

Paris, le 23 mai 2019



Association
Syndicale Professionnelle
d'Administrateurs Judiciaires

A l'attention des Adhérents de l'ASP AJ

Objet : consultation du professeur Philippe PETEL en suite de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28/12/2019

Cher(e)s adhérent(e)s,

L'arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre dernier a ouvert la voie à de nombreuses interprétations quant à ses conséquences sur la taxation des dossiers ouverts entre le 1^{er} mars 2018 et le 28 décembre 2018.

L'ASP AJ a sollicité l'avis du Professeur Philippe PETEL, dont vous trouverez ci-joint la consultation qu'il a bien voulu établir.

Nous lui donnerons la plus large diffusion, notamment auprès du CNAJMJ (à qui nous proposons de la diffuser à tous les professionnels) et de la Conférence Générale.

Nous vous en souhaitons bonne réception.

Bien confraternellement,

Jérôme CABOOTER
Président

A handwritten signature in blue ink, consisting of a horizontal line with a small loop at the end, and a vertical line extending upwards from the center of the horizontal line.

Philippe PÉTEL

Agrégé des facultés de droit

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Montpellier

17, Cours Gambetta – 34000 MONTPELLIER

philippe.petel@umontpellier.fr

Le soussigné **Philippe Pétel**, doyen honoraire de la Faculté de droit de Montpellier, consulté par l'Association Syndicale professionnelle d'administrateurs judiciaires (ASPAJ), émet l'opinion suivante :

RAPPEL DES FAITS :

Par arrêté en date du 27 février 2018, pris en application de l'article L.444-3 du Code de commerce, le garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre de l'économie et des finances ont fixé les tarifs applicables aux prestations des administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et liquidateurs.

Saisi d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ), le Conseil d'Etat a prononcé l'annulation de cet arrêté par arrêt n°420243 du 28 décembre 2018.

Dans l'article 1^{er} de son dispositif, cet arrêt décide que :

« Cette annulation prendra effet à compter de la date de la présente décision »

Il s'en explique dans les termes suivants (considérant n°4) :

« Cette annulation rétroactive serait susceptible de remettre en cause l'ensemble des paiements versés aux administrateurs et mandataires judiciaires sur son fondement depuis le 1^{er} mars 2018. Compte tenu du caractère manifestement excessif de telles conséquences, il y a lieu de ne prononcer l'annulation de l'arrêté attaqué, sous réserve des actions contentieuses engagées contre les actes pris sur son fondement, qu'à compter de la date de la présente décision. En conséquence de cette annulation, les tarifs fixés par la section 2 du chapitre III du titre VI

du livre VI de la partie " Arrêtés " du code de commerce, dans sa rédaction résultant de l'arrêté du 28 mai 2016 fixant les tarifs réglementés applicables aux administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et liquidateurs, sont de nouveau en vigueur à compter de cette date et jusqu'à l'édiction, par les ministres compétents, d'un nouvel arrêté tarifaire ».

QUESTION POSÉE :

Quel tarif doit s'appliquer aux procédures collectives en cours à la date de cet arrêt, soit le 28 décembre 2018 ?

DISCUSSION :

1. La question posée appelle une réponse simple et incontestable en ce qui concerne les procédures en cours le 28 décembre 2018 qui ont été ouvertes avant le 1^{er} mars 2018.

Dans ces procédures, la rémunération des mandataires de justice n'a jamais eu vocation à être régie par l'arrêté annulé.

En effet, celui-ci comportait, en son article 20, une disposition transitoire ainsi rédigée :

« I. - Le présent arrêté entre en vigueur le 1^{er} mars 2018.

II. - Toutefois, par dérogation à l'article A. 663-3 du code de commerce, les prestations figurant aux tableaux 4-1 à 4-3 de l'article annexe 4-7 de ce même code donnent lieu, pour les procédures ouvertes avant le 1^{er} mars 2018, à la perception d'émoluments fixés conformément aux dispositions de la section 2 du chapitre III du titre VI du livre VI de la partie Arrêtés de ce même code dans leur rédaction antérieure au présent arrêté ».

Les procédures ouvertes avant le 1^{er} mars 2018 n'ayant jamais été soumises au tarif résultant de l'arrêté annulé par le Conseil d'Etat, elles ne sont pas concernées par

cette annulation. Elles restent régies par le texte qui leur est applicable, en fonction de leur date d'ouverture.

La question posée doit donc être circonscrite aux procédures collectives ouvertes entre le 1^{er} mars et le 28 décembre 2018.

2. Pour ces procédures, qui avaient vocation à être régies par l'arrêté du 27 février 2018, l'annulation de cet arrêté aurait dû avoir pour conséquence l'application des textes que cet arrêté avait modifiés, à savoir les articles A.663-3 et suivants du Code de commerce, dans leur rédaction résultant de l'arrêté du 28 mai 2016. En effet, l'annulation d'un acte administratif se traduit normalement par la disparition rétroactive de tous ses effets : il est de principe que « *les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus* »¹.

Toutefois, ce principe a été écarté par le Conseil d'Etat dans l'arrêt soumis à notre examen.

Celui-ci a mis en œuvre une solution jurisprudentielle récente, inaugurée par un arrêt Association AC ! du 11 mai 2004² selon lequel :

« Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif ... de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

En application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a donc décidé, à propos de l'arrêté tarifaire du 27 février 2018, que « *cette annulation prendra effet à compter de la date de la présente décision* » (dispositif, article 1^{er}). Dans ses motifs, l'arrêt précise en outre

¹ CE 26 décembre 1925, Rodière, Rec.Lebon, p.1065

² CE 11 mai 2004, Association AC ! et autres, n°255886, Rec.Lebon, p.197

que l'arrêté antérieur du 28 mai 2016 est « *de nouveau en vigueur à compter de cette date* » (considérant n°4 de l'arrêt examiné).

3. Une fois admis que l'annulation produit ses effets le 28 décembre 2018 de manière immédiate mais non rétroactive, les modalités d'application de cette décision aux procédures en cours doivent être déterminées. Plusieurs solutions peuvent être envisagées pour mettre en œuvre cette décision **(I)**. Après les avoir identifiées, il conviendra de déterminer celle qui doit être retenue **(II)**.

I / LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES

4. Une première solution, radicale, consisterait à ne pas appliquer l'annulation aux procédures collectives en cours qui avaient vocation à être régies par l'arrêté annulé. Seules les procédures ouvertes après le 28 décembre 2018 seraient, alors, concernées par l'annulation et soumises à l'arrêté de 2016 remis en vigueur par l'arrêt du Conseil d'Etat.

Cette solution pourrait se justifier par référence au régime transitoire des deux arrêtés en cause (l'arrêté annulé du 27 février 2018 et l'arrêté du 28 mai 2016 remis en vigueur par cette annulation).

En effet, comme la plupart des textes régissant les procédures collectives, ces deux arrêtés contiennent une disposition précisant qu'ils ne s'appliquent pas aux procédures collectives en cours mais seulement aux procédures ouvertes à compter de leur entrée en vigueur³.

5. Cette solution aurait le mérite de la simplicité, mais elle ne nous paraît pas pouvoir être envisagée pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, il n'est pas pertinent d'appliquer au problème de l'espèce, à savoir celui des effets de l'annulation d'un texte réglementaire, une solution conçue pour régler les « conflits de lois dans le temps » provoqués par l'entrée en vigueur d'un nouveau texte. En effet, les deux problèmes sont différents car les enjeux et les principes applicables ne sont pas les mêmes. Ainsi, s'agissant de l'entrée en vigueur d'un nouveau texte, le principe est la non-rétroactivité (C.civ., art. 2). Au contraire,

³ V. l'article 20, cité *supra* n°1, de l'arrêté du 27 février 2018 et l'article 2 de l'arrêté du 28 mai 2016.

s'agissant de l'annulation d'un texte, on a vu que le principe était la rétroactivité (*supra* n° 2).

Par ailleurs, même s'il était pertinent d'appliquer au problème de l'espèce les règles applicables aux conflits de lois dans le temps provoqués par l'entrée en vigueur d'un nouveau texte, ce raisonnement ne devrait pas conduire, en l'espèce, à soustraire les procédures en cours aux effets de l'annulation. En effet, si cette soustraction est d'usage lors de l'entrée en vigueur des textes qui régissent les procédures collectives, ce n'est pas par l'effet d'un principe gouvernant les conflits de lois dans le temps. Bien au contraire, ces principes supposeraient l'application des nouveaux textes aux procédures en cours car une loi nouvelle s'applique aux effets futurs des situations en cours, à la seule exception des situations d'origine contractuelle⁴. En réalité, cette solution d'usage est toujours imposée par une disposition transitoire spécialement conçue à cet effet. Il en est ainsi dans les deux arrêtés en cause ici. Il nous paraît donc exclu d'étendre ces dispositions transitoires, qui sont des règles d'exception, à une situation qu'elles ne visent pas et pour laquelle elles n'ont pas été conçues.

Enfin, il a déjà été observé qu'en matière d'annulation d'un acte administratif, le principe est la rétroactivité et la survie de l'acte l'exception. L'arrêt soumis à notre examen doit donc être interprété strictement en ce qu'il autorise la survie exceptionnelle de l'arrêté qu'il annule. Or l'interprétation qui consisterait à étendre cette survie à toutes les procédures en cours au 28 décembre 2018 serait une interprétation particulièrement extensive.

6. Si cette solution radicale doit donc être écartée d'emblée, d'autres solutions plus appropriées pourraient être envisagées.

Le texte litigieux régit des créances de somme d'argent. Or, lorsqu'une créance de somme d'argent est susceptible d'être soumise à deux régimes juridiques qui se succèdent dans le temps, le critère d'application de l'un ou l'autre de ces régimes juridiques peut être :

- le fait générateur de la créance
- ou son exigibilité
- ou son paiement.

7. **Le fait générateur** de la rémunération tarifée des mandataires de justice est une prestation décrite aux articles R.663-3 et suivants du Code de commerce. On peut citer, par exemple :

⁴ J.Ghestin et G.Goubeaux, *Traité de droit civil, introduction générale*, 2^e éd., n°370 et s.

- pour les administrateurs judiciaires : le diagnostic sur l'entreprise (art. R.663-4), la représentation, l'assistance ou la surveillance du chef d'entreprise (art. R.663-5 à 8), le bilan économique social et environnemental et la préparation du plan (art.R.663-9) etc. ;

- pour les mandataires judiciaires : l'enregistrement des créances déclarées, leur vérification et le traitement des contentieux (art. R.663-22 à 25), les cessions d'actifs (art. R.663-29), les répartitions (art. R.663-30) etc.

Lorsque cette prestation n'est pas instantanée mais s'inscrit dans la durée, les textes précisent à quel moment la rémunération est acquise. Par exemple, s'agissant de la mission de représentation, d'assistance ou de surveillance du chef d'entreprise, l'article R.663-8 précise :

« La rémunération prévue aux articles R. 663-5, R. 663-6 et R. 663-7 est acquise lorsque le tribunal soit a mis fin à la procédure de sauvegarde ou de redressement en application des articles L. 622-12 ou L. 631-16, soit a statué sur le plan de sauvegarde ou de redressement, soit a prononcé la liquidation judiciaire du débiteur au cours d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Elle est également acquise, dans une procédure de liquidation judiciaire, lorsque le tribunal a arrêté la cession de l'entreprise ou mis fin au maintien de son activité ».

Il est donc possible d'identifier, au cas par cas, la date du fait générateur de la rémunération des mandataires de justice.

Si l'on prend pour critère d'application des effets de l'annulation le fait générateur de la créance, on décidera que toute rémunération dont le fait générateur est antérieur au 28 décembre 2018 devra être déterminée par application de l'arrêté annulé, tandis que toute rémunération dont le fait générateur est postérieur à cette date devra être déterminée par application de l'arrêté de 2016 remis en vigueur par l'arrêt du Conseil d'Etat.

8. **L'exigibilité** de la rémunération tarifée des mandataires de justice est déterminée par l'article R.663-34 :

« Les rémunérations dues au titre de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire sont arrêtées avant la clôture de la procédure. Sous réserve des dispositions des articles R. 663-13 et R. 663-31, le président du tribunal ou son délégué statue au vu d'un compte détaillé... »

A l'exception des rémunérations prévues aux articles R. 663-4 et R. 663-18 à R. 663-20 et des provisions et acomptes autorisés, elles ne sont perçues qu'après avoir été arrêtées ».

Cette exigibilité est donc, en principe, subordonnée à une ordonnance de taxe intervenant en fin de procédure. Il n'en va différemment que pour le droit progressif dû à l'administrateur judiciaire dès l'ouverture de la procédure au titre du diagnostic (C.com., art. R.663-4) et pour le droit fixe dû au mandataire judiciaire ou au liquidateur dès sa désignation (C.com., art.R.663-18 et 19).

En outre, les textes prévoient la possibilité pour le président du tribunal d'autoriser le versement de provisions ou acomptes (C.com., art. R.663-36).

Si l'on prend pour critère d'application des effets de l'annulation l'exigibilité de la créance, on décidera donc que toute rémunération taxée antérieurement au 28 décembre 2018 et déterminée, par hypothèse, conformément à l'arrêté annulé sera définitive. Il en ira de même pour le droit progressif dû à l'administrateur judiciaire au titre du diagnostic ou pour le droit fixe dû au mandataire judiciaire ou au liquidateur dès l'ouverture de la procédure, avant le 28 décembre 2018. Au contraire, toute rémunération taxée après cette date devra l'être en application de l'arrêté de 2016 remis en vigueur par l'arrêt du Conseil d'Etat, sans distinguer selon la date des prestations accomplies par le professionnel.

9. Enfin, si l'on prend pour critère d'application des effets de l'annulation le **paiement** de la créance, on décidera qu'il n'y a pas lieu de revenir sur les rémunérations payées avant le 28 décembre 2018 en application de l'arrêté annulé.

Au contraire, toute rémunération non encore payée à cette date devra être déterminée en application de l'ancien tarif de 2016 remis en vigueur par l'arrêt du Conseil d'Etat.

II / LA SOLUTION RETENUE

10. La motivation de l'arrêt du 28 décembre 2018 révèle la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a décidé, en l'espèce, d'écarter l'effet rétroactif de l'annulation. D'après le considérant n°4 :

« Cette annulation rétroactive serait susceptible de remettre en cause l'ensemble des paiements versés aux administrateurs et mandataires judiciaires sur son fondement depuis le 1er mars 2018. Compte tenu du caractère manifestement excessif de telles conséquences, il y a lieu de ne prononcer l'annulation de l'arrêté attaqué, sous réserve des actions contentieuses engagées contre les actes pris sur son fondement, qu'à compter de la date de la présente décision ».

On voit donc que, selon le Conseil d'Etat, le caractère « manifestement excessif » des conséquences de l'annulation, justifiant d'écarter la rétroactivité de sa décision, ne

tient pas au fait que **des prestations effectuées avant le 28 décembre** soient rémunérées selon tel tarif plutôt que selon tel autre. Ce caractère « manifestement excessif » ne résulte pas non plus du fait **qu'une rémunération devenue exigible sous l'empire du tarif annulé soit payée selon un tarif différent.**

Sa décision est fondée sur le souci de **ne pas remettre en cause les paiements déjà effectués** : en somme, le Conseil d'Etat a entendu exclure qu'il soit demandé un supplément à un débiteur qui s'est déjà acquitté de sa dette envers un mandataire de justice.

De fait, une telle régularisation risquerait d'être problématique, spécialement dans les liquidations judiciaires clôturées pour extinction du passif : dans ces procédures, la régularisation exigerait des restitutions de la part des créanciers ayant touché indûment un dividende au détriment d'une créance du mandataire de justice qui avait un rang préférable à leur propre créance.

11. Si l'on suit cette motivation, le critère d'application de l'annulation doit être le paiement des rémunérations : les sommes payées antérieurement au 28 décembre 2018 sur la base du tarif annulé sont définitivement acquises pour le professionnel, leur paiement étant libératoire pour le débiteur ; en revanche, toute somme devant être payée ultérieurement devra l'être sur la base du tarif de 2016 remis en vigueur par l'arrêt du 28 décembre 2018.

12. Cette solution nous paraît s'imposer pour trois raisons.

Tout d'abord, selon l'arrêt AC !, qui a admis la possibilité de limiter la rétroactivité de l'annulation d'un acte administratif ⁵, la définition du périmètre temporel de l'annulation incombe à la juridiction qui prononce celle-ci. En l'espèce, faute de trouver une réponse à la question posée dans le dispositif de l'arrêt, il est donc pertinent d'identifier ce périmètre en se référant à sa motivation.

En outre, on a vu que la survie du tarif annulé était une exception au principe selon lequel l'annulation d'un acte administratif est rétroactive (*supra* n°2). Or toute règle d'exception doit être interprétée strictement. L'interprétation proposée satisfait cette exigence car elle consiste à cantonner strictement la solution énoncée dans le dispositif de l'arrêt à ce que le Conseil d'Etat a voulu (selon son considérant n°4), sans aller au-delà. Si l'on choisissait pour critère le fait générateur ou l'exigibilité de la rémunération, notions non évoquées par l'arrêt, on irait au-delà des prévisions de celui-ci dans la survie du tarif annulé.

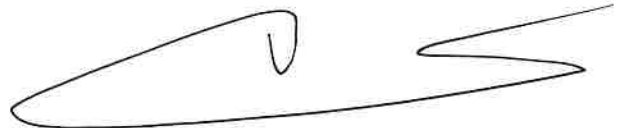
⁵ *Supra* note 2

Enfin, cette solution est opportune car elle a le mérite d'être plus simple que celle qui obligerait à rechercher, dans chaque cas d'espèce, le fait générateur de chaque émolument et sa date. Cette recherche ne manquerait pas de susciter des difficultés.

12. Cette solution conduit aux conclusions pratiques suivantes :

- Les rémunérations arrêtées par une décision devenue définitive et payées avant le 28 décembre 2018 sur la base du tarif annulé ne peuvent donner lieu à régularisation.
- Les rémunérations arrêtées par une décision devenue définitive sur la base du tarif annulé, mais non encore payées le 28 décembre 2018, peuvent donner lieu à régularisation. Toutefois, celle-ci suppose de revenir devant le juge taxateur. Une telle demande nous paraît possible car cette décision est de nature gracieuse ⁶, de sorte qu'elle n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée qui s'y opposerait ⁷.
- Les rémunérations non arrêtées par une décision définitive et, par conséquent, non encore payées le 28 décembre 2018 doivent être arrêtées par le juge sur la base du tarif de 2016.
- Dans ces deux dernières hypothèses :
 - o les provisions et acomptes autorisés et payés avant le 28 décembre 2018 n'impliquent aucune régularisation car ils ne sont qu'une avance sur une rémunération dont le montant total sera fixé définitivement sur la base du tarif de 2016 ;
 - o le droit de diagnostic payé à l'administrateur ou le droit fixe payé au mandataire judiciaire avant le 28 décembre 2018, sur la base du tarif annulé, ne doit pas être modifié par le juge taxateur car cette rémunération, intégralement payée avant l'arrêt du Conseil d'Etat, n'est pas affectée par l'annulation.

A Montpellier, le 4 mai 2019



⁶ Cass.com. 30 janvier 2007, n°05-20315

⁷ Cass.1^{ère} civ. 27 octobre 1992, n°91-13449 ; Cass.1^{ère} civ. 6 avril 1994, n°92-15170