. Il ne fait aucun doute que le notaire n'exerce pas de contrainte et n'impose aucune obligation de manière unilatérale. Cela ne constitue toutefois pas l'unique critère qui détermine la qualité d'autorité publique, ainsi que nous l'avons vu. L'authentification confère un caractère public à des actes de particuliers en ce sens qu'elle leur confère par anticipation une valeur juridique que, en son absence, les particuliers auraient nécessairement dû solliciter auprès d'une (autre) autorité publique en vue de leur mise en œuvre conformément au droit. Il s'agit, pour ainsi dire, d'une autorité publique qui se déroule sur un terrain plus proche de celui des particuliers, à savoir celui de l'autonomie de la volonté. Sa dimension publique est toutefois incontestable si l'on se réfère à sa capacité à transformer en acte public ce qui est purement privé et à lui conférer de la sorte la force propre à l'autorité publique [93].

120. Cela n'empêche pas que, eu égard à l'intensité moindre, le cas échéant, de son lien avec l'exercice de l'autorité publique prise dans un sens plus strict (par référence aux attributions régaliennes), l'activité notariale puisse être soumise, aux fins de son exercice, à des conditions moins strictes que celles valant à l'égard des autorités plus impliquées dans l'expression de la souveraineté.

121. En conséquence, et dans la mesure où l'authentification répond à cette fonction, nous considérons qu'il s'agit d'une activité qui participe directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique en conférant une qualification propre à des actes, à des dispositions et à des initiatives qui, sinon, n'auraient pas d'autre valeur juridique que celle attachée à l'expression d'une volonté d'ordre privé. Si l'on applique la jurisprudence Reyners à cette conclusion, dès lors que l'authentification constitue l'élément central, non détachable, de la fonction notariale dans tous les États défendeurs, il convient d'affirmer 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.

122. Nous considérons néanmoins que cette conclusion ne permet pas encore, à elle seule, de nous prononcer sur le premier grief des présents recours en manquement.

93 — En ce sens également, certaines particularités à caractère symbolique mentionnées par certains États peuvent venir confirmer la thèse que nous défendons. Il en va ainsi du fait que, dans certains États membres, les notaires sont dépositaires et font usage du sceau de l'État. La formule exécutoire apparaît, dans certains cas, tout aussi expressive de la fonction publique des notaires, comme en France: «En conséquence, la République mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis de mettre les présentes à exécution. Aux Procureurs Généraux de la République près des Tribunaux de Grande instante d'y tenir main. À tous, Commandants et Officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis».

4. La condition de nationalité face au principe de proportionnalité

123. Jusqu'ici, nous nous sommes livré à une analyse de l'aspect fonctionnel de la profession de notaire dans les États défendeurs. Cependant, la Commission a concentré sa demande de déclaration de manquement sur un point concret du statut des notaires, à savoir la condition de nationalité. Il est donc désormais nécessaire de rechercher si l'inclusion de la profession de notaire dans le «champ négatif d'application» de la liberté d'établissement entraîne inéluctablement ou non la légitimité de ladite condition. Cela revient à affirmer que, comme nous l'avions annoncé, il est nécessaire de procéder à un examen de proportionnalité par lequel il conviendra de mettre en balance, d'une part, la discrimination en raison de la nationalité et, d'autre part, le degré de participation de l'activité notariale à l'autorité publique.

a) Le statut du notaire

124. Un statut correspond certainement à la fonction, et ce statut confirme la qualification réalisée au sujet de la fonction. Ainsi, le notaire est un officier public qui représente l'État, quand bien même l'activité serait considérée comme impliquant l'exercice d'une profession libérale. Sa nomination est définitive et il est soumis à un régime disciplinaire propre aux personnes qui travaillent pour le compte de l'autorité publique [94].

125. La relation de droit public existant entre le notaire et l'État est particulièrement révélatrice du lien avec l'autorité publique. Il s'agit d'une relation qui apparaît dès le début de l'activité, avec des conditions d'accès analogues à celles applicables aux fonctionnaires et qui imposent également la prestation d'un serment. Le statut constitue ainsi l'expression du caractère institutionnel du lien existant entre le notaire et l'État et du fait que ce lien permet, en conséquence, au notaire d'officialiser la volonté étatique par le biais de l'établissement d'actes juridiques privés.

126. En vertu dudit lien, les États membres défendeurs ont introduit dans leur ordre juridique l'exigence d'être ressortissant de l'État en question pour pouvoir accéder à la profession de notaire. Cette exigence, qui constitue une discrimination directe en raison de la nationalité et, à l'évidence, fait partie du statut personnel de celui qui exerce la profession de notaire, constitue un élément qui, selon la Commission, enfreint les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE et qui, ainsi que cela sera exposé ci-dessous, devra faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

94 — Voir points 18, 25, 32, 40, 47 et 54 des présentes conclusions.

b) La discrimination en raison de la nationalité au regard des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE

127. Ainsi que cela a été exposé aux points 83 à 86 des présentes conclusions, il est nécessaire, dans l'application des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE, non seulement de déterminer si une activité participe à l'exercice de l'autorité publique, mais également de rechercher ci-après si la mesure étatique contestée peut être justifiée, à la lumière du principe de proportionnalité, par les objectifs poursuivis par les deux articles en question.

128. En premier lieu, il convient de souligner que l'article 45, premier alinéa, CE, contrairement à ce qui aurait pu résulter d'une interprétation plus «spontanée» et aux éléments éventuellement susceptibles d'être tirés de la jurisprudence [95], ne comporte aucune référence à la discrimination en raison de la nationalité. Par conséquent, l'association traditionnelle entre l'article 45, premier alinéa, CE et la condition de nationalité doit être prise avec prudence, dès lors qu'il s'agit d'une relation qui s'est dégagée des affaires tranchées par la Cour jusqu'à présent, sans pour autant correspondre à un lien *nécessaire* entre ces deux éléments [96]. Il importe de faire ressortir que, bien que l'article 45, premier alinéa, CE soit une disposition demeurée inchangée depuis l'origine, le traité a, pour sa part, subi des changements, qui plus est profonds. Si l'article 45, premier alinéa, CE a pu être interprété comme étant lié à la nationalité, la transformation subie par les traités constitutifs au cours des vingt dernières années ne doit pas inciter à conclure, de manière quelque peu précipitée, que cet article implique nécessairement qu'il est loisible aux États membres d'introduire de manière inconsidérée des discriminations en raison de la nationalité.

129. En deuxième lieu, il est à peine besoin de relever que la discrimination directe en raison de la nationalité ne constitue pas une mesure quelconque dont le résultat se limiterait à une simple entrave à la liberté de circulation. Tout au contraire, ce type de discrimination revêt une dimension très particulière en droit de l'Union, dès lors qu'il constitue, pour commencer, la manifestation la plus flagrante du protectionnisme national [97]. Dans une

95 — Voir jurisprudence citée dans les notes 64 à 73.

96 — Cela est également attesté par le fait que l'article 45, premier alinéa, CE a également été invoqué, quoique sans succès, afin de justifier des obligations de disposer d'une résidence ou de structures permanentes sur le territoire d'un État membre, comme dans les affaires Commission/Allemagne et Commission/Autriche, précitées.

97 — Voir, de manière générale, Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, La Haye, 2003, et Rossi, M., «Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV», *Europarecht,* 2000, p. 197 et suiv.

Union proclamant la création d'un marché sans frontières intérieures, l'existence de discriminations directes en raison de la nationalité constitue une négation de l'idée même de l'intégration. Ce caractère exceptionnel ressort encore davantage si l'on rappelle que l'Union a fait sienne les droits fondamentaux, et tout particulièrement le principe d'égalité, conformément aux articles 20 et 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [98]. Ainsi, une Union fondée sur les valeurs de l'État de droit qui garantit le respect des droits fondamentaux ne peut que s'interroger sur une solution qui débouche sur un type de discrimination qui non seulement apparaît sérieux en tant que tel, mais qui, de surcroît, va à l'encontre des principes les plus élémentaires du marché intérieur. C'est ce qui ressort en substance de l'article 12 CE, lorsqu'il déclare qu'«est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité», et ce que confirme la jurisprudence de la Cour qui a écarté à de nombreuses reprises le recours à de telles mesures par les États membres. En conséquence, on peut affirmer que, parmi tous les motifs de discrimination interdits par le droit de l'Union, celle fondée sur la nationalité apparaît particulièrement grave [99].

130. Il apparaît donc inévitable de s'interroger sur la portée de l'effet dérogatoire de la règle résultant des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE sur les autres dispositions du traité et, plus particulièrement, sur certains de ses principes fondamentaux.

131. Il est constant que les discriminations en raison de la nationalité sont interdites par le traité à l'article 12 CE [100]. Or, une application conjointe des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE pourrait, en principe, avoir comme conséquence qu'un État adopte légalement à l'égard de personnes physiques une mesure qui entraîne une discrimination de cette nature. Alternativement, on pourrait affirmer que, dans pareille hypothèse, il conviendrait de faire application de l'article 18 CE, qui proclame la libre circulation des personnes lorsque les libertés dites «économiques» ne

98 — Dans ses conclusions rendues dans l'affaire Coleman (arrêt du 17 juillet 2008, C-303/06, Rec. p. I-5603), l'avocat général Maduro a souligné que «[l]'atteinte à la dignité et à l'autonomie d'une [...] personne est la plus évidente lorsque celle-ci est directement visée parce qu'elle présente une caractéristique suspecte. Traiter une personne moins favorablement à cause de considérations telles que sa religion, son âge, son handicap ou son orientation sexuelle porte atteinte à cette valeur spéciale et unique dont chacun est revêtu par le fait d'être humain. Reconnaître la valeur égale des êtres humains implique d'écarter des considérations de cet ordre lorsqu'il est question d'imposer une charge à une personne ou de la priver d'un avantage. En d'autres termes, il s'agit là de caractéristiques qui ne devraient jamais entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il se justifie ou non de traiter quelqu'un moins favorablement» (point 10).

99 — Cette gravité est attestée par l'abondante jurisprudence de la Cour, qui a condamné à de nombreuses reprises les tentatives des États membres entreprises en vue de justifier l'adoption de normes impliquant une discrimination en raison de la nationalité. Voir, ex multis, arrêts du 20 octobre 1993, Phil Collins e.a. (C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5145, point 33); du 2 octobre 1997, Saldanha et MTS (C-122/96, Rec. p. I-5325, points 26 et 29); du 16 janvier 2003, Commission/Italie (C-388/01, Rec. p. I-721, points 19 et 20); du 5 juin 2008, Wood (C-164/07, Rec. p. I-4143, point 13), et du 16 décembre 2008, Huber (C-524/06, Rec. p. I-9705, points 78 et 79).

100 — Voir arrêts du 17 mai 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783, point 19); du 29 février 1996, Skanavi et Chryssanthakopoulos (C-193/94, Rec. p. I-929, point 20); du 25 juin 1997, Mora Romero (C-131/96, Rec. p. I-3659, point 10); du 12 mai 1998, Gilly (C-336/96, Rec. p. I-2793, point 37); du 26 novembre 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, Rec. p. I-10981, point 25); du 11 décembre 2003, AMOK (C-289/02, Rec. p. I-15059, point 25), et du 29 avril 2004, Weigel (C-387/01, Rec. p. I-4981, point 57).

sont pas applicables. Cet article, on le sait, ne s'applique toutefois que «sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité». Or au nombre de ces limitations figure, à l'évidence, l'article 45, premier alinéa, CE [101].

132. Lorsqu'il s'agit de savoir si une discrimination en raison de la nationalité relève du champ négatif d'application de la liberté d'établissement, on peut donc affirmer que les États membres demeurent libres de déroger au droit de l'Union sans que, en principe, aucune autre disposition des traités ne permette de remettre en cause la mesure en question.

133. Ce résultat, qui place l'article 12 CE dans une situation de subordination par rapport aux autres dispositions du traité, me paraît contestable. Le fait que l'article 12 CE soit soumis à des conditions n'implique pas, a contrario, qu'il s'agisse d'une disposition à caractère subsidiaire. Sa place dans l'économie du traité ainsi que l'importance que revêt le principe de non-discrimination en droit de l'Union incitent à interpréter l'article plus comme une norme synoptique que comme une norme à caractère subsidiaire, qui céderait automatiquement le pas en présence d'articles plus spécifiques dans le traité. En outre, la Cour semble avoir penché en faveur de cette interprétation dans sa jurisprudence la plus récente [102]. En conséquence, le fait qu'une activité doit être considérée, au vu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE comme relevant du champ négatif d'application de la liberté d'établissement n'implique pas nécessairement, à lui seul, qu'il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation systématique au regard de l'article 12 CE.

134. Si l'on observe que, dans un cas tel le cas d'espèce, où une activité telle l'activité notariale apparaît comme participant à l'exercice de l'autorité publique, elle sera soumise à d'autres dispositions du traité, la validité de cette interprétation est confirmée. Cela vaut, en particulier, pour l'article 86 CE, qui impose aux États membres de veiller au respect des règles de concurrence dans les secteurs soumis à des obligations de service public [103]. Si la

101 — Voir Rossi, M., «Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV», précité, p. 208; Epiney, A., «The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship», *European Law Journal*, 2007, et Kadelbach, S., «Union Citizenship», dans von Bogdandy, A., et Bast, J., *Principles of European Constitutional Law*, 1re édition, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005, p. 476.

102 — Voir arrêt du 11 janvier 2007, Commission/Grèce (C-251/04, Rec. p. I-67, point 26), ainsi que conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Neukirchinger (C-382/08, toujours pendante), rendues le 7 septembre 2010, en particulier aux points 60 à 69.

103 — Voir van Vormizeele, P. V., «Art. 86», dans Schwarze, J., *EU-Kommentar*, précité; Buendía Sierra, J. L., *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999; Prosser, T., *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford, 2005, et Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishers, Oxford, 2007.

Cour déclare qu'une activité relève du champ d'application de l'article 45, premier alinéa, CE, cela n'implique pas nécessairement son exemption des règles de concurrence prévues aux articles 81 CE et 82 CE [104]. Il en va de même pour les bases juridiques prévues pour la mise en œuvre des politiques de l'Union: rien n'empêche les institutions d'adopter des règlements ou des directives dans des domaines qui, du point de vue des libertés fondamentales, demeurent exclus de leur champ d'application. C'est ce que confirme la jurisprudence de la Cour qui, par exemple, considère que l'activité notariale est assujettie à la TVA en se fondant sur le fait que le notaire est un assujetti dès lors qu'il accomplit, d'une façon indépendante, une activité économique «quels que soient les buts ou les résultats de cette activité» [105]. En effet, dans l'affaire Commission/Pays Bas, notre Cour a déclaré, dans le contexte précis de l'imposition indirecte, que l'activité notariale, nonobstant son caractère public, n'était pas exercée «sous la forme d'un organisme de droit public», les notaires «n'étant pas intégrés dans l'organisation de l'administration publique, mais sous la forme d'une activité économique indépendante, exercée dans le cadre d'une profession libérale» [106].

135. En définitive, le fait qu'une activité puisse participer à l'exercice de l'autorité publique ne dispense pas les États membres de se conformer au droit de l'Union. En présence d'une discrimination en raison de la nationalité, il y a lieu de veiller tout particulièrement au respect de cette obligation qui, en l'espèce, concerne l'activité notariale et, par conséquent, une collectivité composée de personnes physiques. Dès lors que la présente affaire a pour objet des personnes physiques, d'une part, et des discriminations fondées sur la nationalité, d'autre part, elle exige nécessairement d'aborder le problème également à la lumière du statut de citoyen de l'Union.

136. En effet, depuis 1992, tant les traités que la jurisprudence de la Cour ont contribué à créer un lien de citoyenneté, direct et à caractère évolutif, entre l'individu et l'Union [107]. Nul ne l'ignore, cette relation se constitue par le biais de la nationalité de chaque État membre, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il s'agisse d'une citoyenneté superposée, bien au contraire: il s'agit d'un statut qui découle du statut national, mais qui, après avoir pris naissance, est source autonome de droits et d'obligations, sans que les États membres puissent adopter des normes contraires. La Cour a récemment confirmé cette autonomie

104 — Voir, notamment, arrêts du 4 mai 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479); du 21 septembre 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769); du 19 mars 1991, France/Commission (C-202/88, Rec. p. I-1223); du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979); du 13 décembre 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941); du 3 juillet 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a. (C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, Rec. p. I-6993); du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941), ainsi que du 1er juillet 2008, MOTOE (C-49/07, Rec. p. I-4863).

105 — Arrêt du 26 mars 1987, Commission/Pays-Bas (235/85, Rec. p. 1471). La citation est tirée de l'article 4, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme (JO L 145, p. 1).

106 — Arrêt précité, point 22.

107 — Voir, ex multis, O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer, La Haye, 1996, p. 23 à 30.

dans l'affaire Rottmann, en affirmant que les États membres ne pouvaient pas interférer dans le lien entre le citoyen et l'Union, en privant celui-ci de manière injustifiée de sa nationalité. En conséquence, une mesure nationale susceptible «d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE et des droits y attachés relève, *par sa nature et ses conséquences*, du droit de l'Union» [108].

137. En outre, la citoyenneté européenne constitue non seulement un lien direct entre le citoyen et l'Union, mais également une sphère de relations entre le citoyen et l'ensemble des États membres. Cet aspect de la citoyenneté garantit à tout ressortissant d'un État membre le droit à la libre circulation sur le territoire de l'Union, ainsi que le droit de résider dans tout État membre. Le lien avec l'Union comporte ainsi un effet horizontal sur toutes les autorités nationales qui doivent s'abstenir d'adopter des mesures qui entravent ou rendent plus difficile l'exercice de la libre circulation, y compris lorsque la mesure s'applique aux ressortissants de l'État membre en question [109]. À cette fin, la Cour a renforcé la portée de l'article 18 CE en commençant par lui reconnaître un effet direct [110] et en façonnant, depuis lors, une jurisprudence importante qui a donné un contenu au statut de citoyen mobile, y compris dans des situations dans lesquelles l'individu concerné n'exerçait aucune activité économique [111] ou dans lesquelles la mesure s'appliquait à des membres de la famille ressortissants d'États tiers [112].

138. Une condition de nationalité applicable à des personnes physiques et introduite prétendument sous couvert du champ négatif d'application de la liberté d'établissement doit d'emblée être qualifiée de mesure ayant une incidence sur le statut de citoyen de l'Union dans la mesure où elle utilise le motif de rattachement à la citoyenneté de l'Union, à savoir la nationalité d'un État, comme motif pour entraver l'accès à des activités qui participent à l'exercice de l'autorité publique, au sens de l'article 45, premier alinéa, CE. Or, les traités ne peuvent admettre que, dans des circonstances particulières qui, comme nous le verrons, ne sont pas réunies en l'espèce, le motif de rattachement à la citoyenneté de l'Union puisse servir de motif de dérogation à une

108 — Arrêt du 2 mars 2010 (C-135/08, Rec. p. I-1449, point 42, notre soulignement).

109 — Voir, par exemple, arrêts du 2 octobre 2003, Garcia Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613); du 14 octobre 2008, Grunkin et Paul (C-353/06, Rec. p. I-7639), ainsi que Rottmann, précité.

110 — Arrêt du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99, Rec. p. I-7091).

111 — Arrêts du 20 septembre 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193); du 11 juillet 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279); du 15 mars 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119); du 26 octobre 2006, Tas-Hagen et Tas (C-192/05, Rec. p. I-10451); du 23 octobre 2007, Morgan et Bucher (C-11/06 et C-12/06, Rec. p. I-9161), et, plus récemment encore, arrêts du 23 février 2010, Teixeira (C-480/08, Rec. p. I-1107), et Ibrahim et Secretary of State for the Home Department (C-310/08, Rec. p. I-1065).

112 — Voir, par exemple, arrêts Carpenter, précité, et du 19 octobre 2004, Zhu et Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925).

faculté intimement liée au statut de citoyen de l'Union. En assumant une dimension transnationale, la citoyenneté européenne se fonde sur l'existence d'une communauté d'États et d'individus qui partagent une échelle de valeurs, un degré élevé de confiance mutuelle, ainsi qu'un engagement de solidarité. Si l'attribution de la nationalité d'un État membre fait entrer l'individu dans cette communauté de valeurs, de confiance et de solidarité, il serait quelque peu paradoxal que l'appartenance à ladite communauté ait précisément pour effet de priver le citoyen de l'Union de la possibilité d'exercer les droits et les libertés que lui confère le traité.

139. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de retenir qu'une discrimination en raison de la nationalité constitue une mesure qui, de par sa nature même, constitue une intrusion grave dans la sphère du citoyen européen qui ne saurait être admise, sous l'angle des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE qu'au terme d'un strict contrôle de proportionnalité, ce qui implique la présence de motifs particulièrement impérieux d'intérêt général.

c) L'appréciation de la proportionnalité

140. Enfin, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, lors de l'application du contrôle de proportionnalité à la règle résultant des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE, il est nécessaire de tenir compte du degré de participation de l'activité en cause à l'exercice de l'autorité publique. En l'espèce, ainsi que nous l'avons exposé aux points 115 à 121 des présentes conclusions, l'activité notariale participe à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE, mais, ainsi que cela ressort d'emblée de son aménagement comme activité économique, son degré de participation est inférieur à celui d'autres activités, telles celles qui impliquent l'exercice direct de pouvoirs régaliens. En conséquence, il est loisible aux États membres d'adopter les mesures qu'ils jugent opportunes, en marge des libertés citées, mais toujours sous réserve que ces mesures soient proportionnées aux finalités ou aux objectifs poursuivis. Au vu des arguments invoqués par les États membres, s'il ne fait aucun doute que la profession de notaire est entourée de garanties et de spécificités qui révèlent son importance aux fins du commerce juridique privé, il est tout aussi certain qu'aucune des spécificités en question ne justifie que le statut de ses membres intègre une mesure aussi rigoureuse et sévère que la discrimination directe en raison de la nationalité en cause dans les présentes affaires.

141. À cet égard, les États défendeurs ont invoqué notamment l'importance de la prestation de serment accomplie par les notaires avant leur entrée en fonction. Selon les États, cette déclaration exprime l'étroitesse du lien qui existe entre le notaire et l'État qui lui octroie un pouvoir public, lien qui serait

l'expression de la loyauté de l'individu par rapport à une communauté politique donnée et qui, en l'espèce, prendrait la forme d'une condition de nationalité. Les États défendeurs ont souligné à maintes reprises l'importance de ce lien. En ce qui concerne le cas concret du Grand-Duché de Luxembourg, cela est allé jusqu'à associer la condition de nationalité à laquelle l'accès à la profession de notaire est subordonné à la protection de l'identité constitutionnelle du Grand-Duché.

142. La notion de loyauté, en tant qu'expression d'engagement envers la communauté politique et de solidarité avec celle-ci ne saurait, pour autant, être considérée comme signe distinctif et exclusif, propre aux États membres en tant que tels, de sorte qu'elle exigerait nécessairement un lien de nationalité. Au contraire, le citoyen européen, en tant que tel, n'est pas étranger à un engagement de loyauté envers l'Union. Une approche selon laquelle un ressortissant d'un État membre ne serait en mesure d'exprimer un engagement de loyauté envers un autre État membre qu'à la condition d'adopter au préalable la nationalité de ce dernier impliquerait une remise en cause fondamentale tant des articles 17 CE et 18 CE que des droits politiques liés à la citoyenneté en vertu des traités, ainsi que de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

143. Les instruments de coopération judiciaire en matière civile et pénale adoptés par l'Union, en particulier les dispositions du règlement (CE) nº 44/2001 [113], corroborent cette dernière idée. Par son intervention, le notaire exerce une fonction à caractère public dont les effets sont reconnus de plein droit dans l'ensemble des États de l'Union. L'existence d'un degré élevé de confiance ainsi que la communauté de valeurs et de principes sur laquelle se fonde l'Union transforment le notaire non seulement en agent public de l'État, mais également en agent public de l'Union. Cette délégation d'autorité valant dans le cadre de l'Union est le reflet d'un engagement de loyauté plus complexe que celui pouvant exister entre le ressortissant d'un État et ce dernier. Le notaire s'insère, de la sorte, dans un cadre dans lequel la loyauté s'établit à la fois à l'égard de l'État conférant l'autorité et de celui de l'Union qui l'assume, de même qu'à l'égard des autres États membres.

144. À partir du moment où, dans le processus d'intégration européenne, les citoyens de l'Union sont admis à participer aux processus démocratiques de prise de décision nationale là où ils résident, comme cela est prévu pour la démocratie locale ou pour engager

113 — Règlement du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1), plus particulièrement son article 57.

des initiatives législatives populaires au niveau européen, la notion de loyauté ne peut être circonscrite uniquement et nécessairement aux ressortissants de l'État membre concerné. En interprétant la loyauté comme s'entendant d'un engagement à assumer les droits et obligations qui unissent un citoyen à l'État et à l'Union, nous considérons qu'il n'est pas nécessaire, et, en conséquence, pas légitime, dans les circonstances propres aux présentes affaires, d'exiger un lien de nationalité avec l'État membre afin d'assumer ladite responsabilité.

145. La fonction de Gerichtskommissär assumée par les notaires en particulier en Autriche mérite, en tout état de cause, une mention particulière. Quoiqu'il soit constant que le notaire, dans l'exercice de cette fonction, peut adopter des décisions individuelles et contraignantes, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une fonction accessoire qui, de surcroît, se limite essentiellement aux successions. De même, ainsi que l'a déclaré l'agent du gouvernement autrichien lors de l'audience, le notaire faisant fonction de Gerichtskommissär agit en qualité de membre d'une profession libérale et non en qualité de fonctionnaire — élément indiquant, en principe, qu'il s'agit d'une fonction ouverte à la concurrence. En conséquence, et à la lumière des éléments versés au dossier, le fait que le notaire autrichien exerce des fonctions de mandataire judiciaire ne justifie pas non plus d'appliquer la règle résultant des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE à une discrimination directe en raison de la nationalité.

5. Conclusion quant au premier motif de manquement

146. En conclusion, une mesure qui introduit une condition de nationalité telle celle contestée par la Commission dans les présentes affaires apparaît disproportionnée dans la mesure où elle n'est pas nécessaire à la réalisation des fins poursuivies par chaque État lorsqu'il entend soustraire l'activité notariale à la liberté d'établissement. En conséquence, et bien qu'il s'agisse d'une activité participant à l'exercice de l'autorité publique qui, de ce fait, relève du champ négatif d'application de la liberté d'établissement, nous considérons que, dans le cas spécifique de la profession de notaire, les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE s'opposent à une mesure étatique constitutive d'une discrimination en raison de la nationalité envers les personnes souhaitant accéder à ladite profession. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, nous considérons que l'activité notariale telle qu'elle est exercée dans les États défendeurs, bien qu'elle relève du champ négatif d'application de la liberté d'établissement résultant des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE ne permet pas de prévoir, en ce qu'elle serait disproportionnée, une condition de nationalité en tant qu'élément du statut des notaires, dès lors qu'elle ne répond pas à une exigence tenant à l'intensité de participation de ladite activité à l'exercice de l'autorité publique. Il convient, en conséquence, d'accueillir le premier motif de manquement, tiré d'une violation des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE.

B — *Sur le second motif de manquement*

147. Sauf en ce qui concerne la République française, la Commission reproche aux États défendeurs d'avoir enfreint la directive 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles en ayant omis de prévoir son application à l'activité notariale dans les dispositions nationales de transposition.

148. Ainsi que cela a été exposé antérieurement, la profession de notaire relève du «champ négatif d'application» de la liberté d'établissement conformément à l'interprétation des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE que nous suggérons. De même, nous avons déjà souligné dans les pages qui précèdent qu'une telle conclusion n'implique pas nécessairement que les États fussent dispensés de satisfaire aux obligations qui leur incombent en vertu des traités. Il existe néanmoins des doutes raisonnables quant à l'application de la directive 2005/36 à la profession de notaire.

149. Dans le cadre d'un recours en manquement, il appartient à la Commission d'établir que l'État défendeur a commis une infraction aux dispositions du droit de l'Union. Or, il ressort des dossiers que la Commission s'est bornée à invoquer le défaut de transposition dans le délai imparti de la directive 2005/36, tandis que les États membres ont souligné non seulement l'application de l'article 45, premier alinéa, CE, mais également l'exemption prévue par ladite directive, dans son 41ème considérant, en faveur de l'activité notariale.

150. Dans son 41ème considérant, la directive 2005/36 elle-même énonce que «la présente directive ne préjuge pas l'application de l'article 39, paragraphe 4, et de l'article 45 du traité, notamment en ce qui concerne les notaires». Le législateur, nonobstant toute l'ambiguïté de cette déclaration, semble laisser implicitement entendre que la réponse au point de savoir si l'activité notariale relève de l'article 45, premier alinéa, CE *entraînerait* la réponse à la question de l'application de ladite directive à cette profession. Il semble ressortir de la stratégie procédurale suivie par la Commission, qui se borne à argumenter à partir de l'article 45, premier alinéa, CE, que celle-ci partage l'approche suivie dans le considérant précité. Toutefois, compte tenu de notre proposition de réponse à la première question, il aurait fallu que la Commission apportât davantage d'arguments en faveur de l'application de ladite directive à la profession de notaire. En effet, son seul argument, fondé sur la notion d'«autorité publique» figurant à l'article 45, premier alinéa, CE, a été réfuté. Dans de telles circonstances, il apparaît clairement que la Commission n'a fait valoir

aucun argument valable nous permettant d'accueillir le second motif de manquement.

151. En conséquence, nous considérons que le second motif n'est pas fondé, dans la mesure où la Commission n'a pas établi que les États membres étaient tenus de se conformer aux obligations comprises dans la directive 2005/36 en ce qui concerne l'activité notariale.

VI — Dépens

152. Selon l'article 69, paragraphe 3, du règlement de procédure de la Cour, «la Cour peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, ou pour des motifs exceptionnels». Dès lors que nous estimons fondé un des deux motifs de manquement invoqués, nous suggérons à la Cour, afin de procéder à une juste répartition des dépens occasionnés aux parties par les présentes affaires, de condamner la Commission, le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg, la République d'Autriche, la République fédérale d'Allemagne et la République hellénique à supporter leurs propres dépens.

153. En ce qui concerne le recours en manquement dirigé à l'encontre de la République française, il convient de rappeler que l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure prévoit que toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La République française ayant succombé en son unique moyen et la Commission ayant conclu en ce sens, il y a lieu de condamner cet État aux dépens.

154. Conformément à l'article 69, paragraphe 4, premier alinéa, du règlement de procédure, la République de Lituanie, la Roumanie, la République de Bulgarie, la République de Pologne, la République fédérale d'Allemagne, la République de Slovénie, la République d'Autriche, la République tchèque, la République slovaque, la République de Hongrie, la République de Lettonie, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et la République française, qui sont intervenus au litige, supporteront leurs propres dépens.

VII — Conclusion

155. Au vu de ce qui précède, je propose à la Cour de statuer comme suit:

Dans l'affaire C-47/08:

1) déclarer que le Royaume de Belgique, en adoptant une mesure telle celle prévue à l'article 35, paragraphe 3, de la loi du 25 ventôse de l'an XI, amendée par la loi du 4 mai 1999, qui limite l'accès à la profession de notaire aux seuls ressortissants belges, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE;

2) rejeter le recours pour le surplus;

3) condamner la Commission européenne et le Royaume de Belgique à supporter leurs propres dépens;

4) condamner la République de Lituanie, la République tchèque, la République slovaque, la République de Hongrie, la République de Lettonie, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française, qui sont intervenus au litige, à supporter leurs propres dépens.

Dans l'affaire C-50/08:

1) déclarer que la République française, en adoptant une mesure telle celle prévue à l'article 3 du décret du 5 juillet 1973, modifié par le décret nº 89-399, du 20 juin

1989, qui limite l'accès à la profession de notaire aux seuls ressortissants français, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE;

2) condamner la République française aux dépens;

3) condamner la République de Lituanie, la Roumanie, la République tchèque, la République slovaque, la République de Hongrie, la République de Lettonie, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République de Bulgarie, qui sont intervenus au litige, à supporter leurs propres dépens.

Dans l'affaire C-51/08:

1) déclarer que le Grand-Duché de Luxembourg, en adoptant une mesure telle celle prévue à l'article 15 de la loi du 9 décembre 1976, qui limite l'accès à la profession de notaire aux seuls ressortissants luxembourgeois, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE;

2) rejeter le recours pour le surplus;

3) condamner la Commission et le Grand-Duché de Luxembourg à supporter leurs propres dépens;

4) condamner la République de Lituanie, la République tchèque, la République de Pologne, la République slovaque, la République de Hongrie, la République de Lettonie, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française, qui sont intervenus au litige, à supporter leurs propres dépens.

Dans l'affaire C-53/08:

1) déclarer que la République d'Autriche, en adoptant une mesure telle celle prévue à l'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement du notariat, RGBl. nº 75/1871, modifié par la loi publiée au BGBl. nº 164/2005, qui limite l'accès à la profession de notaire aux seuls ressortissants autrichiens, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE;

2) rejeter le recours pour le surplus;

3) condamner la Commission et la République d'Autriche à supporter leurs propres dépens;

4) condamner la République de Slovénie, la République de Lituanie, la République tchèque, la République de Pologne, la République de Hongrie, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la République slovaque, la République de Lettonie, la République fédérale d'Allemagne et la République française, qui sont intervenus au litige, à supporter leurs propres dépens.

Dans l'affaire C-54/08:

1) déclarer que la République fédérale d'Allemagne, en adoptant une mesure telle celle prévue à l'article 5 de la loi fédérale relative aux notaires, modifié par la loi du 26 mars 2007, qui limite l'accès à la profession de notaire aux seuls ressortissants allemands, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE;

2) rejeter le recours pour le surplus;

3) condamner la Commission et la République fédérale d'Allemagne à supporter leurs propres dépens;

4) condamner la République de Slovénie, la République de Lituanie, la République tchèque, la République de Pologne, la République de Hongrie, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la République d'Estonie, la République slovaque, la République d'Autriche, la République de Lettonie, la République de Bulgarie et la République française, qui sont intervenus au litige, à supporter leurs propres dépens

Dans l'affaire C-61/08:

1) déclarer que la République hellénique, en adoptant une mesure telle celle prévue à l'article 19, paragraphe 1, de la loi nº 2830/2000, qui limite l'accès à la profession de notaire aux seuls ressortissants grecs, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE;

2) rejeter le recours pour le surplus;

3) condamner la Commission et la République hellénique à supporter leurs propres dépens;

4) condamner la République de Lituanie, la République de Slovénie, la République slovaque, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la République tchèque et la République française, qui sont intervenus au litige, à supporter leurs propres dépens.