

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

A l'instar de nombreux secteurs d'activité, la crise sanitaire aura eu pour effet d'accélérer la dématérialisation des procédures dans les offices notariaux.

Au cours du premier confinement et pour pallier l'impossibilité pour les parties de se rendre physiquement chez leur notaire alors que la nature de l'acte l'imposait (contrats de mariage, prêts avec hypothèque conventionnelle, donations...), un décret du 3 avril 2020¹ avait ouvert provisoirement la faculté d'établir un acte notarié sur support électronique sans que toutes les parties ou personnes concourant à l'acte soient physiquement présentes ou représentées. Cette procédure a été pérennisée par le décret n° 2020-1422 du 20 novembre 2020 qui codifie, en des termes quasi-identiques, les dispositions du premier décret à l'article 20-1 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.

Cet article dispose que l'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte et le recueil, par le notaire instrumentaire, du consentement de chaque partie s'effectuent « *au moyen d'un système de communication et de transmission de l'information garantissant l'identification des parties, l'intégrité et la confidentialité du contenu et agréé par le Conseil supérieur du notariat* » (CSN). Ce sont les modalités de cet agrément qui sont au cœur du présent litige.

Dès la publication du premier décret, l'assemblée générale du conseil supérieur du notariat a adopté le 30 juin 2020 une résolution par laquelle elle demande à sa direction du numérique et

¹ Décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 autorisant l'acte notarié à distance pendant la période d'urgence sanitaire. Le juge des référés avait rejeté les demandes de suspension dirigées contre ce texte par deux ordonnances n°439992 et 440131.

des systèmes d'information d'établir le cahier des charges de l'agrément auquel tout opérateur devra se plier pour installer des salles de visioconférence utilisant le logiciel « Lifesize ».

Il ressort des pièces du dossier que l'agrément n'a été délivré à ce jour qu'à la société ADNOV, filiale de l'association pour le développement du système notarial (ADSN), ainsi que la société COMNOT. Pour mémoire, l'ADSN exerce plusieurs activités en situation de monopole pour le compte de la profession, notamment les infrastructures « cœur de réseau » du réseau privé sécurisé réservé aux offices notariaux qui permettent aux notaires d'accéder aux différentes applications métier et services réglementés de la profession, tandis que sa filiale ADNOV exerce les activités concurrentielles comme la conception de sites internet ou l'accompagnement de l'activité de négociation immobilière.

Alors qu'elle ne disposait elle-même d'aucun agrément, la société Adjutorium Informatique, spécialisée dans l'assistance et le conseil informatique auprès des études notariales, s'est manifestée auprès de ses clients en leur proposant une solution de visio-conférence pour la réalisation de leurs actes. A la demande du Conseil supérieur du notariat, le président du tribunal de commerce de Clermont-Ferrand (où la société a son siège), statuant en référé, l'a mise en demeure de cesser cette communication, par une ordonnance confirmée en appel par la cour de Riom.

En parallèle, la société a saisi le CSN d'une demande tendant à l'abrogation de la résolution du 30 juin 2020. Elle vous demande aujourd'hui d'annuler le refus qui lui a été opposé.

Précisons au préalable que vous êtes bien compétents pour connaître de ce recours, s'agissant d'un litige qui, s'il concerne les modalités de réalisation des actes authentiques, est relatif à l'organisation même de la profession réglementée (TC 18 juin 2001, *Ordre des avocats au barreau de Tours c/ Conseil national des barreaux*, n°3250, au recueil)². En outre, la société requérante est recevable à contester la délibération qui, au regard des critères de votre jurisprudence *GISTI*, doit être regardée comme ayant des effets notables sur les opérateurs en ce qu'elle touche aux conditions d'octroi de l'agrément, bien qu'elle en renvoie la teneur exacte à un futur cahier des charges.

Par un premier moyen, la requérante soutient que le conseil supérieur du notariat n'était pas compétent pour édicter la délibération attaquée.

Elle se prévaut de votre décision *société DMP Corporation* du 5 mai 2021 (n°434007, inédit, aux conclusions d'Olivier Fuchs), par laquelle vous avez annulé une résolution du CSN qui instituait, malgré l'absence de disposition législative ou réglementaire expresse l'y habilitant, une procédure de labellisation et d'agrément des sous-traitants qui recueillent ou manient des

² Voir également CE 5 mai 2021, *Société DMP Corporation*, n° 434007, inédite, citée plus loin.

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.

données numériques pour le compte des offices notariaux. Vous aviez alors estimé que le CSN ne pouvait être regardé comme tirant cette compétence normative des dispositions de l'article 16 du décret du 26 novembre 1971 qui l'habilite seulement à agréer le système de traitement et de transmission de l'information utilisé par les notaires pour établir les actes dématérialisés.

Comme le rappelait votre rapporteur public, votre jurisprudence retient en général une interprétation restrictive des dispositions conférant un pouvoir réglementaire à des organismes privés, d'autant plus lorsqu'elles conduisent, comme en l'espèce, à restreindre les conditions d'exercice d'une activité économique. Le pouvoir réglementaire du CSN se borne ainsi, d'une part, à l'établissement d'un règlement réagissant les usages de la profession, soumis à approbation du garde des sceaux, en vertu de l'article 26 du décret du 26 novembre 1971 relatif aux offices notariaux³ et, d'autre part, à l'édiction des mesures nécessaires à la mise en œuvre de prérogatives qui leur sont dévolues par certaines dispositions réglementaires ponctuelles.

Au nombre de celles-ci figure l'article 20-1 cité en introduction, qui habilite le CSN à agréer les « *système[s] de traitement, de communication et de transmission de l'information* » utilisés par les notaires pour établir à distance leurs actes sur support électronique, de manière à garantir l'intégrité et la confidentialité de leur contenu. Pour mener à bien cette mission, il nous semble qu'il était loisible au conseil supérieur, sans excéder le champ de compétence, d'édicter un cahier des charges permettant aux opérateurs de connaître à l'avance les exigences techniques au respect desquelles il entendait subordonner la délivrance de l'agrément, dans la mesure où ces exigences ne vont pas elles-mêmes au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir l'intégrité et la confidentialité des données.

Or la requête, dirigée exclusivement contre la résolution du 30 juin 2020, ne conteste pas la teneur des prescriptions définies par le cahier des charges produit au dossier. Elle concentre toutes ses critiques sur le fait que le CSN aurait méconnu sa compétence en prévoyant que l'agrément porterait non pas sur un logiciel informatique de visioconférence (le logiciel commercialisé sous la marque Lifesize) mais sur les *sociétés* qui commercialisent des solutions d'installation de ce système.

Ce moyen n'apparaît pas fondé.

D'une part, en dépit de certaines formules malheureuses dont le CSN a usé dans certains supports de communication postérieurs à la délibération attaquée, il ressort des pièces du dossier que l'agrément en litige est bien délivré, à la différence du précédent de 2021, au titre

³ Décret n°71-942 du 26 novembre 1971 relatif aux créations, transferts et suppressions d'office de notaire, à la compétence d'instrumentation et à la résidence des notaires, à la garde et à la transmission des minutes et registres professionnels des notaires.

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.

de la solution commercialisée par l'opérateur et non au titre de l'opérateur lui-même, ainsi que l'indique explicitement l'un des considérants de la résolution attaquée, qui fait état de l'« *agrément par le Conseil supérieur du notariat des solutions proposées* ».

D'autre part, nous pensons que l'agrément mentionné dans la résolution attaquée pouvait légalement réglementer non seulement le logiciel de visioconférence utilisé par les notaires – qui est en pratique celui commercialisé sous la marque Lifesize, téléchargeable gratuitement au même titre que d'autres applications bien connues de visioconférence – mais aussi, plus largement, la « solution » proposée par l'opérateur, c'est-à-dire l'ensemble des services mis en œuvre autour de ce logiciel et destinés, notamment, à assurer son interopérabilité avec les autres outils spécifiques à la profession de notaire.

Ainsi que l'indique en défense le Conseil supérieur du notariat sans être contredit, les solutions commercialisées par les opérateurs utilisent une technologie basée sur le logiciel Lifesize, mais modifiée et adaptée pour répondre aux exigences du cahier des charges. Ce dernier conditionne également la délivrance de l'agrément à la fourniture par le prestataire d'un service de support, incluant le maintien en conditions opérationnelles de la solution et une « hotline » utilisateurs. Cet environnement global nous semble correspondre à la notion de « système » mentionnée à l'article 20-1 du décret de 1971. Dans leur principe, de telles exigences apparaissent justifiées par les impératifs de sécurité juridique qui s'attachent à ce que les actes authentiques soient établis dans des conditions présentant toutes les garanties requises.

En soumettant à un agrément la solution commercialisée par l'opérateur, c'est-à-dire en imposant, au-delà du logiciel de visioconférence, différentes prescriptions qui contribuent à garantir, conformément à l'article 20-1, l'identification des parties, l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'acte authentique, le conseil supérieur du notariat n'a donc pas méconnu sa compétence.

Le second moyen de la requête est tiré de la méconnaissance du droit de la concurrence. La société Adjutorium Informatique soutient qu'en soumettant à agrément les sociétés proposant des solutions d'installation du logiciel Lifesize, le CSN restreint sans justification légitime l'accès à ce marché et renforce indûment la position des sociétés ADNOV et COMNOT et le risque d'entente entre ces deux opérateurs, la requête faisant allusion à une enquête menée, par ailleurs, par l'Autorité de la concurrence à l'encontre du groupe ADSN au titre de ses activités concurrentielles.

Néanmoins la délibération du 30 juin 2020 est hors de portée de cet argumentaire. Le principe même de l'agrément est défini par le décret dont la légalité n'est pas contestée et, par la délibération attaquée, le CSN en a esquissé de manière très générale les contours en se

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.

référant à la solution qui sera mise en œuvre par les opérateurs, ce qui ne traduit pas en soi d'atteinte au droit de la concurrence.

Bien entendu, le respect du droit de la concurrence implique en aval, lors de la définition du cahier des charges puis de l'octroi de l'agrément à chaque opérateur qui en fait la demande, que le Conseil supérieur du notariat agisse de manière à prévenir l'exploitation abusive d'une position dominante et à ne pas priver d'accès au marché certains opérateurs à raison de critères discriminatoires.

Mais comme nous l'avons dit, la requête n'est pas dirigée contre le cahier des charges ni une décision de refus de délivrance de l'agrément ; il ne ressort d'ailleurs pas des pièces du dossier que la requérante en aurait sollicité l'octroi.

PCMNC au rejet de la requête et à ce que la société Adjutorium Informatique verse au conseil supérieur du notariat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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.