

N° 6333²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

PROJET DE LOI

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

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION JURIDIQUE

(14.12.2011)

La Commission se compose de: M. Gilles ROTH, Président; M. Léon GLODEN, Rapporteur; MM. Xavier BETTEL, Alex BODRY, Félix BRAZ, Mmes Christine DOERNER, Lydie ERR, MM. Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS, Mme Lydie POLFER et M. Lucien WEILER, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

Le projet de loi élargé a été déposé à la Chambre des Députés le 27 septembre 2011 par le Ministre de la Justice.

Le texte du projet de loi a été accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

La Chambre des notaires s'est prononcée sur le projet de loi par avis du 28 septembre 2011.

Le Conseil d'Etat a rendu son avis en date du 29 novembre 2011.

La Commission juridique a, lors de sa réunion du 7 décembre 2011, désigné Monsieur Léon Gloden rapporteur du projet de loi. Elle a encore examiné lors de cette même réunion le projet de loi ainsi que l'avis du Conseil d'Etat.

La Commission a adopté le présent rapport lors de sa réunion du 14 décembre 2011.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES

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.

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'Etat membre intéressé, les activités participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique“.*

¹ Nous soulignons.

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 1974². 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 traité 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 Etat, 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. 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 publique⁴, 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 Etats 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 Etats 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

2 Jean *Reyners* contre Belgique, arrêt du 21 juin 1974, affaire C-2/74, Recueil de jurisprudence 1974 pages 631 et suivantes.

3 *Idem*, considérants 46 et 47.

4 *Idem*, voir considérant 52.

*présence dans la plupart des Etats membres et par son importance numérique – qui demeure, le plus souvent, réservée aux nationaux*⁵.

La Cour n'a effectivement pas hésité à répondre à cette problématique et ceci notamment par un arrêt concernant le Luxembourg⁶ rendu dans une foulée d'affaires semblables.

Après une analyse détaillée de la fonction de notaire au Luxembourg⁷, 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. La fonction principale d'un notaire est d'authentifier, en tant qu'officier public, des actes juridiques, cette intervention est tantôt obligatoire, tantôt facultative⁹. 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 parties¹⁰. 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. Le fait que certains actes doivent obligatoirement être authentifiés, sous peine de nullité, ne change rien à cette conclusion¹².

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 publique¹³. 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'Etat¹⁴.

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 traité¹⁵.

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 interdite¹⁶, elle a cependant, admis que „*[...] le fait que les activités notariales poursuivent des objectifs d'intérêt*

5 PERTEK Jacques, Professions juridiques et judiciaires, libre circulation. Reconnaissance mutuelle des qualifications. – Equivalence 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.

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).

7 Idem, voir considérants 8 à 25 ainsi que 105 à 125.

8 Idem, considérant 125.

9 Affaire C-51/08, voir considérant 13 et considérants 89 à 92.

10 Idem, voir considérants 90 et 91.

11 Idem, considérant 92.

12 Idem, voir considérant 93.

13 Idem, voir considérant 116.

14 Idem, voir considérant 117.

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'Etat 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 Etat 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 Etat membre pour accéder à cette même profession sur son territoire ou l'y exercer et qui a été obtenu dans un Etat 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 Etats membres de transposer la directive 89/48 en ce qui concerne la profession de notaire*“, considérant 143.

16 Affaire C-51/08, voir considérant 126.

*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.

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.

*

III. AVIS DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES

Dans son avis du 28 septembre 2011, la Chambre des notaires approuve le projet de loi en ce qu'il rend la législation luxembourgeoise conforme au droit de l'Union européenne.

La Chambre tient cependant à soulever que l'article 34, point 3 du règlement grand-ducal du 10 juin 2009 portant organisation du stage judiciaire et réglementant l'accès au notariat exige la preuve de la nationalité luxembourgeoise par la production d'une copie de la carte d'identité du candidat sollicitant l'admission à l'examen de fin de stage notarial. La Chambre des notaires rappelle que suite à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 24 mai 2011, il faudra songer à supprimer cette condition également dans ce règlement grand-ducal.

*

IV. AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Dans son avis du 29 novembre 2011, le Conseil d'Etat approuve la plupart des dispositions du projet de loi.

La Haute Corporation rappelle que le projet de loi No 5997 portant modification de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat poursuit l'objectif plus général de réformer le notariat. Or, pour le Conseil d'Etat, il n'est pas approprié de déposer deux projets de loi modifiant les mêmes dispositions. Le Conseil d'Etat recommande dès lors de retirer le projet No 5997 avant le vote du projet de loi sous rubrique.

Le Conseil d'Etat fait en outre un certain nombre de suggestions de texte auxquelles on reviendra dans le cadre du commentaire des articles.

*

V. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1er

L'article 1er vise à modifier l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.

Cet alinéa a été introduit par l'article IV de la loi du 13 mars 2009 relative aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges et ayant pour objet de compléter et de modifier: – le Nouveau Code de procédure civile, – le Code civil, – la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, – la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat (doc. parl. No 5837) pour donner compétence aux notaires de certifier les titres exécutoires des actes authentiques qu'ils ont reçus, en vue de leur reconnaissance et de leur exécution dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

¹⁷ Affaire C-51/08, considérant 97.

Les auteurs du projet de loi ont proposé, afin de lever toute ambiguïté d'interprétation au sujet des termes „*les notaires luxembourgeois*“, de les remplacer par ceux de „*notaires au Luxembourg*“.

Le Conseil d'Etat a fait observer dans son avis du 29 novembre 2011 qu'il y a lieu de préciser, dans la phrase liminaire de l'article 1er du projet de loi, l'intitulé de la loi à modifier.

En outre il propose de remplacer à l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi modifiée du 9 décembre 1976, (i) les termes „*notaires au Luxembourg*“ par ceux de „*notaires établis au Luxembourg*“; et (ii) l'expression „*acte communautaire*“ par celui d'„*acte de l'Union européenne*“.

La Commission juridique a décidé, en ce qui concerne la 1ère proposition de modification du Conseil d'Etat, de maintenir le libellé proposé par les auteurs du projet de loi afin d'éviter qu'on puisse considérer que la profession de notaire tomberait sans restriction dans le champ d'application de la liberté d'établissement, ce qui en l'occurrence n'est pas le cas.

En ce qui concerne la proposition du Conseil d'Etat de remplacer l'expression „*acte communautaire*“ par celle d'„*acte de l'Union européenne*“, les membres de la commission y ont réservé une suite favorable.

D'un point de vue juridique strict, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en date du 1er décembre 2009, la notion de droit communautaire, en ce qu'elle vise (i) le droit des Communautés européennes, (ii) les procédures de coopération comme la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et la coopération policière et judiciaire en matière pénale (CPJP), a été remplacée par celle de droit de l'Union européenne. En effet, depuis que l'Union européenne a acquis la personnalité juridique en tant qu'héritière des Communautés Européennes, la notion de droit communautaire est devenue obsolète.

Cependant afin d'éviter toute ambiguïté, il convient de noter que pour les besoins du présent projet de loi, l'expression d'„*actes communautaires*“ vise indifféremment tant les actes issus du droit communautaire que les actes issus du droit de l'Union européenne.

Article 2

L'article 2 vise à modifier l'article 15 de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat relatif aux conditions requises pour être admis aux fonctions de notaire.

Le Conseil d'Etat a proposé, à l'instar de l'article 1er ci-avant, de compléter la phrase introductive de l'article 2 du projet de loi en renvoyant à la loi qu'il vise à modifier.

Paragraphe (1) – modification du point a)

Au point a), il est proposé de reformuler la condition de la nationalité en ouvrant l'accès à la profession de notaire aux ressortissants de l'Union européenne.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler.

Paragraphe (2) – nouveau point d)

Il est proposé d'ajouter, sous un point d) nouveau, la condition linguistique pour l'accès à la nomination de notaire.

Dans le souci de garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, le notaire doit disposer d'une connaissance adéquate des langues luxembourgeoise, allemande et française. En effet, en sa qualité d'auxiliaire de justice, il est en effet nécessaire que le notaire maîtrise les trois langues administratives et judiciaires du Luxembourg.

A propos de la condition linguistique, le Conseil d'Etat fait observer qu'elle est „[...] *indispensable pour assurer un service correct au consommateur dans un pays multilingue.*“.

La proposition de reformulation du libellé par un texte identique à celui figurant à l'article 6 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est reprise par les membres de la commission.

*

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission juridique recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi No 6333 dans la teneur qui suit:

*

VI. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION**PROJET DE LOI****portant modification de la loi modifiée du 9 décembre 1976
relative à l'organisation du notariat**

Art. 1er. L'alinéa 2 de l'article 1er de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat est modifié comme suit:

„En matière civile et commerciale, en vue de la reconnaissance et de l'exécution des actes authentiques reçus par les notaires au Luxembourg en vertu d'un acte de l'Union européenne dans le cadre de la coopération judiciaire civile de l'Union européenne, le notaire, qui a reçu l'acte authentique, certifie les titres exécutoires y relatifs en vue de leur reconnaissance et de leur exécution dans un autre Etat membre de l'Union européenne.“

Art. 2. A l'article 15 de la loi portant modification de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat sont apportées les modifications suivantes:

1° Le point a) est modifié comme suit:

„a) être de nationalité luxembourgeoise ou être ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne et avoir la jouissance des droits civils et l'exercice des droits politiques;“

2° Il est ajouté un point d) libellé comme suit:

„d) maîtriser la langue de la législation et les langues administratives et judiciaires au sens de la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues.“

Luxembourg, le 14 décembre 2011

Le Rapporteur,
Léon GLODEN

Le Président,
Gilles ROTH

