Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les Sénateurs soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques.

Les sénateurs requérants considèrent que :

* l’article 39 relatif à la réforme de la procédure d’injonction structurelle en matière de concurrence dans le domaine du commerce de détail,
* l’article 50 relatif à la réglementation des tarifs des officiers publics ou ministériels,
* l’article 52 relatif à la liberté encadrée d’installation des notaires, des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires,
* l’article 57 relatif à la liberté d’installation des avocats aux Conseils
* l’article 60 relatif à la diffusion des informations issues du registre du commerce et des sociétés
* les articles 63, 65 et 67 relatifs aux formes juridiques d’exercice
* l’article 64 relatif à l’habilitation permettant de désigner des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires pour exercer à titre habituel certaines fonctions de mandataire judicaire.
* et l’article 238 relatif à la cession forcée

sont contraires à la Constitution au titre de l’incompétence négative du législateur, contraires aux principes constitutionnels de clarté et d’intelligibilité, portent atteinte à la garantie des droits, au principe d’égalité, aux principes d’indépendance et d’impartialité des autorités administratives, au droit de propriété, à la liberté d’entreprendre, et à la garantie des droits.

* **Concernant l’article 39 de la loi déférée**

L’article 39 modifie les conditions permettant à l’Autorité de la concurrence d’enjoindre les entreprises à céder des actifs, dite procédure d’injonctions structurelles. Ainsi l’autorité de la concurrence pourra agir sur les structures de marché et remédier à une concentration élevée en matière d’équipement commercial, en se fondant sur des « préoccupations de concurrence», et non sur l’abus de position dominante constaté.

L’extension des pouvoirs de l’autorité de la concurrence ainsi créée par la loi déférée **porte, selon les requérants, atteinte à la liberté d’entreprendre,** puisqu’elle apparaît disproportionnée dans la mesure, notamment, où les taux de concentration du commerce de détail en métropole sont sans commune mesure avec les particularités du secteur en Nouvelle-Calédonie ou dans les territoires ultra-marins.

En effet, la décision de votre Conseil du 1er octobre 2013 relative à l’injonction structurelle spécifiquement mise en place en Nouvelle Calédonie, ne saurait emporter la constitutionnalité d’une telle disposition au niveau national, puisqu’elle était fondée sur « les contraintes particulières de ces territoires » et la situation locale en matière de concurrence.

Si l’obligation de céder des actifs ne saurait s’analyser comme une privation de ce droit, il apparaît, selon les requérants, que son exercice est contraint de manière excessive.

La cession forcée d’actifs comme la résiliation forcée de conventions en cours, dans un délai déterminé et nécessairement trop court, ne peuvent se réaliser que dans des conditions défavorables au vendeur, qui de fait perd toute faculté de négocier. Il en résulte un véritable effet d’aubaine pour l’acheteur qui pourra ainsi acquérir à bon prix les actifs commerciaux cédés, bénéficiant indûment et sans efforts de l’investissement et de l’innovation de ses concurrents. Le vendeur subira donc un préjudice patrimonial non indemnisé lequel, *pour la fraction ainsi concernée*, s’analyse comme une **dépossession contraire au droit de propriété.**

Les actes et accords, dont la plupart est de nature contractuelle, qui devront être défaits en conséquence de l’injonction, ont été réalisés de manière légale. Plus généralement, les opérations de concentration en cause ont été autorisées mais les effets liés à l’autorisation se trouvent remis en cause de manière excessive – compte tenu, notamment, du caractère pérenne des injonctions prononcées.

L’autorité de la concurrence aura ainsi autorisé en amont des opérations de concentration qu’elle pourra ultérieurement sanctionner en aval, créant ainsi une situation d’insécurité juridique peu satisfaisante au regard de la garantie des situations juridiquement acquises, c’est-à-dire au regard du **principe de la garantie des droits.**

* **Concernant l’article 50 de la loi déférée**

Les Sénateurs requérants considèrent que **l’article 50 de la loi porte atteinte à l’article 34 de la Constitution au titre de l’incompétence négative du législateur** ; en effet, le législateur doit épuiser l’entièreté de sa compétence, définie par la Constitution, la loi ne pouvant renvoyer au pouvoir réglementaire le soin d’adopter et de définir les mesures qui relèvent du champ d’application de l’article 34 de la Constitution.

En l’espèce, l’article 50 de la loi déférée retire au pouvoir législatif la compétence de définir le pouvoir réglementaire concernant la détermination des tarifs, qui seul à la capacité de définir l’organisation des officiers publics et ministériels.

Ainsi, **cette loi donne à l’Autorité de la Concurrence une compétence nouvelle** afin d’émettre un avis sur les prix et les tarifs réglementés. Le fait de déléguer légalement cette compétence, même consultative, à cette autorité indépendante retire du pouvoir réglementaire son autorité **et constitue une subdélégation abusive de compétence**, dont l’avis s’imposera aux autorités ministérielles, sans prévoir les garanties nécessaires, comme l’impose pourtant votre Conseil[[1]](#footnote-1).

L’article 50 visé crée, de plus, une contribution à l’accès au droit et à la justice qui est assise sur la valeur hors taxe de tout bien ou sur le montant hors taxe de tout droit, pour lequel le tarif est fixé proportionnellement à ceux-ci, et qui est supérieur à 300.000 euros. Ce seuil pourrait être révisé par arrêté conjoint des ministres compétents. Or, aux termes de l’article 34 de la Constitution : « *la loi fixe les règles concernant […] l’assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures* ». C’est pourquoi, le rapporteur au Sénat, François Pillet, a rappelé que « *la faculté de modification de l’assiette ainsi conférée au pouvoir réglementaire ne semble donc pas conforme à la Constitution* ».

**Cette contribution à l’accès au droit et à la justice, participant au fonds interprofessionnel de péréquation contrevient par ailleurs au principe d’égalité devant les charges publiques,** consacré à l’article 13 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. La loi retient comme assiette, non pas l’émolument reçu par le professionnel, mais la valeur du droit ou du bien qui fait l’objet de la prestation rémunérée par cet émolument ; les montants pourraient ainsi être conséquents et le taux devenir confiscatoire, en s’imputant directement sur les émoluments du professionnel.

À cet égard, les requérants relèvent que le pouvoir réglementaire fixera librement les tarifs des professions intéressées, sans avoir à tenir compte du prélèvement par ailleurs effectué au titre de la contribution. Ceci pourrait avoir pour conséquence d’aggraver, à la discrétion du Gouvernement, le caractère confiscatoire de cette contribution pour les professionnels concernés.

Par ailleurs, la création d’un fonds interprofessionnel et non d’un fonds constitué profession par profession, aboutit à faire potentiellement supporter la charge de péréquation en faveur d’une profession donnée par les membres d’une autre profession, ce qui porte aussi **atteinte au principe d’égalité devant les charges publiques**.

De plus, cette disposition créant une contribution financière dans un texte législatif, qui n’a pas un objet financier, **contrevient,** selon les requérants, **à l’article 47 de la Constitution**, puisqu’une telle réforme aurait dû voir le jour dans une loi de finances, comme votre Conseil le rappelle[[2]](#footnote-2).

Par ailleurs, obliger l’officier public ou ministériel qui consentira une remise à un client à l’appliquer ensuite à tous ses clients pose une difficulté, compte tenu de l’obligation d’instrumenter à laquelle sont astreints ces professionnels. La loi, en outre, ne fixe pas de durée à la remise, ce qui la rend potentiellement perpétuelle. Faute d’assurer au professionnel une prévisibilité suffisante des conséquences d’une remise sur son chiffre d’affaires, **le dispositif apporte à la liberté d’entreprendre des restrictions importantes**, contraires, en ce sens, à l’article 4 de la Déclaration de droits de l’homme et du citoyen de 1789, que votre Conseil a récemment rappelé[[3]](#footnote-3). Car pour être jugées conformes à la Constitution, les restrictions apportées à la liberté d’entreprendre doivent être contrebalancées par un motif d’intérêt général suffisant et proportionnées au but poursuivi par la loi. Comme l’a rappelé le rapporteur au Sénat, l’égalité d’accès des citoyens aux prestations juridiques qui sous-tend ces mesures est déjà assurée par l’existence d’un tarif réglementé.

L’ensemble de ces griefs révèle que l’article 50 met en place un système complexe qui crée une incertitude sur la réalité du tarif qui sera réellement pratiqué par les professionnels, et les motifs qui conduisent à la création du fonds de péréquation, **mettant en cause le principe de clarté et d’intelligibilité de la loi, et portant atteinte à la garantie des droits.** Le dispositif qui est ainsi créé peut conduire à ce qu’au-delà d’un seuil, dont on ne connaît pas les critères de fixation, le bien ou le droit en cause se voit appliqué un tarif calculé différemment alors que le justiciable qui sollicite le professionnel du droit vient solliciter le même type de prestation que celui dont le bien ou le droit est inférieur à ce seuil.

* **Concernant l’article 52 de la loi déférée**

Cet article qui organise un mécanisme de liberté d’installation contrôlé en fonction d’un zonage établi interroge les Sénateurs requérants quant à la conformité du texte aux exigences constitutionnelles, notamment sur le fait que **le législateur a manifestement méconnu sa propre compétence.**

Ainsi, dans le cadre de la libre installation ainsi définie, l’Autorité de la concurrence interviendra en exerçant un pouvoir de proposition permettant aux ministres compétents d’établir une carte des zones où l’implantation d’offices est libre. Or ceci confère à l’Autorité de la concurrence une compétence réglementaire sur la liberté d’installation des notaires.

Comme l’a précisé le rapporteur au Sénat, dans son rapport,  le terme employé pour qualifier ce pouvoir est en effet celui de « *proposition* ». Or, en droit, ce vocable traduit le fait que ceux auxquels cette proposition est adressée n’ont pas le pouvoir de l’amender et peuvent seulement l’agréer ou la rejeter.

Ce pouvoir de proposition lie l’appréciation de l’autorité qui le sollicite, à l’instar d’un pouvoir d’avis conforme, la différence entre les deux étant que l’avis conforme s’applique au projet de décision élaboré par l’autorité compétente, alors que la proposition la précède. Or, dans une décision du 14 décembre 2006, votre Conseil a jugé que si les dispositions de l’article 21 de la Constitution, qui attribuent au Premier ministre l’exercice du pouvoir réglementaire à l’échelon national, « *ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autre*  *autorité que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en* *œuvre une loi dès lors que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée* *limitée tant par leur champ d’application que par leur contenu ; [elles] ne* *l’autorisent cependant pas à subordonner à l’avis conforme d’une telle autorité* *l’exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire*  ».

Or, le fait de confier cette compétence à l’Autorité de la concurrence conduit au dessaisissement du pouvoir réglementaire de sa capacité de décision dans l’organisation des professions **et constitue une délégation abusive de compétence à une autorité administrative** indépendante.

Au surplus, l’article 52 n’indique pas clairement les critères utilisés pour déterminer la carte des installations et les éléments en fonction desquels l’autorité de la concurrence émettra ses avis et recommandations. La rédaction de cet article 52 est imprécise quant au régime juridique des différentes zones d’installation des officiers publics ou ministériels, **méconnaissant ainsi les objectifs de clarté et d’intelligibilité de la loi.**

Par ailleurs, alors que le ministre évoquait lors de la discussion parlementaire l’existence de trois catégories de zones d’installation, l’article 52 ne fixe, en réalité, le régime juridique que de seulement deux zones. Ainsi, les zones de libre installation sont définies au premier paragraphe de l’article 52 et leur régime juridique est fixé au second. Le troisième paragraphe est consacré aux zones « *autres que celles mentionnées au I, où l’implantation d’offices supplémentaires de notaires, d’huissiers de justice ou* *de commissaires-priseurs judiciaires seraient de nature à porter atteinte à la continuité* *de l’exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu*  ». Dans ces zones, le ministre peut refuser l’installation d’un nouveau professionnel, eu égard aux caractéristiques de cette zone et au niveau d’activité économique des professionnels concernés.

Comme l’a démontré le rapporteur au Sénat, la définition ainsi donnée de la seconde zone ouvre un espace pour une troisième zone, intermédiaire entre les zones de libre installation et celles où l’installation peut être refusée pour certains motifs. Or, l’article 52 n’indique pas quel régime juridique (liberté d’installation, possibilité de refus, interdiction d’installation…) doit être associé à ce troisième type de zone.

Une telle carence du législateur, dans une matière qui engage pourtant des libertés fondamentales, comme celle d’entreprendre ou le droit de propriété des professionnels qui ont acheté le droit de présenter leur successeur, **est constitutive d’incompétence** **négative du législateur**.

La loi déférée est également contraire à la Constitution en ce qu’elle prévoit un mécanisme d’indemnisation insuffisamment défini dans la loi, comme l’a d’ailleurs précisé le Conseil d’Etat, dans son avis du 8 décembre 2014, préalablement à la discussion du texte au Parlement.

L’absence de fixation, dans la loi, du régime d’indemnisation et le renvoi au seul juge de l’expropriation est, selon les requérants, **générateur d’une incompétence négative du législateur.** En l’espèce, le législateur renvoie au juge de l’expropriation la fixation d’une indemnisation qui devrait être définie dans la loi elle-même.

Alors que le droit de présentation a une valeur patrimoniale, reconnue par votre Conseil[[4]](#footnote-4), le système mis en place par l’article 52, ne laissant pas subsister une clientèle qui pourrait être cédée indépendamment de ce droit, conduit à une dévalorisation de ce droit de présentation. Selon les requérants, cette valeur est protégée par l’article 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 qui prévoit que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d’intérêt général et proportionnées à l’objectif poursuivi[[5]](#footnote-5). En l’espèce, les modalités d’indemnisation ne satisfont pas, selon les requérants à cette exigence de proportionnalité.

Les requérants considèrent également que **le principe d’égalité devant les charges publiques** impose de prévoir précisément les modalités d’indemnisation, dès lors que la loi crée une rupture caractérisée de l’égalité et cause un préjudice anormal, excédant les aléas inhérents à l’activité. Le fait de contourner les limites posées par la jurisprudence constitutionnelle[[6]](#footnote-6) en n’excluant pas une indemnisation, mais en se défaussant sur les nouveaux entrants est, selon les requérants, inconstitutionnel au regard du principe d’égalité devant les charges publiques. Le législateur aurait dû prévoir les modalités de l’engagement de la responsabilité de l’Etat vis-à-vis de l’ensemble de la profession et mettre en place un système ad hoc d’indemnisation du préjudice subi.

Par le mécanisme créé de remboursement par le nouvel installé, la loi ne conduit qu’à une indemnisation éventuelle dépendant d’une décision juridictionnelle qui conduira à ce que le professionnel du droit déjà installé ne peut avoir de certitude, portant ainsi **atteinte à la garantie des droits** de l’article 16 de la déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Ainsi, en adoptant des règles plus rigoureuses que celles qui étaient en vigueur, le législateur méconnaît la garantie des droits s’il porte aux situations légalement acquises une atteinte qui n’est pas justifiée par un motif d’intérêt général[[7]](#footnote-7).

* **Concernant l’article 57 de la loi déférée**

Cet article de la loi déférée confie à l’Autorité de la concurrence le soin de faire des *« recommandations »* sur le nombre d’offices d’avocats aux Conseils *« dans la perspective d’augmenter de façon progressive le nombre de ces offices »*. Au vu des *« besoins ainsi identifiés »,* le ministre, saisi par un demandeur présentant les conditions d’aptitude requises, *« le nomme »* titulaire dans un office ainsi nouvellement créé ou procède à un appel à candidatures.

Les dispositions ou formulations de cet article 57 **contreviennent aux principes de clarté et d’intelligibilité de la loi.**

En effet, *« L’Autorité de la concurrence rend au ministre de la justice, qui en est le garant, un avis sur la liberté d’installation des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation ».* L’objet garanti  n’est ainsi pas précisé. Les requérants s’interrogent sur la distinction opérée entre « *avis*» sur la liberté d’installation des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation et « *recommandations* en vue d’améliorer l’accès aux offices ».

De plus, l’expression « *au vu des besoins identifiés par l’Autorité de la concurrence*», qui conditionne l’exercice du pouvoir de nomination du ministre, est obscure selon les requérants.

Le mécanisme prévu par l’article 57 de la loi déférée **méconnaît les exigences de l’article 21 de la Constitution**, d’où résulte que l’exercice du pouvoir réglementaire appartient au Premier ministre, et ne peut être délégué qu’aux ministres.

En effet, il est prévu que le Garde des Sceaux est tenu de créer un nouvel office chaque fois qu’il correspond à un *« besoin identifié »* par l’Autorité de la concurrence, ce que révèle l’usage délibéré de l’indicatif présent : lorsque le demandeur remplit les conditions, le ministre de la justice *« le nomme »*, cette nomination exprimant en fait la création de l’office, et cette nomination étant rendue obligatoire pour le ministre dès lors que l’Autorité de la concurrence aura fixé en amont le nombre d’offices à créer selon elle.

De la même façon, le ministre est tenu de lancer un appel à candidatures lorsqu’*« il constate »* un nombre insuffisant de création d’offices *« au regard des besoins identifiés »*. Dans ce cas, *« il procède »*, obligatoirement, à un appel à manifestation d’intérêt.

En réalité, c’est bien l’Autorité de la concurrence qui aura constaté et décidé à sa place qu’il est impératif de créer de nouveaux offices, et le ministre voit ainsi l’exercice de sa compétence totalement lié par cette autorité, à qui le pouvoir réglementaire a, de fait, été transféré.

Qui plus est, l’article 57 **méconnaît, selon les requérants, les articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789, le principe de l’indépendance de la justice et l’objectif constitutionnel de bonne administration de la justice**.

L’Autorité de la concurrence se voit en effet assigner une *« perspective »* unique et univoque, sans possibilité de retour : *« augmenter de façon progressive le nombre de ces offices »*. Cet objectif est par lui‑même contraire à celui que poursuit le système des offices, qui est précisément de limiter le nombre de professionnels, pour éviter un afflux de pourvois, garantir aux justiciables une qualité d’excellence, faciliter le dialogue avec le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Il est en outre contraire à l’indépendance même de l’Autorité de la concurrence, que la loi place dans l’obligation de ne rendre ses avis qu’à sens unique.

L’Autorité de la concurrence n’est pas tenue de se conformer aux besoins du service public de la justice, puisqu’aucun *critère* d’appréciation ne lui est assigné, mais seulement un *objectif* d’augmentation du nombre d’offices, quels que soient les besoins, le tout sans que le ministre de la justice et les chefs de juridiction soient en rien associés au processus de décision.

**L’article 57 méconnaît enfin les articles 16 et 13 de la Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen**, en ce qu’il ne prévoit aucun mécanisme d’indemnisation des avocats actuellement titulaires d’offices.

En effet, le législateur ne peut entériner une rupture caractérisée de l’égalité devant les charges publiques, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ; ainsi, s’il supprime un privilège professionnel significatif, il doit ainsi prévoir un mécanisme d’indemnisation[[8]](#footnote-8).

Cette absence d’indemnisation ne saurait être palliée par l’invitation faite à l’Autorité de la concurrence de prévoir une augmentation *« progressive »* du nombre de charges, *« de manière à ne pas bouleverser les conditions d’activité des offices existants »*. Cette précaution est inefficace et inopérante. Elle est inefficace, déjà, en ce que l’augmentation, fût-elle progressive, du nombre d’offices, sans corrélation avec une augmentation du contentieux, bouleversera inévitablement les conditions d’activité des titulaires actuels. Elle est inopérante, surtout, en ce que cette augmentation programmée anéantit, d’emblée, la valeur du droit de présentation que les professionnels avaient acquis, ce droit étant désormais sans aucune valeur.

Corrélativement, le dispositif va inévitablement créer, **au mépris du principe d’égalité devant la loi,** deux catégories d’avocats aux Conseils : les avocats titularisés dans un office existant, qui doivent inclure le droit de présentation dans leurs coûts, et les avocats titularisés dans un nouvel office, pour lesquels aucun droit de présentation ne pèsera sur les coûts, et qui bénéficieront donc d’un avantage concurrentiel évident.

Bien plus encore, la combinaison de l’article 57 et de l’article 65 de la loi déférée, qui se donne pour objectif de faciliter la création de sociétés interprofessionnelles rassemblant notamment des avocats au barreau et des avocats aux Conseils, permettra à tout avocat aux Conseils nommé dans une charge nouvellement créée de s’abstraire des aléas de la constitution d’une clientèle propre en s’associant à un grand cabinet d’avocats au barreau pour bénéficier immédiatement d’un apport de clientèle.

* **Concernant l’article 60 de la loi déférée**

Cet article de la loi déférée vise, d’une part, à organiser la diffusion gratuite en « open data » des informations issues du registre du commerce et des sociétés, sous l’égide de l’Institut national de la propriété industrielle (INPI), et, d’autre part, à confier à la chambre de commerce et d’industrie, à titre expérimental, dans trois départements d’outre-mer la gestion matérielle du même registre.

En prévoyant la transmission gratuite à l’INPI des données et surtout des « *résultats des retraitements des informations*», produit du travail et de l’investissement des greffes, l’article 19 **restreint le droit de propriété** des greffiers des tribunaux de commerce sur ce qui constitue, au sens du droit français comme européen, des bases de données. En l’absence de contrepartie indemnitaire, cette restriction apparaît manifestement disproportionnée et constitue une violation grave et inconstitutionnelle du droit de propriété des greffiers des tribunaux de commerce.

De plus, cet article 60 aboutit à priver directement les greffiers des tribunaux de commerce d’une de leurs principales sources de revenu en instaurant un régime de diffusion gratuit des informations contenues dans le registre du commerce et des sociétés. Il s’ensuivra immanquablement un déséquilibre financier des greffes et un appauvrissement considérable des intéressés constitutifs, en l’absence d’une compensation idoine de ce préjudice économique, d’une **rupture franche du principe d’égalité devant les charges publiques.**

* **Concernant les articles 63, 65 et 67 de la loi déférée**

La loi déférée permettra d’ouvrir le capital des sociétés d’exercice d’une profession exerçant sous le statut d’officier ministériel – huissiers, notaires, administrateurs judiciaires, avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation… – à des capitaux privés extérieurs qui contrôleront ces sociétés. La seule condition est que ces investisseurs exercent eux-mêmes une profession juridique ou judiciaire.

Ces dispositions portent, selon les requérants, une **atteinte manifeste aux principes d’indépendance et d’impartialité des juridictions, garantis par l’article 64 de la Constitution,** en tant qu’elles entraînent pour ces professionnels la perte de la maîtrise de leur office, seule garante du principe d’indépendance et d’impartialité de la justice.

L’indépendance intellectuelle et économique de ces professionnels est en effet une garantie indispensable au bon accomplissement des missions de service public qui leur ont été confiées. Il est même plus indispensable qu’ils soient indépendants à l’égard des autres professionnels du droit que de tout autre « investisseur » susceptible d’être intéressé.

En effet, alors que les professionnels personnes physiques ou morales étrangères pouvaient être uniquement apporteurs de capitaux minoritaires au sein des SPFPL pluri-professionnelles pouvant prendre des participations dans des groupements étrangers, avec ces nouvelles dispositions, ces mêmes professionnels peuvent entrer au capital des structures d’exercice. Et ils peuvent faire partie du bloc de majorité.

De plus, alors que le bloc majoritaire était obligatoirement détenu par les professionnels en exercice dans les structures, il peut désormais être détenu par des professionnels qui exercent certes la même profession, mais dans des structures différentes, ou encore se retrouver entre les mains d’un professionnel exerçant une autre profession juridique ou judiciaire que la profession de notaire.

Enfin, le professionnel en exercice, qui pouvait auparavant déjà perdre dans sa structure les pouvoirs de direction au bénéfice direct ou par l’intermédiaire d’une SPFPL au bénéfice d’un actionnaire exerçant toutefois la profession de notaire, peut désormais la perdre au bénéfice d’un professionnel du droit, qui plus est étranger, qui n’exerce pas la profession de notaire, le notaire n’ayant pour seul porte-voix de son indépendance et de son impartialité un autre notaire en tant qu’administrateur.

Ainsi, la loi déférée crée selon les requérants des structures « full service », que l’exercice de la fonction juridictionnelle et le principe constitutionnel d’indépendance et d’impartialité prohibent.

La réforme des structures d’exercice, telle qu’elle est voulue par le législateur, **porte immanquablement atteinte à l’indépendance et à l’impartialité des professions** en raison des conflits d’intérêts qui vont se présenter au sein de ces structures et du fait que la loi permet qu’un officier public n’ait pas de fonctions de direction au sein d’une structure d’exercice alors même que cet officier public a la responsabilité de son commis, qu’il engage la responsabilité collective d’une profession et, chose plus grave encore, le sceaux de l’Etat.

À cet égard en s’abstenant de préciser les garanties propres à éviter les conflits d'intérêts ou le risque de minoration, au sein de la structure de direction, des représentants de la profession exercée par la société, le **législateur n’a pas épuisé sa compétence**, dans la mesure où il lui appartenait de garantir l’indépendance d’exercice des professions, notamment dans leur participation à l’exercice de l’autorité publique.

Enfin, comme le rapporteur pour le Sénat l’a relevé, l'accumulation des renvois et des dérogations apportées par l’article 22 à la loi du 31 décembre 1990 rend le droit applicable peu lisible, complexe et incertain, les exceptions devenant plus générales que la règle, ce qui constitue une **méconnaissance des objectifs de clarté et d’intelligibilité de la loi**.

* **Concernant l’article 64 de la loi déférée**

L’article 64 de la loi déférée habilite le Gouvernement en vue de permettre la désignation des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires pour exercer, à titre habituel, les fonctions de mandataire judiciaire dans les petites liquidations judiciaires sans salarié et dans les procédures de rétablissement personnel.

Les requérants considèrent que cette disposition, introduite par voie d’amendement au cours de la navette parlementaire, qui n’a pas fait l’objet d’une étude d’impact, est **contraire à l’article 39 de la Constitution**.

Par ailleurs, les requérants considèrent que la rédaction lapidaire de cette habilitation **méconnaît les exigences de l’article 38 de la Constitution**, tel que votre Conseil l’a rappelé dans sa jurisprudence, imposant trois exigences*[[9]](#footnote-9)*. En effet, les projets d’habilitation doivent dûment justifier le recours aux ordonnances et indiquer précisément tant la finalité que le domaine des ordonnances à venir ; or, en l’espèce, tel n’est pas le cas.

De plus, selon les requérants, l’article 64 **méconnaît également l’article 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et le principe de la garantie des droits**.

Votre Conseil a rappelé à de nombreuses reprises le caractère essentiel des principes d’indépendance et d’impartialité qui doivent gouverner le déroulement des procédures collectives[[10]](#footnote-10). Ainsi, ces procédures collectives, dans lesquelles les administrateurs et mandataires judiciaires interviennent en vertu d’un mandat délivré par la juridiction compétente doivent se dérouler dans les conditions d’impartialité et d’indépendance aussi bien du point de vue de la juridiction que de ces mandataires, lesquels reçoivent une véritable délégation de service public. D’ailleurs, les différents textes en matière de règlement des entreprises en difficulté ont toujours montré la volonté constante du législateur de maintenir et de renforcer l’existence d’une profession de mandataire de justice organisée afin de garantir cette indépendance.

C’est pourquoi, selon les requérants, la nature et l’étendue de la mission, les compétences requises et le statut des mandataires et administrateurs judiciaires ne peuvent être comparés avec ceux des autres professions concernées, et ne sauraient être exercés par eux à titre habituel sans mettre en péril leur indépendance, ce qui multiplierait d’ailleurs inévitablement les conflits d’intérêt.

**Les requérants s’interrogent également sur la conformité de cet article déféré à l’article 1er de la Constitution et à l’article 13 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen.**

En effet, la gestion concomitante de la clientèle et des mandats de justice sera particulièrement complexe, en particulier dans les petits bassins économiques, sauf à conserver une activité d'huissier très limitée voire résiduelle. Il semblerait étrange, selon les requérants, qu'un huissier de justice soit amené à exercer sa profession d'origine à titre seulement accessoire.

Dès lors que seraient concernées les petites liquidations judiciaires, dont les liquidations impécunieuses, les requérants s’interrogent, comme l’avait fait le rapporteur au Sénat, sur les modalités de financement de la rémunération d'un huissier de justice ou commissaire-priseur judiciaire pour ces liquidations impécunieuses, c'est-à-dire celles dont le produit de la réalisation des actifs du débiteur ne permet pas au liquidateur d'obtenir une somme d'au moins 1 500 euros hors taxes à titre de rémunération. Il appartient, dans ce cas, au tribunal de déclarer le dossier impécunieux, au vu des justificatifs présentés par le liquidateur. Actuellement, un mécanisme de rémunération forfaitaire est prévu pour les dossiers impécunieux : le tribunal fixe la somme perçue par le liquidateur à la différence entre la rémunération effectivement perçue par le liquidateur et le seuil de 1500 euros précité. Cette somme est versée par le fonds de financement des dossiers impécunieux (FFDI), géré par la Caisse des dépôts et consignations et financé par une quote-part des intérêts servis par la Caisse sur les fonds déposés par les administrateurs et mandataires judiciaires, qui sont tenus de déposer à la Caisse toute somme perçue dans le cadre des procédures pour lesquelles ils ont été désignés.

Ce mécanisme de financement des dossiers impécunieux fonctionne grâce à un principe de péréquation au sein de la profession. Les procédures qui impliquent un maniement de fonds important permettent de financer les procédures impécunieuses, de façon aujourd'hui équilibrée.

Comme la désignation d'autres professionnels, comme mandataire judiciaire, est extrêmement peu fréquente et n'est pas réservée aux petites procédures, elle ne pèse pas aujourd'hui sur le FFDI. En revanche, si les huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires pouvaient exercer « à titre habituel » les fonctions de liquidateur pour les petites liquidations et donc pour les liquidations impécunieuses, ils bénéficieraient du mécanisme de financement du FFDI, alors qu'ils n'y contribueraient que relativement peu. En tout état de cause, ils devraient être tenus à l'obligation de dépôt des fonds des procédures auprès de la Caisse des dépôts et consignations, ce qui n'est pas le cas pour les fonds de tiers détenus au titre de l'activité d'huissier de justice.

Enfin, les huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires qui souhaiteraient exercer « à titre habituel » ces fonctions de mandataire judiciaire devraient souscrire des assurances spécifiques pour garantir à un niveau adéquat leur responsabilité professionnelle, quand bien même les dossiers concernés ne représenteraient que des montants limités.

Les requérants s'interrogent enfin sur les conditions dans lesquelles huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires pourraient acquérir les compétences aujourd'hui exigées d'un mandataire judiciaire et dont ils ne disposent pas nécessairement, compte tenu des règles d'accès à leurs professions.

* **Concernant l’article 238 de la loi déférée**

Les requérants s’interrogent sur la constitutionnalité de la procédure instituée par cet article 238, au regard du **droit de propriété des actionnaires en place**, qui se trouveraient évincés, directement ou indirectement, du fait de la décision du tribunal.

Le tribunal dispose aujourd'hui de la faculté d'ordonner la cession des titres de capital des dirigeants de l'entreprise, lorsqu'il subordonne l'adoption du plan à leur remplacement. Le prix de cession est fixé à dire d'expert. En dehors de ce cas très spécifique il n'existe pas de possibilité de contraindre les actionnaires d'une entreprise en redressement judiciaire de céder leurs parts.

La « cession forcée » des parts des actionnaires, opposés au plan, peut s'analyser en une atteinte à leur droit de propriété, sous forme en quelque sorte d'une expropriation.

En l'état du droit, le tribunal ne peut ordonner une augmentation du capital de la société en redressement judiciaire que dans un seul cas, lorsque le montant des capitaux propres est inférieur à la moitié du capital social, du fait des pertes constatées dans les documents comptables. Dans ce cas, les actionnaires sont invités à reconstituer le capital à concurrence du montant proposé par l'administrateur judiciaire, dans la limite minimale de la moitié du capital social. Rien n'était toutefois prévu jusqu'à récemment en cas de refus des actionnaires de procéder à une telle augmentation de capital.

Or, dans l'hypothèse où le capital n'a pas été ainsi reconstitué, à la condition que le projet de plan prévoie une modification du capital en faveur de personnes qui s'engagent à respecter le plan, l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 a donné à l'administrateur judiciaire la faculté de demander au tribunal la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée des actionnaires, mais aussi de voter à la place des actionnaires opposants sur la reconstitution du capital. Cette atteinte au droit de vote des actionnaires est ainsi prévue dans le cas très particulier de la nécessité de reconstituer le capital social : en droit commun des sociétés, en effet, une société dont les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social encourt la dissolution.

En dehors de ce cas spécifique, le droit des procédures collectives ne permet aucune augmentation de capital ordonnée par le tribunal. Une telle faculté, prévue par la loi déférée, avec la « dilution forcée » constitue, selon les requérants, une atteinte bien plus grave au droit de propriété des actionnaires en place que la « cession forcée ».

En effet, la « dilution forcée » prive les actionnaires de l'usage d'un élément substantiel du droit de propriété attaché à la détention des actions : le droit de vote, c'est-à-dire le droit de participer aux votes de l'assemblée, qui engagent la société.

De plus, cette atteinte au droit de vote est sans contrepartie, telle qu'elle est par la loi déférée puisque les actionnaires ainsi dilués auront juste la possibilité de se retirer de la société.

En outre, le mécanisme de « dilution forcée » suscite, selon les requérants, une sérieuse interrogation quant à sa conventionnalité, au regard du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de sa Cour de justice. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne veille avec une grande vigilance au respect constant des droits des actionnaires, comme en atteste l'ensemble de sa jurisprudence en la matière.

Dans ces conditions, il apparaît clairement que le mécanisme de « dilution forcée » semble clairement **incompatible avec le droit européen** et présente un très sérieux risque juridique.

1. Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985. [↑](#footnote-ref-1)
2. Décision n°84-177 DC du 30 août 1984 ; QPC n°2012-231/234. [↑](#footnote-ref-2)
3. QPC n°2012-285 du 30 novembre 2012. [↑](#footnote-ref-3)
4. Décision n°2010-624 DC, du 20 janvier 2011. [↑](#footnote-ref-4)
5. QPC n°2010-60 du 12 novembre 2010. [↑](#footnote-ref-5)
6. Décision n°84-182 DC du 18 janvier 1985. [↑](#footnote-ref-6)
7. Décision n°2005-530, du 29 décembre 2005. [↑](#footnote-ref-7)
8. Décision n°2000-440 DC, du 10 janvier 2001. [↑](#footnote-ref-8)
9. Décision n° 99-421 DC. [↑](#footnote-ref-9)
10. QPC n°2012-286, QPC n° 2013-352. [↑](#footnote-ref-10)