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

1. S'appuyant sur l'article 226 CE, la Commission européenne fait grief à la République portugaise d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 2005/36/CE, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles[2], en n'ayant pas adopté les mesures nécessaires pour rendre celle-ci applicable à la profession de notaire au Portugal.

2. De même que dans les affaires Commission/Belgique (C-47/08), Commission/France (C-50/08), Commission/Luxembourg (C-51/08), Commission/Autriche (C-53/08), Commission/Allemagne (C-54/08) et Commission/Grèce (C-61/08), pendantes devant la Cour, qui ont également pour objet la profession de notaire, il convient dans la présente affaire de déterminer au préalable si l'article 45, premier alinéa, CE, qui prévoit une dérogation pour les activités participant à l'exercice de l'autorité publique[3], est applicable en l'espèce. Toutefois, à la différence des affaires citées, la Commission ne fait pas ici grief de l'existence de clauses de nationalité à la République portugaise, puisqu'une telle restriction n'y est en principe pas applicable. Ce recours est motivé par le fait que le système d'accès à la profession notariale portugaise est diamétralement contraire aux exigences fixées par la législation communautaire en matière de titres professionnels, à savoir par la directive 2005/36.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005 (JO L 255, p. 2).

3 — 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).

I — Cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

3. La directive 89/48/CEE, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans [4], prévoyait un délai de transposition qui, conformément à son article 12, a expiré le 4 janvier 1991.

4. Dans son article 2, ce texte disposait:

«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. La profession de notaire n'a été réglementée par aucun instrument au sens du deuxième alinéa de l'article cité ci-dessus.

6. La directive 89/48 a été abrogée et a fait l'objet d'une codification dans le cadre de la directive 2005/36. Si le nouveau texte maintient l'essentiel du contenu de la directive 89/48, il n'en introduit pas moins, dans son quarante et unième considérant, la nouveauté suivante par rapport à celui qui l'a précédé:

«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*

7. Au Portugal, la profession notariale est régie par les décrets-lois n^{os} 26/2004 et 27/2004 du ministre de la Justice, du 21 avril 2004. Par décret n^{o} 398/2004, également du 21 avril 2004, le gouvernement a adopté la réglementation fixant le régime d'attribution du titre de notaire. Cet ensemble de dispositions a mis en œuvre une libéralisation de la profession notariale portugaise, dont la fonction était exercée par des fonctionnaires de l'administration qui étaient soumis à un régime de droit public.

8. L'article 1er du décret-loi n^{o} 26/2004 prévoit que «le notaire est le juriste dont les documents écrits, élaborés dans l'exercice de sa fonction, font publiquement foi».

4 — Directive du Conseil, du 21 décembre 1988 (JO 1989, L 19, p. 16).

9. Le notaire est, à la fois, un fonctionnaire authentifiant des actes juridiques et un professionnel libéral agissant en toute indépendance et impartialité. Ledit article 1er ajoute que les caractères public et privé de la fonction sont indissociables.

10. Ainsi que l'a admis la République portugaise dans son mémoire en défense, l'authentification constitue l'activité principale de la profession notariale. L'authentification se présente comme un acte de délégation de l'État en faveur du notaire, lequel se voit attribuer la faculté de conférer la foi publique. En vertu de l'article 21 du décret-loi nº 26/2004, c'est le sceau, ou son équivalent numérique, qui symbolise l'intervention du notaire, qui en est le titulaire exclusif. Le notaire intervient à la demande des parties et leur garantit la légalité, ainsi que l'archivage et la conservation des actes effectués.

11. Selon l'article 371 du code civil portugais, les documents authentiques sont dotés d'une force probante particulière qui ne peut être contestée que par des voies procédurales extraordinaires (article 372 du code civil). De même, l'article 46 du code de procédure civile prévoit que l'authentification confère un caractère exécutoire au document.

12. En vertu de l'article 25 du décret-loi nº 26/2004, l'accès à la profession de notaire est subordonné à quatre conditions: ne pas être empêché d'exercer des fonctions publiques; être titulaire d'une licence en droit reconnue par la législation portugaise; avoir accompli un stage; et avoir réussi le concours organisé par le Conseil du notariat.

13. Bien que le notariat soit une activité libérale, l'article 6 du décret-loi nº 26/2004 subordonne l'accès à la profession à un numerus clausus. De même le notaire exerce-t-il dans une zone territoriale limitée, la circonscription, et après attribution d'une licence d'installation. Les honoraires des notaires sont calculés sur la base de barèmes agréés par le ministre de la Justice, lesquels, tout en établissant des montants minimaux et maximaux, prévoient la possibilité de fixer librement le prix de certains services notariaux.

II — Procédures précontentieuse et contentieuse

14. Le 21 décembre 2001, la Commission a adressé à la République portugaise une lettre de mise en demeure signalant l'absence de transposition de la directive 89/48 en ce qui concerne la profession notariale. La République portugaise y a répondu par lettre du 17 juin 2002, en faisant valoir que le gouvernement préparait une réforme législative à cet égard.

15. Le 18 octobre 2006, la Commission a transmis son avis motivé à la République portugaise, en l'invitant à mettre fin au

manquement dans un délai de deux mois. La République portugaise y a répondu par lettre du 24 janvier 2007, en indiquant que les notaires participaient directement et effectivement à l'exercice de l'autorité publique, de sorte qu'ils n'étaient soumis ni à la liberté d'établissement ni au droit dérivé qui découle de cette liberté.

16. Le cadre normatif national pertinent aux fins de la présente procédure en manquement est donc celui qui était en vigueur au 18 décembre 2006, date à laquelle a expiré le délai que la Commission avait fixé à l'État défendeur dans son avis motivé.

17. Le 12 février 2008, la Commission a formé un recours en manquement devant la Cour sur la base de l'article 226 CE, qui a été suivi d'un mémoire en défense, d'une réplique et d'une duplique, qu'ont respectivement déposés l'État défendeur et la requérante. Au surplus, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord est intervenu au soutien de la Commission, tandis que la République tchèque, la République de Lituanie, la République de Slovénie et la République slovaque sont intervenues au soutien des conclusions de la République portugaise.

III — Conclusions des parties

18. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en ayant omis de transposer, en ce qui concerne la profession de notaire, la directive 2005/36 abrogeant et remplaçant la directive 89/48, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 2005/36;

— condamner la République portugaise aux dépens de l'instance.

19. La République portugaise conclut pour sa part à ce qu'il plaise à la Cour rejeter le recours et condamner la Commission aux dépens.

IV — Recevabilité du recours

20. En sa qualité de partie intervenante, le gouvernement slovène soulève une exception d'irrecevabilité en raison des dispositions invoquées par la Commission. Il estime que, durant la phase précontentieuse du présent recours en manquement, la Commission a fait grief à la République portugaise d'avoir manqué à la directive 89/48, alors qu'elle lui reproche aujourd'hui, durant la phase contentieuse, d'avoir enfreint la directive 2005/36, texte qui s'est substitué au précédent.

21. Cette exception ne saurait prospérer.

22. 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 l'éventuelle procédure contentieuse 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 [5].

23. Cependant, comme l'a jugé itérativement la Cour, 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 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» [6].

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

6 — Voir, entre autres, 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).

24. Or, ainsi que l'a relevé la Commission, il ressort d'un examen comparatif desdites dispositions que la directive 2005/36 a renforcé et codifié les dispositions de la directive 89/48. Aussi la majorité des obligations qui incombaient aux États membres au titre de la directive 89/48 restent-elles applicables en vertu de la directive 2005/36.

25. Il en résulte qu'il convient de rejeter l'exception d'irrecevabilité, puisqu'elle vise les obligations découlant de la directive 2005/36, lesquelles étaient déjà applicables en vertu de la directive qui a été abrogée.

V — Motif du manquement

26. Dans le présent recours en manquement, la Commission fait grief à la République portugaise de n'avoir pas transposé la directive 2005/36 en ce qui concerne la profession de notaire. La République portugaise soutient, pour sa part, que cette profession relève de l'article 45, premier alinéa, CE, de sorte que ladite directive n'est pas applicable à l'activité notariale.

27. Il n'apparaît pas utile de réitérer ici dans leur intégralité les arguments déjà exposés en détail dans mes conclusions présentées ce jour dans les affaires Commission/Belgique, Commission/France, Commission/

Luxembourg, Commission/Autriche, Commission/Allemagne et Commission/Grèce, précitées au point 2. Je me bornerai donc à énoncer les principales lignes d'argumentation qui y sont développées pour m'attacher ensuite à les appliquer au cas portugais.

A — *Les activités participant à l'exercice de l'autorité publique au sens des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE*

28. Dans la mesure où la République portugaise invoque l'article 45, premier alinéa, CE pour justifier la non-transposition de la directive 2005/36, il convient en premier lieu d'examiner le contenu de cette disposition.

29. 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.

30. Une fois l'interprète parvenu à la conclusion qu'une activité participe effectivement à l'exercice de l'autorité publique, il lui appartient de réaliser un contrôle de proportionnalité. 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 [7], 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.

31. La principale difficulté d'interprétation que soulèvent les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE réside cependant, comme on peut s'y attendre, dans la définition précise d'«autorité publique».

7 — 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, Oxford, 2006, p. 193 et suiv., et Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milan, 1998, p. 103 et suiv.

32. Ainsi que je l'ai déjà indiqué dans mes conclusions présentées dans les affaires Commission/Belgique, Commission/France, Commission/Luxembourg, Commission/Autriche, Commission/Allemagne et Commission/Grèce, précitées, 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 [8].

33. Définir ce qui est visé par la notion d'«autorité publique» au sens de l'article 45, premier alinéa, CE [9] 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 [10].

34. 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 [11]. Ainsi, l'autorité publique désigne le pouvoir du souverain, qui superiorem non recognoscens in regno suo.

35. 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 [12].

8 — Voir, entre autres, arrêts du 21 juin 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631); du 5 décembre 1989, Commission/Italie (C-3/88, Rec. p. 4035); 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); du 13 décembre 2007, Commission/Italie (C-465/05, Rec. p. I-11091), et du 22 octobre 2009, Commission/Portugal (C-438/08, Rec. p. I-10219).

9 — 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, par exemple, 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»).

10 — 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.

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

12 — 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.

36. 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.

37. En ce sens, 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.

38. 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.

39. 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 [13].

40. 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 [14].

13 — 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.

14 — 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.

41. 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 [15]. 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, quoi qu'il en soit, nécessiter d'«autorisation» pour sortir immédiatement leurs effets.

42. 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.

43. 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.

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

45. Au vu des éléments qui précèdent, il y a lieu d'admettre que le notaire portugais, par

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

le biais de l'authentification, exerce directement et spécifiquement une activité à caractère public, en ce sens que, par cette activité, il accorde 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 ses propres actes et, en conséquence, un certain niveau d'exigences quant aux conditions requises en vue de leur contrôle.

46. 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.

47. 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.

48. En conséquence, et dans la mesure où l'authentification répond à cette fonction, je considère 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, des dispositions et des initiatives qui, sinon, n'auraient pas d'autre valeur juridique que celle attachée à l'expression d'une volonté d'ordre privé.

49. Dès lors que l'authentification constitue l'élément central, non détachable, de la fonction notariale au Portugal, 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 [16].

B — *L'applicabilité de la directive 2005/36 à la profession notariale*

50. Dans son quarante et unième 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.

51. Dans sa requête, la Commission conteste à juste titre que le quarante et unième considérant de la directive 2005/36 puisse servir de critère pour l'interprétation de l'article 45, premier alinéa, CE. De fait, l'affirmation figurant à cet égard dans la directive n'est pas déterminante aux fins de qualifier ou non l'activité notariale d'autorité publique. La Commission reconnaît toutefois que, lorsqu'une activité participe à l'exercice de l'autorité publique, ce considérant vient confirmer qu'il y a lieu d'appliquer les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE. Il ressort donc du mémoire de la Commission que, si une activité telle que celle d'un notaire, envisagée non pas in abstracto, mais à la lumière des circonstances concrètes de l'affaire, participe à l'exercice de l'autorité publique, les dispositions de la directive 2005/36 ne seront pas applicables.

52. Pour les raisons exposées aux points 45 à 48 des présentes conclusions, je considère que le notariat portugais, tel qu'il était organisé au 18 décembre 2006, participait directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique. En conséquence, je partage la thèse de la Commission et suis forcé de parvenir à la conclusion que la directive 2005/36 n'était pas applicable à l'activité notariale portugaise à la date indiquée.

53. La République portugaise a soutenu, principalement au cours de l'audience, que la profession notariale avait fait l'objet de diverses réformes afin d'instituer une plus grande concurrence dans le secteur. L'agent du gouvernement portugais a informé la Cour que, pour parvenir à ce résultat, le législateur portugais avait supprimé le caractère obligatoire

16 — Voir arrêt Reyners, précité.

d'un nombre tout à fait significatif d'actes juridiques qui exigeaient auparavant l'intervention d'un notaire et peuvent aujourd'hui être également réalisés devant d'autres professionnels. Ces circonstances pourraient, le cas échéant, être suffisamment pertinentes pour éventuellement écarter la qualification de l'activité notariale que l'on a effectuée dans les présentes conclusions. Il n'y a toutefois pas lieu, en l'espèce, d'aborder de telles modifications, puisque la date pertinente aux fins de l'appréciation est celle fixée par la Commission à l'État membre pour mettre un terme aux manquements indiqués dans l'avis motivé. Ainsi qu'on l'a rappelé ci-dessus, cette date avait été arrêtée au 18 décembre 2006.

54. De même, le fait d'avoir considéré dans les présentes conclusions que le notaire portugais participe à l'exercice de l'autorité publique ne signifie pas que le débat sur la portée des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE en ce qui concerne l'activité notariale au Portugal soit tranché. Ainsi que je l'ai soutenu dans mes conclusions présentées dans les affaires Commission/Belgique (C-47/08), Commission/France, Commission/Luxembourg, Commission/Autriche, Commission/Allemagne et Commission/Grèce, précitées, constater qu'une activité participe à l'exercice de l'autorité publique suppose la réalisation d'un contrôle de proportionnalité à la lumière des articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE. Or le fait que la Commission se soit uniquement bornée, en l'espèce, à présenter une demande relative à la directive 2005/36 exclut que l'affaire soit analysée sur la base du critère indiqué.

55. Aussi convient-il de rejeter le recours.

VI — Dépens

56. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, la partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. La demande de la Commission ayant été rejetée, il y a lieu de condamner celle-ci aux dépens, conformément aux conclusions de la République portugaise.

57. En vertu du paragraphe 4, premier alinéa, de ce même article, la République tchèque, la République de Lituanie, la République de Slovénie, la République slovaque, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, qui sont intervenus au présent litige, supportent leurs propres dépens.

VII — Conclusion

58. Pour les motifs qui précèdent, je propose à la Cour:

1) de rejeter le recours;

2) de condamner la Commission européenne aux dépens;

3) que la République tchèque, la République de Lituanie, la République de Slovénie, la République slovaque et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord supportent leurs propres dépens.