

Section 2. L'évolution jurisprudentielle sur le statut du notaire – L. DONNAY

Au cours de ces cinq dernières années, le Conseil d'Etat a été amené à prononcer une vingtaine d'arrêts qui concernent directement la profession de notaire. Il nous a dès lors paru utile d'en tirer brièvement les principaux enseignements.

La première partie de cette excursion dans les méandres du contentieux administratif consiste en un relevé des différents types d'actes qui ont été contestés devant la haute juridiction administrative. La seconde partie est consacrée à la jurisprudence relative à la composition et au fonctionnement de la Commission de nomination pour le notariat.

§ 1^{er}. Actes intéressant le notariat qui ont fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat

A. Les arrêts royaux portant nomination de notaires

Depuis la profonde réforme de la procédure et des conditions de nomination intervenue en 1999¹, les recours formés devant le Conseil d'Etat à l'encontre d'arrêtés nommant aux fonctions de notaire ne sont pas rares. Il ne faut pas s'en cacher, l'examen de ces requêtes est délicat dès lors qu'il revient la plupart du temps à contrôler la comparaison des titres et mérites à laquelle s'est livrée l'autorité investie du pouvoir de présentation ou de nomination.

Bien entendu, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour substituer son appréciation à celle de l'administration. Il ne peut que vérifier si, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité s'est fondée sur des éléments exacts en fait et en droit et si, sur la base de ces éléments, elle n'a pas commis d'erreur manifeste.

Ce faisant, la juridiction administrative a pu rappeler que « *le pouvoir discrétionnaire dont dispose la partie adverse lorsqu'elle procède à la nomination d'un notaire ne la dispense pas de se conformer, dans le respect du principe d'égalité inscrit à l'article 10 de la Constitution, aux formalités substantielles qui ont pour but de l'informer complètement et objectivement ; qu'elle a l'obligation de traiter tous les candidats de la même manière, ce qui implique que la comparaison de leurs titres et mérites se fasse sur les mêmes bases ; qu'en effet, une comparaison des titres et mérites n'assure véritablement l'égalité admissibilité de tous aux emplois publics et ne garde donc de sens que si l'autorité qui y procède s'attache à maintenir une certaine cohérence entre les appréciations qu'elle porte sur les différents candidats* »². Lorsque cette cohérence est assurée, le Conseil d'Etat se refuse à juger de la pertinence des critères d'appréciation des titres et mérites retenus par l'autorité, « *pour peu que lesdits critères ne soient pas déraisonnables eu égard à la fonction à pourvoir* »³.

On relève également que le juge administratif a dû se livrer à une interprétation des critères sur la base desquels la commission de nomination est appelée à se prononcer conformément à l'article 44, § 2, de la loi du 16 mars 1803 (25 ventôse – 5 germinal an XI)

¹ Pour une première analyse du contentieux issu de cette réforme, voy. not. B. LOMBAERT, *Rev. not. b.*, 2000, pp. 644 à 663.

² C.E., 21 mars 2008, *Pourbais*, n° 181.426.

³ C.E., 30 juin 2011, *Pourbais*, n° 214.300.

contenant organisation du notariat⁴ : « ces critères, que cette disposition ne définit pas, ne sauraient être les mêmes que ceux déterminés, à titre de “normes uniformes auxquelles doivent répondre les avis” donnés par les comités provinciaux d’avis des notaires en vertu de l’article 38bis de la même loi, par l’arrêté royal du 7 mai 2001 fixant les normes uniformes auxquelles doivent répondre les avis ayant trait à la capacité et à l’aptitude à la nomination de candidat notaire ou de notaire titulaire; que ces dernières “normes” doivent conduire à des avis sur la capacité et l’aptitude in abstracto à être candidat-notaire ou notaire, tandis que l’avis donné et le classement établi par la commission de nomination a pour but de déterminer in concreto, après audition des candidats, leur capacité et leur aptitude à exercer la fonction de notaire titulaire de l’étude vacante, ce qui n’interdit pas à la commission de nomination de tenir compte par ailleurs de leurs autres titres et mérites, mais qui ne conduit à l’examen de ceux-ci que si des candidats sont classés ex aequo sur ceux-là »⁵.

B. Autres actes en relation avec le notariat

Les actes contestés devant le Conseil d’Etat qui ont un rapport direct avec la fonction notariale ne se limitent nullement aux nominations, tant s’en faut.

C’est ainsi que le juge administratif a déjà été amené à statuer sur la légalité d’arrêtés royaux portant transfert de résidence⁶ ou fixant le nombre de notaires par arrondissement judiciaire⁷. Ce second type d’arrêté royal est relativement spécifique dans la mesure où, d’une part, il n’a pas de portée individuelle de sorte que la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ne lui est pas applicable⁸ et où, d’autre part, il ne présente pas non plus un caractère réglementaire au sens de l’article 3 des lois sur le Conseil d’Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, de sorte que la consultation de la section de législation de cette institution n’est pas requise préalablement à son adoption.

Un recours en annulation a même été introduit par un notaire à l’encontre d’un arrêté royal acceptant sa propre démission, en tant que cet arrêté ne lui accordait pas l’honorariat⁹.

Enfin, on signale que le Conseil d’Etat a déclaré irrecevable le recours qui tendait notamment à obtenir l’annulation, d’une part, d’un avis émis par le chef de corps d’un tribunal de première instance quant à l’opportunité de supprimer une place de notaire dans son arrondissement et, d’autre part, de la déclaration de vacance de cette place ainsi que de l’appel aux candidats publié au *Moniteur belge*¹⁰.

⁴ Suivant cette disposition, « La commission de nomination entend les candidats et établit ensuite une liste des trois candidats les plus aptes. [...] Le classement est établi sur la base de critères relatifs à la capacité et à l’aptitude des candidats pour l’exercice de la fonction de notaire ».

⁵ C.E., 18 juin 2009, *Denotte*, n° 194.391. Dans le même sens, C.E., 18 juin 2009, *Colmant*, n° 194.392.

⁶ C.E., 30 juin 2011, *Compagnie des notaires de la province du Hainaut et autres*, n° 214.299.

⁷ C.E., 21 décembre 2010, *Jentges et Houet*, n° 209.965.

⁸ Néanmoins, il est de jurisprudence bien établie que tout acte juridique adopté par une autorité publique « doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, qui doivent résulter du dossier constitué au cours de l’élaboration de ce règlement, et sur le vu duquel les juridictions saisies d’une contestation de la régularité du règlement doivent être en mesure d’exercer le contrôle de légalité qui leur incombe » (C.E., 30 novembre 1999, *Sirault*, n° 83.746). Comp. avec C.E., 9 février 2011, *A.S.B.L. Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé et A.S.B.L. Cliniques de l’Europe-Europa Ziekenhuizen*, n° 211.132.

⁹ C.E., 7 juillet 2010, *Ledoux*, n° 206.460.

¹⁰ C.E., 10 mai 2007, *Compagnie des Notaires de la Province du Hainaut et autres*, n° 170.999.

§ 2. Enseignements jurisprudentiels récents à tirer quant à la composition et au fonctionnement de la Commission de nomination

A. Composition de la Commission

La Commission de nomination, organe central dans le domaine de l'accès au notariat, a fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur dès lors que celui-ci a fixé sa composition en veillant à ce que ses différents membres relèvent d'horizons professionnels et géographiques variés. C'est ainsi que, participant à l'équilibre de celle-ci, le premier alinéa du quatrième paragraphe de l'article 38 de la loi précitée du 16 mars 1803 prévoit, en son 4^o, que chacune des deux Commissions, l'une de langue néerlandaise, l'autre de langue française, compte en son sein « *un chargé de cours ou un professeur de droit d'une faculté de droit d'une université belge qui n'est pas notaire, candidat-notaire ou notaire associé* ».

Nul n'avait imaginé cependant que ce libellé allait retenir à ce point l'attention des plus hautes juridictions du Royaume. Il est en effet remarquable que pas moins de quatre arrêts du Conseil d'Etat et un arrêt de la Cour constitutionnelle ont été nécessaires afin que puisse être consacré avec certitude le fait que le membre de la Commission visé par cette disposition devait être un véritable chargé de cours ou professeur d'une université¹¹.

Au delà de cet enseignement somme toute très peu surprenant, « l'affaire Georges » restera avant tout célèbre par la contribution majeure qu'elle a apportée à l'édifice quelque peu difforme qu'est le contentieux administratif, voire peut-être à la pratique des Hautes assemblées. Pour faire bref, l'article 38 de la loi du 16 mars 1803 dispose que, comme son homologue de langue néerlandaise, la commission de langue française pour le notariat compte huit membres effectifs : quatre ont la qualité de notaire ou de « *notaire associé non titulaire* » et sont désignés par les membres de l'assemblée générale de la Chambre des notaires qui appartiennent au rôle linguistique français ; les quatre autres membres effectifs, parmi lesquels figure le chargé de cours ou le professeur, sont désignés alternativement par la Chambre des représentants et par le Sénat. En l'espèce, Monsieur Georges s'était porté candidat en sa qualité de chargé de cours mais le Sénat désigna une autre personne pour pourvoir à ce poste. Cette personne étant en réalité maître de conférence invité dans une université et ne s'étant d'ailleurs pas porté candidat pour occuper le poste visé spécifiquement à l'article 38, § 4, alinéa 1^{er}, 4^o, de la loi contenant organisation du notariat, le Professeur Georges forma un recours en annulation à l'encontre de la désignation opérée par le Sénat. Le Conseil d'Etat constata tout d'abord que l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées lui déniait en principe toute compétence pour connaître de ce recours dès lors que ni le requérant ni le bénéficiaire de la désignation contestée ne faisait partie du personnel du Sénat¹². Ensuite, le juge administratif observa que les candidats malheureux qui avaient postulé en leur qualité de notaire disposaient, à l'inverse des candidats désignés par une des deux Hautes assemblées, de la possibilité d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat (étant donné que la chambre nationale des notaires agit dans ce cas-là en tant qu'autorité administrative) et interrogea dès lors la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de

¹¹ Voy. les arrêts *Georges* prononcés par le Conseil d'Etat (n° 194.561 du 22 juin 2009 ; n° 212.200 du 23 mars 2011 ; n° 218.293 du 1^{er} mars 2012 et l'arrêt rectificatif n° 218.538 du 19 mars 2012), ainsi que l'arrêt n° 79/2010 du 1^{er} juillet 2010 de la Cour constitutionnelle.

¹² Suivant l'article 14, § 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, « *la section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation [...] formés contre les actes et règlements [...] des assemblées législatives ou de leurs organes [...] relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel* ».

cette différence de traitement. Celle-ci estima que cette distinction était effectivement discriminatoire et invita le Conseil d'Etat à combler lui-même la lacune figurant à l'article 14 des lois coordonnées « *dès lors que ce constat [d'inconstitutionnalité était] exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution* »¹³. A la suite de cet arrêt, le juge administratif se déclara donc compétent, estima que le statut des maîtres de conférences invités n'était pas comparable à celui des chargés de cours ou des professeurs et annula donc la désignation effectuée par le Sénat, non sans ménager la vénérable assemblée, soucieuse, comme la Cour constitutionnelle d'ailleurs, de préserver le « *lien spécial de confiance* » que traduit nécessairement les désignations auxquelles il procède¹⁴.

B. Fonctionnement de la Commission

1/ Le Conseil d'Etat a été amené à interpréter les dispositions qui régissent le fonctionnement de cette Commission, à savoir principalement l'article 38, § 9, de la loi du 16 mars 1803¹⁵, ainsi que les articles 5, 7 et 9 du règlement d'ordre intérieur des Commissions de nomination pour le notariat, lequel a été établi le 25 novembre 2000 et a été approuvé par un arrêté royal du 9 mars 2001¹⁶.

Le juge administratif fait de la convocation du membre suppléant en cas d'empêchement du membre effectif un élément de validité du délibéré de la Commission et ce, même si la majorité de ses membres sont bel et bien présents. Ainsi a-t-il annulé un arrêté royal portant nomination d'un notaire après avoir considéré « *que si le quorum de présence requis par la loi pour délibérer était bien atteint en l'espèce, l'absence de convocation est par elle seule de nature à vicier cette délibération ; que si le législateur, en fixant la composition de la Commission de nomination de langue française pour le notariat, a voulu que ses membres soient issus d'horizons professionnels (notariat, enseignement, magistrature et autres) et géographiques (notaires issus de compagnies différentes) différents, de manière à assurer l'expression d'opinions variées et à objectiver les procédures, ce n'est de toute évidence pas pour permettre de s'abstenir de convoquer des membres suppléants dès que le quorum pour délibérer est atteint ; que les suppléants des membres excusés, s'ils n'étaient pas tenus d'être présents, devaient à tout le moins se voir donner l'occasion de manifester leur opinion* »¹⁷.

¹³ Arrêt n° 79/2010 précité, second alinéa du considérant B.8.

¹⁴ « *Considérant que le Conseil d'Etat est conscient du "lien spécial de confiance" dont témoigne la désignation, par le Sénat, de l'intervenant à la fonction, mais qu'il doit cependant constater que ce faisant, la partie adverse a manifestement méconnu les conditions objectives de désignation fixées par le législateur lui-même, de sorte qu'une telle désignation illégale ne peut qu'être annulée ; qu'au demeurant, il était loisible à la partie adverse de témoigner de cette confiance placée dans les qualités de l'intervenant, ainsi qu'elle l'avait fait lors du premier vote intervenu le 20 novembre 2008, en le choisissant dans la liste des candidats de la catégorie des "membres externes ayant une expérience professionnelle utile pour la mission" pour laquelle il s'était précisément porté candidat.* » Voy. également le considérant B.7.3 de l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

¹⁵ « *Pour délibérer et prendre des décisions valablement, la majorité des membres de la commission de nomination doit être présente. En cas d'absence ou d'empêchement d'un membre effectif, son suppléant le remplace. Les décisions sont prises à la majorité ordinaire des voix. En cas de parité, la voix du président de la commission de nomination ou du vice-président qui le remplace, est prépondérante [...]* ».

¹⁶ L'article 9 de ce règlement d'ordre intérieur dispose notamment que le membre effectif empêché de prendre part à la séance en informe sans délai son suppléant et le président.

¹⁷ C.E., 21 décembre 2010, *Hemberg*, n° 209.944. Dans le même sens, C.E., 21 décembre 2010, *Hemberg*, n° 209.945.

2/ Le Conseil d'Etat a également rappelé que, la Commission de nomination étant un organe collégial, son impartialité ne peut être mise en cause que si, de façon cumulative, il existe des faits précis pouvant être légalement constatés de nature à provoquer des soupçons de partialité sur un ou plusieurs membres du collège, et s'il ressort des circonstances que la partialité de ce ou de ces membres a pu influencer l'ensemble du collège¹⁸.

3/ Quoi que cette affaire ne mettait pas en cause la Commission de nomination pour le notariat (mais bien celle du Conseil supérieur de la Justice), il nous paraît utile de signaler que par un arrêt prononcé en assemblée générale, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a décidé que « le droit administratif ne connaît pas de principe non écrit qui imposerait à un organe collégial de toujours se prononcer au scrutin secret sur des présentations et des nominations » et que c'était dès lors au législateur compétent qu'il revenait de choisir s'il fallait prévoir un scrutin secret et dans quels cas¹⁹.

¹⁸ C.E., 10 février 2010, *Colmant*, n° 200.737.

¹⁹ C.E. (ass.), 13 mars 2012, *Clijsters*, n° 218.453, *R.W.*, 2012-13, pp. 379 et s., obs. I. OPDEBEEK. Néanmoins, ce n'est que de façon provisoire que cet arrêt clôt le débat sur le scrutin secret lorsqu'il s'agit de présentations ou de nominations dès lors que le Conseil d'Etat a, par le même arrêt, posé une question préjudicielle sur ce thème à la Cour constitutionnelle.