



HAL
open science

Pour une modification de la procédure d'avis de l'Autorité de la concurrence relative à la liberté d'installation des notaires

Corine Namont Dauchez

► To cite this version:

Corine Namont Dauchez. Pour une modification de la procédure d'avis de l'Autorité de la concurrence relative à la liberté d'installation des notaires. La semaine juridique. Notariale et immobilière, 2021, act. 157. hal-03123799

HAL Id: hal-03123799

<https://hal.science/hal-03123799v1>

Submitted on 28 Jan 2021

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.

Pour une modification de la procédure d'avis de l'Autorité de la concurrence relative à la liberté d'installation des notaires

Par Corine Dauchez, maître de conférences à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE (EA 3457)

Publié au JCP éd. N, 2021, act. 157

Points-clés > L'efficacité de l'action publique exige davantage d'implication de la profession dans la procédure d'avis rendu par l'Autorité de la concurrence (ADLCC) > La concertation et la transparence doivent être promues dans les relations entre l'ADLC et le CSN

Le rôle consultatif mais décisif de l'ADLC depuis la loi Croissance - L'enregistrement à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 novembre 2020 de la proposition de loi n°3505 « portant diverses mesures d'adaptation de l'installation des notaires suite à la crise sanitaire »¹ est l'occasion de revenir sur la place centrale accordée par la loi Croissance à l'Autorité de la concurrence (ADLC) dans la régulation de la profession notariale relativement à l'implantation et l'installation des notaires sur le territoire. Alors que la création des offices notariaux relevait précédemment du garde des Sceaux éclairé par les avis et recommandations de la Commission de localisation des offices de notaires (CLON)² à laquelle la profession était associée à parité avec l'Administration³, l'intervention de la profession a été marginalisée depuis la loi du 6 août 2015. La CLON a été supprimée et il revient aujourd'hui à l'ADLC de rendre au ministère de la Justice un avis sur la liberté d'installation des notaires et de lui adresser, tous les deux ans, ses recommandations ainsi qu'une proposition de carte d'installation dont l'établissement relève désormais de l'autorité conjointe du ministre de la Justice et de celui de l'Économie. La profession est régulièrement interrogée par l'ADLC pour l'élaboration de ses avis⁴ et peut lui adresser ses observations au cours de la procédure visant à établir la carte d'installation⁵. L'ADLC s'est emparée de ces nouveaux pouvoirs et impulse depuis lors la politique de déploiement des notaires de France sur le territoire. Ses avis, bien qu'ils ne lient pas le pouvoir exécutif et n'aient qu'une valeur consultative, sont en pratique suivis par le Gouvernement⁶.

Les arguments de la profession ignorés par l'ADLC et rejetés par le Conseil d'État - Depuis la mise en place du nouveau dispositif, les relations entre l'ADLC et le Conseil supérieur du notariat (CSN), chargé de représenter les notaires de France auprès des pouvoirs publics, sont très tendues. En effet, le CSN tente de faire entendre la voix de la profession en formulant des observations dont l'ADLC ne tient aucun compte⁷. Selon le CSN, l'ADLC élude tout face à face avec la profession notariale et n'a pas su instaurer un dialogue contradictoire⁸. En vain,

¹ Pour un aperçu rapide, C. Dauchez, *Proposition de loi portant diverses mesures d'adaptation de l'installation des notaires à la suite de la crise sanitaire* : JCP N 2020, n° 50, act. 998.

² Sur la CLON, V. J-F. Pillebout, *JClass. Not. Form., V° Notariat, fasc. 130 : Notariat – Office de notaire – Création. Ancienne réglementation*, 10 avril 2019.

³ Pour cette précision, *ADLC, Avis n° 16-A-13 du 9 juin 2016*, p. 12, n°22.

⁴ Notaires de France, *La loi croissance pour le notariat, Rapport d'évaluation 5 ans après, 6 août 2015 – 10 août 2020*, ci-après dénommé « Bilan », <https://www.notaires.fr/fr/relation-presse-notaires/loi-croissance-le-bilan-cinq-ans-apres>, p. 46 : JCP N 2020, n° 39, act. 777.

⁵ L. 462-4-1 al. 3 C. com.

⁶ 1^{ère} carte : arr. 16 sept. 2016 pris en application de l'art. 52 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015, après avis n°16-A-13 du 9 juin 2016, V. *Carte d'installation pour les notaires : avis de l'Autorité de la concurrence et réaction du CSN* : JCP N 2016, n° 24, act. 777 ; 2^{ème} carte : arr. 3 déc. 2018 pris en application de l'art. 52 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, après avis n° 18-A-08 du 31 juillet 2018, V. *700 nouveaux notaires d'ici 2020* : JCP N 2018, n° 35, act. 708.

⁷ A. Portmann, *Trois questions à Jean-François Humbert*, <https://www.droit-patrimoine.fr/rubriques/trois-questions-interviews/trois-questions-a-jean-francois-humbert-553743.php>.

⁸ *Bilan*, p. 46.

les instances notariales ont tenté de faire entendre leurs arguments en exerçant des recours devant le Conseil d'État : la méthodologie empruntée par l'ADLC a reçu l'onction des juges administratifs et les requêtes en annulation de l'arrêté établissant la première carte d'installation ont été rejetées⁹. Le recours intenté contre l'arrêté établissant la deuxième carte d'installation a également été récemment rejeté¹⁰ entérinant à nouveau le *modus operandi* de l'ADLC¹¹. Forte du soutien du Conseil d'État¹² et suivie par le Gouvernement, l'ADLC refuse ainsi le débat contradictoire et le notariat se heurte, quant à lui, à un mur administratif.

La pertinence des arguments de la profession - Pourtant, les arguments avancés par la profession méritent certainement davantage d'attention. Telle a certainement été l'analyse des auteurs de la proposition de loi du 3 novembre 2020 à la lecture du bilan de la loi Croissance établi par le CSN. Outre les difficultés rencontrées par les nouveaux offices, déjà exposées¹³, ce bilan souligne un mouvement de désertification des zones rurales dont le risque avait été amplement dénoncé par la profession. Cette dangereuse évolution résulte de la combinaison de deux facteurs : la création de vastes zones d'installation¹⁴ établies sur le fondement du critère du « bassin d'emploi » et la possibilité de transférer un office à l'intérieur d'une même zone d'installation libre par simple déclaration. Quant à la détermination des zones d'installation, le critère alternatif du « bassin de vie » défendu par la profession n'a convaincu ni l'ADLC, ni le Conseil d'État¹⁵. De même, la profession a essayé de faire entendre sa voix relativement à la libéralisation du transfert d'office au sein d'une zone libre, en s'attaquant au décret du 20 mai 2016¹⁶ devant le Conseil d'État, mais sa requête, là encore, a été rejetée¹⁷. Pourtant, la pertinence des arguments de la profession vient d'être admise par le Gouvernement qui (4 ans plus tard...) a mis un terme au régime de la simple déclaration par un décret paru à l'été 2020¹⁸, signe d'une reprise en main d'un dispositif manifestement trop libéral et néfaste au maillage territorial en zone d'installation libre.

Les modifications proposées de la procédure d'avis - La proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale le 3 novembre dernier saisit le législateur des demandes de la profession dont elle se fait manifestement l'écho¹⁹. Elle vise notamment à rendre plus audible le notariat afin qu'il soit davantage tenu compte de ses observations. Elle prévoit que l'ADLC devrait communiquer aux personnes intéressées, notamment au CSN, son projet d'avis « un mois avant son adoption et avant toute publication, afin de leur permettre de présenter leurs observations sur ce projet »²⁰. Cette modification proposée de l'article L. 462-4-1 du Code de commerce²¹ permettrait de soumettre le projet d'avis de l'ADLC à un véritable débat contradictoire et présenterait l'avantage de renforcer la liberté d'action des décisionnaires politiques. En effet, selon le CSN, le poids des avis de l'ADLC est considérable et il est « difficile en pratique pour

⁹ CE, 6^e et 1^{re} ch. réunies, 16 oct. 2017, n° 403815, M. Mekki, *Installation des notaires : rejet des recours en annulation formés contre l'arrêté du 16 septembre 2016* : JCP N, 2017, n° 45, act. 925.

¹⁰ CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 14 oct. 2020, n°426489, V. Le Conseil d'État valide la 2e carte d'installation des notaires, JCP N 2020, n° 45, act. 892.

¹¹ P. Noual, *Carte d'installation des notaires : le modus operandi de l'Autorité de la concurrence est entériné*, JCP 2020, n° 46, act. 919.

¹² L'ADLC souligne que l'avis qu'elle rend utilise « une méthodologie analogue à celle utilisée pour la première carte en 2016, cette dernière ayant été validée en tous points par le Conseil d'Etat », *Rapport annuel 2018*, p. 95 ; *idem*, avis n° 18-A-08 du 31 juillet 2018, p. 4.

¹³ C. Dauchez, *Proposition de loi portant diverses mesures d'adaptation de l'installation des notaires à la suite de la crise sanitaire*, préc.

¹⁴ *Bilan*, préc., p. 50.

¹⁵ CE, 6^e et 1^{re} ch. réunies, 16 oct. 2017, préc., considérant 15.

¹⁶ D. n° 2016-661 du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels, pris en application de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 ; V. M. Latina, *Premières vues sur le décret du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels*, JCP N 2016, n° 25, act. 751.

¹⁷ C. Dauchez, *Tirage au sort, limite d'âge et transfert d'office : le Conseil d'Etat clôt le débat* : JCP N 2018, n° 21-22, act. 478.

¹⁸ À compter du 1^{er} janvier 2021, le Garde des sceaux pourra s'opposer au transfert dans les 2 mois suivant le dépôt du dossier complet, B. Brignon, *Sociétés de notaires : quelles perspectives au lendemain du décret du 29 juillet 2020 ?*, *Def.*, 22 oct. 2020, n°43, p. 17.

¹⁹ *Bilan*, préc., p. 46.

²⁰ Proposition d'article 2.

²¹ Sur la modification de l'article L 462-4-1 C. com. et non de l'art. L 462-2-1 C. com. visé dans la proposition de loi, C. Dauchez, *Proposition de loi portant diverses mesures d'adaptation de l'installation des notaires à la suite de la crise sanitaire*, préc., p. 7.

les ministres décisionnaires de s'écarter des avis de l'Autorité de la concurrence »²² une fois publiés. On comprend alors qu'en l'état actuel de la procédure, les arguments de la profession n'ont aucune chance d'être entendus, même s'ils sont relayés par les pouvoirs publics, car en pratique l'avis de l'ADLC, une fois publié, « lie » les ministères.

La proposition de loi prévoit également que l'ADLC devrait mettre à disposition des personnes intéressées « l'ensemble des documents sur lesquels elle s'est fondée ou qu'elle a recueillis pour établir son avis ». En effet, lorsque l'ADLC se prononce sur avis et contrairement à ce qui est prévu lorsqu'elle contrôle des pratiques anti-concurrentielles, elle n'est pas tenue de transmettre les éléments sur lesquels elle a fondé son avis²³. L'avis de l'ADLC est donc entouré d'une opacité qui le place, là encore, à l'abri de tout débat contradictoire et ne suscite guère la confiance de la profession. Sur ce dernier point, la proposition pourrait dès lors réaliser une avancée remarquable.

L'amélioration de la confiance de la profession dans la conduite de l'action publique -

Alors que l'actuelle procédure suscite et entretient la méfiance de la profession, ce qui nuit à l'efficacité de l'action publique²⁴, la modification de l'article L 462-4-1 du Code de commerce permettrait de susciter la confiance des professionnels dans le dispositif mis en place pour réguler leur présence sur le territoire. En effet, la confiance de la profession ne peut guère être suscitée par l'indifférence qui lui est actuellement témoignée, mais pourrait certainement résulter de l'aménagement d'une voie d'expression effective et concrète qui permettrait à ses observations d'être prises en considération. De même, la communication des éléments qui ont permis à l'ADLC d'établir son avis pourrait conforter la confiance des notaires dans l'action publique, cette fois-ci en améliorant la transparence de la procédure relative aux avis rendus par l'ADLC. Les vertus de la transparence sont d'ailleurs saluées au sein même du Conseil d'État, car elle favorise une meilleure gouvernance publique et, là encore, une plus grande efficacité de l'action publique²⁵. D'une manière générale, le secret des procédures et des motifs crée toujours une défiance préjudiciable à la réalisation des objectifs publics poursuivis²⁶. La proposition de loi permettrait donc de renforcer l'efficacité de l'action publique en améliorant la concertation et la transparence de la procédure relative aux avis rendus par l'ADLC en matière de liberté d'installation.

Les difficultés d'appropriation de la loi Croissance par la Chancellerie. Par ailleurs, les difficultés de la profession à faire entendre ses observations sur l'avis de l'ADLC sont, bien que pour des raisons différentes, manifestement partagées par le ministère de la Justice. Le récent rapport de l'Inspection générale de la Justice²⁷ révèle, en effet, les obstacles auxquels se heurte la Chancellerie dans la mise en œuvre de ses nouvelles missions en coordination avec celles attribuées à l'ADLC, soulignant que sa tutelle sur les professions réglementées du droit et du chiffre est écornée sous l'effet de la libéralisation économique²⁸. Depuis la loi Croissance, « la DACS (Direction des affaires civiles et du Sceau) se trouve confrontée à l'*impérium* de critères économiques qui lui sont imposés et qui sont mis en œuvre par l'ADLC qui les définit

²² Bilan, préc., p. 47.

²³ Bilan, p. 46.

²⁴ Sur le rapport entre efficacité de l'action publique et confiance, OCDE (2014), *Panorama des administrations publiques, 2013*, Editions OCDE, v. chap. 1, *Confiance dans les pouvoirs publics, efficacité de l'action publique et stratégies en matière de gouvernance*, https://read.oecd-ilibrary.org/governance/panorama-des-administrations-publiques-2013_gov_glance-2013-fr#page2

²⁵ J-M. Sauvé, *Transparence et efficacité de l'action publique*, 3 juillet 2017, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/transparence-et-efficacite-de-l-action-publique>.

²⁶ J-M. Sauvé, *ibidem*.

²⁷ *Inspection Générale de la Justice, Rapport sur la discipline des professions du droit et du chiffre*, oct. 2020, p. 38, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_discipline_professions_droit_chiffre2020.pdf ; V. *La discipline des professions du droit et du chiffre* : JCP N 2020, n° 50, act. 1017.

²⁸ *Ibidem*.

et, de par la loi, se trouve être force de proposition »²⁹. Le ministère de la Justice a certes su évoluer et le bureau de l'implantation et de l'économie des professions (bureau M3) est aujourd'hui chargé d'appréhender cette dimension économique de la régulation des professions. Cependant, l'adaptation des moyens matériels et humains n'a pas suivi. Le bureau ne comprend aujourd'hui que deux personnels alors qu'il est chargé « d'analyser les propositions de l'ADLC sur les implantations et la révision des tarifs et instruire la réponse ministérielle en vue des discussions et des prises de décisions avec le ministère des finances »³⁰. De fait, le bureau M3 ne se trouve guère en capacité d'argumenter face aux propositions de l'ADLC... Pour y remédier, la DACS et l'ADLC ont signé, en décembre 2019, un protocole « afin notamment d'organiser et fluidifier les échanges et permettre à M3 de faire valoir ses interrogations et points de vue sur l'avis, en amont de la délibération »³¹. La communication du projet d'avis aux acteurs intéressés prévue dans la proposition de loi s'accorderait ainsi harmonieusement avec ce nouveau protocole et permettrait que s'organise un véritable débat au cours duquel la Chancellerie et le CSN pourraient également faire valoir leurs arguments respectifs.

La restauration de la confiance entre le Gouvernement et le notariat - Cette modification de la procédure d'avis pourrait être accueillie favorablement par le pouvoir exécutif car le Gouvernement et le notariat sont aujourd'hui parvenus à renouer un dialogue constructif³². En effet, le CSN semble avoir une meilleure écoute des ministères impliqués dans la régulation de la profession, ainsi qu'en témoignent les propos tenus en octobre dernier, par le ministre de la Justice indiquant que si les avis de l'ADLC ont été suivis jusqu'à présent, le Gouvernement n'est pas *tenu* de les suivre³³. Ce discours rassurant a été prononcé en octobre dernier à l'occasion de la signature de la première Convention d'objectifs du notariat³⁴ par le CSN, les ministres de la Justice, de l'Économie et le ministre délégué auprès du ministre de l'Économie. Cet évènement est certainement la marque d'une confiance retrouvée. Confiance qui n'est pas aveugle mais repose sur des gages extrêmement sérieux que la profession notariale fournie à l'État qui la positionne en véritable acteur des politiques publiques qu'il s'agisse de l'accès au droit dont la Convention souligne qu'« il suppose une présence équilibrée (du notariat) sur le territoire national »³⁵ ou de la transformation numérique de l'État dans laquelle le notariat est fortement impliqué. Le contexte politique gouvernemental est donc favorable à la proposition de loi.

Les enjeux de la politique d'implantation des offices et d'installation des notaires sur le territoire – Ces enjeux sont cruciaux pour l'État. Les offices notariaux ne sont pas des entreprises comme les autres. Les notaires sont des officiers publics et leurs offices sont autant de points d'ancrage qui marquent la présence physique de l'État sur le territoire. L'ouverture de la procédure d'avis aux observations de la profession permettrait certainement d'impliquer davantage les professionnels dans la mise en œuvre de l'action publique. Elle pourrait également contribuer, s'il était tenu compte de certaines de ses préconisations, à orienter plus efficacement les recommandations de l'ADLC. La création de déserts notariaux, comme on connaît des déserts médicaux, ou la « mise en faillite » par l'État des offices qu'il aura lui-même mis sur le marché ne favoriseraient certainement ni l'accès au droit des citoyens sur le territoire de la République, ni la confiance publique... Aussi, après avoir rappelé les difficultés

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Rapport sur la discipline des professions du droit et du chiffre*, préc., p. 39.

³² Entretien avec D. Ambrosiano : *JCP N 2020*, n° 48, act. 977.

³³ C. Dauchez, *Signature de la première convention d'objectifs du notariat. Vers une « normalisation » des relations entre l'État et le notariat*, *JCP éd. N, 2020*, act. 831, *in fine*.

³⁴ *Signature de la première convention d'objectifs du notariat entre le ministère de la Justice et le CSN* : *JCP N 2020*, n° 43, act. 855.

³⁵ *Convention d'objectifs du notariat*, p. 3.

économiques rencontrées par les offices créés, les auteurs de la proposition de loi soulignent également que la modification proposée est destinée à « conduire, dans le respect de l'autonomie et du pouvoir d'enquête de l'Autorité, à des installations plus équitables sur le territoire, notamment du fait de la crise sanitaire »³⁶.

La nécessité de dépasser les postures politiques classiques - Nul ne peut contester que ces sujets dépassent les simples intérêts catégoriels des notaires et méritent d'être traités avec une ouverture d'esprit qui exige un dépassement des postures politiques classiques. Il n'est ici nullement question de dénigrer le travail de l'ADLC, qui argumentera certainement elle-même en présentant un bilan positif de son action, ou d'adhérer sans réserve aux observations de la profession. Il s'agit simplement de promouvoir des conditions propres à l'émergence d'un climat apaisé et d'un dialogue constructif entre l'ADLC, le notariat et les ministères concernés par la liberté d'installation. Actuellement, il existe un risque que le réflexe anti-corporatiste de l'ADLC³⁷ compromette l'efficacité de l'action publique en suscitant la méfiance des acteurs dont elle initie la politique de régulation et en la conduisant à négliger les recommandations du CSN, observateur aguerrri du terrain notarial. L'indifférence aux corps intermédiaires n'est certainement pas une réponse politique souhaitable bien qu'elle soit de plus en plus pratiquée. Les parlementaires habitués au débat qui est de l'essence même du régime démocratique seront peut-être soucieux d'aménager les conditions d'expression de la voix de la profession afin de la rendre plus audible et ceci pour le bénéfice de l'action publique dont le notariat est une branche aux multiples ramifications comme en témoigne la Convention d'objectifs signée par le pouvoir exécutif avec le notariat qui ont, eux, réussi à renouer le dialogue. Le sujet est d'importance et mérite d'être traité avec précaution : *Caveant consules ne quid detrimenti respublica capiat*³⁸ !

Notaire - Liberté d'installation - Avis de l'autorité de la concurrence – Vers une modification de la procédure

³⁶ *Exposé des motifs* p. 3.

³⁷ *ADLC, Avis n°16-A-13, 9 juin 2016, préc., p. 12, n°25.*

³⁸ « Que les consuls veillent à ce que la République ne subisse aucun dommage ».