N°s 406017, 406071
M. T...
M. P...

6ème et 1ère chambres réunies
Séance du 26 avril 2017
Lecture du 19 mai 2017

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, rapporteur public

L'article 52 de la loi n° 215-990 du 6 août 2015, pour la croissance l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », a libéralisé l'installation des notaires dans certaines zones du territoire. Un certain nombre de décrets et d'arrêtés sont ensuite intervenus et deux diplômés du notariat, MM. T... et P..., candidats à de nouveaux offices de notaires créés en application de la loi Macron, vous demandent l'annulation pour excès de pouvoir de l'un d'entre eux, le décret n° 2016-1509 du 9 novembre 2016 relatif aux sociétés constituées pour l'exercice de la profession de notaire. Les requérants reprochent au décret attaqué d'avoir autorisé les sociétés civiles professionnelles de notaires (SCP) à être désormais titulaires de plusieurs offices de notaires et non plus d'un seul, ce qui serait contraire à la loi. Vous avez déjà écarté le moyen tiré d'une question prioritaire de constitutionnalité de M. T... par une décision du 24 février 2017.

M. P... vous demande également l'annulation du communiqué de presse par lequel le garde des sceaux, présentant le nouveau décret, a indiqué que les SCP pourraient donc se porter candidate à l'attribution d'un office supplémentaire dans le cadre du dispositif mis en place par la « loi Macron ». Mais ce communiqué se présente comme un acte d'information, sans caractère impératif au sens de votre jurisprudence *Duvignères (*CE, sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, Rec.*)*. Votre jurisprudence exige d'ailleurs, pour qu'une circulaire ait un caractère impératif, soit que le ministre ait autorité sur ses destinataires (CE, 30 janvier 2015, *Département des Hauts-de-Seine et autres*, n° 371415 e.a., T), soit qu'il prescrive une interprétation de la règlementation à destination de personnes chargées de l'appliquer, ce qui n'est pas le cas ici (voyez récemment CE, 7 décembre 2016, *Association Plastics Europe*, n° 387805, inédit). Nous pensons donc que ces conclusions sont irrecevables.

L'article 52 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a procédé à une forme de libéralisation de l'installation des notaires. Le législateur n'a toutefois ni supprimé le système des offices, ni institué un véritable droit à se voir attribuer un office pour tout diplômé remplissant les conditions légales d'exercice. La loi distingue deux types de zones sur le territoire : celles où l'implantation de nouveaux offices *« apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services* » et celles où à l'inverse, l'implantation d'offices supplémentaires « *serait de nature à porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à compromettre la*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

qualité du service rendu ». Une carte de ces zones est dressée par les ministres de la justice et de l'économie sur proposition de l'Autorité de la concurrence. Dans les zones suffisamment pourvues, il est toujours possible de demander au ministre de créer un nouvel office mais celui-ci peut refuser, après avis de l'Autorité de la concurrence, s'il l'estime inopportun. Dans les zones où la création d'offices est estimée nécessaire, la loi parle d'une « liberté d'installation » ; cependant, la carte est assortie, dit la même loi, de « recommandations » sur le nombre d'offices supplémentaires compatible avec une augmentation progressive du nombre de professionnels dans la zone. Dans ce cadre, la loi prévoit que lorsqu'un demandeur remplit les conditions pour obtenir un de ces nouveaux offices, le garde des sceaux « *le nomme titulaire* » et elle ajoute que s'il n'y a pas assez de demandes d'installation au regard du nombre d'offices qu'il était envisagé de créer pour répondre aux besoins, le ministre doit procéder à un « appel à manifestation d'intérêt » pour trouver un titulaire. Cette rédaction manifeste le fait que, dans l'esprit du législateur, le risque n'était pas d'avoir trop de demandes, mais d'en avoir trop peu.

Juridiquement, la loi n'a pas donc créé une véritable liberté d'installation : celle-ci demeure subordonnée, dans toutes les zones, à l'obtention d'un office qui n'est pas de droit et que le ministre, au-delà des « recommandations » jointes à la carte, peut refuser. Si le nombre de demandeurs remplissant les conditions légales est inférieur au nombre d'offices supplémentaires recommandés, alors chacun pourra, *de facto,* s'installer. Mais ce n'est pas ce qui s'est passé en pratique : dès l'ouverture des procédures d'attribution de nouveaux offices, après la publication de la carte et des recommandations par l'arrêté du 16 septembre 2016, le nombre des demandes a dépassé le nombre d'offices qu'il était envisagé de créer. Dans un tel cas, l'article 53 du décret n° 79-609 du 5 juillet 1973 modifié prévoit une attribution par tirage au sort.

A cette première concurrence venant limiter la « liberté d'installation » annoncée par le législateur s'est ajouté l'effet du décret contesté par les requérants. Ce décret a permis qu'une société civile professionnelle (SCP) de notaires soit dorénavant titulaire de plusieurs offices et non plus d'un seul, à condition que chacun des notaires associés n'exerce qu'au titre de l'un d'entre eux. Ce faisant, mécaniquement, les SCP existantes peuvent désormais demander à être titulaire d'un des offices créés en application de la loi « Macron » sans renoncer à l'office dont elles sont déjà titulaires. Cette liberté est réservée aux sociétés, une personne physique exerçant comme notaire ne pouvant, comme avant, être titulaire que d'un office. D'autres décrets ont procédé à la même réforme pour les autres formes de sociétés d'exercice de la profession de notaire, notamment les sociétés d'exercice libéral (décret n° 2016-880 et décret n° 2016-883 du 29 juin 2016).

Les deux requérants soutiennent que cette modification réglementaire méconnaît l'article 52 de la loi n° 215-990 du 6 août 2015 et l'intention du législateur. Il est vrai qu'elle modifie fortement les conditions dans lesquelles cette loi va déployer ses effets. Au moment où le législateur a adopté cet article, la profession restait régie par le principe « un notaire – un office » qui s'appliquait tant eux personnes physiques qu'aux sociétés : la constitution d'une SCP permettait seulement à plusieurs notaires d'exercer sur un même et unique office. Au moment des discussions au Parlement, il ne faisait pas de doute, comme en témoignent les travaux préparatoires, qu'en créant de nouveaux offices, on permettrait à de nouveaux professionnels de s'installer : si une personne physique ou morale déjà titulaire d'un office candidatait à l'attribution d'un des nouveaux offices et l'obtenait, ce que la loi n'exclut pas,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

elle devrait concomitamment renoncer à l'office dont elle était initialement titulaire. A l'époque, autant de nouveaux offices correspondait à autant de nouvelles personnes titulaires d'offices, physiques ou morales. L'Autorité de la concurrence a ensuite raisonné dans ce cadre, la motivation de son avis du 9 juin 2016 et de sa délibération du 1er juillet 2016 indiquant qu'un nouvel office correspond toujours à un ou plusieurs nouveaux professionnels exerçant sur cet office.

Par le décret attaqué, le Gouvernement a mis fin à cet effet mécanique : une partie des nouveaux offices peut être attribuée à des sociétés professionnelles de notaires, notamment des SCP, qui vont être désormais titulaires de plus d'un office. Cela peut très bien s'accompagner d'une augmentation du nombre de leurs associés, et donc concourir à la progression du nombre de professionnels dont parle la loi, mais ce n'est plus automatique. On comprend donc le sentiment des requérants, qui soutiennent que cette modification méconnaît la loi et l'intention du législateur. Précisons d'abord que le Gouvernement était bien compétent, selon nous, pour procéder à une telle modification, qui concerne pourtant une règle structurante pour la profession. Vous avez jugé par votre décision de Section du 7 juillet 2004 *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M. B…* (n° 255136**,** Rec.) que, dès lors que la loi a donné à une profession, par les restrictions qu'elle y apporte, le caractère d'une activité réglementée, il est loisible au pouvoir réglementaire de fixer des prescriptions complémentaires, y compris en créant des régimes d'autorisation, et de les assortir de sanctions. Subordonner une activité à l'octroi d'un office ministériel présente une parenté avec un régime d'autorisation et ici il ne s'agit que de régler le nombre d'offices par professionnel. Dans les autres professions exercées par office, la limitation est d'ailleurs également fixée par des textes réglementaires (pour la limitation à deux offices par commissaire-priseur, voyez un décret n° 2005-1411 du 9 novembre 2005)**.** Malgré l'adhérence de cette question avec le droit des sociétés, dont les règles constitutives relèvent de la loi, elle nous semble davantage relative aux conditions d'exercice de l'activité en cause, par la société et ses associés, qu'aux rapports entre les associés et aux règles constitutives des SCP. Nous pensons donc que le pouvoir réglementaire était compétent pour desserrer la contrainte qu'il avait fixée.

Pour donner satisfaction aux requérants, il faudrait donc que quelque chose dans la loi ait encadré l'exercice du pouvoir réglementaire en interdisant, au moins pendant la première période de création de nouveaux offices, qu'un notaire, personne physique ou morale, dispose de plus d'un office.

Reste que, comme nous vous l'avons dit, la lettre de la loi n'interdit nullement aux notaires déjà en place de candidater et ne dit rien du nombre d'offices que l'on peut détenir : elle crée simplement un système de création et d'attribution de nouveaux offices sans prévoir qu'ils ne peuvent être attribués qu'à de nouveaux entrants, ou sur renonciation de l'office actuellement détenu. Une telle sujétion ne pourrait être retenue que si elle était explicite dans la loi. Il est vrai que la loi et ses travaux préparatoires indiquent clairement que le dispositif est fait pour augmenter « l'offre de services » et que cela se traduira, dit l'article 52, par « une augmentation progressive du nombre de professionnels dans la zone concernée ». Dans le cas limite où tous les nouveaux offices seraient attribués à des SCP de notaires existantes qui ne recruteraient aucun nouvel associé ou aucun notaire salarié, l'objectif serait clairement méconnu. Mais la loi et ses règlements d'application ont prévu de réels garde-fous pour éviter ce cas extrême : premièrement, le décret attaqué prévoit que chaque associé de la SCP ne peut

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

exercer qu'au titre d'un seul office, une SCP ne pouvant donc détenir plus d'offices qu'elle n'a d'associés ; ensuite, lorsqu'une SCP existante candidate pour plusieurs nouveaux offices, elle ne peut se voir attribuer que l'un d'entre eux, ses autres demandes étant alors caduques, en application des articles 51 et 52 du décret du 5 juillet 1973. Troisièmement, la loi a prévu une révision de la carte des zones tous les deux ans : si le nombre de professionnels a insuffisamment augmenté pour renforcer l'offre de services, de nouveaux offices pourront alors être créés en nombre. Enfin, et surtout, l'élément principal à nos yeux est qu'entre deux révisions, l'article 4 de l'arrêté du 16 septembre 2016, qui a fixé les recommandations en termes de créations d'office et d'augmentation du nombre de professionnels, prévoit que si la création des nouveaux offices n'a pas permis d'atteindre en un an l'objectif d'augmentation du nombre de professionnels, le ministre « *reprend l'instruction des demandes qui n'avaient pu être satisfaites* » et peut donc créer à nouveau des offices. Une paralysie du système par des SCP obtenant les nouveaux offices sans recruter serait donc dépassée par la création d'offices au-delà de la « recommandation ». Il n'est pas soutenu que ce système soit contraire au décret ou à la loi.

Pour paradoxal que puisse être, à première vue, la séquence composée de la loi suivie du décret attaqué aujourd'hui, elle ne nous semble pas illégale : la loi a organisé un système de création d'offices fondé sur une analyse du besoin en service de notariat. Elle n'a pas réglé dans le détail les rapports entre offices et services rendus : outre l'installation d'un nouveau notaire ou d'une nouvelle SCP, l'objectif peut aussi être atteint par le biais d'une SCP qui obtient un second office et qui peut dès lors envisager de s'élargir à de nouveaux associés ou de recruter davantage de notaires salariés. Ajoutons enfin, comme élément de contexte, que le décret attaqué s'inscrit dans un mouvement général d'allègement des contraintes pesant sur les sociétés professionnelles des professions réglementées, mouvement auquel participe la loi en cause, notamment par son article 63. Nous vous proposons donc de rejeter ce moyen.

Les autres moyens vous retiendront moins longtemps. Le décret n'est, en tout état de cause, pas contraire à la liberté d'entreprendre puisqu'il diminue les contraintes pesant sur les SCP de notaires. Vous avez jugé à plusieurs reprises que la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être utilement invoquée à l'encontre de réglementaires encadrant l'exercice d'une profession dont la loi subordonne déjà l'exercice à une autorisation (CE, Assemblée, 12 décembre 1953, *Syndicat national de transporteurs aériens*, n° 18046, p. 547 ; CE, 8 juillet 2005, *S*..., n° 262182, T. p 702 sur un autre point ; CE, 20 décembre 2011, *M. C*..., n° 346960, T.). Malgré cette jurisprudence, il nous semble que, dans notre configuration, le moyen devrait être jugé opérant : le Conseil constitutionnel contrôle la proportionnalité, au regard de l'objectif poursuivi, de l'atteinte à la liberté d'entreprendre portée par une loi de réforme d'une profession réglementée (v. CC, 31 janvier 2014, n° 2013-364 QPC ; CC, 5 août 2015, n° 2015-715 DC). Lorsque le pouvoir réglementaire est compétent, en application que de votre jurisprudence *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M. B*... (n° 255136**,** Rec.), pour fixer des prescriptions complémentaires, il nous semble que celles-ci doivent aussi ne pas porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Si on était parti d'un nombre d'offices illimité pour le restreindre à un seul, le juge aurait pu, selon nous, effectuer ce contrôle. En l'espèce le moyen est, en tout état de cause infondé.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Contrairement à ce qui est soutenu, nous ne voyons pas de contradiction entre le nouveau dispositif et le fait qu'il sera fait application de la procédure prévue à l'article 49 qui prévoit que l'associé d'une SCP qui candidate pour un office doit se retirer de la société s'il l'obtient, car cette disposition ne concerne que les personnes physiques, qui ne peuvent être titulaires ou exercer que dans le cadre d'un seul office. Enfin, les moyens tirés de l'incohérence du décret avec les recommandations de l'Autorité de la concurrence et avec l'arrêté ministériel du 16 septembre 2016 ayant fixé la carte des zones pour la création de nouveaux offices nous semblent inopérants puisque l'autorité n'a émis qu'un avis et que c'est à l'arrêté ministériel de se mettre, le cas échéant, en cohérence avec le décret. Si l'Autorité de la concurrence avait raisonné dans ce nouveau cadre, elle l'aurait sûrement pris en compte pour formuler ses propositions en vue de l'arrêté, mais ce n'est pas le litige dont vous avez à connaître aujourd'hui.

Par ces motifs nous concluons au rejet des deux requêtes, y compris leurs conclusions à fin d'injonction et d'astreinte.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.