

LES VALEURS DU DROIT ET DE L'ECONOMIE. LA REFORME DES PROFESSIONS REGLEMENTEES ET LE LIBERALISME « A LA FRANCAISE »

Jacqueline MORAND-DEVILLER*

RÉSUMÉ: La loi du 6 août 2015 sur « *La croissance, l'activité et l'égalité des chances* », dite loi Macron, réforme certaines professions réglementées, notamment les professions juridiques.

Rappel des conditions de vote de cette loi : délais, discussions, commission *ex ante* d'évaluation, vote bloqué.

1. Vers une libéralisation au nom de l'efficacité économique

1.1 Les objectifs poursuivis

Fin des monopoles. Libre concurrence. Egalité des chances, notamment pour les jeunes. Des finalités économiques. Concurrence et qualité du service rendu.

1.2 Les principales réformes

Fin de l'autorégulation par les ordres professionnels. Deux exemples : réforme du notariat ; réforme des taxis et autocars.

2. Les ambiguïtés d'une liberté du marché réglementé par l'Etat

2.1 Libéralisation ou planification

La tradition « colbertiste » de la France. Le rôle du ministère de l'Economie et des Finances et l'effacement du ministère de la Justice.

2.2 Les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence

Une autorité administrative indépendante aux pouvoirs accrus. Constitutionnalité (décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015) et conventionalité (la loi et le droit de l'Union européenne).

Conclusion: Une loi de circonstance et une mini réforme

MOTS-CLÉS : *la réforme, les professions, le libéralisme, a la française, décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015.*

CODE JEL: *K1*

1. INTRODUCTION

La loi du 6 août 2015 sur « *La croissance, l'activité et l'égalité des chances* » (La loi du 6 août 2015, 2015), dite loi Macron du nom du jeune ministre de l'Economie, texte de 308 articles souvent très longs et qui couvrent 116 pages du Journal officiel fait partie de ces lois « fourre-tout », traitant de sujets très différents parmi lesquels la réforme de certaines professions réglementées, en particulier les professions du droit. C'est sans doute ce thème qui a soulevé le plus de contestation avant le vote et de critiques ensuite.

Pour apaiser cette levée de boucliers, le gouvernement a décidé de faire vite : vote accéléré du texte avec la saisine d'une commission spéciale et le recours à l'article 49 §3

* Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, FRANCE.

de la constitution qui donne au gouvernement la possibilité d'engager sa responsabilité sur un texte : si aucune motion de censure n'est adoptée le texte est considéré comme adopté. Par ailleurs, une méthode originale et habile a été utilisée, celle de demander à une *Commission d'évaluation* composée de dix économistes de faire un rapport *ex ante* sur les effets de la loi. L'évaluation se fait généralement après le vote et la mise en application de la loi mais cette évaluation préalable au vote par des experts extérieurs est une initiative intéressante, beaucoup moins lourde et coûteuse que l'évaluation confiée à de lourdes structures et mériterait d'être pérennisée

La loi a été soumise au *Conseil constitutionnel* qui, dans une décision du 5 août 2015 l'a déclarée conforme à la Constitution sauf, en ce qui concerne les professions réglementées, deux dispositions concernant la charge de l'indemnisation.

Sur les 137 professions réglementées en France, 6 seulement sont concernées par la loi Macron, la plupart sont des professions juridiques : notaires, avocats, huissiers, greffiers des tribunaux de commerce, taxis et autocars. Les professions de santé ont été écartées.

On a choisi d'apprécier les principales réformes apportées par la loi à partir d'une réflexion sur les libertés et droits fondamentaux en cause et sur un « marché du droit » répondant à des des objectifs prioritairement économiques.

2. VERS UNE LIBERALISATION AU NOM D'OBJECTIFS ECONOMIQUES PRIORITAIRES

2.1. Les objectifs poursuivis

Le gouvernement n'a pas manqué de présenter son projet en lui donnant les objectifs les plus flatteurs : lever les freins à la croissance, renforcer les capacités – en particulier de la jeunesse- de créer, innover, produire, améliorer la mobilité des Français. La loi vise à "établir une égalité des chances économiques, à créer plus d'activité en déverrouillant les blocages, en favorisant l'investissement et en développant l'emploi. Elle s'articule autour de trois axes : libérer, investir, travailler". Pour les professions juridiques il s'agit d'ouvrir un large accès au droit et de renforcer la sécurité juridique, propos surtout *incantatoires*.

La controverse sur les professions réglementées a des origines anciennes Dès 1959, étaient dénoncés les «situations de sclérose, de malthusianisme et les îlots de résistance au progrès technique, au renouveau démographique et à l'évolution sociale » (voir Rapport Armand-Rueff et, en 2008, Rapport Attali).

Cette modernisation était aussi réclamée par les instances européennes depuis que la directive Bolkenstein de 2006 avait réaffirmé le principe de libre prestation des services inscrite dans le traité de Rome mais non réalisé. Il était donc nécessaire de libéraliser les professions réglementées afin d'intensifier la concurrence et de baisser les prix pour offrir un service moins cher (Morand-Deville, 2000).

La réforme introduit la *liberté d'installation*, tout en confirmant l'exclusivité des missions des professionnels du droit. Elle renforce le maillage territorial. Elle ouvre l'accès au capital pour encourager l'investissement et permettre l'interprofessionnalité. Elle rénove le mode de fixation des tarifs, afin qu'ils reflètent davantage les coûts réels.

A l'origine les professions du droit étaient liées au fonctionnement de la justice et, parce qu'on exigeait de ces *mandataires de justice* capacité et loyauté, on leur accordait des privilèges liés à l'exercice de leur mission d'intérêt général, sinon de service public comme l'estimait la doctrine. Leur interlocuteur était le ministère de la Justice. Ils étaient organisés en Ordres professionnels chargés de définir et contrôler l'activité des membres (Morand-Deville, 2014).

Désormais le statut change, l'objectif est clairement économique, l'autorégulation par les ordres est assimilée à une entente, *un cartel entre professionnels* faussant la concurrence et les professions sont soumises aux exigences d'une économie de marché fondée sur la publicité et la mise en concurrence, sur la liberté de circulation et sur la transparence. Elles sont traitées comme des entreprises, comme des *opérateurs économiques* et ont un nouvel interlocuteur, le ministère de l'Économie

2.2. Les principales réformes

Deux professions seront prises en exemple: les notaires et les avocats pour mesurer l'importance des réformes et un contre-exemple d'échec de la libéralisation sera donné avec les taxis alors que le transport par autocars est, quant à lui, libéralisé.

- *Les avocats* Les dispositions concernant les avocats restent assez modestes : obligation d'une convention d'honoraires entre l'avocat et son client, convention qui existait déjà en pratique et qui devient obligatoire : Il est précisé que le secret professionnel doit être respecté ; création d'un nouveau statut d'avocat d'entreprise; perspectives d'inter-professionnalité ; nouvelles conditions de détention du capital social ; promotion du numérique. Un « gigantesque marché du droit en train d'éclorre sur Internet » est-il dit, le concept de « marché » est désormais au cœur des professions du droit, ce qui était inconcevable il y a seulement quelques années.

- *Les notaires* ¹La loi réforme la profession notariale, vénérable institution qui n'avait pas su se réformer à temps, alors que certains excès étaient dénoncés en matière notamment de fixation des tarifs et de fermeture de la profession.

Le gouvernement souhaite "simplifier" l'installation de nouveaux notaires afin de stimuler la concurrence. Auparavant le nouveau notaire devait être « présenté » par le notaire qui lui vendait sa charge, condition obligatoire avant la nomination par le ministère de la Justice.

Avec la réforme, un notaire qui souhaite ouvrir une nouvelle étude pourra en faire directement la demande auprès du ministère de la Justice en précisant le lieu où il compte s'installer. Le garde des Sceaux aura alors recours à l'Autorité de la concurrence qui donnera un avis au regard de plusieurs critères : densité de population de la zone, nombre d'études déjà présentes et démographie des notaires en place. Une installation pourra être refusée s'il ressort qu'elle pourrait mettre en faillite les études déjà existantes dans la zone. La Chancellerie pourra s'opposer à l'avis de l'Autorité de la concurrence.

Comme pour les avocats l'ouverture du capital des sociétés détenues par les professions juridiques sera autorisé. Les professionnels du droit pourront s'associer entre eux, ainsi qu'avec les experts comptables. Ils pourront également utiliser des formes sociales qui n'étaient pas autorisées jusqu'à présent (SA, SARL...) à l'exception des sociétés de commerce.

En ce qui concerne les *tarifs*, la loi prévoit donc de revoir à la baisse le tarif de certains actes courants (contrat de mariage, succession, donation, etc.). Pour limiter la grogne des notaires, la nouvelle grille tarifaire ne fixera pas un prix précis mais une fourchette : le notaire choisira librement s'il pratique le prix plancher ou le prix plafond.

¹ En 2013, il y avait 9.311 notaires dont 30 % de femmes, ayant 48 ans en moyenne. 56000 personnes travaillent dans 5900 études, soit 9,5 personnes en moyenne. Ils réalisent 7 milliards d'euros de chiffre d'affaires : 49 % d'actes immobiliers, 26 % d'actes de succession, 14 % d'actes de crédit, 7 % de conseil et 4 % de négociation immobilière. Ils rédigent 4 millions d'actes et voient transiter 600 milliards d'euros par an

Le problème le plus délicat est celui des actes liés à *l'achat ou à la vente d'un bien immobilier*. La rémunération des notaires était calculée par tranches de prix de vente du bien, avec un pourcentage variant entre 0,825% et 4% du montant de la transaction. Les prix de l'immobilier ayant doublé en deux décennies, les revenus des notaires, surtout des grandes villes, avaient explosé sans rapport avec le coût de revient de l'acte. Le gouvernement a décidé de changer les règles mais pas pour tout : les tarifs seront encadrés par la loi mais seulement pour les biens immobiliers les moins chers. Pour les transactions plus élevées le notaire percevra un pourcentage du montant de la vente mais avec un seuil fixé par décret, après avis de l'Autorité de la concurrence.

La loi a fixé au 1er 2016 la date à laquelle doivent être rendus publics les nouveaux tarifs des notaires et la carte autorisant de nouvelles installations dans les zones sous-dotées en offices notariaux.

- *Les autocars* La loi du 6 août 2015 s'intéresse aux autocars et, dans une moindre mesure, aux taxis. Les motifs qui poussent à rendre plus libéral l'exercice de ces professions sont l'évolution de la doctrine économique de l'Etat et l'apparition d'un nouveau modèle commercial. La loi envisage une libéralisation rapide des transports par autocars et incite, après son vote, à prendre des mesures tendant à rendre plus libéral l'exercice de la profession de taxi.

Jusqu'à présent la loi française n'autorisait que les liaisons internationales par autocar excluant les liaisons nationales entre agglomérations. Elle permettait seulement des arrêts en France dans le cadre des liaisons internationales (Morand-Deville, 2010). La loi d'août 2015 met fin à cette interdiction *et autorise l'exploitation des lignes d'autocar sur le territoire national* afin de proposer une offre de transport complémentaire au train ou à la voiture individuelle. L'un des avantages avancés est la baisse des tarifs (notamment ceux devenus très élevés du train à grande vitesse TGV):

« Les entreprises de transport public routier de personnes établies sur le territoire national peuvent assurer des services réguliers interurbains ». « Tout service assurant une liaison dont deux arrêts sont distants de 100 kilomètres ou moins fait l'objet d'une déclaration auprès de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, préalablement à son ouverture.

Lorsqu'elle estime qu'il est nécessaire de limiter un service, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières propose à l'autorité organisatrice de transport la mise en place à cet effet de règles objectives, transparentes et non discriminatoires. L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) deviendra l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER). Elle pourra limiter la hausse des tarifs de péages, mettre plus de concurrence dans les marchés d'autoroutes, et donner son avis sur les lignes d'autocars nationales.

- *Les taxis* La loi n'a pas réussi à libéraliser le secteur des taxis, reculant devant la vigueur de la protestation : blocage des routes à plusieurs reprises. Le système actuel ne peut cependant pas être maintenu qui voit les licences, indispensables pour circuler délivrées gratuitement par les autorités administratives et ensuite revendues à prix d'or, jusqu'à 200 000 euros dans les grandes agglomérations. Cette cession a été interdite mais les 50 000 licences en circulation (près de 18 000 à Paris²) octroyées avant cette date

² Le groupe Taxis G7 et Taxis bleus, contrôle près des deux tiers des taxis parisiens, « monopole qui s'ajoute au monopole », a-t-on dit.

continuent de nourrir un marché parallèle et les anciens détenteurs de licence s'opposent à la délivrance de nouvelles licences.

Le cheval de bataille actuel des taxis est le *développement rapide des VTC*, dont le statut demeure flou. Alors qu'à Londres ou à New York, l'abondance des VTC et la disponibilité des taxis conduisent les usagers à abandonner leur voiture individuelle avec pour conséquence une circulation plus fluide et un usage accru des taxis que le New-Yorkais utilise six à sept fois plus que le Parisien, la pénurie des taxis en France conduit à une hausse des prix fixés par la puissance publique.

La loi Macron a donc échoué dans la mise en œuvre d'une libéralisation reposant sur des règles claires et le ministre a promis d'en traiter dans une loi prochaine sur le numérique.

3. LES AMBIGUÏTES D'UNE LIBERTE DU MARCHE REGLEMENTE PAR L'ETAT

3.1. Libération ou planification ?

Les premiers commentaires faits sur la loi du août 2015 n'ont pas manqué de faire valoir le *paradoxe* d'une réforme qui d'une part prétend déréglementer et introduire la liberté du marché et d'autre part donne d'importants pouvoirs de réglementation au gouvernement.

Ces pouvoirs sont confiés au Ministre de l'Economie qui intervient, après avis de l'Autorité de la concurrence dans la fixation des tarifs en fonction du « coût pertinent ». Même incursion s'agissant de déterminer la répartition géographique des professions, surtout notariale. Le tuteur naturel des professions réglementées : le ministère de la Justice se voit concurrencé par le ministre de l'Economie dans l'organisation et le contrôle de l'activité des professions. Au nom de la concurrence, l'Etat introduit une planification des tarifs et du maillage du territoire (Morand-Deville, 2009).

Est-ce nouveau? Non sans doute car cette réforme s'inscrit dans une tradition dite « colbertiste » d'un libéralisme « à la française », un libéralisme « administré », c'est-à-dire d'une volonté de libérer l'économie et le commerce tout en maintenant une forte tutelle de l'Etat (Morand-Deville, 2014).

La réforme de 2015 porte alors à se tourner vers les leçons de l'histoire et à évoquer le sort des professions réglementées lors de la Révolution de 1789. Pour mettre fin aux abus des « corporations » et des « offices, la loi du 6 octobre 1791 avait supprimé la vénalité et l'hérédité des offices de notaires faisant de ceux-ci des fonctionnaires publics nommés. Mais quelques années plus tard, par la *loi du 25 ventôse an XI* (16 mars 1803), Napoléon réorganise la profession selon un modèle de réglementation et nombreux *clausus* qui perdura dans ses grandes lignes jusqu'à nos jours.

La loi Macron bouleverse certes ce système vénérable mais elle ne va pas jusqu'à établir une libéralisation totale. Le droit de présentation subsiste, les nouvelles installations seront limitées, une certaine liberté dans la fixation des tarifs est admise et tout se passe sous un contrôle assez strict de l'Etat dans lequel intervient un nouveau partenaire : l'Autorité de la concurrence.

3.2 Les nouveaux pouvoirs de l'Autorité de la concurrence

Autorité administrative indépendante chargée de la régulation du fonctionnement des marchés publics et privés par le jeu de la concurrence, le Conseil de la concurrence, créé en 1986 et devenu Autorité de la concurrence en 2008, a été étroitement associée à l'élaboration de la loi Macron.

Un avis lui avait été demandé lors de la préparation de la loi par le ministre de l'Économie sur la modernisation des professions de notaires, d'huissiers, de greffiers des tribunaux de commerce, d'administrateurs et mandataires judiciaires afin de les ouvrir à la concurrence et de «casser les rentes»... L'avis rendu en juillet 2015, prévoyait de mettre

en œuvre une liberté d'installation, de généraliser la voie électronique, plus rapide et moins coûteuse, d'assurer la publicité des tarifs par les professionnels sur leur site Internet afin que le consommateur puisse choisir et faire jouer la concurrence, d'établir un zonage afin d'éviter les déserts juridiques.

L'Autorité de la concurrence est une des gagnantes de la loi Macron. Déjà dotée de pouvoirs importants notamment ³ elle donnera un avis déterminant au gouvernement quant à la fixation des tarifs des professions réglementées du droit, qui seront révisés au moins tous les cinq ans. Concernant la liberté d'installation des notaires, huissiers et commissaires-priseurs judiciaires, l'Autorité établira tous les deux ans une cartographie des offices existants, en délimitant les « zones libres » et les « zones grises » où un refus de titularisation est possible.⁴ L'institution fonctionne avec une équipe légère de moins de 200 personnes et des moyens supplémentaires lui ont été donnés.

- Constitutionnalité et conventionnalité

La loi du août 2015 a reçu un brevet de constitutionnalité délivré par le Conseil constitutionnel. Elle n'a pas cherché à se voir délivrer un brevet de conventionalité et les débats montrent une certaine indifférence à l'égard des règles de l'Union européenne et il n'est pas exclu que la CJUE doivent apporter des précisions nécessaires.

Consulté en janvier 2015, Le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion de relever que « s'ils participent à l'exercice de l'autorité publique et ont ainsi la qualité d'officier public nommé par le garde des sceaux, les notaires titulaires d'un office exercent une profession libérale et n'occupent pas des « dignité, places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

Après le vote de la loi, le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours où plusieurs de ses dispositions ont été contestées. Dans sa décision du 5 août 2015, le Conseil reconnaît la constitutionnalité de la plupart des réformes concernant les professions réglementées, estimant notamment que la réglementation de la fixation des tarifs par le gouvernement tend à assurer une égalité au service juridique et ne portait pas atteinte à la liberté d'entreprendre, que l'Autorité de la concurrence n'émet qu'un avis qui ne lie pas le pouvoir réglementaire, qu'aucune atteinte n'est portée au secret professionnel des avocats et aux droits de la défense par les pouvoirs d'investigation donnés à l'Autorité de la concurrence, que les dispositions permettant l'implantation de nouveaux offices ne portent pas atteinte au principe d'égalité.

Deux dispositions seulement ont été déclarées contraires à la constitution ; celle instituant une contribution obligatoire versée par les professionnels et destinée à financer un « Fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice » pour le seul motif que le pouvoir réglementaire ne pouvait être habilité à en fixer les règles et celle concernant l'*indemnisation* d'un ancien office notarial lorsqu'il y a atteinte à sa valeur patrimoniale par l'installation d'un nouvel office. Selon le conseil constitutionnel, ce n'est pas aux

³ Elle peut prendre des mesures conservatoires, telle la suspension d'activités illicites, prononcer des injonctions et prendre des sanctions pécuniaires dont le montant peut atteindre pour une entreprise 10% du montant de son chiffre d'affaires mondial. La Cour d'appel de Paris veille au respect de la proportionnalité et admet la procédure dite « de clémence » ou la transaction.

⁴ La loi donne aussi de nouvelles compétences à l'Autorité de la concurrence, dans le secteur de la grande distribution commerciale. A la demande du préfet ou du ministre, elle pourra donner un avis sur les projets de documents d'urbanisme commercial. Quand un opérateur en position dominante détient plus de 50 % de parts de marché sur une zone et y pratiquera des prix ou marges significativement plus élevés qu'ailleurs, elle pourra exiger des baisses de prix et, en cas d'échec, contraindre le distributeur à céder des magasins.

nouveaux titulaires à supporter cette charge, il y aurait rupture d'égalité devant les charges publiques. La loi a été modifiée et elle met l'indemnisation à la charge de l'Etat.

La CJUE avait jugé dans un arrêt du 24 mai 2010 que "l'activité d'authentification confiée aux notaires ne comporte donc pas, en tant que telle, une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique que "les notaires exercent leur profession (...) dans des conditions de concurrence, ce qui n'est pas caractéristique de l'exercice de l'autorité publique ».

Elle appelait donc une libéralisation et la loi Macron s'inscrit dans cette logique de liberté d'établissement et de prestation. On peut penser qu'elle reste en retrait par rapport aux exigences européennes qui concernent de manière globalisante les professions réglementées alors que la loi ne traite que 6 d'entre elles, mais les normes européennes sont elles-mêmes prudentes quant à la libération. Il n'y a que des recommandations et pas encore de réglementation sauf en ce qui concerne la condition de nationalité qui a été supprimée. La loi a reçu un accueil mitigé à Bruxelles mais aucune action en manquement n'a été engagée.

4. CONCLUSION

La loi du 6 août 2015 est une loi de circonstance sans réel projet global. Elle n'a rien d'une grande loi en dépit de la grandiloquence des objectifs : lever les freins à l'activité, investir et travailler afin de "déverrouiller l'économie française", défendre le sens de l'intérêt général. On frôle le ridicule et la montagne, une fois de plus, a accouché d'une souris. Les décrets d'application qui vont suivre multiplieront sans doute les régimes d'exception et l'on doit s'interroger sur ce qui doit rester au cœur du problème : la qualité du service rendu. La compétence des notaires et des avocats et la qualité de leurs prestations n'étaient pas mise en cause et le nouveau système n'est-il pas susceptible de l'altérer dans la mesure où les impératifs de publicité et mise en concurrence risquent de créer de nouveaux privilèges plus redoutables que les anciens et des inégalités entre gros et petits « opérateurs » qui rejailliront sur les demandeurs de service.

Inspirée par l'ordre économique européen, les politiques nationales mettent de l'économie partout, n'hésitant pas à user de réformes brutales à l'égard de traditions vénérables et de règles qui avaient révélé leur efficacité (cf actuellement la remise en cause de la bonne vieille loi de 1913 sur les monuments historiques qui a permis la sauvegarde de notre patrimoine architectural).

L'économie doit-elle être maîtresse ou servante du droit ? Les valeurs au sens mathématique et économique doivent-elles l'emporter sur celles du Juste et de l'Utile en majuscules ? La loi sur les professions réglementées, si modeste et médiocre soit elle, a le mérite d'ouvrir des débats d'envergure.

RÉFÉRENCES

- La loi du 6 août 2015 , 2015. *La croissance, l'activité et l'égalité des chances* , s.l.: s.n.
Morand-Deville, J., 2000. *Cours de droit administratif: Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés.*, s.l.:L.G.D.J.
Morand-Deville, J., 2009. *Droit de l'environnement.* s.l.:Presses Universitaires France.
Morand-Deville, J., 2010. *La commune l'urbanisme et le droit.* s.l.:L.G.D.J.
Morand-Deville, J., 2014. *Droit administratif des biens.* 8 édition ed. s.l.:L.G.D.J.
Morand-Deville, J.,2014. *Droit de l'urbanisme.* 9 édition ed. Paris: Dalloz-Mementos.