

RÉFLEXIONS SUR LA NOTION DE “JURIDICTION” AU
SENS DE L’ARTICLE 3.2 DU RÈGLEMENT (UE) N° 650/2012
APRÈS LES ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DE
L’UNION EUROPÉENNE *OBERLE*, C-20/17, ET *WB*, C-658/17.
PERSPECTIVE ESPAGNOLE

REFLECTIONS ON THE CONCEPT OF ‘COURT’ WITHIN THE
MEANING OF ARTICLE 3.2 OF REGULATION (EU) NO 650/2012
AFTER THE JUDGMENTS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE
EUROPEAN UNION *OBERLE*, C-20/17, AND *WB*, C-658/17.
SPANISH PERSPECTIVE

JUAN GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ*

*Expert National Détaché à la Commission Européenne
Direction Générale de la Justice et des Consommateurs (DG JUST)*

ORCID ID: 0000-0001-6826-8773

Recibido: 18.05.2020 / Aceptado: 03.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5745>

Résumé : Ce travail a pour but d’examiner critiquement l’interprétation de la CJUE à propos de la notion de «juridiction» au sens de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, en ce qui concerne, notamment, les autorités non judiciaires qui y sont envisagées, lorsqu’elle rattache ce concept à l’exigence d’être compétent pour trancher des litiges, méconnaissant la notion de la juridiction gracieuse dont les procédures peuvent leur être attribuées. La CJUE viderait ainsi de contenu ledit article lorsque, partant de ce réquisit qui ne relève pas du Règlement, elle exclut de sa portée les autorités non judiciaires qui exercent de véritables fonctions juridictionnelles, ayant la compétence de décider ou statuer de leur propre autorité, indépendamment de la conformité des parties.

Mots clé : article 3.2 du Règlement (UE) n° 650/2012, juridiction, notaire, fonctions juridictionnelles, juridiction gracieuse.

Abstract: The purpose of this study is to critically examine the interpretation given by the CJUE of the concept of ‘court’ within the meaning of Article 3.2 of Regulation (EU) No 650/2012, as regards, in particular, the non-judicial authorities, when it links that concept to the requirement to have jurisdiction to settle disputes, disregarding the concept of the non-contentious jurisdiction, whose procedures may be awarded to the competence of those. The CJEU would thus deprive of its meaning and content that article when, requiring that condition not envisaged in the Regulation, it excludes from its scope non-judicial authorities exercising genuine judicial functions, acting or deciding on their own authority regardless of the conformity of the parties.

Keywords: article 3.2 of Regulation (EU) No 650/2012, court, notary, judicial functions, non-contentious jurisdiction.

*Les opinions exprimées dans cet article correspondent exclusivement à l’auteur et ne représentent pas la position de la Commission Européenne, quelle qu’elle soit, sur ce sujet. Toutes les traductions des textes en espagnol et italien sont de l’auteur et non officielles.

Sommaire: I. Introduction ; II. La notion de « juridiction » n'est pas univoque dans le droit de l'UE ; III. La notion « large » de « juridiction » au sens de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012 ; IV. Exigence de compétence pour trancher des litiges ou controverses ?; V. Considérations sur les fonctions notariales qui relèvent de la notion de « juridiction ». La juridiction gracieuse ; VI. Statuer de sa propre autorité ou exercer un pouvoir décisionnel qui ne dépende pas de la seule volonté des parties. Compétence ; VII. Principes et réquisits prévus par l'article 3. 2: perspective espagnole. 1. Impartialité. 2. Droit de toutes les parties à être entendues. 3. Voies de recours judiciaires. 4. Force et effet des décisions équivalents à ceux des décisions rendues par une autorité judiciaire. 5. Notification de l'article 3.2 *in fine* du Règlement ; VIII. Conclusion.

I. Introduction

1. Dès l'adoption du Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen¹, la délimitation de la notion autonome de « juridiction » au sein de l'Union Européenne, au sens de ce Règlement, doit résulter d'un exercice d'interprétation encore plus fin et exigeant qu'elle ne l'était auparavant. En effet, on l'avait surtout considérée comme une notion liée à un aspect plutôt organique ou institutionnel et on songeait, dans ce sens, à son étendue, en particulier, en ce qui concerne la qualité d'agir pour poser une question préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), en application de l'article 267 du Traité pour le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

2. Notamment, depuis l'adoption dudit Règlement, il faut aborder cette notion de « juridiction » d'un point de vue organique mais aussi fonctionnel, en prenant en compte l'exercice des fonctions juridictionnelles appartenant tant au domaine de la juridiction contentieuse qu'à celui de la juridiction gracieuse². Les États membres peuvent accorder l'exercice de telles fonctions, selon leurs systèmes juridiques particuliers, aux « organes juridictionnels », « cours » ou « tribunaux » proprement dits, mais aussi à toute autre autorité compétente, comme les notaires, ou aux professionnels du droit envisagés à l'article 3.2 dudit Règlement³.

3. Cela pourrait soulever -et, de fait, cela commence déjà à poser-, des questions à propos de la notion autonome de « juridiction » utilisée par la CJUE jusqu'à présent, en particulier en raison de la difficulté à comprendre et établir une frontière suffisamment claire entre ce qui doit être considéré comme faisant partie de ce qui relève de la juridiction gracieuse ou d'une décision provenant de ce type de juridiction, et un acte appartenant à l'autonomie de la volonté, ou acte purement consensuel, qui ne relève pas de la notion de « juridiction » et qui puisse être reçu et faire l'objet d'un acte authentique dressé par un notaire n'exerçant pas, dans ce cas, une fonction juridictionnelle, et ledit acte authentique ne constituant pas non plus une « décision » au sens de l'article 3.1.g) du Règlement (UE) 650/2012⁴.

¹ JOUE L 201 du 27 juillet 2012, p. 107.

² Le considérant 59 du Règlement (UE) 650/2012 fait référence « [à] la lumière de l'objectif général du présent règlement qui est la reconnaissance mutuelle des décisions rendues dans les États membres en matière de successions, indépendamment du fait que de telles décisions aient été rendues dans le cadre d'une procédure contentieuse ou gracieuse [...] ».

³ Les articles 3.2 du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil, du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JOUE L 183 du 8 juillet 2016, p. 1, et du Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil, du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, JOUE L 183 du 8 juillet 2016, p. 30, ont la même portée que l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012. Cet article a son précédent dans l'article 2.2 du Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE L 7 du 10 janvier 2009, p. 1, qui a étendu aussi la notion de « juridiction » aux autorités administratives des États membres compétentes en matière d'obligations alimentaires, sous les mêmes conditions établies après pour les autres autorités ou professionnels du droit à l'article 3.2 objet de cette étude.

⁴ Selon le point 32 de l'arrêt CJUE 23 mai 2019, *WB*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, « [a]ux termes de l'article 3, paragraphe 1, sous g), du règlement n° 650/2012, le terme « décision » recouvre toute décision en matière de successions rendue

4. Par conséquent, pour des raisons de clarté et des effets propres à chaque type d'acte selon sa nature juridique, ainsi qu'afin de déterminer et d'appliquer correctement les règles de compétence juridictionnelle, de reconnaissance des décisions ou acceptation des actes, nous faut-il être plus précis et fixer clairement les critères qui permettent d'identifier ce qui fait partie de cette notion de «juridiction» et ce qui ne peut pas y être compris, en délimitant nettement l'étendue et le champ d'application de l'article 3.2 du Règlement précité. Cet article, établissant une définition nouvelle et différente de la notion de «juridiction», plus large et nuancée, ne devrait pas s'interpréter par la CJUE comme cela a été le cas, en particulier dans l'affaire *WB*⁵, en appliquant l'argumentation propre à déterminer ce qui peut relever de la notion de «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE, mais, plutôt, en prêtant attention aux traits et caractéristiques, buts et objectifs particuliers du Règlement où elle est intégrée⁶.

II. La notion de «juridiction» n'est pas univoque dans le droit de l'UE

5. Outre la référence au terme «juridiction» objet de cette étude, on trouve dans le droit de l'Union Européenne plusieurs mentions aux juridictions nationales des États membres, qui sont aussi des juridictions européennes au sens des Traités, comme à l'article 19.3.b) du Traité de l'Union Européenne (TUE) et à l'article 267 TFUE, relatifs à la question préjudicielle, ou encore à l'article 47 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, qui consacre le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. On pourrait souligner aussi d'autres références et d'autres sens du mot «juridiction», comme c'est le cas des organes ou autorités qui peuvent être compris dans la notion de «juridiction» ou «autorité judiciaire» au sens de l'article 6.1 de la Décision-cadre du Conseil 2002/584⁷, qui ont la qualité pour émettre un mandat d'arrêt européen, et qui, sans nécessairement être des juges ou des juridictions, participent à l'administration de la justice pénale de l'État membre. De même, il existe diverses définitions et références dans les Règlements du Droit international privé européen, avec leur portée particulière, qui comprennent, par exemple, dans certains cas et circonstances, non seulement les organes judiciaires en tant que tels, du point de vue organique ou institutionnel, mais aussi toute autre autorité non judiciaire ou les professionnels du droit, lorsque ceux-ci exercent des fonctions juridictionnelles⁸, ou toute autorité compétente dans les matières relevant du champ d'application correspondant⁹. Cela montrerait que même si, à défaut de renvoi à la loi de chaque État membre pour sa définition, il s'agit d'une notion autonome de «juridiction» du droit de l'Union Européenne, il n'y a pas un seul concept univoque de «juridiction» ou, tout au moins, que cette notion n'est pas toujours la même en fonction de son application concrète, de ses effets et du Règlement ou de la disposition normative en cause qui soit applicable¹⁰. Il ne s'agirait donc pas toujours des situations où il faudrait accomplir

par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, y compris une décision concernant la fixation par le greffier du montant des frais du procès.»

⁵ CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc.

⁶ Comme le rappelle le point 50, CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc., «il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union, qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme, qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause [...]».

⁷ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOUE* L 190 du 18 juillet 2002, p. 1.

⁸ Voir ledit article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012 et les exemples cités à la note 2 *supra*.

⁹ Voir, par exemple, l'article 2.2.1 du Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international des enfants, *JOUE* L 178 du 2 juillet 2019, p. 1, connu comme «Bruxelles II ter».

¹⁰ L'avocat général Bor, dans le point 66 des conclusions du 8 septembre 2016, ECLI:EU:C:2016:654, dans l'affaire CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, C-484/15, ECLI:EU:C:2017:199, signale que «[...] le législateur de l'Union a donné des définitions sensiblement différentes de la notion, indissociable, de «juridiction» qui paraît appréhendée de façon très disparate...»; et identifie, dans les points 67 à 71, trois conceptions différentes de cette notion (d'assimilation, de dilution et de définition), en inscrivant la notion de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012 parmi celles de la définition «par consécration des acquis jurisprudentiels».

les mêmes réquisits que ceux qui ont été établis pour saisir la CJUE d’une question préjudicielle afin de pouvoir être qualifié comme « juridiction » au sens de l’article 267 TFUE¹¹.

6. Précisément, comme le rappelle la CJUE dans le point 40 de l’arrêt *WB* précité, à la différence, par exemple, du Règlement (CE) 805/2004 du 21 avril 2004, portant sur la création d’un titre exécutoire européen pour les créances incontestées ou du Règlement (UE) 1215/2012, du 12 décembre 2012 (Bruxelles I bis), concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui ne comportent aucune disposition générale fixant les conditions devant être remplies pour qu’une autorité soit qualifiée de « juridiction », le Règlement (UE) 650/2012 précise, dans son article 3.2, que la notion de « juridiction », au sens de ce Règlement, « englobe non seulement les autorités judiciaires, mais également toute autre autorité et tout autre professionnel du droit compétents en matière de successions qui exercent des fonctions juridictionnelles et qui satisfont aux conditions établies par cette même disposition ». Dans ce sens, les arrêts de la CJUE dans les affaires *Zulfikarpašić*¹² et *Pula Parking*¹³ constatent que les Règlements (CE) 805/2004 et (UE) 1215/2012, respectivement, à la différence du Règlement (UE) 650/2012, « ne comporte[nt] aucune disposition générale dotée d’un tel effet » comme ledit article 3.2.

III. La notion « large » de « juridiction » au sens de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012

7. Selon ledit article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, les autorités non judiciaires et les professionnels du droit compétents en matière de successions peuvent être considérés comme faisant aussi partie de la notion de « juridiction » quand ils exercent de telles fonctions juridictionnelles, ou lorsqu’ils agissent en vertu d’une délégation de pouvoirs d’une autorité judiciaire ou sous le contrôle d’une autorité judiciaire, pour autant qu’ils remplissent les garanties et exigences prévues par cet article¹⁴. Ainsi, comme l’a rappelé l’avocat général BOT dans le point 59 de ses conclusions du 28 février 2019, dans l’affaire *WB* précitée¹⁵, dans cet article 3.2 « sont visées non seulement les autorités dont le statut garantit leur indépendance par rapport aux autres organes de l’État, mais aussi celles qui sont soumises à des exigences équivalentes, en raison des fonctions qu’elles exercent ou de l’intervention de l’autorité judiciaire ».

8. Néanmoins, il s’agit là d’une des questions les plus problématiques car chaque État membre règle les matières successorales, familiales et, plus généralement, civiles, selon sa propre tradition juridique, ce qui est reconnu par le droit européen et, notamment, par le Règlement (UE) 650/2012. Concrètement, dans son article 2, sur les compétences en matière de successions dans les États membres, il établit que « [l]e présent règlement ne porte pas atteinte aux compétences des autorités des États membres en matière de règlement des successions ». Le considérant 20 rappelle à cet égard que « [l]e présent règlement devrait respecter les différents systèmes de règlement des successions applicables dans les États membres »¹⁶, et le début du considérant 21 souligne que « [l]e présent règlement devrait permettre à tous les notaires qui sont compétents en matière de successions dans les États membres d’exercer cette compétence »¹⁷.

9. En reconnaissant la pluralité et les compétences des États membres sur cette matière, le considérant 20 évoqué, crucial pour l’interprétation de l’article 3.2 du Règlement, ajoute qu’« il convient dès lors de donner au terme « juridiction » un sens large permettant de couvrir, non seulement les juridictions au sens strict qui exercent des fonctions juridictionnelles, mais également les notaires ou les services de l’état civil dans certains États membres qui, pour certaines questions successorales, exer-

¹¹ Voir *infra*.

¹² Voir CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, préc., point 35.

¹³ Voir CJUE 9 mars 2017, *Pula Parking*, C551/15, ECLI:EU:C:2017:193, point 47.

¹⁴ Voir la section VII *infra*.

¹⁵ ECLI:EU:C:2019:166.

¹⁶ Voir, dans ce même sens, le considérant 29 des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104, préc.

¹⁷ Voir, dans ce même sens, le considérant 30 des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104, préc.

cent des fonctions juridictionnelles au même titre que les juridictions »¹⁸ ainsi que « les notaires et les professionnels du droit qui, dans certains États membres, exercent des fonctions juridictionnelles dans le cadre d'une succession donnée en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction ». Par contre, ce terme « ne devrait pas viser les autorités non judiciaires d'un État membre qui, en vertu du droit national, sont habilitées à régler les successions, telles que les notaires dans la plupart des États membres, lorsque, comme c'est généralement le cas, ils n'exercent pas de fonctions juridictionnelles ».

10. Partant de ce considérant 20, en ce qui concerne notamment l'activité des notaires, ayant été l'objet de l'affaire *WB*, ainsi que de l'affaire pendante *E.E.*¹⁹, on peut conclure que ceux-là peuvent se trouver dans trois situations :

- 1°) les notaires exercent des fonctions juridictionnelles en matière successorale au même titre que les juridictions dans certains États membres dans certaines procédures. C'est le cas de l'Espagne, comme on le verra plus tard, où l'Etat accorde des fonctions juridictionnelles aux notaires -parmi d'autres fonctionnaires-, dans le domaine de la juridiction gracieuse²⁰, et il le fait parce que le notaire espagnol, comme dans d'autres systèmes juridiques de tradition romano-germanique, est un fonctionnaire ou officier public qui agit en partie aussi comme un professionnel du droit pour des raisons d'efficacité du service public²¹ ;
- 2°) les notaires exercent des fonctions juridictionnelles dans le cadre d'une succession donnée en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction. La doctrine s'est posée la question de savoir si cette délégation pourrait être entendue comme une délégation générale ou concrète. Cependant, il semble découler du même considérant 20 qu'il s'agit d'une délégation spécifique d'un organe judiciaire, dans le cadre d'une succession donnée, comme il pourrait être le cas, par exemple, de la délégation faite au notaire lors du partage judiciaire par rapport à la liquidation d'une succession concrète en France, selon les articles 841-1 du Code civil et 1361 du Code de procédure civile, ou en Belgique, selon l'article 1210 du Code judiciaire²² ;

¹⁸ La CJUE reconnaît dans le point 53 de l'arrêt du 23 mai 2019, *WB*, préc., que « si les fonctions juridictionnelles et les fonctions notariales sont distinctes, il ressort toutefois du considérant 20 du règlement n° 650/2012 qu'il convient de donner, dans le cadre de ce règlement, au terme « juridiction » un sens large, en englobant également les notaires lorsqu'ils exercent des fonctions juridictionnelles pour certaines questions successorales ».

¹⁹ Sur la notion de « juridiction » au sens de l'article 3.2, dans ses conclusions du 26 mars 2020, ECLI:EU:C:2020:230, dans l'affaire *E.E.*, C-80/19, pendante devant la CJUE, l'avocat général CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA renvoie aux arguments de l'arrêt CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc., ici remis en cause, sans questionner ou réviser l'interprétation faite par la CJUE de la portée de cette notion dans ladite affaire *WB*.

²⁰ La *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (loi 15/2015 du 2 juillet 2015 relative à la juridiction gracieuse), *BOE* du 3 juillet 2015, sur la base de l'article 117.4 de la Constitution Espagnole, a accordé aux notaires la compétence exclusive ou partagée avec d'autres fonctionnaires sur certains dossiers, en suivant le sillage initié par la refonte de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Loi de la procédure civile) du 3 février 1881, en matière des *declaraciones de herederos ab intestato* (déclarations de succession ab intestat), faite par la Loi 10/1992, du 30 avril. La *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* remarque dans le point V de son préambule que « [...] Le prestige acquis au fil des années par ces fonctionnaires vis-à-vis des citoyens est un élément qui aide à effacer tout doute quant à leur capacité d'intervenir dans la tutelle administrative de certains droits privés, en tant que principaux protagonistes qui sont de notre système de foi publique et garants de la sécurité juridique, sans oublier le fait que bon nombre des procédures de juridiction gracieuse visent à obtenir la certitude de l'état ou de la façon d'être de certains négociés [...] La réforme prévoit, avec un critère de prudence, compte tenu de la provenance de ces dossiers judiciaires, certaines limites au principe du libre choix du notaire par le requérant, en établissant des critères de compétence territoriale qui ont un lien raisonnable avec les éléments personnels ou réels du dossier ».

²¹ Voir l'article 1 de la *Ley del Notariado* (Loi sur le Notariat), et l'article 1 du *Reglamento Notarial* (Règlement Notarial) ; l'article 3 de ce dernier reconnaissant aussi le caractère du Notariat « comme organe de la juridiction gracieuse ». Cependant, on ne devrait pas identifier complètement la fonction notariale avec la notion de juridiction gracieuse et conclure que les notaires agissent toujours, dans tous les dossiers qu'ils autorisent, en tant qu'organes d'une telle juridiction. Même si une partie du domaine de la juridiction gracieuse proprement dite s'intègre dans la fonction notariale, cela ne signifie pas que toute cette fonction relève de ladite nature (voir, à cet égard, J. E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 29 et 30).

²² Voir A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions : commentaire du règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 2^{ème} édition, pp. 175-176 ; ou A. BONOMI / P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012* (version traduite et adaptée au droit espagnol

3°) les notaires n’exercent pas de fonctions juridictionnelles. Cette situation est typique de l’activité notariale ordinaire.

11. Il faudrait attirer l’attention sur le fait que, même dans les États où l’on attribue aux notaires des fonctions juridictionnelles, soit directement en tant que responsables désignés pour l’exercice de ces fonctions, soit par délégation concrète des tribunaux, il s’agit normalement de fonctions ajoutées et distinctes des fonctions notariales typiques, non juridictionnelles. La nature différente des fonctions a des conséquences pratiques et légales d’importance, car, comme le signale le considérant 22 du Règlement²³, lorsque les notaires exercent des fonctions juridictionnelles, ils sont liés par les règles de compétence²⁴ et les décisions qu’ils rendent doivent circuler conformément aux dispositions relatives à la reconnaissance, à la force exécutoire et à l’exécution des décisions, tandis que s’ils n’exercent pas de fonctions juridictionnelles, ils ne sont pas soumis aux règles de compétence et leurs actes authentiques doivent circuler conformément aux dispositions relatives à ces derniers²⁵.

IV. Exigence de compétence pour trancher des litiges ou controverses?

12. Comme la CJUE le souligne au point 55 de l’affaire *WB* précitée, « il convient de rappeler que la Cour a dit pour droit que l’exercice des fonctions juridictionnelles implique d’avoir le pouvoir de statuer de sa propre autorité sur d’éventuels points litigieux entre les parties concernées », et que, « [a]fin qu’une autorité soit regardée, eu égard à la nature spécifique de l’activité qu’elle exerce, comme exerçant une fonction juridictionnelle, celle-ci doit se voir conférer le pouvoir de trancher un éventuel litige ». Elle ajoute par ailleurs que « [t]el n’est pas le cas lorsque la compétence du professionnel en cause dépend de la seule volonté des parties. » Enfin, la CJUE conclut cet aspect, dans le point 56 de l’affaire *WB*, en déclarant qu’« il convient de considérer qu’une autorité exerce des fonctions juridictionnelles lorsqu’elle est susceptible d’être compétente en cas de contestation en matière de successions » et que « [c]e critère s’applique indépendamment de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure de délivrance d’un certificat d’hérédité²⁶ ».

13. Nous ne pouvons pas partager l’argument de la CJUE selon lequel, pour que l’autorité, notaire ou professionnel du droit en question soient compris dans la notion de « jurisdiction » au sens de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, ils doivent avoir aussi, comme condition *sine qua non*, la compétence de trancher des litiges, de statuer sur des points litigieux ou de décider en cas de contestation ou de controverse entre les parties concernées.

14. Les arguments de la CJUE, aux points 55 et 56 évoqués, relèvent de ce que l’avocat général BOT a appelé l’application d’un critère matériel qui implique « de la part de l’organe auteur de l’acte un certain rôle dans l’élaboration de celui-ci »²⁷, donnant l’exemple de l’affaire *Solo Kleinmotoren*, selon laquelle l’acte doit émaner d’un organe « statuant de sa propre autorité sur des points litigieux », ce

par S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ/ M. ÁLVAREZ TORNÉ / A. FONT I SEGURA / J. M. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ / J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ/ M. REQUEJO ISIDRO), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 141-142.

²³ Voir, dans ce même sens, les considérants 31 des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104, préc.

²⁴ Voir aussi le considérant 20 qui rappelle, à ce propos, que toutes les juridictions au sens du Règlement devraient être liées par les règles de compétence.

²⁵ Voir les articles 4 à 19, sur la compétence, et les articles 39 à 61, relatives à la circulation et exécution des décisions, actes authentiques et transactions judiciaires, du Règlement (UE) 650/2012, ainsi que le Règlement d’exécution (UE) n° 1329/2014 de la Commission du 9 décembre 2014 établissant les formulaires mentionnés dans le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions, et l’acceptation et l’exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d’un certificat successoral européen, *JOUE* L 359 du 16 décembre 2014, p. 30.

²⁶ Voir aussi CJUE 21 juin 2018, *Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, point 44.

²⁷ Point 81 des conclusions de l’avocat général BOT dans l’affaire CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, préc.

qui, selon la CJUE, exclut la transaction judiciaire qui revêt un caractère essentiellement contractuel, en ce sens que son contenu dépend, avant tout, de la volonté des parties²⁸. Par contre, ce qui pourrait être un argument acceptable lors de l'interprétation de ce qu'est une «juridiction» au sens du Règlement (CE) 805/2004 sur le titre exécutoire européen -qui était l'objet de cette affaire-, ne semble pas être adapté à la notion de «juridiction» au sens de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, puisque cette interprétation méconnaîtrait la notion même des procédures gracieuses et non-contentieuses, auxquelles la notion de «juridiction» de l'article 3.2 est aussi d'application, au regard du considérant 59 et des affaires *Oberle* et *WB* dans lesquelles, comme on vient de l'évoquer, la CJUE a exprimé que ce critère de la compétence en cas de contestation s'applique indépendamment de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure.

15. À notre avis, une remarque essentielle à retenir comme critère applicable à cette notion de «juridiction» serait celle de l'avocat général Bot dans le point 81 précité de ses conclusions dans l'affaire *Zulfikarpašić*, sur le besoin mentionné, de la part de l'autorité émettrice de l'acte, *d'un certain rôle dans l'élaboration de celui-ci*. Mais, ce rôle ne devrait pas nécessairement consister à trancher un litige et la procédure en cause ne devrait pas non plus être une procédure dans laquelle cette autorité aura la compétence pour résoudre des controverses ou statuer sur des points litigieux, ce qui est typique ou propre des procédures contentieuses, car cela exclurait de l'article 3.2 du Règlement toutes ou la plupart des procédures gracieuses, qui sont celles où des États membres, dans certains cas, octroient précisément aux notaires ou à d'autres autorités compétentes l'exercice des fonctions juridictionnelles. Ces procédures gracieuses sont notamment celles qui ont donné lieu à la rédaction de l'article 3.2 et les considérants 20 à 22 du Règlement par le législateur européen, en tenant compte de la tendance actuelle chez des États membres à la «déjudiciarisation» de certaines procédures contentieuses²⁹ et en particulier des procédures gracieuses³⁰, afin d'alléger ou décharger les organes judiciaires proprement dits³¹.

16. Partant de l'article 2 mentionné, il faudrait souligner que l'article 3.2 du Règlement ne peut se comprendre dans toute son étendue et sa portée sans tenir compte des catégories juridiques à partir desquelles on construit ladite notion autonome de «juridiction». L'introduction de cet article 3.2 dans le Règlement est la réponse à l'existence d'une réalité dans certains États membres où ces fonctions juridictionnelles ont été accordées aux notaires ou à d'autres autorités ou opérateurs juridiques, ne voulant pas exclure cette réalité de la notion de «juridiction» aux effets du Règlement³². Il faudrait donc intégrer cette réalité dans la notion sans identifier le concept de «juridiction» uniquement avec ce qui relève de la juridiction contentieuse, mais aussi gracieuse, et sans négliger l'importance du contenu et les enjeux de la fonction ou de la tâche même accomplie par l'autorité, fonctionnaire, officier public ou professionnel du droit, non seulement du point de vue de la nature organique mais surtout fonctionnelle de ceux qui l'exercent, tant que les exigences établies par l'article 3.2 sont remplies. La CJUE ne devrait pas bâtir une notion autonome de «juridiction» qui mènerait à vider de contenu cet article en méconnaissant complètement les catégories juridiques existantes et les procédures et fonctions exercées par ces autorités ou professionnels qui ont été la cause de la rédaction dudit article dans sa teneur littérale.

²⁸ Voir CJUE 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, ECLI:EU:C:1994:221, points 17 et 18.

²⁹ Voir point 109 des conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, préc.

³⁰ Voir *supra* note 20.

³¹ Voir, avec ce but de «déjudiciarisation», même si faisant référence aux dossiers de nature variée, la Recommandation du Conseil d'Europe N° R (86) 12, du 16 septembre 1986, relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des Tribunaux.

³² Dans les travaux préparatoires du Règlement, le point 4.1, article 2, de l'exposé des motifs la proposition de la Commission Européenne envisageait déjà que «[...] le concept de juridiction utilisé dans le présent règlement est pris au sens large et comprend d'autres autorités lorsque celles-ci exercent une fonction relevant de la compétence des juridictions, notamment par voie de délégation, ce qui inclut notamment les notaires et les greffiers.» (COM(2009)154 final, 2009/0157 (COD), Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen {SEC(2009) 410} {SEC(2009) 411}, du 14 octobre 2009, p. 5).

Une interprétation plus élaborée et qui n’omette pas les critères historique et téléologique, par considération à la *mens legis* et la *mens legislatoris*, selon les buts à atteindre, devrait donc être développée par la CJUE afin que la notion n’exclue pas des réalités qui doivent y être comprises.

17. Voilà pourquoi la CJUE ne devrait pas non plus utiliser uniquement et directement les critères pour identifier ce qu’est une « juridiction » au sens de l’article 267 TFUE (origine légale de l’organe, permanence, caractère obligatoire de sa juridiction, nature contradictoire de la procédure, application par l’organe des règles de droit et indépendance de celui-ci³³), et notamment celui du principe de contradiction, pour interpréter la notion de « juridiction » au sens de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012³⁴. Comme l’a remarqué l’avocat général BOBEK, « une transposition à l’emporte-pièce de la jurisprudence relative à l’article 267 TFUE semble difficile. Elle est assurément possible dans une certaine mesure, mais il faut toujours garder à l’esprit le fait que la définition au sens de l’article 267 TFUE a été développée dans un contexte différent et à des fins différentes »³⁵. Il ajoute, toutefois, que « dans le cadre de l’application de la définition de la notion de « juridiction » au sens de l’article 267 TFUE, le caractère contradictoire de la procédure n’est pas une condition *sine qua non* »³⁶. D’ailleurs, la CJUE a déclaré que l’exigence de contradiction dans la procédure pour pouvoir déposer une question préjudicielle n’a pas un caractère absolu³⁷, et elle l’a même tellement assoupli que, dans la pratique, cette exigence a disparu dans certains cas³⁸. Cela conduirait donc à rejeter l’exigence du principe contradictoire pour pouvoir parler de « juridiction » aussi au sens de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, même en utilisant le critère ou notion de « juridiction » au sens de l’article 267 TFUE.

18. En tout état de cause, si l’on retient le raisonnement de la CJUE aux points 55 et 56 de l’affaire *WB* précitée, seul le notaire ou l’autorité compétente en cas de contestation en matière de succession ou statuant « de sa propre autorité sur d’éventuels points litigieux entre les parties concernées » pourrait être considéré comme autorité qui exerce des fonctions juridictionnelles, la CJUE appliquant ce critère « indépendamment de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure », ce qui, à notre avis, doit faire l’objet d’une réflexion ou même d’une critique, puisque cela remettrait en cause le contenu en soi et la portée de l’article 3.2 du Règlement et aussi du considérant 20. En effet, étant donné que, précisément, dans certains États membres qui permettent cet exercice des fonctions juridictionnelles aux notaires, à d’autres autorités ou à des professionnels du droit, comme nous l’avons déjà évoqué, quand ils le font c’est normalement parce qu’il s’agit, concrètement, de procédures juridictionnelles en matière gracieuse ou non contentieuse. Et, si l’on appliquait aussi ce critère de la CJUE indépendamment de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure, cela impliquerait, implicitement, une exclusion de la notion de « juridiction » ici en question de toutes les autorités, fonctionnaires, officiers publics ou professionnels du droit qui ne font partie du pouvoir judiciaire proprement dit d’un point de vue orga-

³³ Voir, par exemple, l’arrêt CJUE 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413, point 23, confirmé par l’arrêt CJUE 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin*, C-396/14, ECLI:EU:C:2016:347, point 23.

³⁴ Cependant, il serait très intéressant d’analyser la possibilité pour un notaire de saisir la CJUE d’une question préjudicielle lors de l’exercice des fonctions juridictionnelles, sur la base de la jurisprudence de la CJUE initiée avec l’arrêt du 30 juin 1966, *Vaassen Goebbels*, C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39, qui admet cette option pour des « juridictions » n’appartenant pas *stricto sensu* au pouvoir juridictionnel. Voir, à cet égard, M. REQUEJO ISIDRO, “El artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, *REEI*, 2020, vol.1, en attente de publication.

³⁵ Voir point 81 des conclusions dans l’affaire CJUE 9 mars 2017, *Pula Parking*, préc.

³⁶ Voir point 112 des conclusions de l’avocat général BOBEK, présentées le 27 octobre 2016, ECLI:EU:C:2016:825, dans l’affaire CJUE 9 mars 2017, *Pula Parking*, préc.

³⁷ Voir CJUE 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, préc., point 31, ou CJUE 21 mars 2000, *Gabalfrija*, C-110/98, ECLI:EU:C:2000:145, point 37.

³⁸ Dans l’affaire CJUE 5 mars 1989, *Simmenthal*, C-243/78, la CJUE a accepté la question préjudicielle émise par un *Pretore* italien en mentionnant que le fait que le renvoi soit formulé avant que ne se pose un éventuel débat contradictoire n’exclut pas la possibilité de la question préjudicielle en tant que telle, comme le rappelle l’avocat général TESAURO dans ses conclusions dans l’affaire *Dorsch Consult* précité (voir J. M. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “La Directiva 2014/17 y el crédito hipotecario en el derecho de la UE”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, ISSN 0210-3249, Tome 57, 2016-2017, Madrid, EDERSA, p. 433).

nique. Ceci serait contraire à l’esprit et même à la teneur littérale de l’article 3.2 du Règlement et les considérants correspondants précités.

19. Il est difficile d’accepter et de comprendre que la même fonction, si elle est exercée par un tribunal, un juge ou toute autre autorité judiciaire, bien entendu d’un point de vue strictement organique, soit toujours considérée comme une fonction juridictionnelle comprise dans la notion de « juridiction » du Règlement, et que la même fonction, soit attribuée par l’Etat directement aux notaires ou d’autres autorités, soit déléguée ou accordée par un tribunal à un notaire ou un professionnel du droit et exercée avec les garanties et exigences déterminées par l’article 3.2 du Règlement, ne soit pas considérée comme faisant partie de la notion de « juridiction » pour le seul fait de ne pas avoir ce caractère organique de juridiction et de ne pas être compétent en cas de contestation, contradiction ou controverse³⁹, -critère que, d’ailleurs, l’article 3.2 ne demande pas-.

20. En effet, l’affaire *Oberle* a été mentionnée à cet égard à propos de la juridiction gracieuse, mais on pourrait penser que la solution dans le cas de figure aurait été différent si au lieu d’un tribunal il s’était agi d’un notaire exerçant la même tâche ou fonction, si l’on ne retient qu’un critère purement organique ou institutionnel au lieu d’un critère fonctionnel qui analyse plus en détail la fonction et l’activité exercée et non pas seulement la nature organique de celui qui l’exerce. À cet égard, le considérant 21 du Règlement (UE) 650/2012 rappelle que « [l]a question de savoir si les notaires d’un État membre donné sont ou non liés par les règles de compétence prévues dans le présent règlement devrait dépendre de la question de savoir s’ils relèvent ou non de la définition du terme “juridiction” aux fins du présent règlement »⁴⁰. D’où l’importance essentielle d’une délimitation correcte de ladite notion par la CJUE, car si elle ne modifie pas sa jurisprudence sur ce point on pourrait alors conclure, par exemple, que dans les États où les parties concernées peuvent avoir recours, selon leur choix, à un organe judiciaire en tant que tel ou à un notaire pour régler le même dossier, dans le premier cas les normes de compétence du Règlement seraient appliquées, tandis que, dans le second, ce ne serait pas le cas. Il en serait de même pour les règles de circulation et reconnaissance des décisions ou acceptation des actes, le cas échéant⁴¹, ce qui ne serait pas logique s’agissant du même type de procédure.

21. Dès lors, si la CJUE maintient l’argumentation soutenue à l’affaire *WB*, toutes les autorités, fonctionnaires ou officiers publiques et professionnels du droit compétents dans les procédures gracieuses n’appartenant pas au pouvoir judiciaire en tant que tel, seraient, de fait, exclus de la notion de « juridiction » s’ils n’ont pas aussi le pouvoir de trancher des litiges ou des controverses, ce qui est matière réservée à la juridiction contentieuse. À notre avis, cette interprétation porterait atteinte au sens de l’article 3.2 ainsi qu’aux règles de compétence et de circulation des décisions et des actes authentiques du Règlement en général. Par conséquent, en vue de nuancer l’interprétation de la notion autonome de « juridiction » envisagée dans l’article 3.2 du Règlement, la CJUE devrait réviser sa jurisprudence sur ce sujet quand elle se trouvera de nouveau devant l’opportunité de trancher des cas similaires.

³⁹ Dans le point 113 des conclusions précitées de l’avocat général BOBEK dans l’affaire CJUE 9 mars 2017, *Pula Parking*, il souligne que même si une procédure peut *devenir* contradictoire par son transfert à un organe différent, cela ne suffit pas, selon lui, pour faire de l’organe transférant une « juridiction » au sens du Règlement (UE) 1215/2012, car il soutient que la partie effectivement contradictoire de la procédure à caractère juridictionnel se déroulera devant le tribunal, et non devant le notaire. Cependant, contre cet argument, il faut rappeler que cette affaire *Pula Parking* tranche l’interprétation de la notion de « juridiction » au sens du Règlement (UE) 1215/2012, tout à fait différent de celle de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, et qu’il ne prend non plus ici en considération les procédures gracieuses et leur nature juridictionnelle.

⁴⁰ Voir, dans ce même sens, les considérants 30 des Règlements (UE) 2016 /1103 et 2016/1104, préc.

⁴¹ En Espagne, tel qu’il résulte des articles 91 et 92 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, l’article 66 de la *Ley del Notariado* et les articles 843 et 1057 du *Código civil*, la compétence sur certains dossiers de juridiction gracieuse en matière successorale est concurrente ou partagée par les *letrados de la Administración de Justicia* (greffiers) et les notaires, le choix appartenant à la partie requérante. À notre avis, toutes ces autorités (judiciaires et non judiciaires) devraient être soumises aux mêmes normes de compétence prévues par le Règlement si leur fonction est de la même nature juridictionnelle, car son application ne devrait pas dépendre exclusivement de la nature organique de l’autorité, mais de leur caractère de « juridiction » au sens du Règlement. Dans le cas contraire, cela pourrait mener, entre autres, au risque de *forum shopping*.

V. Considérations sur les fonctions notariales qui relèvent de la notion de « juridiction ». La juridiction gracieuse

22. La CJUE, dans le point 47 de l’affaire *Pula Parking* suscitée, rappelle, concernant les fonctions des notaires « l’existence de différences fondamentales entre les fonctions juridictionnelles et les fonctions notariales ». Cette différence, cependant, est évidente lorsqu’on fait référence à l’activité ordinaire du notaire en tant que fonctionnaire ou officier public relative au contrôle de la légalité et de la garantie de la sécurité juridique, mais elle ne serait par contre pas applicable quand le notaire exerce des fonctions juridictionnelles propres de la juridiction gracieuse ou non contentieuse qui lui sont attribuées.

23. En effet, dans le point 70 des conclusions de l’avocat général BOBEK dans cette même affaire *Pula Parking*, il est rappelé que « [d’]un point de vue plus *institutionnel*, la signification naturelle du terme “juridiction” n’inclut généralement pas les notaires, qui ne sont pas un “organe juridictionnel”, c’est-à-dire qu’ils ne font pas partie de l’architecture juridictionnelle [...]. D’un point de vue plus *fonctionnel*, le droit de l’Union reconnaît lui-même qu’il existe des “différences fondamentales” entre les fonctions juridictionnelle et notariale à l’intérieur des systèmes juridiques [...]. Si les notaires exercent parfois des fonctions juridictionnelles dans des cas spécifiques, ce n’est pas leur rôle typique ou principal. Par conséquent, même d’un point de vue plus fonctionnel, les notaires ne sont pas des juridictions “au sens strict” usuel ». Mais, cela ne veut pas dire qu’ils ne puissent pas exercer ces fonctions juridictionnelles et faire partie de la notion de « juridiction », comme l’article 3.2 et le considérant 20 du Règlement (UE) 650/2012 l’envisagent d’ailleurs. Cette même affaire *Pula Parking* fait référence précisément à la teneur de cet article comme un des arguments essentiels pour résoudre différemment la question préjudicielle posée dans ce cas-là car le Règlement (UE) 1215/2012 ne contient pas de disposition semblable à l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012.

24. Il faudrait donc prêter attention à ce qui est et ce qui relève de la notion de la juridiction gracieuse, comprise dans la notion de « juridiction » de l’article 3.2, tel que le rappelle le considérant 59 et même la jurisprudence de la CJUE pour la distinguer des fonctions notariales ordinaires qui ne font partie de cette notion de « juridiction » afin de clarifier le concept retenu dans cet article, ce qui permettra une application correcte du Règlement (UE) 650/2012.

25. Historiquement, dans la Rome classique, la *iurisdictio voluntaria* ou juridiction gracieuse⁴², au contraire de la *iurisdictio contentiosa* ou juridiction contentieuse, consistait en l’intervention d’un magistrat dans des affaires où il n’existait pas de dispute ou litige entre les parties, à travers une procédure *ficta* ou « fictive »⁴³ développée devant lui qui ne servait précisément qu’à la performance de certaines actions ou transactions en leur octroyant une force ou une autorité publique ou officielle⁴⁴. La fonction du tribunal se limitait alors à sanctionner, ratifier, légitimer ou collaborer à la création d’un acte légal ou d’un rapport accepté par les parties sans préjudice des droits des tiers qui n’avaient pas comparu devant le juge ou magistrat. Ce juge ou magistrat n’était pas un « simple automate » mais vérifiait les bases ou fondements factuelles de la prétention, demandait ou exigeait le témoignage sur le sujet avant

⁴² Sans vouloir être exhaustif d’un point de vue lexical, elle est connue comme *non-contentious jurisdiction*, en anglais, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, en allemand, *volontaria giurisdizione*, en italien, ou *jurisdicción voluntaria*, en espagnol.

⁴³ J. E. GOMÁ SALCEDO rappelle que les origines de la force exécutoire de l’instrument public ou acte authentique se trouvent aussi dans ces procédures fictives ou apparentes, dans lesquelles les parties, préalablement d’accord, suivaient toutes les démarches de la procédure afin de bénéficier des effets de l’arrêt à travers la dénommée *clause guarentigia* ou procuration octroyée par le débiteur en faveur des exécuteurs judiciaires pour que ceux derniers puissent agir contre lui en exécutant l’accord ou contrat comme si un arrêt avait été rendu. Cette force exécutoire de l’acte authentique est aujourd’hui reconnue en Espagne à toute sorte d’obligations y comprises grâce à la procédure judiciaire d’exécution prévue dans l’article 517.4 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* ou Loi de procédure civile, *BOE* du 8 janvier 2000 (J. E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial, op. cit.*, pp. 29, 30 et 481).

⁴⁴ J. E. PFANDER / D. D. BIRK, “Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction”, *The Yale Law Journal*, 124 :1346, Yale, 2015, p. 1403.

d’accorder sanction légale à la demande et exerçait un contrôle de la légalité des actes des parties comparantes ou requérantes⁴⁵.

26. La juridiction gracieuse est aujourd’hui un type de juridiction existant dans plusieurs systèmes juridiques où l’autorité en charge de ce genre de procédures doit jouer un rôle important quant à la détermination des faits dans la phase probatoire afin de pouvoir émettre de sa propre autorité une décision ou un jugement sanctionnant l’acte sous sa considération. Même si la juridiction gracieuse est plus proche de la tradition juridique romano-germanique du droit civil, elle n’est pas non plus étrangère aux systèmes anglo-saxons⁴⁶.

27. Le but de la juridiction gracieuse est de conférer certitude aux relations juridiques, la vérification des conditions légales exigées ou la tutelle des droits des personnes leurs fournissant un instrument de légitimation dans le trafic juridique en tant que fonction attributive des droits et formatrice des situations juridiques. Elle exige, d’un côté, soit l’existence d’un conflit sous-jacent qui ne constitue pas un litige, soit l’indéfinition d’une situation juridique ou de droit, et, d’un autre côté, la reconnaissance par l’ordre juridique d’une autorité publique compétente pour en décider, qui ne doit pas être confondue avec des mécanismes alternatifs de règlement des différends tels que la conciliation, la transaction, la médiation ou l’arbitrage.⁴⁷

28. La réglementation de la juridiction gracieuse n’est pas toujours systématique ni aussi claire dans tous les États, mais on peut trouver des références aidant à une meilleure compréhension de ce type de juridiction ou procédure, même dans des traditions juridiques de signe différent. En France, par exemple, le Code de procédure civile fait référence à ce genre de juridiction aux articles 25 à 29, 60 et 62, 797 à 800 et 806 et 807, desquels il découle que l’adjectif « gracieuse », à cet égard, fait référence à une procédure « lorsqu’en l’absence de litige [le juge] est saisi d’une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l’affaire ou de la qualité du requérant, qu’elle soit soumise à son contrôle »⁴⁸.

29. Dans la doctrine italienne, en général, la définition la plus partagée de la juridiction gracieuse, à partir de G. ZANOBINI puis de P. CALAMANDREI, est celle d’« administration publique du droit privé » ou « administration du droit privé attribué aux organes juridictionnels ». « Cette définition met en évidence les particularités qui distinguent la juridiction gracieuse qui, à la différence de la procédure contentieuse civile, ne poursuit pas la résolution d’un litige ou la controverse entre les parties mais l’accomplissement de toutes les activités nécessaires pour la gestion d’un négoce juridique ou d’une affaire privée d’un ou plusieurs acteurs. Le juge, par conséquent, n’est donc pas appelé à régler un différend ou litige, mais à garantir un intérêt privé, parfois seulement indirectement de relevance ou intérêt public »⁴⁹.

30. Pour sa part, en Espagne, l’article 1.2 de la Loi 15/2015, du 2 juillet, de la *Jurisdicción Voluntaria*, établit que « [a]ux fins de la présente loi seront considérés comme dossiers relevant de la juridiction gracieuse tous ceux qui exigent l’intervention d’une juridiction pour la tutelle des droits et des intérêts en matière de droit civil et commercial, sans qu’il y ait une controverse qui doive être réglée dans une procédure contentieuse ». Et conformément au point IV du préambule de ladite loi, « [I]

⁴⁵ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid, Reus, 1986, p. 23.

⁴⁶ J. E. PFANDER / D. D. BIRK, “Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction”, *op. cit.*, pp. 1407, 1408 et 1410. À propos de la tradition juridique anglo-saxonne, ces auteurs font référence aux procédures d’*equity*, *admiralty* ou *probate* comme exemples de la juridiction non contentieuse, bien connue des Pères Fondateurs ou *Framers*, aux États-Unis.

⁴⁷ F. J. GÓMEZ GALLIGO, “Naturaleza de las decisiones del notario en su función de Jurisdicción Voluntaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tome 57, année 2016-2017, *Colegio Notarial de Madrid*, pp. 555-557.

⁴⁸ Article 25 du Code de procédure civile.

⁴⁹ Voir S. DI GUARDO / L. VERZELLONI, “La Voluntaria Giurisdizione: un’occasione di innovazione sistemica nei servizi di Giustizia per il Cittadino”, *WP1/2012, Fondazione Irso*, Milano, p. 2.

a juridiction gracieuse est liée à l’existence des situations justifiant l’établissement de limitations à l’autonomie de la volonté dans le domaine du droit privé, qui empêchent l’obtention d’un certain effet juridique lorsque l’importance du sujet concerné, la nature de l’intérêt remis en cause ou son impact sur le statut des personnes concernées le justifient. Elle peut aussi être liée à l’impossibilité que des volontés individuelles nécessaires pour constituer ou rendre efficace un certain droit convergent. »

31. Néanmoins, il est vrai que selon le deuxième paragraphe de l’article 17.3 *in fine* de cette loi, si l’une des parties intéressées formule opposition, « cela ne transformera pas le dossier en contentieux ni empêchera de poursuivre la procédure jusqu’à ce qu’elle soit résolue sauf si la loi le prévoit expressément ». Cependant, même si cet article nuance, en quelque sorte, le fait de l’absence total de controverse ou de contestation comme caractéristique essentielle de la juridiction gracieuse, cela n’est qu’une nuance, à notre avis, car il y aurait sinon confusion entre les deux types de juridictions, ce qui n’est pas acceptable ni l’intention du législateur. Il est vrai que dans une procédure gracieuse il pourrait exister un éventuel conflit latent ou sous-jacent, qui ne s’est pas encore manifesté, mais, en tout état de cause, s’il y a une contestation quelconque, celle-ci devrait être aussi faible, atténuée ou anecdotique que possible pour qu’elle n’exige pas que la juridiction contentieuse en se charge du sujet, -le législateur ne considérant pas nécessaire le recours à la voie procédurale litigieuse dans un tel cas, en raison du caractère atténué de la contradiction⁵⁰. Par exemple, dans la procédure gracieuse qui règle la délivrance par le notaire de l’*acta de declaración de herederos abintestato* ou déclaration statuant qui sont les héritiers légaux à défaut de testament du *de cuius*, l’article 56.3 *in fine* de la *Ley del Notariado*, tel que rédigé par la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, prévoit que « [t]oute partie intéressée pourra s’opposer à la prétention, soumettre des allégations ou fournir des documents ou d’autres éléments de jugement dans un délai d’un mois à partir du jour de la publication ou, le cas échéant, de la dernière publication de l’avis »⁵¹, opposition qui pourrait alors être résolue lors du déroulement de la procédure par devant le notaire, sauf si celui-ci estime que cette contestation a une telle entité qu’elle doit être tranchée par la juridiction contentieuse lors d’une procédure d’une autre nature sous la compétence judiciaire, clôturant le dossier notarial, car, en tout cas, la résolution des véritables controverses, litiges ou contentieux font l’objet de la juridiction contentieuse et non pas de la gracieuse⁵².

32. Par conséquent, comme nous venons de le constater, l’absence d’un véritable litige ou controverse est donc un trait commun aux procédures gracieuses et, dès lors, le principe de contradiction n’est ni une exigence ni un principe propre, par définition, caractérisant ce genre de procédures, ce qui n’empêche pas l’accès aux voies de recours et le besoin d’accomplissement du reste des exigences et garanties prévues à l’article 3.2 du Règlement. Ainsi, le critère fondamental pour une analyse de la notion de « juridiction » et pour la détermination ou la qualification de quand un notaire ou toute autre autorité ou professionnel du droit agit en tant que « juridiction » au sens du Règlement est-il, précisément, le contenu spécifique de la fonction ou activité concrète exercée par ce dernier et non s’il a ou n’a pas la compétence pour résoudre des litiges ou des controverses.

⁵⁰ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “La oposición en la jurisdicción voluntaria. Del art. 1817 LEC 1881 al art. 17.3 LJV 2015”, *R.E.D.S.* n° 7, Juillet-Décembre 2015, p. 16.

⁵¹ Concernant les dossiers relatifs à la désignation du *contador-partidor dativo* (liquidateur non-testamentaire), ou à l’approbation du partage fait par ce dernier, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA estime que même si l’apparition de différends n’empêche pas la poursuite des procédures de juridiction gracieuse, face à l’apparition de celles-ci, l’autorité responsable du dossier décidera de continuer la procédure ou, au contraire, de renvoyer le dossier à la juridiction contentieuse en fonction des circonstances et de la portée de cette opposition (M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *ADC*, tome LXX, 2017, fasc. I, p. 17).

⁵² L’article 209.5 du *Reglamento Notarial* prévoit, par rapport, en général, aux *actas de notoriedad* (procès-verbaux de notoriété), que le dossier sera interrompu par le notaire lorsqu’un procès judiciaire sur le même sujet a été initié et on lui en fournit la preuve.

VI. Statuer de sa propre autorité ou exercer un pouvoir décisionnel qui ne dépend pas de la seule volonté des parties. Compétence

33. Ce qui semblerait donc essentiel pour bien délimiter cette notion de « juridiction » prévue à l’article 3.2 du Règlement et qu’a d’ailleurs remarqué l’avocat général BOT dans ses conclusions dans l’affaire *WB*, c’est que, « s’agissant des autorités non judiciaires visées dans le règlement n° 650/2012, le seul critère utile est celui de l’exercice d’un pouvoir décisionnel⁵³ », -ayant l’autorité émettrice de l’acte ou décision, d’un certain rôle dans l’élaboration de celui-ci⁵⁴-, « quelle que soit la nature de la procédure, contentieuse ou gracieuse », et que, en conséquence, « l’expression “fonctions juridictionnelles” vise tant les procédures contentieuses que gracieuses, pour autant que ces dernières ne reposent pas sur la seule volonté des parties⁵⁵ ». Cette dernière remarque s’explique car l’article 3.2 exige, entre autres circonstances de son application, l’existence de voies de recours, ce qui ne peut avoir lieu en cas d’accord préalable ou conformité de toutes les parties intéressées en raison du principe de l’estoppel ou de *non venire contra factum proprium*. En effet, comme le rappelle l’avocat général dans le point 80 des conclusions dans ladite affaire *WB*, « [l]e constat du fondement consensuel de la procédure dont le corollaire est l’absence de voies de recours conduit à devoir écarter toute discussion sur l’équivalence des effets de l’acte délivré à ceux d’une décision rendue par une autorité judiciaire, au sens de l’article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), du règlement n° 650/2012, dès lors que les critères de qualification fixés à l’article 3, paragraphe 2, premier alinéa, de ce règlement sont cumulatifs. »

34. L’avocat général BOT, dans le point 79 des mêmes conclusions, confond, à notre avis, le critère du pouvoir décisionnel avec celui de la compétence car il dit que « la compétence de l’autorité non judiciaire en cause ne doit pas dépendre de la seule volonté des parties ». Il argumente que, « [e]n effet, dans un tel cas, quand bien même cette autorité devrait procéder à des vérifications, son rôle consiste à enregistrer l’accord de celles-ci et à les renvoyer devant l’autorité judiciaire en cas de difficultés ». Bien qu’exprimé d’une façon imprécise puisque l’activité notariale ne se résume pas à un simple enregistrement d’accords, il insiste sur la nécessité de ne pas confondre les fonctions juridictionnelles attribuées ou accordées au notaire avec l’activité notariale ordinaire, qui ne relève pas de la notion de « juridiction » et dans l’exercice de laquelle l’accord et la conformité des parties sur le fond de l’acte est, en principe, un réquisit indispensable pour qu’il puisse l’autoriser. Dans le cas d’espèce, dans l’affaire *WB*, la CJUE estime que le notaire ne fait pas usage d’un pouvoir décisionnel lorsque les activités notariales sont exercées à la demande concordante des parties intéressées, en laissant intactes les prérogatives du juge en l’absence d’accord des parties, alors même que les notaires ont l’obligation (en vertu de la loi polonaise) de vérifier le respect des conditions légalement exigées pour la délivrance d’un certificat d’hérédité⁵⁶. Mais, en fait, plutôt que la demande concordante des parties, le point fondamental est celui de la conformité des parties sur le fond, si c’est la condition pour que le notaire puisse autoriser l’acte, ce qui exclurait sa compétence pour statuer ou décider de sa propre autorité.

35. Mais en quoi consiste ce pouvoir décisionnel ? Il ne devrait surtout pas être assimilé au fait d’être compétent pour trancher un litige, contentieux ou controversé, mais à celui de pouvoir aller au-delà des fonctions ordinaires typiques du notaire, c’est-à-dire, essentiellement, le conseil et la rédaction d’actes en adaptant la volonté des parties à la loi, le contrôle de la légalité des actes et des accords, l’authentification des documents et l’exercice de la foi publique. En fait, l’exercice de la juridiction gracieuse par le notaire en Espagne peut être considérée comme une fonction séparée ou distincte de ces dernières⁵⁷.

⁵³ Voir point 79.

⁵⁴ Point 81 préc. des conclusions de l’avocat général BOT dans l’affaire CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, préc.

⁵⁵ Voir point 86 des conclusions de l’avocat général BOT dans l’affaire CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc.

⁵⁶ Point 59, CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc.

⁵⁷ F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, “Naturaleza de las decisiones del notario en su función de Jurisdicción Voluntaria”, *op. cit.*, pp. 569-570. Il fait référence à la Résolution du 18 juillet 2016, *BOE* du 19 septembre 2016, de la *Dirección General de los Registros y del Notariado* (Direction Générale des Registres et du Notariat) du Ministère de la Justice espagnol, où, dans son Fondement Juridique 6 il a été déclaré que le fait de l’approbation par le notaire du partage successoral fait par le *contador-partidor* (liqui-

36. Le notaire peut avoir ces compétences de nature juridictionnelle comprenant le pouvoir décisionnel, dont nous parlons ici, quand celles-ci lui sont attribuées par l’État. Dans ce cas, il exerce une fonction différente aux fonctions notariales ordinaires en prenant de sa propre autorité des décisions ou émettant des jugements d’équité ou de légalité, une appréciation de juste cause ou des qualifications sur des situations de fait ou de droit avec des conséquences similaires à celles d’une décision judiciaire proprement dite⁵⁸, indépendamment d’accord, conformité ou consentement des parties intéressées, soit au moment d’y faire recours, soit sur la décision adoptée ou le jugement émis par ce dernier⁵⁹.

37. Concernant les références au fait que la compétence de l’autorité en cause ne doit pas dépendre de la seule volonté des parties, il est important de souligner ce qui doit être considéré comme compétence à cet égard, car la notion de compétence peut répondre soit à la question de « qui ou quelle » est l’autorité compétente, soit à la question de « sur quoi ou sur quelle question » cette autorité a la compétence de décider. Dans la première question, lorsqu’il s’agit du notaire exerçant ses fonctions typiques ou non juridictionnelles, le droit de libre élection ou de choix de notaire s’applique et le notaire agit alors sur rogation de la partie ou des parties intéressées sans se soumettre, en principe, à une règle de compétence quelconque⁶⁰. Par contre, si le notaire agit comme « juridiction » il devra se soumettre aux règles de compétence, tout d’abord internationales pour établir sa compétence internationale à partir des articles 4 et suivantes du Règlement (UE) 650/2012 et, par la suite, aux règles nationales de compétence applicables établies par l’État membre correspondant⁶¹. Mais si l’on répond d’un point de vue matériel ou substantif à la question de la compétence, il est vrai que, quand il n’agit pas comme « juridiction », l’intervention du notaire dépendra, en principe, du fait que toutes les parties seront d’accord et prêteront leur conformité à l’acte, même s’il devra vérifier pour l’autoriser, leur identité, capacité, légitimation et

dateur testamentaire) selon l’article 843 du *Código civil* (Code civil), soumis aux règles de compétence de l’article 66.2 de la *Ley del Notariado*, est différent du fait même de l’autorisation notariale de l’acte authentique du partage, qui peut être fait par un autre notaire, cette autorisation n’étant pas soumise aux règles de compétence.

⁵⁸ Voir à cet égard, par exemple, en Espagne, à part la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* mentionnée, la référence dans l’article 17.1, paragraphe 8, *in fine*, de la *Ley del Notariado*, concernant la constatation dans les *actas* (procès-verbaux) notariés, parmi d’autres éléments, des jugements ou qualifications émis par le notaire.

⁵⁹ I. GOMÁ LANZÓN souligne, à cet égard, qu’il faut veiller aux compétences en matière de juridiction gracieuse attribuées en Espagne au notaire. Dans ces dossiers il n’émet pas seulement un jugement ou qualification mais prend une décision, évaluant, par exemple, une estimation économique, la concurrence de cause juste ou la préjudiciabilité, nocivité ou proportionnalité de certains accords, comme, par exemple, lors de l’approbation du partage héréditaire fait par le *contador-partidor dativo*, le paiement en espèces des droits des réservataires ou l’appréciation de juste cause pour la renonciation à la charge d’*albacea* (exécuteur testamentaire) ou *contador-partidor*. Voir I. GOMÁ LANZÓN, “Nuevas atribuciones y función notarial”, in C. P. BARRIO DEL OLMO (COORD.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial. Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de jurisdicción voluntaria, Ley hipotecaria y Ley de navegación marítima*, Colegio Notarial de Madrid, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2015, pp. 45-46.

⁶⁰ Voir, en Espagne, les articles 3.2 et 126 du *Reglamento Notarial*.

⁶¹ En Espagne, par exemple, on trouve des règles internes de compétence territoriale pour des dossiers successoraux de la juridiction gracieuse dans les articles de la *Ley del Notariado* (modifiée par la disposition finale 11^a de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*) numéros 55.1, sur les déclarations de succession ab intestat ; 57.1, 61.1, 64.1, relatifs aux procédures de présentation, d’authentification, d’ouverture et enregistrement des testaments fermés, olographes et accordés sous forme orale, respectivement ; 66.2, relatif aux dossiers de renonciation de l’*albacea* à sa charge ou de prolongation de son mandat, de la nomination d’un *contador-partidor dativo* dans les cas prévus à l’article 1057 du *Código civil* ; de démission du *contador-partidor* désigné ou de prolongation de son mandat ; et de l’approbation du partage effectué par le *contador-partidor* lorsqu’il n’y a pas de confirmation de tous les héritiers et légataires ; ou 67.1, sur l’établissement de l’inventaire en vue de la renonce ou l’acceptation de la succession à concurrence de l’actif net. Tout cela sans préjudice de l’interprétation analogique faite par la *Dirección General de los Registros y del Notariado* dans les Résolutions du 18 juillet 2016 (*BOE* du 19 septembre 2016) et du 22 septembre 2017 (*BOE* du 16 octobre 2017), établissant aussi des critères similaires de compétence territoriale omis par la loi à propos du dossier relatif au pouvoir de paiement en espèces de la réserve héréditaire par le *contador-partidor* prévu à l’article 843 du *Código civil*, où, en absence de règle expresse, l’approbation notariale du partage est régie par la règle de compétence de l’article 66 de la *Ley del Notariado* applicable au partage effectué par le *contador-partidor dativo* lorsque cette approbation notariale soit nécessaire à défaut de conformité de tous les héritiers et légataires.

En Lituanie, selon le point 30 de la demande de décision préjudicielle à la CJUE dans l’affaire pendante C-80/19, *E.E.*, renvoyée le 4 février 2019, l’article 28 de la loi relative au notariat prévoit que « les actes notariés peuvent être dressés auprès de tout notaire, sauf en matière successorale. Le ministre de la Justice de la République de Lituanie fixe dans ces cas le ressort territorial des notaires. [...] ».

consentement entre autres exigences, ainsi que la légalité de l’acte ; mais agissant comme « juridiction » au sens de l’article 3.2, il aura la marge ou le pouvoir, fonction, tâche ou compétence, soit de décider, soit d’émettre un jugement ou appréciation sur des faits et des droits, indépendamment de l’existence d’accord ou de désaccord des parties concernées, même s’il n’agit pas *ex officio* mais sur rogation, au moins, d’une partie intéressée quelconque. Ni de l’unanimité d’action de toutes les parties ni leur accord sur le fond ne sont nécessaires pour que le notaire puisse prendre la décision ou le jugement dans ce cas d’exercice de fonctions juridictionnelles, comme cela a déjà été évoqué.

38. En tout état de cause, il convient de souligner que le fait que toutes les parties concernées puissent agir ensemble comme requérants ou être d’accord avec la sollicitude au notaire de statuer, ou avec le résultat de sa décision à l’issue de la procédure gracieuse en cause, ne changerait pas la nature juridictionnelle de son activité dans le cas où une véritable fonction juridictionnelle a été exercée, c’est-à-dire, si le notaire a statué ou décidé de sa propre autorité, indépendamment de l’éventuel accord des parties, sans avoir besoin dudit accord pour statuer ou décider, comme c’est le cas des dossiers de la juridiction gracieuse en Espagne.

39. En outre, quant à la constatation de la CJUE dans le point 60 de l’affaire *WB* selon laquelle, dans le cas d’espèce, les notaires exercent « une profession libérale qui implique, en tant qu’activité principale, la prestation de plusieurs services distincts contre rémunération, fixée sur la base d’un accord avec les parties, dans la limite d’un barème », et que « dès lors, lesdites activités ne sauraient être regardées comme participant, en tant que telles, à l’exercice de fonctions juridictionnelles »⁶², nous estimons que ces observations ne peuvent pas constituer non plus une argumentation de base pour qualifier si la nature de la fonction notariale relève de la notion de « juridiction » puisque la CJUE s’appuie de nouveau ici sur un aspect purement organique et non fonctionnel. Si un État attribue aux notaires, autres autorités ou professionnels du droit l’exercice des fonctions juridictionnelles, il faudrait vérifier qu’ils agissent bien, indépendamment des moyens matériels employés dans cet exercice ou de leur système de rémunération, avec le pouvoir décisionnel précédemment évoqué, exerçant un certain rôle dans l’élaboration de l’acte ou la décision et remplissant les exigences de l’article 3.2 du Règlement que nous étudierons dans la section VII. Notamment par rapport au notaire, la question relative à la rémunération ne devrait pas constituer un argument essentiel, d’un côté, pour qu’il puisse être qualifié comme « juridiction » au sens du Règlement, ni, d’un autre côté, pour le caractériser comme un professionnel libéral tout court, car c’est un fonctionnaire ou officier public qui prête un service public étatique, bien qu’à travers des moyens privés qui doivent donc être rémunérés. Par conséquent, l’analyse et la qualification de la nature des fonctions juridictionnelles ou non juridictionnelles des autorités non judiciaires ou des professionnels du droit ne devraient pas se déduire de leur rémunération ou des moyens utilisés dans leur exercice, mais plutôt du contenu proprement dit des activités et des fonctions exercées, considérées en tant que telles, ainsi que des effets, valeur et portée de leurs décisions.

VII. Principes et réquisits prévus par l’article 3.2 : perspective espagnole

40. Comme nous l’avons déjà mentionné à plusieurs reprises, l’article 3.2 Règlement (UE) 650/2012 permet que dans la notion de « juridiction » aux fins de ce Règlement puissent aussi s’intégrer toute autre autorité non judiciaire et tout professionnel du droit compétents en matière de successions exerçant des fonctions juridictionnelles ou agissant en vertu d’une délégation de pouvoirs d’une autorité judiciaire ou sous le contrôle d’une autorité judiciaire, « pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu’ils rendent en vertu du droit de l’État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions : a) puissent faire l’objet d’un recours devant une autorité judiciaire ou d’un contrôle par une telle autorité ; et b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par

⁶² Voir le point 61, CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc.

une autorité judiciaire dans la même matière. »⁶³ Le dernier alinéa de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012 prévoit aussi que « [I]es États membres notifient à la Commission les autres autorités et professionnels du droit visés au premier alinéa conformément à l’article 79 ».

41. C’est pourquoi, une fois étudié en quoi consiste l’activité et l’exercice d’une fonction juridictionnelle par le notaire ou une autre autorité non judiciaire ou professionnel du droit, qu’elle leur soit accordée directement et de façon générale par l’État afin de régler certains dossiers, ou déléguée spécifiquement par une autre juridiction pour le règlement d’un cas particulier, il faudrait vérifier si dans l’exercice de ces fonctions, les exigences ou principes procéduraux qui permettent l’application de la notion de juridiction telle qu’envisagée par l’article 3.2 sont aussi remplies, ce que nous allons faire, depuis la perspective de la législation espagnole concernant les dossiers de juridiction gracieuse accordés au notaire, en tant qu’organe de la juridiction gracieuse⁶⁴.

1. Impartialité

42. Tout d’abord, en ce qui concerne le critère ou exigence d’impartialité prévue à l’article 3.2, le notaire espagnol, selon son statut légal, jouit d’une autonomie et d’une indépendance totale dans l’exercice de toutes ses fonctions et dans la manière de s’organiser, même si, administrativement, il dépend hiérarchiquement et directement du Ministère de la Justice et, notamment, de la *Dirección General de los Registros y del Notariado*⁶⁵, actuellement dénommée *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*⁶⁶. Il a en particulier le devoir d’être impartial dans l’exercice de ses fonctions, en traitant toutes les parties sur un pied d’égalité sans se limiter à une neutralité purement formelle, et doit aussi veiller à la protection des intérêts des tiers qui puissent être concernés par l’acte qu’il autorise⁶⁷. Le cas échéant et « sans détriment de son impartialité »⁶⁸, il prêtera une attention spéciale à la partie requérante ayant plus besoin de conseil ou d’assistance⁶⁹.

2. Droit de toutes les parties à être entendues

43. Quant aux garanties concernant le droit de toutes les parties à être entendues lors des procédures de juridiction gracieuse attribués aux notaires, soit en exclusivité, soit partagées ou en concurrence avec d’autres autorités, ce droit est envisagé dans la réglementation concrète relative à chaque dossier, où l’on trouve des prévisions à cet égard. C’est le cas, par exemple, de l’article 56.2 de la *Ley del Notariado*, sur les déclarations de succession ab intestat ; les articles 57.3, 62.6, 65.2 de la *Ley del Notariado*, relatifs aux procédures de présentation, d’authentification, d’ouverture et d’enregistrement des testaments fermés, olographes et accordés sous forme orale ; l’article 1014 du *Código civil* et l’article 67.3 de la *Ley del Notariado*, sur l’établissement de l’inventaire en vue du renoncement ou de l’acceptation de la succession à concurrence de l’actif net ; ou l’article 1057.2 du *Código civil*, sur la désignation du *contador-partidor dativo*.

⁶³ La CJUE, dans le point 52 de l’arrêt du 23 mai 2019, *WB*, préc., déclare que « [I]es conditions énumérées à l’article 3, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement n° 650/2012, [...] garantissent le respect du principe de confiance mutuelle dans l’administration de la justice dans les États membres qui sous-tendent l’application des dispositions de ce règlement relatives à la reconnaissance et à l’exécution des décisions, conformément au chapitre IV dudit règlement, et qui justifie la différence de régime applicable à la circulation des décisions et des actes dans les États membres ».

⁶⁴ Voir article 3 du *Reglamento Notarial* (voir *supra* note 21).

⁶⁵ Voir article 1 du *Reglamento Notarial*.

⁶⁶ Direction Générale de Sécurité Juridique et Foi Publique.

⁶⁷ J. E. GOMA SALCEDO, *Derecho notarial*, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁸ Article 147 du *Reglamento Notarial*.

⁶⁹ Il est de plus assujéti aux règles d’incompatibilité (articles 16 *Ley del Notariado* et 138 et suivantes du *Reglamento Notarial*, entre autres normes) et les conduites qui ne permettent pas d’exercer ses fonctions avec impartialité constituent aussi une infraction grave (article 349.c du *Reglamento Notarial*).

3. Voies de recours judiciaires

44. En ce qui concerne les derniers réquisits de l’article 3.2, à commencer par l’exigence que les décisions rendues par ces autres autorités ou professionnels du droit puissent faire l’objet d’un recours devant une autorité judiciaire ou d’un contrôle par une telle autorité, en Espagne, l’article 19.4 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* prévoit la possibilité de recours à la juridiction contentieuse pour réviser ce qui a été arrêté lors de la procédure gracieuse, puisqu’il établit que « [l]e règlement d’un dossier de juridiction gracieuse n’empêchera pas l’ouverture d’une procédure judiciaire ultérieure avec le même objet que ledit dossier, la décision judiciaire devant statuer sur la confirmation, la modification ou la révocation de ce qui a été décidé dans le dossier de juridiction gracieuse »⁷⁰. En dehors de cette règle générale, il existe des prévisions concrètes établissant ce droit du recours aux tribunaux concernant certains dossiers et procédures de la juridiction gracieuse attribués aux notaires comme, par exemple, l’article 56.3 de la *Ley del Notariado*, à propos des déclarations de succession ab intestat ; les articles 60 *in fine*, 63 *in fine* et 65.6 de la *Ley del Notariado*, relatifs aux procédures de présentation, authentification, ouverture et enregistrement des testaments fermés, olographes et accordés sous forme orale ; ou l’article 68.4 de la *Ley del Notariado*, sur l’établissement de l’inventaire en vue du renoncement ou de l’acceptation de la succession à concurrence de l’actif net.

4. Force et effet des décisions équivalents à ceux des décisions rendues par une autorité judiciaire

45. Quant au réquisit pour les décisions rendues par ces autres autorités et professionnels en vertu du droit de l’État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions d’avoir une force et un effet équivalents à ceux d’une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière, nous avons déjà fait référence à la force exécutoire de l’acte authentique notarial, qui a aussi une force probante⁷¹, parmi d’autres qualités –comme, par exemple, les effets déclaratifs, constitutifs ou d’opposabilité aux tiers-. Mais, la question qui semble ici la plus importante, est de savoir si les décisions rendues par ces autres autorités ont des effets équivalents à ceux d’une décision rendue par une autorité judiciaire. Le droit espagnol donne une réponse affirmative à cette question concernant les dossiers relevant de la juridiction gracieuse, car, sans préjudice des voies de recours à la juridiction contentieuse précitées dans le paragraphe précédent, selon l’article 19.3 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, « [u]ne fois réglé un dossier de juridiction gracieuse et rendue définitive la décision, un autre dossier ne pourra être engagé sur le même objet, à moins que les circonstances qui y ont donné lieu ne changent. La décision prise oblige toute autre action ou dossier ultérieur connexes à ce dernier. Cela s’applique également aux dossiers traités par les notaires et les conservateurs des hypothèques ou des registres de commerce dans des questions dont la compétence est concurrente à celle des greffiers. »

46. On pourrait donc parler d’effets similaires à ceux de la *res iudicata* ou chose jugée dans le domaine de la juridiction gracieuse d’un point de vue formel et matériel puisque la décision définitive rendue dans ce genre de procédure ne pourra pas faire l’objet d’un recours dans ce même domaine de la juridiction gracieuse, et le même sujet ne pourra pas non plus faire l’objet d’un autre dossier de juridiction gracieuse sauf s’il y a des circonstances nouvelles ou des changements. Cette règle s’applique aux décisions prises par les notaires et conservateurs des hypothèques ou des registres de commerce

⁷⁰ En cas de contestation contre l’action du notaire dans la procédure gracieuse, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA estime qu’une voie vers une procédure judiciaire autonome serait nécessaire au lieu d’une voie de recours (voir A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, “La jurisdicción voluntaria notarial en el contexto del Reglamento (UE) nº 650/2012”, in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ / F.J. GARCÍA MAS (coords.), *La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por la eficacia*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 106.

⁷¹ L’article 457 du Code de procédure civile français prévoit que « [l]e jugement a la force probante d’un acte authentique, sous réserve des dispositions de l’article 459.2 ». Voir à propos de la force probante des actes authentiques selon la législation espagnole, par exemple, l’article 319 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* et l’article 1218 du *Código civil*, et sur leur force exécutoire, l’article 517 de ladite *Ley de Enjuiciamiento Civil* et l’article 17 de la *Ley del Notariado*.

lorsqu’ils exercent des compétences dans le domaine de la juridiction gracieuse, soit de façon exclusive, soit alternativement ou en les partageant avec les greffiers, même s’il ne s’agit pas des effets de *res iudicata* ou chose jugée, proprement dits, qui sont des effets réservés aux résolutions judiciaires dans le sens strict du mot, mais des effets similaires à ceux qui sont propres de la chose jugée⁷². La référence faite au dernier alinéa de l’article 19.3 précité a pour but d’éviter d’interpréter que si des compétences sur les mêmes types de procédures de juridiction gracieuse soient partagées entre les notaires, dans ce cas, et les greffiers, il pourrait exister une possibilité d’avoir recours, sur le même sujet, de forme parallèle ou successive, devant n’importe laquelle des autorités compétentes, sans que soit alors respectée l’interdiction du *non bis in idem* et aboutissant donc à un problème de litispendance⁷³. Cela s’applique aussi aux notaires dans les dossiers où ils ont la compétence exclusive car, pour la même raison, ils doivent rejeter leur compétence sur les dossiers quand leur objet a été déjà décidé par un autre notaire compétent ou quand il y a une procédure déjà entamée sur le même sujet⁷⁴. Par conséquent, les décisions rendues par ces autres autorités et professionnels ont des effets similaires à ceux des décisions judiciaires, comme on vient de l’évoquer, mais susceptibles de faire l’objet de recours dans le domaine de la juridiction contentieuse selon l’article 19.4 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* précitée et les dispositions spécifiques sur les dossiers concernés.

5. Notification de l’article 3.2 *in fine* du Règlement

47. L’article 3.2 *in fine* du Règlement (UE) 650/2012 prévoit l’obligation pour les États membres de notifier à la Commission Européenne qui sont ces autres autorités et professionnels du droit exerçant des fonctions juridictionnelles dans la matière successorale, conformément à l’article 79 du Règlement. Selon la jurisprudence de la CJUE dans l’affaire *WB*⁷⁵, cette notification crée la présomption que les autorités nationales ayant été déclarées comme telles constituent des « juridictions » au sens de l’article 3.2, mais cela ne suffit pas pour conclure qu’une autorité qui n’ait pas été l’objet de cette communication ne satisfait pas aux conditions visées dans cet article, la notification n’ayant qu’une valeur indicative. La notification ou même l’absence de notification n’empêchera donc pas à la CJUE la capacité de réviser si une autorité ou professionnel du droit quelconque exerce des fonctions juridictionnelles comprises dans la notion de « juridiction » au sens de l’article 3.2 du Règlement⁷⁶.

48. Dans le cas de l’Espagne, le Ministère de la Justice a communiqué, et c’est ainsi publié dans le portail « e-Justice » de la Commission Européenne, qu’aux effets de cet article et de l’article 79 du Règlement, dans la notion de « juridiction » sont inclus « les notaires, pour ce qui est des déclarations de succession ab intestat, des procédures de présentation, d’authentification⁷⁷, d’ouverture et de certification des testaments fermés, olographes et oraux, ainsi que de l’établissement de l’inventaire »⁷⁸, c’est-à-dire

⁷² A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, “La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 755, p. 1348.

⁷³ Voir article 6 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* sur le traitement simultané ou postérieur des dossiers ou procédures.

⁷⁴ Voir, par exemple, l’article 209 bis.3 du *Reglamento Notarial* par rapport aux déclarations de succession ab intestat.

⁷⁵ Voir points 43 et 48.

⁷⁶ P. WAUTELET s’est manifesté contre cette possibilité de révision (voir A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions : commentaire du règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *op. cit.*, p. 173 ; ou A. BONOMI / P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, *op. cit.*, p. 139).

⁷⁷ Il s’agit d’une fonction de nature juridictionnelle dans laquelle le notaire doit émettre une décision ou une qualification statuant de sa propre autorité si les documents ou les dernières volontés que lui sont soumis sont authentiques, attribuables au testateur et valables pour qu’ils puissent déployer les effets qui leurs sont propres ; le résultat de cette fonction juridictionnelle étant donc une décision. Voir dans ce sens, aussi, I. ESPINEIRA SOTO, “Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE”, 2018, in <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-stjue/#autenticacion>.

⁷⁸ Voir https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-fr.do?member=1#a_53 (dernière mise à jour au 14 avril 2020). Ce site fait référence expressément aux articles 55 et 56, 57 à 65 et 67 à 68 de la *Ley del Notariado*, dans la version figurant dans la disposition finale 11^a de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*.

uniquement des dossiers où le notaire a la compétence exclusive⁷⁹. Cependant, à notre avis, il y a encore des cas non communiqués qui entreraient aussi dans le sens de ladite notion de «juridiction» et une révision de la notification espagnole devrait être faite, afin d'inclure les dossiers relevant de la juridiction gracieuse dans le domaine des successions attribués aux notaires en concurrence avec les greffiers⁸⁰, le manquement de notification de ces cas ayant des conséquences importantes du point de vue de l'application des règles de compétence, circulation et reconnaissance des décisions prévues par le Règlement.

49. D'où l'importance fondamentale d'une révision de la jurisprudence de la CJUE en ce qui concerne cette notion de «juridiction», puisque les références faites dans l'affaire *WB*, même si cet arrêt ne tranche qu'une question préjudicielle, pourraient causer plus de confusions et aussi des erreurs de la part des États membres pour qualifier qui sont les autorités non judiciaires ou les professionnels du droit aussi compris dans cette notion selon leur système juridique. Certains États qui n'ont pas notifié d'autorités ou de professionnels du droit devant être compris dans cette notion pourraient alors omettre de les notifier et d'autres qui en ont communiqué, en cas de révision de leur notification, pourraient les exclure, étant donné que l'argumentation de la CJUE, que nous contestons ici, peut induire à l'erreur.

VIII. Conclusion

50. Sans disputer ni contester la décision finale prise par la CJUE dans l'affaire *WB*, cette étude soutient que la CJUE devrait revenir sur son interprétation afin de nuancer l'argumentation qui l'a amenée au résultat de ladite affaire en ce qui concerne la délimitation de la notion de «juridiction», puisque rattacher cette notion à l'exigence pour le notaire, l'autorité non judiciaire ou le professionnel du droit d'avoir la compétence ou la capacité de résoudre un éventuel litige ou controverse entre les parties concernées, ou au fait que l'autorité mentionnée à l'article 3.2 du Règlement 650/2012 puisse faire référence seulement aux tribunaux proprement dits, identifiés d'un point de vue purement organique ou institutionnel, viderait de sens, but et contenu cet article et la raison pour laquelle le législateur européen l'a introduit dans ce Règlement.

51. La CJUE semble méconnaître dans cette jurisprudence la notion et les enjeux de la juridiction gracieuse et les procédures normalement comprises sous cette rubrique, dans lesquelles la contradiction entre les parties concernées n'est pas un principe qui les définit, et qui n'ont pas pour but la résolution des litiges ou controverses proprement dits, ce qui est matière propre de la juridiction contentieuse. C'est la raison pour laquelle les procédures gracieuses sont dans certains cas attribuées à des notaires ou des autorités différentes des autorités judiciaires dans le sens ordinaire du terme «juridiction».

52. Dans certains États membres, les notaires, notamment, exercent dans quelques situations des fonctions juridictionnelles, s'agissant normalement des procédures gracieuses, sans avoir d'attributions pour trancher des litiges et des controverses *stricto sensu*, mais avec le pouvoir de statuer et de prendre des décisions ou d'émettre des jugements ou des qualifications sur des questions de fait ou de droit. Méconnaître ces réalités et les exclure de la notion de «juridiction» au sens de l'article 3.2 du Règlement porterait atteinte à l'objectif de cet instrument et à sa correcte application, en particulier en ce qui concerne les règles de compétence et celles relatives à la circulation et à la reconnaissance des décisions ou acceptation des actes authentiques, et pourrait avoir des conséquences négatives du point de vue pratique et légal que la CJUE ne devrait pas négliger.

⁷⁹ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones mortis causa en Europa. Estudio del Reglamento n° 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 467.

⁸⁰ Voir *supra* note 41.