



HAL
open science

Loi Macron : le baby blues du diplômé notaire (aperçu rapide sur l'ordonnance rendue par le juge des référés du Conseil d'Etat le 17 janvier 2017)

Corine Namont Dauchez

► To cite this version:

Corine Namont Dauchez. Loi Macron : le baby blues du diplômé notaire (aperçu rapide sur l'ordonnance rendue par le juge des référés du Conseil d'Etat le 17 janvier 2017). La semaine juridique. Notariale et immobilière, 2017, Actualités 207 (5), pp. 5. hal-01481928

HAL Id: hal-01481928

<https://hal.science/hal-01481928>

Submitted on 14 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Deux diplômés notaires ont contesté la légalité du décret du 9 novembre 2016, qui reconnaît la possibilité aux SCP d'être titulaires de plusieurs offices, alors que jusqu'à présent elles ne pouvaient en détenir qu'un seul. En effet, usant de cette faculté, des SCP ont déposé leur candidature sur les nouveaux offices, alors même que l'objectif affiché de la loi Macron était de permettre l'installation de jeunes diplômés (primo-installants). Les requérants sollicitent également la suspension du décret. L'ordonnance rendue par le juge des référés rejette leur demande, car il n'existe aucun doute sérieux sur la légalité des dispositions permettant aux SCP d'être titulaires d'une pluralité d'offices et de déposer leur candidature à la nomination aux offices créés. Cette décision ne préjuge en rien de ce que décidera le Conseil d'Etat lorsqu'il se prononcera définitivement sur les requêtes. Le revers est cinglant pour les diplômés, qui ont tant soutenu la loi. En effet, ce dispositif a été initié par l'ancien ministre de l'économie à l'origine de la loi : le décret n'est qu'une réplique pour les SCP de ce qui avait été prévu, lorsqu'il occupait encore les locaux de Bercy, pour les autres types de sociétés d'exercice dans deux autres décrets en date du 29 juin 2016.

Loi Macron : le *baby blues* du diplômé notaire

Aperçu rapide sur l'ordonnance rendue par le juge des référés du Conseil d'Etat le 17 janvier 2017

Corine Dauchez
Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense
Membre du CEDCACE (EA 3457)

1. Le contexte du décret. Débarrassée des artifices de la communication politique qui a présidé à son adoption, la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, peut aujourd'hui être appréciée à l'aune de ses décrets d'application. L'ordonnance rendue par le juge des référés du Conseil d'Etat le 17 janvier 2017¹ au sujet du décret n°2016-1509 du 9 novembre 2016² invite ainsi à se retourner sur la création des 1002 nouveaux offices qui devait permettre, selon l'objectif affiché, l'installation des jeunes diplômés. Pour les diplômés notaires, tout devait donc aller pour le mieux dans le meilleur des mondes. Cependant, le décret du 9 novembre 2016 relatif aux sociétés constituées pour l'exercice de la profession de notaire est venu assombrir leur horizon, en autorisant les sociétés civiles professionnelles (SCP), déjà installées, à détenir plusieurs offices, alors que cette possibilité n'était pas prévue dans la loi Macron et n'avait jamais été évoquée au cours des débats parlementaires. Fortes de cette nouvelle aptitude, des SCP ont déposé leur candidature à la nomination aux offices créés, et concurrencent aujourd'hui rudement les diplômés primo-installants sur les nouveaux offices. Le revers infligé aux diplômés notaires, qui ont soutenu la réforme, est d'autant plus cinglant que le dispositif a été initié par l'ancien ministre de l'économie à l'origine de la loi. En effet, le décret du 9 novembre 2016 n'est qu'une réplique pour les SCP de ce qui a été prévu, lorsqu'il occupait encore les locaux de Bercy, dans deux autres décrets en date du 29 juin 2016 pour les autres types de sociétés d'exercice³. Le gouvernement a ainsi profité des

¹ JCP N 2017, n°3, act. 158.

² JCP N 2016, n°46, act. 1232.

³ D. n° 2016-880, 29 juin 2016 relatif aux SEL ; D. n°2016-883, 29 juin 2016 relatif aux sociétés autres que les SCP et les SEL : JCP N 2016, n°27, act. 829 et 830.

premiers décrets d'application sur les sociétés d'exercice pour poser les fondations d'une concentration de la profession⁴ dont il n'avait jamais été question⁵, au détriment des diplômés notaires qu'elle était censée favoriser.

2. La contestation du décret. Cette tournure des décrets d'application a été dénoncée car elle n'était pas souhaitée par le législateur, ainsi que l'ont souligné le président de la commission des lois⁶, des membres de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi Macron (devenus membres de la mission d'information commune sur l'application de ladite loi)⁷ et, même encore, le ministre de la justice⁸. Deux diplômés notaires ont alors décidé de contester la légalité du décret devant le Conseil d'Etat. Ils ont également déposé des requêtes auprès du juge des référés en vue d'obtenir la suspension de l'exécution du décret en attendant la décision du Conseil d'Etat. Le succès du référé-suspension dépendait de l'aptitude des requérants à produire « un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision »⁹. L'ordonnance rendue par le juge des référés rejette la demande des requérants, car aucun des moyens invoqués n'est propre, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la légalité des dispositions permettant aux SCP d'être titulaires d'une pluralité d'offices (1) et de déposer leur candidature à la nomination aux offices créés (2)¹⁰. Si cette décision ne préjuge en rien de ce que décidera le Conseil d'Etat lorsqu'il se prononcera définitivement sur les requêtes¹¹, elle illustre à merveille qu'en politique les promesses n'engagent « sérieusement » que ceux qui les écoutent.

1. La pluritularité des offices

⁴ C. Dauchez, Les SCP à l'ère post-Macron, JCP éd. N, 2016, Act. 1301, p. 9.

⁵ A ce sujet, v. C. Dauchez, La bataille des offices, JCP éd. N, 2016, Etude 1339.

⁶ Communiqué de presse de la commission des lois, « Le président de la commission des lois du Sénat dresse un bilan contrasté de l'application des lois promulguées sous la XIV^{ème} législature », 18 janvier 2017, accessible site <https://www.senat.fr> : le président constate « que la plupart des mesures d'application respectent la volonté du Parlement », mais il regrette « que certaines d'entre elles aillent à son encontre ». Ainsi, « les décrets pris par le gouvernement en application de la « loi Macron » dénaturent « les intentions affichées lors de l'adoption de la loi (...). La procédure de tirage au sort mise en place par le Gouvernement a provoqué un grand désordre, en permettant aux sociétés existantes de présenter leur candidature, au détriment de la promesse de renouvellement et d'accès des jeunes à la profession de notaire ».

⁷ Lettre adressée par M. R. Ferrand et Mme C. Untermaier au ministre de la Justice, le 24 nov. 2016, access. not. <https://www.lidn.fr>.

⁸ Lettre adressée par le ministre de la Justice à Mme Fr. Descamps-Crosnier, député, le 29 nov. 2016, relatée dans la presse, not. Le canard enchaîné, 7 nov. 2016, et Marianne, 16-22 déc. 2016, p. 43 : le ministre déplore que cette disposition ait été introduite dans les textes « sans que la chancellerie ne l'ait demandé (...). Ce n'était pas l'intention du législateur de favoriser la concentration des professionnels au sein de plus grosses structures au détriment des structures plus petites ou individuelles ».

⁹ Art. L 521-1 Code de justice administrative.

¹⁰ L'ordonnance refuse également de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité de l'article 52 de la loi Macron aux droits et libertés garantis par la Constitution, car le Conseil constitutionnel a déjà statué sur cette question et que la possibilité pour les SCP d'être nommées dans plusieurs offices, y compris nouvellement créés, n'est pas un changement de circonstances de nature à justifier un nouvel examen de ces dispositions.

¹¹ J.C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, Les grands arrêts du contentieux administratif, Dalloz, 5^{ème} éd. 2016, p. 319.

3. L'incompétence du pouvoir réglementaire. En premier lieu, le requérant soutenait que le décret méconnaissait des dispositions législatives qui consacrent le principe suivant lequel « une personne physique ou morale ne peut être titulaire que d'un office ». Le pouvoir réglementaire n'était donc pas compétent pour autoriser les SCP à détenir plusieurs offices. A l'appui de son argumentation, il indiquait que la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux SCP (art. 5, 6 et 26) et l'article 3 de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990, se réfèrent à des personnes morales « titulaires d'un office ». Le juge des référés relève que la loi du 31 décembre 1990 est relative aux SEL et n'est donc pas applicable aux SCP. En outre, il précise que les dispositions de la loi de 1966 invoquées « n'excluent pas, par elles-mêmes, qu'une personne morale puisse être titulaire de plusieurs offices ». De même, l'article 1^{er} de la loi de 1966, également invoqué, qui dispose que les SCP ont « pour objet l'exercice en commun de la profession de leurs membres » n'a pas non plus pour objet de fixer une telle prohibition. Il aurait donc fallu que le requérant invoque une disposition législative qui interdise à la SCP d'être titulaire de plusieurs offices. A défaut, « le moyen tiré de ce que le pouvoir réglementaire ne serait pas compétent pour fixer une règle différente n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ».

Par ailleurs, le juge des référés relève que les SEL, et autres sociétés d'exercice de la profession, se sont vus reconnaître cette même aptitude à la pluritularité dans des décrets antérieurs. Il est vrai que les requérants ne sollicitaient que la suspension du décret du 9 novembre 2016, alors que les SEL, tout comme les SCP, bénéficient de la même aptitude et qu'elles en ont d'ailleurs usé pour déposer leur candidature.

4. La rupture d'égalité entre les personnes morales et les personnes physiques. En second lieu, le requérant soutenait que le décret provoquait une rupture d'égalité entre les personnes morales et les personnes physiques, « au motif que ces dernières ne pourraient être titulaires que d'un seul office ». L'argument est rejeté car les personnes physiques et les personnes morales « sont placées dans une situation différente au regard de l'objet de la mesure ». Il faut avouer qu'ici, on ne comprend guère pourquoi les deux types de personnes sont placées dans une situation différente au regard de la pluritularité d'offices, et que c'est bien plutôt « la mesure » contestée qui les place dans une situation différente. La suite de l'argumentation apporte un éclaircissement. « En outre », indique le juge des référés, « l'article 46 du décret du 2 octobre 1967 prévoit que lorsqu'une société est titulaire de plusieurs offices, chaque associé est nommé et exerce dans un seul des offices ». Il faudrait donc en déduire que le notaire personne physique, exerçant à titre individuel, ne pourrait être titulaire que d'un seul office, car il ne peut exercer qu'au sein d'un seul office, celui dans lequel il est nommé. En d'autres termes, l'unicité d'exercice lui interdirait la pluritularité d'offices.

II – La candidature à la nomination aux offices créés

5. La conformité à l'objet principal de la loi. Pour s'opposer à la candidature des SCP installées, le requérant avançait que le décret permet aux SCP existantes « d'obtenir un office supplémentaire sans augmentation du nombre de professionnels ». Il se prévalait de l'article 52 de la loi Macron « qui prévoit une augmentation progressive du nombre de professionnels afin de préserver les intérêts des notaires déjà installés » et du principe de liberté d'entreprendre à valeur constitutionnelle. Le juge des référés rejette les arguments

du diplômé. D'abord, il souligne qu'au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, le pouvoir réglementaire n'avait certes « pas prévu la possibilité qu'une société civile professionnelle – ou une autre structure d'exercice de la profession de notaire – soit titulaire de plus d'un office ». Mais, peu importe, l'article 52 de la loi a « pour objet principal de permettre une meilleure adaptation de l'offre de services notariaux aux besoins » et il n'est pas possible d'en déduire que « les offices nouvellement créés ne pourraient être pourvus que par des professionnels non encore installés ». Ainsi, dès lors qu'aucune disposition ne réserve les offices créés aux primo-installants, le moyen tiré de l'article 52 de la loi n'est pas propre à créer un doute sérieux sur la légalité des dispositions contestées.

6. L'encadrement du risque d'éviction des primo-installants. Le juge des référés indique ensuite, pour justifier l'absence d'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, qu'afin d'éviter « un effet d'éviction au détriment des professionnels non encore installés », la possibilité pour une même SCP d'être titulaire de plusieurs offices est encadrée par différentes mesures :

- l'interdiction de déposer plus d'une demande par zone (D. n°73-609, 5 juill. 1973, art. 51) ;
- la caducité de toute demande de nomination sur un office à créer déposée par un candidat, par la suite nommé en qualité de titulaire d'un office ou en qualité d'associé d'une société titulaire d'un office (D. n°73-609, 5 juill. 1973, art. 52) ;
- la nomination suivant l'ordre d'enregistrement des demandes et le tirage au sort (D. n°73-609, 5 juill. 1973, art. 53) ;
- l'obligation pour chaque associé d'une SCP pluritulaire d'être nommé et d'exercer dans un seul des offices de la société : cette mesure, souligne le juge, est de nature à favoriser « indirectement l'installation de nouveaux professionnels »¹².

Ainsi, la décision du juge des référés du Conseil d'Etat explique au diplômé notaire que le décret qu'il dénonce aujourd'hui est « sans aucun doute sérieux » conforme à la loi qu'il a tant « portée » hier, de quoi le plonger dans un sérieux *baby blues*... La décision définitive du Conseil d'Etat est donc très attendue. Ce n'est pas seulement le sort du diplômé notaire qui est en jeu, mais également celui du notariat dont le Conseil d'Etat pourrait légitimer le tournant néo-libéral.

¹² Voir l'effet de la suppression des clerks habilités, C. Dauchez, La bataille des offices, op.cit., n°13.