

COUR DE CASSATION

Audience publique du **3 octobre 2018**

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 777 F-P+B

Pourvoi n° M 17-14.522

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Shetak, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est 2 chemin Bassin Plat, BP 347, 97410 Saint-Pierre,

contre l'ordonnance rendue le 13 décembre 2016 par le premier président de la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion (chambre P.P. autres), dans le litige l'opposant à M. Olivier Fabre, administrateur judiciaire, domicilié 7 rue Ecole de Médecine, 34000 Montpellier,

défendeur à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 3 juillet 2018, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Brahic-Lambrey, conseiller référendaire rapporteur, M. Rémerly, conseiller doyen, Mme Labat, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Brahic-Lambrey, conseiller référendaire, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de la société Shetak, de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de M. Fabre, l'avis de Mme Henry, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 611-14 et R. 611-47 à R. 611-49 du code de commerce ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que le montant maximal de la rémunération du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur est compris dans les conditions de celle-ci et doit donc figurer dans les propositions que ces derniers sont tenus d'adresser au débiteur sur leur rémunération ainsi que dans l'ordonnance du président les désignant, à laquelle l'accord du débiteur sur cette rémunération doit être annexé, de nouvelles conditions de rémunération devant être arrêtées en accord avec le débiteur lorsque le mandataire ou le conciliateur estiment que le montant maximal fixé par l'ordonnance est devenu insuffisant ; que, dès lors, en l'absence d'indication d'un montant maximal, la rémunération du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur ne peut être déterminée par référence à leurs propositions et à l'accord du débiteur, mais est arrêtée librement par le juge taxateur, en considération des seules diligences accomplies et des frais engagés ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel, et les productions, que sur requête de la société Shetak, M. Fabre a été désigné en qualité de mandataire *ad hoc* puis de conciliateur ; qu'une ordonnance de taxe a fixé sa rémunération à ces titres ; que la société Shetak a formé un recours contre cette décision ;

Attendu que pour fixer la rémunération de M. Fabre, l'ordonnance retient que les parties se sont accordées sur un honoraire horaire moyen de 280 euros HT, que s'il est exact que « la convention d'honoraires » du 26 mars 2015 ne mentionne pas un montant maximal comme l'exige l'article R. 611-47 du code de commerce, les modalités et les critères de calcul des honoraires y sont détaillés, que la preuve n'est pas rapportée de l'existence d'un vice du consentement susceptible d'entraîner l'annulation de la convention et qu'il y a lieu de retenir le taux horaire fixé par

la convention des parties et d'appliquer la clause relative à l'honoraire de résultat en l'interprétant dans un sens favorable à la société Shetak ;

Qu'en statuant ainsi, par référence à un prétendu accord du débiteur ne comportant pas le montant maximal de la rémunération de M. Fabre, le premier président a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'elle déclare recevable le recours, l'ordonnance rendue le 13 décembre 2016, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion ; remet, en conséquence sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et, pour être fait droit, les renvoie devant la juridiction du premier président de cette cour d'appel, autrement composée ;

Condamne M. Fabre à titre personnel aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et le condamne à payer la somme de 3 000 euros à la société Shetak ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance partiellement cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du trois octobre deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils, pour la société Shetak.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à la décision attaquée d'avoir, par confirmation de l'ordonnance déferée, fixé la rémunération de Me Olivier Fabre, pour sa mission résultant du mandat ad hoc et de la conciliation ordonnés par décisions des 30 mars et 17 juillet 2015, à la somme totale de 181.475,43 € TTC,

Aux motifs qu'il résulte des pièces versées à la procédure et notamment de la pièce n° 2 que la requête en désignation de mandataire ad hoc proposait au président du tribunal mixte de commerce Me Olivier Fabre, dont l'activité est domiciliée à Montpellier et le champ de sa mission d'assistance de la société Shetak ; qu'il y a lieu de relever que l'ordonnance de désignation du mandataire ad hoc du 30 mars 2015 faisait intégralement droit à la requête ; qu'il s'en suit que les critiques sur l'absence de localisation à la Réunion de Me Fabre manquent de pertinence dans la mesure où le président n'a fait qu'entériner une proposition ; que cette même ordonnance vise l'accord de la société sur les conditions de rémunération du mandataire ad hoc ; qu'une convention d'honoraires avait été signée entre la société Shetak et Me Olivier Fabre prévoyant un honoraire de moyens calculé sur la base de vacations au taux horaire de 280 € HT et un honoraire de résultats calculé sur la base des créances traitées dans le cadre du mandat, consolidées, abandonnées ou new money selon la dégressivité suivante : 0€ à 2.000.000 € : 2% ; 2.000.000 € à 5.000.000 € : 1% ; 5.000.000 € à 10.000.000 € : 0,50 % ; au-dessus de 10.000.000 € : 0,20 % ; qu'il y a lieu de relever que la validité de cette convention signée par les parties n'a été discutée qu'en appel ; qu'en premier ressort, le montant des honoraires réclamés par le mandataire était discuté ; que les parties dans la convention initiale se sont accordées sur un taux horaire moyen de 280 € HT ; qu'il est constant que nonobstant la convention d'honoraires, le juge taxateur dispose d'un pouvoir propre qui lui permet d'apprécier les diligences du demandeur à la taxation ; que la société Shetak en appel se prévaut des irrégularités affectant la convention d'honoraires et soutient sa nullité par deux moyens ; qu'elle fait valoir que la convention ne répond pas aux exigences des articles R 611-9, R 611-47 du code de commerce car aucun montant maximal n'est prévu ce qui est un élément déterminant lors de la passation de la convention ; qu'il appartient au juge conformément à l'article 12 du code de procédure civile de restituer leur exacte qualification aux faits ; que la société Shetak fait valoir qu'elle n'a pas connu un élément déterminant donc elle se réfère implicitement aux vices du consentement ; que me Fabre en réponse fait valoir qu'il est impossible de prévoir un montant maximum ;

qu'il est exact que la convention ne mentionne pas un montant maximal comme l'exige l'article R 611-47 du code de commerce, toutefois les modalités et les critères de calcul des honoraires sont détaillés ; que dans le contexte précité, le président ayant vérifié auprès du requérant les conditions de rémunération, la preuve n'est pas rapportée de l'existence d'un vice du consentement susceptible d'entraîner l'annulation de la convention ; qu'en conséquence ce premier moyen est écarté ; que se fondant sur l'article L 611-14 du code de commerce, la société Shetak soulève l'illégalité du critère reposant sur les créances abandonnées qui figure dans la convention ; qu'il convient de relever que ce critère n'est susceptible d'affecter que l'honoraire de résultat ; qu'une telle référence n'étant pas conforme à l'article L 611-14 précité est censée ne pas exister mais il y a lieu de relever qu'au cas d'espèce, ce critère n'a pas été retenu par le juge taxateur ; aussi, tout en constatant qu'il ne pouvait être applicable, il ne peut qu'être relevé que les honoraires de résultat n'ont pas été calculés sur cette base ; qu'en conséquence, les moyens soutenus par la société Shetak s'agissant de l'annulation de la convention sont écartés (ordonnance attaquée, p. 3 et 4) ;

ALORS QUE l'accord du débiteur sur les conditions de rémunération du mandataire ad hoc ou du conciliateur doit porter sur les critères sur la base desquels elle sera arrêtée, son montant maximal et le montant des provisions ; que le montant maximal de la rémunération ne peut être modifié que par décision du président du tribunal et sous réserve de l'accord écrit du débiteur ; que l'obligation pour le mandataire ad hoc ou le conciliateur d'indiquer le montant maximal de sa rémunération et d'obtenir l'accord du débiteur sur ce montant ayant pour objet d'éclairer le débiteur en difficulté sur les conséquences financières de la désignation de ce mandataire ou de ce conciliateur et donc de s'engager en connaissance de cause, sa méconnaissance vicie le consentement du débiteur et interdit au mandataire de se prévaloir des stipulations de cette convention, qui est nulle ; qu'en l'espèce, où elle a constaté que la convention d'honoraires signée entre la société Shetak et Me Fabre ne mentionne pas un montant maximal comme l'exige l'article R 611-47 du code de commerce, la première présidente de la Cour d'appel qui a cependant écarté la nullité de la convention litigieuse et en a fait application pour fixer les honoraires de Me Fabre, a violé les articles 1108 du code civil et R 611-47, R 611-48, R 611-49 du code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

IL EST FAIT GRIEF à la décision attaquée d'avoir, par confirmation de l'ordonnance déférée, fixé la rémunération de Me Olivier Fabre, pour sa mission résultant du mandat ad hoc et de la conciliation ordonnés par décisions des 30 mars et 17 juillet 2015, à la somme totale de 181.475,43 € ttc,

Aux motifs que sur les honoraires de moyens, l'honoraire au temps passé est réclamé sur la base du taux horaire sur lequel les parties s'étaient accordées de manière précise, sans interprétation possible ; qu'en conséquence, il y a lieu de reprendre la motivation du juge taxateur qui a retenu le taux horaire fixé par la convention des parties soit 280 € HT ; que les diverses facturations sont détaillées et permettent de vérifier les interventions de Me Fabre ; que la société Shetak soutient que sont facturées des diligences n'entrant pas dans la mission de l'administrateur judiciaire, et en particulier toutes celles visant à formaliser un projet de vente de l'hypermarché au groupe Vindemia qui aurait donné lieu à un accord de confidentialité ; que selon elle, cette négociation aurait été privilégiée au détriment du projet de restructuration bancaire qui était le principal projet de la société ; que l'examen des différents courriels échangés par les parties confirme que la situation du groupe familial étant délicate, la restructuration bancaire a été difficile en particulier parce que les banques, et plus particulièrement la BNP, avaient des exigences et souhaitaient obtenir des dossiers complets avant de s'engager ; que la société Shetak ne rapporte pas la preuve d'une part de la défaillance de Me Fabre qui lui a rappelé à plusieurs reprises la nécessité d'avoir une stratégie claire de restructuration et d'autre part la nécessité de répondre aux exigences des banques ; que par ailleurs, en l'état des pièces versées aux débats, il n'est pas établi une négligence de Me Fabre dans son assistance ou son intervention en faveur d'une solution ; que l'absence d'investissement personnel de Me Fabre dans la négociation bancaire est alléguée mais il ressort des pièces que la participation familiale a été une exigence des banques qui ne souhaitaient pas supporter tous les risques ; qu'enfin, s'agissant du volume horaire facturé, il n'est pas plus établi que des diligences aient été effectuées par d'autres professionnels et facturées plusieurs fois ; que l'intervention de l'avocate a été complémentaire à celle du mandataire, rédacteur de la requête ; que l'attestation du notaire n'établit pas plus une double facturation ; qu'en conséquence, la prétention visant à réduire le volume horaire est écartée et la décision du juge taxateur est confirmée (ordonnance attaquée, p. 4 et 5) ;

ALORS D'UNE PART QUE tout jugement doit être motivé ; que le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, la société Shetak rappelait dans sa note d'appel et sa note en délibéré autorisée (p. 10 et s.) que la mission confiée à Me Fabre en qualité de mandataire ad hoc consistait à assister la direction générale dans ses diligences en vue d'aboutir à une restructuration de ses fonds propres, quasi propres et de son endettement ainsi que dans ses démarches auprès des banques et établissements financiers ; qu'elle exposait que sa désignation en qualité de conciliateur tendait à finaliser la mise en place d'un prêt pari-passu par les banques d'un montant de 3,5 M € ; que la société Shetak faisait valoir que Me Fabre avait cependant, tant pendant le cours du mandat ad hoc qu'après sa désignation en qualité de conciliateur, travaillé sur un

projet de cession de l'hypermarché qu'elle exploite à un concurrent, le groupe Vindemia dont les intérêts étaient défendus par son frère, Régis Fabre, malgré son refus d'une telle solution qui n'entraînait de surcroît pas dans le cadre de ses missions ; que la société Shetak en déduisait qu'elle ne pouvait être tenue de payer des honoraires à Me Fabre au titre du temps qu'il a consacré à la poursuite de ce projet de cession non demandé et non compris dans ses missions successives de mandataire ad hoc et de conciliateur ; qu'en refusant, pour statuer comme elle l'a fait, de réduire le volume horaire facturé par Me Fabre comprenant le temps passé sur ces négociations de cession, sans répondre à ces conclusions péremptoires, la première présidente de la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS D'AUTRE PART QUE tout jugement doit être motivé ; que le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, la société Shetak faisait valoir (sa note d'appel, p. 13, § 2) que Me Fabre ne pouvait valablement lui facturer à titre de mandataire ad hoc des diligences qu'il prétendait avoir effectuées avant sa désignation en tant que tel ; qu'en condamnant la société exposante à payer au mandataire ad hoc l'intégralité des heures facturées par celui-ci, sans répondre à ce moyen péremptoire, la première présidente de la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS ENFIN QU'il appartient au mandataire ad hoc ou au conciliateur qui demande paiement de diligences d'établir qu'il les a accomplies effectivement et personnellement ; qu'en l'espèce, la société Shetak faisait valoir que Me Fabre avait facturé 9 h00 de finalisation des actes notariés à établir en exécution du protocole d'accord du 26 octobre 2015 cependant que le notaire qui avait reçu ces actes avait attesté n'avoir eu aucun contact avec Me Fabre ni aucune réunion de travail ; qu'elle soulignait que l'établissement des actes de prêt avaient également été finalisés sans le concours de Me Fabre qui avait néanmoins facturé son intervention ; que la société Shetak soutenait que celui-ci ne justifiait pas avoir établi personnellement un prévisionnel dès sa désignation comme mandataire, faute pour lui de le produire, tandis qu'elle-même produisait le prévisionnel qui avait été établi par son commissaire aux comptes ; qu'elle justifiait par ailleurs que les échéanciers fournisseurs ainsi que le tableau présenté au Président du Tribunal de commerce avaient été négociés directement par le directeur de son magasin et non par Me Fabre bien qu'il ait facturé cette négociation ; qu'en refusant de réduire le volume horaire facturé par Me Fabre, au motif inopérant qu'il n'est pas établi que des diligences aient été effectuées par d'autres professionnels et facturées plusieurs fois cependant qu'il appartenait d'abord à Me Fabre de justifier de l'exécution effective par lui-même des diligences dont il demandait le règlement, la première présidente de la cour d'appel a renversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

IL EST FAIT GRIEF à la décision attaquée d'avoir, par confirmation de l'ordonnance déferée, fixé la rémunération de Me Olivier Fabre, pour sa mission résultant du mandat ad hoc et de la conciliation ordonnés par décisions des 30 mars et 17 juillet 2015, à la somme totale de 181.475,43 € ttc,

Aux motifs propres que se fondant sur l'article L 611-14 du code de commerce, la société Shetak soulève l'illégalité du critère reposant sur les créances abandonnées qui figure dans la convention ; qu'il convient de relever que ce critère n'est susceptible d'affecter que l'honoraire de résultat ; qu'une telle référence n'étant pas conforme à l'article L 611-14 précité est censée ne pas exister mais il y a lieu de relever qu'au cas d'espèce, ce critère n'a pas été retenu par le juge taxateur ; aussi, tout en constatant qu'il ne pouvait être applicable, il ne peut qu'être relevé que les honoraires de résultat n'ont pas été calculés sur cette base ; qu'en conséquence, les moyens soutenus par la société Shetak s'agissant de l'annulation de la convention sont écartés (ordonnance attaquée, p. 4, § 3 et 4) ; ... qu'en préliminaire, il y a lieu de relever que les honoraires de résultat n'ont pas été calculés sur des créances et cette référence est censée ne pas exister ; que toutefois, il y a lieu de relever que la clause telle que rédigée nécessite une interprétation et c'est à bon droit que le juge taxateur a retenu la plus favorable à la société Shetak sur la base du new money ; que les motifs pertinents du premier juge sont adoptés pour ce motif et sa décision est également confirmée sur ce point (ordonnance attaquée p. 5) ;

Et aux motifs adoptés du premier juge que concernant l'honoraire de résultat, la convention des parties prévoyait que celui-ci serait calculé sur la base des créances traitées dans le cadre du mandat, consolidées, abandonnées ou new money ; qu'en l'espèce, conformément à la proposition « basse » de l'administrateur, cet honoraire sera calculé uniquement sur la base du new money, compte tenu du montant déjà important qu'il représente et du montant important de l'honoraire au temps passé, même si la convention des parties prévoyait de le calculer également sur la base des créances traitées ; que cet honoraire sera ainsi fixé à la somme de 57.500 € HT soit 62.841,53 € TTC (ordonnance attaquée, p. 1) ;

ALORS D'UNE PART QUE la rémunération du mandataire ad hoc et du conciliateur ne peut être liée au montant des abandons de créances obtenus ; qu'est par suite indivisiblement nulle la clause prévoyant l'allocation d'un honoraire au profit du mandataire ad hoc ou du conciliateur en fonction des créances abandonnées ; qu'en l'espèce, en refusant de prononcer la nullité de la clause prévoyant un honoraire de résultat en fonction des créances abandonnées, au motif inopérant que ce critère n'a pas été retenu par le juge taxateur, la première présidente de la cour d'appel

a violé l'article L 611-14 du code de commerce, ensemble l'article 1131 du code civil ;

ALORS D'AUTRE PART QUE tout jugement doit être motivé ; que le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motif ; qu'en l'espèce, la société Shetak faisait valoir que la base de calcul pour le montant de l'honoraire de résultat ne pouvait être supérieur à la somme de 1.750.000 €, au regard du jugement du 9 décembre 2015 homologuant l'accord de conciliation fixant à cette somme le montant garanti par le privilège de « new Money », de sorte que cet honoraire de résultat ne pouvait excéder la somme de 35.000 € ; qu'en confirmant le jugement qui avait fixé à 57.500 € HT l'honoraire de résultat, sans répondre à ce moyen péremptoire, la première présidente de la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.