

SOMMAIRE

1007 La carrière notariale en trois temps, par Mustapha Mekki et Sylvain Guillaud-Bataille

1008 Le conseil, par Michel Sejean et Cyrille Farenc

1009 La circulation internationale des actes, par Marie-Élodie Ancel et Delphine Vincent

1010 Coût de l'acte : situation entre le vote de la loi *Macron* et la parution du décret à venir, par Dominique Houdard

1011 Le coût de l'acte, par Marie-Anne Frison-Roche

1012 Synthèse, par Claude Brenner

NOTAIRE

1007

La carrière notariale en trois temps

La carrière notariale est au cœur de la réforme de la profession opérée par la loi *Macron* du 6 août 2015. Dans une démarche étrange qui consiste à nier la fonction d'officier public, gage de sécurité juridique, pour se focaliser sur le notariat en sa qualité de profession libérale, la loi a pris un certain nombre de mesures qui impactent directement et indirectement la carrière notariale, obligeant les instances dirigeantes à repenser l'accès à la profession afin de contrôler le flux des nouveaux diplômés. Pour apprécier les incidences de la loi nouvelle, on doit s'interroger sur l'entrée dans la carrière, son déroulement et la sortie.



Étude rédigée par :

Mustapha Mekki,
agrégé des Facultés de droit,
professeur à l'université Paris 13
- Sorbonne Paris Cité, directeur
de l'IRDA



et Sylvain Guillaud-Bataille,
notaire à Paris

1 - Valeurs et objectifs de la loi dite *Macron* - La carrière notariale est au cœur de la réforme de la profession opérée par la loi *Macron* du 6 août 2015. Cette carrière est conditionnée par son environnement politique et social. Cet environnement est aujourd'hui déterminé par les valeurs promues et les objectifs poursuivis par la loi *Macron*. La valeur prédominante, qui irradie la réforme *Macron* au point d'en devenir une véritable idéologie, est celle du marché. Selon l'esprit de la loi, il faut libéraliser à tout prix l'ensemble des professions et admettre comme postulat que tout est évaluable en argent. Spécialement, toute activité juridique est nécessairement une activité économique qui doit être ouverte à la concurrence, y compris le service public notarial. Les objectifs de la loi résident dans la volonté de libéraliser la profession du notariat afin d'en faciliter l'accès, d'obtenir une réduction des coûts et d'encourager la concurrence.

2 - Des fins qui ne justifient pas les moyens - Dans cette démarche étrange qui consiste à nier la fonction d'officier public, gage de sécurité juridique, pour se focaliser sur le notariat en sa qualité de profession libérale, la loi *Macron* a pris un certain nombre de mesures qui impactent directement et indirectement la carrière notariale, obligeant les instances dirigeantes à repenser l'accès à la profession afin de contrôler le flux des nouveaux diplômés. Selon certains chiffres, symboles d'une « gouvernance par les nombres »¹, 6 000 diplômés notaires ne seraient pas nommés. Et chaque année, près de 1000 jeunes diplômés entrent sur le « marché notarial du travail »² après sept années de formation théorique et pratique. On ne peut ainsi qu'adhérer à l'objectif poursuivi par la loi *Macron*. On peut être plus dubitatif sur les moyens employés.

3 - Rapports Attali et Darrois - Cette « ouverture » de la profession n'est pas une idée nouvelle. Déjà le rapport *Attali* prônait-il en 2008 une ouverture totale de l'accès à la profession par la seule détention d'un diplôme, car seule la qualification, l'expérience et la

1 A. Supiot, *La gouvernance par les nombres : Fayard 2015*. - V. A. Desrosières, *Gouverner par les nombres : Mines, ParisTech, 2008*.

2 C. Carely et P. Chassaing, *Les conditions d'installation dans le notariat : suggestions pour un notariat moderne : JCP N 2014, n° 48, act. 1209*.

morale devaient entrer en ligne de compte³. Dans le même esprit, le rapport *Darrois* défendait, en 2009, l'augmentation du nombre des charges en renforçant le pouvoir de nomination du ministre de la Justice et en prenant uniquement en compte la qualification⁴.

4 - Pour apprécier les incidences de la loi *Macron* sur la carrière notariale, les auteurs de ses lignes ont préféré suivre les sages conseils de Lao Tseu. Ainsi, à défaut de pouvoir apporter des réponses, l'objectif de cette contribution est avant tout de comprendre les questions. Pour poser les questions pertinentes, il a été fait le choix de respecter la chronologie de toute carrière, qui se déroule en trois temps : l'entrée dans la carrière (1), son déroulement (2) et la sortie (3).

1. L'entrée dans la carrière notariale

5 - L'entrée dans la carrière notariale renvoie tant à la formation des notaires (A) qu'à leur installation (B).

A. - La formation notariale

6 - **La formation, un marqueur de la profession** - La loi *Macron* ne porte pas directement sur la formation des notaires. Pourtant, les deux questions sont inextricablement liées. Si, dans le principe, tout diplômé notaire est en droit de demander l'attribution d'une charge, au nom d'une certaine idée de la libéralisation, il est compréhensible que le notariat s'interroge sur le moyen de filtrer l'arrivée de nouveaux postulants sur le marché du travail notarial. La question est fondamentale car la formation est le marqueur déterminant d'une profession.

7 - **Voie professionnelle et voie universitaire** - La formation des futurs notaires a été plusieurs fois réformée. Outre la formation continue, c'est la formation des étudiants notaires qui a été rajeunie. Les choix opérés quant aux formations importent moins que les objectifs poursuivis. Il s'agit d'uniformiser les modules de formation et de renforcer l'aspect professionnalisant. L'uniformisation se traduit par une refonte de la voie professionnelle. La sélection s'opère désormais sur dossier et non plus sur concours facilitant ainsi la diversité. Cette diversité est une réponse à la diversification des compétences demandées au notariat. La loi *Macron* voulant intensifier la concurrence entre les professions du droit, cette donnée n'est pas négligeable. Quant à la voie universitaire, le mode de recrutement, par un filtrage préalable des masters 2 de droit notarial des facultés de droit, garantit la présélection d'étudiants de qualité. La question est alors de savoir si à terme, une formation ne devrait pas l'emporter sur l'autre ? A-t-on vraiment besoin de deux voies d'accès ? Surtout, si l'installation des jeunes notaires est libéralisée, ne faudra-t-il pas songer à réduire le

nombre de candidats ? Limiter le flux d'entrée dans la profession devient, avec la liberté d'installation, une priorité. Quelles sont les voies envisageables ?

8 - **Quelle(s) réforme(s) de la formation notariale ?** - Une première solution, suggérée par certains, consisterait à fusionner la voie professionnelle et la voie universitaire et à supprimer l'entrée automatique des étudiants de master 2 de droit notarial. La sélection et l'affectation seraient confiées à une commission nationale composée essentiellement de notaires qui choisirait les candidats titulaires d'un master 2 sans distinction ni priorité pour les étudiants sortant des masters 2 de droit notarial. Cette solution est dangereuse⁵. Elle témoigne d'une méfiance injustifiée à l'égard des masters 2 de droit notarial qui opèrent une sélection en amont des candidats les plus talentueux. Elle découragerait les meilleurs étudiants à choisir le notariat en raison de la part d'aléa qui entourerait un mode de sélection par une commission et en raison de la concurrence avec les autres masters de droit. Enfin, la sélection et l'affectation décidées par une commission créent une suspicion malvenue en raison de l'apparence de partialité que ce mode de recrutement fait naître.

Une solution médiane serait envisageable : maintenir les voies professionnelle et universitaire. Pour la première, il faudrait maintenir le système actuel avec une année de modules, adaptés à la diversité des étudiants retenus pour suivre la formation, année qui se clôturerait par un concours national commun à la voie universitaire. Les lauréats suivraient alors deux années de stage, qui s'achèveraient par la soutenance d'un rapport de stage. Pour la seconde, il conviendrait de maintenir une entrée réservée aux étudiants de master 2 de droit notarial avec une formation au sein de l'école du notariat, différente de la voie professionnelle en raison de la culture notariale des candidats. La formation serait d'une année et se clôturerait par un concours national. Les lauréats pourraient alors suivre leurs deux années de stage. Le diplôme serait obtenu après la soutenance d'un rapport de stage.

À vrai dire, le plus sage serait de ne pas confondre anticipation et précipitation. Le mieux serait d'attendre les décrets relatifs à la liberté d'installation et la mise en œuvre des critères permettant la détermination des « zones libres ».

Qu'en est-il de ce volet de la réforme consacré à la liberté d'installation des notaires ?

B. - La liberté d'installation

9 - La loi *Macron* modifie en profondeur les règles qui organisent l'installation des notaires. Afin d'examiner ces nouvelles dispositions, de les comprendre et de tenter d'en anticiper l'impact réel, nous reviendrons brièvement sur les règles « anciennes » (pour l'heure toujours applicables) (1°), les objectifs poursuivis par le législateur de 2015 (2°) et la mise en œuvre, encore un peu mystérieuse, d'un dispositif dont seuls les grands principes sont connus (3°).

3 J. Attali, *Rapport de la commission pour la libération de la croissance française*, 2008, p. 168 ; www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000041.pdf

4 J.-M. Darrois, *Rapport sur les professions du droit*, 2009 ; www.justice.gouv.fr/art_pix/rap_com_darrois_20090408.pdf

5 JCP N 2010, n° 49, act. 881.

1° Rappel des règles « anciennes »

10 - Nomination à un office et création ou vacation d'un office

- Le notaire est (et demeurera) un officier public et ministériel, nommé par le garde des Sceaux. Mais actuellement le nombre d'offices est limité (à l'inverse du nombre de notaires qui ne subit aucune limitation légale). Cette nomination intervient soit à un office existant à la suite de l'exercice, par le notaire en place, de son droit de présenter son/ses successeur(s)⁶, soit à un office créé ou vacant à la suite de la réussite à un concours national.

Dans le premier cas, il s'agit pour le notaire en place de rechercher et choisir le successeur qui présentera les qualités morales suffisantes et les meilleures compétences pour assurer une saine gestion de l'office et un service public de qualité. Bien que le titre de notaire soit hors du commerce, la finance de l'office revient à son titulaire (propriétaire des parts ou actions de la société titulaire de l'office). Cette valeur patrimoniale est la contrepartie financière de l'exercice du droit de présentation. Si, en théorie, les parties sont libres de déterminer cette valeur, elle est, en pratique, contrôlée par le ministère de la Justice. Le garde des Sceaux dispose d'un pouvoir discrétionnaire de nomination.

Dans le second cas, la nomination à un office créé (ou vacant) fait suite à l'organisation d'un concours national organisé par le Centre national de l'enseignement professionnel notarial (CNEPN), sous le contrôle du ministère de la Justice, à l'effet de pourvoir des offices créés (ou déclarés vacants) par arrêté du même ministre. Lorsque l'office est créé, l'attributaire ne verse aucune indemnité.

2° Les objectifs poursuivis par la loi du 6 août 2015 en matière d'installation

11 - Volonté d'augmenter le nombre de notaires - L'un des objectifs affichés de la loi était de favoriser l'augmentation du nombre de notaires. Conscient des difficultés induites par une liberté totale d'installation, le rapport établi par le député Richard Ferrand⁷ suggérait de « ne pas retenir la liberté d'installation » pour préférer organiser la création rapide d'un nombre significatif d'offices. Cette préconisation n'a pas été retenue.

L'étude d'impact⁸ (rapidement rédigée et peu documentée) jointe au projet de loi recèle plusieurs indications sur l'analyse développée par le gouvernement dont voici quelques extraits : « Le cadre juridique actuel (...) aboutit à une limitation de l'offre de services et une allocation sous-optimale de professionnels qualifiés et compétents désirant s'installer » ; « une densité d'officiers publics et ministériels deux à trois fois moindre dans les zones urbaines que dans les zones rurales ne constitue pas un maillage territorial satisfaisant ».

6 À l'exception du système en vigueur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

7 R. Ferrand, *Rapport sur les professions réglementées, Pour une nouvelle jeunesse*, 2015 : www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/rapport_professions_reglementees-r-ferrand.pdf

8 *Étude d'impact de la loi Macron* : www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2447-ei.asp

La solution finalement retenue par la loi est radicale : il s'agit de libéraliser la création d'offices en permettant aux diplômés notaires de créer de nouvelles études.

3° Les nouvelles règles et leur mise en œuvre : exercice de prospective

12 - Maintien du droit de présentation - À l'heure où nous écrivons ces lignes, le nouveau dispositif régissant l'installation des notaires est encore largement incomplet et devra être précisé par plusieurs dispositions réglementaires ; les observations formulées ci-après seront nécessairement à affiner au cours des prochains mois. Rappelons qu'il n'y a pas de changement sur la possibilité pour un notaire sortant d'exercer son droit de présentation ; ce système classique est maintenu mais cohabitera avec le nouveau principe de liberté d'installation dans certaines zones présenté ci-après. Corrélativement, la création d'études sur concours est supprimée.

13 - Le principe de liberté d'installation dans certaines zones - La loi distingue deux types de zones : d'une part, celles où les notaires peuvent librement s'installer car « l'implantation d'offices apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services » ; d'autre part, celles où l'implantation d'offices supplémentaires « serait de nature à porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu » (L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 52). Dans ces zones, le ministre de la Justice peut, après avis consultatif de l'autorité de la concurrence, opposer un refus motivé à une demande de création d'office.

Le nouveau critère déterminant sera ainsi le « zonage », lequel est encore inconnu à ce jour et suppose l'accomplissement des trois phases de travail suivantes. Tout d'abord, la définition par décret de « critères » au regard desquels les zones seront définies et dont un seul est déjà connu car imposé par la loi (« une analyse démographique de l'évolution prévisible du nombre de professionnels installés »). Ensuite, la proposition, par l'autorité de la concurrence, d'une carte, qui sera révisée tous les deux ans, comprenant les zonages précités, assortie de recommandations en vue d'améliorer l'accès aux offices publics et ministériels. Enfin, un arrêté conjoint aux ministres de la Justice et de l'Économie, fixant les zones où l'implantation de nouveaux offices est libre.

Parallèlement, un décret est attendu pour préciser les conditions dans lesquelles le ministre de la Justice nomme le titulaire d'un nouvel office, dans une zone où l'implantation est libre.

14 - Une liberté d'installation encadrée - Si le premier alinéa de l'article 52, I de la loi du 6 août 2015 semble affirmer un principe de liberté d'installation dans certaines zones, le quatrième alinéa introduit une nuance importante : « Afin de garantir une augmentation progressive du nombre d'offices à créer, de manière à ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants, cette carte est assortie de recommandations sur le rythme d'installation compatible avec une augmentation progressive du nombre de professionnels dans la zone concernée . »

15 - Une telle limitation appelle des observations de deux natures différentes :

- sur le plan juridique, le principe retenu de libre installation ne semble pas être le meilleur instrument pour garantir « une augmentation progressive » du nombre d'offices ; en effet, le principe de libre installation suppose que le ministre de la Justice crée l'office dans lequel il nomme le demandeur dès lors que les conditions préalablement définies sont, objectivement, réunies. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 5 août 2015⁹, a ainsi précisé qu'il n'y avait pas trois zones mais seulement deux zones et rappelé que lorsque l'implantation est libre, le ministre de la Justice nomme le demandeur « dès lors que celui-ci remplit les conditions (...) ». Afin de garantir l'augmentation progressive et régulée que la loi impose, le garde des Sceaux pourra peut-être s'appuyer sur le décret à venir, visé à l'alinéa 1^{er} de l'article 52, II de la loi, dont on sait qu'il doit fixer non seulement les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance des candidats mais aussi, de façon plus générale, « les conditions d'application » du présent alinéa, ce qui pourrait être l'occasion de confirmer que les « recommandations » dont est assortie la carte d'installation sont contraignantes, au moins en tant qu'elles concernent le rythme des créations d'offices. À défaut, le principe de l'augmentation progressive aurait, selon l'expression d'un auteur, un « caractère purement incantatoire »¹⁰ ;

- sur le plan de l'opportunité, il a été, à juste titre, souligné que l'on pouvait collectivement éprouver le « sentiment d'un immense gâchis »¹¹ à l'examen des nouvelles conditions d'installation. En effet, le système nouvellement organisé, recèle de nombreuses sources de contentieux (recours en exception d'illégalité contre la carte définissant le « zonage », recours contre l'arrêté de création d'un nouvel office et nomination d'un candidat, etc.) alors qu'il aurait suffi d'augmenter le nombre d'offices mis au concours. Le ministère de l'Économie n'a pas voulu abandonner le totem de la liberté d'installation même s'il ne pouvait ignorer qu'une telle victoire symbolique l'obligerait à des contorsions embarrassantes lors de la phase réglementaire.

16 - **La mise en œuvre concrète de la liberté d'installation** - Compte tenu des incertitudes évoquées ci-avant s'agissant de la rédaction, en cours, des textes réglementaires, l'application concrète de la libre installation demeure encore obscure. Nous essaierons tout de même de dégager quelques lignes de crêtes.

17 - Pour le gouvernement, il semble acquis que, même dans les zones dites de libre installation, il sera défini un « rythme d'installation » autrement dit un quota de création, de sorte que, si le nombre de candidats devait excéder celui des offices à créer, une sélection serait opérée¹².

9 *Cons. const.*, 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *not. consid.* 69.

10 *M. Latina*, *Le tarif et l'installation des notaires dans la loi Macron* : JCP N 2015, n° 36, 1152, *spéc.* n° 15.

11 *M. Latina*, *préc.*, note (10).

12 Emmanuel Macron s'est exprimé en ce sens lors de son intervention du 28 octobre 2015 au Conseil supérieur du notariat.

Lors d'une intervention au Conseil supérieur du notariat le 28 octobre 2015, Emmanuel Macron a précisé que les modalités de sélection étaient en cours de réflexion tout en écartant, *a priori*, le concours ou un système de « file d'attente » pour privilégier soit la règle du « premier arrivé, premier servi », soit la piste d'un tableau d'ordre professionnel multicritères pour lequel un jury national serait chargé de départager les impétrants *ex-aequo*.

18 - Pour les candidats à l'installation, il faut souhaiter qu'ils aient suivi avec circonspection les envolées lyriques de certains députés et sénateurs¹³ et accueilli avec méfiance les promesses initiales du Gouvernement. À ce titre, la « comptine » de Sabrina, toujours accessible sur le site Internet du gouvernement, est édifiante : cette jeune femme, qui n'a souhaité s'installer que dans sa ville d'origine, a enfin pu créer son étude après la loi *Macron* ; l'histoire raconte que lors de la signature de son premier acte, remise faite, le tarif proposé à son client correspond « au coût réel » mais l'histoire ne dit pas si Sabrina vient de faire, sans le savoir, son premier acte à perte ni comment elle gèrera la comptabilité de l'office, réalisera les formalités, assumera les loyers de ses locaux, les salaires de ses collaborateurs ou fera face aux cotisations obligatoires, notamment celles professionnelles, qui sont l'expression de la solidarité unissant les notaires.

Le jeune diplômé notaire candidat à l'installation se départira vite de cette histoire onctueusement utopique pour concevoir avec sérieux son projet d'entreprise : appréhender le potentiel de la commune sur le territoire de laquelle il entend postuler, établir un prévisionnel économique prudent, envisager de pratiquer ou non les remises autorisées par le nouveau décret sur le tarif (en attente) tout en respectant les règles déontologiques de la profession dont il n'a pas été souvent répété lors des discussions parlementaires qu'elles ne sont pas de nature à faciliter le développement d'une entreprise notariale : interdiction formelle de toute publicité personnelle, obligation d'accepter tous les dossiers pour lesquels son concours est sollicité (sans préférence pour les plus rémunérateurs), interdiction de démarcher les clients de confrères, etc. Enfin, le candidat devra, le cas échéant, se soumettre à la sélection au mérite telle qu'elle aura été organisée par le pouvoir exécutif.

19 - **Quelques mots sur les effets pervers d'une telle réforme** - Tout d'abord, le postulat selon lequel il faut libéraliser le métier du notariat trop hermétique¹⁴ est erroné. Les études sociologiques les plus récentes révèlent que les entreprises notariales ne sont pas plus fermées que les autres entreprises¹⁵. Ensuite, on part souvent

13 Les considérations à l'emporte pièces de quelques élus ont mis au jour une évidente méconnaissance du rôle du notariat et parfois une veulerie désarmante.

14 Selon les travaux préparatoires de la loi *Macron*, il a été constaté que les officiers publics et ministériels n'ont pas suffisamment ouvert la porte aux jeunes diplômés. L'étude d'impact pointe du doigt la diminution du nombre d'offices, fait observer le faible nombre de créations et critique l'inégale répartition des offices sur l'ensemble du territoire, Étude d'impact, 10 déc. 2014, p. 55, en ligne sur le site de l'Assemblée nationale (www.assemblee-nationale.fr).

15 *C. Delmas*, *Une profession tournée vers l'avenir : sociologie des mutations notariales*, in *Le notariat et la loi Macron. Autres regards...*, *M. Mekki (ss dir.)* :

de l'idée fausse que s'installer dans le notariat, c'est se lancer dans une activité économique. C'est devenir un chef d'entreprise. Cependant, on néglige le fait singulier que le notaire est d'abord un officier ministériel avant d'être une profession libérale. Le notariat ne relève pas de la logique des *start-up*. On ne peut pas raisonner en termes de coup d'essai. Déposer le bilan d'une étude notariale, c'est menacer la pérennité de la garantie collective et poser de nombreuses difficultés en terme de sécurité juridique (conservation des actes, suivi des processus contractuels,...)¹⁶.

20 - La question polémique de l'indemnisation - Un dernier mot s'impose sur la question de l'indemnisation. Le Conseil constitutionnel a censuré ce droit à indemnisation qui devait pouvoir être réclamé au nouvel arrivant pour le préjudice causé à celui qui était déjà installé¹⁷. Le IV de l'article 52 de la loi *Macron* prévoyait au départ que « lorsque la création d'un office porte atteinte à la valeur patrimoniale d'un office antérieurement créé, le titulaire de ce dernier est indemnisé, à sa demande, par le titulaire du nouvel office dont la création a causé ce préjudice » ; indemnités due que l'implantation soit faite dans une « zone libre » ou avait été autorisée par le ministre. L'article est censuré. La censure est opportune car on voit mal comment un préjudice causé par une réforme législative pourrait être mise à la charge des nouveaux arrivants. Le lien de causalité ferait ici défaut¹⁸.

Le Conseil constitutionnel prévoit uniquement une indemnisation dans des circonstances exceptionnelles : « Il est loisible au titulaire d'un office subissant un préjudice anormal et spécial résultant de la création d'un nouvel office d'en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques »¹⁹. Selon le commentaire « officiel » de la décision, « le Conseil constitutionnel a considéré que la simple diminution de la valeur d'un office, fût-elle causée par la création d'un nouvel office, ne justifiait pas, en soi, l'allocation systématique d'une indemnisation. Seule la création d'un nombre massif d'offices ou la création d'un office de nature à mettre en péril la viabilité d'un office existant pourrait conduire à porter une atteinte au droit de présentation de nature à justifier une éventuelle indemnisation »²⁰.

Plusieurs critiques peuvent être formulées. Une telle mesure ne pourra quasiment jamais être mise en œuvre car les conditions

d'installation devraient en amont éviter ce type de préjudice exceptionnel. En effet, la zone libre doit être « utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services » (L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 52, I) alors que les zones protégées ou interdites sont celles où la libre installation risquerait de « porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants » et de compromettre « la qualité du service rendu » (L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 52, III), critères eux-mêmes utilisés par le Conseil constitutionnel pour justifier dans ce cas une indemnité exceptionnelle. Ensuite, réduire à une peau de chagrin l'indemnisation des études impactées par l'installation d'un jeune diplômé peut être analysée comme une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens de l'article 1 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, quel est l'intérêt général au fondement de cette disposition qui ne prévoit quasiment aucune chance d'indemnisation ? En quoi les mesures prises peuvent être qualifiées de mesures proportionnées ?

À dire vrai, il n'était pas nécessaire de perturber à ce point l'installation des notaires. Une solution plus simple, du moins sans bouleverser la structure du notariat, aurait été d'imposer la création d'offices par la mise en place d'un programme contraignant sur plusieurs années²¹.

Après ces quelques remarques sur l'entrée dans la profession vient le déroulement de la carrière notariale.

2. Le déroulement de la carrière notariale

21 - Le déroulement de la carrière suppose de s'intéresser aux deux principaux acteurs. Il faut repenser la place du collaborateur (A) et repenser la place du notaire salarié (B).

A. - Le collaborateur du futur

22 - La fin d'une « carrière à la carte » - Quel sera le collaborateur du futur ? Avec le temps, la profession du notariat a pu proposer une « carrière à la carte » multipliant les statuts intermédiaires entre le simple et jeune collaborateur et le notaire associé et expérimenté. Le clerc habilité pouvait faire lecture des actes et réceptionner les signatures. Le notaire salarié était une première étape avant l'association. Cette structure du notariat et ce déroulement progressif de la carrière sont aujourd'hui remis en question.

23 - Disparition attendue du clerc habilité - Tout d'abord, le statut de clerc habilité va disparaître. L'habilitation d'un clerc était prévue par l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI, complété par le décret du 26 novembre 1971. Cette habilitation par le notaire permettait au clerc « de donner lecture des actes et des lois et recueillir la signature des parties ». L'article 53, 3°, de la loi *Macron*, met fin à la technique du « collaborateur habilité ». Cette suppression prend effet le douzième mois suivant celui de la promulgation de la loi, soit le 8 août 2016. Quant aux habilitations conférées après

JCP N 2015, n° 36, 1151.

16 C. Carely et P. Chassaing, op. cit. note (2). Les auteurs font état du risque en cas d'émission de la profession pour la pérennité de la garantie collective.

17 *Cons. const.*, 5 août 2015, *préc.*, *spéc. cons.* n° 74.

18 Avis du Conseil d'État sur le projet de loi pour la croissance et l'activité, *spéc. p.* 3 : « En prévoyant que les professionnels nouvellement installés dédommageraient leurs confrères en place, le législateur se déchargerait sur eux d'une responsabilité qui lui incombe : la responsabilité du fait des lois. Ce transfert à des tiers de la réparation du préjudice anormal causé par le législateur pourrait être regardé par lui-même comme contraire au principe d'égalité devant les charges publiques, car la réparation d'un préjudice anormal causé aux professionnels en place imposera par définition une dépense anormale au professionnel nouvellement installé ».

19 *Cons. const.*, *préc. note* (17), *spéc. consid.* 79.

20 *Spéc. p.* 22.

21 En ce sens, V. not. *M. Latina*, *préc. note* (10).

le 1^{er} janvier 2015, elles cessent de produire leurs effets dès la promulgation de la loi. Si le principe de cette suppression peut être justifié, on peut regretter la brutalité des moyens mis en œuvre par la réforme *Macron*. En théorie, le rôle attribué au clerc n'était pas incompatible avec les textes car ce n'est pas lui qui authentifiait les actes. Il est vrai cependant que si l'on adhère à la pensée de certains auteurs tels que Jacques Flour²², c'est la présence du notaire qui fonde l'authenticité de l'acte et ce tout au long de son processus d'élaboration. Le notaire est un « témoin privilégié ». Dans cette optique, il paraissait difficile de défendre le maintien du clerc habilité²³ dont certains praticiens avaient d'ailleurs abusé. On peut cependant regretter la disparition de cette catégorie intermédiaire. Le clerc habilité faisait partie du processus d'apprentissage du collaborateur qui pouvait par ce biais ne pas se contenter de préparer les actes. Juristes expérimentés, les clercs habilités pouvaient ainsi préparer le rendez-vous, procéder à la lecture des actes, recueillir les signatures des parties sous la responsabilité du notaire associé ou salarié, qui reste le seul à pouvoir conférer à l'acte son authenticité²⁴. Si dans le principe la suppression des clercs habilités peut être justifiée, il est regrettable que la loi *Macron* n'ait pas envisagé le sort des clercs habilités existants.

24 - L'avenir incertain des clercs déjà habilités - Les clercs habilités sont actuellement entre 7000 et 7500, dont 85 % sont diplômés notaires. Pour ces derniers, l'une des voies possibles est de devenir notaire salarié, sans augmentation de rémunération. En revanche, pour ceux qui ne sont pas diplômés, l'avenir est assez sombre car les notaires, en prévision des difficultés posées par la réforme, devront probablement en licencier un certain nombre. Tout au moins, le législateur aurait pu s'inspirer de la proposition faite par

la chambre des notaires de Paris qui avait suggéré de permettre aux collaborateurs diplômés notaires et habilités depuis au moins cinq ans au 1^{er} janvier 2016 d'être intégrés dans l'office en qualité de notaire salarié avec l'accord de l'employeur ou d'un notaire acceptant d'accueillir le demandeur²⁵. Le texte aurait pu également prévoir une passerelle, sous réserve de l'expérience et probablement d'un examen de déontologie, vers la fonction d'avocat. Si le clerc habilité disparaît, le statut de notaire salarié évolue.

B. - La place du notaire salarié

25 - Augmentation du nombre des notaires salariés et clauses de non-concurrence - La loi *Macron* modifie l'article 1^{er} ter de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat²⁶. Désormais, un notaire associé peut être assisté de quatre notaires salariés. Puis, « à compter du 1^{er} janvier 2020, le nombre de recrutements de notaires salariés est limité à deux pour une personne physique titulaire d'un office notarial et au double de celui des notaires associés y exerçant la profession pour les personnes morales titulaires d'un office de notaire » (Ord. n° 45-2590, 2 nov. 1945, art. 1^{er} ter, al. 1^{er}). Les notaires salariés concernent aujourd'hui près de 10 % des effectifs et sont nés d'une réforme opérée en 1990²⁷. Pour préserver et promouvoir la liberté de travail des notaires salariés et la fluidité du marché du travail, l'article 1^{er} ter, alinéa 2 prévoit que « toute clause de non-concurrence est réputée non écrite ». Si la clause de non-concurrence est prohibée, elle ne laisse pas l'ancienne étude du notaire salarié sans protection. D'une part, la concurrence déloyale²⁸ ou la violation du secret professionnel peut encore être invoquée. D'autre part, la clause de respect de clientèle devrait encore être valable²⁹.

26 - D'un statut provisoire à un statut définitif - Le notaire salarié dispose des mêmes prérogatives que les notaires associés, notamment le pouvoir d'établir des actes authentiques. L'augmentation du nombre de notaires salariés doit répondre à la suppression, par un système de vases communicants, des clercs habilités. À terme, du moins sous l'ancien régime, les notaires salariés devaient devenir notaires associés. Statistiquement, en effet, 50% des notaires

22 Ainsi, ce type d'acte ne serait pas « une marchandise absolument sûre » (Sur une notion nouvelle de l'authenticité, préc., n° 27, p. 1004). Jacques Flour cite dans son commentaire sur la réforme de l'habilitation les divergences de points de vue relevées entre les rédacteurs du texte de loi de 1843 au sujet de la définition du terme « réception ».

Certains soutenaient que le terme désignait à la fois les discussions préliminaires entre les parties, la rédaction de l'acte, la lecture, la signature. D'autres n'y faisaient entrer que la lecture et la signature. Cette question de la présence physique du notaire n'a pas été tranchée par les juges. Sur ces questions, V. not. *M. Latina, La disparition de l'habilitation : Defrénois 2015, n° 18, p. 909*.

23 En ce sens également, Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. 29, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. 6, Lahure, 1876, spéc. n° 236 : « Voici un acte, qui a été reçu par un clerc, derrière du notaire et en son absence. Le notaire ne l'a pas signé ; ou il l'a signé, mais seulement après coup. Acte nul ! Car il n'a pas été reçu, comme il le devait, par un officier public ».

24 En ce sens, Chr. Lefebvre, « Il n'y a aucune raison que le Notariat reste cantonné dans ses domaines traditionnels » : JCP N 2010, n° 23, 1218. Dans le même sens, J.-Fr. Humbert, La qualité de professionnel libéral ne peut pas toujours passer au second plan : JCP N 2008, n° 25-26, 1225 : « Il faut admettre que dans notre profession il y ait tout un processus d'intégration pour devenir notaire. On passe par plusieurs stades : on est clerc, notaire salarié, puis notaire associé en industrie ou en capital. Il y a une foudroyante de possibilités d'exercice du métier. Supprimer l'habilitation des clercs signifie que l'on cantonne, que l'on ravale même la fonction de clerc à celle de manipulateur de dossier. La plénitude de la fonction est également dans la réception de la clientèle ».

25 C. Carely et P. Chassaing, préc. note (2).

26 V. J. Béhin, Discours au 86^e Congrès des notaires de France, Lille 1990, préc. - Adde, amendements relatifs au salariat, M. Monjalon : JOAN CR, 21 juin 1990, p. 2732.

27 Ph. Langlois et J.-Fr. Pillebout, Le notaire salarié (titre III de la loi n. 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) : LPA 1994, p. ?????.

28 Cass. com., 24 juin 1974, n° 73-11.972 : *JurisData* n° 1974-097201 ; Bull. civ. 1974, IV, n° 201. - Cass. com., 2 mars 1982 : D. 1983. inf. rap. p. 54, obs. Y. Serra.

29 Rapp. à propos des conseils juridiques, Cass. soc., 12 juin 1986 : Bull. civ. 1986, V, n° 298. - Cass. soc. 25 avr. 1985 : D. 1985, inf. rap. p. 478, note critique Y. Serra : est valable une disposition de la convention collective des conseils juridiques stipulant que : « Sera présumé constituer un abus et un manquement à la loyauté confraternelle le fait, pour les collaborateurs conseils juridiques salariés, d'intervenir directement, indirectement ou par personne interposée, moins de trois ans après la résiliation du contrat de collaboration, pour un client de l'ancien employeur sans l'accord préalable et écrit de ce dernier, que la mission soit permanente ou temporaire ».

salariés deviennent notaires associés dans les cinq ans de leur nomination³⁰.

Avec la suppression des clercs habilités, le statut de notaire salarié devient une fin en soi, par choix ou par nécessité. L'attribution d'un poste de notaire salarié ne doit plus être analysée comme la promesse d'une association future. Cette situation va générer une autre difficulté. Le nombre important de notaires salariés qui ont aussi le droit de vote lors des assemblées générales professionnelles pourrait bouleverser les équilibres. Dès lors qu'il est en théorie possible que le nombre de notaires salariés soit plus important que celui des notaires associés, ne faut-il pas penser à l'avenir à un statut du notaire salarié à contenu variable : notaire salarié avec droit de vote et notaire salarié sans droit de vote, par exemple ? Peut-être à l'avenir le statut des sociétés ou les pactes extrastatutaires pourront également mettre en place un statut variable des notaires salariés avec une répartition des pouvoirs et la mise en place de responsabilités différentes entre notaires salariés et notaires associés. Quelques mots, enfin, sur la sortie de carrière.

3. La sortie de carrière

27 - La sortie de carrière concerne principalement le départ forcé à 70 ans. Cette disposition pose une question de sens (A) et de légitimité (B).

A. - Un problème de sens

28 - **L'énigmatique « cessation des fonctions »** - La loi *Macron* modifie, à la demande du Conseil supérieur du notariat d'ailleurs³¹, la loi du 25 ventôse an XI relative à l'organisation du notariat en proposant un nouvel article 2 ainsi rédigé : « *Les notaires cessent leurs fonctions lorsqu'ils atteignent l'âge de soixante-dix ans. Sur autorisation du ministre de la justice, ils peuvent continuer d'exercer leurs fonctions jusqu'au jour où leur successeur prête serment, pour une durée qui ne peut excéder douze mois* ». Cet âge limite devrait entraîner le départ de près de 250 notaires et libérer environ 500 postes.

Il faut noter, tout d'abord, que « *cesser ses fonctions* » est une formule ambiguë. Est-ce qu'elle signifie que le notaire de plus de 70 ans devra quitter toute fonction au sein de la structure ou perdra-t-il uniquement le droit d'exercer en qualité de notaire en conservant un intérêt financier au sein de l'étude ?

29 - **La validité des actes accomplis par un notaire de plus de 70 ans** - En outre, seul un arrêté du ministre fait perdre au notaire son

statut. Lorsqu'un notaire a atteint l'âge de 70 ans et n'a pas encore reçu son arrêté de fin de statut, qu'il l'ait demandé tardivement ou que l'arrêté ait été rendu tardivement, faut-il par précaution lui interdire de signer les actes ? Quelle valeur auront les actes signés au-delà de 70 ans ? Comment gérer cette situation dans l'hypothèse où ce notaire de plus de 70 ans est seul à gérer son étude avec quelques collaborateurs ?

Au-delà d'un problème de sens, aisé à corriger, la légitimité même de cette disposition pourrait être discutée.

B. - Un problème de légitimité

30 - **La légalité de cette disposition au regard de la Convention européenne des droits de l'homme** - Si l'on se fait l'avocat du diable, le départ forcé du notaire de plus de 70 ans ne constitue-t-il pas une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du notaire ? Certains pourraient faire observer que ces limites d'âge existent aussi pour les universitaires et les magistrats sans que cela ne suscite de polémiques. Cependant, le notaire n'est pas seulement un délégué de la puissance publique. Il appartient aussi à la catégorie des professions libérales. C'est ce statut hybride qui rend toute comparaison sans raison.

Cette disposition a été contestée devant le Conseil constitutionnel en ce qu'elle serait une violation de la liberté d'entreprendre. Le Conseil a validé cet article. Les considérants 86, 87 et 88 précisent qu'il existe un objectif d'intérêt général (favoriser l'accès aux offices existants et le renouvellement de leurs titulaires) et que la limite est proportionnée, notamment car une prolongation d'un an est prévue avant que le successeur ne prête serment.

Cependant, au-delà de la Constitution, il n'est pas exclu qu'à l'avenir la protection de la liberté du travail, de la liberté d'entreprendre ou de la propriété soit mise en avant au moyen de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit au respect des biens. Le contentieux n'est donc pas totalement exclu sur ce point. Reste que, si juridiquement un tel recours est toujours envisageable, politiquement il pourrait être dangereux. En effet, un tel recours mettrait en avant la « casquette » libérale du notariat, casquette que le notaire tend à relativiser auprès des instances européennes. À trop insister sur la nature libérale de la profession, les instances européennes ne pourraient-elles pas à l'avenir récupérer cet argument pour conforter l'idée que le notariat est, avant tout, une profession libérale comme les autres ! Est-ce que le jeu en vaut vraiment la chandelle ? ■

30 C. Carely et P. Chassaing, préc. note 2. - Adde, Th. Collin, Le notaire : une hydre à têtes multiples : JCP N 1993, I, p. 11.

31 P.-L. Vogel, *Tirer parti de la crise politique actuelle pour faire une réforme bénéfique pour l'avenir du notariat* : JCP N 2014, n° 44, 1316.