

Chronique de jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État : le contentieux du monde judiciaire 287x2



Par
Sophie ROUSSEL
Maître des requêtes au
Conseil d'État

L'essentiel

Tous les deux mois, cette chronique revient sur l'actualité du contentieux du monde judiciaire. Une sélection de décisions commentées du Tribunal des conflits et du Conseil d'État fait le point de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux et libertés publiques, d'administration judiciaire et de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Ce mois-ci, sont commentées quatre ordonnances du juge des référés du Conseil d'État, rendues dans le cadre de procédures de référé-suspension, relatives à la mise en œuvre de la réforme des modalités de création des offices notariaux. S'y ajoutent deux avis contentieux du Conseil d'État en matière d'aide juridictionnelle.

PLAN

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES	(néant)
II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE	p. 34
III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES	(néant)

[...]

II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE

Liberté d'installation des notaires : le Conseil d'État saisi de la réforme par la voie du référé-suspension 291c1

L'essentiel Le Conseil d'État s'est prononcé, dans le cadre de procédures de référé-suspension, sur quelques points sensibles de la réforme : tirage au sort déterminant l'ordre d'examen des demandes de création d'office, candidature des SCP à la création de nouveaux offices, pièces à produire dans le cadre d'une demande de création d'office.

CE, juge des référés, 14 déc. 2016, n° 405269, M. B, D - CE, juge des référés, 17 janv. 2017, n° 406018 et 406072, M. D, D - CE, juge des référés, 18 janv. 2017, n° 406381, M. B, D, M^e Poiroux, av. - CE, juge des référés, 8 févr. 2017, n° 407231, M. B, D

Note

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi *Macron*, a réformé les conditions d'installation des notaires, des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires, en les libéralisant. Est ainsi affirmé, à l'article 52 de cette loi, un principe de libre installation de ces professions qui remplace, dans les secteurs où l'implantation d'offices apparaît utile pour renforcer la proximité et l'offre de service, le mécanisme du droit de présentation par le titulaire de l'office exercé sur le fondement de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 sur les finances. Selon l'exposé des motifs du projet de loi,

le principe de libre installation de ces professions serait un facteur « de leur modernisation, d'accroissement de leur efficacité et de réduction des inégalités territoriales liées à leur inégale présence sur le territoire français ». Cette liberté d'installation a vocation à s'exercer « dans les zones où l'implantation d'offices apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de service », selon une cartographie définie conjointement par les ministres de la Justice et de l'Économie sur proposition de l'Autorité de la concurrence. Rendue publique et révisée tous les deux ans, cette carte identifie les secteurs dans lesquels la création de nouveaux offices apparaît utile. 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.

Dans les secteurs dans lesquels la liberté d'installation a vocation à s'exercer, le garde des Sceaux autorise en principe toute personne qui en fait la demande, sous réserve qu'elle remplisse les conditions requises pour être nommée notaire, huissier de justice ou commissaire-priseur judiciaire, à créer son office. La loi prévoit en effet que lorsqu'un demandeur remplit les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance

requis, « le ministre de la Justice le nomme titulaire de l'office de notaire ». Il en résulte un droit, pour le professionnel, à créer son office. L'exercice de ce droit est toutefois très fortement contingenté : les autorisations ne peuvent en effet être délivrées que dans la limite des recommandations sur le rythme d'installation. Si le ministre de la Justice constate un nombre insuffisant de demandes de création d'office au regard des besoins identifiés, il procède à un appel à manifestation d'intérêt en vue d'une nomination dans un office vacant ou à créer ou de la création d'un bureau annexe par un officier titulaire. En revanche, si, dans ces zones dites de « libre installation », le nombre de demandes de création d'office est supérieur aux besoins identifiés, l'article 53 du décret n° 73-609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat, modifié par le décret n° 2016-661 du 20 mai 2016 portant application de la loi *Macron*, prévoit que les demandes sont instruites suivant leur ordre d'enregistrement, lequel est déterminé par tirage au sort. Dans les autres secteurs, où l'implantation d'offices supplémentaires serait de nature à porter atteinte à la continuité d'exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu, le garde des Sceaux peut refuser les demandes de création d'office, après avis de l'Autorité de la concurrence.

Les critères de la cartographie sur laquelle repose le dispositif issu de la loi *Macron* ne sont pas complètement étrangers à ceux définis à l'article 2 du décret n° 71-972 du 26 novembre 1971 (décret abrogé par le décret n° 2016-661 du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels, pris pour l'application de l'article 52 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015) qui guidaient jusqu'alors l'appréciation du garde des Sceaux en matière de création, de transfert et de suppression d'offices notariaux. Ce dernier prenait sa décision dans l'intérêt du service public, après avis d'une commission de localisation des offices se prononçant en fonction des « besoins du public » et de la « situation géographique, démographique et économique » des offices existants. L'approche est cependant beaucoup plus économique que par le passé et donne, avec le rôle déterminant confié à l'Autorité de la concurrence, une place importante à des acteurs complètement extérieurs à la profession.

Deux modes de nomination des notaires coexistent donc au lendemain de la réforme : création de nouveaux offices, dans les conditions définies par la loi *Macron* ou droit de présentation par le titulaire de l'office exercé sur le fondement de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 sur les finances. Le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision du 5 août 2015, qu'aucune atteinte au principe d'égalité ne résultait de la coexistence de ces deux modes de nominations, le législateur ayant traité différemment des situations différentes et ayant retenu des critères de nomination en rapport avec l'objet de la loi (v. cons. 71, Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC).

Les autres aspects de la réforme ont également été déclarés conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, à l'exception du paragraphe IV de l'article 52 relatif à la réparation, par le titulaire du nouvel office, de « l'atteinte à la valeur patrimoniale d'un office antérieurement créé » résultant de la décision du ministre de créer un nouvel office.

Les décrets d'application de la réforme ont été déférés au Conseil d'État par la voie de l'excès de pouvoir. Les recours sont en cours d'examen. Le juge du référé-suspension du Conseil d'État a également été saisi, sans attendre, quelques points sensibles de la réforme : conditions du tirage au sort déterminant l'ordre d'examen des demandes de création d'office dans les zones d'installation dites « libres », candidature des sociétés civiles professionnelles de notaires à la création de nouveaux offices, pièces à produire pour une demande de nomination en qualité de notaire dans un office à créer en cas de dispense de la condition de diplôme. La réponse rapide apportée par le Conseil d'État a permis que soient créés, dès le début de l'année 2017, de nouveaux offices notariaux.

I. CONDITIONS DU TIRAGE AU SORT DÉTERMINANT L'ORDRE D'EXAMEN DES DEMANDES DE NOMINATION DANS LES OFFICES À CRÉER

Le décret n° 2016-661 du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels modifie, pour l'application de la loi du 6 août 2015, le décret n° 73-609 du 5 juillet 1973 régissant les modalités de création, de transfert et de suppression des offices de notaires ainsi que les modalités de nomination dans ces offices. En vertu de l'article 52 de ce décret, les demandes de création de nouveaux offices sont présentées par téléprocédure et horodatées. Elles sont instruites suivant l'ordre d'enregistrement, sauf dans les zones où le nombre de demandes enregistrées dans les premières 24 heures suivant l'ouverture de la procédure de dépôts des demandes de création de nouveaux offices excède le nombre d'offices à créer. Dans ces zones, l'article 53 du décret du 5 juillet 1973 prévoit que l'ordre des demandes est déterminé par un tirage au sort.

Dans le cadre des nouvelles compétences que lui a confiées la loi du 6 août 2015 (C. com., art. L. 462-4-1), l'Autorité de la concurrence a proposé en juin 2016 (Aut. conc., avis n° 16-A-13, 9 juin 2016, relatif à la liberté d'installation des notaires et à une proposition de carte des zones d'implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices notariaux) une carte qui définit les zones dans lesquelles l'installation des notaires est libre et celles dans lesquelles elle fait l'objet d'un contrôle de la Chancellerie. Dans les zones d'installation libre, un rythme d'installation compatible avec une augmentation progressive du nombre de professionnels a été fixé de manière à ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants. Cette proposition de carte a été entérinée par un arrêté conjoint des ministres de la Justice et de l'Économie du 16 septembre 2016. Deux cent quarante-sept zones dites « d'installation libre », où la création d'offices de notaires apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services, et soixante zones dites « d'installation contrôlée », dans lesquelles les demandes de créations d'offices feront l'objet d'un contrôle a priori du garde des Sceaux après avis de l'Autorité de la concurrence, ont été identifiées. L'arrêté prévoit la création de 1 002 offices notariaux la première année puis, le cas échéant, la création d'offices complémentaires dans les zones où l'objectif d'installation de nouveaux notaires ne serait pas atteint.

Par un arrêté du 4 novembre 2016, le garde des Sceaux a fixé au mercredi 16 novembre 2016 à 14h00 la date

d'ouverture du dépôt des demandes de nomination sur un office notarial à créer. À cette même date, un portail internet a été rendu accessible, afin de permettre aux candidats de consulter la cartographie déterminant les « zones d'installation libre » et de créer un compte personnel leur permettant de présenter leur candidature. Le 15 novembre, a été publié au *Journal Officiel* l'arrêté du 14 novembre 2016 fixant les modalités des opérations de tirage au sort permettant de déterminer l'ordre d'instruction des candidatures aux offices notariaux.

Quelques jours à peine après sa publication, cet arrêté a fait l'objet d'une demande de référé-suspension, présentée devant le Conseil d'État par un notaire. Par une ordonnance du 14 décembre 2016, le juge des référés du Conseil d'État, qui a estimé que les conditions d'urgence et de doute sérieux sur la légalité de l'acte litigieux prévues par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative étaient remplies, a ordonné la suspension de l'exécution de cet arrêté.

À la date à laquelle le juge des référés du Conseil d'État a statué, la Chancellerie avait déjà reçu, via le portail internet, un grand nombre de candidatures. L'ordonnance du 14 décembre 2016 indique ainsi que le nombre de candidatures déposées par téléprocédure est extrêmement élevé et que, pour la quasi-totalité des zones où, en vertu de l'article 52 de la loi du 6 août 2015, s'applique le principe de libre installation, il excède le nombre résultant des recommandations dont est assortie la carte, ce qui rend le tirage au sort pour désigner les titulaires des nouveaux offices quasi systématique. L'ordonnance relève en outre que dans certaines zones où il est prévu de créer un nombre important d'offices, le nombre de candidatures est supérieur à plusieurs centaines.

On sait que l'urgence justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celle-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Le juge des référés du Conseil d'État a estimé en l'espèce la situation d'urgence caractérisée. La motivation retenue ici repose moins sur l'atteinte à la situation personnelle du requérant, un notaire sans doute candidat à la nomination dans un ou plusieurs offices à créer mais dont l'ordonnance du 14 décembre 2016 ne dit rien, que sur l'atteinte, suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public. Ce sont en effet les potentiels effets en cascade d'une remise en cause des conditions du tirage au sort à l'occasion d'un recours contre la décision de création de nouveaux offices notariaux et la désignation de leur titulaire qui ont conduit le juge des référés à estimer la condition d'urgence remplie : « Compte tenu de la nature des missions des notaires et des modalités d'exercice de leur profession, l'éventuelle remise en cause, après plusieurs mois de fonctionnement, de la légalité de la création de plusieurs offices notariaux et la désignation de leur titulaire qui pourrait découler de l'illégalité de l'arrêté litigieux serait de nature à porter gravement atteinte à l'intérêt général ». On aurait pu imaginer que le juge des référés prenne en considération, pour apprécier les effets d'une remise en cause des arrêtés portant création des nouveaux offices, les pouvoirs de modulation dans le temps des effets de sa décision qui permettent au juge administratif de neutraliser, notamment, la rétroactivité d'une annulation. Mais, d'une part, la question de

l'illégalité d'un acte authentifié par un notaire à raison de l'illégalité de sa désignation échapperait en tout état de cause à la compétence de la juridiction administrative. D'autre part, le caractère quasiment automatique du recours au tirage au sort pour déterminer l'ordre d'examen des demandes dans les zones dites d'installation libre, relevé au point 1 en introduction de l'ordonnance, et le grand nombre d'offices en cause ont certainement fait pencher la balance dans le sens de l'urgence. Ces éléments expliquent certainement que l'ordonnance commentée s'écarte de la jurisprudence traditionnelle selon laquelle le juge des référés ne saurait, lorsqu'il y a urgence au sens des dispositions de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, se fonder sur la nécessité de prévenir les conséquences d'une éventuelle annulation de la décision litigieuse (CE, 13 juin 2005, n° 277296, Commune de Saint-Amand-les-Eaux, Lebon, p. 243 ; CE, sect., 18 déc. 2002, n° 251934, M. M., Lebon, p. 484).

Sur la légalité, le juge des référés du Conseil d'État a estimé que le moyen tiré de ce que la régularité de la procédure de tirage au sort n'est pas assurée était de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté contesté : « Il ne ressort ni de l'arrêté, ni des fiches produites [relatives aux modalités d'anonymisation des candidatures et au procès verbal] que le ministre aurait prévu des règles permettant de s'assurer de la régularité de la procédure tout au long du déroulement de celle-ci, depuis l'enregistrement de la candidature jusqu'à la publication des noms des personnes devenues titulaires d'un office notarial dans la zone en cause ». En vertu de l'arrêté dont l'exécution a été suspendue, au demeurant assez succinct, le tirage au sort était effectué manuellement, dans les locaux du ministère de la Justice, par un agent de ce ministère sous le seul regard d'un membre du Conseil supérieur du notariat, lequel a pris position contre la réforme et concentre les critiques des jeunes notaires diplômés pour avoir organisé le malthusianisme de la profession à leur détriment. Le garde des Sceaux, privilégiant la sécurité juridique, a tiré les conséquences de cette suspension au-delà des exigences attachées à l'exécution de l'ordonnance en prenant, dès le 25 janvier 2017, un nouvel arrêté beaucoup plus détaillé renforçant les garanties procédurales attachées au tirage au sort et abrogeant le précédent. L'ordre des tirages n'est plus à la discrétion des services de la Chancellerie mais est établi en fonction des écarts entre les recommandations quant au nombre de créations d'office et le nombre total de demandes de création d'office enregistrées sur la zone, en commençant par les écarts les plus faibles. Il est rendu public. Les modalités de constitution de bulletins anonymisés pour le tirage au sort, qui mentionnent le numéro, la date et l'heure de la demande, ainsi que les modalités de leur conservation, sont précisées. Enfin, le tirage au sort n'est plus effectué par un membre de la direction des affaires civiles et du sceaux mais par un rapporteur de l'Autorité de la concurrence, qui assiste par ailleurs aux opérations de vérification et de recomptage, lesquelles sont détaillées afin de permettre une meilleure fiabilité et traçabilité de l'ensemble de la procédure. La proposition faite par l'Autorité de la concurrence de mettre en place un portail vidéo permettant aux candidats d'assister à distance et en temps réel aux opérations de tirage au sort n'a en revanche pas été retenue.

Par une nouvelle ordonnance du 8 février 2017 (CE, 8 févr. 2017, n° 407231), le juge des référés du Conseil d'État a rejeté la demande de suspension de ce nouvel arrêté, présentée par le même requérant. On notera que le principe même du tirage au sort, qui résulte du décret du 20 mai 2016, n'a pas été mis en cause dans le cadre du référé-suspension. Le Conseil d'État, statuant sur les demandes d'annulation pendantes contre le décret du 20 mai 2016, sera peut-être amené dans quelques mois, si un moyen est soulevé sur ce point, à prendre position sur la légalité de ce système de départage de candidatures concurrentes. D'autres mécanismes étaient en effet envisageables tels que le concours, l'examen par une commission ou encore l'attribution de points.

D'aucuns pourront s'étonner du rôle considérable confié par le législateur et le pouvoir réglementaire à l'Autorité de la concurrence dans l'élaboration de décisions qui ont pour objet même l'organisation du service public (CE, 3 déc. 1976, n° 95769, J. et a., Lebon, p. 532). Mais ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 août 2015 (Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC), le pouvoir de cette autorité, qu'il s'agisse de l'élaboration de la cartographie des zones dans lesquelles l'implantation de nouveaux offices apparaît utile ou de la compétence d'avis lorsque le garde des Sceaux envisage, dans une zone d'installation dite contrôlée, de rejeter une demande de création d'office, n'est que consultatif. Il n'est par ailleurs pas illogique que cette autorité intervienne dans des décisions où le maillage territorial du service public rencontre la question de la viabilité économique des offices. Du point de vue des symboles, le choix du garde des Sceaux, dans l'arrêté du 25 janvier 2017, de faire procéder au tirage au sort par un rapporteur de l'Autorité de la concurrence, et non simplement de prévoir qu'un rapporteur de l'Autorité de la concurrence assiste au tirage au sort est, à cet égard, assez éloquent.

II. CANDIDATURE DES SCP DE NOTAIRES AUX OFFICES À CRÉER

L'un des points sensibles de la réforme des conditions d'installations des notaires soumis au juge des référés du Conseil d'État avait trait à la candidature des sociétés civiles professionnelles (SCP) à la nomination dans un office à créer.

Pour l'application des articles 52, 54, 63 et 67 de la loi *Macron* qui ont modifié les modalités d'installation des officiers publics et ministériels, instauré une limite d'âge pour l'exercice de ces professions, ouvert les formes sociales d'exercice et élargi les modalités de détention du capital des sociétés d'exercice libéral, le gouvernement, par un décret n° 2016-1509 du 9 novembre 2016 relatif aux sociétés constituées pour l'exercice de la profession de notaire, a modifié le décret n° 67-868 du 2 octobre 1967 pris pour l'application à la profession de notaire de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles. En vertu de ce texte, les SCP de notaires, qui permettent à plusieurs notaires d'exercer ensemble leur profession, pourront être titulaires de plusieurs offices et pourront demander la création d'un office dans le cadre du dispositif de liberté d'installation institué par la loi *Macron*.

Des requérants, titulaires du diplôme de notaires, ont contesté ce décret devant le Conseil d'État. Ils ont

également demandé au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, de suspendre son exécution afin que, en attendant que le Conseil d'État ne se prononce définitivement sur la légalité de ce décret, les SCP de notaires ne puissent pas candidater aux nouveaux offices créés par la loi *Macron*.

Le juge des référés du Conseil d'État a, par une ordonnance du 17 janvier 2017 (CE, 17 janv. 2017, n°s 406018 et 406072), rejeté les deux demandes, estimant qu'aucun des moyens soulevés n'était, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du décret.

Il a tout d'abord refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les requérants dans le cadre de l'instance de référé, relative à l'article 52 de la loi *Macron*, sur la conformité à la Constitution duquel le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé par sa décision du 5 août 2015 (Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC), dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité a priori. Le juge des référés du Conseil d'État a estimé que le nouveau décret sur les SCP de notaires, qui ne remettait pas en cause l'appréciation portée par le Conseil constitutionnel, ne justifiait pas que la question soit à nouveau soumise au Conseil constitutionnel.

Les requérants contestaient ensuite de la possibilité pour les SCP d'être titulaires de plusieurs offices, consacrée par le décret du 9 novembre 2016. Selon eux, plusieurs dispositions législatives, mentionnant l'existence de personnes morales titulaires d'un office, interdisaient au pouvoir réglementaire de prévoir une telle faculté, laquelle aurait d'ailleurs été constitutive d'une rupture d'égalité, une personne physique ne pouvant – à la différence d'une SCP – être titulaire de plusieurs offices. Le juge des référés a écarté cette argumentation en jugeant que rien, dans les dispositions législatives en vigueur, n'interdisait qu'une SCP de notaire soit titulaire de plusieurs offices. Il a d'ailleurs relevé que d'autres structures d'exercice en commun de la profession, telles que les sociétés d'exercice libéral régies par le décret n° 2016-880 du 29 juin 2016, bénéficiaient de la même possibilité. Sur l'atteinte au principe d'égalité, le juge des référés a considéré que les personnes morales titulaires d'un office et les personnes physiques titulaires d'un office n'étaient pas placées dans la même situation au regard de l'objet de la mesure. En outre, si une société est titulaire de plusieurs offices, chaque associé est nommé et exerce dans un seul de ces offices. Il n'y a donc pas de rupture d'égalité.

La seconde partie de l'argumentation des requêtes mettait en cause la possibilité pour une SCP de se porter candidate à une nomination dans un office créé en application de la loi du 6 août 2015. Selon les requérants, la loi du 6 août 2015 aurait réservé la possibilité d'être nommé dans les nouveaux offices à créer aux seuls professionnels diplômés mais non encore installés. Le juge des référés du Conseil d'État a, au point 14 de son ordonnance, clarifié sur ce point la portée exacte de la loi du 6 août 2015 : « Il ne résulte pas de ses dispositions, qui ont pour objet principal de permettre une meilleure adaptation de l'offre de services notariaux aux besoins, que les offices nouvellement créés ne pourraient être pourvus que par des professionnels non encore installés ; qu'elle ne fait pas obstacle, par elle-même, à ce que des candidatures aux

nouveaux offices puissent être présentées par des sociétés civiles professionnelles déjà titulaires d'un office ». L'ordonnance répond en outre à la crainte des requérants de voir la candidature de jeunes professionnels évincée par celles des SCP déjà titulaires d'un office en rappelant l'existence des dispositions réglementaires de nature à encadrer la faculté ouverte par le décret du 9 novembre 2016, pour une même SCP, d'être titulaire de plusieurs offices : l'article 51 du décret du 5 juillet 1973 interdit à un même demandeur de présenter plus d'une demande par zone ; l'article 52 du même décret prévoit la caducité automatique, lorsqu'une nomination en qualité de titulaire d'un office ou en qualité d'associé d'une SCP intervient, de toutes les autres demandes de nomination formées par l'intéressé ; en vertu de l'article 53, les demandes sont traitées suivant leur ordre d'enregistrement ou, lorsque le nombre de demandes excède les recommandations de l'Autorité de la concurrence, selon un ordre établi par tirage au sort, c'est-à-dire selon des critères qui sont indifférents à la qualité du demandeur, personne physique ou morale ; enfin, l'article 1^{er} du décret contesté dispose que si une société est titulaire de plusieurs offices, chaque associé est nommé et exerce dans un seul de ces offices, ce qui est de nature à faciliter indirectement l'installation de nouveaux professionnels.

III. PIÈCES À PRODUIRE POUR UNE DEMANDE DE NOMINATION EN QUALITÉ DE NOTAIRE DANS UN OFFICE À CRÉER EN CAS DE DISPENSE DE LA CONDITION DE DIPLÔME

L'article 4 du décret du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire dispense « les professeurs et anciens professeurs ainsi que les maîtres de conférences et anciens maîtres de conférences de droit ou de sciences économique », à condition qu'ils puissent justifier « d'une certaine durée de pratique professionnelle », qui ne peut être inférieure à un an, de la condition de possession du diplôme de notaire ou du diplôme supérieur du notariat exigée, entre autres, des candidats à une nomination comme notaire, notamment dans les offices à créer.

Dans les zones de libre installation des notaires, la nomination est possible dès lors que, en vertu de l'article 52 de la loi du 6 août 2015, « le demandeur remplit les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance, requises pour être nommé en qualité de notaire ». Le décret du 20 mai 2016, pris pour l'application de ses dispositions, renvoie à un arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice, le soin de « préciser les pièces à produire » à l'appui d'une demande de nomination dans un office à créer.

L'arrêté fixant la liste des pièces à produire pour une demande de nomination en qualité de notaire dans un office à créer et le délai prévu à l'article 51 du décret n° 73-609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire a été pris le 16 septembre 2016. Le 3° de son article 2 prévoit que le demandeur produit, lorsqu'il se prévaut d'une dispense au titre de l'article 4 du décret du 5 juillet 1973 : « a) La copie de la décision de dispense antérieurement accordée par le garde des Sceaux, ministre de la Justice,

ou par le procureur général ; / b) Le contrat de travail, les bulletins de salaires ainsi que, si nécessaire, l'attestation de l'employeur justifiant de la durée de pratique professionnelle fixée dans la décision de dispense par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, ou par le procureur général ; / c) Le cas échéant, la copie de l'attestation de réussite à l'examen de contrôle des connaissances techniques ».

Un maître de conférences en droit a saisi le juge des référés du Conseil d'État d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de cet arrêté, en tant qu'il impose au demandeur bénéficiant d'une dispense de diplôme de produire, en vertu du b) du 3° de l'article 2, un contrat de travail et des bulletins de salaire. Cette exigence, qui revient à obliger les membres de l'enseignement supérieur à postuler dans un office en justifiant d'une expérience professionnelle en qualité de salarié, aurait pour effet d'empêcher les fonctionnaires de présenter leur candidature. Selon le requérant, l'article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui leur interdit sauf exception d'exercer à titre professionnel une activité lucrative de quelque nature que ce soit, ferait obstacle à ce que les fonctionnaires exercent toute activité salariée et, par conséquent, soient en mesure de produire un contrat de travail. Or en vertu du V du II de cet article, « les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions. »

Le juge des référés du Conseil d'État a estimé que ce moyen n'était pas de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté du 16 septembre 2016 en indiquant que le requérant n'invoquait aucune disposition interdisant aux personnes candidates à la nomination en qualité de titulaire d'un office à créer d'avoir acquis ou d'acquérir l'expérience professionnelle requise avant leur entrée dans la fonction publique. L'ordonnance du 18 janvier 2017 rappelle par ailleurs que la dispense de diplôme dont bénéficient, en vertu de l'article 4 du décret du 5 juillet 1973, certaines catégories de personnes est également accordée par le garde des Sceaux sous réserve d'une pratique professionnelle dans un office de notaire d'une certaine durée.

La réforme des référés administratifs, issue de la loi du 30 juin 2000, a profondément modifié l'économie des litiges portés devant le juge administratif. Grâce au référé-suspension, le juge de l'excès de pouvoir est désormais doté d'un instrument qui lui permet d'intervenir en temps utile. Les justiciables l'ont bien compris, ainsi que le démontrent les quatre ordonnances ici commentées. En se saisissant de cette voie de recours, ils cherchent à paralyser les effets d'une réglementation à l'aube de sa mise en œuvre. Alors même qu'il ne statue qu'à titre provisoire au vu d'un doute sérieux sur la légalité de l'acte litigieux, le juge des référés modifie notablement l'état du droit en évitant la réalisation de possibles illégalités. Bien plus, l'administration décide dans certains cas d'exécuter les décisions du juge des référés au-delà de ce qu'elles impliquent nécessairement en préférant faire place nette sans attendre à la décision au fond. Les présentes affaires en sont un bon exemple.

Aide juridictionnelle : le Conseil d'État apporte diverses précisions sur l'application de la loi du 10 juillet 1991 par le juge administratif ^{291c2}

L'essentiel Le Conseil d'État précise, dans deux avis contentieux, d'une part, les cas dans lesquels l'avocat d'un bénéficiaire de l'aide juridictionnelle peut se représenter lui-même ainsi que les modalités de calcul de la part contributive de l'État, y compris dans l'hypothèse d'un non-lieu, d'autre part, la nature du recours contre les décisions prises par un président de juridiction relative à la rétribution de l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle ainsi que la notion de « série d'affaires ».

CE, avis, 6-1, 18 janv. 2017, n° 399893, M. C. Lebon, Didier Ribes, rapp., Xavier de Lesquen, rapp. publ. - CE, avis, 6-1, 18 janv. 2017, n° 398918, M^{me} B. Didier Ribes, rapp., Xavier de Lesquen, rapp. publ.

Note

I. CONDITIONS DE REPRÉSENTATION DE L'AVOCAT D'UN BÉNÉFICIAIRE DE L'AIDE JURIDICTIONNELLE ET MODALITÉS DE CALCUL DE LA PART CONTRIBUTIVE DE L'ÉTAT

Saisi sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative par la cour administrative d'appel de Nantes d'une demande d'avis, le Conseil d'État a répondu, par la décision du 18 janvier 2017 rapportée, à trois questions relatives à l'application, par le juge administratif, de l'article 37 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

En vertu de cet article, le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle n'est fondé à demander au juge que le remboursement des seuls frais qu'il a personnellement exposés, à l'exclusion de la somme correspondant à la part contributive de l'État à la mission d'aide juridictionnelle confiée à son avocat. Ce dernier peut demander au juge la condamnation de la partie perdante à lui verser la somme correspondant à celle qu'il aurait réclamée à son client si ce dernier n'avait pas obtenu l'aide juridictionnelle. Dans ce cas, il doit renoncer à percevoir la part contributive de l'État.

La première des trois questions posées par la cour administrative d'appel de Nantes avait trait aux conditions de représentation de l'avocat bénéficiaire de l'aide juridictionnelle relevant appel d'un jugement d'un tribunal administratif en ce qu'il statue sur la demande présentée au titre de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991.

L'article R. 811-7 du Code de justice administrative prévoit que « les appels ainsi que les mémoires déposés devant la cour administrative d'appel doivent être présentés, à peine d'irrecevabilité, par l'un des mandataires mentionnés à l'article R. 431-2 », c'est-à-dire soit par un avocat, soit par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Le ministère d'avocat est ce faisant rendu obligatoire en appel, sauf exceptions limitativement énumérées par le même article : sont seuls dispensés les requêtes dirigées

contre les décisions des tribunaux administratifs statuant sur les recours pour excès de pouvoir des agents publics, les litiges en matière de contravention de grande voirie mentionnés à l'article L. 774-8 du Code de justice administrative et les demandes d'exécution d'un arrêt de la cour administrative d'appel ou d'un jugement rendu par un tribunal administratif situé dans le ressort de la cour et frappé d'appel devant celle-ci. Le Conseil d'État a tiré toutes les conséquences de ces dispositions, en jugeant par une décision du 22 mai 2009 (CE, 22 mai 2009, n° 301186, M., Lebon, p. 205) qu'un requérant exerçant la profession d'avocat ne peut assurer sa propre représentation dans une instance à laquelle il est personnellement partie. Les motifs de cette décision précisent que les dispositions relatives au mandat, résultant du Code de justice administrative et du Code civil, et le principe d'indépendance de l'avocat, vis-à-vis de la juridiction et des parties mais aussi du client, interdisent qu'un avocat plaide pour lui-même. En effet, d'une part, le mandant et le mandataire doivent être deux personnes distinctes. D'autre part, outre les avantages qu'il peut y avoir à confier la défense de ses intérêts à un professionnel du droit, la représentation permet d'introduire une distance profitable à la sérénité des débats et à la clarté du procès.

L'avis rendu le 17 janvier dernier déroge à cette règle de portée générale dans une hypothèse particulière et très circonscrite : « Eu égard à l'objet du litige, relatif à l'application des dispositions régissant l'aide juridictionnelle et né à l'occasion d'une instance dans laquelle un client de l'avocat était partie, les dispositions de l'article R. 811-7 du Code de justice administrative ne font pas obstacle à ce que l'avocat d'un bénéficiaire de l'aide juridictionnelle assure sa propre représentation dans le cadre de la contestation d'une décision juridictionnelle en tant qu'elle statue sur la demande qu'il avait présentée au titre de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 ». Le rapporteur public Xavier de Lesquen faisait valoir deux types d'arguments au soutien de la solution retenue par la formation de jugement, conforme sur ce point à ses conclusions. Obliger l'avocat représentant une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle à mandater l'un de ses confrères pour contester le montant de la somme mise à son bénéfice en application de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 paraît en premier lieu d'une lourdeur excessive. En second lieu, l'exigence déontologique d'indépendance de l'avocat vis-à-vis de son client, de nature à garantir des débats dépassionnés devant le juge, ne joue que faiblement lorsqu'est seulement contesté le montant des émoluments dus à l'avocat au titre de l'aide juridictionnelle. Les mêmes causes ayant les mêmes effets, l'avis précise, en se prononçant inhabituellement sur un point au-delà du cadre de la question posée, que l'avocat qui « entend contester la décision prise, en application de l'article 104 du décret du 19 décembre 1991, par le président de la juridiction sur le montant de la contribution de l'État à la rétribution de la mission d'aide juridictionnelle assurée par l'avocat », peut lui aussi assurer sa propre représentation.

Cette exception au principe affirmé dans la décision du 22 mai 2009 n'est pas sans rappeler celle issue de la

décision du 11 janvier 2006 [CE, 11 janv. 2006, n° 279878, M^{me} D., Lebon T., p. 1027-1043] par laquelle le Conseil d'État a admis que l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle puisse, en son nom propre, former un recours en rectification d'erreur matérielle lorsque, dans une instance donnée, le juge omet de statuer sur ses conclusions tendant à obtenir, sur le fondement de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991, le bénéfice des frais irrépétibles payés par la partie perdante plutôt que de percevoir la somme versée par l'État au titre de l'aide juridictionnelle. Mais les justifications de ce précédent ne rejoignent toutefois pas complètement celles qui sous-tendent la réponse du Conseil d'État à la question posée dans la demande d'avis : c'est parce que l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 confère à l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle un droit propre d'obtenir le bénéfice de frais irrépétibles payés par la partie perdante plutôt que de percevoir la somme versée en principe par l'État au titre de l'aide juridictionnelle que le Conseil d'État a jugé en 2006 que le recours en rectification d'erreur matérielle doit émaner de l'avocat lui-même.

La deuxième des trois questions de la demande d'avis interrogeait le Conseil d'État sur les modalités de calcul de la somme minimale susceptible d'être accordée à l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle par l'État. En vertu du deuxième alinéa de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991, cette part ne saurait être inférieure à la part contributive de l'État. La cour administrative d'appel de Nantes s'interrogeait sur les modalités de calcul de celle-ci : le juge doit-il se référer au barème fixé par l'article 90 du décret n° 91-647 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, qui permet de calculer le montant de la rétribution de l'avocat en multipliant une unité de valeur fixée par la loi de finances (unité de valeur fixée à 26,50 € HT par l'article 42 de la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016 pour les missions faisant suite à une admission à l'aide juridictionnelle postérieure au 1^{er} janvier 2016) par un coefficient, variable en fonction du type de procédure (le coefficient est par exemple de 20 pour les affaires au fond devant les TA et les CAA et de 8 pour un référé-suspension ou un référé-liberté), ou bien doit-il plutôt se référer à la rétribution effectivement accordée à l'avocat au titre de l'aide juridictionnelle après application, le cas échéant, des réductions prévues par les textes applicables, notamment les articles 38 de la loi du 10 juillet 1991 et 109 du décret du 19 décembre 1991 ? L'article 38 dispose en effet que « la contribution versée par l'État est réduite, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État, lorsqu'un avocat ou un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation est chargé d'une série d'affaires présentant à juger des questions semblables ». L'article 109 du décret du 19 décembre 1991 portant application de ces dispositions précise la valeur de la réduction appliquée : 30 % pour la deuxième affaire, 40 % pour la troisième, 50 % pour la quatrième, 60 % pour la cinquième et, s'il y a lieu, pour les affaires supplémentaires.

Il peut sembler surprenant que le Conseil d'État, pas plus que la Cour de cassation, n'ait jamais eu encore à trancher cette question, susceptible de se poser dans un grand nombre de litiges. Mais la disposition en cause de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 est récente : c'est

l'article 128 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 qui a précisé que la somme à payer à l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle ne peut être inférieure à la part contributive de l'État. Cette modification, issue d'un amendement du gouvernement, fait suite à un « rapport de diagnostic sur la gestion de l'aide juridictionnelle dans le cadre de la modernisation de l'action publique » réalisé en 2013 par l'inspection générale des services judiciaires préconisant, face au constat de la faible utilisation de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991, la garantie d'un montant minimum.

La réponse apportée par le Conseil d'État surprend moins : pour fixer le montant de la part contributive de l'État, le juge administratif doit appliquer, le cas échéant, les réductions prévues par les textes applicables, notamment par les articles 38 de la loi du 10 juillet 1991 et par l'article 109 du décret du 19 décembre 1991. Cette solution suppose que le juge soit informé de l'intervention de l'avocat au titre de l'aide juridictionnelle dans une série d'affaires présentant à juger des questions semblables, et ce alors même qu'il n'est pas nécessairement saisi de l'ensemble des procédures. C'est donc à l'avocat qu'il reviendra d'informer le juge, sous la vigilance des greffes de juridiction.

Enfin, la dernière des trois questions portait sur les modalités de rétribution de l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle dans les hypothèses de non-lieu. L'article 111 du décret du 19 décembre 1991 plafonne le montant de la rétribution accordée à l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle à « la moitié de celle fixée par le barème en aide totale », en vertu de son premier alinéa, dans les « cas d'extinction de l'instance pour une autre cause qu'un jugement ou une transaction » ainsi que, en vertu de son deuxième alinéa, « à la demande de l'avocat, en cas de radiation ou de retrait du rôle ou, devant les juridictions administratives, en cas de non-lieu ou de désistement ». L'article précise que le juge fixe le montant de la rétribution dans la limite de ce plafond « en fonction des diligences accomplies au cours de l'instance ». On aurait pu interpréter les deux alinéas de l'article 111, objet de la demande d'avis, comme ne trouvant à s'appliquer que dans les hypothèses de non-lieu prononcé par ordonnance en présumant que, lorsqu'un non-lieu est prononcé par une formation de jugement collégiale, un travail plus important a été fourni par l'avocat qu'il faut rétribuer. C'est la lecture qu'en proposait le rapporteur public Xavier de Lesquen, qui invitait la formation de jugement à ne pas dissocier les deux alinéas de l'article 111 du décret du 19 décembre 1991 et à considérer que la mention des « cas d'extinction de l'instance pour une autre cause qu'un jugement » du premier alinéa devait être combinée avec l'hypothèse du non-lieu devant la juridiction administrative prévue au deuxième alinéa. Il n'a pas été suivi sur ce point par la formation de jugement. Le Conseil d'État a en effet retenu dans son avis que le plafond devait toujours être appliqué, que le non-lieu soit prononcé par une ordonnance en application de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative ou par un jugement du tribunal administratif, et n'a pas articulé entre eux les deux premiers alinéas de l'article 111, le premier étant un écho à l'article 384 du Code de procédure civile et le second étant propre au contentieux administratif.

II. NATURE DU RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DU PRÉSIDENT DE LA JURIDICTION ET NOTION DE « SÉRIE D'AFFAIRES »

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a, dans un recours formé par une avocate sur le fondement de l'article 104 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, soumis au Conseil d'État, en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, une demande d'avis relative, d'une part, au contentieux des décisions administratives prises par les présidents de juridiction relatives à la rétribution des avocats désignés au titre de l'aide juridictionnelle et, d'autre part, à la notion de contentieux sériel.

L'article 104 du décret du 19 décembre 1991 dispose que les sommes revenant aux avocats sont réglées sur justification de la désignation au titre de l'aide juridictionnelle et production d'une attestation de mission délivrée par le greffier en chef ou le secrétaire de la juridiction saisie qui mentionne la nature de la procédure, les diligences effectuées ainsi que, selon le cas, le montant de la contribution de l'État à la rétribution de l'avocat ou la somme à régler à l'officier public ou ministériel. En vertu du dernier alinéa de cet article, les difficultés auxquelles donne lieu l'application de ce dispositif « sont tranchées sans forme par le président de la juridiction ».

À la différence des litiges relatifs à la désignation d'un avocat chargé de prêter son concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle par le bâtonnier qui relèvent, dans tous les cas, de la compétence du juge judiciaire (T. confl., 2 avr. 2012, n° 3830, M. P. c/ Ordre des avocats au barreau de Lille), les litiges relatifs aux décisions administratives prises par un président de juridiction et relatives à la rétribution de l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle relèvent du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve la juridiction en cause (CE, 16 oct. 2013, n° 345704, M. N., Lebon T., p. 386, 516, 517, 678, 747).

La première des deux questions soumises au Conseil d'État par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise n'était pas la plus délicate. Interrogé sur la nature du contentieux des décisions d'un président de juridiction sur la rétribution d'un avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle prise sur le fondement de l'article 104 du décret du 19 décembre 1991, et donc sur les pouvoirs dont est investi le juge, le Conseil d'État a indiqué, au point 3 de l'avis rapporté, que le recours dont ces décisions peuvent faire l'objet « est un recours de plein contentieux à l'occasion duquel le juge détermine la part contributive de l'État à la rétribution de la mission d'aide juridictionnelle assurée par l'avocat ». La solution retenue se situe, sans surprise, dans la continuité de ce qui a été jugé s'agissant des ordonnances par lesquelles les présidents de juridictions administratives liquident et taxent les frais d'expertises, qui ont un caractère administratif (CE, sect., 17 juin 1983, n° 24265, L., Lebon, p. 260) et peuvent faire l'objet de recours de pleine juridiction dans le cadre desquels le juge détermine les droits à rémunération de l'expert ainsi que les parties devant supporter la charge de cette rémunération (CE, 7 oct. 2013, n° 356675, Sté TP Ferro Concesionaria, Lebon, p. 246).

La réponse apportée à la seconde des deux questions, relative à la notion de « série d'affaires » en matière d'aide juridictionnelle, était moins évidente. En vertu de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1991, l'avocat qui prête son concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle perçoit une rétribution dont le montant est, en vertu de l'article 38 de la même loi, réduit, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État, lorsqu'un avocat « est chargé d'une série d'affaires présentant à juger des questions semblables ». L'article du décret du 19 décembre 1991 pris pour l'application de ces dispositions prévoit que « la part contributive versée par l'État à l'avocat choisi ou désigné pour assister plusieurs personnes dans une procédure reposant sur les mêmes faits en matière pénale ou dans un litige reposant sur les mêmes faits et comportant des prétentions ayant un objet similaire dans les autres matières est réduite de 30 % pour la deuxième affaire, de 40 % pour la troisième, de 50 % pour la quatrième et de 60 % pour la cinquième et s'il y a lieu pour les affaires supplémentaires ». La question du tribunal administratif distinguait deux hypothèses : le cas d'instances distinctes mais présentant à juger des questions semblables et le cas d'une même instance dans laquelle un avocat aurait représenté plusieurs bénéficiaires de l'aide juridictionnelle contestant, collectivement, une même décision.

Le Conseil d'État a donné dans sa réponse une interprétation large de la notion de « série d'affaires », qui n'épouse pas celle, plus restrictive, donnée à la notion de série qui figure dans le Code de justice administrative (CJA, art. R. 122-12, R. 222-1, R. 822-5) autorisant le juge à recourir à des ordonnances. Le critère retenu, au point 4 de l'avis, n'est pas celui de l'identité de parties ni celui de l'identité d'instances mais, en écho à l'article 38 de la loi du 10 juillet 1991, qui parle de l'avocat « chargé » d'une série d'affaires présentant à juger des questions semblables, celui de la mission : « Lorsque plusieurs bénéficiaires de l'aide juridictionnelle présentent, dans une même instance ou dans plusieurs instances, des conclusions identiques en demande ou en défense conduisant le juge à trancher les mêmes questions, l'avocat les représentant au titre de l'aide juridictionnelle réalise à leur égard une seule et même mission ». La mission de l'avocat est définie par la combinaison de deux éléments : des conclusions identiques, présentant à juger des mêmes questions. Le dernier de ces deux éléments permet une analyse plus fine des diligences réellement effectuées par l'avocat que le seul critère de l'identité des conclusions. C'est d'ailleurs au vu de la requête, c'est-à-dire des conclusions mais aussi des moyens soulevés, que le président de la juridiction délivre l'attestation de mission prévue à l'article 104 du décret du 19 décembre 1991 sur le fondement de laquelle la somme due à l'avocat est réglée. Cette définition conduit à appliquer la réduction de la rétribution de l'avocat lorsque celui-ci assiste plusieurs bénéficiaires de l'aide juridictionnelle présentant des conclusions similaires en demande ou en défense, soit dans le cadre d'une même instance, soit dans le cadre d'instances distinctes, et ce alors même que cet avocat aurait accompagné, de façon individuelle et personnalisée, chacun de ses clients dans le cadre de rendez-vous ou d'entretiens téléphoniques.