

N° 367884, 367887, 367888
M. B... et autres

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies
Séance du 21 janvier 2015
Lecture du 11 février 2015

CONCLUSIONS

Mme Suzanne von COESTER, rapporteur public

M. B..., greffier du tribunal de commerce de Nancy, est décédé en février 2004.

Les greffiers des tribunaux de commerce sont officiers publics, en ce qu'ils dressent des actes authentiques, et officiers ministériels, c'est-à-dire titulaires d'une charge, d'un office conféré à vie par l'autorité publique. Ce sont d'ailleurs les seuls greffiers dont la charge a été conservée. Les autres greffiers sont officiers publics mais pas ministériels. A l'inverse, les avocats au Conseil par exemple détiennent une charge sans être des officiers publics.

Les détenteurs d'un office ministériel tiennent de l'article 91 de la loi de finances du 28 avril 1816 un privilège qualifié de « droit de présentation ». En vertu de cet article : « *Les avocats à la Cour de cassation, notaires, greffiers (...) pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par la loi* ».

Les héritiers de M. B... ont exercé ce droit en faveur du fils de l'ancien greffier, G... B... – et ce alors que celui-ci n'avait pas encore réussi l'examen d'aptitude aux fonctions de greffier du tribunal de commerce. Ce n'est qu'en 2007, lorsqu'il remplit les conditions de qualification et est nommé greffier suppléant, que M. B... sollicite l'agrément du Garde des sceaux pour reprendre l'office en tant que titulaire. Celui-ci rejette cependant sa candidature en juillet 2009, notamment au vu de ses très mauvaises relations de travail avec le personnel du greffe. Cette décision est devenue définitive par l'épuisement des voies de recours.

Faute d'avoir pourvu cet office de greffier au tribunal de commerce de Nancy, le Garde des sceaux l'a déclaré vacant par un arrêté du 22 octobre 2009.

Un an plus tard, par un arrêté du 17 décembre 2010, il y nommait la SELARL H...-M...-N....

Le tribunal administratif de Nancy, saisi par M. B... d'un recours en excès de pouvoir contre ces deux arrêtés, les a annulés, par des jugements eux-mêmes annulés par la cour administrative de Nancy, qui a rejeté les demandes de M. B....

Celui-ci se pourvoit régulièrement en cassation contre ses trois arrêts.

Le premier arrêt est relatif à l'arrêté de vacance de l'office, pris sur le fondement de l'article R.724-24 du code de commerce : « *Lorsqu'un office de greffier de tribunal de commerce ne peut être pourvu par l'exercice du droit de présentation, cet office est déclaré vacant par décision du garde des sceaux, ministre de la justice, et il y est pourvu dans les conditions prévues aux articles R. 742-20 à R. 742-23. / Les candidats doivent s'engager à payer l'indemnité fixée par le garde des sceaux, ministre de la justice.* »

Ici, l'indemnité a été fixée à 1.400.000 euros.

A la différence de l'arrêté de nomination d'un candidat sur cet office, qui est sans conteste une décision individuelle, la déclaration de vacance porte sur l'office public ministériel et non sur la personne désignée pour le pourvoir. Il ne s'agit pas à strictement parler de la création d'un office, que vous qualifiez d'acte réglementaire (12 mars 1976, *J...*, n°95769, au recueil). Mais il s'agit bien d'une mesure impersonnelle, d'organisation du service public de la justice, qui vise à permettre l'organisation d'un appel à candidatures. Son lien avec l'organisation du service des offices publics ministériels nous paraît justifier un rattachement à la jurisprudence *J...* : un office laissé vacant affecte la structure même du service public de la justice, comme le fait d'engager la procédure pour le pourvoir.

Il faut signaler que, par une décision *L...* du 24 octobre 1986, n°39731, aux tables mais sur un autre point, vous avez statué, en cassation, sur la déclaration de vacance en tant qu'elle était contestée sur le montant de l'indemnité à verser par les successeurs. Vous ne vous étiez pas interrogés sur le caractère réglementaire de la déclaration de vacance en litige. Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de distinguer entre la partie de l'arrêté déclarant la vacance de l'office et celle fixant le montant de l'indemnité à verser par le futur titulaire : les deux points se rapportent de façon générale et impersonnelle à l'office, quel que soit le titulaire qui y sera nommé. Plus récemment, par une décision *M. D...* du 16 juillet 2010, n°329078, vous avez bien statué en premier et dernier ressort sur un tel litige.

L'arrêt relatif à la déclaration de vacance de l'office de greffier du tribunal de commerce de Nancy nous semble donc entaché d'une erreur de droit que vous soulèverez d'office : l'arrêté de vacance d'office étant un acte réglementaire, le TA était incompétent pour en connaître et la cour a commis une erreur de droit en ne relevant pas d'office cette incompétence.

Après avoir annulé l'arrêt et le jugement pour ce motif, vous vous trouvez saisis en premier et dernier ressort de la demande tendant à l'annulation de cet arrêté.

Vous pourrez écarter sans difficulté les moyens de légalité externe : le sous-directeur des professions réglementées à la direction des affaires civiles et du sceau était compétent pour signer l'arrêté au nom du ministre en application du 2° de l'article 1^{er} du décret 2005-850 du 27 juillet 2005. L'arrêté étant réglementaire, il n'avait pas à être motivé et les titulaires du droit de présentation n'avaient pas à être préalablement consultés ni mis à même de présenter des observations : l'article 6 paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas invocable et l'article R.742-24 du code de commerce n'implique pas d'information préalable des héritiers du titulaire de la charge, contrairement à ce qui est allégué.

Les requérants invoquent un détournement de procédure, soutenant que la déclaration de vacance avait en réalité pour objet de mettre fin à leur droit de présentation.

Elle a sans doute eu cet effet. Mais il ressort des pièces du dossier que, loin de vouloir faire obstacle à l'exercice de leur droit de présentation par les héritiers, le ministre a accepté d'attendre plusieurs années que le fils du défunt M. B... passe son diplôme, pour lui permettre de bénéficier du droit de présentation - alors que selon nous rien ne l'y contraignait, la loi de 1816 donnant le droit de présenter un successeur remplissant les conditions pour reprendre l'office, ce qui n'était pas le cas de M. B... à la mort de son père. Le Garde des sceaux a donc accepté de désigner des suppléants dans l'attente de la demande d'agrément de M. B..., qui a été en mesure de la présenter en bonne et due forme en 2007. Il se trouve que sa candidature a *in fine* été rejetée pour des motifs tenant à l'insuffisance de ses capacités de gestion, motifs fondés sur la mauvaise expérience de l'intéressé au tribunal de commerce, comme stagiaire puis greffier suppléant. Nous ne revenons pas sur le refus opposé à sa demande d'agrément, qui n'est pas en cause dans le présent litige. Ce rappel permet cependant de comprendre l'enchaînement des faits, qui est d'importance pour apprécier le contexte dans lequel est intervenue la déclaration de vacance, ainsi que sa légalité.

En effet, d'après l'article R.742-24, le ministre déclare la vacance de l'office lorsque celui-ci « ne peut être pourvu par l'exercice du droit de présentation ».

Or, moins d'un mois avant la déclaration de vacance, le 24 septembre 2009, les héritiers de M. B... ont présenté un dossier de présentation pour un autre successeur, la SCP P...-B... (soit une autre association avec, toujours, le fils de M. B...).

Ils estiment que cette circonstance faisait obstacle à la déclaration de vacance, en invoquant la lettre de l'article 91 de la loi de 1816 sur le droit de présentation : un droit continu, qui ne saurait être enserré dans aucun délai, ni d'après eux restreint pour quelque motif que ce soit, hors le cas de la destitution prévu par la loi même.

Ils soutiennent que rien n'autorisait le pouvoir réglementaire à restreindre ce droit dont est titulaire tout officier ministériel, et auquel lui seul ou ses héritiers pourraient renoncer.

Nous les suivons sur le premier point : le droit de présentation n'est certes enserré dans aucun délai, vous l'avez jugé par une décision du 26 novembre 2010, *SCP G...-A...-C...*, n°328038, aux tables. Et rien n'interdit par principe aux héritiers de présenter plusieurs demandes successives.

Nous croyons en revanche que le droit de présentation doit être combiné avec l'intérêt qui s'attache à ce que les offices existants soient effectivement pourvus.

Il n'est dès lors pas possible de caractériser une illégalité de l'article R.742-24 pour avoir prévu que l'office devait être déclaré vacant « lorsqu'il ne peut pas être pourvu par l'exercice du droit de présentation » : ces dispositions visent à organiser une procédure d'appel à candidatures en cas d'échec ou de carence résultant de l'exercice du droit de présentation, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Il incombe au ministre d'apprécier, sous le contrôle du juge, si les conditions sont réunies pour l'application de l'article R.742-24. Et nous sommes d'avis qu'il peut constater que l'office ne peut pas être pourvu en dépit du dépôt d'une nouvelle demande de présentation, dans certaines circonstances particulières telles celles de l'espèce : la demande fait suite à l'exercice de droit de présentation, le ministre a déjà accepté de soumettre le service à une longue période de suppléance, il avait même accédé à la demande de M. B... de suspendre l'instruction de sa première demande le temps que celui-ci monte un projet de collaboration, qui n'avait finalement pas abouti. Ce rappel suffit à écarter l'argument selon lequel la durée anormalement longue de la vacance serait due à l'administration ; en particulier, si une inspection a été diligentée, c'est bien à cause des difficultés rencontrées par le greffe pendant cette période.

Dans ces conditions, alors même que le ministre était saisi d'une nouvelle demande par le même M. B..., en association cette fois, il nous semble qu'il a pu sans erreur de droit ni erreur manifeste d'appréciation estimer que l'office, vacant de fait depuis plus de cinq ans, ne pouvait être pourvu sans un appel à candidatures.

Il en résulte que la famille B... ne peut plus exercer son droit de présentation et se voit ainsi privée d'un droit dont vous avez admis le caractère patrimonial au sens de l'article 1^{er} du premier protocole à la convention européenne (19 novembre 2004, S..., n° 262298, aux tables). C'est le bénéfice de ces stipulations qu'elle invoque, combinées à celle de l'article 14 de la convention.

Mais vous savez que la jurisprudence européenne exige seulement un « juste équilibre » dans l'exercice de ce droit, qui nous semble ici caractérisé compte tenu d'une part de l'intérêt général qui s'attache à ce que les offices soient pourvus de façon pérenne, dans l'intérêt d'une bonne administration du service public de la justice, et d'autre part du versement d'une indemnité de 1,4 M€ à la famille B....

Ce montant, arrêté sur proposition du bureau du conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, est à notre avis exempt d'erreur manifeste d'appréciation au vu des pièces du dossier (voyez pour ce contrôle votre décision U... du 5 mars 1982, n°22261). La fixation de l'indemnité n'avait pas été précédée d'une procédure contradictoire ni à être motivée sur le fondement de la convention européenne.

Les requérants invoquent aussi une atteinte au droit de propriété garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais le Conseil constitutionnel a écarté le droit de présentation du champ de cet article, estimant que s'il a une valeur patrimoniale, il n'est pas une propriété privée et ne saurait entrer dans la protection « particulièrement exigeante de l'article 17 » (décisions n°2000-440 DC 10 janvier 2001 et, à propos de la suppression des offices d'avoués, n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011).

Ils ne sauraient non plus invoquer la méconnaissance des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatifs au droit de la concurrence, la déclaration de vacance d'un office n'ayant aucune incidence sur un quelconque marché.

Leur requête nous semble donc vouée au rejet.

Les deux autres pourvois appelés vous retiendront moins longtemps. Vous pourrez les joindre, la cour ayant statué par ces deux arrêts sur l'appel du Garde des sceaux et sur celui de la société ayant finalement été nommée sur l'office, qui sont dirigés contre le même jugement relatif à l'arrêté de nomination de cette société.

Aucun des moyens ne vous retiendra :

- la minute est signée ;
- l'arrêt est suffisamment motivé et n'avait pas à répondre aux moyens inopérants, tel celui tiré du parti pris par M. H..., le futur titulaire, contre la candidature de M. B... ;
- l'annulation par voie de conséquence de la nullité de l'arrêté de vacance est vouée à être écartée ;
- enfin, la cour a pu sans erreur de droit écarter les moyens tirés de l'atteinte aux droits patrimoniaux comme inopérants à l'encontre de l'arrêté de nomination : c'est la déclaration de vacance qui pose la question de la privation du droit de présentation, non la décision subséquente de nomination.

PCMNC, sous le numéro 367884, à l'annulation de l'arrêt et du jugement statuant sur la légalité de la déclaration de vacance et au rejet de la requête tendant à son annulation et, dans les deux autres affaires, au rejet des pourvois. Vous pourrez mettre la somme de 2000 euros à la charge des requérants, dans chacune des instances, sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative.