



HAL
open science

Tirage au sort, limite d'âge et transfert d'office : le Conseil d'Etat clôt le débat

Corine Namont Dauchez

► To cite this version:

Corine Namont Dauchez. Tirage au sort, limite d'âge et transfert d'office : le Conseil d'Etat clôt le débat. *La semaine juridique. Notariale et immobilière*, 2018, n°21-22, p. 7, pp.Actualités 478. hal-01807607

HAL Id: hal-01807607

<https://hal.science/hal-01807607v1>

Submitted on 4 Jun 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Tirage au sort, limite d'âge et transfert d'office : le Conseil d'Etat clôt le débat

Corine Dauchez
Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre
Membre du CEDCACE (EA3457)
Diplômée notaire

Le conseil supérieur du notariat (CSN), la chambre interdépartementale des notaires de Paris (CINP) et l'association pour la promotion et la défense du notariat (APDN) avaient joint leurs efforts et déposé des requêtes en annulation du décret n°2016-661 du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels, pris en application de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron ». Les dispositions incriminées dudit décret mettent en œuvre des innovations emblématiques de la dernière réforme, innovations qui cristallisent les tensions depuis leur entrée en vigueur. Etaient ainsi mises en cause devant le Conseil d'Etat, les modalités de départage entre les demandes de nomination dans les offices à créer, autrement dit le fameux tirage au sort dénoncé par la profession (1). Etaient également contestés les mesures transitoires pour l'application de la limite d'âge aux notaires, désormais obligés de cesser leur activité à 70 ans (2), et le nouveau régime du transfert d'office (3). Très attendue par la profession, la décision va la décevoir : l'Assemblée du contentieux, formation de jugement la plus solennelle du Conseil d'Etat, vient de rejeter les requêtes déposées par le notariat dans une décision du 18 mai 2018, exposée sommairement dans cet aperçu rapide.

1 – Le tirage au sort

Les dispositions de la loi. On rappellera que la loi Macron a organisé une « liberté d'installation » dont la mise en œuvre repose sur une carte établie conjointement par les ministres de la justice et de l'économie. Cette carte détermine deux types de zones : d'une part, des zones d'installation libres, où l'implantation d'offices apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services (art. 52, I), d'autre part, des zones d'installation contrôlée, où l'implantation d'offices supplémentaires de notaires serait de nature à porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu (art. 52, III). Le régime de l'installation diffère suivant la zone concernée. Dans les zones d'installation contrôlée, le ministre de la justice peut refuser une demande de création d'office. En revanche, les notaires peuvent librement s'installer dans les zones d'installation libre. Ainsi, lorsque le demandeur remplit les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance requises pour être nommé en qualité de notaire, le ministre de la justice le nomme titulaire de l'office de notaire créé (art. 52, II). Pour autant, l'installation dans ces zones n'est pas totalement libre puisqu'il faut suivre les recommandations, dont est assortie la carte, sur le rythme d'installation compatible avec une augmentation progressive du nombre de professionnels dans la zone concernée.

Les modalités mises en œuvre par le décret. Les modalités pratiques de la nomination dans les offices créés ont été établies par le décret n°2016-661 du 20 mai 2016¹, qui fait l'objet des griefs de la profession dans la décision du Conseil d'Etat ici présentée. Ledit décret a modifié les articles 49 à 53 du décret n°73-609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire. Les demandes des personnes, qui remplissent les conditions générales d'aptitude aux fonctions de notaire, sont enregistrées par télé-procédure sur le site internet du ministère de la justice. Elles sont horodatées et instruites par les services du ministre de la justice suivant leur ordre d'enregistrement. Dans les zones d'installation libre, le ministre de la justice nomme les demandeurs au regard des recommandations dont est assortie la carte et suivant l'ordre d'enregistrement de leur demande. Toutefois, lorsque le nombre de demandes de création enregistrées, pour une même zone dans les vingt-quatre heures suivant la date d'ouverture du dépôt des demandes, est supérieur au nombre figurant pour cette zone dans la recommandation dont est assortie la carte, l'ordre d'examen de ces demandes est déterminé par tirage au sort.

Les griefs de la profession. La profession attaquait ce mode de départage par tirage au sort, invoquant notamment la méconnaissance des objectifs poursuivis par le législateur qui souhaitait favoriser

¹ M. Latina, *Premières vues sur le décret du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels*, JCP N, 2016, n°25.

l'installation des jeunes, femmes ou salariés. En conséquence, arguait la profession, le décret aurait dû fixer « des critères d'appréciation de nature à favoriser l'établissement dans les offices créés de jeunes, de femmes ou de salariés ». Elle prétendait également que le décret était entaché d'une erreur manifeste d'appréciation et qu'il méconnaissait un principe général de droit qui imposerait le recours à un concours.

La réponse du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat lui répond d'abord, dans un « considérant » général, « qu'une autorité administrative est tenue d'exercer sa compétence conformément aux lois et règlements applicables et dans le respect de l'intérêt général ». Il ajoute que lorsque le législateur n'en a pas décidé lui-même, rien n'interdit au pouvoir réglementaire de recourir au tirage au sort pour départager entre des demandes adressées à l'administration, « 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 ».

Puis, le Conseil d'Etat relève que ces principes ne sont pas applicables en l'espèce car le système retenu par le décret procède de la loi elle-même. En effet, les articles 52 et 53 disposent que le ministre de la justice nomme titulaire d'un des offices créés le demandeur qui remplit les conditions générales d'aptitude aux fonctions de notaires. Selon le Conseil d'Etat, ces dispositions font obstacle à ce que le pouvoir réglementaire introduise des critères supplémentaires, tenant notamment aux mérites respectifs des candidats, qui permettraient au ministre de porter une appréciation entre les demandeurs remplissant les conditions générales d'aptitude, lesquels disposent, en vertu de la loi, d'un égal droit à être nommés. Autrement dit, le législateur n'aurait laissé aucune marge de manœuvre au pouvoir réglementaire qui ne pouvait ajouter des conditions supplémentaires aux conditions générales d'aptitude aux fonctions de notaires expressément requises. La procédure mise en place par le décret découle ainsi de la loi et le décret se borne « à prévoir de simples modalités de départage entre des demandeurs disposant, en vertu de la loi, d'un égal droit à être nommé ». La légalité du décret ne peut donc être mise en cause. Les prétentions du requérant sont par conséquent rejetées.

2 – La limite d'âge

Rappel de la décision du Conseil Constitutionnel. La loi Macron a instauré également une limite d'âge pour l'exercice de la profession de notaire fixée à 70 ans (art. 53 à 55). Au-delà, le notaire peut, sur autorisation du ministère de la justice, continuer à exercer pour une durée qui ne peut excéder douze mois, jusqu'au jour où son successeur prête serment. La loi a prévu l'entrée en vigueur de ces dispositions le 1^{er} août 2016. Le décret du 20 mai 2016 a précisé le dispositif et notamment des mesures transitoires, pour les professionnels nés entre le 2 août 1945 et le 1^{er} octobre 1946, dont l'insuffisance était soulevée. D'abord, le Conseil d'Etat souligne que la limite d'âge a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 : une telle disposition ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre des notaires qui sont des officiers publics collaborateurs directs du service public de la justice, dès lors que le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général en souhaitant favoriser l'accès aux offices existants et le renouvellement de leurs titulaires.

Droit de l'Union européenne et droit européen des droits de l'Homme. Ensuite, le Conseil d'Etat statue sur la conformité de ces dispositions au droit de l'Union européenne et au droit européen des droits de l'Homme. Il indique qu'il est possible, dans le respect du principe de proportionnalité, d'apporter des limitations à l'interdiction de toute discrimination, notamment fondée sur l'âge, posée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dès lors qu'elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union. Or, 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 précise que « les Etats membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». Au nombre de ces objectifs légitimes figurent la politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations et la promotion de l'accès des jeunes à l'exercice d'une profession.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat devait confronter les dispositions litigieuses au droit au respect des biens protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des

droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH), protection qui ne porte pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...). L'interdiction de la discrimination posée par l'article 14 de la Conv. EDH était également invoquée. Le Conseil d'Etat rappelle, qu'au sens de ces dernières stipulations, une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi.

Au regard de ces dispositions, le Conseil d'Etat considère que l'instauration de la limite d'âge à l'exercice de la fonction de notaire constitue bien une différence de traitement en fonction de l'âge et une mesure réglementant l'usage d'un bien en ce qu'elle est susceptible d'affecter l'exercice par les notaires de leur droit de présentation. Cependant, il estime que le législateur a poursuivi un objectif légitime tenant au renouvellement de ces professions et à une meilleure ouverture de leur accès à des jeunes professionnels. Il ajoute que la limite d'âge instaurée, avec l'autorisation de prolongation, est supérieure tant à celle de la plupart des législations comparables qu'à l'âge effectif auquel la plupart de ces professionnels cessent, en pratique, leur activité. Soulignant que le décret intervient dans le cadre fixé par la loi, le Conseil d'Etat étoffe ensuite son argumentation. Concernant précisément les mesures transitoires, il relève que les professionnels concernés étaient informés dès la promulgation de la loi, soit près d'un an avant son entrée en vigueur effective, de l'application de cette nouvelle règle. Par conséquent, ils étaient en mesure de préparer au cours de cette période la cession de leur office ou de leurs parts dans la société titulaire de l'office. En outre, continue-t-il, le dispositif prévoyant la possibilité de faire gérer un office par un suppléant pendant une durée d'un an renouvelable une fois, permet de prolonger encore la période pendant laquelle les professionnels, déjà atteints par la limite d'âge, peuvent procéder à cette cession. Enfin, le Conseil d'Etat rappelle que ces professionnels 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'Etat sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques.

Il en conclut que cette mesure, fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi, est légitime et, d'une part, justifie objectivement et raisonnablement une différence de traitement fondée sur l'âge et revêt un caractère approprié et nécessaire, d'autre part, ne porte pas une atteinte excessive au droit au respect des biens garanti par les stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Conv. EDH. En conséquence, les dispositions incriminées ne méconnaissent ni le droit européen des droits de l'Homme, ni le droit de l'Union européenne.

3 – Le transfert d'office

La libéralisation du transfert en zone d'installation libre. L'assouplissement des dispositions relatives au transfert d'office était également mis en cause (art. 2, 4°, I), ce qui est parfaitement compréhensible eu égard notamment à la nécessité de maintenir le maillage territorial assuré par la profession. Auparavant, tout transfert était soumis à un arrêté du garde des sceaux. Aujourd'hui, seul le transfert dans une zone d'installation contrôlée doit être autorisé par un arrêté du garde des sceaux. Lorsque le transfert a lieu dans une zone d'installation libre, il est soumis à une simple déclaration. Pour le Conseil d'Etat, ces nouvelles dispositions, dont est attendue une meilleure adéquation entre la localisation des offices et la demande de services notariaux, ne méconnaissent pas les objectifs d'amélioration de l'offre de services et de sa proximité dans les zones d'installation libre poursuivis par le législateur, dès lors que ces objectifs s'apprécient au niveau des zones auxquelles elle renvoie.

La profession faisait également valoir que ces nouvelles dispositions permettent un libre transfert d'une chambre des notaires à une autre pour les zones relevant du ressort de deux chambres différentes, ce qui entraînerait une rupture d'égalité au détriment des clients des notaires ayant librement transféré leur office en dehors du ressort de la chambre des notaires dont ils relevaient initialement, car les chambres des notaires concernées seraient moins à même de les contrôler. Le Conseil d'Etat écarte ce moyen considérant que la disposition incriminée n'a ni pour objet ni pour effet de porter atteinte aux conditions dans lesquelles chaque chambre des notaires met en œuvre ses fonctions de contrôle des offices relevant de sa compétence.

Conclusion. Le Conseil d'Etat n'a donc pas été sensible aux arguments de la profession. Il serait maintenant souhaitable, qu'avant les prochaines recommandations de l'autorité de la concurrence, qui vient de clôturer sa consultation publique par internet, les instances professionnelles puissent discuter sereinement avec les ministères impliqués des moyens susceptibles de prendre mieux en considération les réalités du terrain avec lesquelles elles sont en contact au quotidien.