

Philippe DUPICHOT

*Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Avocat au Barreau de Paris
Palais T03*

Monsieur le Président Christophe THEVENOT
*Conseil national des administrateurs judiciaires et des
mandataires judiciaires*

6 boulevard des Capucines
75009 Paris

Paris, le 15 mars 2019

Objet : application dans le temps de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 28 décembre 2018

Monsieur le Président,

Vous avez bien voulu me demander mon analyse de l'arrêt rendu par la section du contentieux (5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies) du Conseil d'État le 28 décembre 2018 (arrêt n° 420243).

Le Conseil d'Etat a retenu dans son arrêt que, « *pour fixer les tarifs applicables aux prestations des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à compter du 1^{er} mars 2018 en procédant à une baisse généralisée des tarifs de 5 % pour les administrateurs judiciaires et de 2,5 % pour les mandataires judiciaires, les ministres se sont fondés, non sur l'estimation des coûts afférents à chaque prestation et sur une rémunération raisonnable des diligences accomplies mais sur une appréciation globale, à l'échelle de l'ensemble de chaque profession, du niveau de rémunération des professionnels* », et ce en méconnaissance notamment de l'article R 444-5 du code de commerce.

Et il a jugé que « *le conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires est fondé à demander l'annulation de l'arrêté qu'il attaque. Toutefois, 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. En conséquence de cette annulation, les tarifs fixés par la section 2 du chapitre III du titre 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*

¹ « Cette date » se rapportant à « la date de la présente décision », soit au 28 décembre 2018.

compétents, d'un nouvel arrêté tarifaire ».

Le Conseil d'Etat a eu recours ici à une technique exceptionnelle d'annulation non rétroactive, à rapprocher de celle dite du « revirement pour l'avenir » (connue sous le nom de « *prospective overruling* » dans les pays de *common law*). Cette technique a été retenue dans un arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat « AC ! et autres », en date du 11 mai 2004 reconnaissant pour la première fois au juge un pouvoir de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse (Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres). Contrairement au principe suivant lequel l'annulation d'un acte administratif implique que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, l'important arrêt « AC ! » a admis qu'il puisse être dérogé, à titre exceptionnel, à cet effet rétroactif, lorsqu'il « *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* »².

Or, c'est une technique similaire de modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse qui a été retenue par l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 28 décembre 2018.

La mise en œuvre pratique de cette décision d'annulation non rétroactive doit être précisée.

Il me semble qu'il convient de se référer à deux éléments en particulier :

- d'une part, la date de prise d'effet de la décision d'annulation du Conseil d'Etat soit le 28 décembre 2018 ;
- d'autre part, la sphère d'application temporelle des deux arrêtés en présence respectivement datés du 28 mai 2016 et du 27 février 2018, fixant les tarifs réglementés applicables aux administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et aux liquidateurs.

Sur ce dernier point, une lecture combinée de ces deux arrêtés incline à penser que le critère retenu par le législateur pour l'entrée en vigueur d'un tarif est celui de la date d'ouverture des procédures et non celui de la date d'accomplissement des actes tarifés.

Cela résulte des dispositions transitoires expresses assortissant les arrêtés des 28 mai 2016 et 27 février 2018 qui associent date d'entrée en vigueur des nouveaux tarifs et critère de la date d'ouverture des procédures, sans égard particulier pour la date d'accomplissement des actes effectués mais seulement pour leur nature ou nomenclature.

L'article 2 de l'arrêté du 28 mai 2016 énonce ainsi que « *Les dispositions de la section 2 du chapitre III du titre VI du livre VI de la partie Arrêtés du code de commerce entrent en vigueur le 31 mai 2016.*

Elles ne sont pas applicables aux procédures ouvertes avant le 31 mai 2016 ».

De même, l'article 20 de l'arrêté du 27 février 2018 énonce que « *I. - Le présent arrêté entre en vigueur le 1er 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 1er mars 2018, à la perception d'émoluments fixés conformément aux dispositions de la

² V. par ex. sur ce grand arrêt, <http://www.conseil-etat.fr/Les-Services/Pour-en-savoir-plus/Conseil-d-Etat-Assemblee-11-mai-2004-Association-AC-l-et-autres>.

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 ».

La notice explicative accompagnant ce dernier arrêté du 27 février 2018 est également en ce sens : « Entrée en vigueur : le texte entre en vigueur le 1er mars 2018. Toutefois, les émoluments des prestations effectuées pour des procédures ouvertes avant le 1er mars 2018 restent régis par l'ancien tarif ».

Compte tenu de ce qui précède, il me semble donc qu'il convient de se référer au seul critère de la date d'ouverture des procédures pour apprécier le tarif applicable aux prestations tarifées.

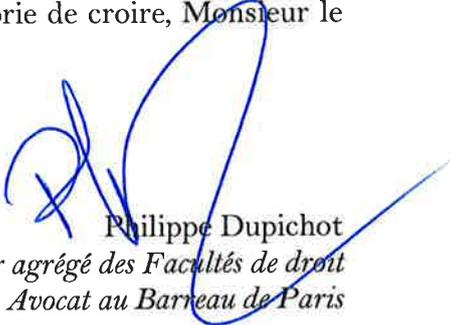
Partant, ma compréhension des conséquences pratiques de l'arrêt du Conseil d'Etat est la suivante :

- le tarif du 27 février 2018 doit être appliqué aux procédures ouvertes entre le 1er mars 2018, date d'entrée en vigueur de ce tarif, et le 28 décembre 2018, date de son annulation sans rétroactivité par le Conseil d'Etat ;
- le tarif du 28 mai 2016 est réputé, aux termes mêmes de l'arrêt du Conseil d'Etat, « de nouveau en vigueur » s'agissant des procédures ouvertes depuis le 28 décembre 2018 et jusqu'à l'adoption d'un nouvel arrêté tarifaire.

Le critère d'application des deux arrêtés tarifaires étant, ainsi qu'il a été relevé, la date d'ouverture des procédures et non la date d'accomplissement des actes soumis à tarification, il me semble que seule la date d'ouverture des procédures doit être prise en compte comme fait générateur du tarif. En effet, on doit incliner à penser que le Conseil d'Etat a entendu en revenir au critère préexistant d'application temporelle des tarifs suivant la date d'ouverture des procédures ; s'il en avait été autrement, sa décision aurait pris la peine de viser les actes accomplis à compter du 28 décembre 2018.

Enfin, je préciserai, en tant que de besoin, que l'exclusion en l'espèce de toute rétroactivité de la part du Conseil d'Etat et la précision qu'une « *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* » doivent conduire à écarter, à l'évidence, toute prétention d'application rétroactive du tarif du 28 mai 2016 à des procédures ouvertes entre le 1er mars 2018 et le 28 décembre 2018, que celles-ci aient fait l'objet ou non d'une ordonnance de fixation de rémunération ; par hypothèse, le tarif du 27 février 2018 reste pleinement en vigueur relativement aux actes accomplis dans le cadre des procédures ouvertes pendant cette dernière période.

Je vous souhaite bonne réception de la présente analyse et vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'expression de ma respectueuse considération.


Philippe Dupichot
Professeur agrégé des Facultés de droit
Avocat au Barreau de Paris