

Chronique de jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État : le contentieux du monde judiciaire ^{319c4}

Par
Sophie ROUSSEL
Maître des requêtes au
Conseil d'État

L'essentiel

Tous les 3 mois, cette chronique revient sur l'actualité du contentieux du monde judiciaire. Une sélection de décisions commentées du Tribunal des conflits et du Conseil d'État fait le point de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux et libertés publiques, d'administration judiciaire et de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Ce mois-ci, sont commentées quatre décisions. Par la première, la section du contentieux du Conseil d'État annule le décret créant l'inspection générale de la justice en tant qu'il inclut dans le champ de compétence de cette inspection la Cour de cassation et ses membres. La deuxième décision porte sur les obligations de motivation et de contradictoire pensant sur l'administration pénitentiaire pour une décision de retenue du matériel informatique d'un détenu. Les deux dernières sont relatives aux conditions de mise en œuvre de la réforme de l'accès à la profession de notaire issue de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

PLAN

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES	(néant)
II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE	p. 27
III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES	(néant)

[...]

II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE

Inspection générale de la justice : la Cour de cassation est hors champ ^{329a4}

L'essentiel La section du contentieux du Conseil d'État juge que l'inspection générale de la justice n'est pas compétente pour exercer ses missions à l'égard de la Cour de cassation et de ses membres.

CE, sect., 23 mars 2018, n°s 406066, 406497 et 407474, Syndicat Force ouvrière Magistrats et a., Lebon, M. Beaufils, rapp., M. Dutheillet de Lamothe, rapp. publ. ; SCP Spinosi, Sureau, av.

Note

Née du décret n° 2016-1675 du 5 décembre 2016, l'inspection générale de la justice regroupe les compétences jusqu'alors dévolues au sein du ministère de la Justice à l'inspecteur général des services judiciaires, l'inspection des services pénitentiaires et l'inspection de la protection judiciaire de la jeunesse. Elle a notamment pour mission d'apprécier « l'activité, le fonctionnement et la performance des juridictions, établissements, services et organismes soumis à son contrôle ainsi que, dans le cadre d'une mission d'enquête, la manière de servir des personnels ». Comme ses ancêtres – la première forme d'inspection générale des juridictions de l'ordre judiciaire remonte à 1962 – l'inspection générale de la justice est placée sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de

la Justice. Pour la première fois toutefois, sa compétence englobe la Cour de cassation, ce qui n'a pas manqué de susciter de vives réactions, notamment de la part de son premier président et de son procureur général dans les jours qui ont suivi la publication du décret.

Plusieurs syndicats de magistrats, parmi d'autres requérants, ont attaqué ce décret et son arrêté d'application devant le Conseil d'État. Leurs recours soulevaient trois types de contestations. La première avait trait au principe même du rattachement d'une inspection des juridictions et des magistrats qui les composent à l'autorité politique que constitue le garde des Sceaux. La deuxième posait la question du caractère suffisant, par rapport à l'exigence d'indépendance des magistrats, des garanties entourant le fonctionnement de l'inspection et le déroulement de ses missions. La dernière conduisait à prendre parti sur l'inclusion de la Cour de cassation et de ses membres dans le champ de compétence de l'inspection générale. Par la décision commentée, la section du contentieux du Conseil d'État écarte les deux premières mais achoppe sur la troisième. Elle annule en conséquence partiellement le décret, en tant seulement qu'il inclut la Cour de cassation dans le champ de la mission permanente d'inspection, de contrôle, d'étude, de conseil et d'évaluation exercée par l'inspection générale de la justice.

Une inspection placée auprès du ministre de la justice.

Le principe du rattachement au ministre de la Justice, autorité politique appartenant au pouvoir exécutif, d'un organe chargé d'évaluer le fonctionnement des juridictions et la manière de service des personnels, n'est pas issu du décret du 5 décembre 2016. Dès sa création dans les années 60 en effet, l'inspection générale avait été placée sous l'autorité du garde des Sceaux, sans que cela ne soit contesté.

Toutefois, ainsi que le faisaient valoir les requêtes, un tel pouvoir d'immixtion du pouvoir politique pouvait sembler porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) et à l'indépendance de la justice, dont le président de la République, assisté par le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) est, en vertu de l'article 64 de la Constitution de 1958, le garant.

La décision du 23 mars dernier écarte cette critique, en jugeant que « le principe de la séparation des pouvoirs et l'article 64 de la Constitution, qui garantissent l'indépendance de l'autorité judiciaire, notamment l'indépendance des magistrats dans l'exercice de la fonction de juger, n'interdisent pas la création, auprès du ministre de la Justice, d'un organe appelé à contrôler ou à évaluer l'activité des juridictions judiciaires, à condition que celui-ci apporte, par sa composition, le statut de ses membres, son organisation ainsi que les conditions et les modalités de son intervention, les garanties nécessaires au respect de l'indépendance de l'autorité judiciaire et que ses investigations ne le conduisent pas à porter une appréciation sur un acte juridictionnel déterminé. Ces principes n'interdisent pas davantage la présence, au sein d'un tel organe, d'inspecteurs extérieurs à la magistrature judiciaire justifiant de qualifications adéquates, dès lors que les investigations portant sur le comportement d'un magistrat sont conduites par un inspecteur ayant lui-même cette qualité et que celles qui portent sur l'activité juridictionnelle d'une juridiction le sont sous l'autorité directe d'un tel inspecteur ».

Cette réponse ne surprend guère. Elle s'inscrit tout d'abord dans les pas de l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État du 19 février 2009 qui, consultée sur le principe d'une inspection commune aux juridictions, aux services pénitentiaires et aux services de protection judiciaire de la jeunesse, avait pris parti, dans des termes voisins, sur cette question.

Elle tire en outre les conséquences des équilibres constitutionnels entre pouvoir exécutif et autorité judiciaire prévus par la Constitution de 1958, encore récemment réaffirmés par le Conseil constitutionnel qui, par une décision du 8 décembre 2017 (Cons. const., 8 déc. 2017, n° 2017-680 QPC), a rejeté une QPC transmise par le Conseil d'État mettant en cause l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, lequel place les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des Sceaux.

On relèvera enfin que la décision rapportée ne se fonde pas exclusivement sur les articles 16 de la DDHC et 64 de la Constitution, invoqués par les requérants. Sont également mobilisés, d'une part, le droit des citoyens de demander des comptes à tout agent public de son administration consacré par l'article 15 de la DDHC, qui s'applique

également au service public qu'est la justice, d'autre part, le principe d'une responsabilité du gouvernement devant le Parlement quant à la définition et la mise en œuvre de la politique pénale, prévu par l'article 20 de la Constitution.

Les garanties entourant l'inspection des juridictions et des magistrats. Ainsi que l'exprime le considérant de principe rappelé ci-dessus, une telle inspection n'est toutefois admissible qu'entourée des garanties permettant le respect de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Ces garanties sont de trois ordres.

Elles tiennent en premier lieu au statut des inspecteurs eux-mêmes, dont la carrière – gérée par les services de la chancellerie – ne doit pas être affectée à raison des conclusions et préconisations formulées dans le cadre des rapports d'inspection. À cet égard, on peut relever que la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 consacre l'appartenance des magistrats exerçant les fonctions d'inspecteur général, d'inspecteur général adjoint et d'inspecteur des services judiciaires au corps judiciaire. Rien n'est cependant prévu, s'agissant de la durée de leurs fonctions au sein de l'inspection et de la suite de leur carrière à l'issue des années passées au sein de l'inspection, alors pourtant que l'autorité de nomination est aussi le commanditaire des inspections. La décision commentée, relative à la seule légalité du décret, ne s'y attarde pas, puisque de telles garanties statutaires relevaient en tout état de cause de la loi organique et n'auraient pu être compétemment édictées par le décret en litige. On peut toutefois regretter que la loi organique du 8 août 2016 n'ait pas été l'occasion de les instituer.

Ces garanties tiennent en deuxième lieu aux conditions de réalisation des inspections. La composition des missions et la méthodologie utilisée ne doivent pas être définies de façon à orienter l'issue des inspections et enquêtes demandées par le ministre. La décision commentée relève sur ce point la totale indépendance de l'inspecteur général et de son service sur ces sujets : « l'inspection générale ne saurait recevoir d'instruction du garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur la manière de conduire une inspection une fois que celle-ci a été diligentée ». S'agissant de la délicate question de la définition du programme d'inspection, le Conseil d'État procède à une interprétation constructive du décret attaqué, lequel se bornait à prévoir que le programme annuel des missions de l'inspection générale est arrêté par le ministre de la Justice sur proposition du chef de l'inspection générale. S'émancipant de la lettre du texte, qui laissait penser que le programme se trouvait dans la seule main du ministre, le Conseil d'État juge, d'une part, qu'il est loisible au ministre de faire diligenter en cours d'année une enquête non prévue par le programme annuel, d'autre part, que l'inspection peut, sans autorisation préalable du ministre, décider elle-même de procéder au contrôle d'une juridiction ou à une enquête sur la manière de servir d'un magistrat. Cet équilibre entre les saisines à l'initiative du ministre et à l'initiative de l'inspection apparaît de nature à garantir tout à la fois la réactivité de l'outil d'évaluation que constitue l'inspection – dans le cas où des difficultés liées au comportement d'un magistrat apparaîtraient en cours d'année – et son indépendance – en évitant que le ministre ne soit en mesure de soustraire par exemple un pan de l'activité judiciaire au contrôle de l'inspection.

La dernière catégorie de garanties se rapporte aux juridictions et magistrats visés par les inspections. Sur ce point également, le Conseil d'État procède à une interprétation neutralisante du décret attaqué, en jugeant que « les enquêtes portant sur le comportement personnel ou professionnel de magistrats ne peuvent être effectuées que par des inspecteurs ayant la qualité de magistrat dont l'un ayant un rang égal à celui du magistrat concerné ». Le texte de l'article 15 du décret, qui n'exigeait qu'un « grade » égal à celui du magistrat concerné par l'enquête, passait en effet sous silence, de façon surprenante, le cas des magistrats hors hiérarchie, qui n'appartiennent ni au premier grade ni au second grade du corps judiciaire. La décision prend par ailleurs le soin de rappeler expressément que les enquêtes administratives relatives à la manière de servir des magistrats, qui peuvent éclairer le ministre sur l'opportunité de saisir l'instance disciplinaire compétente, sont « par elles-mêmes, sans effet sur les droits et prérogatives des magistrats qu'elles concernent comme sur l'exercice, par ceux-ci, de leurs fonctions ». Les magistrats ne peuvent en effet être mutés ou sanctionnés disciplinairement que dans le cadre prévu à cet effet.

Ces garanties, dont certaines sortent renforcées par l'interprétation du texte attaqué par le Conseil d'État, sont jugées suffisantes par le Conseil d'État pour permettre le respect de l'indépendance de l'autorité judiciaire, dans les juridictions du premier et du second degré seulement.

La compétence de l'inspection générale à l'égard de la Cour de cassation. La décision rapportée réserve un sort différent à la Cour de cassation, incluse pour la première fois dans le champ de compétence d'un service d'inspection rattaché au garde des Sceaux. Contrairement à la proposition du rapporteur public Louis Dutheillet de Lamothe, qui concluait au rejet total des requêtes, le Conseil d'État juge que « le décret attaqué ne pouvait légalement inclure la Cour de cassation dans le champ des

missions de l'inspection générale de la justice sans prévoir de garanties supplémentaires relatives, notamment, aux conditions dans lesquelles sont diligentées les inspections et enquêtes portant sur cette juridiction ou l'un de ses membres ». Cette solution repose sur deux séries de considérations.

Par une incise, le Conseil d'État relève tout d'abord que la Cour de cassation est « placée au sommet de l'ordre judiciaire ». Est ainsi expressément consacré, pour la première fois dans la jurisprudence administrative, le rôle spécifique dévolu à une cour suprême, *de facto* reconnu dans plusieurs dispositifs : rôle de filtre en matière de question prioritaire de constitutionnalité ; possibilité d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles dans le cadre du protocole n° 16 ; participation des seules cours suprêmes aux réseaux mis en place par les juridictions européennes (réseau des cours supérieures pour la CEDH et réseau judiciaire de l'UE pour la CJUE).

Le Conseil d'État relève en second lieu le rôle particulier dévolu au premier président et au Procureur général de la Cour de cassation qui, à travers le rôle qu'ils exercent en qualité de CSM en présidant les formations compétentes à l'égard des magistrats du siège et du parquet, participent à garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire.

On peut comprendre les raisons de politique jurisprudentielle qui, dans un contexte où des entreprises de déstabilisation de la justice sont menées par le pouvoir politique dans certains pays d'Europe *via* les cours suprêmes, ont conduit la section à prononcer l'annulation partielle du décret attaqué. En matière de garantie d'indépendance, il nous semble pourtant que les juridictions du fond doivent bénéficier de la même protection que la cour suprême, et ce d'autant que les magistrats qui composent ces juridictions appartiennent tous au même corps.

L'exigence de motivation d'une mesure de police en prison n'implique pas nécessairement qu'elle soit précédée d'une procédure contradictoire 329a5

L'essentiel Le Conseil d'État juge que les conditions particulières dans lesquelles est intervenue une décision de retenue du matériel informatique d'un détenu peuvent caractériser une urgence dispensant le chef d'établissement pénitentiaire du respect de la procédure contradictoire sans que la situation ne présente un caractère d'urgence absolue justifiant l'absence de motivation écrite.

CE, 6 juin 2018, n° 410985, M. D. c/ Ministère de la Justice, Lebon T., M. Senghor, rapp., M^{me} Bretonneau, rapp. publ. ; SCP Spinosi, Bureau, av.

Note

Par la décision ici rapportée, le Conseil d'État apporte d'utiles précisions quant au régime procédural des mesures de police prises par les chefs d'établissement pénitentiaire.

L'article 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, aujourd'hui codifié à l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) prévoit que « les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. / À cet effet, doivent être motivées les décisions qui : / - restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police (...) ». Cette motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. Le législateur a toutefois prévu la possibilité de déroger à cette obligation « lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée » [art. 4 de la loi de 1979, aujourd'hui codifié à l'article L. 211-6 du CRPA].

Par ailleurs, l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, désormais codifié à l'article

L. 122-1 du CRPA dispose que « exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales (...) ». Toutefois, cet article prévoit qu'il peut être fait exception à cette obligation de procédure contradictoire cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles.

La décision du 6 juin 2018 mobilise la distinction faite par le législateur entre la notion d'urgence absolue, qui permet de déroger à l'obligation de motiver une décision restreignant l'exercice d'une liberté publique, et celle d'urgence, qui autorise l'administration à se dispenser d'une procédure contradictoire préalable au prononcé d'une telle mesure pour livrer à l'administration pénitentiaire une forme de mode d'emploi procédural.

À la suite d'une fouille de la cellule de M. D. le 9 janvier 2012, il avait été constaté que les scellés apposés sur l'unité centrale de son ordinateur avaient été brisés et qu'une corde y avait été dissimulée. Le directeur du centre pénitentiaire de Caen avait alors ordonné un contrôle du matériel informatique de M. D. et décidé de retenir ces équipements en vue d'une éventuelle procédure pénale. Le 24 février 2012, une saisie judiciaire de ce matériel informatique a été réalisée. L'intéressé a saisi le tribunal administratif de Caen d'une demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la mesure de retenue de son matériel informatique. Le Conseil d'État était saisi d'un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 28 décembre 2015 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes avait, après cassation d'un premier arrêt et renvoi de l'affaire par le Conseil d'État, rejeté sa demande.

La qualification de la mesure litigieuse ne faisait pas de difficulté. Ainsi que l'avait jugé la cour administrative d'appel, la décision du 9 janvier 2012 procédant à la retenue du matériel informatique présente le caractère d'une mesure de police, prononcée pour « des raisons d'ordre et de sécurité » sur le fondement de l'article D. 449-1 du Code de procédure pénale alors applicable. Aux termes de cet article : « Les détenus peuvent acquérir par l'intermédiaire de l'administration et selon les modalités qu'elle détermine des équipements informatiques. Une instruction générale détermine les caractéristiques auxquelles doivent répondre ces équipements, ainsi que les conditions de leur utilisation. En aucun cas, les détenus ne sont autorisés à conserver des documents, autres que ceux liés à des activités socioculturelles ou d'enseignement ou de formation ou professionnelles, sur un support informatique. Ces équipements ainsi que les données qu'ils contiennent sont soumis au contrôle de l'administration.

Sans préjudice d'une éventuelle saisie par l'autorité judiciaire, tout équipement informatique appartenant à un détenu peut, au surplus, être retenu, pour ne lui être restitué qu'au moment de sa libération, dans les cas suivants : / 1° Pour des raisons d'ordre et de sécurité ; / 2° En cas d'impossibilité d'accéder aux données informatiques, du fait volontaire du détenu ».

Le Conseil d'État en déduit logiquement qu'une telle décision doit en principe faire l'objet d'une motivation en vertu des dispositions précitées de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979. Mais il censure la solution retenue par les juges du fond qui avaient écarté le moyen tiré de l'absence de motivation de cette décision au motif que, prise pour faire obstacle à toute tentative d'évasion du requérant elle présentait un caractère d'urgence absolue, alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis que la confiscation de la corde qui avait été dissimulée dans l'unité centrale de l'ordinateur suffisait à prévenir le risque d'une évasion imminente.

Après cette seconde cassation, le Conseil d'État règle l'affaire au fond ainsi qu'il y est tenu. Après avoir infirmé le jugement de première instance qui avait considéré à tort que la décision de retenue constituait une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours, il l'annule pour absence de motivation écrite, en l'absence d'urgence absolue. La décision prend toutefois le soin d'accompagner cette annulation d'un *obiter dictum* pédagogique en précisant « que si les conditions particulières dans lesquelles est intervenue la décision du 9 janvier 2012 caractérisaient une urgence dispensant le chef d'établissement pénitentiaire de Caen du respect de la procédure contradictoire prévue par les dispositions précitées, la situation ne présentait pas, ainsi qu'il a été dit au point 4, un caractère d'urgence absolue justifiant l'absence de motivation écrite de la décision ordonnant la retenue de l'ordinateur du requérant ».

Ainsi que le soulignait Aurélie Bretonneau, rapporteur public, dans ses conclusions conformes sur cette affaire : « Cette distinction est parfaitement logique compte tenu du degré de contrainte différent des deux exigences procédurales » avant de se référer à des décisions du Conseil d'État qui avaient jugé de la sorte en matière de suspension de permis de conduite (CE, 28 sept. 2016, n° 390438, Ministre de l'Intérieur c/ A., Lebon T., p. 610-612-851 ; CE, 18 déc. 2017, n° 409694, Ministre de l'Intérieur c/ M^{me} R., Lebon T.). Est ainsi abandonnée la corrélation mécanique entre l'exigence de motivation et celle du contradictoire ayant prévalu par le passé, qui avait conduit à juger que des décisions défavorables n'avaient pas à être motivées par principe, afin d'éviter que s'y raccrochent des exigences en matière de contradictoire inadaptées à la rapidité avec laquelle certaines situations doivent être traitées par l'administration.

Réforme de l'accès à la profession de notaire : clap contentieux de fin ? ^{329a6}

L'essentiel Le Conseil d'État juge légal le recours au tirage au sort pour départager les notaires remplissant les conditions d'exercice de la profession qui candidatent à un office nouvellement créé dans les zones d'installation dites libre. Il estime que la limite d'âge pour l'exercice de la profession, fixée à 70 ans, n'est pas discriminatoire et n'est pas entrée en vigueur dans des conditions portant atteinte à la sécurité juridique ou au droit au respect des biens.

CE, ass., 18 mai 2018, n° 400675, M. L. et a., Lebon, M^{me} Durand-Viel, rapp., M. Dutheil de Lamothe, rapp. publ. ; SCP Thouin-Palat, Boucard, av. - CE, 25 juin 2018, n° 412970, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. B., Lebon T., M. de Froment, rapp., M^{me} Burguburu, rapp. publ. ; SCP Gadiou, Chevallier, av.

Note

Trois ans après la promulgation de l'article 52 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, réformant – en les libérant – les conditions d'installation des notaires, des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires, les questions les plus polémiques semblent avoir, après une salve de référés en fin d'année dernière (v. notre précédente chronique « Liberté d'installation des notaires : le Conseil d'État saisi de la réforme par la voie du référé-suspension », Gaz. Pal. 28 mars 2017, n° 291c1, p. 34) été définitivement tranchées. Les décisions ici rapportées mettent en effet un terme à différentes contestations particulièrement vives.

Rappelons que la réforme, soumise au Conseil constitutionnel (Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC), repose sur la distinction de deux types de zones, délimitées par une cartographie établie par le garde des Sceaux et le ministre de l'Économie après avis de l'Autorité de la concurrence et assortie de recommandations chiffrées en termes de nombres d'offices à créer. Dans les zones d'installation dite libre, dans lesquelles l'implantation de nouveaux offices apparaît utile pour renforcer la proximité et l'offre de service, le garde des Sceaux autorise en principe toute personne qui en fait la demande, sous réserve qu'elle remplisse les conditions requises pour être nommée notaire, huissier de justice ou commissaire-priseur judiciaire, à créer son office. La loi prévoit ainsi que lorsqu'un demandeur remplit les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance requises, « le ministre de la Justice le nomme titulaire de l'office de notaire ». Il en résulte un droit, pour le professionnel, à être nommé titulaire de l'office à créer pour lequel il est candidat. Dans les autres zones, le mécanisme du droit de présentation par le titulaire de l'office exercé sur le fondement de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 sur les finances continue de s'appliquer.

Tirage au sort pour déterminer l'ordre d'examen des demandes de nomination dans les offices à créer. Pour faire face à l'afflux prévisible de demandes dans les zones d'installation libre, le décret n° 2016-661 du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels, pris pour l'application de la loi du 6 août 2015, a prévu que lorsque le nombre de

candidats enregistrés dans les vingt-quatre heures suivant la date d'ouverture du dépôt de candidatures est supérieur pour une même zone à celui recommandé, l'ordre des demandes est déterminé par tirage au sort. Dans le cas contraire, il est procédé aux nominations correspondantes dans l'ordre d'enregistrement des demandes.

La chambre interdépartementale des notaires de Paris, l'association de défense du notariat et d'autres requérants individuels ont mis en cause, dans le cadre de recours pour excès de pouvoir contre le décret du 20 mai 2016, la légalité d'un tel tirage au sort, en faisant notamment valoir que le pouvoir réglementaire ne pouvait s'en remettre au sort pour exercer le pouvoir de nomination que lui a confié la loi. Plusieurs inconvénients s'attachaient en effet à ce mode de sélection. Le tirage au sort est tout d'abord, par nature, un mode de départage aveugle aux mérites, à l'âge ou encore au sexe des postulants, alors que parmi les arguments mis en avant pour justifier la réforme, figurait l'objectif de rajeunissement et de féminisation de la profession. En outre, la décision prise par le hasard, par définition non motivée, n'offre par elle-même aucune prise à la contestation ; seules les modalités d'organisation du tirage au sort ou le respect de l'égalité des chances des candidats tirés au sort peuvent être discutées devant un juge.

La décision rapportée (CE, 18 mai 2018, nos 400675 et a.), rendue par la formation de jugement la plus solennelle du Conseil d'État, écarte cette critique et saisit l'occasion de cette requête pour définir, dans un considérant de principe de portée générale, les conditions dans lesquelles le pouvoir réglementaire peut recourir au tirage au sort pour départager des demandes adressées à l'administration lorsque le législateur n'en a pas décidé lui-même. Après avoir rappelé qu'« une autorité administrative est tenue d'exercer sa compétence conformément aux lois et règlements applicables et dans le respect de l'intérêt général », la décision énonce que « si aucun texte ni aucun principe ne fait obstacle à ce que, lorsque le législateur n'en a pas décidé lui-même, le pouvoir réglementaire puisse prévoir, dans certains cas, de faire reposer sur le tirage au sort le départage entre des demandes adressées à l'administration, c'est à la condition que ce mode de départage, par lequel l'autorité compétente ne peut exercer le pouvoir d'appréciation qui est en principe le sien, soit en adéquation avec l'objet de ces demandes ou les circonstances de l'espèce et conforme aux intérêts dont elle a la charge ».

L'encadrement du recours au tirage au sort qui résulte de la règle ainsi énoncée est relativement souple. L'exigence d'adéquation entre ce mode de départage et l'objet des demandes ou les circonstances de l'espèce laisse place en effet à une grande latitude. La décision ne permet pas de savoir qu'elle est l'intensité du contrôle du juge sur cette question puisque, s'agissant des notaires, elle s'arrête en amont. D'une part, la loi reconnaît aux demandeurs qui remplissent les conditions générales d'aptitude un égal droit à être nommé dans un office nouvellement créé. D'autre part, le législateur a lui-même exclu, ainsi cela résulte des articles 52 et 53 de la loi du 6 août 2015, que le pouvoir réglementaire introduise des critères supplémentaires, tenant notamment aux mérites respectifs des

candidats. Le Conseil d'État en conclut que le système retenu par le décret du 20 mai 2016 procède de la loi elle-même, et non du décret en litige, et écarte en conséquence les critiques des requérants.

Limite d'âge à 70 ans et mesures transitoires. Étaient également contestés, dans l'un des recours dirigé contre le décret du 20 mai 2016, le principe ainsi que les conditions d'entrée en vigueur, jugées trop brutales et attentatoires au droit au respect des biens, de la limite d'âge fixée, en vertu des articles 53, 54 et 55 de la loi du 6 août 2015, à 70 ans pour les notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires. L'entrée en vigueur de la limite d'âge n'avait en effet été différée que d'un an par le législateur, celui-ci ayant néanmoins prévu la possibilité de demander une prolongation d'activité d'un an, soit jusqu'au 71^e anniversaire. Pris en application de ces dispositions, le décret attaqué, qui n'aurait pu légalement décaler dans le temps la date d'entrée en vigueur de la limite d'âge, permet simplement aux professionnels atteints par celle-ci au moment de l'entrée en vigueur de la loi de solliciter cette prolongation, alors que celle-ci doit en principe être accordée avant d'avoir atteint 70 ans.

La constitutionnalité du dispositif avait déjà été admise par le Conseil constitutionnel, par une décision du 5 août 2015 (Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC). Le Conseil d'État y fait référence dans les motifs de sa propre décision, en relevant que le Conseil constitutionnel a jugé qu'en fixant à 70 ans l'âge limite pour l'exercice des fonctions de notaire, d'huissier de justice et de commissaire-priseur judiciaire et en permettant une prolongation d'activité pendant une durée maximale d'un an avant que leur successeur ne prête serment, le législateur, qui a entendu « favoriser l'accès aux offices existants et le renouvellement de leurs titulaires », a poursuivi un objectif d'intérêt général, n'a pas porté à la liberté d'entreprendre de ces professionnels, qui sont des officiers publics collaborateurs directs du service public de la justice, une atteinte disproportionnée et n'a méconnu aucune autre exigence constitutionnelle.

Par la voie d'une exception d'illégalité, les requérants reprenaient en substance leurs critiques sur le terrain conventionnel, en se prévalant d'une atteinte au droit au respect des biens, protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne et au principe de non-discrimination, garanti par le droit de l'Union.

Il ne faisait guère de doute que le droit de présentation de leurs successeurs pouvait être considéré, pour la profession de notaire, comme un bien au sens de la Convention européenne (v. s'agissant du droit de présentation des commissaires-priseurs, CE, 19 nov. 2004, n° 262298, Lebon T., p. 697 et 859). En outre, l'instauration d'une limite d'âge constitue bien une différence de traitement fondée sur l'âge. Le moyen, dans ses deux branches, était donc opérant. Le Conseil d'État l'a jugé infondé, en relevant trois éléments. En premier lieu, le législateur poursuit un but légitime tenant au renouvellement de ces professions et à une meilleure ouverture de leur accès à des jeunes professionnels. En deuxième lieu, la mesure est fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi. Enfin, les moyens mis en œuvre pour atteindre ces buts revêtent un caractère « proportionné »

et « nécessaire ». Sans doute une entrée en vigueur plus étalée dans le temps aurait-elle été plus respectueuse du droit au respect des biens des professionnels concernés par la nouvelle limite d'âge. Aussi la décision du Conseil d'État prend-elle le soin de relever, à titre surabondant, que les professionnels concernés « conservent la possibilité, en cas de préjudice grave et spécial résultant de l'application de la limite d'âge instaurée par la loi, d'en demander réparation à l'État sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques ».

Liberté d'entreprendre et professions réglementées. La décision rendue par l'assemblée du contentieux le 18 mai dernier est également notable à un autre titre. Conformément aux conclusions du rapporteur public Louis Dutheil de Lamothe, elle admet pour la première fois l'opérance du moyen tiré de la méconnaissance du principe de la liberté d'entreprendre à l'égard de professions réglementées, s'agissant de la définition des conditions d'accès et d'exercice de ces professions.

Ce revirement de jurisprudence (abandon de la décision CE, ass., 12 déc. 1953, n° 18046, Syndicat national des transports aériens, Lebon, p. 547, réaffirmée par CE, 20 déc. 2011, n° 346960, B., Lebon T., p. 813-941-997-1130) s'explique par l'évolution de l'environnement juridique sur ce sujet. En 1953, le principe de liberté du commerce et d'industrie n'avait qu'une valeur législative : dès lors qu'une loi crée une profession réglementée, elle devait être regardée comme écartant l'application de ce principe, de même niveau. Aujourd'hui, la liberté d'entreprendre est consacrée à un niveau constitutionnel, c'est-à-dire à un niveau supérieur à la loi dans la hiérarchie des normes (Cons. const., 12 janv. 1982, n° 81-132 DC). Le rapporteur public faisait en outre valoir dans ses conclusions l'évolution du contrôle du juge sur ces questions : « 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 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 (Cons. Const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC) ».

Rejet d'une candidature au motif que le candidat ne remplit pas les conditions générales d'aptitude aux fonctions de notaire. La seconde décision ici rapportée, en date du 25 juin 2018 (CE, 25 juin 2018, n° 412970), précise le régime applicable à la décision par laquelle le ministre de la Justice rejette la candidature d'un notaire à un office à créer au titre de la loi du 6 août 2015, au motif que le candidat ne remplit pas les conditions générales d'aptitude à l'exercice de la profession.

Ces conditions sont énoncées par l'article 3 du décret du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire, dans sa rédaction issue du décret du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels : « Nul ne peut être notaire s'il ne remplit les conditions suivantes : / 1^o Être français ou ressortissant d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord

sur l'Espace économique européen ; / 2° N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur et à la probité ; / 3° N'avoir pas été l'auteur d'agissements de même nature ayant donné lieu à mise à la retraite d'office ou à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, retrait d'agrément ou d'autorisation ; / 4° N'avoir pas été frappé de faillite personnelle ou de l'interdiction prévue à l'article L. 653-8 du Code de commerce ; / 5° Avoir obtenu un diplôme national de master en droit ou l'un des diplômes admis en dispense pour l'exercice de la profession de notaire par arrêté conjoint du garde des Sceaux, ministre de la Justice, et du ministre chargé de l'Enseignement supérieur ; / 6° Être titulaire du diplôme de notaire ou du diplôme supérieur de notariat. » Plusieurs importantes questions sont tranchées par le Conseil d'État, à l'occasion d'un pourvoi en cassation du ministre de la Justice contre l'ordonnance d'un juge des référés du tribunal administratif de Paris suspendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, le rejet de la demande de nomination dans un des offices notariaux à créer au titre de la loi du 6 août 2017, au motif que le notaire ne remplissait pas les conditions d'aptitude à la profession.

La première de ces questions est une question de répartition des compétences au sein de la juridiction administrative. En vertu d'une jurisprudence ancienne et constante, la suppression d'offices de notaire et la création d'un nouvel office sont assimilées à des actes réglementaires (CE, 3 déc. 1976, n° 95769, J., Lebon, p. 576), dès lors qu'ils ont trait à l'organisation d'un service public (pour la qualification du « service public notarial », v. par ex. CE, 17 déc. 2008, n° 301634, B., Lebon T., p. 897). Le Conseil d'État est donc compétent en premier et dernier ressort pour en connaître. En dépit de la proximité entre la décision sur la recevabilité de la candidature et celle sur la création de l'office, la décision rapportée adopte une solution différente. Elle juge ainsi que la décision par laquelle le ministre rejette une candidature au motif que le candidat ne remplit pas les conditions générales d'aptitude aux fonctions ne porte pas sur le principe de la création de l'office pour lequel l'intéressé a déposé sa candidature, mais sur l'appréciation de l'aptitude du demandeur aux fonctions de notaire. Le Conseil d'État en déduit qu'une telle décision constitue un acte individuel. Les recours contre une telle décision, qui n'est pas au nombre de celles dont le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort, relèvent en conséquence de la compétence en premier ressort du tribunal administratif.

Le second point tranché est relatif à la motivation de ces décisions. La loi du 6 août 2015 consacre un droit, pour

le professionnel, lorsqu'il remplit les conditions énoncées par l'article 3 du décret du 5 juillet 1973 citées ci-dessus, à être nommé titulaire de l'office à créer pour lequel il est candidat, sous réserve de l'ordre d'examen de sa candidature tel qu'il est déterminé par sa date d'enregistrement ou, en cas de fort afflux de demande pour un même office, par un tirage au sort. Dans ces conditions, le Conseil d'État juge que le refus de nommer un candidat relève du 6° de l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration, qui impose à l'autorité administrative de motiver les « décisions individuelles défavorables » qui « refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ». En vertu de l'article L. 211-5 du même code, la motivation exigée doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision, c'est-à-dire indiquer les éléments sur lesquels se fonde le ministre pour estimer que le candidat ne remplit pas les conditions générales d'aptitude à l'exercice de la profession. Cette motivation apparaît d'autant plus importante qu'en cas de tirage au sort, la décision qui détermine l'ordre d'examen des candidatures, d'une grande importance pratique, ne peut par définition être motivée.

Le dernier point est relatif à la portée de la condition d'honorabilité du professionnel, qui constitue l'une des conditions mises par l'article 3 du décret du 5 juillet 1973 à l'exercice de la profession de notaires cité ci-dessus. En vertu du 2° de cet article, le candidat doit ne pas avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur et à la probité. Le Conseil d'État précise, par la décision rapportée, la portée de cette condition en consacrant la prise en compte de trois critères : la nature des faits en cause, leur ancienneté, ainsi que le comportement postérieur de l'intéressé. En l'espèce, le juge des référés du tribunal administratif avait estimé que le moyen tiré de l'erreur d'appréciation du ministre sur le respect de la condition d'honorabilité par l'intéressé était propre à créer, en l'état de l'instruction du dossier, un doute sérieux sur la légalité de la décision de refus du ministre, compte tenu du caractère isolé et ancien des faits reprochés à l'intéressé. Le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation de cette ordonnance, approuve cette lecture et juge que le juge des référés « qui n'a pas entaché sur ce point son ordonnance de dénaturation et qui a pris à bon droit en compte le fait que le juge de l'excès de pouvoir exercerait un entier contrôle sur l'appréciation du ministre, n'a pas, eu égard à son office, commis d'erreur de droit ».

[...]