

Autorité
de la concurrence



**Avis n° 17-A-08 du 26 avril 2017
concernant un projet de décret relatif aux greffiers
des tribunaux de commerce**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente) ;

Vu la lettre, enregistrée le 5 avril 2017 sous le numéro 17/0155 A, par laquelle le ministre de l'économie et des finances a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis concernant un projet de décret relatif aux greffiers des tribunaux de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, notamment ses articles L. 410-2 et L. 462-2, et le livre VII du même code relatif aux juridictions commerciales et à l'organisation du commerce ;

Vu la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, notamment le IV de son article 61 ;

Vu l'ordonnance n° 2016-57 du 29 janvier 2016 modifiant l'article L. 742-1 du code de commerce relatif aux conditions d'accès à la profession de greffier de tribunal de commerce ;

Vu la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, notamment son article 101 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et le représentant du ministère de la justice entendus lors de la séance du 25 avril 2017 ;

Les représentants du Conseil National des greffiers des tribunaux de commerce entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I.	Contexte juridique et économique.....	3
A.	PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA PROFESSION DE GREFFIER DE TRIBUNAL DE COMMERCE.....	3
B.	LA RÉFORME DES CONDITIONS D’ACCÈS À LA PROFESSION OPÉRÉE PAR LA LOI DU 6 AOÛT 2015.....	4
1.	LES ANCIENNES CONDITIONS D’ACCÈS À LA PROFESSION.....	4
2.	LES NOUVELLES CONDITIONS D’ACCÈS À LA PROFESSION.....	5
II.	Le projet de décret soumis à l’Autorité	5
A.	LES DISPOSITIONS RELATIVES AU CONCOURS ET AU STAGE.....	5
B.	LES DISPOSITIONS RELATIVES À LA LISTE D’APTITUDE ET AUX NOMINATIONS.....	6
III.	Analyse et recommandations de l’Autorité	7
A.	LE DÉCRET CONTIENT DES ÉLÉMENTS QUI DEVRAIENT PERMETTRE UN ACCÈS PLUS MÉRITOCRATIQUE ET TRANSPARENT AUX OFFICES.....	8
1.	UN SOUHAIT DE RENDRE LA SUCCESSION DANS LES OFFICES PLUS MÉRITOCRATIQUE ..	8
2.	UNE PROCÉDURE PLUS TRANSPARENTE QUI OBJECTIVE LE CHOIX DES NOUVEAUX GREFFIERS	9
B.	MAIS PLUSIEURS DISPOSITIONS POURRAIENT PRIVER D’EFFET UTILE LES INTENTIONS DU LÉGISLATEUR ET DOIVENT ÊTRE CORRIGÉES	9
1.	LES CRITÈRES DE CHOIX ENTRE LES CANDIDATS LES MIEUX CLASSÉS DE PROMOTIONS DIFFÉRENTES MÉRITERAIENT D’ÊTRE PRÉCISÉS	10
2.	CERTAINES DISPOSITIONS EMPORTENT UN RISQUE DE CONTOURNEMENT DU PRINCIPE DE CLASSEMENT DES CANDIDATS PAR CONCOURS.....	13
3.	LES RÈGLES PERMETTANT DE DÉTERMINER LE NOMBRE DE PLACES AU CONCOURS ANNUEL POURRAIENT ÊTRE PRÉCISÉES.....	15
4.	POUR ÉVITER QUE LES MOYENS FINANCIERS DU CANDIDAT PRIMENT SUR SES MÉRITES, LES PRIX DE CESSION DES OFFICES DEVRAIENT CONTINUER À FAIRE L’OBJET D’UN CONTRÔLE	19
5.	LA DURÉE DU RÉGIME TRANSITOIRE APPARAÎT TRÈS FAVORABLE AUX TITULAIRES DE L’ANCIEN EXAMEN D’APTITUDE	23
6.	LA CONSULTATION DU CNGTC SUR LES NOMINATIONS DEVRAIT ÊTRE FACULTATIVE PLUTÔT QU’OBLIGATOIRE	23

1. Par lettre enregistrée le 5 avril 2017, le ministre chargé de l'économie a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») sur un projet de décret relatif aux greffiers des tribunaux de commerce. Le présent avis porte sur la version la plus récente portée à la connaissance de l'Autorité, celle présentée à la section de l'Intérieur du Conseil d'État le 4 avril 2017, qui intègre certaines modifications suggérées par le rapporteur (ci-après la « version du 4 avril 2017 »).
2. Après avoir fait état du contexte juridique et économique (I), l'Autorité présentera le projet de décret (II) et en analysera les enjeux concurrentiels (III).

I. Contexte juridique et économique

A. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA PROFESSION DE GREFFIER DE TRIBUNAL DE COMMERCE

3. Aux termes de l'article L. 741-1 du code de commerce, « *les greffiers des tribunaux de commerce sont des officiers publics et ministériels* ». Ils ont le pouvoir d'authentifier des actes juridiques ou judiciaires et de procéder à l'exécution des décisions de justice.
4. Les greffiers sont membres des tribunaux de commerce en vertu de l'article L. 721-1 du même code, qui dispose que « *les tribunaux de commerce sont des juridictions du premier degré, composées de juges élus et d'un greffier* ».
5. Titulaire d'un office conféré par l'État, le greffier de tribunal de commerce est nommé par arrêté du garde des Sceaux. Il exerce son office à titre libéral¹ et est donc rémunéré par le justiciable et non par l'État ; son personnel relève du secteur privé.
6. L'activité des greffiers des tribunaux de commerce est confiée à des greffiers fonctionnaires en Alsace-Moselle (rattachés aux tribunaux civils à compétence commerciale) et dans les départements et collectivités d'outre-mer (rattachés à des tribunaux mixtes de commerce ou à des tribunaux de première instance à compétence commerciale).
7. Au 1^{er} avril 2017, 228 greffiers de tribunaux de commerce exercent à titre libéral : 22 en tant que titulaires d'office, 206 en tant qu'associés (au sein de 112 sociétés). On recense également 9 greffiers salariés. Le nombre d'offices, égal à celui des tribunaux de commerce, est de 134.
8. Le chiffre d'affaires de la profession en 2015 s'élevait à 224,5 millions d'euros hors taxes.
9. La profession est dotée d'une instance ordinale, le Conseil national des greffiers des Tribunaux de commerce (ci-après « CNGTC »), qui est chargé de la représenter auprès des pouvoirs publics et d'assurer la défense de ses intérêts collectifs².

¹ Les greffiers des tribunaux de commerce sont les seuls greffiers à n'avoir pas été fonctionnarisés par la loi n° 65-1002 du 30 novembre 1965 portant réforme des greffes et juridictions civiles et pénales.

² Article L. 741-2 du code de commerce.

B. LA RÉFORME DES CONDITIONS D'ACCÈS À LA PROFESSION OPÉRÉE PAR LA LOI DU 6 AOÛT 2015³

1. LES ANCIENNES CONDITIONS D'ACCÈS À LA PROFESSION

10. En l'état actuel du droit, peuvent accéder aux fonctions de greffier de tribunal de commerce, les personnes remplissant des conditions de nationalité, de diplôme (niveau Bac + 4 en droit ou diplôme équivalent), d'honorabilité⁴, qui ont accompli un stage d'un an auprès d'un greffier de tribunal de commerce ou d'un tribunal de grande instance à compétence commerciale, et qui ont réussi un examen d'aptitude comprenant des épreuves écrites et orales⁵. Des dispenses sont possibles s'agissant des conditions de diplômes, de stage et d'examen⁶.
11. S'ils remplissent ces conditions générales d'aptitude, les aspirants greffiers des tribunaux de commerce peuvent être nommés par le garde des Sceaux, soit en tant que salarié, soit sur présentation par l'ancien greffier titulaire, soit par choix du garde des Sceaux pour les offices créés ou vacants⁷.
12. La procédure prévue pour les offices créés ou vacants n'ayant pas été utilisée dans la période récente⁸, l'accès à l'exercice libéral de la profession de greffier de tribunal de commerce n'a concerné que des candidats à la succession dans un office existant ou à l'acquisition de parts dans une société titulaire d'un tel office.
13. L'exercice du droit de présentation est encadré par l'article R. 742-28 du code de commerce. La demande de nomination est présentée au procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle est situé l'office. Elle est accompagnée de la convention conclue entre le titulaire de l'office (ou ses ayants-droit) et le candidat, et d'un plan de financement. La valorisation du droit de présentation est faite sous le contrôle de la Chancellerie.
14. Toutefois, ainsi qu'il ressort notamment des travaux parlementaires⁹ et du rapport de l'Inspection Générale des Finances (ci-après « IGF ») relatif aux professions réglementées¹⁰, ces modalités de nomination auraient conduit à « verrouiller » l'accès aux offices. La loi du 6 août 2015 précitée a donc cherché à rendre plus transparent et plus méritocratique l'accès aux offices de greffiers de tribunaux de commerce.

³ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴ N'avoir pas fait l'objet d'une condamnation pénale pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs, n'avoir pas fait l'objet d'une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, mise à la retraite d'office, de retrait d'agrément ou d'autorisation et n'avoir pas été frappé de faillite personnelle ou de l'interdiction prévue à l'article L. 653-8 du code de commerce.

⁵ Articles R. 742-1 et A. 742-6 du code de commerce. L'écrit comporte deux épreuves, l'une portant sur un sujet juridique d'ordre général en rapport avec les activités de greffier de tribunal de commerce, l'autre consistant en la rédaction d'actes de greffe. L'oral consiste en un entretien de vingt minutes avec le jury.

⁶ Articles R. 742-2 et suivants du code de commerce.

⁷ Articles R. 742-18 et suivants du code de commerce. Le garde des Sceaux se prononce après avoir recueilli l'avis du procureur général près la cour d'appel et du bureau du CNGTC et sur proposition d'une commission composée de deux magistrats, d'un membre des tribunaux de commerce, de deux greffiers de tribunaux de commerce et d'une personne remplissant les conditions d'aptitude pour être nommée greffier de tribunal de commerce.

⁸ Elle a été utilisée dans les années 1980, lorsque les tribunaux de commerce de Bobigny, Nanterre et Créteil ont été créés.

⁹ Voir le compte-rendu des débats, et en particulier l'intervention de Mme la députée Cécile Untermaier, rapporteure thématique, lors de la séance du 15 janvier 2015 à 15h devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance et l'activité (compte-rendu n° 11).

¹⁰ IGF, Rapport n° 2012 M 057 03, mars 2013, « Les professions règlementées », notamment tome 1, page 52.

2. LES NOUVELLES CONDITIONS D'ACCÈS À LA PROFESSION

15. Le nombre de greffes de tribunal de commerce étant fixé par la carte judiciaire, le principe d'une liberté d'installation régulée, qui a été retenu pour les autres officiers publics et ministériels (notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires), n'était pas transposable aux greffiers des tribunaux de commerce.
16. Fort de ce constat, le législateur a fait le choix du concours, l'enjeu étant « *de moderniser les modalités de recrutement des greffiers des tribunaux de commerce, en y introduisant un élément de méritocratie et en les rendant plus transparentes* »¹¹.
17. Le IV de l'article 61 de la loi du 6 août 2015 a donc habilité le Gouvernement à prendre par ordonnance « *dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi pour améliorer, par la voie du concours, en fixant les conditions financières de cette mesure, le recrutement des greffiers de tribunaux de commerce* ».
18. L'ordonnance n° 2016-57 du 29 janvier 2016¹², ratifiée par l'article 101 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, a complété l'article L. 742-1 du code de commerce d'un second alinéa, qui précise désormais que les conditions d'accès à la profession des greffiers des tribunaux de commerce « *comprennent notamment un concours, un stage et un entretien de validation de stage* », sous réserve de dispenses.
19. Cet article L. 742-1, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 29 janvier 2016 précitée, prévoit que ces conditions d'accès et dispenses sont fixées par décret en Conseil d'État. Tel est l'objet du décret soumis à examen.

II. Le projet de décret soumis à l'Autorité

20. Le projet de décret précise les nouvelles conditions d'accès à la profession de greffier de tribunal de commerce. À cette fin, il modifie notamment le chapitre II du titre IV du livre VII de la partie réglementaire du code de commerce.

A. LES DISPOSITIONS RELATIVES AU CONCOURS ET AU STAGE

21. Le projet de décret supprime les dispenses existantes permettant à certaines catégories de personnes (par exemples les anciens magistrats, notaires ou huissiers de justice, etc.) de ne pas avoir à subir l'actuel examen d'aptitude. Le rapport au Premier Ministre précise que ces dispositions ont pour objet de faire du concours « *l'accès unique à la profession de greffier*

¹¹ Projet de loi pour la croissance et l'activité, Étude d'impact, Tome 1, page 112.

¹² Ordonnance n° 2016-57 du 29 janvier 2016 modifiant l'article L. 742-1 du code de commerce relatif aux conditions d'accès à la profession de greffier de tribunal de commerce.

de tribunal de commerce ». En revanche, ni les dispenses de stage, ni les dispenses de diplômes existantes ne sont modifiées¹³.

22. L'article 3 du projet de décret prévoit que l'accès à la profession de greffier de tribunal de commerce est désormais conditionné par la réussite à un concours – et non plus d'un examen d'aptitude – et la validation d'un stage de formation (modification de l'article R. 742-1 du code de commerce).
23. Le concours d'accès à la profession de greffier de tribunal de commerce a lieu une fois par an. Ses modalités d'organisation et le programme des épreuves écrites et orales sont fixés par arrêté du garde des Sceaux, après avis du CNGTC. Le jury est composé de deux magistrats de l'ordre judiciaire et d'un greffier de tribunal de commerce. Nul ne peut se présenter plus de trois fois au concours¹⁴.
24. C'est la réussite au concours qui conditionne l'accès au stage, dont la durée d'un an (sauf exceptions) n'est pas modifiée¹⁵. Le CNGTC établit chaque année une liste de propositions de stages soumise aux lauréats, qui choisissent leur stage dans l'ordre de leur classement au concours¹⁶.
25. L'article 11 du projet de décret renvoie au CNGTC le soin de définir les conditions d'exercice du stage. L'article 14 précise les modalités de validation du stage. Il institue une commission chargée de valider l'expérience acquise au cours du stage. Si cette commission estime que le candidat n'a pas démontré les capacités requises, elle lui propose un stage supplémentaire.

B. LES DISPOSITIONS RELATIVES À LA LISTE D'APTITUDE ET AUX NOMINATIONS

26. Le garde des Sceaux est chargé d'établir chaque année, par arrêté, la liste d'aptitude à la profession de greffier de tribunal de commerce¹⁷.
27. Les lauréats ayant validé leur stage ou bénéficiant d'une dispense de stage sont inscrits sur cette liste d'aptitude, par promotion et par ordre de réussite au concours, les lauréats des nouvelles promotions étant classés à la suite des promotions précédentes.
28. La durée d'inscription sur la liste d'aptitude est de cinq ans, sauf si l'intéressé demande à ne plus y être inscrit ou s'il est nommé en qualité de greffier de tribunal de commerce. Une prorogation de six mois supplémentaires peut être accordée aux personnes justifiant d'un projet susceptible d'aboutir à une nomination.
29. S'agissant de la procédure de nomination, le projet de décret organise la publicité, par arrêté du garde des Sceaux, de toute création ou vacance d'office, tout projet de recrutement de greffier salarié, tout projet de cession de parts sociales et tout projet de cession d'office¹⁸. Ainsi, le champ du concours concerne l'ensemble des nominations de nouveaux greffiers des tribunaux de commerce, y compris les greffiers salariés.

¹³ Articles 4, 5 et 6 du projet de décret.

¹⁴ Article 7 du projet de décret.

¹⁵ Articles 8 et 9 du projet de décret.

¹⁶ Article 10 du projet de décret.

¹⁷ Article 15 du projet de décret.

¹⁸ Articles 17 (création d'office et, par renvoi de l'article R. 724-24, vacance d'office), 22 (recrutement d'un greffier salarié), 19 (exercice du droit de présentation) et 21 (cession de titres de capital ou de parts sociales) du projet de décret.

30. Les candidatures sont adressées au garde des Sceaux, qui fait procéder à une enquête sur l'honorabilité et les capacités professionnelles des candidats, ainsi que sur leurs capacités financières au regard des obligations qui leur incombent. À cette fin, il recueille l'avis motivé du bureau du CNGTC.
31. Pour chaque nomination, le garde des Sceaux (s'agissant d'un office créé ou vacant) ou l'ancien greffier (s'agissant d'une succession dans office existant ou d'une cession de parts d'une société titulaire d'un tel office), ne peuvent retenir que trois catégories de personnes : soit une personne précédemment nommée greffier de tribunal de commerce (3° de l'article R. 742-18)¹⁹, soit une personne inscrite sur la liste d'aptitude, soit une personne ayant réussi le concours et validé le stage (1° et 2° du même article). La mobilité entre offices ou la nomination d'un greffier salarié à l'exercice libéral ne sont donc pas soumis à une nouvelle réussite au concours.
32. S'il opte pour l'un des lauréats du concours ayant présenté sa candidature, le garde des Sceaux ou l'ancien greffier selon les cas, sélectionne, parmi les personnes issues d'une même promotion, le candidat le mieux classé sur la liste d'aptitude²⁰. En cas de cession de parts ou d'office, la publicité organisée par le garde des Sceaux porte également sur l'indemnité demandée par le cédant au titre du droit de présentation ou sur la valeur des titres ou des parts à céder.
33. Des dispositions transitoires prévoient l'inscription sur la liste d'aptitude des personnes ayant réussi l'ancien examen d'aptitude : elles sont inscrites sur cette liste, par ordre alphabétique, dans une section distincte de celle qui comporte la liste des lauréats du concours par ordre de mérite²¹.

III. Analyse et recommandations de l'Autorité

34. Ce projet de texte réglementaire définit les modalités d'un régime nouveau institué par la loi, qui conditionne l'exercice d'une profession, celle de greffier de tribunal de commerce, à la réussite d'un concours. Par définition, un concours restreint le nombre des personnes autorisées à exercer la profession. Ce *numerus clausus* est une restriction quantitative. En pareilles circonstances, le 1° de l'article L. 462-2 du code de commerce prévoit une consultation obligatoire de l'Autorité de la concurrence²².

¹⁹ Article 16 du projet de décret

²⁰ Articles 17, V (création d'office et, par renvoi de l'article R. 724-24, vacance d'office), 22 (recrutement d'un greffier salarié) 19 alinéa 5 (exercice du droit de présentation) et 21 alinéa 4 (cession de titres de capital ou de parts sociales) du projet de décret.

²¹ Article 23 alinéa 2 de projet de décret.

²² Malgré sa nature réglementaire jusqu'à sa ratification législative, l'ordonnance du 29 janvier 2016 n'a pas fait l'objet d'une consultation de l'Autorité. Il est vrai que ladite ordonnance s'est limitée à inscrire dans la loi le principe du concours déjà prévu par l'habilitation législative, renvoyant au décret la définition de ses modalités.

A. LE DÉCRET CONTIENT DES ÉLÉMENTS QUI DEVRAIENT PERMETTRE UN ACCÈS PLUS MÉRITOCRATIQUE ET TRANSPARENT AUX OFFICES

1. UN SOUHAIT DE RENDRE LA SUCCESSION DANS LES OFFICES PLUS MÉRITOCRATIQUE

35. Le rapport de l'IGF précité (à l'origine du projet de loi) et les débats parlementaires²³ avaient dénoncé un verrouillage de l'accès aux offices : « *les membres de 7 familles contrôlent directement ou indirectement 21 des 134 greffes de tribunaux de commerce présents sur le territoire français* »²⁴. La profession ne pouvant relever du principe de liberté d'installation²⁵, la solution du concours a été retenue par la législateur : « *Eu égard à la spécificité de la fonction, la profession de greffier de tribunaux de commerce est celle parmi les professions du droit qui bénéficie du plus grand monopole territorial et fonctionnel. [...] Aussi, dans le cadre de la mission de service public attachée à cette fonction, délégation de l'autorité publique, il est nécessaire que les conditions d'accès à cette fonction et au titre soient réformées [...], notamment en organisant par la voie du concours le recrutement des greffiers et en déterminant les conditions financières de cette mesure.* »²⁶.
36. Dans l'esprit du projet de loi, le concours semblait plutôt concerner la sélection des futurs titulaires des offices (existants, vacants ou créés, et non pas les greffiers salariés). Sur ce point, l'étude d'impact est formelle : « *L'enjeu est donc de moderniser les modalités de recrutement des greffiers des tribunaux de commerce, en y introduisant un élément de méritocratie et en les rendant plus transparentes. Dans cette perspective, la solution d'un mécanisme de concours, tel que celui qui a été préconisé par la mission présidée par M. Richard Ferrand, député, sur les professions réglementées, semble la plus adaptée. [...] Dans ces conditions, il paraît pertinent de sélectionner par concours les candidats autorisés à succéder aux titulaires des offices cessant leurs fonctions.* » (Soulignement ajouté).
37. Il apparaît à la lecture du projet de décret que ce qui est appelé : « *concours d'accès à la profession* » n'est pas, en réalité, un concours d'accès aux offices, mais un concours d'accès à un cursus de formation. En effet, la réussite à ce concours conditionne l'accès à un « *stage de formation* » (nouveau 7° de l'article R. 742-1), dont la validation (nouveau 8°) conditionne elle-même l'accès à une « *liste d'aptitude* ». Cette liste d'aptitude est établie chaque année par arrêté du garde des Sceaux, inscrivant les lauréats par rang de réussite au concours, et ce, promotion par promotion. Par suite, la réussite au concours assure seulement aux lauréats la certitude d'avoir accès à un stage, mais la validation de celui-ci peut être refusée après une éventuelle prolongation.
38. Toutefois, le schéma retenu par le gouvernement s'inscrit dans la logique de la plupart des concours républicains, notamment dans la fonction publique, selon laquelle le stage suit le concours. Ce stage permet en effet au lauréat de démontrer qu'en plus de la théorie, il maîtrise ou est susceptible de maîtriser la pratique professionnelle. En outre, si le stage précédait le concours, une multiplication des candidatures risquerait de s'ensuivre,

²³ Voir en particulier les interventions de Mme la députée Cécile Untermaier, rapporteure thématique, compte-rendu précité en note 9.

²⁴ Rapport IGF précité, page 52 du tome 1, où la note 30 précise : « *Trois des quatre greffes des tribunaux de commerce de petite couronne parisienne, parmi les plus importants de France, sont ainsi caractérisés par l'association d'une personne et de deux ou trois de ses enfants (à l'exclusion de tout autre associé), assurant la conservation du greffe dans le patrimoine familial. Une autre famille constituée de 3 frères et de leurs enfants contrôle 4 greffes* ».

²⁵ Ainsi que l'Autorité l'a relevé dans son avis n° [15-A-02](#) : « *l'installation des greffiers des tribunaux de commerce est liée à la carte judiciaire* » (§ 358).

²⁶ [Exposé des motifs](#) du projet de loi.

puisqu'elles concerneraient potentiellement tous les diplômés de Master 1 en droit ou équivalent. Il pourrait en résulter des difficultés à trouver un lieu de stage, sauf pour les candidats jouissant d'une relation *intuitu personae* avec certains greffiers, renforçant les critiques à l'encontre du caractère jusqu'ici trop endogène du recrutement. Ce travers était en effet dénoncé dans l'ancien dispositif, où l'accomplissement du stage précédait le passage de l'examen d'aptitude et constituait, selon certains parlementaires, une véritable barrière à l'entrée²⁷.

39. Une solution pour pallier ces deux lacunes (assurer l'accès des plus méritants au stage, sans pour autant ériger de nouvelles barrières à l'entrée) pourrait consister à subordonner l'accès au stage à un premier examen, puis d'effectuer un concours à l'issue de cette année de stage, par exemple sur des matières moins académiques (de type gestion d'office...). Une telle procédure apparaît cependant lourde. Par suite, la solution retenue, rendant l'accès au stage automatique pour les lauréats du concours, sur le fondement de leurs seuls mérites, semble satisfaisante de ce point de vue.

2. UNE PROCÉDURE PLUS TRANSPARENTE QUI OBJECTIVE LE CHOIX DES NOUVEAUX GREFFIERS

40. Le fait d'assurer, par arrêté du garde des Sceaux, la publicité de toutes les créations ou vacances d'office et de tous les projets de recrutement de greffier salarié, de cession de parts sociales et de reprise d'office²⁸ est une procédure inédite chez les officiers publics et ministériels. En effet, dans les autres professions, seules les vacances et créations d'offices sont soumises à publicité, jamais les projets de succession par exercice du droit de présentation du titulaire.
41. Autre avancée, la composition du jury du concours et de la commission chargée de la validation des stages constitue un gage d'objectivité, puisque l'un et l'autre comprennent deux magistrats et un greffier des tribunaux de commerce, ce qui réduit mécaniquement le rôle confié à la profession, qui occupait jusqu'ici une place plus importante (le jury de l'ancien examen d'aptitude comprenait deux greffiers).
42. En définitive, il apparaît que dans son principe même, la création d'un concours constitue un premier rapprochement entre les statuts respectifs des greffiers des tribunaux de commerce et des services judiciaires, qui exercent en partie des fonctions similaires (à l'exception de celles relatives à la tenue du registre du commerce et des sociétés).

B. MAIS PLUSIEURS DISPOSITIONS POURRAIENT PRIVER D'EFFET UTILE LES INTENTIONS DU LÉGISLATEUR ET DOIVENT ÊTRE CORRIGÉES

43. Il ressort de plusieurs dispositions du décret que le classement au concours peut être contourné, permettant ainsi le maintien de barrières à l'entrée dans la profession.

²⁷ Lors des débats parlementaires, les rapporteurs du projet de loi ont rappelé que « l'accomplissement d'un stage de formation d'une durée d'un an [...] constitue dans les faits un verrou d'entrée » (Cécile Untermaier, compte-rendu précité en note 9).

²⁸ Articles 17 (création d'office et, par renvoi de l'article R. 724-24, vacance d'office), 22 (recrutement d'un greffier salarié), 19 (exercice du droit de présentation) et 21 (cession de titres de capital ou de parts sociales) du projet de décret.

1. LES CRITÈRES DE CHOIX ENTRE LES CANDIDATS LES MIEUX CLASSÉS DE PROMOTIONS DIFFÉRENTES MÉRITERAIENT D'ÊTRE PRÉCISÉS

44. D'après les nouvelles dispositions de l'article R. 742-17 : « *Sont inscrits sur la liste d'aptitude, les lauréats du concours ayant validé leur stage ou bénéficiant d'une dispense (...) par ordre de réussite au concours. Les lauréats d'une promotion donnée sont inscrits dans cet ordre, à la suite des lauréats de la promotion précédente* ». Une telle rédaction pourrait laisser penser qu'en cas de déséquilibre temporaire entre le nombre de places au concours et le nombre d'offices appelés à se libérer une année donnée, les lauréats de la promotion précédente figureront l'année suivante à un rang antérieur à ceux des nouvelles promotions, de façon à être *in fine* tous titularisés avant ces derniers.
45. Toutefois, par la suite, le projet de décret prévoit également que : « *Article R. 742-22 : Lorsqu'il sélectionne un lauréat du concours prévu à l'article R. 742-6-1, le garde des sceaux, ministre de la justice, désigne, parmi les candidats issus d'une même promotion, le cas échéant, le candidat le mieux classé sur la liste d'aptitude* ». Il en va de même en cas d'exercice de son droit de présentation par le titulaire actuel de l'office. Cette disposition fait, en réalité, perdre toute portée pratique à l'inscription des promotions successives les unes à la suite des autres sur la liste d'aptitude. En effet, dans le silence du texte, il n'existe aucune règle de départage des candidats les mieux classés issus de promotions différentes. Aussi le choix ultime semble-t-il relever de la discrétion du cédant, qui n'est pas tenu de privilégier une année en particulier.
46. Or, les modalités de choix des candidats sont un élément fondamental de l'accès à la profession, qui participent d'un équilibre entre la méritocratie du concours (qui implique de privilégier l'affectation prioritaire des mieux classés), l'absence de discrimination (qui suppose notamment d'éviter que certains candidats, pourtant bien classés, ne soient jamais retenus), la bonne administration de la justice (qui requiert de procéder à un appariement optimal entre le profil des candidats et les greffes proposés) et la liberté d'entreprendre des greffiers, qui exercent une mission que l'État leur délègue dans un cadre libéral.
47. En réintégrant un choix discrétionnaire, parmi les mieux classés des cinq promotions précédentes, le texte réintroduit un élément d'arbitraire et prive les lauréats de la certitude d'être *in fine* nommés, alors qu'il ont réussi un concours et accompli avec succès un cursus de formation exigeant. Or, il apparaît à l'Autorité que, dès lors qu'il est toujours loisible aux associés d'une société titulaire d'un office de refuser l'agrément d'un lauréat du concours pour sélectionner une personne déjà nommée greffier, la protection de l'*affectio societatis* est déjà largement assurée, de sorte que le dispositif retenu pourrait davantage se focaliser sur les autres objectifs mis en avant par la loi, de préservation de la méritocratie et d'absence de discrimination.
48. À cet égard, plusieurs correctifs peuvent être envisagés :
- réduire la durée de validité de la liste d'aptitude de 5 ans à 1 an présenterait l'avantage de n'avoir qu'un seul classement des lauréats, avec un recrutement dans l'ordre de mérite, mais obligerait certains candidats, dans l'hypothèse où tous ne pourraient être nommés une année donnée, à repasser le concours, avec un fort risque de démotivation ; l'enjeu serait donc de combiner un tel dispositif avec une gestion prévisionnelle des besoins (voir les § 62 et suivants) ;
 - désigner prioritairement les candidats figurant sur la liste d'aptitude la plus ancienne permettrait d'épuiser le stock de lauréats en fonction non seulement de leur classement mais de leur ancienneté, ce qui aurait l'avantage d'assurer un poste à

chaque lauréat, mais pourrait se révéler moins méritocratique si les lauréats les plus récents ont un niveau supérieur à ceux, non encore nommés, des concours précédents ;

- désigner prioritairement les candidats figurant sur la liste d'aptitude la plus récente, qui se substituerait donc à l'ancienne, comporte le risque que, si les lauréats du concours ne sont pas nommés la première année, ils ne le soient jamais, alors même que des candidats moins bien classés d'une promotion plus récente pourraient l'être, ce qui accroîtrait d'autant le risque de discrimination ;
- désigner prioritairement les candidats ayant obtenu le meilleur rang de classement, toutes promotions confondues, en prévoyant par exemple une liberté du choix entre les promotions quand plusieurs lauréats ont le même rang de classement, aurait l'avantage d'assurer une prime aux plus méritants et de permettre la nomination de candidats relativement bien classés mais non retenus la première année ;
- organiser un épreuve supplémentaire chaque année, afin de fusionner les promotions pour n'aboutir qu'à une seule liste d'aptitude (classement inter-promotions) assurerait un vrai classement selon les mérites, mais représenterait une charge supplémentaire en termes d'organisation (toutes les personnes figurant sur la liste d'aptitude seraient appelées à participer, chaque année, à de nouvelles épreuves, qui pourraient être orales par exemple).

49. Il pourrait par ailleurs être suggéré l'établissement d'une liste d'aptitude avec deux niveaux : une liste principale pour satisfaire les besoins anticipés et une liste complémentaire, en cas de besoins exceptionnels.

Tableau 1 : comparaison de différents dispositifs de désignation des candidats envisageables

	<i>Liberté de choix du greffier ou du garde des Sceaux</i>	<i>Caractère méritocratique</i>	<i>Risque de discrimination ou de non affectation</i>	<i>Remarques</i>
<i>Choix du mieux classé parmi 5 promotions</i>	Élevée	Moyen	Risque élevé	Dispositif prévu par le projet de décret
<i>Listes d'aptitude fixées pour un an</i>	Faible	Élevé	Risque moyen	Contraignant pour les candidats (nécessité de repasser le concours si les besoins annuels sont mal calibrés)
<i>Choix du mieux classé avec priorité à la promotion la plus récente</i>	Faible	Moyen	Risque élevé	Risque d'exclusion des lauréats non nommés après un an par des lauréats plus récents même moins bien classés

<i>Choix du mieux classé avec priorité à la promotion la plus ancienne</i>	Faible	Moyen	Risque faible	Prime à l'ancienneté, au détriment éventuel du classement
<i>Choix du meilleur rang de classement parmi 5 promotions</i>	Moyen	Élevé	Risque faible	Ne prend pas en compte l'hétérogénéité du niveau entre promotions
<i>Épreuve annuelle de classement inter-promotion</i>	Faible	Élevé	Risque moyen	Contraignant pour le garde des Sceaux (épreuve supplémentaire)

50. Une solution intermédiaire pourrait consister à combiner deux dispositifs en réduisant la durée de l'inscription sur la liste d'aptitude à deux années, tout en accordant la priorité à la promotion la plus ancienne. Le caractère méritocratique du concours serait préservé tandis que les candidats disposeraient de deux années pour voir aboutir un projet de nomination. À noter que le décret prévoit un tempérament à ce délai pour les projets déjà engagés à la date de publication de la nouvelle liste²⁹.
51. Pour assurer l'accès à la profession des lauréats éventuellement non-nommés à l'issue de ce délai de deux ans ou leur permettre d'améliorer, s'ils le souhaitent, leur classement, le décret doit leur laisser la liberté de passer à nouveau le concours. Par suite, ce n'est pas le nombre de passages à l'examen qui doit être limité à trois, comme le prévoit le projet de décret dans son article 7, mais le nombre d'échecs.
52. L'Autorité préconise ainsi de :
- permettre à des lauréats du concours de passer à nouveau le concours, et ce sans limitation jusqu'à trois échecs, afin d'améliorer leur classement ;
 - réduire à deux années la durée de validité de la liste d'aptitude et assortir la priorité conférée par l'ordre de réussite au concours d'une règle d'ancienneté sur cette liste (les lauréats de la nouvelle promotion étant inscrits à la suite de ceux de la promotion précédente).

Proposition n° 1 :

Modifier ainsi le projet de décret (version du 4 avril 2017) :

I. – À l'alinéa 8 de l'article 7, remplacer les mots « plus de trois fois » par les mots « après trois échecs ».

II. – Modifier ainsi l'article 15 :

a) À l'alinéa 6, remplacer le mot : « cinq » par le mot : « deux » ;

²⁹ Article R. 742-17-1 al 2 : « Un délai supplémentaire de six mois d'inscription sur la liste peut être accordé par le garde des sceaux, ministre de la justice, aux personnes justifiant d'un projet en cours susceptible d'aboutir à une nomination. La demande de prolongation d'inscription est adressée par téléprocédure sur le site internet du ministère de la justice, au plus tard deux mois avant l'expiration du délai de cinq ans mentionné à l'alinéa précédent. La demande est accompagnée de la copie d'une pièce d'identité et de tout document permettant de justifier du projet. »

b) Rédiger ainsi l'alinéa 7 :

« Un délai supplémentaire de six mois après leur radiation de la liste peut être accordé par le garde des Sceaux, ministre de la justice, aux personnes justifiant d'un projet en cours susceptible d'aboutir à une nomination, pour concrétiser ce projet. La demande est adressée par téléprocédure sur le site internet du ministère de la justice, au plus tard deux mois avant l'expiration du délai de deux ans mentionné à l'alinéa précédent. La demande est accompagnée de la copie d'une pièce d'identité et de tout document permettant de justifier du projet. »

III. – À l'alinéa 3 de l'article 16, après la référence « R. 742-16 », insérer les mots : « ou bénéficiant du délai supplémentaire prévu au second alinéa de l'article R. 742-17-1 ».

IV. – Modifier ainsi l'article 17 :

a) À l'alinéa 10, supprimer les mots : « , parmi les candidats issus d'une même promotion, le cas échéant, » ;

b) À l'alinéa 11, supprimer les mots : « issu de la même promotion et ».

V. – Modifier ainsi l'article 19 :

a) À l'alinéa 7, supprimer les mots : « , parmi les candidats issus d'une même promotion, » ;

b) À l'alinéa 8, supprimer les mots : « issu de la même promotion et ».

VI. – À l'alinéa 5 de l'article 21, supprimer les mots : « , parmi les candidats issus d'une même promotion, », les mots : « de la même promotion » et les mots : « ou un candidat d'une autre promotion, ».

VII. – À l'alinéa 3 de l'article 22, supprimer les mots « , parmi les candidats issus d'une même promotion, ».

2. CERTAINES DISPOSITIONS EMPORTENT UN RISQUE DE CONTOURNEMENT DU PRINCIPE DE CLASSEMENT DES CANDIDATS PAR CONCOURS

53. S'agissant des projets de cession de titres de capital ou parts sociales devant donner lieu à la nomination d'un greffier de tribunal de commerce exerçant au sein de la société, l'article 21 du projet de décret prévoit que : « *Lorsqu'il sélectionne un lauréat du concours prévu à l'article R. 742-6-1, le greffier propose à l'agrément prévu à l'article R. 743-44, parmi les candidats issus d'une même promotion, le candidat le mieux classé sur la liste d'aptitude, sous réserve que celui-ci s'engage à s'acquitter du prix demandé et qu'il soit agréé par les associés. En cas de refus d'agrément de ce candidat, le candidat de la même promotion classé immédiatement après ou un candidat d'une autre promotion, peut être proposé.* ».
54. Le choix d'un associé destiné à exercer au sein de l'office est donc soumis à l'agrément du cessionnaire par les associés. Une telle hypothèse, si elle vise à protéger pleinement l'*affectio societatis*, a l'inconvénient de vider de sa substance le principe du concours classant. Il serait en effet loisible aux associés de la société de ne donner leur « agrément » qu'à une personne préalablement identifiée, sans considération de son rang au concours. Dans ce cas, le concours classant serait privé de tout effet utile. Il serait, en substance, équivalent au système d'examen d'aptitude aujourd'hui en vigueur (libre choix du repreneur parmi une liste de

candidats). Or, dès lors que 80 % des offices ont la forme de société, ce cas de figure serait très majoritaire.

55. En outre, s'agissant des offices individuels, un dispositif similaire semble avoir été prévu dans le cas de la transformation d'un office individuel en société, que celle-ci comporte un associé unique (l'ancien greffier titulaire) ou plusieurs associés³⁰. Si à première vue, cette modification ne vise qu'à harmoniser les conditions de préservation de *l'affectio societatis*, elle pourrait néanmoins conduire à un détournement des règles, si par exemple un titulaire s'associait quelques mois avant de cesser ses fonctions non pas avec le lauréat le mieux classé, mais avec la personne de son choix, pour la laisser seule titulaire de l'office après son départ.
56. Ainsi, avec ces deux exceptions, malgré la mise en place d'un concours, l'association au sein des offices existants et la majeure partie des cas de successions pourraient s'abstraire du caractère classant de ce concours. Puisque les perspectives de création d'offices sont quasi-nulles compte tenu de la réduction du nombre des juridictions commerciales, le classement ne subsisterait en réalité que pour la nomination de salariés, pour lesquelles les règles posées par le décret imposent de prendre le candidat le mieux classé.
57. Il ressort de l'instruction que ces mesures viseraient à préserver *l'affectio societatis*, volet de la liberté d'entreprendre justifié par la nécessité d'éviter les mésententes entre associés et les contraintes de l'exercice en société, notamment en termes de responsabilité financière. Toutefois, dans sa décision relative à la loi du 6 août 2015³¹, le Conseil constitutionnel a validé les possibles atteintes à la liberté d'entreprendre au nom d'un impératif d'amélioration de la qualité du recrutement des greffiers de tribunal de commerce, dès lors qu'était maintenu le droit de présentation des greffiers en exercice ou de leurs ayants-droit. Bien qu'ils ne soient pas agents publics, les greffiers des tribunaux de commerce exercent en effet une mission d'intérêt général pour le compte de l'État, comme l'avait déjà reconnu le Conseil constitutionnel en réponse à une question prioritaire de constitutionnalité relative au droit de présentation³². En outre, les greffiers titulaires du droit de présentation ont déjà la possibilité, plutôt que de sélectionner un lauréat du concours, de présenter un greffier de tribunal de commerce déjà en fonction (par mouvement entre offices ou promotion d'un salarié), de sorte que leur liberté de choix est largement sauvegardée. En outre, les conditions matérielles attachées à l'exercice de leur droit de présentation sont préservées par le dispositif envisagé.
58. Ainsi, si ce sujet semble relever d'un équilibre à définir entre deux principes de nature équivalente (libre choix de ses associés et qualité du recrutement de personnes délégataires de missions d'intérêt général), l'Autorité estime que les nombreuses garanties déjà apportées à la liberté d'entreprendre des greffiers des tribunaux de commerce sont suffisantes, de sorte que la priorité du Gouvernement devrait être que le concours garantisse autant que possible un égal accès aux offices et lève les barrières à l'entrée observées dans la profession.

³⁰ Art. R. 743-83. - *Lorsque la société est candidate à la nomination dans un office en qualité de successeur présenté à l'agrément par son titulaire, il est procédé selon les dispositions prévues aux articles R. 742-27-1 et R. 742-27-2. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables dans les cas où le titulaire existant fait usage de son droit de présentation au profit d'une société dont il sera lui-même associé exerçant.*

³¹ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, considérant 116 : « *Considérant qu'en habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi pour permettre que l'aptitude à exercer la profession de greffier de tribunal de commerce puisse résulter d'un concours, le législateur a entendu renforcer la qualité du recrutement des greffiers de tribunal de commerce ; que, dès lors que les modalités de ce recrutement sont adaptées à la nature de cette profession réglementée, il n'en résulte aucune atteinte à la liberté d'entreprendre* ».

³² Décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015 : « *s'ils participent à l'exercice du service public de la justice et ont la qualité d'officier public et ministériel nommé par le garde des sceaux, les greffiers des tribunaux de commerce titulaires d'un office n'occupent pas des « dignités, places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789* ».

59. Dans le même ordre d'idée, en prévoyant que peuvent être nommées les personnes ayant vocation à être inscrites sur la liste d'aptitude lors de sa prochaine publication (c'est-à-dire les lauréats du concours ayant validé le stage ou bénéficiant d'une dispense), et ce, sans égard à leur rang de réussite au concours, le 2° du nouvel article R. 742-18 du code de commerce pourrait également permettre de contourner le principe du classement du concours. Ces dispositions pourraient en effet conduire à ce que n'importe quel candidat de l'année N+1 soit nommé avant les candidats, pourtant mieux classés, de l'année N.
60. Enfin, par souci de transparence, il conviendrait que le classement des lauréats du concours par ordre de mérite soit rendu public.
61. Au regard de ce qui précède, l'Autorité préconise de supprimer ou de modifier toutes les dispositions présentant un risque de contournement du principe de nomination des lauréats en fonction de leur rang de classement au concours.

Proposition n° 2 :

Modifier ainsi le projet de décret (version du 4 avril 2017) :

I. – Compléter l'alinéa 13 de l'article 7 par la phrase suivante :

« Elle est publiée au *Journal officiel* de la République française dans le mois suivant cette transmission. »

II. – Aux alinéas 10 de l'article 17, 7 de l'article 19, 5 de l'article 21 et 3 de l'article 22, après les mots « liste d'aptitude », insérer les mots « et, à défaut de candidat inscrit sur cette liste, le candidat remplissant les conditions prévues au 2° de l'article R. 742-18 le mieux classé au concours » ;

III. – Aux alinéas 11 de l'article 17 et 8 de l'article 19, après les mots : « liste d'aptitude » insérer les mots « ni, à défaut de candidat inscrit sur cette liste, de lauréat remplissant les conditions prévues au 2° de l'article R. 742-18 mieux classé au concours, » ;

IV. – Modifier ainsi l'article 21 :

a) Rédiger ainsi la dernière phrase de l'alinéa 5 :

« En cas de refus d'agrément de ce candidat, aucun autre candidat moins bien classé que lui ne peut être proposé tant qu'il figure sur la liste d'aptitude. » ;

b) Supprimer la dernière phrase de l'alinéa 7.

c) Supprimer la dernière phrase de l'alinéa 10.

3. LES RÈGLES PERMETTANT DE DÉTERMINER LE NOMBRE DE PLACES AU CONCOURS ANNUEL POURRAIENT ÊTRE PRÉCISÉES

62. Outre les modifications textuelles précédemment proposées, le meilleur moyen d'assurer que l'ensemble des lauréats du concours soient nommés, et que les mieux classés d'entre eux le soient prioritairement, repose sur le calibrage du nombre de places offertes chaque année au concours. En effet, l'inscription d'un nombre trop élevé de personnes sur la liste d'aptitude, combinée aux dispositions susmentionnées permettant aux associés de passer outre le classement au concours, emporte le risque que des candidats n'ayant pas démontré de mérites particuliers puissent être nommés en dépit d'un piètre rang de classement, au détriment de l'objectivité du concours. Inversement, l'inscription d'un nombre trop faible de

lauréats pourrait mettre en péril la continuité de l'activité des offices, en différant inutilement les nominations à la sortie de la promotion suivante.

63. Les mouvements observés récemment donnent une idée des ordres de grandeur attendus.
64. Actuellement, il y en moyenne 8 candidats reçus à l'examen chaque année. Le nombre nominations a été en moyenne de 13 depuis 2011 : 10 en moyenne de 2011 à 2015, mais 30 en 2016.

Tableau 2 : nominations de greffiers des tribunaux de commerce par catégorie depuis 2011

	<i>Nominations</i>	<i>Répartition</i>
2011	7	7 associés dans des offices existants.
2012	10	2 salariés, 6 associés sur des offices existants et 2 associés sur un office créé.
2013	13	2 salariés, 10 associés sur des offices existants et 1 nomination en office individuel en remplacement d'un démissionnaire.
2014	8	1 salarié, 6 associés sur des offices existants et 1 nomination en office individuel en remplacement d'un démissionnaire.
2015	10	1 salarié, 8 associés sur des offices existants et 1 nomination en office individuel en remplacement d'un démissionnaire.
2016	30	6 salariés, 23 associés sur des offices existants et 1 nomination en office individuel en remplacement d'un démissionnaire.
Total 2011-2016	78	12 salariés, 62 associés, 4 individuels
Moyenne	13	

Source : DACS

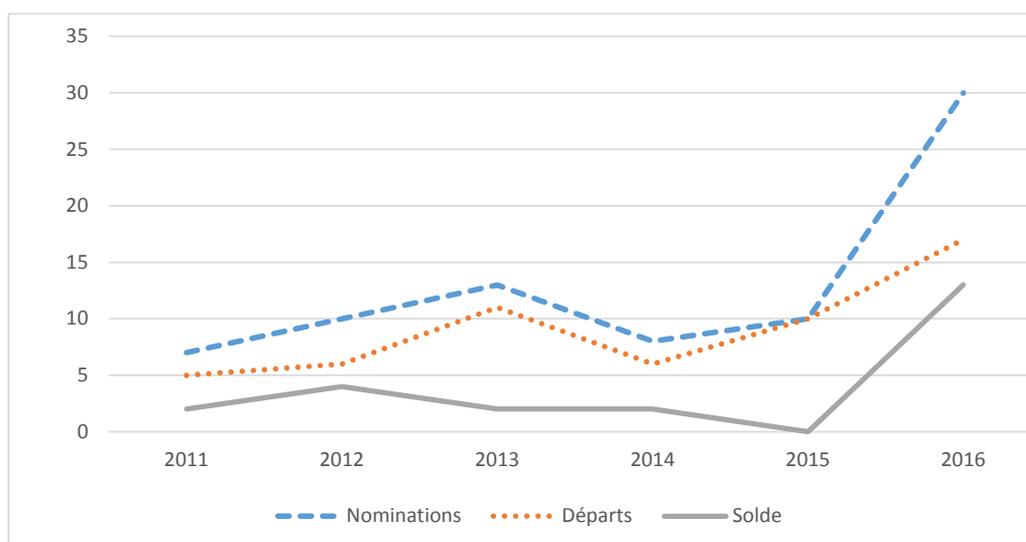
65. Toutes les nominations ne correspondent pas à des remplacements. Il y a également eu une croissance de la taille des offices, par association. Ainsi, le solde net de nouveaux greffiers a été de 23 sur la période.

Tableau 3 : solde des nominations de greffiers des tribunaux de commerce

	<i>Nominations</i>	<i>Départs</i>	<i>Solde</i>
2011	7	5	2
2012	10	6	4
2013	13	11	2
2014	8	6	2
2015	10	10	0
2016	30	17	13
Total	78	55	23

Source : DACS

Figure 1 : solde des nominations de greffiers des tribunaux de commerce



Source : DACS

66. Le nombre de nominations à venir sera sans doute proche de ces effectifs annuels, ce qui est confirmé par la pyramide des âges de la profession. D'après les données communiquées par la DACS, 69 des 235 greffiers ont aujourd'hui plus de 60 ans. Ils devraient, par suite, quitter la profession au cours des 10 prochaines années, soit en moyenne 7 nouveaux greffiers à nommer par an, si l'on fait l'hypothèse qu'ils seront tous remplacés.

Tableau 4 : âge des greffiers des tribunaux de commerce

Situation au 1er avril 2017	Titulaires	Associés	Salariés	Total
Moins de 30 ans	0	3	1	4
30-39 ans	2	41	2	45
40-49 ans	4	54	4	62
50-59 ans	5	51	1	57
60-69 ans	11	50	1	62
70- 71 ans	0	7	0	7
Total	22	206	9	237

Source : DACS

67. Il convient d'ajouter à ces remplacements les mouvements résultant de l'accroissement de la taille des offices, par association ou recrutement de salariés.
68. S'agissant des associations au sein d'offices existants, le mouvement pourrait être plus limité dans les années à venir qu'en 2016. Cette année apparaît en effet exceptionnelle, notamment en raison d'un mouvement massif d'associations (23). Celle-ci est en partie liée à l'institution d'une limite d'âge à 70 ans (il y a eu 17 départs, contre un maximum de 10 les années précédentes), mais cette explication est insuffisante car le solde net (écart entre nominations et départs) est également très élevé, ce qui témoigne également de ce que les greffiers ont souhaité anticiper certains de leurs projets d'association avant la mise en place du concours prévu par la loi du 6 août 2015. Dans les années à venir, la tendance sera sans doute moins élevée, notamment parce que seuls 22 offices individuels subsistent, tandis que

la moyenne est de 1,8 associé par office en société. L'accroissement de la taille des offices pourrait ainsi se stabiliser.

69. S'agissant du recrutement de salariés, il ressort de l'audition du CNGTC qu'il devrait se poursuivre, mais à un rythme mesuré de quelques unités par an.
70. Au total, tous professionnels confondus (titulaires, associés et salariés), le CNGTC anticipe une dizaine de nominations par an dans les années à venir.
71. Dès lors que ce calibrage conditionne le bon fonctionnement du dispositif, le décret pourrait utilement préciser les principes permettant de fixer le nombre de places offertes au concours, qui pourrait en particulier tenir compte de la pyramide des âges de la profession (pour anticiper les successions dans les offices) et des projets d'association et de recrutement de salariés. Compte tenu du temps nécessaire à l'organisation du concours (inscriptions, épreuves, corrections, délibérations...), de la durée du stage (un an, hors dérogations) et de sa validation, ces besoins devraient être anticipés avec deux à trois ans d'avance. L'institution d'une liste complémentaire pourrait éventuellement permettre de constituer une marge de sécurité et de lisser les écarts avec les prévisions, à condition que le texte prévoie explicitement que les candidats inscrits sur cette liste complémentaire ne puissent être nommés qu'en cas d'épuisement de la liste principale.
72. En outre, s'il paraît utile que le CNGTC soit consulté sur le nombre de places offertes chaque année, notamment pour permettre les remontées d'information sur les mouvements prévisionnels dans les offices, la fixation de ce nombre ne devrait relever que du seul garde des Sceaux.
73. L'Autorité préconise ainsi que le décret fixe les grands principes relatifs à la détermination du nombre de places offertes chaque année au concours.

Proposition n° 3 :

Après l'alinéa 5 de l'article 7 du projet de décret (version du 4 avril 2017), insérer les dispositions suivantes :

« Le nombre de places offertes chaque année est fixé au regard du nombre des personnes inscrites sur la liste d'aptitude prévue à l'article R. 742-16 ou sur le registre des stages prévu à l'article R. 742-11, et des prévisions de nominations pour les trois prochaines années dans les conditions prévues aux articles suivants :

« 1° R. 742-22 (offices créés ou vacants) ;

« 2° R. 742-27-1 (exercice d'un droit de présentation) ;

« 3° R. 743-43-1 (cession de titres de capital ou de parts sociales) ;

« 4° R. 743-139-5 (recrutement d'un greffier de tribunal de commerce salarié).

« Le bureau du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce collecte chaque année auprès des offices toute information lui permettant d'établir les prévisions mentionnées aux 2° à 4°. Il communique ces prévisions au garde des Sceaux, ministre de la justice, dans les vingt jours suivant sa demande. ».

4. POUR ÉVITER QUE LES MOYENS FINANCIERS DU CANDIDAT PRIMENT SUR SES MÉRITES, LES PRIX DE CESSION DES OFFICES DEVRAIENT CONTINUER À FAIRE L'OBJET D'UN CONTRÔLE

74. Dans la rédaction soumise à l'examen de l'Autorité, l'article R. 742-27-1, que le I de l'article 19 du projet de décret propose d'insérer dans le code de commerce, prévoit que « *le greffier de tribunal de commerce qui souhaite exercer son droit de présentation informe le garde des sceaux, ministre de la justice, de ce projet ainsi que du montant de l'indemnité demandée à ce titre, qui correspond à la valeur de l'office* ». Le nouvel article R. 743-43-1 du même code (créé par le II de l'article 21 du projet) prévoit des dispositions analogues en cas de cession de parts d'une société titulaire d'un office (la valeur des parts à céder étant alors portée à la connaissance du garde des Sceaux).
75. D'un point de vue économique, les sommes perçues par l'ancien titulaire, que ce soit l'indemnité versée en contrepartie de l'exercice du droit de présentation³³ ou la valeur de cession de ses parts, doivent en effet correspondre à la valeur de l'office (pour tout ou partie). Cette valeur, que la coutume désigne parfois comme la « finance » de l'office, correspond économiquement à un prix de cession. Elle dépend à la fois du volume d'activité et de la rentabilité de l'office.
76. Une fois informé de ce prix de cession, le ministre de la justice voit son rôle réduit par le projet de décret à celui d'en assurer la publicité par voie d'arrêt. Le texte ne lui confère en effet aucune mission de contrôle du bienfondé des prétentions économiques du cédant.
77. Il s'agit d'un recul par rapport au droit actuellement en vigueur. En effet, d'après le rapport des députés Cécile Untermaier et Philippe Houillon³⁴, la méthode de contrôle du prix de cession des offices élaborée par la Chancellerie, qui reposait jusqu'ici sur les critères d'une circulaire du ministre de la justice du 26 juin 2006, prévoyait que la « finance » des offices publics et ministériels s'apprécie au regard de deux coefficients :
- le coefficient brut (qui s'obtient en divisant le prix de cession par la moyenne des recettes annuelles de l'office sur les cinq dernières années) qui est compris entre 0,8 et 1,2 (pour les greffiers des tribunaux de commerce jusqu'à 1,4)³⁵ ;
 - le coefficient net (qui s'obtient en divisant le prix de cession par la moyenne, sur les cinq dernières années, des bénéfices annuels moyens hors cotisations exceptionnelles du cédant) qui doit être compris entre 2 et 3 (pour les greffiers des tribunaux de commerce jusqu'à 3,75)³⁶.

³³ Même si les officiers publics ou ministériels destitués perdent leur droit de présentation, ils n'en conservent pas moins la « finance » de l'office, puisqu'ils perçoivent l'indemnité versée par le remplaçant, dont le montant est fixé par la Chancellerie, après paiement des éventuels créanciers. Voir Cass. 1^{ère} Civ., 22 mars 1983, nos 82-10.940 et 82-10.994, Bull. civ. I, n° 105 : « *que la destitution d'un notaire a pour effet de faire perdre à celui-ci son droit de présenter un successeur sans le priver de son droit sur la valeur de l'office, et que l'indemnité mise par le Garde des Sceaux à la charge du successeur du notaire destitué et consignée au profit des créanciers de celui-ci représente la valeur de l'étude et fait partie du patrimoine du notaire destitué* ». Voir également le commentaire de la Décision du Conseil constitutionnel du 28 mars 2014, M. Joël M., n° 2014-385 QPC.

³⁴ Rapport d'information déposé par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale, en conclusion d'une mission d'information sur les professions réglementées et présenté par Mme Cécile Untermaier et M. Philippe Houillon, le 17 décembre 2014. Voir les pp. 21 à 23.

³⁵ Il s'agit de la pratique constatée. La circulaire évoque un coefficient voisin de 1.

³⁶ Il s'agit de la pratique constatée. La circulaire évoque un coefficient voisin de 3.

78. Le prix de cession devait se situer dans chacune des deux fourchettes ainsi calculées. D'après le rapport de l'IGF précité, la valeur de transaction d'un greffe de tribunal de commerce était très proche du montant du chiffre d'affaires réalisé en moyenne durant les dernières années d'exercice, avec un coefficient qui dépend de la localisation mais fluctue autour de 1. Le montant moyen de cession sur la période 2009-2011 s'est élevé à 832 929 euros par greffier (moyenne de l'acquisition d'une étude individuelle et des parts d'une société). D'après les données les plus récentes communiquées par la DACS, le prix moyen des cessions entre 2010 et 2016 s'est élevé à 906 867 euros pour les offices individuels et 2 807 038 euros pour les sociétés. Ramenés au chiffre d'affaires et aux résultats, ces montants correspondent à environ 1,3 année de chiffre d'affaires et 2,8 années de résultat, ce qui est bien inclus dans la fourchette évoquée pour les offices de greffiers par le rapport parlementaire précité.

Tableau 5 : Prix de cession 2010-2016

	Moyenne	Médiane
Prix cession	2 431 155	1 302 614
Prix cession / CA	1,26	1,29
Prix cession / résultat	2,86	2,82

Echantillon de 54 cessions (2010-2016), source DACS

79. Ce rapport parlementaire précise que le principe selon lequel le Gouvernement fixe souverainement l'indemnité revenant au cédant est d'ordre public (CE, 15 juin 1955, « *Sieur Ledoux et autres* », Recueil Lebon, p. 323) et que par suite, la Chancellerie procédait assez fréquemment, soit à une augmentation du prix ou de l'estimation de l'étude (notamment si elle estime qu'ils ont été « dissimulés » pour minorer les frais de mutation), soit à une réduction de ce prix ou de cette estimation (en particulier si elle estimait qu'ils pouvaient aboutir à réserver l'accès d'un office aux candidats fortunés ou à contraindre les candidats démunis à contracter des emprunts hors de proportion avec la rentabilité de l'office et donc susceptibles de menacer la viabilité financière de l'étude et la qualité du service public).
80. Dans la perspective d'une possible réforme du droit de présentation, ce même rapport proposait de confier à une commission *ad hoc* associant l'Autorité le soin de réévaluer la méthode d'appréciation de la « finance » de l'office.
81. Interrogée par les services d'instruction sur l'éventualité d'une abrogation de la circulaire du 26 juin 2006 précitée, la DACS a confirmé qu'elle n'entendait plus désormais procéder au contrôle des prix de cession, et ce pour aucun officier ministériel.
82. Force est toutefois de constater que sur ce point, la situation des différentes professions concernées est loin d'être équivalente. Si, pour certaines d'entre elles (commissaires-priseurs judiciaires, huissiers de justice et notaires), « la liberté d'installation va réduire la "rente de situation" liée à la rareté excessive des offices existant »³⁷, aucun mécanisme comparable

³⁷ Avis n° [16-A-13](#) du 9 juin 2016 relatif à la liberté d'installation des notaires et à une proposition de carte des zones d'implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices notariaux, § 507. L'Autorité estimait toutefois « prématuré de lever ce contrôle administratif » pour ces professions, compte tenu du caractère récent du dispositif, auquel « les professionnels ne se sont pas encore familiarisés ».

n'existe et ne peut exister, s'agissant des greffiers des tribunaux de commerce, pour rapprocher les prix de cession d'un équilibre de marché.

83. Ainsi, sans contrôle des autorités, rien ne permet d'exclure que les sommes demandées puissent s'éloigner sensiblement de la valeur des offices, en raison notamment du caractère de « monopole absolu » des greffes des tribunaux de commerce dans leur ressort territorial et de la très forte asymétrie de négociation qu'il entraîne, en faveur du cédant et en défaveur du cessionnaire. Ce qui justifiait que la puissance publique préserve jusqu'ici les intérêts de la partie faible reste donc toujours d'actualité.
84. Paradoxalement, le projet de décret prévoit en revanche un contrôle de l'état de fortune du candidat désigné : s'il souscrit un emprunt pour financer son futur office, il fait l'objet d'un contrôle du garde des sceaux, qui apprécie alors « *ses possibilités financières [...] au regard des engagements contractés* » (second alinéa de l'article R. 742-24 modifié par le 2° du VII de l'article 17 en cas de nomination dans un office créé ou vacant, troisième alinéa inséré à l'article R. 742-28 par le 3° du II de l'article 19 en cas de nomination sur présentation). Or, ces possibilités ont d'autant plus de chances de conduire à écarter un candidat que 1) le prix demandé pour la cession de l'office sera élevé et 2) sa situation de fortune l'obligera à recourir à un emprunt important. Conditionner l'accès aux offices à ces considérations patrimoniales semble peu compatible avec le principe méritocratique du concours.
85. Or, dans les secteurs où, comme au cas d'espèce pour la cession des offices, la concurrence par les prix est limitée en raison de situations de monopole ou de dispositions législatives ou réglementaires, le deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce prévoit une exception au principe de libre détermination des prix par le jeu de la concurrence : « *un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence* ».
86. Ainsi, l'Autorité suggère que le décret soumis à la présente consultation prévoie, sur le fondement du deuxième alinéa de cet article L. 410-2, de réglementer le montant de l'indemnité mentionnée à l'article R. 742-27-1 ou des parts mentionnées à l'article R. 743-43-1 qui, économiquement, correspondent au prix de cession de (tout ou partie de) l'office.
87. Compte tenu des préoccupations de concurrence identifiées, cette réglementation pourrait se limiter à la fixation d'un prix maximum³⁸. Avant de procéder à la publicité de l'annonce par voie d'arrêté, le garde des Sceaux devra s'assurer du respect de ce prix maximum lorsque, conformément aux articles R. 742-27-1 et R. 743-43-1, il sera informé du projet de cession et du montant demandé par l'ancien titulaire. Au cours de la séance, cette proposition des services d'instruction a reçu l'assentiment du représentant du garde des Sceaux.
88. L'Autorité suggère par conséquent que le projet de décret fixe ce prix maximum comme la somme pondérée du chiffre d'affaires et du résultat dégagés par l'office, lissés sur une période de cinq ans pour atténuer les effets conjoncturels. Pour équivaloir aux bornes maximales des fourchettes actuellement utilisées, respectivement 1,4 fois le chiffre d'affaires et 3,7 fois le résultat, il conviendrait de retenir des coefficients de 0,7 pour le premier et de 1,875 pour le second dans cette somme pondérée. L'Autorité invite toutefois le Gouvernement à étudier l'opportunité de ne pas reconduire ces coefficients de 0,7 et 1,875

³⁸ S'agissant de la fixation d'un prix minimum, comme l'Autorité l'a déjà indiqué dans son avis n° 16-A-13 précité, bien que le risque de sous-estimation du prix de cession reste entier, « *il n'y a pas de raison a priori de prévoir un dispositif exorbitant du droit commun : la mission de vérifier la sincérité des assiettes de mutation relève de la compétence des services fiscaux* » (§ 507).

à l'identique, dans la mesure où certains ajustements pourraient s'avérer nécessaires, par exemple pour tenir compte de la réforme des tarifs intervenue en février 2016.

89. Le contrôle, prévu par le projet de décret, des possibilités financières du futur greffier pourrait intervenir à ce stade, en s'assurant que, même s'il finance son installation sans apport personnel, le prix de cession demandé ne le conduira pas à souscrire des engagements financiers tels, qu'après remboursement de ses échéances d'emprunt, son bénéfice annuel sera inférieur au seuil d'éligibilité des aides au maintien du fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice (actuellement 75 000 euros).

Proposition n° 4 :

- Modifier ainsi le projet de décret (version du 4 avril 2017) :

I. – Dans les visas, après les mots : « code de commerce, notamment », remplacer les mots : « l'article L. 742-1 », par les mots : « les articles L. 410-2, L. 462-2 et L. 742-1 ».

II. – Compléter l'article 16 par les alinéas suivants :

« Art. R. 742-18-1. – I. – Les indemnités respectivement mentionnées aux articles R. 742-24 et R. 742-27-1 et le prix de cession mentionné à l'article R. 742-43-1 ne peuvent excéder l'évaluation maximale de la valeur de l'office définie au II ou, le cas échéant, de la fraction de cette évaluation concernée par la cession.

« II. – L'évaluation maximale de la valeur de l'office est égale à la moyenne, sur les cinq derniers exercices comptables clos, de la somme pondérée du chiffre d'affaires et du résultat défini au 13° de l'article R. 444-2 dégageés par l'office, respectivement affectés d'un coefficient de [...] pour le premier et de [...] pour le second. Cette évaluation est modulée pour tenir compte de l'impact prévisible de la dernière révision des tarifs sur l'évolution de l'activité et de la rentabilité de l'office au cours de la prochaine période de référence.

« Toutefois, l'évaluation mentionnée à l'alinéa précédent ne peut conduire à fixer un montant tel qu'en cas de financement intégral par emprunt, au taux usuel du marché, de l'indemnité versée ou des titres ou parts acquis à l'ancien greffier, les engagements ainsi contractés conduisent le nouveau greffier à réaliser, après remboursement des échéances de cet emprunt, un bénéfice annuel inférieur à la moyenne mentionnée au 2° de l'article R. 444-25. »

III. – Rédiger ainsi le 2° du VII de l'article 17 :

« 2° Au second alinéa, après les mots : « ministre de la justice », sont insérés les mots : « , dans les limites prévues à l'article R. 742-18-1 ».

IV. – Modifier ainsi l'article 19 :

a) À l'alinéa 4, après les mots : « valeur de l'office », insérer les mots : « , dans les limites prévues à l'article R. 742-18-1 » ;

b) Aux alinéas 7 et 8, après les mots : « indemnité demandée », insérer les mots : « , dans les limites prévues à l'article R. 742-18-1 » ;

c) Supprimer les alinéas 4 et 5 du II ;

d) À l'alinéa 6 du II, devenu l'alinéa 4, remplacer la référence : « 4° » par la référence : « 3° » et supprimer les mots « , devenu le quatrième, ».

V. – Modifier ainsi l'article 21 :

a) À l'alinéa 3, après les mots « valeur des titres ou parts à céder », insérer les mots : « , dans les limites prévues à l'article R. 742-18-1 » ;

b) À l'alinéa 5, après les mots « prix demandé », insérer les mots « , dans les limites prévues à l'article R. 742-18-1 » ;

c) Après l'alinéa 5, insérer l'alinéa suivant :

« II *bis*. – Au cinquième alinéa de l'article R. 743-44, après le mot : « parties » sont insérés les mots : « , dans les limites prévues à l'article R. 742-18-1 ».

5. LA DURÉE DU RÉGIME TRANSITOIRE APPARAÎT TRÈS FAVORABLE AUX TITULAIRES DE L'ANCIEN EXAMEN D'APTITUDE

90. Il est prévu que les personnes ayant réussi l'examen d'aptitude aujourd'hui en vigueur puissent, pendant 5 ans, être nommées greffiers sans avoir besoin de réussir le concours et soient, à cette fin, inscrites « *par ordre alphabétique sur la liste d'aptitude, dans une section distincte de celle qui comporte la liste des lauréats du concours par ordre de mérite* »³⁹.
91. Le nombre de titulaires de l'examen d'aptitude obtenu entre 2000 et 2015 et non encore nommés à ce jour est de 20 (dont 12 entre 2010 et 2015). Certes, ce nombre est peu élevé, mais leur présence diluera nécessairement les chances des futurs lauréats du concours d'accéder aux offices, *a fortiori* si ces candidats sont privilégiés dans l'accès aux offices, au détriment des lauréats du concours.
92. L'Autorité est consciente que le régime transitoire doit permettre d'assurer la continuité des nominations avant que le concours ne soit mis en œuvre, ce qui nécessite notamment l'adoption d'un arrêté relatif à ses modalités d'organisation et au programme des épreuves, la mise en place du concours lui-même, puis, pour la première promotion, la réalisation et la validation du stage. Toutefois, cette durée pourrait raisonnablement être ramenée à trois ans.
93. L'Autorité préconise ainsi de raccourcir la période transitoire de 5 ans à 3 ans.

Proposition n° 5 :

À l'alinéa 2 de l'article 23 du projet de décret (version du 4 avril 2017), remplacer le mot « cinq » par le mot « trois ».

6. LA CONSULTATION DU CNGTC SUR LES NOMINATIONS DEVRAIT ÊTRE FACULTATIVE PLUTÔT QU'OBLIGATOIRE

94. Le CNGTC reste très présent dans la procédure de sélection, y compris après la réussite au concours des futurs greffiers :
 - les modalités d'organisation du concours (notamment le nombre de places offertes) sont fixées par arrêté du garde des Sceaux, après avis du CNGTC (nouvel article R. 742-6-1, alinéa 3). Le CNGTC établit alors une liste de propositions de stages

³⁹ I de l'article 23 du projet de décret.

comportant autant de propositions que de places offertes au concours (article R. 742-9, nouvel alinéa 2). Le nouvel article R. 742-10 lui délègue le soin de définir les conditions d'exercice des stagiaires dans les offices, stagiaires dont il peut décider la radiation⁴⁰.

- Un mois avant la fin du stage, le CNGTC a connaissance du bilan établi par le maître de stage, qui sert de base à l'évaluation du stagiaire (nouvel article R. 742-15-1) par une commission (composée de deux magistrats et d'un greffier). En cas de refus (motivé) de cette commission, le CNGTC propose au candidat d'effectuer un stage complémentaire, à l'issue duquel son expérience est à nouveau évaluée par la commission.
- Ultime filtre, le CNGTC donne obligatoirement un avis sur « *l'honorabilité et sur les capacités professionnelles de l'intéressé* » lors de la nomination dans l'office.

95. Si l'intervention du CNGTC pour affecter les lauréats en stage apparaît nécessaire, et si la validation du stage est effectuée par un jury composé d'un représentant de la profession mais également de deux magistrats, la nécessité de recueillir un avis du CNGTC sur l'honorabilité et les capacités professionnelles des candidats (4° du R. 742-28) est plus contestable, ces deux points étant déjà examinés au stade du concours et du stage.
96. L'Autorité propose ainsi de retenir une rédaction moins impérative, identique à celle prévue pour d'autres professions (notaires, huissiers, commissaires-priseurs judiciaires) par le décret n° 2016-661 du 20 mai 2016⁴¹. L'avis du CNGTC ne serait alors plus que facultatif.

Proposition n° 6 :

Modifier ainsi le projet de décret (version du 4 avril 2017) :

I. – À l'alinéa 3 du IV de l'article 17, les mots « et, recueille sur ces deux points, l'avis motivé du bureau du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce dans les conditions prévues à l'article 742-28. » sont remplacés par les mots « . Le bureau du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce lui communique, dans les vingt jours suivant sa demande, toute information dont il dispose sur ces deux points. ».

II. – Rédiger ainsi l'alinéa 7 du II⁴² de l'article 19 :

« Le bureau du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce communique au garde des Sceaux, ministre de la justice, dans les vingt jours suivant sa demande, toute information dont il dispose permettant d'apprécier les capacités professionnelles et l'honorabilité du demandeur. » ;

97. En conclusion, ce sont donc six propositions de modification du projet de décret soumis à sa consultation que l'Autorité formule. Conformément à la volonté du législateur, ces

⁴⁰ Radiation automatique en cas de condamnation pénale pour des faits contraires à l'honneur ou à la probité, d'interruption du stage sans motifs valables, d'absence de validation du stage complémentaire ; radiation possible en cas de méconnaissance grave des obligations du stage, de faits contraires à l'honneur ou à la probité (sans condamnation pénale), de non-présentation de l'examen d'aptitude, etc.

⁴¹ Décret n° 2016-661 du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels. Articles 3, 7 et 10. La rédaction est la suivante : « *Le bureau du [instance ordinale] communique au garde des sceaux, ministre de la justice, dans les vingt jours suivant sa demande, toute information dont il dispose permettant d'apprécier les capacités professionnelles et l'honorabilité du demandeur.* »

⁴² Le cas échéant, devenu l'alinéa 5 du II de l'article 19, si la Proposition n°4, IV, c) est retenue.

propositions visent à améliorer la transparence et le caractère méritocratique du recrutement des greffiers des tribunaux de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Aurélie Jean, rapporteure, et l'intervention de M. Thomas Piquereau, rapporteur général adjoint, par Mme Claire Favre, vice-présidente, présidente de séance, Mme Élisabeth Flüry-Hérard, M. Thierry Dahan et M. Emmanuel Combe, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Béatrice Déry-Rosot

La présidente de séance,
Claire Favre

© Autorité de la concurrence