

Assemblée du contentieux
Séance du 4 mai 2018
Lecture du 18 mai 2018

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. L'article 52 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a profondément modifié les conditions dans lesquelles les notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires peuvent s'installer et doivent cesser leurs fonctions. Ces fonctions sont assurées par des officiers publics ministériels, qui sont ainsi chargés d'une mission de service public en étant titulaire d'un *office* pour lequel ils pourront présenter leur successeur, en vertu de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, faculté qui constitue, ainsi que vous l'avez jugé, un « droit patrimonial » (CE, 19 nov. 2004, M. Sa..., n° 262298, T).

Ce système n'interdit pas au ministre de créer de nouveaux offices. En pratique cependant, l'intervention du législateur résulte du constat que peu d'offices étaient créés. Ainsi, s'agissant des notaires, entre 2005 et 2013, le nombre des offices n'avait progressé que de 69, la plupart en région parisienne, et le nombre d'offices avait globalement diminué depuis 1990. Dans le même temps, le nombre des diplômés augmentait, qui ne pouvaient exercer cette profession, ou seulement comme notaire salarié. La réforme inscrite aux articles 52 et suivants de la loi du 6 août 2015 apporte une réponse énergique à ces constats.

D'une part, les articles 53 à 55 instituent pour ces professions une limite d'âge de 70 ans. D'autre part, l'article 52 prévoit que les ministres de la justice et de l'économie, et non plus la seule chancellerie, doivent établir une carte de France distinguant deux sortes de zones : celles où l'implantation de nouveaux offices « *apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services* » et celles où, à l'inverse, l'implantation d'offices supplémentaires « *serait de nature à porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu* ». Dans ce second type de zone, les « zones d'installation contrôlée », le demandeur demeure peu ou prou dans la situation qui était la sienne auparavant : pour devenir titulaire d'un office, il doit en principe se faire présenter par un titulaire, les nominations sur des offices vacants ou créés étant exceptionnelles, même si la loi prévoit que les demandes de création donneront désormais lieu à un avis de l'Autorité de la concurrence.

A l'inverse, dans les « zones d'installation libre », l'article 52 de la loi dispose que « *les notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires peuvent librement s'installer* » et que tout demandeur qui remplit les conditions de nationalité, aptitude expérience et assurance « est nommé » titulaire d'un nouvel office. Cette affirmation est

toutefois tempérée, dans le même article, par la mention que l'administration doit « *garantir une augmentation progressive du nombre d'offices à créer, de manière à ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants* », la carte devant être assortie d'une « *recommandation sur le rythme d'installation compatible avec une augmentation progressive du nombre de professionnels* ». La liberté d'installation n'est donc pas une liberté juridique : elle constitue une obligation pour l'administration de créer de nouveaux offices, mais pas un droit du demandeur à être nommé sur un office créé pour lui.

Dans ce cadre, à partir d'une proposition de l'Autorité de la concurrence, les ministres ont publié le 16 septembre 2016 une carte, valable deux ans, qui distingue 60 zones contrôlées de 247 zones libres où sont prévues 1002 créations d'offices afin d'atteindre l'objectif de 1650 nouveaux notaires libéraux. Le législateur provoque ainsi un choc d'augmentation de l'offre de services notariés ; par la suite, il est prévue que la carte soit révisée tous les deux ans et on peut penser que progressivement les zones libres deviendront zones contrôlées.

Le décret n° 2016-661 du 20 mai 2016 attaqué aujourd'hui par les cinq requêtes appelées, une demande de suspension ayant été rejetée en référé (CE, 11 juillet 2016, n° 400683), est un décret d'application de cette réforme. Vous pourrez prendre acte de deux désistements dans l'une des requêtes.

Trois aspects du décret sont contestés, d'inégales difficultés :

- les modalités de nomination sur les offices créés dans les zones d'installation libre, qui relèvent effectivement du domaine réglementaire ;
- la réforme des conditions de transfert des offices à l'intérieur des nouvelles zones ;
- les modalités d'entrée en vigueur de la nouvelle limite d'âge.

Deux moyens généraux de légalité externe ne vous retiendront pas : le décret adopté est conforme aux projets présentés au Conseil d'Etat puis proposés par lui ; et le contresigne du ministre chargé de l'économie n'était pas nécessaire car le décret n'implique aucune mesure d'application de sa part : en particulier, l'arrêté fixant les zones et recommandations, s'il est signé par ce ministre, est pris directement en application de la loi, indépendamment du décret.

2-1. Nous commencerons par examiner les moyens critiquant les modalités d'attribution des nouveaux offices de notaire dans les zones de libre installation. L'article 53 du décret n° 73-609 du 5 juillet 1973, tel que modifié par le décret attaqué, prévoit que le ministre nomme les nouveaux titulaires d'un office en suivant l'ordre chronologique d'enregistrement des candidatures. Cependant, si on enregistre dans les 24 premières heures plus de candidatures que d'offices à pourvoir pour une zone, l'ordre d'examen des demandes, et donc les futurs titulaires (s'ils remplissent les conditions), est déterminé par tirage au sort.

Dans les 24 heures qui ont suivi l'ouverture des candidatures, le mercredi 16 novembre 2016, environ 30 000 demandes ont été déposées par plus de 7 000 candidats, les multi-candidatures étant autorisées. Le nombre de candidatures était supérieur au nombre d'offices à créer dans toutes ces zones. Autrement dit, l'attribution des 1000 nouveaux offices, chiffre inédit et considérable si on le compare aux environ 5000 offices existants alors, se fera entièrement par tirage au sort. Or cette situation où le nombre de candidats est supérieur au nombre d'offices créés n'a pas été réglée par la loi, qui prévoit à l'inverse un dispositif complexe s'il n'y a pas assez de candidatures.

Le rapport de 1 à 30 entre offices et candidatures s'explique en partie par un effet de ciseau qui a conduit, d'un côté, à limiter le nombre d'offices créés et, de l'autre, à multiplier le nombre des candidatures. En effet, d'un côté, le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif légal qui permettait l'indemnisation des notaires en place. L'Autorité de la concurrence puis les ministres ont alors limité la création de nouveaux offices en plafonnant la perte de chiffre d'affaire des notaires installés à 30% afin d'éviter une rupture de l'égalité devant les charges publiques. De l'autre côté, les règlements d'application ont autorisé les notaires ou sociétés déjà titulaires d'un office à candidater à l'attribution gratuite d'un nouvel office ; les multi-candidatures ont été autorisées ; enfin, les sociétés professionnelles ont été autorisées par le décret n° 2016-1509 du 9 novembre 2016 à être désormais titulaires de plusieurs offices.

Malgré cet effet de ciseau, on peut penser que, dès le départ, les données structurelles de la profession devaient conduire à ce qu'il y ait plus de candidats que de nouveaux offices. L'application du décret attaqué conduit à deux paradoxes, sur lesquels s'appuie la requête pour soutenir qu'il est contraire à la loi et à certains principes juridiques.

Premier paradoxe : alors que le texte de la loi ne dit rien d'un tel changement, le mode normal de nomination des notaires pour les offices créés par l'administration est désormais le tirage au sort parmi ceux qui remplissent les conditions de diplôme ou d'expérience et les autres conditions minimales d'aptitude définies par les articles 3 et 4 du décret n°73-609 du 5 juillet 1973. Ce mode de nomination n'est d'ailleurs pas réservé au seul choc d'offre voulu par la loi du 6 août 2015, il est permanent : le titulaire de tout office devenu vacant est désormais tiré au sort parmi les candidats du premier jour¹ ; et lorsque les offices créés se raréfieront, à mesure des révisions de la carte des zones, ils continueront à être tirés au sort.

Second paradoxe : l'absence de tout choix du garde des sceaux parmi ces nombreuses candidatures peut aboutir, en théorie, à un résultat contraire aux objectifs de la réforme, tels que présentés par le Gouvernement et débattus au Parlement :

- la réforme devait permettre aux non titulaires d'exercer leur métier, à titre libéral, or le tirage au sort peut théoriquement accorder les 1000 nouveaux offices à des notaires ou sociétés déjà titulaires d'offices ; l'article 4 de l'arrêté du 16 septembre 2016 prévoit qu'on créera alors à nouveau des offices si les premières attributions ne permettent pas l'installation de nouveaux notaires... ;
- la réforme devait favoriser l'accès des jeunes et des femmes à cette profession, paramètres dont l'Autorité de la Concurrence doit tenir compte dans son analyse,² mais le ministre ne peut pas tenir compte de ces objectifs ;
- certains avaient dénoncé la « rente » des notaires en place, causée par une gestion malthusienne des offices ; or le hasard peut attribuer, gratuitement, les nouveaux offices à ceux qui en ont déjà un, qui peuvent donc vendre la présentation de leur successeur sur celui qu'ils doivent quitter ; la chambre des notaires de Paris dénonce d'ailleurs le risque d'un « *marché secondaire des offices notariaux* » et soutient que les candidats tirés au sort font l'objet « *d'offres(...) pour qu'ils cèdent leur office sitôt nommés* » ;
- enfin, la loi elle-même promeut le développement de services notariaux de proximité, mais chacun candidate dans plusieurs zones et peut y être tiré au sort sans considération,

¹ Art. 56 du décret n° 73-609 du décret du 5 juillet 1973

² Art. L. 462-4-1 du code de commerce

par exemple, d'un ordre de préférence. Il est vrai que le tirage au sort commence par les zones les moins demandées, mais il arrive fréquemment qu'un candidat tiré au sort dans une première zone soit ensuite tiré au sort dans une autre zone avant d'être nommé dans la première, du fait du long délai des vérifications préalables à sa nomination. Ce candidat peut alors se désister de la zone qui lui plaît le moins. De nombreux désistements ont conduit à ce qu'à l'issue des premiers tirages au sort, plus de 300 offices ne soient pas pourvus³, notamment dans les zones les moins attractives, le ministre ayant alors lancé des procédures complémentaires. Nous vous signalons à ce propos qu'est critiqué le fait que, pour ces vérifications, le décret prévoit que le Conseil supérieur du notariat transmet certaines informations au ministre. L'obligation ne porte que sur les informations en possession de ce conseil, que le ministre complètera au besoin : il n'y a donc pas d'inégalité entre les candidats, qui feront tous l'objet de vérifications complètes, et cette disposition ne nous semble pas contraire à la loi.

S'appuyant sur ces paradoxes, la chambre départementale des notaires de Paris soutient que ces modalités d'attribution des nouveaux offices méconnaissent la loi et une série de principes. Un tel principe n'étant pas réellement dégagé par votre jurisprudence, elle en propose diverses formulations : un principe obligeant le recours au concours, un principe général issu du statut du notariat, un principe tenant à ce que le ministre ne peut se reposer sur le sort pour exercer le pouvoir de nomination que lui a confié la loi.

2-2. Plus généralement, ces critiques posent la question de la faculté pour l'administration d'exercer ses attributions en recourant au tirage au sort. Quoique l'ordre logique commanderait d'examiner d'abord ce que permet ou interdit la loi, nous commencerons par cette question de principe, pour en revenir ensuite à l'interprétation de la loi.

Il nous semble la requérante a raison de soutenir que, lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire d'un véritable pouvoir de choix et non d'un simple devoir d'appréciation de critères, plus ou moins objectifs, fixés par les textes, il y a des cas où elle ne peut pas choisir par tirage au sort. Au fondement du droit administratif, il y a l'idée bien connue que l'administration dispose de pouvoirs exorbitants, relevant d'un droit exorbitant, mais que cette puissance est compensée, d'une part, par des règles strictes de compétence et des règles de procédure et de forme, d'autre part, et surtout, par l'obligation d'exercer ces pouvoirs pour la mission de service public qui lui a été confiée, dans l'intérêt général, ce que ne permet pas toujours le tirage au sort.

Il est certain qu'aucun principe n'interdit de façon générale le tirage au sort, vous l'avez jugé récemment à propos des inscriptions à l'université (CE, 22 dec. 2017, Ass. SOS Education e.a., n° 410561, T.) ; seuls l'interdisent des principes sectoriels, tirés des règles de la commande publique⁴ ou de l'article 6 de la déclaration de 1789, dont le Conseil constitutionnel a jugé qu'il ne s'applique pas aux notaires (CC, 21 nov. 2014, n° 2014-429 QPC). Le tirage au sort est parfois une modalité pertinente, voire la plus adéquate, pour prendre des décisions pour lesquelles aucun critère de départage ne s'impose entre des candidats a priori égaux au regard de ce qu'on attend d'eux, pour lesquelles il est préférable

³ A l'issue des tirages au sort effectués entre le 6 février et le 28 septembre 2017, 690 offices ont été créés sur les 1002 prévus.

⁴ Si l'office public et ministériel confié à son titulaire la charge d'un service public, il est attribué de façon unilatérale et non contractuelle et la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ne s'applique pas aux services notariés (art. 10). La directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur (« directive services ») exclut également de son champ d'application les services notariés (art. 2).

d'éviter tout soupçon de partialité que pourrait entraîner le fait même de choisir, ou pour lesquelles l'organisation d'une sélection selon des critères objectifs entraînerait des efforts et des dépenses disproportionnés à l'enjeu, ces trois considérations se mêlant souvent. C'est ainsi que le sort désigne les jurés d'assise (art. 261 et 266 du code de procédure pénale) ou les membres de certains jurys ou commissions (v. par ex. CE, sect., 29 nov. 1968, *S. De...*, n° 69893, Rec.), ou désigne l'ordre des emplacements réservés pour les affiches électorales (art. R. 28 du code électoral). Vos décisions ont fait application de ces réglementations⁵ mais vous n'avez que rarement été saisis de la question de la légalité du tirage au sort : vous avez validé le recours au tirage au sort pour départager des *ex aequo* (CE, 19 déc. 1994, *M. Ro...*, n° 139948, T.), pour désigner les membres d'un conseil d'administration appelé à siéger au conseil de discipline (CE, 27 sept. 1991, *M. Ma...*, n° 111481, Rec.) ou pour résoudre certaines contraintes découlant des règles de parité des sexes dans une élection (CE, 30 nov. 2016, *CNB*, n° 393896, inédit). Une décision de sous-section jugeant seule du 10 nov. 2010 a jugé que le recours au tirage au sort pour attribuer les autorisations de stationnement des taxis n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation (CE, *Ch. Synd. des cochers chauffeurs de voiture de place de la région parisienne*, n° 333388, inédit).⁶

Le tirage au sort n'est donc pas interdit par principe, mais il n'est pas anodin : le recours au hasard pour exercer un choix n'est pas assimilable aux autres modes de décision : en s'en remettant au sort, l'administration choisit de ne pas choisir, de ne pas exercer sa faculté de différencier entre les demandeurs. Dans ses conclusions devant votre assemblée sur un litige sur l'attribution de préfixes téléphoniques, votre commissaire du gouvernement M. Hubert estimait ainsi que « *faire dépendre une telle décision du hasard serait d'une légalité douteuse puisque c'est à l'Autorité de régulation des télécommunications et non au sort que la loi attribue le pouvoir d'attribuer les préfixes* » (CE, Ass., 26 juin 1998, *Sté AXS Télécom e.a.*, n° 194151, Rec.). Votre décision ne trancha pas cette question, car le moyen était inopérant.

Cette limite posée au tirage au sort nous semble puiser sa source dans deux principes fondamentaux du droit public. D'une part, le principe d'indisponibilité des compétences qui irrigue votre jurisprudence⁷ et fait obligation à une autorité publique d'exercer la compétence qui lui est confiée, et de l'exercer complètement. Vous censurez ainsi l'administration qui refuse d'exercer les compétences qui sont les siennes (CE, 25 dec. 1887, *Evêque de Moulins*, Rec. p. 842), les délègue à d'autres lorsque le texte la régissant ne prévoit pas qu'elle le puisse, ou qui les exerce incomplètement, s'estimant liée par l'avis d'une autorité consultative (CE, section, 20 juin 2003, *M. St...*, n° 248242, Rec.). L'administration doit en principe faire elle-même les choix qui lui ont été confiés.

D'autre part, le principe selon lequel l'administration doit exercer ses pouvoirs dans le respect des fins pour lesquelles ils ont été institués. Or le recours au tirage au sort, que ce soit au

⁵ Voir not., pour le déroulement des concours, CE, section, 29 nov. 1968, *Sieur De...*, n° 69893, Rec. ; CE, 3 février 1965, *Sieur Tr...*, n° 58479, Rec. ; pour les opérations électorales, CE, 16 dec. 1977, *El. mun. De Pilles*, n° 08656, T. ; CE, sect., 19 dec. 1984, *Département de la Moselle*, n° 56713, Rec. ; CE, 19 déc. 1994, *Ro...*, n° 139948, aux T. ; pour déterminer la composition d'organes collégiaux, CE, 27 septembre 1991, *Ma...*, n° 111481, Rec. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a régulièrement procédé à un contrôle du respect du principe d'égalité entre ceux qui sont admis à participer au tirage au sort et ceux qui en sont exclus (CE, 27 septembre 1991, *Ma...*, n° 111481, Rec. ; CE, 1^{er} juin 1994, *M. Ba...*, n° 115587, Rec. ; CE, 5 nov. 2011, *Min. éduc. nat.*, n° 215351, T.).

⁶ En matière de commande publique, le Conseil d'Etat a validé que le fait l'attribution du marché se fonde sur une « commande fictive » choisie entre plusieurs par tirage au sort (CE, 16 nov. 2016, *Soc. SNEF*, n° 401660, T.).

⁷ J-M Maillot, *L'indisponibilité des compétences en droit public français*, Lextenso, Petites affiches, 28 sept. 2004, n° 194, p. 3 ; E Picard, *L'impuissance publique en droit*, AJDA 1999, n° spécial, p. 11.

niveau des décisions individuelles comme au niveau de la fixation des modalités d'exercice d'un pouvoir par le règlement, est un refus que la décision prise ait un motif : le pouvoir est délégué au hasard. C'est donc, d'une certaine façon, la renonciation à exercer une partie du pouvoir confié à l'autorité administrative. Elle ne peut le faire, selon nous, que lorsque cela apparaît adéquat, au regard de l'objet de la décision à prendre ou de certaines circonstances particulières, et que c'est conforme aux intérêts dont elle a la charge. Dans certains cas, le recours au hasard est une bonne façon de procéder, voire la meilleure. Dans d'autres, l'administration abandonnerait la faculté qu'elle a de prendre des décisions de nature à assurer l'excellence du service public, le meilleur usage des deniers publics ou le plus grand respect des objectifs qui justifient ses pouvoirs. Elle ne peut alors s'en remettre au sort, et ce choix du tirage au sort nous semble d'une nature si particulière qu'il appelle à nos yeux, un contrôle entier de votre part.

2-3 Si vous faisiez vôtre ce cadre d'analyse, il nous semble que ces principes interdisent à l'administration, sauf disposition législative contraire, de décider que les titulaires de nouveaux offices notariaux seront choisis par tirage au sort. Nous y voyons trois raisons. La principale est que, du point de vue du service public, l'administration renonce à choisir les meilleurs officiers pour le « service public notarial ». ⁸ Le ministre pourrait aussi choisir en fonction d'autres objectifs d'intérêt général, notamment ceux qui ont justifié la réforme : pourvoir d'abord les candidats non titulaires d'un office, favoriser un meilleur équilibre entre les hommes et les femmes et un meilleur accès des jeunes diplômés. La deuxième raison est que, du point de vue du bon usage des ressources publiques, le ministre donne gratuitement un droit de présentation et doit chercher à faire le meilleur usage de cette valeur ainsi créée pour le titulaire, ce qui rejoint l'objectif de garantir la qualité du service public ou d'autres objectifs. La dernière raison est que, du point de vue des candidats, le refus de nomination est un refus d'être autorisé à exercer, gratuitement, la profession souhaitée ; cette circonstance nous semble commander qu'un tel refus repose sur des critères objectifs et rationnels, où chacun peut faire valoir ses qualités.

Le critère de l'ordre d'arrivée appliqué après les 24 premières heures n'est guère plus rationnel au regard de la qualité du service public notarial. En réalité, il revient à imposer aux candidats sérieux de déposer leur candidature dans les 24 premières heures, ce qui a été le cas. En cela, le tirage au sort permet d'ailleurs d'éviter une méconnaissance du principe d'égalité, invoquée par une requête, consistant à départager les candidats sur leur seule rapidité, en fonction de leur plus ou moins grandes possibilités de connexion au serveur (v. CE, 5 nov. 2011, *Min. édu. nat.*, n° 215351, T.). En l'espèce, le critère de l'ordre d'arrivée ne nous semble donc pas détachable du tirage au sort, alors que dans d'autres circonstances il pourrait constituer un critère de départage adéquat.

Si le tirage au sort apparaît donc peu adéquat au regard de l'objet de ces nominations, on peut davantage hésiter sur l'adéquation aux circonstances, puisqu'un concours pour attribuer rapidement 1002 offices apparaît fort compliqué à organiser. Mais on n'avait jamais créé autant d'offices en deux siècles et cela pouvait justifier une organisation exceptionnelle (par comparaison, on classe chaque année environ 8000 étudiants en médecine lors des épreuves nationales classantes). Il s'agissait en réalité d'organiser des sélections par zones, avec en moyenne 30 candidats par office, nombre réduit si on avait donné la priorité aux non titulaires d'office. C'était le mode de sélection pratiqué auparavant, et le tirage au sort a, lui aussi, duré un an et demi. Nous ne sommes pas non plus convaincus par l'argument tiré de ce que tous

⁸ Sur cette qualification, v. CE, 3 déc. 1993, M. Fe..., n° 114810, inédit ; CE, 17 dec. 2008, M. Be..., n° 301634, T. sur un autre point ; CE, 28 sept. 2016, M. Du..., n° 377190, T. sur un autre point.

les candidats doivent être regardés comme égaux dès lors qu'ils doivent tous remplir les conditions minimales d'aptitude et qu'il y aurait une autre forme d'injustice à les départager sur leurs mérites : ce qu'on peut admettre pour les chauffeurs de taxis nous semble inexact du notaire dont la profession traite de successions et de contrats particulièrement délicats. Enfin, on peut objecter que le mode de nomination de droit commun des notaires, par présentation, renvoie déjà à d'autres formes de hasard : celle des opportunités et des parentés, celle des fortunes. Certes, mais il y a pour nous une différence de nature entre un droit de présentation qui, une fois créé, se transmet entre personnes privées et une décision prise à nouveau entièrement par l'administration lorsqu'elle attribue un office qu'elle vient de créer.

Il nous semble donc que, quand la loi confie à l'administration le soin de créer de nouveaux offices, celle-ci ne peut, en principe, les attribuer par tirage au sort.

2-4 Il n'en va ainsi, bien sûr, que si la loi qui lui a confié cette compétence n'en dispose pas autrement. Or l'article 52 de la loi du 6 août 2015 présente une part d'ambiguïté : il parle d'une « liberté d'installation » qui n'existe pas puisque le nombre de création d'offices est limité. Vous pourriez donc estimer que, puisqu'il n'y a pas de liberté, il va y avoir sélection et l'autorité qui dispose du pouvoir de nomination, le ministre, est compétent pour choisir. Cependant, il résulte clairement du texte de l'article 52 que, s'il y a suffisamment d'offices à créer pour satisfaire tous les candidats d'une zone remplissant les conditions d'aptitude, le ministre doit tous les nommer, il ne peut pas refuser. Au moins dans ce cas, il est clair que le pouvoir de choix du ministre n'existe plus, alors qu'un jury de concours, comme une autorité de nomination, peut en principe toujours renoncer à pourvoir un poste. En disposant qu'il y avait une « *liberté d'installation* », alors que le nombre d'office demeure limité, et que « *lorsque le demandeur remplit les conditions (...), le ministre de la justice le nomme titulaire* », le législateur a donné, nous semble-t-il, une portée bien particulière à cette liberté : elle réside dans l'absence de pouvoir de choix du ministre, contrairement aux zones d'installation contrôlées où le ministre conserve le pouvoir de refuser une création d'office. Les formulations du Conseil constitutionnel dans sa décision sur cette loi (n° 2015-715 DC prec., § 69 et 71) laissent également entendre qu'il y a un droit à être nommé, même si l'on avait probablement pas conscience à l'époque de ce qu'il y aurait 30 candidatures par office. En prévoyant que les candidats sont nommés par leur ordre d'arrivée, le décret traduit donc simplement l'idée que lorsqu'un demandeur se présente, qu'il remplit les conditions et qu'il y a un office disponible, le ministre ne peut pas refuser de le nommer. Cette vision des choses est théorique, puisque l'attribution d'un office gratuitement représente un tel avantage, eu égard au faible nombre d'offices et au coût de la présentation, que tous les demandeurs sérieux se présentent le premier jour, à peu près en même temps. Mais si le ministre n'a plus la possibilité d'imposer au demandeur d'autres conditions de nomination que celles prévues par la loi, à savoir les conditions minimales d'aptitude, il devait alors recourir à un simple mode de départage et le tirage au sort s'imposait comme le plus rationnel, dès lors qu'il aurait probablement été contraire au principe d'égalité départager en fonction de la capacité technique à s'inscrire sur le site du ministère quelques secondes plus tôt qu'un autre.

Cette interprétation de la loi n'est pas dictée par les travaux préparatoires mais elle semble correspondre à la perception du texte de la loi au moment de sa discussion puis de son exécution. Le Sénat avait voté le principe d'un concours mais le texte adopté finalement n'en parle plus.⁹ Le député M. Huygue relevait, durant les débats, que la loi conduirait à supprimer

⁹ Lors de l'examen du texte par le Sénat, le texte a été modifié en commission pour prévoir le principe d'un concours lorsque plusieurs demandes concurrentes de création d'offices seraient adressées au ministre dans les zones d'installation libre. Durant les débats, le Gouvernement a rappelé que les modalités de nomination par le

le concours et que « *celui qui déposera son dossier le premier sera servi le premier* » (Ass. nat., 3^e séance du 3 février 2015), tandis que le ministre de la justice a déclaré à la Mission d'information commune sur l'application de la loi Macron que l'horodatage et le tirage au sort avaient été choisis dans la mesure où « *les décrets ne pouvaient s'écarter de l'intention du législateur* » qui avait fait référence aux seules conditions d'aptitude (12 janvier 2016, séance de 16h15, compte rendu n° 3).

Nous vous proposons donc de juger que si, en principe, l'administration ne peut nommer les officiers ministériels par tirage au sort, il en va autrement ici dès lors que la loi du 6 août 2015 ne permettait plus au ministre d'exercer une sélection en fonction des mérites ou d'autres critères d'intérêt général, conduisant naturellement à un système fondé sur l'ordre d'enregistrement tempéré par le tirage au sort. Vous écarterez alors tous les moyens tirés de la méconnaissance de principes invoqués qui, à supposer qu'ils existent, seraient ici écartés par la loi du 6 août 2015. Le décret nous paraît en outre clair et permettant de traiter toutes les hypothèses décrites dans la requête, qui doit donc être rejetée sur ce point.

3 Ayant examiné les modalités d'attribution des nouveaux offices, nous en venons maintenant aux nouvelles règles de transfert géographique des offices, qui vous retiendront moins. Le nouvel article 2-6 du décret n° 71-942 du 26 novembre 1971, modifié par l'article 2 du décret attaqué, dispose que, dans les zones de libre installation, le transfert de l'office se fait par simple déclaration auprès de la ou des chambres des notaires concernées, et du ou des procureur généraux compétents, aucune faculté d'opposition de l'ordre ou du ministre n'étant prévue. Le ministre reçoit copie de la déclaration et « *constate le transfert par arrêté* ». Le transfert est donc libre. Dans les zones contrôlées, le transfert demeure subordonné à une autorisation du garde des sceaux, et le transfert entre zones n'est pas possible.

Ce nouveau dispositif est critiqué. En l'absence de contrôle prévu par la loi, le choix d'instituer, ou en l'espèce de supprimer, un contrôle des transferts d'offices relève bien du pouvoir réglementaire (CE, Ass., 7 juillet 2004, *Min. int. c/ M. Bo...*, n° 255136, Rec.). Vous écarterez sans difficulté les moyens tirés d'une atteinte aux facultés de contrôle des chambres des notaires, qui sont informées des transferts, d'une rupture d'égalité entre usagers selon que leur notaire aura ou non transféré son office et serait dès lors plus ou moins bien contrôlé par la chambre, de la contrariété avec un nouveau principe général du droit, ou enfin de la méconnaissance de l'article 65 de la loi du 6 août 2015, qui est un article d'habilitation. Deux moyens appellent plus de commentaires.

3-1 Il est d'abord soutenu qu'en permettant ainsi le transfert de l'office dans la zone, le décret méconnaît l'objectif du législateur qui est de « *renforcer la proximité ou l'offre de services* ». Il est exact que cela permet aux titulaires d'office dans de petites villes de déplacer leur office dans la plus grande ville de la zone, où il y a davantage d'activité et où ils n'avaient pas, à l'origine, obtenu d'office. Ce faisant, ce mécanisme risque de dégrader la proximité de l'offre notariale dans les zones comprenant une ville importante et des espaces ruraux, ou une grande agglomération et des villes de banlieue. Les requérants soulignent qu'un notaire nommé à Argenteuil peut s'installer ensuite dans le cœur de Paris. Mais cette analyse part du postulat que la proximité doit s'apprécier à une échelle plus petite que la zone, et les requérants soutiennent d'ailleurs que les zones définies par l'arrêté interministériel du 16 septembre 2016

ministre relevaient en principe du domaine réglementaire (séance du 11 avril 2015) et souligné qu'il ne fallait pas figer la méthode de sélection dans la loi, pour ne pas désavantager les notaires salariés, expérimentés mais moins aptes à réussir un concours académique. Le texte finalement adopté renvoie cette question au décret d'application.

sont trop larges. Or vous avez déjà écarté cette argumentation lorsque vous avez jugé de la validité de cet arrêté par votre décision du 16 octobre 2017 (CE, n° 403815 e.a., inédit) : dès lors qu'on se rend généralement rarement chez un notaire, vous avez accepté que les zones soient définies par référence aux bassins d'emploi, en validant l'idée qu'on est prêt à faire, pour voir un notaire, le même trajet que pour trouver un emploi. Dans ce cadre d'analyse, le transfert d'un office à l'intérieur de la zone ne méconnaît pas l'objectif légal de renforcement d'une offre notariale de proximité, la proximité s'entendant à l'échelle de la zone. Il nous semble donc que le décret, malgré le risque qu'il comporte, n'est pas illégal, et qu'il n'y pas dans ce choix d'erreur manifeste d'appréciation.

3-2 Il est ensuite soutenu que cette liberté de transfert porterait atteinte à la liberté d'entreprendre des notaires déjà installés dans les villes qui vont accueillir ceux qui choisiront de s'y transférer. Sur le fond, il nous semble qu'il n'y a pas de difficulté à écarter ce moyen car, autant la remise en cause d'un monopole ou privilège peut, dans certaines conditions, porter atteinte à l'égalité devant les charges publiques (CC, 10 janvier 2001, n° 2000-440 DC), autant le fait de devoir faire face à une concurrence accrue n'est pas contraire à la liberté d'entreprendre. En revanche, la question de l'opérance du moyen est plus délicate car vous avez jugé par une décision *M. Briand* du 20 décembre 2011 (CE, n° 346960, T.) que l'invocation de la liberté du commerce et de l'industrie est inopérante à l'encontre de dispositions réglementaires relatives à une profession réglementée. Cette jurisprudence est souvent présentée comme reprenant une décision de votre assemblée *Synd. national des transporteurs aériens* du 12 décembre 1953 (CE, Ass., n° 18046, Rec. p. 547). L'articulation exacte entre *liberté d'entreprendre* et *liberté du commerce et de l'industrie* fait débat en doctrine¹⁰ mais, pour la question qui nous intéresse, à savoir la liberté ou les contraintes pesant sur l'accès et l'exercice d'une profession, ces deux notions se recouvrent. Certaines de vos décisions ont d'ailleurs fait de la liberté du commerce et de l'industrie l'une des composantes de la liberté d'entreprendre, qui protège aussi la libre concurrence.¹¹

La position prise en 1953, outre qu'elle était davantage relative à une question de concurrence que de réglementation professionnelle, s'explique de deux façons. D'une part, les célèbres arrêts d'assemblée du 22 juin 1951 *Sieur Daudignac* (CE, Ass., n° 2251, Rec. p. 362) et *Fédération nationale des photographes-filmeurs* (n°1392), rendus au visa de la loi issue du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, consacrent une liberté du commerce et de l'industrie « garantie par la loi ». Dès lors qu'une loi crée une profession réglementée, elle doit donc être regardée comme écartant l'application de ce principe de même niveau.¹² D'autre part, il s'agit d'une décision de 1953, époque où, lorsqu'une liberté était garantie par une norme supérieure, le contrôle juridictionnel consistait en principe seulement à constater si elle était méconnue ou non. De ce point de vue, la liberté ne se partageait pas : les professions libres devaient l'être, sauf disposition législative spéciale ; les professions réglementées, auxquelles la loi avait ôté la liberté, ne l'étaient plus du tout. Votre contrôle a grandement évolué : désormais, vous contrôlez non seulement si une norme méconnaît frontalement un droit ou une liberté garanti absolument par la norme supérieure, mais vous opérez aussi, dans le sillage des cours constitutionnelles et internationales, un contrôle de la « conciliation équilibrée » entre des

¹⁰ V. S. Brameret, *A propos de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie*, Revue Lamy de la concurrence, n° 38, 1^{er} janvier 2014.

¹¹ JRCE, 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, n° 239840, Rec., T. sur ce point ; CE, 22 mai 2013, Ass. synd. libre des résidences du port de Mandelieu-la-Napoule, n° 366750, inédite.

¹² Principe également qualifié de principe général du droit (CE, 29 sept. 2003, *Fed. nat. des géom. experts*, n° 221283, inédit), ce qui a fait soutenir à une partie de la doctrine qu'il n'a pas de valeur constitutionnelle (v. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 5^e ed. LGDJ, §70ss. De fait, le Conseil constitutionnel n'emploie pratiquement plus cette expression.

protections juridiques qui se contredisent, le contrôle de proportionnalité correspondant à la forme la plus aboutie de ce contrôle. C'est le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel sur les lois relatives aux professions réglementées au regard de la liberté d'entreprendre (CC, 5 août 2015, n° 2015-715 DC) et c'est celui que vous devez, exercer, selon nous, sur les règlements qui interviennent dans cette matière, d'autant plus que le pouvoir réglementaire dispose alors des compétences étendues que lui a reconnu votre jurisprudence *M. Bo...*, (n°255136).

Vous avez déjà ménagé une exception à votre jurisprudence *M. Briand*, lorsque le pouvoir réglementaire est intervenu au titre de ce pouvoir autonome, pour créer une atteinte qui n'a aucune source dans la loi (CE, 10 février 2016, *Mme Ho...*, n° 388192, T.). En l'espèce, la limitation ou non des transferts d'office est une modalité d'application du régime des offices créés par la loi, et nous vous invitons à remettre en cause la jurisprudence *M. Briand* et à juger que, lorsqu'il édicte de nouvelles contraintes qui ne découlent pas nécessairement de la loi, le pouvoir réglementaire doit, sous votre contrôle, veiller à ne pas porter d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Au fond, comme nous vous le disions, ce moyen nous semble infondé.

4-1. Nous en venons donc à la dernière question du litige, relative à la limite d'âge de soixante-dix qu'ont instituée les articles 53, 54 et 55 de la loi du 6 août 2015 pour l'exercice des professions de notaire, d'huissier de justice et de commissaire-priseur judiciaire. Cette cessation d'activité de l'officier, de plein droit, le jour de son 70^e anniversaire, résulte directement des articles de la loi, validés par le Conseil constitutionnel et le décret ne saurait donc être critiqué comme contraire au principe constitutionnel de continuité du service public ou au principe de sécurité juridique au motif qu'il ne prévoit pas l'intervention d'un acte ministériel complémentaire.

L'articulation entre l'application de la limite d'âge, l'enjeu patrimonial que représente pour l'officier la présentation de son successeur ou la vente de ses parts dans une société d'exercice et le souhait d'assurer la continuité du service vis-à-vis de la clientèle (souvent vendue au successeur), peut s'avérer délicate et deux mécanismes tempèrent la rigueur de la limite d'âge : d'une part, la loi prévoit que le ministre peut autoriser les intéressés à exercer « *jusqu'au jour où leur successeur prête serment pour une durée qui ne peut excéder douze mois* », soit le 71^{ème} anniversaire ; d'autre part, les décret n° 55-604 du 20 mai 1955 et n° 56-221 du 29 février 1956, permettent que l'office soit transitoirement, en principe pour deux ans maximum, confié à un suppléant, afin d'éviter qu'il ne soit déclaré vacant et ne puisse plus donner lieu à présentation. La vente des parts protège nous semble-t-il davantage l'officier car la société est souvent, en l'absence de possibilité de vente à un tiers, tenue de les racheter.

La loi du 6 août 2015 a elle-même prévu que cette nouvelle règle entrerait en vigueur le 1^{er} août 2016 : les officiers les plus âgés n'ont donc eu qu'une année pour se préparer et se trouver un successeur. Le Conseil constitutionnel, saisi de la loi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, a déclaré les articles en cause conformes à la Constitution, sans se prononcer explicitement sur les dispositions d'entrée en vigueur.

Le décret est venu préciser les modalités d'application de ces dispositions mais il ne pouvait pas, contrairement à ce qui est soutenu, décaler davantage dans le temps l'entrée en vigueur de la nouvelle limite d'âge. Le décret a simplement permis aux officiers ayant entre 70 et 71 ans au moment de l'entrée en vigueur de la limite d'âge de pouvoir demander la prolongation jusqu'à leur 71^e anniversaire, alors qu'elle doit en principe être accordé avant d'avoir atteint 70 ans, et de pouvoir exercer jusqu'à ce qu'il soit statué sur de telles demandes. La loi ne

permettait pas au décret, selon nous, d'accorder une prolongation de douze mois supplémentaires quel que soit l'âge de l'officier. L'aménagement des conditions dans lesquelles un officier peut demander à exercer jusqu'à 71 ans constituait donc toute la marge de manœuvre dont disposait le décret, qui ne méconnaît dès lors, par lui-même, ni le principe général du droit de sécurité juridique, ni le principe d'égalité ou le droit de propriété. Le principe de sécurité juridique n'exigeait pas non plus de prévoir que le ministre est tenu d'accorder la prorogation, cette question pouvant dépendre de l'examen des cas individuels. Et, à supposer le moyen opérant, le fait que le décret d'application soit paru deux mois seulement avant l'entrée en vigueur de la nouvelle règle n'est pas non plus contraire au principe de sécurité juridique, puisque la date d'entrée en vigueur de la nouvelle limite résultait directement de la loi.

4-2 Conscient de ce que tout ici résulte directement de la loi du 6 août 2015, les requérants fondent le reste de leur argumentation sur la prétendue inconventionnalité de celle-ci. L'institution de la nouvelle limite d'âge, et surtout la rigueur de ses modalités d'entrée en vigueur, méconnaîtraient, d'une part, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, les principes généraux du droit de l'Union de sécurité juridique et de confiance légitime et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdisant les discriminations, d'autre part, la protection des biens assurée par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme, combiné ou non avec l'article 14 de cette convention interdisant les discriminations.

Pour l'application de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme, la cour de Strasbourg recherche si l'ingérence dans le droit garanti a été édicté en maintenant « *un juste équilibre [] entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* », compte tenu de la marge d'appréciation dont dispose les Etats (par ex. CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 sept. 1982, n° 7151/75, § 69 ; 30 août 2007, *J.A. PYE (Oxford) c. R-U*, n° 44302/02, §55 ; 5 sept. 2017, *Fabian c. Hongrie*, n° 78117/13, §69).¹³

S'agissant de la directive 2000/78/CE, son article 6 prévoit qu'une différence de traitement fondée sur l'âge, telle une limite d'âge¹⁴, est admissible si elle est justifiée par un « *objectif légitime* » et que les moyens de réaliser cet objectif sont « *appropriés et nécessaires* ». La Cour de justice applique à cette dernière condition le triple test d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict¹⁵ : la mesure doit permettre d'atteindre l'objectif ; il ne doit pas être possible d'obtenir le même résultat par des atteintes plus faibles ; et ces atteintes, mêmes nécessaires, ne doivent pas être disproportionnées au regard des gains attendus de la mesure. Quoique ne traitant que de l'admissibilité d'une limite d'âge, ce contrôle conduit la cour de Luxembourg à prendre en compte l'ensemble des atteintes qui peuvent découler d'une limite d'âge, dont les atteintes aux biens de ceux qu'elle frappe. Dès lors, il nous semble que si vous jugez que ce dispositif passe le triple test de proportionnalité pour l'application de la directive 2000/78/CE, alors les mêmes motifs vous conduiront à écarter les moyens tirés de la convention européenne des droits de l'homme.

¹³ Selon la doctrine, ce contrôle conduit à cour à mettre en balance les différents intérêts en présence ; il s'agit d'un contrôle moins poussé que celui qu'elle pratique lorsque le texte de la convention exige que l'ingérence soit *nécessaire dans une société démocratique*.

¹⁴ CJCE, 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa, aff. C-411/05 ; CJUE, 21 juillet 2011, Fuchs et Köhler, C-159/10 et C-160/10 ; CJUE, 13 septembre 2011, Prigge e.a., C-447/09.

¹⁵ Voir notamment CJUE, 6 nov. 2012, Commission européenne c/ Hongrie, C-286/12, § 56 et 66.

Il y a bien ici une différence fondée sur l'âge : c'est l'essence d'une limite d'âge. Il y a également une triple atteinte aux biens et intérêts patrimoniaux des intéressés.¹⁶ Il y a d'abord une limitation du droit de disposer d'un bien, dans la mesure où l'officier doit, en pratique, vendre son droit de présentation (et sa clientèle) ou ses parts dans une société d'exercice, sauf à perdre l'investissement qu'il a réalisé. Cette atteinte, diminuée par les possibilités de suppléance, est limitée, s'agissant d'officiers ministériels en fin de carrière, sauf lorsqu'elle rend impossible un projet de succession précis, par exemple en faveur d'un enfant. Ensuite, cette obligation de vendre rapidement peut diminuer, peut-être substantiellement, la valeur de ces droits patrimoniaux. C'est particulièrement vrai pour les personnes qui devaient vendre durant l'année de transition car la même loi a conduit à la création d'un nombre très important d'offices, qui diminuent la valeur des offices existants et crée une forte incertitude sur cette valeur. Or cette revente finance souvent une partie de la retraite de l'officier. Enfin, l'institution de la limite d'âge prive pour l'avenir l'officier de la possibilité d'exercer son métier et des revenus de son activité, contrairement à la situation antérieure.

S'il y a des atteintes, il y a aussi un objectif d'intérêt général. Le Conseil constitutionnel a relevé que le législateur a entendu « *favoriser l'accès aux offices existants et le renouvellement de leurs titulaires* ». Chaque année désormais, une cohorte d'officiers doit cesser son activité, libérant autant d'offices ou de parts de sociétés, même si tous ne seront pas forcément remplacés. Reste à examiner si ces atteintes sont proportionnées.

4-3 S'agissant du principe de la limite d'âge à 70 ans, telle qu'elle s'applique désormais aux officiers publics ministériels qui entrent dans la carrière, ou qui sont encore relativement éloignés de la limite d'âge, nous n'avons guère de doute pour juger qu'elle satisfait à ce triple test, que ce soit pour déroger au principe de non discrimination par rapport à l'âge ou pour justifier le fait qu'un notaire, huissier ou commissaire priseur judiciaire soit obligé de cesser et revendre son activité avant son 70^e anniversaire. Vos décisions *Mme Ch...* du 13 mars 2013 (CE, n° 352393, Rec.) et surtout *Ministre de l'écologie c. M. La...* du 22 mai 2015 (CE Ass., n° 362785, Rec.)¹⁷, dans le cadre de la jurisprudence de la cour de Luxembourg¹⁸, ont validé des objectifs analogues et la proportionnalité de limites d'âge plus basses. Nous n'y revenons donc pas. Beaucoup d'officiers cessent d'ailleurs leur activité avant cet âge.

4-4 En revanche, la requête développe des critiques spécifiques et beaucoup plus fortes sur les modalités d'entrée en vigueur choisies par le législateur : le jour de la promulgation de la loi, tous les officiers de 69 ans et plus ont eu une année pour cesser leur activité, délai légèrement augmenté jusqu'à l'âge de 71 ans pour les moins âgés. Ceux qui sont proches des 69 ans n'ont plus que quelques années pour s'organiser. Les situations personnelles de certains des requérants illustrent les difficultés importantes induites par ce bref délai pour cesser toute activité : un officier qui n'a pu acquérir que tardivement son office ou a dû racheter des parts de la société où il exerce, contractant des emprunts importants, peut ainsi se retrouver priver de revenus d'activité alors que ses charges d'emprunt sont encore lourdes, qu'il dispose d'un temps limité pour vendre son droit de présentation ou ses parts et que de cette opération

¹⁶ Sur la nature de bien du droit de présentation, au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, v. CE, 19 nov. 2004, *M. Se...*, n° 262298, T.

¹⁷ Voir également CE, 22 mai 2013, *M. Ki...*, n° 351183, aux T ; en sens inverse, CE, 22 mai 2015, *Soc. Air France*, n° 371623, aux T. pour une limite d'âge à 60 ans.

¹⁸ CJCE, 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa, aff. C-411/05 ; CJUE, 18 novembre 2010, Vasil Ivanov Georgiev, aff. C-250/09 ; CJUE, 12 octobre 2010, Rosenbladt, C-45/09 ; CJUE, 21 juillet 2011, Fuchs et Köhler c/ Land Hessen, aff. C-159/10 ; CJUE, 5 juillet 2012, Torsten Hörnfeldt, C-141/11 ; CJUE, 28 février 2018, Hubertus John, C-46/17 ; en sens inverse, invalidant la limites d'âge de 60 ans des pilotes CE, 13 septembre 2011, Prigge e.a., C-447/09.

dépendent en partie ses revenus de retraite. Or l'instruction d'un dossier à la chancellerie prend généralement 9 à 12 mois et il est indéniable qu'en 2016 les ventes d'offices étaient particulièrement difficiles à conclure.

Ces arguments sont d'autant plus forts qu'ils peuvent s'appuyer, s'agissant de l'atteinte au principe de non discrimination, sur un arrêt du 6 novembre 2012 de la Cour de justice de l'Union européenne *Commission européenne c/ Hongrie* (C-286/12) qui a été rendu dans une situation en apparence proche. La cour a jugé que la Hongrie avait méconnu la directive 2000/78/CE en abaissant la limite d'âge des juges, procureurs et notaires de 70 à 62 ans, la nouvelle limite s'appliquant au plus tard un an après pour les juges et procureurs et deux ans après pour les notaires, malgré deux objectifs légitimes invoqués. La mesure a d'abord été jugée non nécessaire pour atteindre l'objectif, légitime, d'une uniformisation à 62 ans des limites d'âges des professions du secteur public hongrois, au motif qu'il était possible d'atteindre le même objectif en ménageant des mesures transitoires plus respectueuses de la confiance légitime de personnes qui pensaient pouvoir travailler encore huit ans et pour lesquelles l'application de la nouvelle limite d'âge pouvait avoir des conséquences financières importantes, notamment sur leur pension. C'est donc la rapidité de l'application de la nouvelle limite qui a été jugée non nécessaire, malgré un délai de deux ans pour les notaires. Le second objectif visait à la mise en place d'une structure d'âge plus équilibrée, mais de ce point de vue la mise à la retraite en une fois de huit classes d'âge apparaissait inadéquate puisque cela allait conduire à recruter sur une ou deux années huit fois plus de nouveaux agents, créant ainsi une bosse dans la structure d'âge. Cette seconde critique ne se retrouve pas dans l'affaire que vous examinez aujourd'hui.

Qu'en est-il ici ? S'appuyant sur cet arrêt, les requérants contestent la « nécessité » de ce dispositif : selon eux, l'objectif aurait été tout aussi bien atteint en accordant aux plus âgés un délai plus long ou en prévoyant un mécanisme d'entrée en vigueur progressive, comme l'avait d'ailleurs fait le décret du 20 mai 1955 lorsque fut instituée une limite d'âge similaire pour les notaires en Alsace et Moselle. Selon les requérants, cette nécessité serait d'autant plus douteuse, au regard de l'objectif de moyen terme, que le nombre de places libérées est très faible (en 2012, les huissiers et les notaires de plus de 70 ans représentaient 1,6 et 1,4% de la profession ; il y avait 10 commissaires de plus de 70 ans) et qu'au même moment on crée des centaines de nouveaux offices, qui permettent aussi d'atteindre l'objectif recherché.

Il nous semble que, si on s'en tient à l'objectif tenant à permettre de renouveler les titulaires d'une profession à l'accès jugé trop restrictif et à favoriser une structure d'âge de la profession plus équilibrée, les requérants ont raison. Mais on est pris d'un certain vertige devant la puissance de ce test de nécessité appliqué à des normes générales : il est rarement « nécessaire » de faire simple. En outre, l'application de ce test de nécessité aux mesures transitoires d'entrée en vigueur d'une disposition qui est, en elle-même, nécessaire pour atteindre à terme l'objectif poursuivi, pose une question particulière. Il est souvent vrai qu'une entrée en vigueur plus lointaine, plus progressive, ou un système plus complexe peut permettre de limiter l'atteinte dans un premier temps sans compromettre l'objectif. Il nous semble donc que l'appréciation de la nécessité des mesures transitoires implique d'intégrer dans l'objectif le délai, plus ou moins long, dans lequel le législateur souhaite atteindre son objectif. Il n'est pas douteux, à la lecture des travaux préparatoires, que la loi du 6 août 2015 a entendu créer un véritable choc dans l'administration de professions jugées trop fermées aux jeunes, aux salariés et aux femmes. Ce choc impliquait une certaine rapidité dans la mise en place des différentes mesures, notamment le mécanisme libérant chaque année une classe d'âge au profit des nouveaux candidats. De ce point de vue, l'application au bout d'un an de la limite d'âge apparaît bien ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à cette rapidité

puisque le nombre des professionnels premiers touchés par la nouvelle règle est limité à un peu moins que la population moyenne d'une classe d'âge, à savoir moins de 2% des notaires et huissiers et environ 2% des commissaires priseurs judiciaires.¹⁹

Ainsi pratiqué, le contrôle sur la nécessité d'une mesure transitoire devient en partie tautologique : il était nécessaire de ne pas attendre plus d'un an pour appliquer la nouvelle limite d'âge car l'objectif du législateur était de l'appliquer un an plus tard... Mais le contrôle n'est pas réduit à néant : contrairement à ce que soutient la requête, c'est dans le cas où l'application au bout d'un an de la nouvelle limite d'âge aurait conduit à libérer d'un coup, par exemple, 20% des offices que la mesure aurait été au-delà de ce qui était nécessaire pour mettre en place le nouveau mécanisme de renouvellement d'une classe d'âge chaque année.²⁰ En outre, nous identifions deux garde-fous à cette relative faiblesse du test de nécessité des mesures transitoires.

En premier lieu, l'objectif de rapidité de l'entrée en vigueur doit être lui-même légitime, ce que le juge contrôle.²¹ Dans notre cas, malgré le faible nombre d'officiers concernés, l'objectif d'une mise en place rapide de la réforme, y compris de la nouvelle limite d'âge, apparaît légitime : la diminution tendancielle des offices a conduit le législateur à prévoir dès 2016 une réforme globale de l'économie de la profession.

Le second garde-fou tient au troisième temps du test, qui doit vous conduire à vérifier que l'atteinte faite aux officiers contraints de cesser leur activité et, *de facto*, de vendre leur office, n'est pas démesurée au regard des objectifs poursuivis. Or, plusieurs différences avec la situation décrite dans l'arrêt constatant le manquement de la Hongrie doivent être soulignées : la limite d'âge de 70 ans est beaucoup plus élevée, à un âge où un souhait légitime de repos ou certains aléas conduisent déjà beaucoup à une cessation d'activité ; il en résulte que le nombre de personnes touchées est beaucoup plus faible qu'en Hongrie, et seuls quelques uns se retrouvent probablement dans une situation financière vraiment difficile. La pesée des atteintes doit aussi tenir compte de la situation légale et réglementaire des officiers, qui s'exposent à voir leur statut modifié à tout moment. Si l'on additionne l'année de transition, la possible année de prolongation jusqu'à 71 ans suivie des deux années possibles de

¹⁹ Pour une population active entre 25 et 70 ans, une classe d'âge correspond à environ 2% de la population active si elle est parfaitement répartie.

²⁰ En outre, selon les mesures examinées, il n'est pas rare que l'examen de la proportionnalité se concentre soit sur le test de proportionnalité au sens strict, le test de nécessité relevant de l'évidence, ou à l'inverse principalement sur le test de nécessité. Ainsi, le contrôle des mesures de police administrative générale est principalement centré sur leur nécessité pour atteindre l'objectif recherché, une censure au titre d'une disproportion (au sens strict) étant rare ; à l'inverse, il est fréquemment établi qu'une atteinte à un droit, par exemple par privation d'un droit de propriété, est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché par l'administration et le contrôle se concentre alors sur la proportionnalité (au sens strict) de cette atteinte au regard de l'objectif.

²¹ C'est ainsi que, dans l'affaire *Commission européenne c/ Hongrie* du 6 novembre 2012 (C-286/12), l'avocat général Mme Kokott relevait que l'abaissement rapide de 70 à 62 ans était bien une mesure *nécessaire* pour atteindre « une uniformisation *immédiate* de l'âge de départ à la retraite dans l'ensemble de la fonction publique » (§64), mais elle estimait qu'un objectif ainsi défini n'était pas « *légitime au regard des circonstances concrètes* » dès lors que la Hongrie n'expliquait pas ce qui justifiait un abaissement si rapide de la limite d'âge, alors que les intéressés avaient pu nourrir une espérance légitime de pouvoir travailler jusqu'à 70 ans et seraient privés dans certains cas de la possibilité de bénéficier d'une retraite à taux plein, là où les autres fonctionnaires sont mis à la retraite plus tôt mais à un moment où ils peuvent bénéficier d'une retraite à taux plein. Il nous semble que l'arrêt rendu par la CJUE s'est, sur ce point, légèrement éloigné de la position de l'avocat général en jugeant que les dispositions de la législation hongroise, faute de disposition transitoire plus douces, n'était « *pas nécessaires pour atteindre l'objectif d'uniformisation invoqué par la Hongrie* ».

suppléance, l'officier frappé par la limite aura entre une et quatre années pour vendre son office.

Ce n'est en réalité que pour certaines personnes, pour certains cas isolés, que la loi pourrait être disproportionnée si elle a effectivement les conséquences financières très importantes décrites dans les requêtes. Or ces personnes forment une catégorie qui ne pouvait être définie de façon abstraite au moment de la rédaction du texte, et votre jurisprudence reconnaît depuis longtemps que lorsqu'une loi place certaines personnes dans une situation très difficile, leur causant un préjudice qualifié « grave et spécial » (CE, 27 mars 2014, Société d'éditions et de protection route, n° 354365, Rec.), il leur est possible, sauf à ce que la loi l'ait exclu, d'en être indemnisé sur le fondement de la responsabilité sans faute de l'Etat. Il n'est pas exclu qu'ici, un officier qui se retrouverait dans une situation financière très difficile du fait de l'application rapide de la nouvelle limite d'âge puisse obtenir, si ces conditions sont réunies, l'indemnisation de ce qui ne pourrait être imputé à son manque de prudence ou de diligence mais résulterait de l'application de la loi. En prenant en compte ce dernier aspect, nous pensons que l'atteinte faite aux officiers en raison de leur âge est proportionnée aux objectifs poursuivis, ce qui vous conduira à écarter le moyen tiré d'une incompatibilité avec la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, lue à la lumière de la Charte et des principes généraux du droit de l'Union. Pour les raisons que nous vous avons indiquées, nous pensons que les mêmes motifs conduisent à écarter les deux moyens tirés de la méconnaissance de la convention européenne des droits de l'homme.

Nous concluons donc à ce que vous preniez acte des deux désistements puis rejetiez l'ensemble des conclusions des requêtes.