



HAL
open science

Censure par le Conseil d'Etat de la réglementation de la sous-traitance des activités notariales au nom de la liberté d'installation

Corine Namont Dauchez

► To cite this version:

Corine Namont Dauchez. Censure par le Conseil d'Etat de la réglementation de la sous-traitance des activités notariales au nom de la liberté d'installation. La semaine juridique. Notariale et immobilière, 2021, n°26, 2 juillet 2021, Act. 659, p. 7. hal-03574496

HAL Id: hal-03574496

<https://hal.science/hal-03574496>

Submitted on 15 Feb 2022

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.

Censure par le Conseil d'Etat de la réglementation de la sous-traitance des activités notariales au nom de la liberté d'installation

Par Corine Dauchez,

Maitre de conférences à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE (EA 3457)

Codirectrice du master Droit notarial

Coresponsable de la recherche « Notariat et numérique. Le cyber-notaire au cœur de la république numérique »

1. L'encadrement de la sous-traitance par le CSN. Dans une résolution des 2-3 juillet 2019, l'assemblée générale du Conseil supérieur du notariat (CSN) a entrepris d'encadrer le recours à la sous-traitance par les offices notariaux dès lors que les sous-traitants « recueillent, collectent, manient ou produisent des données numériques ». Cette initiative avait pour objet de soumettre la sous-traitance aux principes déontologiques du notariat en imposant, dans un premier temps, aux sous-traitants, partenaires de la profession, une procédure de labellisation et la souscription à la Charte pour le développement éthique du numérique notarial adoptée par le CSN en 2018¹. Dans un second temps, les sous-traitants devaient se conformer à un cahier des charges qui participait à une procédure d'agrément « à mettre en place ». Ce dispositif d'agrément ne pouvait, par ailleurs, concerner que certaines tâches, répertoriées dans un tableau, susceptibles de faire l'objet d'une sous-traitance (standard téléphonique, formalités préalables et postérieures, expertise immobilière...).

2. L'annulation par le Conseil d'Etat. Dans sa décision du 5 mai 2021², le Conseil d'Etat, saisi par une société dont l'activité consiste à mettre en relation des notaires et des sous-traitants, annule la résolution de l'assemblée générale du CSN. Il considère que celui-ci n'est pas compétent pour établir une telle procédure de labellisation et d'agrément (I). Cette décision s'inscrit dans le contexte de la liberté d'installation des notaires et vise à pallier les difficultés de mise en œuvre de la loi Croissance, précisément celles rencontrées par les nouveaux offices créés (II).

I. L'incompétence du CSN pour établir une procédure de labellisation et d'agrément des sous-traitants

3. La nature réglementaire des dispositions attaquées et l'identification du pouvoir réglementaire du CSN. La décision du Conseil d'Etat est peu explicite ; elle se contente de rappeler les principaux textes³ qui fixent les compétences du CSN pour en déduire qu'il n'est pas compétent pour prendre de telles dispositions normatives afférentes à la sous-traitance des activités notariales. Elle est opportunément éclairée par les conclusions du rapporteur public⁴, qui ont été suivies par les juges administratifs. D'abord, le rapporteur public se prononce sur la nature réglementaire de la résolution attaquée en soulignant qu'elle « présente, sous de nombreux points, les traits d'un texte réglementaire », qu'il s'agisse des dispositions relatives à la labellisation qui sont « d'essence réglementaire » (pt 1.1) ou du principe même de l'agrément qui a également une « forte consonance réglementaire » (pt 1.1).

Une fois reconnue la nature réglementaire des dispositions attaquées, qui sont dès lors susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, le rapporteur public s'arrête sur la portée du pouvoir réglementaire du CSN sur laquelle le Conseil d'Etat n'a jamais été amené à se prononcer (pt 2). Ses conclusions sont dénuées d'équivoque. Le pouvoir purement réglementaire du CSN « est restreint,

¹ <https://www.notaires.fr/fr/presse/communiqu%C3%A9-presse-notaires-France/une-charte-pour-un-d%C3%A9veloppement-%C3%A9thique-du-num%C3%A9rique-notarial-0>

² CE, 6ème – 5ème chambres réunies, 5 mai 2021, n°434007.

³ Art. 2 et 3 Ord. 2 nov. 1945 relative au statut du notariat et art. 26 D. n°71-942 du 26 nov. 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.

⁴ https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2021-05-05/434007?download_pdf

puisqu'il se limite essentiellement à l'établissement du règlement prévu à l'article 26 du décret du 26 novembre 1971⁵, lequel est soumis à l'approbation du ministre » (pt 2.2).

4. Les compétences purement techniques du CSN. Par ailleurs, selon le rapporteur public, les compétences techniques du CSN prévues par voie réglementaire et par le règlement intérieur de la profession approuvé par le garde des Sceaux⁶ ne permettent pas d'affirmer sa compétence relativement à un système de labellisation : « les dispositions en cause se limitent aux systèmes utilisés par les offices notariaux et assurer l'interopérabilité de ces systèmes n'implique pas nécessairement une procédure de labellisation des sous-traitants des offices », « en d'autres termes, la labellisation n'est pas une conséquence nécessaire des dispositions invoquées. Elle ne peut donc relever du pouvoir réglementaire résiduel du CSN, d'autant qu'elle constitue l'encadrement d'une activité tierce à l'activité notariale au sens propre » (pt 3.1). Au demeurant, cet encadrement serait susceptible de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'à la liberté d'entreprendre (pt 2.2). En conséquence, le rapporteur public suggérerait d'affirmer l'incompétence du CSN pour établir la procédure de labellisation ainsi qu'*a fortiori* la procédure d'agrément posée en son principe dans la résolution attaquée de l'assemblée générale du CSN.

5. La décision du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat a suivi les recommandations du rapporteur public. La haute juridiction affirme que la procédure de labellisation des sous-traitants qui manient des données électroniques « n'est prévue par aucune disposition législative ou réglementaire en vigueur », de même, qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne l'habilitait à prévoir le principe d'un agrément, et ce même si la résolution se bornait simplement à annoncer l'entrée en vigueur de la procédure. Enfin, concernant le tableau joint à la résolution, qui fixe les prestations qui peuvent être confiées à des tiers par un contrat de sous-traitance et celles qui ne peuvent pas l'être, le Conseil d'Etat estime que « certaines des catégories qu'il désigne ont, par leur généralité, pour effet d'interdire la sous-traitance, de certains actes, sans que cette exclusion soit la conséquence nécessaire des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ». Le CSN n'était pas compétent pour prendre de telles dispositions normatives et la résolution de l'assemblée générale du CSN est annulée.

II. L'explication de la censure du Conseil d'Etat à l'aune de la liberté d'installation des notaires

6. La sous-traitance, un enjeu majeur pour les jeunes offices. Le rapporteur public replace avec insistance ses conclusions dans le cadre général de la modernisation des règles d'accès à la profession de notaire. On retrouve le passage obligé par l'antienne du malthusianisme qui se traduit par des barrières à l'entrée de la profession, dirimantes pour les jeunes diplômés, que la loi Croissance est venue lever pour permettre une plus grande ouverture de la profession. Le rapporteur public relève ensuite que le nombre d'offices notariaux est passé de 4.589 au 1^{er} janvier 2016 à 6.581 cinq ans plus tard, mais que « l'installation n'est pas tout. Encore faut-il ensuite que les offices se créent une clientèle pour développer une activité réelle et réussissent à remplir les missions qui lui sont confiées ». La sous-traitance est donc un enjeu majeur pour les jeunes offices car les trois-quarts d'entre eux, d'après les indications rapportées du Président du CSN en 2018, n'emploient pas plus d'un salarié et travailler seul nécessite de mettre en place des « délégations de travail, une sous-traitance, voire une co-organisation du travail »⁷. La sous-traitance participe ainsi, avec la mutualisation, « d'une assistance apportée notamment aux jeunes offices et une réglementation trop stricte des conditions dans lesquelles il peut y être recouru pourrait être regardée comme une barrière à l'entrée de cette profession réglementée ». En raison des problématiques soulevées par l'installation des nouveaux offices, le rapporteur public estime que la sous-traitance est centrale. Il n'en demeure pas moins que ces considérations ne devraient pas peser sur la décision du Conseil d'Etat ou du moins

⁵ D. n°71-942 du 26 nov. 1971, *op. cit.*

⁶ Sont visés dans la décision du Conseil d'Etat : art. 16 D. n°71-941 du 26 nov. 1971 relatif aux actes établis par les notaires, pour l'agrément des systèmes de traitement et de transmission de l'information lorsqu'il est recouru à un acte sur support électronique garantissant l'intégrité, la confidentialité du contenu de l'acte, ainsi que leur interopérabilité ; art. 28 D. n°71-941 du 26 nov. 1971, sur l'établissement et le contrôle du MICEN ; définition par voie de circulaire des téléprocédures auxquelles les notaires doivent se soumettre, art. 6.7 du Règlement national.

⁷ Citation par le rapporteur public de l'entretien avec J-F. Humbert, *JCP éd. N*, 2018, n°45, act. 860.

qu'elles devraient s'effacer face aux considérations d'ordre déontologique au cœur de la résolution attaquée.

7. L'indifférence aux considérations déontologiques. La résolution de l'assemblée générale du CSN a, en effet, pour objet d'assurer le respect de la déontologie notariale en écartant certaines activités du champ de la sous-traitance. Comme le souligne le rapporteur public (pt 3.3), il apparaît que « certaines activités ne peuvent être sous-traitées, notamment lorsqu'elles conduiraient nécessairement à porter atteinte à certaines règles déontologiques et, en particulier au secret professionnel. Il en va peut-être également ainsi des activités que la loi réserve explicitement au monopole des notaires »⁸. Cependant, il écarte ces considérations car la réglementation ne permet pas de déterminer précisément les missions qui doivent être réalisées par le notaire lui-même et les catégories retenues sont « finalement assez grossières ». Le rapporteur public relève, certes, que « l'ouverture des dossiers clients, la réception des actes ou la rédaction de testaments semblent échapper par nature à la sous-traitance », mais qu'à « la réflexion toutefois, tout ne semble pas aussi simple que le pose la résolution ». Il émet notamment des doutes quant à l'interdiction de recourir à la sous-traitance pour les activités de gestion locative, de négociation immobilière, voire de conseil en gestion de patrimoine. Il doute même concernant les activités au cœur du métier de notaire, qu'elles ne puissent être traitées en collaboration avec des prestataires extérieurs. Il considère *in fine* que les catégories retenues dans la résolution « par leur généralité, ont (ainsi) pour effet d'interdire la sous-traitance de certains actes, sans que cette exclusion soit la conséquence nécessaire des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ». Les difficultés de mise en œuvre de la loi Croissance, car il s'agit bien de cela, devraient bien au contraire conduire à remettre en cause l'opportunité économique de toute nouvelle création d'offices et à réduire le nombre de nouvelles installations sur le territoire afin de donner un peu de souffle aux nouveaux offices créés⁹, comme ils le réclament d'ailleurs¹⁰. Les règles déontologiques, dispositif de confiance institutionnelle auquel l'Etat est directement intéressé¹¹, devraient, quant à elles, être préservées ; il en va de la confiance des citoyens à l'égard de l'Etat, dont les officiers publics sont les représentants sur le territoire.

8. L'alignement sur les avis de l'ADLC. Pour autant, les motifs sous-jacents de la décision du Conseil d'Etat ne surprennent guère ; ils s'accordent parfaitement avec les *desiderata* de l'Autorité de la concurrence (ADLC). Dans son dernier avis en date du 28 avril 2021 relatif à la prochaine vague d'installation de nouveaux offices, celle-ci préconise l'installation de 250 nouveaux notaires et, en même temps, indique que la résolution des 2-3 juillet 2019 sur la sous-traitance « pourrait constituer un frein sur le marché des nouveaux notaires installés »¹². L'ADLC enjoignait alors au CSN de veiller à ce que ces mesures ne constituent pas des barrières injustifiées à l'entrée¹³ pour ces nouveaux acteurs. D'une manière générale, l'ADLC estime que des « règles déontologiques inadaptées freineraient le développement des nouveaux offices »¹⁴. On se rappellera son avis de 2016 où elle recommandait un assouplissement du règlement du CSN sur la publicité, tout en estimant que son encadrement actuel dans le notariat constituait « un blocage très important au développement de ces nouveaux entrants, qui doivent se faire connaître auprès de leurs futurs clients »¹⁵. Dans son avis de 2018, elle soulignait d'ailleurs avec contrariété que le règlement national des notaires, qui réaffirmait l'interdiction de la publicité personnelle au notaire, avait été approuvé par la garde des Sceaux « sans

⁸ Egalement, introduction : « Cela étant dit, il est tout aussi important de prévenir les potentielles dérives qui pourraient résulter d'un usage trop systématique ou intense par certains notaires des possibilités ainsi offertes, en particulier au regard des règles déontologiques applicables à la profession », pt 2.2 : le CSN « fait valoir de légitimes préoccupations, notamment que sans l'éclairage fourni par les résolutions, les offices seraient confrontés à des choix complexes et exposés à des offres de services qui pourraient être incompatibles avec les règles déontologiques ».

⁹ La situation des offices créés est alarmante, bien que l'Autorité de la concurrence (ADLC) ne soit pas de cet avis et persévère dans son attitude volontariste, cf. C. Dauchez, « Liberté d'installation des notaires : persistance des tensions entre l'ADLC et la CSN », *JCP éd. N*, 2021, n°18, act. 465.

¹⁰ C. Dauchez, « Liberté d'installation des notaires : persistance des tensions entre l'ADLC et la CSN », *JCP éd. N*, 2021, n°18, act. 465.

¹¹ C. Chaserant, C. Dauchez et S. Harnay, « Du notaire à la *blockchain* notariale : les tribulations d'un tiers de confiance, entre confiance interindividuelle, confiance institutionnelle et méfiance généralisée », *Revue juridique de la Sorbonne*, juin 2021, n°3, p. 7, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03278880v1>.

¹² Avis n°21-A-04 du 28 avril 2021, n°339.

¹³ Avis n°21-A-04 du 28 avril 2021, n°340.

¹⁴ Avis n°18-A-08 du 31 juillet 2018, n°182.

¹⁵ Avis n°18-A-08 du 31 juillet 2018, n°189.

consultation préalable de l’Autorité »¹⁶ et qu’il convenait qu’elle soit saisie de tous les textes réglementaires restreignant l’exercice de la profession, en premier lieu de l’arrêté approuvant le règlement national, tout en réitérant ses propositions d’assouplissement des règles relatives à la publicité personnelle¹⁷. C’est dire si la déontologie, socle de la confiance publique, est menacée et que l’ADLC entend se comporter en véritable organe tutélaire informel de la profession notariale. La décision du Conseil d’Etat sur la sous-traitance, alignée sur les avis de l’ADLC, n’est ainsi qu’une nouvelle pierre ajoutée au « mur administratif »¹⁸ auquel se heurte le CSN.

9. Le recours à la voie réglementaire. Il revient à présent au ministère de la Justice d’encadrer la sous-traitance. C’est d’ailleurs, ce dont l’ADLC menaçait le CSN dans son dernier avis, précisant que si celui-ci n’assouplissait pas les règles d’encadrement de la sous-traitance, « le Gouvernement pourrait apporter les précisions nécessaires »¹⁹. D’un point de vue politique, il y a cependant lieu d’espérer que le garde des Sceaux puisse considérer avec davantage de faveur l’encadrement de la sous-traitance. D’une part, l’alliance politique conclue par l’Etat et le notariat, lors de la signature de la convention d’objectifs du notariat le 8 octobre 2020, manifeste un souci partagé de respect de la déontologie notariale, tout autant qu’une volonté de positionner le CSN en agent régulateur de l’écosystème des *legaltechs* par la délivrance de labels aux partenaires de la profession, labels considérés comme une opportunité de valoriser l’accès aux services dématérialisés ouverts par l’Etat. D’autre part, le ministère de la Justice trouvera là un moyen d’exprimer sa tutelle sur la profession notariale, orientation politique qui lui est expressément suggérée par l’inspection générale de la Justice²⁰, et lui donnera une nouvelle occasion de marquer son territoire face à l’attitude conquérante de l’ADLC.

¹⁶ Avis n°18-A-08 du 31 juillet 2018, n°183.

¹⁷ Avis n°18-A-08 du 31 juillet 2018, n°187.

¹⁸ C. Dauchez, « Pour une modification de la procédure d’avis de l’Autorité de la concurrence relative à la liberté d’installation des notaires », *JCP éd. N*, 2021, n°3, Libre propos, act. 157, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03123799v1>.

¹⁹ Avis n°21-A-04 du 28 avril 2021, n°340.

²⁰ IGJ, *Rapport sur la discipline des professions du droit et du chiffre*, oct. 2020, n°074-20.