

**N° 388603**

**Mme B...**

**6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies**

**Séance du 18 mai 2016**

**Lecture du 8 juin 2016**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Xavier de LESQUEN, Rapporteur public**

I. La présente affaire pose une question de principe : est-il possible d'affirmer que, dès lors que l'accès à une profession est subordonnée à une autorisation voir à une concession de l'administration, et qu'au surplus son exercice est soumis à de multiples conditions fixées par une autorité publique, cette profession n'entre pas dans le champ de la liberté d'entreprendre découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?

C'est le raisonnement qu'a tenu la cour administrative d'appel de Strasbourg, s'agissant de la profession d'huissier à Mayotte, alors régie par l'acte n° 29 du 31 décembre 1970 de la Chambre des députés des Comores.

II. Les faits sont les suivants : par arrêté du 11 octobre 2011, le préfet de Mayotte a mis fin aux fonctions d'huissier exercées par Mme B... à compter du 14 octobre 2011 au motif que l'intéressée avait atteint l'âge de la retraite, fixée à 60 ans par l'acte n° 29 du 31 décembre 1970 de la chambre des députés des Comores, et il a supprimé, à la même date, la charge dont elle était titulaire.

Le tribunal administratif de Mayotte a rejeté la demande d'annulation formée par l'intéressée. La cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé le jugement et la décision en tant qu'ils concernent la suppression de la charge, mais elle a confirmé la solution pour la cessation des fonctions. C'est dans cette mesure que Mme B... se pourvoit en cassation.

III. Relevons d'abord que c'est sans erreur de droit que la cour a jugé que la profession des huissiers à Mayotte demeurerait régie par l'acte n° 29 du 31 décembre 1970 de la chambre des députés des Comores à la date de la décision attaquée. Ce point a été jugé par votre décision rendue en cassation de référé du 22 février 2012 qui, après avoir décidé de ne pas renvoyer une QPC soulevée par la requérante et dirigée contre l'acte n° 29 de la chambre des députés des Comores, décide la non admission du pourvoi dirigée contre l'ordonnance du juge des référés du tribunal rejetant la demande de suspension de l'arrêté attaqué (décision Mme B... n° 354287, inédit).

La solution se déduit de ce que l'article L.O. 6113-1 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi organique du 21 février 2007, entré en vigueur le 1er janvier 2008, puis l'article L.O. 3511-1, entré en vigueur le 31 mars 2011, qui rend applicable au nouveau département le régime de l'identité législative prévu à l'article 73 de la Constitution, n'ont pas eu pour effet d'y rendre applicable l'ensemble du droit applicable en métropole en lieu et place de la législation spéciale en vigueur dans cette collectivité, mais seulement de permettre l'applicabilité de plein droit, au Département de Mayotte, des lois et règlements édictés à compter de cette date, sous réserve des adaptations éventuelles tenant aux caractéristiques et contrainte particulières de cette collectivité.

Cette interprétation de la loi organique résulte de l'avis consultatif rendue par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 20 mai 2010 (avis n° 383887) et a été jugé au contentieux le 13 juillet par la décision du 13 juillet 2011, Caisse des règlements pécuniaires des avocats de Mayotte, n° 325932, aux T.

La situation de la requérante demeurerait donc régie par l'acte n° 29 du 31 décembre 1970 de la Chambre des députés des Comores.

IV. Arrivé à ce stade du litige, Il y a deux façons de comprendre la solution retenue par la cour, s'agissant de l'application du principe de liberté d'entreprendre.

Après avoir relevé qu'en vertu de cet acte, les huissiers sont des officiers ministériels dont elle détaille les missions, que leurs droits et émoluments sont tarifés par arrêté, que les charges d'huissiers sont attribuées aux candidats par décision de l'autorité publique sans qu'ils aient à acquérir un office et sans qu'ils aient, dès lors, le droit de présenter un successeur, la cour en a déduit que la profession d'huissier telle qu'elle était définie et organisée à Mayotte sous l'empire des dispositions de l'acte de 1970 n'entraîne pas dans le champ de la liberté d'entreprendre découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Peut-être la cour a-t-elle considéré que les personnes soumises à ce régime sont assimilables à des agents publics et qu'ils échappent du fait de cette qualité au principe de liberté d'entreprendre. Mais ce raisonnement serait doublement infondé :

- l'état d'officier ministériel n'est certes pas, par lui-même, incompatible avec la qualité d'agent public : ainsi avez-vous jugé, par la décision de Section Dame J... du 3 février 1978 (n° 3150, au Rec.), que les greffiers des juridictions civiles et pénales exerçant en vertu des dispositions transitoires de la loi du 30 novembre 1965 sont des agents publics, mais le critère déterminant est alors l'existence d'un lien de subordination avec une personne publique (voyez votre décision du 9 juin 2006, G..., n° 280911, aux T.). Or ce critère n'est pas examiné par la cour. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs eu l'occasion de juger que ni les notaires (décision n° 2014-429 QPC du 21 novembre 2014), ni les greffiers des tribunaux de commerce (décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015) titulaires d'un office métropolitain n'occupent des « dignités, places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

- par ailleurs, la qualification d'agent public n'emporterait pas inopérance du moyen tiré de la liberté d'entreprendre, au moins en ce que l'activité en cause a été soumise à un régime particulier d'accès et d'exercice.

Cette première lecture possible de l'arrêt ne nous semble donc guère porteuse.

V. C'est pourquoi, nous lui préférons une seconde lecture : la cour a entendu faire application de votre jurisprudence en vertu de laquelle le principe de la liberté d'entreprendre ne saurait être utilement invoqué à l'égard des professions dont la loi subordonne l'exercice à une autorisation ou à une concession de l'administration. C'est ce qu'affirme la décision de principe d'Assemblée du 12 décembre 1953, Syndicat national de transporteurs aériens, p. 547. ). La solution a plus tard été étendue aux professions réglementées, dont l'accès est soumis par le législateur à de multiples conditions. Voyez pour la profession d'avocat, votre décision du 8 juillet 2005, T... (n° 262182, aux T.) ou encore votre décision Briand du 20 décembre 2011 (346960, aux Tab., fiché sur le point que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui est une de ses composantes de la liberté d'entreprendre – cf. 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, 239840, au Rec - ne saurait être utilement invoqué à l'encontre de dispositions législatives ou réglementaires encadrant l'exercice d'une profession réglementée).

C'est la théorie de l'écran législatif qui justifie cette solution.

La liberté d'entreprendre est un principe à valeur constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel rattache à l'article 4 de la Déclaration de 1789 (voyez la décision n° 81-132 DC, 16 janvier

1982 et également la décision n° 2010-55 QPC, 18 octobre 2010). Il juge par ailleurs, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, que les limitations de portée générale qui sont apportées à la liberté d'entreprendre relèvent du domaine de la loi, le pouvoir réglementaire pouvant intervenir pour en aménager l'application sans en altérer la portée : voyez la décision 63-25 L du 30 juillet 1963 (sur les obligations des commissionnaires en douane) et, plus explicite, la décision 67-44 L du 27 février 1967 (sur l'exploitation d'un débit de boissons). C'est ce que réaffirme votre décision d'assemblée du 16 décembre 1988, Association des pêcheurs aux filets et engins (n° 75544, au Rec.) : le gouvernement ne peut, en l'absence d'une habilitation expresse, soumettre l'accès à l'exercice de l'activité de pêcheur professionnel à d'autres limitations que celles qui découlent des dispositions de la loi.

C'est la conjonction de ces deux éléments qui rend l'écran de la loi particulièrement opaque à l'égard du principe de liberté d'entreprendre. Les limitations qui lui sont apportées relevant de la loi, il n'y a guère de place pour attribuer au pouvoir réglementaire une marge de manœuvre en la matière, sauf pour le législateur à méconnaître sa propre compétence. Or c'est cette marge de manœuvre, dans la mesure où elle permet au pouvoir réglementaire d'exercer un pouvoir d'appréciation susceptible d'affecter le principe constitutionnel, qui justifie de façon générale que le juge administratif exerce un contrôle de l'acte administratif à l'égard du principe de valeur constitutionnel : voyez votre décision du 27 octobre 2011, Confédération française démocratique du travail et autres (n° 343943, au Rec.), pour l'illustration d'un contrôle résiduel de ce type, au regard du principe d'égalité.

C'est donc parce que l'écran constitué par la loi à l'égard du principe de libre d'entreprendre est non pas diaphane mais totalement opaque que l'invocation du principe est jugée inopérante à l'encontre des actes réglementaires intervenant en la matière. Il suffit en effet pour le juge d'exercer son contrôle à l'égard de la loi, le principe de liberté d'entreprendre n'intervenant que dans le contrôle de constitutionnalité de cette dernière.

VI. Mais cette solution ne vaut que parce que les limitations de portée générale apportée au principe de liberté d'entreprendre figurent dans la loi.

Elle ne s'impose plus dès lors les mesures restreignant cette liberté sont prises par une autorité publique dont les actes relèvent de la compétence du juge administratif, et qui n'est contrainte par aucune loi.

C'est le cas lorsque le Premier ministre agit au titre de son pouvoir réglementaire autonome : voyez par exemple pour la profession de taxi, 1<sup>er</sup> mars 1978 Ville de Mulhouse c/ Syndicat des

taxis artisanaux de Mulhouse, p. 110 et plus récemment 9 mars 2016, Société Uber France et autres, n° 388213 et autres, aux T.

C'est également le cas lorsque de vastes compétences sont confiées à des autorités publiques sans que la loi encadre les règles de fond qui peuvent être prises. C'est le cas de l'assemblée territoriale de la Polynésie française, compétente en vertu de la loi portant statut du territoire pour réglementer la profession d'entrepreneur de taxi. Il n'y a alors plus aucun écran qui fait obstacle à ce que le juge administratif exerce lui-même le contrôle de cette réglementation au regard du principe de liberté d'entreprise. Et c'est bien ce que vous avez fait par votre décision de Section du 13 mai 1994, Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française (n° 112409, au Rec.), qui juge qu'en imposant aux titulaires d'une licence de taxi d'exercer leur fonction personnellement et en leur interdisant de détenir plus d'une licence de taxi ou d'exercer une autre activité de transport terrestre, l'assemblée territoriale de la Polynésie française a porté une atteinte excessive à ce principe.

L'invocation de ce principe est alors opérant à l'appui du recours formé contre la réglementation de la profession : il conduit le juge administratif à exercer un contrôle qui n'est pas restreint par l'existence d'une loi régissant la matière.

IV. Or tel était le cas de Mayotte à la date de l'arrêté du préfet de Mayotte du 11 octobre 2011 faisant l'objet de la présente affaire, le régime des huissiers étant régi par l'acte n° 29 du 31 décembre 1970 de la chambre des députés des Comores, dont vous avez déjà jugé que les actes ne jouissent pas de l'immunité juridictionnelle réservée aux actes législatifs : voyez Assemblée du 27 février 1970, T... (n° 77577, au Rec., sol. impl. fichée sur ce point).

Le principe de la liberté d'entreprendre était bien invocable par la voie de l'exception à l'encontre de cet acte, qui a le caractère d'un acte administratif. Il appartenait alors au juge de contrôler si les éléments du régime des huissiers à Mayotte ne portent pas une atteinte excessive à ce principe, de la même façon que le Conseil constitutionnel a pu contrôler que certains éléments du régime légal des officiers ministériels, dont d'ailleurs les huissiers, applicable en métropole ne portent pas atteinte à ce même principe : voyez sa récente décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 rendue sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (Ct 41).

Vous pourrez donc relever l'erreur de droit commise par la cour, qui a cru à tort qu'elle ne devait pas contrôler si les limites d'âge posées à l'exercice de l'activité d'huissier à Mayotte méconnaissaient ce principe.

Et par ces motifs nous concluons à l'annulation de l'article 2 de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Bordeaux dans cette mesure et à ce qu'il soit mis à la charge de l'État une somme de 3.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.