**N° 6333**

**Projet de loi portant modification de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l’organisation du notariat**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Résumé**

L’article 15 de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat dispose que *«[p]our être admis aux fonctions de notaire, il faut […] être Luxembourgeois […]»*. A première vue la condition de la nationalité luxembourgeoise n’est pas étonnante puisque l’article 1er de la même loi dispose que:

*«[L]es notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attachés aux actes de l'autorité publique (…)*»[[1]](#footnote-1).

L’exercice d’une prérogative de puissance publique et la clause d’exclusivité nationale allaient longtemps de pair. L’article 51 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE) (ex-article 45 TCE) rappelle de manière inchangée que «*[S]ont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre* [relatif au droit d’établissement], *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*»*.*

Et pourtant, cette exception à la liberté d’établissement a été circonscrite par une jurisprudence constante de la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) depuis l’arrêt *Reyners* du 21 juin 1974[[2]](#footnote-2). Dans cette affaire rendue dans le cadre de la liberté d’établissement des avocats, la Cour a notamment estimé que «*[L'] exception à la liberté d'établissement prévue par l'article 55, alinéa 1, du traite CEE* [article 51 TFUE] *doit être restreinte aux activités visées par l'article 52* [article 49 TFUE] *qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique; on ne saurait donner cette qualification, dans le cadre d'une profession libérale comme celle de l'avocat, à des activités telles que la consultation et l'assistance juridiques, ou la représentation et la défense des parties en justice, même si l'accomplissement de ces activités fait l'objet d'une obligation ou d'une exclusivité établie par la loi*»*.*

Dans l’affaire *Reyners* la Cour était notamment appelée à répondre à la question de savoir ce qu’il faut entendre par «*activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique*»? La Cour a répondu «*[q]u’une extension de l'exception permise par l'article 55* [article 51 TFUE] *à une profession entière ne serait admissible que dans les cas où les activités ainsi caractérisées s'y trouveraient liées de telle manière que la libéralisation de l'établissement aurait pour effet d'imposer à l'Etat membre intéressé l'obligation d'admettre l'exercice, même occasionnel, par des non-nationaux, de fonctions relevant de l'autorité publique; qu'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*»*[[3]](#footnote-3)*. Si pour l’avocat dont l’activité principale consiste en la consultation, l’assistance juridique et la défense en justice, la Cour exclut, du moins partiellement, une participation à l’autorité publique[[4]](#footnote-4), l'analyse paraît moins évidente pour la profession des notaires.

L’application de la jurisprudence *Reyners* aux notaires est discutable et ceci justement en raison des fonctions publiques exercées par ces derniers. Ainsi un auteur a formulé en 2006 la problématique de la manière suivante:

«*[…] Il est difficile de présager ce que pourrait être la position de la Cour de justice quant à l'invocation de l'exception de l'article 45 CE du Traité [article 51 TFUE] pour justifier que soient réservées aux nationaux les professions de notaire, ainsi que cela résulte des réglementations nationales dans la plupart des dix-neuf États membres qui connaissent le notariat latin (la condition de nationalité ayant été élargie en Espagne et en Italie).*

*[…] Il paraît évident que l'activité consistant à établir des actes authentiques est de celles qui comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Pour ses propres fins, la directive 2005/36 du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (Journal Officiel de l'union européenne 30 Septembre 2005) abonde en ce sens, en indiquant que cette directive "ne préjuge pas l'application (...) de l'article 45* [article 51 TFUE] *du traité, notamment en ce qui concerne les notaires" (consid. 41).*

*Dès lors, la profession tout entière peut-elle être couverte par l'exception ? La jurisprudence "Reyners" n'apporte à cet égard qu'une aide limitée, dans la mesure où la situation est très exactement inverse de celle qui, relativement aux avocats, était soumise à la Cour. Les activités des notaires qui constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique, celles qui sont relatives à l'établissement d'actes authentiques, sont les plus typiques et les plus importantes de la profession. C'est à propos d'autres activités que l'on doit se demander si, ne pouvant être couvertes par l'exception, elles sont détachables et doivent être accessibles aux professionnels d'autres États membres ; il s'agit des activités de conseil juridique (pour autant qu'elles sont séparées de l'établissement d'un acte authentique) ou d'activités telles que le conseil immobilier.*

*[…] Quelle que soit la réponse que la Cour ne manquera pas d'apporter, en étant saisie d'une manière ou d'une autre, le notariat est aujourd'hui la seule grande profession juridique - par sa présence dans la plupart des États membres et par son importance numérique - qui demeure, le plus souvent, réservée aux nationaux*»*[[5]](#footnote-5)*.

La Cour n’a effectivement pas hésité à répondre à cette problématique et ceci notamment par un arrêt concernant le Luxembourg[[6]](#footnote-6) rendu dans une foulée d’affaires semblables.

Après une analyse détaillée de la fonction de notaire au Luxembourg[[7]](#footnote-7), la Cour conclut que «*les activités notariales, telles qu’elles sont définies en l’état actuel de l’ordre juridique luxembourgeois, ne participent pas à l’exercice de l’autorité publique au sens de l’article 45, premier alinéa, CE* [article 51 TFUE]»*[[8]](#footnote-8)*. La fonction principale d’un notaire est d’authentifier, en tant qu’officier public, des actes juridiques, cette intervention est tantôt obligatoire, tantôt facultative[[9]](#footnote-9). Les actes que le notaire authentifie relèvent de la volonté des parties qui y ont librement souscrit. En plus, les notaires peuvent modifier de façon unilatérale la convention à authentifier sans recueillir au préalable, l’accord des parties[[10]](#footnote-10). Pour la Cour «*[L]’activité d’authentification confiée aux notaires ne comporte donc pas, en tant que telle, une participation directe et spécifique à l’exercice de l’autorité publique […]*»[[11]](#footnote-11). Le fait que certains actes doivent obligatoirement être authentifiés, sous peine de nullité, ne change rien à cette conclusion[[12]](#footnote-12).

Ni la poursuite d’un objectif d’intérêt général, ni la force probante des actes qu’il établit, ni la participation du notaire à des saisies immobilières, ni son intervention en matière successorale, n’impliquent que le notaire exerce l’autorité publique au sens de l’article 51 TFUE.

La Cour relève que, dans les limites de leurs compétences territoriales respectives, les notaires exercent leur profession dans des conditions de concurrence, ce qui n’est pas caractéristique de l’exercice de l’autorité publique[[13]](#footnote-13). De même, ils sont directement et personnellement responsables, à l’égard de leurs clients, des dommages résultant de toute faute commise dans l’exercice de leurs activités, à la différence des autorités publiques dont la responsabilité des fautes est assumée par l'Etat[[14]](#footnote-14).

Dans ces conditions, la Cour juge que les activités notariales, telles que définies actuellement dans les Etats membres en cause, ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique au sens de l’article 51 TFUE. Par conséquent, la condition de nationalité requise par la réglementation de ces Etats pour l’accès à la profession de notaire constitue une discrimination fondée sur la nationalité interdite par le traité[[15]](#footnote-15).

C’est pour cette raison que le projet de loi supprime la condition de nationalité prévue par la loi du 9 décembre 1976 relative à l’organisation du notariat.

Même si la Cour qualifie l’exigence de la nationalité luxembourgeoise de discrimination interdite[[16]](#footnote-16), elle a cependant, admis que «*[…] le fait que les activités notariales poursuivent des objectifs d’intérêt général, qui visent notamment à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, constitue une raison impérieuse d’intérêt général qui permet de justifier d’éventuelles restrictions à l’article 43 CE découlant des spécificités propres à l’activité notariale, telles que l’encadrement dont les notaires font l’objet au travers des procédures de recrutement qui leur sont appliquées, la limitation de leur nombre et de leurs compétences territoriales ou encore leur régime de rémunération, d’indépendance, d’incompatibilités et d’inamovibilité, pour autant que ces restrictions permettent d’atteindre lesdits objectifs et sont nécessaires à cette fin*»*[[17]](#footnote-17).*

Pour cette raison le projet de loi introduit l’exigence d’avoir une connaissance adéquate des trois langues administratives et judiciaires telles que définies par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues dans la loi du 9 décembre 1976 relative à l’organisation du notariat.

1. Nous soulignons. [↑](#footnote-ref-1)
2. Jean Reyners contre Belgique, arrêt du 21 juin 1974, affaire C-2/74, Recueil de jurisprudence 1974 pages 631 et suivantes. [↑](#footnote-ref-2)
3. Idem, considérants 46 à 47. [↑](#footnote-ref-3)
4. Idem, voir considérant 52. [↑](#footnote-ref-4)
5. PERTEK Jacques, Professions juridiques et judiciaires, libre circulation. Reconnaissance mutuelle des qualifications. - Équivalence des autorisations nationales d'exercice, application des règles de concurrence ; LexisNexis, Jurisclasseur Europe Traité, Fascicule 731, Cote 05,2006, 15 avril 2006, paragraphes 65 à 67. [↑](#footnote-ref-5)
6. Commission européenne contre Royaume-Uni de Grande Bretagne et d’Irlande du Nord et contre le Grand Duché de Luxembourg, arrêt de la Cour, 24 mai 2011, affaire C-51/08, JOUE, 9 juillet 2011, C 204/3, (ci-après, l’affaire C-51/08). [↑](#footnote-ref-6)
7. Idem, voir considérants 8 à 25 ainsi que 105 à 125. [↑](#footnote-ref-7)
8. Idem, considérant 125. [↑](#footnote-ref-8)
9. Affaire C-51/08, voir considérant 13 et considérants 89 à 92. [↑](#footnote-ref-9)
10. Idem, voir considérants 90 à 91. [↑](#footnote-ref-10)
11. Idem, considérant 92. [↑](#footnote-ref-11)
12. Idem, voir considérant 93. [↑](#footnote-ref-12)
13. Idem, voir considérant 116. [↑](#footnote-ref-13)
14. Idem, voir considérant 117. [↑](#footnote-ref-14)
15. La Cour a par ailleurs reconnu que le Luxembourg n’a pas manqué à son obligation de transposition de la directive 89/48 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.

    Cette directive exige en son article 3 que *«[L]orsque, dans l'État membre d'accueil, l'accès à une profession réglementée ou son exercice est subordonné à la possession d'un diplôme, l'autorité compétente ne peut refuser à un ressortissant d'un État membre, pour défaut de qualification, d'accéder à cette profession ou de l'exercer dans les mêmes conditions que les nationaux […] si le demandeur possède le diplôme qui est prescrit par un autre État membre pour accéder à cette même profession sur son territoire ou l'y exercer et qui a été obtenu dans un État membre […]*». Or, la Cour a estimé que «*[…] compte tenu des circonstances particulières qui ont accompagné le processus législatif ainsi que de la situation d’incertitude qui en a résulté, […], il n’apparaît pas possible de constater qu’il existait, au terme du délai imparti dans l’avis motivé, une obligation suffisamment claire pour les États membres de transposer la directive 89/48 en ce qui concerne la profession de notaire*»,considérant 143. [↑](#footnote-ref-15)
16. Affaire C-51/08, voir considérant 126. [↑](#footnote-ref-16)
17. Affaire C-51/08, considérant 97. [↑](#footnote-ref-17)