



HAL
open science

Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : le Conseil d'Etat exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique

Rafael Encinas de Munagorri

► To cite this version:

Rafael Encinas de Munagorri. Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : le Conseil d'Etat exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2006, 03, pp.527. halshs-02247937

HAL Id: halshs-02247937

<https://shs.hal.science/halshs-02247937>

Submitted on 2 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : le Conseil d'État exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique

(CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres.*, n° 288460, 288465, 288474, 288485, à paraître au Lebon ; repr. (extrait) avec les concl. du Commissaire du Gouvernement, Yann Aguila in *Bull. Joly Sociétés*, juin 2006, § 157, p. 711, note J.F. Barbiéri ; *AJDA*, 2006.1028, chr. C. Landais et F. Lénica ; *RJDA*, 6/06, p. 545, chr. Yann Aguila ; *LPA*, 3 avril 2006, n° 66, p. 4, obs. O. Dufour.

Quel est le sort des contrats conclus antérieurement à une loi ? Sont-ils régis par cette loi nouvelle ou par la loi ancienne sous l'empire de laquelle ils ont été conclus ? Si la question est classique, elle ne manque pas de faire pâlir les étudiants de première année. Ils ne sont pas les seuls. Les réponses apportées par les juges et/ou la doctrine sont le plus souvent hésitantes et confuses. C'est que le problème est redoutable, en particulier lorsqu'il est mal posé. Ajoutons à cela des notions à la mode, comme la sécurité juridique, ou d'autres mal définis, comme la rétroactivité, et les meilleurs esprits s'embrument. L'arrêt du Conseil d'État envisagé en témoigne. Essayons donc de souffler une brise à même de clarifier ce problème qui mêle des aspects de chronologie (conflits de règles dans le temps) et de hiérarchie des normes (pour l'exposé de la distinction dans une toute autre question, voir P. Deumier cette chronique 2006.76).

La solution du Conseil d'État en quelques mots— A l'occasion d'un recours en annulation à l'encontre du décret du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie prévu par l'article L. 822-16 du Code de commerce (réforme de la profession de commissaires aux comptes), le Conseil d'État a écarté les moyens invoquant des atteintes à la liberté d'exercice de la profession (voir not. les concl. de Y. Aguila et sa note, et les observations des maîtres de requête, C. Landais et F. Lénica). Il a en revanche retenu celui tiré de l'application immédiate du code de déontologie aux situations contractuelles en cours. Plus précisément, le décret du 16 novembre 2005 est annulé pour n'avoir pas prévu, à la date de son entrée en vigueur, de mesures transitoires relatives aux contrats en cours (mandats conclus entre les commissaires aux comptes et leurs clients).

La motivation retenue distingue deux règles dont l'articulation importe. Selon un premier considérant (qui part d'une prémisse fautive comme on verra plus loin) : « une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là même un caractère rétroactif ; qu'il suit de là que, sous réserves des règles applicables aux contrats administratifs, seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations ». En bref, l'application d'une règle nouvelle à des contrats en cours s'analyse en une rétroactivité ; seule une loi disposant de raisons d'ordre public est alors apte à autoriser une telle application rétroactive (le cas échéant par décret).

Le second considérant contient toute la nouveauté de l'arrêt : « qu'indépendamment du respect de cette exigence, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; qu'il en va en particulier ainsi lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées ». Le Conseil d'État pose, pour la première fois à des fins d'annulation, l'exigence de dispositions transitoires.

Au stade de l'énoncé de la règle générale, la haute juridiction invoque « des motifs de sécurité juridique ». Au stade de son application au cas concret, il est question d'un principe : « à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif

poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ». L'obligation d'adopter des mesures transitoires est donc fondée sur la sécurité juridique. Avant de procéder à quelques observations, il convient de rappeler le contexte du recours.

L'objectif du législateur et la résistance des professionnels à restructurer les cabinets d'audit et de conseil - La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 portant réforme de la profession de commissaire aux comptes est intervenue dans le sillage de la loi Sarbanes-Oxley adoptée aux Etats-Unis en réponse à l'affaire *Enron* (*Les leçons d'Enron, Capitalisme, la déchirure*, ss. la dir. M.A. Frison-Roche, 2003). Le scandale, rappelons-le, a provoqué la chute du groupe Arthur Andersen pour laisser le marché à quatre grands groupes mondiaux pluridisciplinaires, tous requérants (avec d'autres) devant le Conseil d'État : KPMG, Ernst & Young, Deloitte et PricewaterhouseCoopers. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement rappelle que ces quatre grands réseaux ont pour clients 70 des 74 sociétés cotés au CAC 40. D'autres structures plus modestes sont également hostiles à la réforme et il faut comprendre pourquoi.

L'objectif de la loi est de séparer les fonctions d'audit (relevant du contrôle légal) de celle de conseil (et autres prestations de services). Pour ce faire, l'accent est mis sur la déontologie des commissaires aux comptes, plus précisément sur des obligations impératives réunies dans le code de déontologie adopté dans le décret attaqué (n°2005-1412 du 16 novembre 2005). A l'interdiction classique des conflits d'intérêts s'ajoute celle de cumuler des fonctions de contrôle et de conseil. Cette dernière prohibition est rigoureuse : la certification des comptes doit être radicalement séparée des prestations de service. Organisée dans le détail et avec le souci d'une mise en œuvre concrète, cette prohibition impose une restructuration des activités du côté de l'entreprise certifiée, et surtout du côté des commissaires aux comptes et des groupes pratiquant l'audit et le conseil. L'étendue de la notion « d'exercice en réseau » (art. 22 à 24) conduit notamment à de nombreuses incompatibilités.

Les professionnels français ou implantés en France sont largement hostiles à la réforme : les restrictions sont considérées comme excessives et nuisibles à « l'attractivité de la place financière de Paris » (R. Dammann, « L'indépendance des commissaires aux comptes. Une réflexion sur le décret du 16 novembre 2005 et l'arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2006 », D. 2006.1226, cahier affaires) Le message est clair : la déontologie doit faire bon ménage avec le business. Elle a aussi un coût (qui devrait être mesurée pourrait dire les amateurs de l'analyse de l'économie du droit, voir entrée p. x) pour les professionnels qui doivent s'adapter rapidement.

Aux oppositions de fond, s'ajoute en effet les crispations face à la volonté du pouvoir réglementaire de mettre en œuvre la réforme au plus vite (En ce sens, F. Barbiéri, *op. cit, spéc.* p. 748). En témoigne le rythme des recours à l'encontre d'actes administratifs. Une première demande fut formée devant le juge des référés du Conseil d'État pour suspendre le décret de 2005. Le juge la rejeta pour absence d'urgence (CE réf. ord. du 26 janvier 2006, req. n° 288461), tout en invitant la formation de jugement à statuer dans un délai de trois mois, ce qu'elle fit en moins de deux par l'arrêt du 24 mars 2006. Suite à l'annulation du décret attaqué, le pouvoir réglementaire a réagi sans tarder : un nouveau décret du 24 avril 2006 (n°2006-469, JO du 25) prévoit, à titre de disposition transitoire (article 2-1 inséré au décret de 2005), un délai expirant le 1^{er} juillet 2006 pour que « les commissaires aux comptes qui, en raison de mandats ou de missions légales détenus à la date d'entrée en vigueur » du décret de 2005 puissent se conformer à leurs nouvelles obligations. La mesure transitoire adoptée consiste à reporter l'application du texte de quelques mois (résultat qui aurait pu être obtenu par une annulation temporaire du décret en tant qu'il s'applique aux contrats en cours, c'est-à-dire par une suspension de son application, en ce sens, C. Landais et F. Lénica, *op.cit*, p.1032). Le contentieux va sans doute se poursuivre, mais cette chronique est surtout l'occasion de revenir sur des difficultés persistantes liées à l'application des règles dans le temps.

Le piège de la rétroactivité : sa confusion avec l'application immédiate – « La confusion entre l'effet immédiat et la rétroactivité de la loi nouvelle est complète en jurisprudence » (F. Dékeuwer-Deffosez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaines*, LGDJ, 1977, n° 34, p. 48). L'arrêt du Conseil d'État du 26 mars 2006 en donne une nouvelle illustration par sa motivation (premier considérant, v. supra). Le moins que l'on puisse dire est qu'il ne s'inscrit pas dans un ensemble cohérent, ni même dans une jurisprudence constante (voir les arrêts cités par J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, 2002, n° 442 et surtout n° 448). La méprise vient d'une conception large – pour ne pas dire approximative – de la notion de rétroactivité. Dans ses conclusions (IV, A, 2) le commissaire du gouvernement n'hésite pas à affirmer que « selon les principes traditionnels, l'atteinte aux contrats en cours est une forme de rétroactivité » ; la question étant « alors de savoir si une telle rétroactivité est légale » (IV, A, 3). Quels sont ces principes traditionnels ? Comment comprendre cette rétroactivité légale ? Il y a de quoi perdre ses repères les plus solides en la matière.

Il existe certes deux conceptions principales de la rétroactivité, l'une prenant en compte la date du fait considéré, l'autre le moment où les effets de droit prévus par la règle doivent intervenir. Aucune des deux conceptions ne correspond cependant à l'application du décret du 16 novembre 2005 aux contrats de mandat conclus par les commissaires aux comptes et leurs clients. Les dispositions du décret ne consistaient ni à régir des faits passés à l'aune d'une règle nouvelle, ni à produire des effets sur une situation antérieure, conduisant, à la manière d'une nullité rétroactive, à remettre en cause des éléments juridiquement constitués dans le passé. L'application du décret aux contrats en cours avait pour seule conséquence de contraindre les commissaires aux comptes à respecter leurs nouvelles obligations pour l'avenir, ce qui pouvait certes conduire à la dénonciation de ces contrats de mandat spécifique dont la durée, rappelons-le, ne peut excéder six ans.

Au demeurant, tous les auteurs ayant sérieusement réfléchi à la question – c'est-à-dire aussi à ses conséquences pratiques – privilégient la (première) conception de la rétroactivité fondée sur la date des faits ou actes pris en compte par la règle dont l'application est envisagée. La raison en est simple : il est dangereux d'apprécier un comportement à partir d'une règle qui n'existait pas au moment de sa survenance. C'est pourquoi le principe de non rétroactivité doit prévaloir, tant au regard du législateur que du juge, sous réserves de rares exceptions dont il n'est pas pertinent de dresser ici la liste. Seule cette conception stricte de la rétroactivité permet d'ailleurs de comprendre le péril de lois rétroactives et de justifier ainsi le fameux principe de non rétroactivité.

Définir strictement la rétroactivité, c'est aussi ne pas la confondre avec l'application immédiate d'une règle nouvelle à des faits passés. Nombre de thèses insistent sur l'importance de la distinction, en particulier lorsqu'il est question de l'application d'une règle nouvelle à des contrats en cours (voir not. F. Dékeuwer-Deffosez, *op. cit.*, n° 34 et s. ; Th. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, 1990, n° 94 ; E. Dockès, *L'application dans le temps des règles du droit du travail. Contribution à l'étude du droit transitoire*, thèse Lyon, 1992 ; S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, PUAM, 2001, n° 259 et s. J. Petit, *op. cit.*, n° 399 et s., spéc. n° 468 et s.).

Pour expliquer les errements du Conseil d'État, certains ont pu relever l'ignorance des travaux du Doyen Roubier ou des juristes en général (P. Morvan, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Dr.Soc.* 2006.715, n° 23). Le reproche est excessif, car c'est bientôt plutôt d'incompréhension qu'il s'agit. Sans l'excuser pour autant, l'erreur est en partie provoquée par le raisonnement des plaideurs soucieux d'échapper à l'application d'une règle nouvelle (v. aussi en ce sens, J.F. Barbière, *op. cit.*, n° 5). Le syllogisme utilisé est le suivant : la rétroactivité est en principe interdite, or l'application nouvelle d'une règle à des contrats en cours est rétroactive, donc elle n'est pas permise. Sortir du piège de la rétroactivité suppose d'éviter sa confusion avec l'application immédiate. En l'espèce, le Conseil

d'État n'a fait que l'esquiver par une motivation laborieuse qui abîme la compréhension du principe de non rétroactivité et de ses exceptions. L'important semble avoir été d'éviter le bourbier des méthodes d'application de lois dans le temps pour insister sur l'exigence de mesures transitoires.

Des dispositions transitoires pour éviter les hésitations entre application immédiate de la loi nouvelle et survie de la loi ancienne – L'un des mérites de la théorie du droit transitoire proposée par le Doyen Roubier fut de sortir d'un dualisme stérile pour mettre en lumière trois solutions envisageables : la rétroactivité (en principe interdite), l'application immédiate de la loi nouvelle, la survie de la loi ancienne. Toutefois, ces trois situations doivent être envisagées par deux questions successives. D'abord, il faut se demander si, oui ou non, il y a rétroactivité. Ensuite, en l'absence de rétroactivité, la question à se poser est la suivante : faut-il appliquer immédiatement la loi nouvelle ou convient-il de laisser survivre la loi ancienne ? Les deux solutions sont envisageables. Dans le cas des situations contractuelles en cours – qu'il convient de distinguer de celui de validité des contrats – les théories du droit transitoire ne convergent pas. Pour les uns, le maintien de la règle ancienne doit rester le principe, en particulier pour des raisons de prévisibilité et de sécurité (en ce sens not. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.1, 11^{ème} éd., Dalloz, pp. 36-38). Pour les autres, il est dépassé, l'évolution du droit transitoire allant dans le sens de l'application immédiate de la loi nouvelle, y compris en matière contractuelle (F. Dékeuwer-Defosse, *op. cit.*, n° 17 et s.), où l'application uniforme de la loi importe.

Quant aux décisions de justice, elles sont fluctuantes et se présentent plus sous la forme d'une casuistique que d'une jurisprudence. Les solutions cherchent à concilier sécurité et équilibre contractuels dans un souci de justice. La Cour de cassation a pu affirmer que « les contrats passés sous l'empire d'une loi ne peuvent recevoir aucune atteinte par l'effet d'une loi postérieure », mais aussi permettre l'application d'une loi nouvelle sur le fondement de l'intérêt social, la volonté de la loi, ou encore l'ordre public (Cass. civ. 3, 5 juin 1970, B. III, n° 386). Que la loi soit d'ordre public n'est pourtant pas un critère suffisant. Les juges du fond ont pu se voir reprocher d'appliquer la loi nouvelle « sans caractériser les raisons d'une application immédiate de la loi que sa nature d'ordre public ne pouvait à elle seule justifier » (Cass. civ. 1, 17 mars 1998, B.I, n° 115, cette revue.1999.378, obs. J. Mestre).

Comment situer la décision du Conseil d'État à cet égard ? A partir du moment où la fausse piste de la rétroactivité a été privilégiée, la question n'a pas été résolue en ces termes. La haute juridiction administrative s'est dirigée sur une autre voie ; le commissaire de gouvernement l'invitant d'ailleurs à « construire aujourd'hui votre propre théorie des dispositions transitoires » (III, *in fine*). La solution préconisée consiste, une fois affirmée le caractère légal de la rétroactivité (c'est-à-dire le principe de l'application immédiate), à exiger du pouvoir réglementaire qu'il adopte des mesures transitoires. Si l'exigence est posée de manière générale, elle est requise « en particulier » pour les contrats. Reformulons : « lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours », « il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter (...) les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ».

Le principe d'une application immédiate nécessite un tempérament lorsqu'il conduit à des atteintes excessives aux contrats en cours. Loin de poser des dispositions transitoires d'origine prétorienne, ce qui aurait pu être fait dans le cadre du recours pour excès de pouvoir en retenant une annulation temporaire équivalente à une suspension (en ce sens C. Landais et F. Lenica, *op.cit.*, p. 1020), les juges ont enjoint l'autorité réglementaire de les édicter. En l'occurrence, le décret fut annulé, mais la volonté politique d'une application quasi-immédiate de la règle ne se fit guère attendre : les commissaires aux comptes ayant quelques mois pour se mettre aux normes (voir *supra* décret 24 avril 2006, *op. cit.*).

La jurisprudence inaugurée par le Conseil d'État est à conforter. En premier lieu, le critère « d'atteintes excessives à des situations contractuelles en cours » mérite précisions. L'on comprend certes qu'il offre aux juges la souplesse nécessaire pour effectuer un équilibre entre l'objectif poursuivi par le législateur et la stabilité des contrats en cours. Dans d'autres circonstances, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déclaré que « le législateur ne saurait porter atteinte à l'économie des conventions en cours légalement conclues, des atteintes d'une gravité propre à méconnaître manifestement l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (CC. 98-401 DC du 10 juin 1998, Rec., p. 258, obs. N. Molfessis, cette chr. 1998., p. 797). La règle semble la même pour la loi ou pour son décret d'application. Encore faut-il caractériser ces « atteintes excessives » au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, ce qui n'est guère explicite dans l'arrêt envisagé. En second lieu, la nouvelle obligation, adressée à l'autorité réglementaire en l'absence de précisions législatives expresses, d'édicter des mesures transitoires aura peu de portée si ces dispositions réglementaires vont dans le sens d'une application immédiate. Car il faudra alors sans doute mettre en œuvre un nouveau contrôle de proportionnalité, non pas seulement pour exiger l'*existence* de mesures transitoires, mais pour s'assurer qu'elles sont *suffisantes* eu égard aux atteintes excessives portées aux situations contractuelles en cours. Pour l'heure, il est vrai, il est surtout question de fêter le principe de sécurité juridique, ce qui ne va pas de soi.

La question du fondement : confiance légitime, sécurité juridique ou sécurité contractuelle ? - Dans son arrêt du 24 mars 2006, le Conseil d'État a énoncé la sécurité juridique comme motif général de l'exigence de dispositions transitoires et comme principe fondateur de sa décision. Nul besoin d'y insister dans un contexte où la sécurité juridique a fait l'objet du rapport annuel du Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006 et où le communiqué officiel de l'arrêt annonce, un peu pompeusement : « le Conseil d'État consacre solennellement le principe de sécurité juridique ». La décision a été surtout commentée sous cet angle (P. Cassia, « La sécurité juridique, un 'nouveau' principe général du droit aux multiples facettes, D.2006.1190, C. Landais et F. Lénica, op. cit. ; Y. Aguila, op. cit.) ; elle prend place dans une myriade d'évolutions jurisprudentielles (voir par ex. A.L. Valembou, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie », *LPA*, 13 juin 2006, n° 117, p. 7) où la notion prospère d'autant mieux que ses contours sont incertains. Il en résulte aussi un certain dévoiement. « Gouvernants, législateur et juge ont la 'sécurité juridique' plein la bouche alors qu'ils attisent sans relâche l'incertitude et l'obscurité au cœur de la loi » (P. Morvan, op.cit., n° 35). Est-ce le cas en l'espèce ?

Le format de la présente chronique ne permet pas une réponse approfondie. Signalons simplement que la notion de sécurité juridique gagnerait sans doute, pour les besoins de l'analyse, d'être rapprochée respectivement de celles de confiance légitime et de sécurité contractuelle. Le premier couple (sécurité juridique – confiance légitime) est issu du droit européen. Dans sa décision, le Conseil d'État, reprenant une jurisprudence constante, a écarté le moyen tiré de la violation du principe de confiance légitime, pour admettre celui de sécurité juridique. Le principe de confiance légitime relève du seul droit communautaire, celui de sécurité juridique étant promis à un (fabuleux ?) destin national. Les deux notions expriment pourtant une nuance dont il ne faudrait pas se priver trop vite dans le problème qui nous occupe. Si la sécurité juridique exprime une exigence de stabilité (de non remise en cause de situations juridiques pourrait-on dire en songeant à l'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, P. Deumier, cette Chr. 2004.598, et pour ses excès, Ph. Téry, cette revue 2006.366), celle de confiance légitime est tournée vers l'avenir, car il s'agit de ne pas déjouer des espérances légitimes. La sécurité juridique protège de la rétroactivité ; la confiance légitime prémunit d'une application par trop immédiate (voir Cass. com., 22 octobre 2002, B.IV, n°150 qui reprend en ce sens la distinction établie en droit communautaire.). Or, en l'espèce, il était bien question

d'application immédiate et non de rétroactivité. Invoquer la sécurité juridique ajoute à la confusion.

Le second couple (sécurité juridique – sécurité contractuelle) est moins évident à cerner. Lorsque la sécurité juridique est évoquée, c'est le plus souvent à propos des lois et règlements, voire de la jurisprudence. Pour autant, la notion s'applique tout aussi bien au contrat. Rien d'étonnant à cela : le contrat pose aussi une règle de droit. Faut-il alors distinguer la sécurité contractuelle de la sécurité juridique ? La question est source d'enjeux. Replier la sécurité juridique sur la sécurité contractuelle, c'est se montrer favorable au maintien de la règle ancienne, c'est-à-dire repousser à plus tard l'intervention de la loi nouvelle, que ce soit par des dispositions transitoires expresses ou par des principes tirés de la théorie du droit transitoire. Déplier la sécurité contractuelle aux côtés de la sécurité juridique, c'est au contraire souligner qu'elles sont distinctes. Nul doute alors qu'elles peuvent entrer en conflit, mais celui-ci se présente alors moins comme un conflit (chronologique) de règles dans le temps que comme un conflit (hiérarchique) de normes où chacun (législateur, contractants, juges) prétend organiser le droit pour d'autres dans la durée.

Si la bataille des sources du droit transitoire mérite attention, tous les arguments ne sont pas permis. A cet égard, la décision du Conseil d'État n'est pas un modèle de clarté. La sécurité juridique s'est pris d'emblée les pieds dans le tapis.

Rafael Encinas de Munagorri