



Heinz Mayer, Vienne

Le géomètre sur le marché national européen

I. Introduction

L'histoire de la Communauté européenne est synonyme de suppression des barrières nationales. L'objectif ambitieux de mettre en place un marché national européen, un espace sans frontières nationales, fait partie des éléments fondamentaux de l'intégration européenne. La fusion des marchés nationaux en un marché européen a été réalisée de multiples façons, les artisans ayant eu recours à différents instruments dont l'un des principaux sont les libertés fondamentales. En effet, les marchandises, les personnes, les prestations de service et le capital doivent pouvoir circuler librement et sans obstacles en Europe. C'est, en tout cas, la vision européenne des choses et la maxime que la commission s'est fait sienne.

Ainsi, il ne reste qu'une marge infime autorisant des limites nationales. Ce ne sont que des motifs précis et définis assez étroitement qui permettent de restreindre les libertés fondamentales, et ce exclusivement et dans la mesure où l'atteinte d'objectifs légitimes le requiert impérativement. La jurisprudence démontre à l'évidence que la marge de manœuvre nationale s'est réduite au cours des dernières décennies. Alors que la jurisprudence antérieure de la Cour de justice européenne se contentait de considérer que certaines libertés fondamentales se résumaient à la seule interdiction de discriminer des ressortissants d'autres états membres, le développement ultérieur est allé dans le sens d'une interdiction de toute restriction. Aujourd'hui, la restriction des libertés fondamentales est, sans exception aucune, autorisée lorsque des intérêts impératifs de la communauté exigent une telle restriction.

Par ailleurs, une tendance de plus en plus restrictive se fait également jour dans le cadre de l'appréciation de prérogatives nationales qui donnent droit à des exceptions afférentes à l'administration publique ou à l'autorité publique. L'article 39, alinéa 4 EGV dispose que la libre circulation des salariés n'est pas applicable aux activités au sein de l'administration publique. En revanche, seuls les principaux domaines d'activité relevant de la souveraineté étatique, tels que l'administration de la justice, la police, l'armée et l'administration fiscale, par exemple, sont considérés comme constituant « l'administration publique ».

Avant d'aborder la seconde disposition qui fonde une exception, à savoir l'article 45 EGV, je me permettrai de mentionner brièvement la question des professions libérales. L'intégration des professions libérales dans le système du droit communautaire est malaisée et, en conséquence, controversée. Les professions libérales sont, par essence, caractérisées par une qualification particulièrement poussée ainsi que par la fourniture personnelle et indépendante de prestations. Par ailleurs, toute activité libérale est fondée sur un rapport de confiance particulier tout en satisfaisant, parallèlement, à des intérêts publics. Une réglementation importante est significative à cet égard. Concernant l'Autriche, mais aussi la plupart des états européens, il est incontestable que les géomètres comptent au nombre des professions libérales.

Tout un chacun qui, à l'heure actuelle, souhaite comprendre la position des professions libérales au sein du droit communautaire, s'apercevra que bien des choses ont évolué. Il semble que ce qu'affirmait un commentateur autrichien soit globalement exact : « La politique européenne souhaite traiter les professions libérales à l'instar des indépendants qui exercent pour leur propre compte une activité lucrative et habituelle. » Ceci s'applique notamment à la commission qui considère les réglementations avec un certain scepticisme et ne manque jamais d'attirer l'attention sur les inconvénients susceptibles d'en découler pour le consommateur. En revanche, j'estime que la conception de la Cour de justice européenne est plus nuancée. En effet, la juridiction fait clairement apparaître que l'exercice d'une profession libérale n'est pas compatible avec une concurrence économique effrénée. Cependant, il s'avère difficile de détecter des règles générales immuables appliquées par la Cour de justice européenne qui différencie en fonction de la profession et fait preuve d'une argumentation casuistique. Lorsque le droit national prévoit des restrictions des libertés fondamentales dans le domaine des professions libérales, celles-ci peuvent, lorsqu'elles sont raisonnables et adéquates, être justifiées par des circonstances spécifiques entourant la profession libérale respective, telles qu'une fiabilité, une confidentialité particulières, par exemple.

Après ces considérations très générales, j'examinerai la question de savoir si les ingénieurs conseils en matière de géodésie au sens du droit autrichien ou les ingénieurs-géomètres officiellement nommés au sens du droit allemand sont autorisés à exercer un pouvoir public et si les dispositions de l'article 45 EGV leur sont, en conséquence, applicables. Si la commission semble très clairement y répondre par la négative, la Cour de justice européenne ne s'est pas encore prononcée sur la question.

II. La doctrine de l'article 45 EGV

1. L'article 45 EGV pris comme une exception applicable à un domaine précis

Concernant l'interprétation de l'article 45 EGV, il est d'une importance capitale que cette disposition établit une exception applicable aux « activités liées à l'exercice d'un pouvoir public ». D'une manière générale, la doctrine souligne que ces dispositions établissent une exception applicable à un domaine et non pas un motif de justification. En conséquence, il est possible d'affirmer que lorsqu'une activité répond aux critères établissant le concept « d'exercice du pouvoir public » qui doit faire ultérieurement l'objet d'un examen plus détaillé, cette activité est *eo ipso* exclue du domaine d'application des dispositions afférentes à la liberté d'établissement et de fourniture de prestations, sans qu'il ne faille procéder à un contrôle de la justification ou de la proportionnalité.

La doctrine souligne à juste titre que l'article 45 EGV concerne des « activités » et non pas des professions. C'est ainsi, que l'auteur écrit à juste titre que « seules les domaines de l'activité professionnelle assortis d'un pouvoirsont exclus. » Dans son arrêt *Reyners* en date du 21 juin 1974, la Cour de justice européenne avait estimé qu'une extension de l'exception à une profession dans son ensemble ne peut être envisagée qu'à la seule condition « que les activités ainsi caractérisées soient liées au point que la libéralisation de l'établissement dans l'état membre concerné induirait l'obligation d'autoriser les étrangers à exercer un pouvoir public, ne serait-ce que temporairement. » En revanche, la Cour de justice européenne avait estimé qu'une telle extension n'était pas envisageable lorsqu'il était possible de séparer les activités liées à l'exercice du pouvoir public des autres domaines de la profession.

L'application des dispositions de l'article 45 EGV dépend donc éminemment du fait de savoir si une activité est liée « à l'exercice du pouvoir public ». Si l'interprétation de ce concept se révèle, comme nous le démontrerons ci-dessous, difficile, il n'en reste pas moins qu'elle revêt une importance capitale. Avant de réfléchir à ce problème, nous souhaitons revenir sur quelques aspects d'ordre plus général.

Le concept « exercice du pouvoir public » est un concept du droit communautaire qui exige une appréhension relevant du droit communautaire. Les dispositions nationales réglant les activités concernées doivent être mesurées à l'aune de l'appréhension de ce concept. Dans les arrêts, relativement peu nombreux, qu'elle a rendus jusqu'alors, la Cour de justice européenne a estimé qu'il convenait d'interpréter de manière restrictive les dispositions des articles 45 et 55 EGV. En dernier lieu, la Cour de justice européenne, se référant en cela à sa juridiction antérieure, a estimé dans un arrêt en date du 30 mars 2006 qu'une activité « devait,

en tant que telle, représenter une participation directe et spécifique à l'exercice du pouvoir public » pour que l'article 45 EGV lui soit applicable. Par ailleurs, cet arrêt exposait qu'en conséquence, ces dispositions ne pouvaient être applicables à des activités « destinées à préparer ou à faciliter l'accomplissement de devoirs relevant de la compétence de l'administration des finances ».

2. L' exercice « du pouvoir public »

Jusqu'alors, la jurisprudence de la Cour européenne de justice a ponctuellement, et par voie de conséquence, de manière plutôt casuistique, tenté de délimiter le concept de « pouvoir public » tout en évitant, parallèlement, d'établir une définition générale du concept. En revanche, il est clair que le terme « pouvoir » ne se contente pas de désigner le pouvoir physique tel qu'il se manifeste dans le cadre des pouvoirs exécutifs classiques étatiques. L'appréhension du concept correspond bien davantage au pouvoir de souveraineté étatique. Lorsque, à diverses reprises, la Cour de justice européenne réfute l'exercice du pouvoir public au motif que les personnes autorisées « ne disposent pas « de pouvoirs plus importants que toute autre personne privée », elle tient éminemment compte de la particularité et de la spécificité du pouvoir concerné. C'est pourquoi, l'exercice du pouvoir public ne peut être supposé qu'à la seule condition que le pouvoir concerné excède le cadre des droits de tout un chacun. A cet égard, la doctrine parle de « droits particuliers ». Dans d'autres arrêts, la Cour de justice européenne met l'accent sur l'élément de la normativité. C'est ainsi que, s'agissant d'un commissaire aux comptes tenu de communiquer le résultat de son activité de contrôle à une administration, elle réfute l'exercice du pouvoir public au motif que c'est à cette administration qu'il appartient de prendre toutes les mesures « requises par la situation ». Le fait qu'un veto du commissaire aux comptes contre une décision de l'entreprise avait un effet suspensif pendant un délai de huit jours n'était pas suffisant pour que la Cour de justice européenne accepte l'exercice du pouvoir public. Un arrêt rendu par la Cour de justice européenne en 1991 qui concernait un expert allait dans un sens similaire. Les rapports d'expertise établis par ses soins ne liant pas les tribunaux et ne restreignant pas l'appréciation des preuves, la cour de justice avait estimé que les dispositions de l'article 45 EGV (à l'époque, de l'article 55 du contrat de la communauté économique européenne) n'étaient pas applicables.

Lorsqu'on tente de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice européenne pour appréhender le concept « d'exercice du pouvoir public », on s'aperçoit qu'elle se réfère, pour l'essentiel, aux critères qui en droit national caractérisent le concept de « d'activité étatique souveraine ».

Il est vrai, qu'il convient d'éviter l'erreur qui consisterait à assimiler le concept « exercice du pouvoir public » au concept « activité étatique souveraine ». Grosso modo, on peut estimer que « l'acte de souveraineté relevant du droit communautaire » tel que défini à l'article 45 EGV est plus restreint que l'acte de souveraineté étatique.

D'une manière générale, il est possible d'affirmer qu'il doit exister des pouvoirs spécifiques à l'encontre de personnes soumises au droit et que ces attributions doivent être assorties d'un pouvoir coercitif qui s'entend comme l'habilitation à disposer unilatéralement d'actes juridiques obligatoires. Il est donc important que la personne habilitée ne soit pas uniquement autorisée à accomplir des activités relevant de l'assistance ou de la préparation, mais dispose d'un pouvoir normatif relativement cohérent et global.

III. Les pouvoirs des techniciens civils et « le domaine de souveraineté »

1. Généralités

En Autriche, certains points de la loi sur les techniciens civils ont fait l'objet d'une modification ou d'un complément qui ne seront pas, ici, exposés en détail. En revanche, il est important de savoir que le législateur accorde un « pouvoir de constatation en la forme authentique » particulier aux notaires et aux techniciens civils. Les textes légaux le justifient par le fait que ces groupes professionnels doivent pouvoir « recourir aux possibilités de la signature électronique pour l'établissement de titres authentiques, et ce même dans le cadre du domaine souverain de leur activité ». En conséquence, il est clair que le législateur estime que tant les notaires que les techniciens civils interviennent « dans le domaine souverain » dans le cadre de l'établissement « de titres authentiques ». En revanche, cela ne suffit pas à justifier que les activités concernées doivent être *eo ipso* qualifiées « d'exercice du pouvoir public » au sens des dispositions de l'article 45 EGV, cette qualification relevant du droit communautaire et ne pouvant par conséquent, être déterminée par le législateur national. En revanche, le fait que le droit national établisse que l'activité concernée est souveraine constitue une condition essentielle autorisant l'application, le cas échéant, des dispositions de l'article 45 EGV.

2. Le technicien civil en tant que personne bénéficiant « du crédit public »

Le § 4, alinéa 3 de la loi sur les techniciens civils qualifie les techniciens civils de personnes « bénéficiant du crédit public... conformément aux dispositions du § 292 du code de procédure civile » et dispose, par ailleurs, que les titres authentiques établis dans le cadre de leurs compétences doivent être considérés par les services administratifs de la même manière que « si ces documents avaient été établis par des services publics ou des administrations ». De tels documents font pleinement office de preuves. Lorsqu'un tel titre authentique témoigne de processus ou de faits, la preuve de l'inexactitude est autorisée. Dans ce cas, l'administration de la preuve est inversée. En effet, c'est la personne qui se prévaut de l'inexactitude qui est tenue d'en apporter la preuve. Les textes légaux afférents à la loi de modification des droits des agents de la fonction publique (BRÄG) ci-dessus évoqués se réfèrent nettement à l'habilité à établir des titres authentiques lorsqu'il est question « du domaine de souveraineté » de l'activité des techniciens civils.

Du point de vue du droit national, cette appréciation est absolument exacte. Lorsqu'elles sont autorisées à établir des titres authentiques, les personnes bénéficiant du crédit public sont, d'une certaine mesure, assimilées à un service public. En revanche, cette qualification ne peut pas être transposée au droit européen. S'il s'agit, sans aucun doute possible, d'un pouvoir spécifique dont tout un chacun ne peut se prévaloir, il n'en reste pas moins qu'à la lumière de la jurisprudence plutôt restrictive de la Cour de justice européenne (cf. ci-dessus, paragraphe II) l'établissement d'un titre authentique par un technicien civil doit uniquement être qualifié d'acte purement souverain qui « prépare » l'activité du service public. En conséquence, l'établissement d'un titre authentique n'est pas assimilable à l'exercice du pouvoir public. En revanche, d'autres dispositions sont applicables aux ingénieurs conseils intervenant en matière de géodésie.

3. Dispositions particulières applicables aux personnes habilitées à effectuer des relevés topographiques

Le § 43, alinéa 1 de la loi sur l'arpentage règle les pouvoirs dont disposent notamment les organes et les commis des ingénieurs conseils intervenant en matière de géodésie dans le cadre de l'exercice de leurs travaux d'arpentage. Conformément à ces dispositions, ces personnes sont en droit

- de pénétrer, le cas échéant avec un véhicule, sur tout immeuble, à l'exception toutefois des bâtiments qui y sont érigés ;
- de supprimer les arbres, les buissons et autres plantations qui gênent les travaux d'arpentage.
- D'apposer toutes les marques d'arpentage et de limite.

Cette disposition autorise les personnes concernées à intervenir directement et unilatéralement dans le droit de propriété des propriétaires fonciers protégé par le droit constitutionnel. A la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne de justice (cf. paragraphe II, ci-dessus), il ne fait aucun doute que de telles prérogatives constituent « l'exercice d'un pouvoir public » au sens des dispositions de l'article 45 EGV. A cet égard, il ne s'agit plus d'une activité préparatoire ou simplement souveraine. En effet, le seul fait de pénétrer sur un terrain, d'abattre un arbre ou d'apposer l'un des signes ci-dessus mentionnés constitue une atteinte au droit organique et aux libertés individuelles. Le fait que le § 43, alinéa 2 de la loi sur l'arpentage exige des personnes habilitées à respecter la proportionnalité constitue une exigence constitutionnelle mais ne change rien au fait que les mesures concernées autorisées par la constitution sont des atteintes aux droits fondamentaux.

Une fois établi que les prérogatives telles que mentionnées au § 43, alinéa 1 de la loi sur l'arpentage chargent les personnes qui y sont mentionnées « d'activités qui...sont liées à l'exercice du pouvoir public » qui doivent être réservées aux ressortissants autrichiens, il reste à examiner plus précisément la portée de cette exception. Ceci est requis, l'article 45 EGV (comme exposé au paragraphe II., alinéa 1) se contente de disposer d'une exception applicable à des activités et non pas à des professions. Ce n'est que lorsqu'une profession ne peut être exercée sans les activités exclues, que l'exception peut faire l'objet d'une extension globale à la profession. C'est alors que se pose la question de savoir si l'exercice de la profession d'ingénieur conseil est possible sans recours aux pouvoirs tels que prévus au § 43, alinéa 1 de la loi sur l'arpentage et plus précisément si l'on peut supposer une possibilité de séparation. La réponse est clairement négative. En effet, les prérogatives tels que mentionnées au § 43, alinéa 1 de la loi sur l'arpentage autorisant l'utilisation de la propriété de tiers constituent une condition indispensable à l'exercice de la profession d'ingénieur conseil intervenant en matière de géodésie.

C'est pourquoi, il convient de constater que l'article 45 EGV est applicable à l'ensemble de la profession d'ingénieur conseil en matière de géodésie. C'est pourquoi, l'exercice de la profession peut être réservé aux ressortissants du pays respectivement concerné.

IV. Conclusion

Mesdames, Messieurs, j'arrive à la fin de mon exposé dont l'objectif était de vous familiariser avec les questions difficiles du droit communautaire. De nombreuses

choses ont été passées sous silence et de nombreuses incertitudes subsistent. Toute personne qui, aujourd'hui, s'emploie à examiner la question du statut d'une profession libérale dans le cadre du droit communautaire se doit de résister à l'éternelle tentation du nivellement et de l'assimilation. Si les restrictions apportées à la concurrence peuvent être fâcheuses, il n'en reste pas moins que, dans certains cas, elles sont indispensables. La compétitivité est un objectif de la politique européenne, mais ce n'est pas le seul.