

Bulletin d'information – Master Droit du Patrimoine, n°1

Océane BEAUGER, Tommy LEROUX



SOMMAIRE

- **Dossier réforme des sûretés**
 - La réforme du cautionnement
 - La réforme des hypothèques

- **Le contentieux administratif du droit souple : évolutions récentes, implications en droit de l'urbanisme**

- **La finance durable ?**

- **Brèves juridiques**

UFR de Droit, Économie et des Sciences sociales,

Université de Tours

Directeur de la publication : M. Franck JURÉDIEU

DECEMBRE 2021

DOSSIER : LA REFORME DES SURETES. IMPLICATIONS SUR LE CAUTIONNEMENT ET LES HYPOTHEQUES¹

PARTIE I – LA REFORME DU CAUTIONNEMENT

par Tommy Leroux

1. Rénover un objet non identifié. Le législateur parachève cette année (ord. ° 2021-1192 du 15 septembre 2021) la réforme qu'il avait lancé en 2006. Cette précédente réforme, issue de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, fut lacunaire. D'une part elle négligea les sûretés personnelles. D'autre part, la matière restait éclatée entre différents codes et nombres d'archaïsmes subsistaient. En 2019, la loi *Pacte* sera l'occasion d'habiliter le gouvernement à opérer cette réforme d'ensemble par ordonnance. Point regrettable, cette réforme des sûretés s'opère sans définition du concept de sûretés. Drôle de méthode que celle de rénover un édifice sans vision d'ensemble, et sans savoir ce qui relie entre eux les divers éléments qui le compose. Le législateur contemporain aurait pu se montrer plus ambitieux doctrinalement². La réforme s'avère motivée par des enjeux pratiques : rendre le droit français plus lisible, efficace, et attractif pour les opérateurs économiques internationaux³. Certes, cela est important, mais n'était-il pas possible de s'atteler à l'ouvrage théorique dans le même temps⁴ ? A le tout le moins, l'intégralité du droit des sûretés se voit modernisé. Il faut saluer l'avancée majeure vers l'ère du numérique en ce que l'ordonnance du 15 septembre 2021 autorise la dématérialisation de l'intégralité des sûretés⁵.

La présente étude se concentrera sur le droit du cautionnement (partie I) et celui des hypothèques (partie II). Le lecteur pourra consulter à profit les indications bibliographiques quant aux modifications intéressantes d'autres sûretés⁶.

Le droit du cautionnement bénéficie, grâce à cette réforme, d'une cure de jouvence salutaire. Les nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2022⁷. Elles n'ont pas d'effets rétroactifs pour les cautionnements en cours, sauf pour les obligations d'information⁸. Réforme attendue, elle modernise considérablement un droit du cautionnement qui en avait grandement besoin. Les rédacteurs ont réussi à synthétiser, clarifier la matière. Quelles sont les innovations les plus saillantes ? Suivons le plan du Code civil, qui reste inchangé : d'abord les dispositions générales (I), ensuite la formation et l'étendue du cautionnement (II), puis les effets (III), enfin l'extinction (IV)⁹. Enfin quelques mots conclusifs sur le « cautionnement réel » (V).

I – PRINCIPES GENERAUX

2. Nouvelle définition. (art. 2288 C. civ.). Le cautionnement bénéficie d'une nouvelle définition : « Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. » Plus claire, cette définition précise enfin expressément que le cautionnement est un contrat et exprime plus clairement l'objet de l'engagement de la caution. Elle ne satisfait toutefois pas totalement. La question du caractère gratuit, ou onéreux du contrat de cautionnement reste dans les ténèbres. L'effort de définition n'a donc pas été mené jusqu'au bout.

3. Commercialité du cautionnement. (L 110-1 10° C. com.). La commercialité du cautionnement dépend désormais de la dette principale. Est ainsi commercial le cautionnement d'une dette commerciale. C'en est donc fini du critère de l'intérêt patrimonial de la caution à l'opération, qui était difficile à manier. Ce nouveau critère a le mérite de la simplicité, et s'avère conforme au caractère accessoire du cautionnement.

¹ Nos plus vifs remerciements à M. Franck JUREDIEU pour sa relecture attentive.

² D'autant que la doctrine propose des ébauches de définitions. Les sûretés auraient ainsi pu être définies – à gros traits – comme un droit personnel ou réel *accessoire* à une obligation principale *aux fins* d'en garantir le *paiement*. Elles constituent une espèce d'un genre plus large : les garanties. Bien sûr, l'analyse peut être affinée, mais ce serait déjà un bon début. Pour une synthèse de la doctrine sur le sujet : P. TAFFOREAU, *Droit des sûretés. Sûretés personnelles et réelles*, Bruylant, coll. « Paradigme », 2020, n°6 à 12, p. 27 à 29.

³ MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Lettre de la direction des affaires juridiques, (DAJ)* du 23 septembre 2021, n°324, p. 6 ; dans le même sens : rapport au président de la République joint à l'ordonnance, *passim*.

⁴ L'on songe par exemple à la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, qui au travers d'une réforme des successions et des libéralités prit la peine de

définir légalement le concept de libéralités en l'article 893 C. civ. Ce concept qui permet d'explicitier ce qui lie d'une part les donations entre vifs et les testaments d'autre part. Le législateur de 2021 n'aurait-il pas pu s'inscrire dans une même démarche en expliquant par une définition des sûretés ce qui lie d'une part les sûretés personnelles et d'autre part les sûretés réelles ?

⁵ Auparavant, cela n'était possible que pour les besoins de la profession

⁶ Gage, nantissement, propriété-retenu ou cédée à titre de garantie, réforme globale des privilèges... : Voir la. *JCP G* 2021 supplément au n°43-44.

⁷ I de l'art. 37 de l'ord. 15 sept. 2015, n°2021-1192.

⁸ II de l'art 37 de l'ord. du 15 sept. 2015, n°2021-1192 : pas d'effet rétroactif pour les cautionnements en cours. Sauf pour les articles 2302 à 2304 [obligations d'information]. (III de l'art. 37 *ibid.*)

⁹ La section relative au cautionnement judiciaire a disparu. Les grandes lignes se retrouvent dans les articles 2289 al. 2 et 2301 C. civ.

4. Solidarité(s). (art. 2290 C. civ) Le code se montre désormais plus précis quant à la solidarité et à ses effets sur les bénéficiaires de discussion et de division. Conformément à ce qu'enseignait déjà une partie de la doctrine, quatre cas de figure peuvent désormais être distingués¹⁰. **1°** une caution unique solidaire d'un débiteur : perte du bénéficiaire de discussion et du bénéficiaire de division. **2°** plusieurs cautions solidaires entre elles et solidaires à l'égard du débiteur : *idem*. **3°** plusieurs cautions non solidaires à l'égard du débiteur, mais solidaires entre elles : bénéficiaire de discussion opérant, perte du bénéficiaire de division. **4°** plusieurs cautions solidaires chacune de leur côté avec le débiteur, mais non solidaires entre elles : perte du bénéficiaire de discussion ; débats doctrinaux non tranchés quant au bénéficiaire de division¹¹.

5. Certificat de caution. Sous-cautionnement. Le certificat de caution est repris, quoique non nommé expressément (art. 2291 C. civ). Le sous-cautionnement, bien plus utilisé en pratique (notamment par les banques) se voit enfin consacré (art. 2291-1 C. civ).

II – FORMATION ET ÉTENDUE.

6. Principes maintenus. Obligation principale valide. Caractère exprès. Caractère accessoire. Il est possible de garantir des obligations présentes ou futures, déterminées ou déterminables. Cela était déjà admis en jurisprudence¹². Le code le précise désormais expressément. (art. 2292 C. civ). L'obligation principale doit toujours être valable (art. 2293 C. civ). Le cautionnement doit toujours être exprès (art. 2292 C. civ). S'il n'est plus précisé qu'il ne se présume point, c'est qu'il s'agit pour l'ordonnance d'une redondance avec le caractère exprès¹³. Le cautionnement s'étend toujours aux intérêts et autres accessoires de l'obligation principale (art. 2295 C. civ). L'étendue du cautionnement reste limitée à l'obligation principale. Ainsi, l'engagement de la caution ne peut être étendu, sous peine d'être réduit à la mesure de l'obligation garantie (art. 2296 C. civ.). La caution ne peut donc jamais devoir plus que ce doit le débiteur principal.

7. La mention « manuscrite ». Forme. (art. 2297 C. civ). Voilà certainement « l'une des innovations majeures » de la réforme¹⁴. Là où le droit antérieur était éclaté entre plusieurs droits spéciaux (L 331-1 et s. C. conso,

L 341-15 C. conso, art. 22-1 L. 6 juil. 1989...), la réforme synthétise l'exigence d'une mention dans un seul article. La loi se réfère désormais à la mention « apposée » par la caution. Elle n'est donc plus nécessairement manuscrite, et peut être apposée numériquement¹⁵. Quant à son contenu, il n'est plus nécessaire de recopier une mention spécifique (et « uniquement celle-là » !). L'essentiel est que la mention inscrite indique bien l'étendue de l'engagement de la caution. C'en est fini de ce contentieux de chicaneurs sur les erreurs matérielles dans la mention manuscrite. Désormais Les juges retrouvent un plus grand pouvoir d'appréciation. Cela est d'autant plus satisfaisant que le recopiage de la mention (et « uniquement de celle-ci » !) était devenu un exercice rébarbatif et absurde où la caution recopiait soit sans rien comprendre une mention censée révéler un consentement « éclairé », soit en parsemant de mauvaise foi quelques coquilles dans la mention afin de réduire plus tard l'étendue de son obligation. Désormais, la mention apposée par la caution elle-même comporte l'indication qu'elle s'engage en qualité de caution, envers un débiteur déterminé, pour un montant déterminé en toutes lettres et chiffres. En cas de divergences, la somme inscrite en lettres l'emporte. La nouvelle mention n'évoque plus les accessoires. Cela ne lèse pas pour autant le créancier : ces accessoires sont par principe couverts par le cautionnement¹⁶. Il n'est plus nécessaire de prévoir une durée de l'engagement ni de signer directement après la mention. Une seule signature, à la fin du contrat, est donc suffisante. En cas d'absence de cette mention, le cautionnement est entaché de nullité¹⁷. L'acte authentique permet-il d'échapper à ce formalisme¹⁸ ? Jusqu'alors c'était certain. Aujourd'hui la mention n'est plus « manuscrite » mais simplement « apposée ». Théoriquement, les exceptions sont d'interprétation stricte. Plus pragmatiquement, il est fort probable que rien ne change en pratique et en jurisprudence. Ce formalisme pourra vraisemblablement être éludé par le recours à l'acte authentique ou acte d'avocat¹⁹. Une partie de la doctrine va en ce sens²⁰.

8. La mention « manuscrite ». Personnes concernées. Dans la continuité de ce qu'imposait déjà le code de la consommation, le législateur protège la caution

¹⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, A. AYNES, *Droit des sûretés*, LGDJ, coll. « Droit civil », 14^e éd., 2020, n°62 p. 75 ; v. aussi, pour une autre présentation : M. TAFFOREAU, *Droit des sûretés : sûretés personnelles et réelles*, Bruylant, coll. « Paradigme », 1^{re} éd., 2020, n°110, p. 75.

¹¹ Ph. SIMLER, « Réforme du droit du cautionnement », *JCP G* 2021 supplément au n°43-44, Étude 3, n°11 p. 12

¹² E. g. Cass. com, 22 févr. 1994, n°91-22.364, *Bull. civ.* IV n°68

¹³ Ph. SIMLER, *ibid.*

¹⁴ Ph. SIMLER, *op. cit.*, n°14 p. 13

¹⁵ Ph. DUPICHOT « 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité » *JCl Contrats – Distribution*, Fasc. 11, 7 oct. 2021. § n°6

¹⁶ Art. 2295 nouveau C. civ, une clause contraire reste possible.

¹⁷ Cass. com. 5 févr. 2013, n°12.11-720, *Bull. civ.* IV, n°20 ayant jugé que la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 C. conso entraîne une nullité relative. Le nouveau texte reste muet sur le sujet, mais une partie de la doctrine considère que *mutatis mutandis*, la nullité restera relative. (Ph. SIMLER, *ibid.*)

¹⁸ Art. 1369 al. 3 C. civ.

¹⁹ Art. 1369 al. 3. et 1374 al. 3. C. civ qui évoquent des « mentions manuscrites ».

²⁰ S. CABRILLAC, C. GUILLOTEAU PALISSE, « Le cautionnement : quel nouveau droit commun au stade de sa conclusion ? » *Défrénois* 25 nov. 2021, n°48 p. 28. ; O. ROBIN-SABARD, « Unification et simplification des règles relatives à la mention apposée par la caution personne physique » *L'essentiel droit des contrats*, 3 nov. 2021, n°10, p. 2

personne physique²¹. Un commerçant personne physique est ainsi soumis à ces mentions. À l'inverse une SCI familiale ou une jeune société commerciale ne bénéficie pas de ce formalisme protecteur. Le code efface le critère du créancier professionnel. La mention doit donc apparaître, même si le créancier n'est pas un professionnel, à partir du moment où la caution (ou son mandant) s'avère être une personne physique.

9. La mention « manuscrite ». Solidarité.

Classiquement, une mention supplémentaire est nécessaire si la caution personne physique renonce au bénéfice de discussion ou de division, c'est-à-dire si le cautionnement est solidaire. En cas d'absence de cette mention, le cautionnement dégénère en cautionnement simple.

10. L'opposabilité des exceptions. (art. 2298 C. civ.)

« Le nouvel article 2298 constitue la disposition la plus fondamentale de l'ordonnance » de réforme des sûretés relatives au cautionnement²². La caution peut désormais opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, sauf l'incapacité du débiteur principal et les éventuelles mesures judiciaires ou légales du débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité (art. 2298 C. civ.). Le cautionnement retrouve ainsi pleinement son caractère accessoire. Là où le code n'admet initialement que les exceptions inhérentes à la dette²³, la jurisprudence, par la suite, fluctua grandement. Admettant tantôt libéralement toutes les exceptions en qualifiant largement les exceptions comme inhérentes à la dette²⁴, et tantôt interdisant à la caution de se prévaloir des exceptions purement personnelles au débiteur tel le dol²⁵, l'état du droit sur la question était peu clair. Désormais la simplicité règne. Toutes les exceptions sont opposables, sauf celles tenant à l'incapacité du débiteur principal ou à une procédure d'insolvabilité. Cela se justifie. C'est en cas de défaillance du débiteur principal que le cautionnement prend tout son sens. Permettre à la caution d'opposer au créancier les mesures légales ou judiciaires attribuées au bénéfice du débiteur principal en procédure d'insolvabilité équivaldrait, pour la caution, à revenir sur son engagement²⁶.

11. Devoir de mise en garde. (art. 2299 C. civ.)

Le devoir de mise en garde qui n'existait jusqu'alors que dans la jurisprudence se trouve consacré²⁷. Il est dû par tout

créancier *professionnel* envers les cautions personnes physiques lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier. Il ne concerne donc plus les facultés de remboursement de la caution et ne concerne désormais que les créanciers professionnels. Si ce devoir était dû et qu'il n'a pas été exécuté, le créancier est déchu de son droit contre la caution, mais uniquement à hauteur du préjudice subi par celle-ci (art. 2299 al 2). Le fondement de la sanction reste discuté. Certains auteurs considèrent que la sanction n'est plus fondée sur la perte de chance de ne pas contracter comme auparavant²⁸. L'exigence maintenue d'un préjudice laisse toutefois perplexe. Comment donc évaluer le préjudice subi par la caution, si ce n'est par référence à une perte de chance de ne pas contracter ? Mystère. Il faudra certainement attendre les premiers arrêts d'application pour avoir une réponse. Au demeurant, « [...] il n'est pas certain que cette nouvelle sanction soit plus aisée à appliquer »²⁹. Surtout, le code distingue clairement ce devoir de mise en garde par rapport à la proportionnalité du cautionnement, là où la jurisprudence mélangeait parfois les deux³⁰. « Demain, la caution qui s'estimera insuffisamment protégée à raison de l'importance de l'engagement souscrit ne pourra plus obtenir réparation sur le terrain de la mise en garde et devra nécessairement établir l'existence d'un cautionnement disproportionné »³¹.

12. La proportionnalité du cautionnement. Les

différents régimes (jurisprudences *Macron* et *Naboum*³², L. 332-1 C. conso) sont fusionnés³³. Ce mécanisme profite à la caution personne physique face à un créancier professionnel. La sanction est désormais la réduction proportionnelle du cautionnement à hauteur de ce que la caution pouvait s'engager, et non plus la déchéance pure et simple du droit du créancier. C'en est donc fini du tout ou rien, tout comme de la question de la proportionnalité du cautionnement pour les cautions personnes morales. La condition de retour à meilleure fortune disparaît également. Ainsi, si le cautionnement fut disproportionné lors de sa conclusion, mais ne l'est plus au jour de l'appel en garantie, la caution pourra tout de même invoquer la disproportion. Un auteur y voit un retour – dans l'esprit – vers la jurisprudence *Macron*³⁴.

²¹ Cf. art. L. 331-1 C. conso al. 1 (abrogé au 1er janvier 2022).

²² Ph. SIMLER, *op. cit.* n°17 p. 15

²³ Art. 2289 al 2 ancien C. civ et 2013 ancien C. civ

²⁴ Ph. SIMLER, *ibid.*

²⁵ Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n°03-15.602, *Bull. civ.* ch. mixte, n°5

²⁶ Les incidences de la réforme des sûretés sur les procédures collectives ne seront pas évoquées afin de ne traiter que de la réforme du droit du cautionnement en droit civil et dans un volume raisonnable. Ces incidences font en effet l'objet d'une réforme connexe mais distincte par une ordonnance du même jour (ord. 15 sept. 2021, n°2021-1193).

²⁷ E. g. Cass. com., 15 nov. 2017, n°16-16.790, *Bull. civ.* IV, n°149

²⁸ Ces dommages-intérêts étaient alors compensés avec ce que doit la caution. : Ph. SIMLER, *ibid.* ; Ph. DUPICHOT, *ibid.* : « A noter que la sanction de l'absence de mise en garde évolue (littéralement...) vers une

déchéance à hauteur du préjudice subi par la caution au lieu de l'indemnisation d'une "perte de chance" de ne pas cautionner) ».

²⁹ S. CABRILLAC, C. GUILLOTEAU PALISSE, *ibid.*

³⁰ E. g. Cass. 1^{ère} civ., 3 juil 2013, n°12.16.655, inédit. ; V. aussi F. JUREDIEU « L'articulation de la proportionnalité en droit du cautionnement », *RLDC* mai 2017 n°148, p. 17.

³¹ S. CABRILLAC, C. GUILLOTEAU PALISSE, *ibid.*

³² Cass. com., 8 oct. 2002, n°99-18.619, *Bull. civ.* IV, n°136, *Naboum*

³³ Du moins est-ce là la volonté du législateur à lire le rapport au président de la République. Reste à voir si la jurisprudence maintiendra (*contra legem* ?) la jurisprudence *Naboum*, notamment pour les cautions personnes morales non averties

³⁴ Ph. SIMLER, n°21, p. 19, Cass. com, 17 juin 1997, n°95-14.105, *Bull. civ.* IV, n°188, *Macron*

13. Obligation annuelle d'information relative au montant des encours. (art. 2302 C. civ). Fusionnant les diverses obligations d'informations sur le montant de la dette garantie (entre autres : L. 313-22 C. mon. fin., art. 2293 al. 3 ancien C. civ ; L. 333-2 C, *etc.*), le créancier professionnel doit désormais faire connaître à toute caution personne physique, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dû au 31 décembre précédant au titre de l'obligation garantie. La sanction consiste dans la déchéance des intérêts et pénalités échus depuis la date de la dernière information, et les paiements sont d'abord imputés sur la dette principale. Si l'engagement est à durée indéterminée, la caution professionnelle informe en même temps à chaque fois la caution personne physique de sa faculté de résiliation. Cette obligation d'information profite à la caution personne morale si le créancier est un établissement de crédit.

14. Obligation d'information relative au premier paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité du paiement. (art. 2303 C. civ). Là encore, l'obligation est due par le créancier professionnel si sa caution est une personne physique. Là encore, les diverses dispositions éclatées au sein de plusieurs codes (L. 314-17 C. conso ; L. 333-2 C. conso) ont été réunies en un seul article dans le Code civil. La sanction est la même que pour l'obligation annuelle d'information : déchéance du droit aux intérêts et pénalités pour le créancier tant que l'information n'est pas notifiée, et imputation des paiements par la caution en priorité sur la dette principale. Cette seconde obligation d'information ne profite pas aux cautions personnes morales.

15. Obligations d'informations dues à la sous-caution. (art. 2304 C. civ) Toutes ces obligations d'informations sont dues à la sous-caution personne physique si le créancier est un professionnel.

16. Définition plus claire du bénéfice de discussion (art. 2305 C. civ) : « le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal ». Il ne bénéficie pas à la caution solidaire avec le débiteur et à la caution judiciaire. Le régime de ce bénéfice est synthétisé en un seul article sans que les conditions ne changent grandement (art. 2305-1 C. civ). **1°** la caution invoque le bénéfice de discussion dès les premières poursuites dirigées contre elle **2°** la caution indique les biens du débiteur susceptibles d'être discutés (non litigieux et non grevés de sûretés). La caution n'a désormais plus à avancer au créancier les frais de poursuite. Si le créancier omet de poursuivre le débiteur, il supporte son insolvabilité à hauteur des biens que la caution lui avait utilement indiqués.

17. Définition maintenue du bénéfice de division (art. 2306 C. civ) Sur ce point, le législateur reprend l'ancienne rédaction. Lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions de la même dette, elles sont chacune tenues pour le tout. Néanmoins, une caution poursuivie peut opposer le bénéfice de division au créancier. Dans ce cas, le créancier doit diviser son recours et ne peut demander à chaque caution que sa part de la dette (art. 2306 al. 2 C. civ). Ainsi le créancier supporte l'insolvabilité d'une des cautions. Le bénéfice de division ne profite pas aux cautions solidaires entre elles ou si la caution y a renoncé. La caution qui entend s'en prévaloir l'invoque dès les premières poursuites du créancier à son encontre (art. 2306-1 C. conso). Les cautions solidaires supportent l'insolvabilité d'une d'entre elles. Si le créancier a divisé son action, il ne peut plus revenir sur cette division (art. 2306-2 C. conso).

Ex : Soit trois cautions simples engagées dans les mêmes termes André, Bertrand, Claude d'une dette de 150. Le créancier peut demander à André de payer 150, mais André peut lui opposer le bénéfice de division afin de ne payer que 50. C'est alors au créancier d'aller solliciter les autres cautions en leur demandant chacune leur part. Si Claude est insolvable, c'est donc le créancier qui supporte la perte. / Si les cautions sont solidaires entre elles, il n'y a plus de bénéfice de division. Le créancier peut demander à une caution de régler la totalité de la dette (1° obligation à la dette). À charge ensuite pour elle de se retourner contre les autres cofidélusseurs pour obtenir le remboursement (2° contribution à la dette). Si ainsi André est appelé en paiement, il paie 150 au créancier (1° obligation à la dette), puis demande 50 à Bertrand et 50 à Claude dans un second temps (2° contribution à la dette). Il supporte 50 à titre personnel. Si Claude est insolvable, les cofidélusseurs solvables le supportent. Ainsi dans un tel cas, la dette se répartit entre les cofidélusseurs solvables : 75 reviendrait à André et 75 reviendrait à Bertrand.

18. Le minimum « reste à vivre » (art. 2997 C. civ). L'action du créancier ne peut avoir pour effet de priver la caution personne physique du minimum « reste à vivre ». Il s'agit du montant du RSA. Le code n'innove ici en rien, mais se contente de mettre à jour un renvoi vers le bon article, qui s'avérait jusqu'alors défectueux.

19. Recours personnel et recours subrogatoire. La caution ayant désintéressé le créancier a classiquement deux recours contre le créancier. L'un personnel (art. 2308 C. civ), que la doctrine fonde sur le mandat ou la gestion d'affaires (*la réforme n'adopte pas expressément cette théorie*) l'autre fondé sur la subrogation personnelle (*qui permet alors de bénéficier des sûretés dont bénéficiait le créancier*). (art. 2309 C. civ.).

20. Recours de la caution solvens contre les codébiteurs (art. 2310 C. civ). La caution a désormais un recours contre tous les codébiteurs de l'obligation qu'elle a payée, y compris contre les codébiteurs qu'elle n'a pas cautionnés.

21. Perte des recours de la caution imprudente. (Art. 2311 C. civ). La caution perd son recours si la caution paie le créancier sans en avertir le débiteur et que le débiteur avait déjà payé l'obligation ou fût en mesure de la faire déclarer éteinte. Le critère du paiement par la caution en l'absence de poursuite a ainsi disparu. Le législateur a ici entendu imposer un quasi-devoir d'information de la caution envers le débiteur.

22. Disparition des recours avant paiement de la caution contre le débiteur. Le code prévoyait 5 cas où la caution était en droit de demander un paiement anticipé au débiteur (art. 2309 anc. C. civ). 1° la caution est poursuivie en justice pour le paiement 2° le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture. 3° le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps 4° la dette est devenue exigible par l'arrivée de son terme 5° passés 10 ans si l'obligation n'avait pas de terme fixe. Débattus en doctrine, ces recours posaient des difficultés d'applications³⁵. Leur suppression est justifiée. Il était en effet singulier de permettre à des cautions de demander à un débiteur un remboursement alors même que ce dernier n'a pas fait montre de défaillance. Il est désormais permis à la caution de demander des mesures conservatoires, mais non d'exiger le remboursement anticipé.

23. Recours en contribution entre les cautions. (art. 2312 C. civ) Sans changer le fond du droit, le code précise enfin expressément que la caution *solvens* bénéficie bien des deux recours (personnel/subrogatoire) à l'égard des autres cofidésusseurs. La nouvelle rédaction apparaît également bien plus claire qu'auparavant.

IV – EXTINCTION

24. Extinction à titre accessoire et à titre principal. (art. 2313 C. civ). Le code reprend cette distinction classique. Ou bien le cautionnement s'éteint, comme tout contrat, à titre principal pour des causes qui lui sont propres. Ou bien le cautionnement s'éteint en cas de disparition de l'obligation principale par application du principe de l'accessoire. Le code ne fait plus référence à l'extinction par confusion, le droit commun étant suffisant.

25. Bénéfice de subrogation (art. 2314 C. civ). Le droit est ici maintenu, et la jurisprudence reprise. Ainsi lorsque le recours subrogatoire de la caution est compromis par la faute du créancier, la caution est déchargée à

concurrence du préjudice subi. Ce mécanisme, d'ordre public, ne peut cependant pas servir à la caution pour reprocher au créancier le mode de réalisation d'une sûreté. « C'est là une modification d'une grande utilité : le créancier ne saurait être comptable envers sa caution de son choix de retenir, saisir ou solliciter l'attribution judiciaire ou conventionnelle du bien grevé, contrairement à ce que la Cour de cassation avait pu laisser entendre »³⁶. Il est à noter que le code évoque désormais la faute du créancier et non plus le fait du créancier, ce qui est conforme à une jurisprudence constante³⁷.

Ex : Le créancier bénéficie d'une hypothèque mais néglige de la faire inscrire au service de la publicité foncière. Or pour la caution, cette hypothèque eut été utile dans son recours subrogation. Cette négligence constitue donc une faute du créancier, permettant à la caution d'invoquer le bénéfice de subrogation. La caution pourra ainsi obtenir une décharge de son engagement, mais uniquement à hauteur du préjudice subi.

26. Résiliation du cautionnement omnibus (art. 2315 C. civ). Il s'agit de l'hypothèse où la caution garantit de manière indéterminée toutes les dettes futures du débiteur. Comme tout engagement indéterminé, il peut être résilié moyennant le respect du préavis contractuel, ou à défaut un délai raisonnablement de préavis. Sans reprendre l'expression, le législateur consacre la thèse du professeur MOULY. Ainsi, par la résiliation, l'obligation de couverture³⁸ cesse, mais l'obligation de règlement³⁹ perdure (art. 2316 C. civ). Ce mécanisme est applicable à tout cautionnement de dette future (déterminé ou indéterminé). Le législateur admet des clauses contraires. Les personnes physiques ne pouvant souscrire qu'un cautionnement déterminé, ils ne pourront vraisemblablement pas conclure un tel cautionnement *omnibus*, sauf à éluder la mention grâce à un acte authentique ou acte d'avocat⁴⁰.

Ex : La société Phèdre se porte caution omnibus d'Hippolyte le 1^{er} janvier (on ouvre le robinet, le verre se remplit). Elle notifie son préavis de résiliation avec un délai raisonnable d'un mois. Ainsi la société Phèdre cesse de couvrir les dettes futures d'Hippolyte. C'est l'extinction de l'obligation de couverture (on coupe le robinet). Toutefois, elle reste tenue de régler les dettes qui sont devenues exigibles durant la période de couverture. Ainsi toutes les dettes d'Hippolyte devenues exigibles pendant la période de garantie devront être réglées par la société Phèdre

³⁵ D. LEGEAIS « Ce qu'il faut retenir de l'ordonnance réformant le droit des sûretés », *Revue de droit bancaire et financière*, n°5, sept.oct 2021, p. 1.

³⁶ Ph. DUPICHOY « 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité » *JCI Contrats – Distribution*, Fasc. 11, 7 oct. 2021. § n°6 ; Cass. com. 3 mai 2006, n°04-17.283, *Bull. civ.* IV, n°104.

³⁷ Cass. com, 2 avr. 1996, n°93-19.074, *Bull. civ.* IV, n°100

³⁸ **Obligation de couverture** : obligation de la caution à garantir toutes les dettes du débiteur principal nées entre la date de conclusion du cautionnement et la date de son extinction. C'est la période de garantie. (Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz. coll. « Précis », 7^e éd., 2016, n°111 p.105).

³⁹ **Obligation de règlement** : obligation de la caution de régler toutes les dettes nées pendant la période de garantie et que le débiteur principal ne paie pas. (Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *ibid.*)

⁴⁰ Même à éluder ainsi la mention, il n'est pas certain que la jurisprudence admette une telle position. Peut-être ici aurait-il été opportun de distinguer la qualité de la caution : la caution personne physique commerçante peut avoir intérêt à conclure un tel cautionnement ; là où celle profane devrait à l'inverse se voir protégée de ce cautionnement « aspirateur à dettes ».

si Hippolyte s'avère défaillant. C'est la persistance de l'obligation de règlement (on doit s'occuper de l'eau qui reste dans le verre)⁴¹.

27. Décès de la caution. (art. 2317 C. civ) Le législateur clarifie enfin un point sur lequel le code se trouvait mystérieux⁴² et que la jurisprudence dut expliciter⁴³. Reprenant la jurisprudence, les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès. Toute clause contraire est exclue : ce serait un pacte sur succession future. Il est appréciable que cette disposition, qui concerne l'extinction du cautionnement, soit désormais rangée dans une section idoine. L'ancien article était en effet malencontreusement rangé dans une section relative à la nature et l'étendue du cautionnement, ce qui n'était pas des plus logiques.

28. Dissolution d'une personne morale. (art. 2318 C. civ). Il s'agit ici d'une dissolution par l'effet d'une fusion, absorption, ou application de l'art. 1844-5 du code civil (*la société est dissoute, l'associé unique ayant toutes les parts sociales récupère tout le patrimoine social*). Deux cas sont à distinguer. **1°** La personne morale dissoute est le créancier ou le débiteur : alors la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers. Elle ne garantit les dettes postérieures que si elle y a consenti (soit sur le moment, soit par avance). S'applique donc la théorie de l'obligation de couverture, et de l'obligation de règlement. **2°** La personne morale dissoute est la caution : alors l'engagement de caution est transmis. Le texte ne semble pas prévoir d'extinction de l'obligation de couverture⁴⁴.

29. Le cautionnement d'un compte courant. Délai butoir de 5 ans. (art. 2319 C. civ) Petite nouveauté de la réforme, la caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement. En effet, la dette ne naît qu'au jour de la clôture du compte. Le législateur entend donc protéger la caution contre des appels en garantie intervenus plus de 5 ans après la fin du cautionnement.

30. Échéance du terme de l'obligation principale (art. 2320 C. civ). La prorogation du terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge pas la caution. La caution en profite en ce qu'elle peut opposer au créancier que la dette n'est pas encore exigible. L'engagement de la caution peut ainsi être étendu, sauf si le contrat de cautionnement contient un terme déterminé (*ex : je cautionne jusqu'au 15 octobre*). Pour la protéger, le code prévoyait un 6^e cas de recours anticipé de la caution contre

le débiteur. Ce recours est supprimé. Désormais lorsque le terme est échu, la caution peut payer le créancier et se retourner contre le débiteur, ou solliciter la constitution d'une sûreté sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties.

V – « CAUTIONNEMENT REEL »

31. « Cautionnement réel » accepté en catimini. Le législateur fait pièce de la jurisprudence qui refusait le « cautionnement réel »⁴⁵. Dans un équilibre malhabile, il tente tout à la fois de satisfaire les partisans de cette sûreté, et dans le même temps de ne pas la faire apparaître trop ostensiblement. Dès lors, la sûreté réelle pour autrui est ramassée dans un simple article inséré dans les dispositions générales du titre II relatif aux sûretés réelles (art. 2325 C. civ). Cet article opère alors des renvois sélectifs vers le droit du cautionnement. Sont ainsi applicables à cette sûreté **1°** le devoir de mise en garde **2°** les obligations d'information, **3°** le bénéfice de discussion, **4°** les recours personnels et subrogatoires de la « caution » *solvens* contre le débiteur principal, voire contre les « cofidélusseurs » **5°** le bénéfice de subrogation. Le régime de la proportionnalité du cautionnement n'est ici pas opérant. Cela satisfait : par définition la sûreté réelle est toujours proportionnée au bien affecté en garantie.

Pour aller plus loin

- Rapport au président de la République joint à l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021.

- Ph. SIMLER, « Réforme du droit du cautionnement », *JCP G* 2021 supplément au n°43-44, Étude 3

Sur l'articulation avec les procédures collectives : Y. BLANDIN, « Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives », *Gaz. pal.*, 2 nov 2021, n°38, p.16

⁴¹ La métaphore du robinet et de l'eau restant dans le verre est empruntée à P. TAFFOREAU, *Droit des sûretés : sûretés personnelles et réelles*, Bruylant, coll. « Paradigme », 1^{re} éd., 2020, notes n°435, 437 et 438 p. 188.

⁴² art. 2294 anc. C. civ : « Les engagements des cautions passent à leurs héritiers si l'engagement était tel que la caution y fût obligée ».

⁴³ Les héritiers sont tenus des dettes nées avant le décès de la caution, même si la dette n'était pas encore exigible à cette date (Cass. 1^{re} civ., 20 juil. 1994, *Bull. civ* I, n°258). Les héritiers ne sont pas tenus des dettes

nées postérieurement au décès de la caution (Cass. com, 29 juin 1982, n°80-14.160, *Bull. civ* IV, n°258, *L'empereur*)

⁴⁴ En ce sens, Ph. SIMLER, *op. cit.*, n°43, p. 27

⁴⁵ Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n°03-18.210, *Bull. civ.* ch. mixte n°7, et toute la jurisprudence postérieure qui refusait d'appliquer au « cautionnement réel » – rebaptisé sûreté réelle pour autrui – le régime du cautionnement.

PARTIE II – LA REFORME DES HYPOTHEQUES

par Océane Beauger

La réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021 fait évoluer le régime de l'hypothèque de manière assez significative sans toutefois toucher aux caractéristiques essentielles de l'hypothèque.

Concernant les dispositions générales gouvernant l'hypothèque prévues désormais aux nouveaux articles 2385 à 2391 du Code civil, celles-ci ont fait l'objet d'une reprise plus lisible par rapport au droit antérieur.

La définition de l'hypothèque est désormais prévue au nouvel article 2385 Code civil selon lequel l'hypothèque est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation sans dépossession de celui qui la constitue. Elle ne peut avoir lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi en vertu de l'article 2386 du Code civil.

Il est dorénavant précisé que tous les droits réels immobiliers qui sont dans le commerce sont susceptibles d'hypothèque notamment l'usufruit comme le consacre le nouvel article 2388 du Code civil.

Le nouvel article 2387 du Code civil rappelle que l'hypothèque est soit légale, soit judiciaire soit conventionnelle.

S'agissant de l'étendue de l'hypothèque, d'une part, l'hypothèque s'étend aux améliorations qui peuvent être réalisées sur l'immeuble hypothéqué ainsi qu'aux accessoires réputés immeubles conformément au nouvel article 2389 du Code civil. D'autre part, l'hypothèque s'étend aux intérêts comme auparavant mais également aux autres accessoires (frais de poursuite, pénalités de remboursement anticipé, dommages et intérêts etc...) de la créance garantie conformément au nouvel article 2390 du Code civil. Ainsi, il est désormais clairement affirmé que l'ensemble des accessoires sont garantis par l'inscription initiale.

En outre, la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque a également fait l'objet d'une reprise mais est énoncée de façon plus claire dans le nouvel article 2391 du Code civil. En effet, avant la réforme, l'article 2393 alinéa 2 du Code civil disposait que l'hypothèque est indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés et sur chacun et chaque portion de ces immeubles. Or, désormais, il est fait la distinction entre la division de la dette et la division de l'immeuble ou de la pluralité d'immeubles.

L'alinéa 1er du nouvel article 2391 du Code civil dispose que l'hypothèque est indivisible même en cas de division de la dette. Ce qui a pour conséquence que le codébiteur propriétaire de l'immeuble hypothéqué est tenu

pour le tout et que chacun des créanciers a pour sûreté de sa part dans la créance l'immeuble entier.

L'aliéna 2 du nouvel article 2391 du Code civil dispose quant à lui que l'hypothèque est également indivisible même en cas de division de l'immeuble ou de la pluralité d'immeubles, de sorte que chaque partie de l'immeuble divisé ou de chacun des immeubles est affecté à la sûreté de la dette en son entier. Il est possible de constater le maintien des caractéristiques de l'hypothèque que sont un droit réel, accessoire et indivisible relatif à des immeubles.

S'agissant des dispositions spéciales gouvernant l'hypothèque, il est possible de remarquer une évolution notable du régime de l'hypothèque. Des modifications résultant de cette réforme sont nombreuses et concernent tant l'hypothèque légale que l'hypothèque conventionnelle ainsi que l'hypothèque judiciaire même si dans ce dernier cas, la réforme a une incidence plus limitée (I). Mais il faut aussi voir l'impact de la réforme issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021 sur le classement des hypothèques (II) ainsi que sur les effets de l'hypothèque (III).

I – UNE REFORME APPORTANT DES MODIFICATIONS DIFFERENTES SUIVANT LE TYPE D'HYPOTHEQUE

A – Les modifications impliquant l'hypothèque légale

Depuis la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021, il existe deux types d'hypothèque légale : l'hypothèque légale générale et l'hypothèque légale spéciale qui font l'objet de deux sous-sections distinctes. Le nouvel article 2392 du Code civil différencie ces deux types d'hypothèque de la manière suivante :

Selon l'aliéna 2 dudit article, « le créancier bénéficiaire d'une hypothèque générale peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur. Il peut prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés, par la suite, dans le patrimoine de son débiteur ».

Selon l'aliéna 3 dudit article, « le créancier bénéficiaire d'une hypothèque spéciale ne peut inscrire son droit que sur l'immeuble sur lequel elle porte ».

1/Hypothèques légales générales

La réforme en droit des sûretés de 2021 revoit la liste des hypothèques légales générales. En effet, sont maintenues l'hypothèque légale de l'un des époux contre l'autre, uniquement lorsque les époux sont mariés sous le régime conventionnel de la participation aux acquêts (le législateur souhaitant protéger cette créance de participation), l'hypothèque légale des mineurs ou des majeurs en tutelle contre l'administrateur légal ou le tuteur, l'hypothèque légale de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics contre les receveurs

et administrateurs comptables, l'hypothèque légale du légataire sur les biens immeubles de la succession ainsi que celle des frais funéraires. Les autres hypothèques légales entre époux n'existent plus, puisque, ainsi que le souligne le rapport n°2021-1192 du 15 septembre 2021 remis au président de la République, elles n'ont plus véritablement d'intérêt et que l'hypothèque judiciaire conservatoire peut suffire. Il en est de même de l'hypothèque légale des frais de dernière maladie ainsi que l'hypothèque légale des fournitures de subsistance. C'est ce qui ressort de la comparaison entre l'article 2400 du Code civil et les nouveaux articles 2393 et 2394 du Code civil. On retrouve dans le nouvel article 2393 du Code civil, l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation, ainsi que l'hypothèque légale du Trésor et l'hypothèque légale des caisses de sécurité sociale qui figuraient auparavant dans d'autres Codes.

Tout créancier titulaire d'une hypothèque légale générale pourra prendre cette inscription d'hypothèque sur tous immeubles existants appartenant actuellement au débiteur. Mais il pourra également prendre une inscription complémentaire sur des immeubles qui entreraient, à la suite de cette inscription, dans le patrimoine du débiteur. Aucun changement n'a donc eu lieu sur ce point avec la réforme en droit des sûretés et le nouvel article 2392 du Code civil par rapport aux dispositions de l'ancien article 2401 du Code civil.

2/Hypothèques légales spéciales

Dorénavant, les privilèges immobiliers spéciaux (privilège de vendeur, privilège de prêteur de deniers et privilège de copartageant) sont regroupés sous une nouvelle appellation, à savoir celle d'« hypothèques légales spéciales » dont la liste figurera dans le nouvel article 2402 du Code civil. L'ordonnance a souhaité opérer un remplacement des privilèges immobiliers spéciaux soumis à publicité par des hypothèques légales spéciales afin d'améliorer les règles du droit des sûretés permettant ainsi le renforcement de la sécurité juridique.

Ce changement de dénomination aura un impact sur la date de prise de rang de la sûreté. En effet, avec cette réforme, les privilèges immobiliers spéciaux devenus hypothèques légales spéciales prennent rang au jour de leur inscription au fichier immobilier, alors que les privilèges prennent rang à la date de leur fait générateur lorsqu'ils sont sujet à inscription et qu'elle a lieu dans le délai légal de deux mois en vertu de l'ancien article 2425 du Code civil. L'inscription des privilèges a donc un effet rétroactif contrairement à celle des hypothèques. Cette distinction n'a pu lieu d'être dans la mesure où les privilèges immobiliers spéciaux n'existent plus. Cette disparition de la rétroactivité de l'inscription pour les privilèges immobiliers spéciaux

permet d'assurer une certaine sécurité juridique. En outre, il n'y aura plus cette situation où le privilège immobilier spécial dégénère en hypothèque légale à défaut d'inscription dans le délai légal. Néanmoins, avec ce changement, ces sûretés vont dans une certaine mesure perdre de leur efficacité puisqu'une hypothèque conventionnelle constituée après la naissance de la créance garantie par une hypothèque légale primera cette dernière en cas d'inscription antérieure.

Il faudra néanmoins porter attention aux privilèges immobiliers spéciaux inscrits ou nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 septembre 2021. En effet, d'une part, les privilèges immobiliers spéciaux inscrits au fichier immobilier avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance conserveront leur rang et les effets relatifs à la rétroactivité de celui-ci en application du principe de survie de la loi ancienne. D'autre part, les privilèges immobiliers spéciaux qui naîtraient avant cette même date pourront être inscrits au fichier immobilier tout en bénéficiant de la rétroactivité antérieurement admise si cette inscription a lieu dans le délai légal. Ainsi, la rétroactivité demeura dans ces deux hypothèses.

Il faut ajouter que l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires constitue désormais une hypothèque légale spéciale conformément au 3° du nouvel article 2402 du Code civil.

B – Les modifications relatives à l'hypothèque conventionnelle

Dans la nouvelle section consacrée aux hypothèques conventionnelles, le premier article, à savoir l'article 2409 du Code civil, reprend la disposition majeure de l'ancien article 2416 du Code civil prévoyant que l'hypothèque conventionnelle doit être consentie par acte notarié. Cet article n'est toutefois pas revenu sur la jurisprudence constante consacrant la possibilité de conclure une promesse d'hypothèque sous seing privé⁴⁶. En revanche, il ajoute en son alinéa 2 que le mandat d'hypothéquer est donné dans les mêmes formes, faisant ainsi application du principe de parallélisme des formes.

Par ailleurs, la constitution d'une hypothèque conventionnelle par une personne autre qu'une société est facilitée. En outre, l'hypothèque conventionnelle peut dorénavant porter sur des biens futurs en vertu du nouvel article 2414 du Code civil, ce qui n'était pas le cas auparavant en dehors des quelques exceptions prévues à l'ancien article 2420 du Code civil, alors que le droit commun et le droit relatif à d'autres sûretés réelles prévoyaient cette possibilité. Or, tout cela participe à l'amélioration de l'efficacité de l'hypothèque.

⁴⁶ Cass. 3^e civ, 7 janv. 1987, n°85-10.608, *Bull. civ.* III, n°4

Toutefois, cette nouvelle réforme en droit des sûretés ne reprend pas la disposition qui était prévue à l'aliéna 1er de l'article 2420 du Code civil qui prévoyait la possibilité de constituer une hypothèque conventionnelle sur des biens immobiliers futurs en cas d'insuffisance de biens immobiliers présents. Mais cette disposition était assez dangereuse pour le constituant étant donné le risque qu'il ne puisse plus disposer de tous ses actifs immobiliers en cas de défaillance.

C – Les modifications relatives à l'hypothèque judiciaire

L'hypothèque judiciaire est désormais prévue à l'article 2408 du Code civil. La réforme du droit des sûretés est venue consacrer l'hypothèque judiciaire conservatoire en précisant que celle-ci est régie par le Code des procédures civiles d'exécution.

II – L'IMPACT DE LA REFORME SUR L'INSCRIPTION ET LE CLASSEMENT DES HYPOTHEQUES

Tout d'abord, le principe figurant à l'ancien article 2425 du Code civil selon lequel l'hypothèque prend rang à compter de la date de son inscription au fichier immobilier est repris par le nouvel article 2418 du Code civil.

Néanmoins, ce même article prévoit dans son aliéna 2 une exception à ce principe pour l'hypothèque légale spéciale du syndicat des copropriétaires. Cette exception existait également dans le droit antérieur et se justifie dans la mesure où il s'agit d'une sûreté occulte. Cette sûreté ne faisant l'objet d'aucune inscription au fichier immobilier. L'hypothèque du syndicat des copropriétaires n'a donc pas à être inscrite au fichier immobilier.

Or, cette prise de rang à cette date ne va plus concerner les privilèges immobiliers spéciaux étant donné qu'ils sont devenus des hypothèques légales spéciales depuis la réforme issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021. Elles prendront rang comme toute hypothèque au jour de leur inscription au fichier immobilier. Ces hypothèques légales spéciales seront notamment l'hypothèque légale spéciale de vendeur, de prêteur de deniers ou encore de copartageant.

Concernant le classement des hypothèques, il est possible de constater une reprise mais simplifiée et modernisée des règles de classement en cas d'inscriptions de plusieurs hypothèques prises le même jour concernant un même immeuble. En effet, l'ordre de classement des hypothèques est le suivant :

Selon l'alinéa 4 du nouvel article 2418 du Code civil, « l'inscription d'une hypothèque légale est réputée d'un rang antérieur à celui de l'inscription d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle ; et s'il y a plusieurs

inscriptions d'hypothèques légales, elles viennent en concurrence, sauf s'il s'agit de l'hypothèque spéciale du vendeur et de l'hypothèque spéciale du prêteur de deniers, la première étant réputée antérieure à la seconde ». Et selon l'aliéna 5 du nouvel article 2418 du Code civil, « en présence de plusieurs inscriptions d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires, celle qui est prise en vertu du titre portant la date la plus ancienne est réputée d'un rang antérieur ; et si les titres ont la même date, elles viennent en concurrence ».

S'agissant de l'hypothèque légale spéciale du syndicat des copropriétaires, celle-ci prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues. Par contre, elle sera en concurrence avec l'hypothèque du vendeur et du preneur de deniers pour les années antérieures. C'est ce que prévoit l'aliéna 2 du nouvel article 2418 du Code civil.

En cas de conflit entre une sûreté mobilière sur un meuble immobilisé par destination et une hypothèque sur l'immeuble, l'ordre de classement est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés, nonobstant le droit de rétention des créanciers gagistes comme le consacre le nouvel article 2419 du Code civil.

En présence d'une hypothèque rechargeable qui prend rang au jour de l'inscription de la convention constitutive de la sûreté, l'ordre de classement est déterminé en fonction de la date de cette inscription comme le consacre le nouvel article 2420 du Code civil. Les conventions de rechargement ultérieures sont néanmoins primées par une hypothèque légale ou judiciaire.

III – L'IMPACT DE LA REFORME SUR LES EFFETS DES HYPOTHEQUES

La réforme du droit des sûretés opère une distinction entre les prérogatives que confère l'hypothèque dans la section relative aux effets des hypothèques. En effet, elle prévoit d'une part une sous-section relative au droit de préférence et au droit de suite et d'autre part, elle prévoit une seconde sous-section relative quant à elle à la purge. En outre, il a été opéré une réécriture des règles sur le droit de préférence, le droit de suite et la purge en matière hypothécaire. Or, cela participe à rendre plus compréhensible les dispositions en la matière.

Concernant tout d'abord le droit de suite que confère l'hypothèque et prévu aux articles 2454 et suivants du Code civil, celui-ci permet au créancier hypothécaire en cas d'aliénation de l'immeuble affecté d'hypothèque de le saisir entre les mains du tiers acquéreur. Contrairement au droit antérieur, on ne parle plus de tiers détenteur mais de tiers acquéreur, ce qui semble plus juste au niveau de la qualification du tiers⁴⁷.

⁴⁷ Art 2463 C. civ.

Mais il est fort de constater que la réforme recherche, outre la sécurité juridique du créancier, également la sécurité juridique du tiers acquéreur. En effet, le nouvel article 2455 alinéa 1er du Code civil prévoit la possibilité pour le tiers acquéreur d'opposer au créancier hypothécaire le bénéfice de discussion, ce qui n'était pas possible auparavant. Cette disposition se justifie dans la mesure où le tiers acquéreur ne contribue pas à la dette, ce qui évite l'exercice de recours. Mais il est également prévu la possibilité pour le tiers acquéreur d'opposer au créancier hypothécaire toutes les exceptions appartenant au débiteur principal comme le consacre l'alinéa 2 du même article. Ce faisant, la réforme vient rompre avec une jurisprudence récente qui avait retenu que le tiers détenteur ne pouvait pas se prévaloir de la prescription de la créance principale⁴⁸.

Le tiers acquéreur subissant le droit de suite d'un créancier hypothécaire dispose de plusieurs options : il peut soit payer, soit purger l'immeuble ou alors se laisser saisir conformément au nouvel article 2456 du Code civil. Il apparaît donc que la faculté de délaissement offerte auparavant au tiers acquéreur par l'ancien article 2467 du Code civil n'existe plus à la suite de la réforme.

Les articles 2457 à 2460 du Code civil prévoyant les conséquences de l'exercice du droit de suite demeurent identiques au droit antérieur à la réforme.

Concernant ensuite la purge des hypothèques, la réforme prévoit la purge de plein droit donc automatique prévue au nouvel article 2461 du Code civil qui intervient notamment dans les hypothèses de vente sur saisie immobilière, expropriation pour cause d'utilité publique, ou encore situations prévues par le droit des entreprises en difficultés et le droit du surendettement. Mais elle reprend également la procédure de la purge amiable de l'ancien article 2475 du Code civil qui figure désormais au nouvel article 2463 du Code civil. Il en est de même de la purge judiciaire prévue désormais aux articles 2464 à 2471 du Code civil, même si leur rédaction demeure simplifiée et modernisée. Le nouvel article 2472 du Code civil prévoit un mécanisme de purge du gage portant sur un immeuble par destination.

IV – L'IMPACT DE LA REFORME SUR LA TRANSMISSION ET L'EXTINCTION DES HYPOTHEQUES

La transmission des hypothèques n'a fait l'objet d'aucun changement par rapport au droit antérieur. Les différents modes de transmission de l'hypothèque figurent désormais dans le nouvel article 2473 du Code civil.

Quant à l'extinction des hypothèques, le nouvel article 2474 du Code civil dispose que les hypothèques s'éteignent notamment par l'extinction de l'obligation

principale, par la renonciation du créancier à l'hypothèque, par la purge ou encore par la résiliation permise au dernier aliéna de l'article 2417 du Code civil.

Par rapport au droit antérieur, il est remarquable de constater l'ajout du terme « notamment » dans les causes d'extinction de l'hypothèque prévues au nouvel article 2474 du Code civil. En effet, ce ne sont pas les seules causes d'extinction possible de l'hypothèque. Par exemple, le défaut de déclaration dans une procédure de rétablissement personnel peut constituer une cause d'extinction de l'hypothèque⁴⁹.

En outre, il est possible de constater que le texte ne fait plus référence à la prescription comme cause d'extinction de l'hypothèque. Cela semble pertinent dans la mesure où ce n'est pas la prescription de l'hypothèque qui entraîne son extinction mais bien la prescription de la créance garantie qui entraîne par accessoire celle de l'hypothèque.

* * *

Conclusion : le régime de l'hypothèque a profondément été remanié de manière à atteindre les objectifs de sécurité juridique, d'amélioration de l'efficacité des sûretés et d'attractivité du droit français posés par l'ordonnance du 15 septembre 2021.

Sources

Rapport au président de la République n°2021-1192, 15 septembre 2021, JO 16 septembre 2021

Rédaction Lextenso, Réforme 2021 des sûretés : mesures intéressant la pratique notariale, Defrénois, 23 septembre 2021, n°39, page 5

Cédric HELAINE, Réforme du droit des sûretés, (Saison 2, Episode final) : les sûretés réelles immobilières, Dalloz actualité, 24 septembre 2021

⁴⁸ Cass. 2^e civ, 19 févr. 2015, n°13-27.691, *Bull. civ.* II, n°48

⁴⁹ Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés, décembre 2020

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DU DROIT SOUPLE : EVOLUTIONS RECENTES, IMPLICATIONS EN URBANISME⁵⁰

CE, Sect, 12 juin 2020, *Gisti*, req. n°418142, *Rec.* p. 192,
avec concl. G. ODINET

par Tommy Leroux

« Dès qu'on sort du légal et des chemins battus, quel
maquis ! »

André GIDE, *Les Faux-monnayeurs*⁵¹

Qu'est-ce qu'un grand arrêt en droit administratif ? La question laisse songeuse la doctrine. Tantôt la portée de certains grands arrêts reste controversée. Tantôt l'arrêt se présente et se voit présenté dès sa lecture avec la dignité d'un grand arrêt. Tel est certainement le cas de l'arrêt *Gisti* du 12 juin 2020, qui traite du contentieux du droit souple.

Le droit souple. Définition(s) ? Cette notion, malgré les tentatives de définitions, reste difficile à cerner. Le Conseil d'État a tenté de poser trois critères de définition des instruments de droit souple. D'abord, « ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion. Par ailleurs, ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires. Enfin, ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »⁵². À gros traits, les instruments de droit souple réunissent donc « des actes informels qui traduisent une technique recommandatoire, et non obligatoire »⁵³. Rentrent naturellement dans cette catégorie les circulaires, les lignes directrices, les notes de service, les instructions, *etc.* Soit donc un ensemble disparate de documents qui avaient, jusqu'au présent arrêt, des régimes contentieux proches, mais distincts. Si cette notion de droit souple s'avère donc difficile à théoriser et unifier, il n'en reste pas que ces instruments prolifèrent, et que le juge – à défaut de

bases juridiques textuelles – doit leur attribuer un régime contentieux.

Le droit souple. Enjeu du contrôle. Le Conseil d'État se voit alors confronté à deux impératifs contradictoires : soumettre l'administration au respect de la légalité ; lui laisser les coudées suffisamment franches pour pouvoir agir, et mener à bien ses projets d'intérêt général. La jurisprudence sur le droit souple tente depuis longtemps d'opérer un équilibre entre ces deux impératifs difficilement conciliables. Cet équilibre évolue, avec le présent arrêt, vers plus de simplicité et de contrôle. De là s'infère que cet arrêt mérite son qualificatif de grand arrêt (I). Pilier du droit administratif, un grand arrêt a vocation à servir de base juridique pour les contentieux futurs. À cet égard, - et pour donner une illustration intéressant le droit de l'urbanisme – la mise en œuvre de l'arrêt *Gisti* risque de sonner le glas des chartes de qualité urbaine (II).

I – L'ABOUTISSEMENT DU CONTENTIEUX DU DROIT SOUPLE

Le Conseil renverse les perspectives en fusionnant les jurisprudences relatives aux circulaires, aux lignes directrices et au droit souple (b). Il tient à le faire savoir (a).

a) L'affirmation médiatique : « contester toutes les décisions de l'administration ». Le Conseil d'État a amplement communiqué sur le présent arrêt. Aux lecteurs habitués aux considérants sibyllins, voici désormais que le juge administratif tente de se faire comprendre clairement par tous. Les citoyens pourront ainsi trouver sur le site de la haute juridiction administrative le présent arrêt présenté par un article titré « Pouvoir contester toutes les actions de l'administration »⁵⁴. S'y trouve un commentaire vidéo de la décision par le président de la section du contentieux expliquant que cette décision constitue « une vraie avancée pour les citoyens ». La même formule se retrouve dans le bilan annuel 2020⁵⁵. Cette exégèse pédagogique par l'institution doit être saluée en ce qu'elle participe de l'accessibilité au droit⁵⁶. L'expression « contester toutes les décisions de l'administration » ne trompera toutefois pas le juriste. D'une part, le recours est désormais étendu à des actes qui ne constituent pas des « décisions » à proprement parler, faute d'impérativité. D'autre part, si le recours contre les actes de droit souple s'étend grâce à la fusion

⁵⁰ Nos plus vifs remerciements à M. Benjamin LAVERGNE pour sa relecture attentive, et à Mme Corinne MANSON, pour avoir évoqué ce sujet passionnant en cours.

⁵¹ A. GIDE, « Les Faux-monnayeurs », in A. GIDE, *Romans et récits. Œuvres lyriques et dramatiques. t. II*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2009, p. 268

⁵² CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, La documentation française, coll. « Étude annuelle du Conseil d'État », 2013, p. 69

⁵³ D. COSTA « Juger de la légalité du droit souple » in B. DEFOORT, B. LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s)*, LexisNexis, 2021, p. 89

⁵⁴ CONSEIL D'ÉTAT, « Pouvoir contester toutes les décisions de l'administration » [<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/bilan-d-activite/2020/pouvoir-contester-toutes-les-actions-de-l-administration>] Consulté le 25/10/2021

⁵⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Bilan annuel 2020*, p. 78

⁵⁶ L'on voit même M. CHANTEPY dans la vidéo du lien précité évoquer qu'un *tweet* rentrerait dans le champ de l'arrêt *Gisti*. Cette interprétation ne constitue-t-elle pas, en elle-même, du droit souple ? Comme le note justement un auteur « il peut exister un décalage entre ce qui est diffusé et la véritable norme juridique, telle qu'elle a été édictée » (M. BARTOLUCCI, « L'État communicant et la norme numérique » *Droit administratif* 2021 n°10, § 8 p. 14, et spécif. § 12 et s. p. 15 et s.)

d'anciennes jurisprudences opérées par le présent arrêt, certains actes restent insusceptibles de recours⁵⁷.

b) L'affirmation juridique : la « fusion » des jurisprudences *Duvignères*, *Numéricable* / *Fairvesta* et *Crédit foncier de France*⁵⁸. L'arrêt *Gisti* fusionne et étend différents régimes contentieux : celui des circulaires, celui des lignes directrices, et celui des actes de droit souple des autorités indépendantes.

Par une décision de 1954 *Institution Notre-Dame du Kreisker*, le régime des circulaires distingua, dans un premier état de la jurisprudence, entre les circulaires réglementaires – qui ajoutent au texte initial – et les circulaires purement interprétatives⁵⁹. Seuls les recours contre les circulaires réglementaires étaient admis. L'annulation était alors prononcée le plus souvent pour incompetence de l'auteur de la circulaire⁶⁰. En parallèle, une décision de 1970 *Crédit foncier de France* donnera naissance au régime spécial des directives⁶¹, rebaptisées lignes directrices⁶². Ces documents « consistent pour une autorité administrative à mettre par écrit la doctrine qu'elle se fixe à elle-même, ou qu'elle prescrit à ses subordonnées pour traiter des situations individuelles »⁶³. Là où « les circulaires tendent à expliciter les textes en vigueur – au besoin en les amendant ou en les précisant –, les directives ont un contenu plus technique et visent à permettre une application uniforme de ces textes »⁶⁴. Qualifiées d'autorité comme non réglementaires⁶⁵, les lignes directrices permirent de sauver, « non sans une certaine dose d'hypocrisie », des documents qui auraient été qualifiés de circulaires réglementaires et partant auraient pu être annulés pour incompetence de l'auteur les ayant édictés⁶⁶. L'état du droit empêchait ainsi tout recours contre les circulaires interprétatives illégales, et contre les lignes directrices. Face à ces critiques, la jurisprudence abandonna la référence au caractère réglementaire des circulaires par une décision de 2002 *Madame Duvignères*. Le critère de distinction se fit alors selon que la circulaire fut impérative ou non⁶⁷. À cette époque les « circulaires contestables ne relevaient pas du droit souple :

dans l'esprit des juges administratifs, impérativité rimait avec caractère décisoire. L'équation était limpide : qui disait décisoire, disait impératif et disait justiciable »⁶⁸.

En parallèle – encore – se développa un contentieux du droit souple (principalement des recommandations) émanant des autorités de régulation. Dans un premier temps, les recommandations furent traitées de la même manière que les circulaires : pour être justiciables, encore fallait-il qu'elles fussent impératives dans leur rédaction⁶⁹. Deux arrêts remarquables de 2016 *Fairvesta International GmbH* et *SNC Numéricable* procéderont à une évolution majeure. Ainsi, classiquement « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ». Surtout, le Conseil d'Etat consacre un nouveau cas d'ouverture du recours : « ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »⁷⁰. Les juges du Palais royal ouvrent donc une brèche : certains actes non décisores peuvent désormais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ce recours fut ensuite élargi à toute prise de position d'une autorité publique « susceptible d'avoir des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles d'avoir une influence sur le comportement des personnes, et notamment des électeurs, auxquelles elle s'adresse »⁷¹.

La décision *Gisti* de 2020 sonnera « la fin du foisonnement des régimes de recevabilité des recours contre les actes de droit souple »⁷². *Exit* le régime contentieux spécifique des lignes directrices. *Exit* la

⁵⁷ L'on songe aux mesures d'ordre intérieur et aux actes de gouvernement, qui – s'ils ont vu leur domaine s'amenuiser au fil du temps – n'en restent pas moins des pans de l'action administrative où le juge se refuse à exercer un contrôle. Pour une synthèse de l'état du droit sur la question, voir J. PETIT, P-L FRIER, *Droit administratif*, LGDJ, coll « Précis Domat », 14^e éd., 2020, § n°534 et s. p. 365 et s.

⁵⁸ M-C DE MONTECLER, « Les jurisprudences *Fairvesta*, *Duvignères*, *Crédit foncier de France* fusionnent », *AJDA*, 2020 p. 1196

⁵⁹ CE, Ass, 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, req. n°07134, *Rec. p. 64* ; le juge recherchait si la circulaire « ne s'est pas borné[e] à interpréter les textes en vigueur, mais a [...] fixé des règles nouvelles » pour apprécier son caractère normatif.

⁶⁰ Hormis le Premier ministre, et la jurisprudence *Jamart* (CE, Sect. 7 févr. 1936, *Jamart*, req. n°43321, *Rec. p. 172*), les autorités administratives de l'État, y compris les ministres, n'ont pas de pouvoir réglementaire (CE, 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie*, req. n°71782, *Rec. p. 264*).

⁶¹ CE, Sect, 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, req. n°78880, *Rec. p. 750*

⁶² CE, *Jousselin*, 19 septembre 2014, req. n°364385, *Rec*

⁶³ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, « La littérature grise tirée au clair », *AJDA* 2020 p. 1409 ; En ce sens également, voir les conclusions de G. ODINET sur le présent arrêt, spécif. *Rec. p. 197*.

⁶⁴ B. SEILLER, « Acte administratif. Identification », in REDACTION DALLOZ, (dir.), *Répertoire de contentieux administratif*, Juil. 2020, § 426

⁶⁵ CE, 29 juin 1973, *Société Géa*, req. n°82870, *Rec. p. 453* ; CE, 3 mai 2004, *Comité Anti-amianté Jussieu*, req. n° 254961, *Rec. p. 193*.

⁶⁶ CE, Sect, 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, précité.

⁶⁷ CE, Sect, 18 déc 2002, *Mme Duvignères*, req. n° 233618, *Rec. p. 463*.

⁶⁸ D. COSTA « Juger de la légalité du droit souple » in B. DEFOORT, B. LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s)*, LexisNexis, 2021, p. 95

⁶⁹ CE, 13 juillet 2007, *Société Editions Tissot*, req. n°294195 ; CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, req. n° 357193

⁷⁰ CE, Ass, 21 mars 2016, *Fairvesta International GmbH et autres* (1^{ère} espèce) et *SNC Numéricable* (2^e espèce). req n°s 368082 ; 368083 ; 368084, *Rec. p. 76* ; Par une singulière exception, les lignes directrices des autorités de régulation furent même déclarées justiciables (CE, 13 déc. 2017, *Société Bonygues Telecom et autres*, req. n°401799, *Rec. p. 356*) tandis que les autres lignes directrices hors de ce champ restaient injusticiables.

⁷¹ CE, Ass, 19 juillet 2019, *Mme Le Pen*, req. n°426389, *Rec. p. 326*.

⁷² F. CHALTIEL, « La circulaire est-elle soluble dans le droit souple ? » *LPA*, 3 déc. 2020, n°242, p. 9

question de savoir si l'acte provient ou non d'une autorité de régulation⁷³. Désormais « les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des *effets notables* sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre »⁷⁴. La filiation avec les décisions *Faimvesta* et *Numéricable* est notable *via* la reprise du critère des « effets notables ». La formulation fait montre d'un recours à de nombreux standards juridiques : « interprétation du droit positif » « susceptible d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes [...], *etc.* Ce faisant, le juge se dégage lui-même une grande marge de manœuvre. La formulation ne s'avère pas, toutefois, absolument englobante. Le renvoi à des « documents de portée générale » exclut, *a priori*, les actes de portée individuelle⁷⁵.

Le nouveau régime ainsi posé nous satisfait pleinement. Les critères précédents inversaient le raisonnement du juge⁷⁶ et interrogeaient d'insondables questions sur la notion d'impérativité⁷⁷. La définition des autorités de régulation restait également une gageure. Enfin, ces différents régimes peinaient à faire face à la mue numérique de la communication des autorités publiques⁷⁸.

La nouvelle formulation admet que le document de portée générale soit « matérialisé *ou non* ». A cet égard, le juge administratif a toujours fait montre de souplesse face à un droit administratif ayant une part inhérente d'informel⁷⁹. Poursuivant dans cette lignée, l'arrêt *Gisti* permettra d'exercer un recours pour excès de pouvoir directement

contre des sites internet ou d'intranet, des foires aux questions, des info-lettres, voire un *tweet*⁸⁰. Au demeurant, cette décision s'inscrit dans la disgrâce (relative) qui touche les circulaires. Le gouvernement répugne désormais à les mobiliser⁸¹. Le juge adapte donc son contrôle à l'essor de ces nouvelles pratiques. Les auteurs qui trouvaient que les circulaires « font désordre »⁸² et qu'elles constituent une « maladie organique de l'administration »⁸³ apprécieront probablement cette évolution.

Surtout, cet arrêt modifie l'un des piliers du droit administratif que l'on pouvait penser inébranlable. Ainsi était-il classique d'enseigner que « pour être recevable, le recours pour excès de pouvoir doit être dirigé contre un acte administratif unilatéral et décisoire constituant la décision préalable exigée pour toute saisine du juge administratif »⁸⁴. Dans le cadre de ce « procès fait à un acte »⁸⁵ une requête n'était donc « recevable que contre les actes des autorités administratives contenant une décision »⁸⁶. Dès lors, il fallait, d'une part un acte administratif, et d'autre part que celui-ci contienne une décision faisant grief⁸⁷. L'arrêt *Gisti* dépasse ce paradigme en admettant les recours contre des actes non décisores⁸⁸. Cette brèche, qui fut ouverte par les arrêts *Faimvesta* et *Numéricable*, se voit donc considérablement élargie par l'arrêt *Gisti*. Le juge ne recherche plus à requalifier en décisions (par le truchement du caractère impératif) ; il vérifie si l'acte provoque ou non des « effets notables » sur la situation des requérants. « Désormais, le recours pour excès de pouvoir est ouvert dès lors qu'un acte fait grief, et non plus à l'égard des seules décisions faisant grief. Car la recherche des effets notables vise à établir que l'acte en cause fait grief aux personnes qu'il vise »⁸⁹. En somme, le

⁷³ Qui, ne fut, au fond, jamais véritablement un critère faute d'éléments de définition suffisants.

⁷⁴ CE, Sect, 12 juin 2020, *Gisti*, req. n°418142, *Rec.* p. 192, avec concl. G. ODINET

⁷⁵ B. SEILLER, « Les nouvelles conditions de recevabilité des recours contre les documents de portée générale », *Gaz. pal.*, 13 déc. 2020, n°35, p. 22 « [...] à l'exclusion donc des actes de portée individuelle, dont le régime juridique reste déterminé dans les conditions posées par la jurisprudence *Faimvesta* et *Numéricable* ».

⁷⁶ En déduisant du bien-fondé de la requête sa recevabilité...

⁷⁷ Une invitation du préfet envers ses agents, une note du garde des Sceaux aux procureurs... : ordre ou simple invitation ? La frontière apparaît à l'occasion ténue. La psychologie hiérarchique joue parfois un rôle important tant et si bien qu'un subordonné verra bien souvent dans une invitation de l'autorité hiérarchique un ordre qui ne dit pas son nom, mais qui sera compris comme tel.

⁷⁸ M. BARTOLUCCI, « L'État communicant et la norme numérique » *Droit administratif* 2021 n°10, p. 13

⁷⁹ Ainsi la décision de fleurir une tombe s'analysait déjà en une décision faisant grief. CE, 27 nov. 2000, *Comité tous frères*, req. n°188431, *Rec.* De même un recours de plein contentieux s'avérait déjà possible en cas de préjudice causé par l'administration par une décision informelle.

⁸⁰ Pour reprendre les mots mêmes de M. CHANTEPY dans sa vidéo de présentation de l'arrêt *Gisti* 2020 *précitée*.

⁸¹ Circ. du 5 juin 2019 *relative à la transformation des administrations centrales et aux nouvelles méthodes de travail*, NOR : PRMX1916562C : p. 7 « [...] les circulaires de commentaires ou d'interprétation de la norme sont des outils du passé inadaptés aux nécessités de notre époque marquées par la transparence et l'accès immédiat et partagé à l'information. En

conséquence, je vous demande de remplacer ces circulaires, comme c'est parfois déjà le cas, par la mise à disposition d'une documentation, régulièrement tenue à jour, sur les sites internet de vos ministères. Les agents publics, les élus locaux et les citoyens se référeront ainsi aux mêmes documents pour l'application des textes. ». Ce qui n'empêche toutefois pas le gouvernement de continuer à y recourir encore grandement...

⁸² D. LOCHAK, « Les circulaires font désordre » in G. KOUBI (dir.) *La littérature grise de l'administration*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2015, p. 159 et s.

⁸³ V. AZIMI, « La circulaire, “maladie organique” de l'Administration. Un regard historique sur un acte amphibie » in G. KOUBI (dir.) *La littérature grise de l'administration*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2015, p. 15 et s.

⁸⁴ J-F LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative*, PUF, coll. « Thémis », 15^e éd., 2010, p. 692

⁸⁵ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2^e éd., p. 561.

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/04/22/chapitre-iv-de-la-procedure-du-recours-pour-exces-de-pouvoir-et-de-leffet-des-decisions/> consulté le 13/12/2021

⁸⁶ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF coll. « Thémis », 7^e éd., 2017, n°742, p. 241 ; J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz. coll. « Précis », 28^e éd., 2020, p. 730

⁸⁷ J. WALINE, *op cit.* n°658 et 659 p. 731.

⁸⁸ F. CHALTIEL, *ibid.*

⁸⁹ B. SEILLER, *ibid.*

juge, peu importe le support, regarde les effets concrets que le document de portée générale opère sur les droits ou la situation des requérants pour en déduire si le document de portée générale s'avère justiciable ou non. Deux présomptions, à cet égard, sont posées : les circulaires impératives et les lignes directrices sont présumées provoquer des effets notables⁹⁰. Les requérants peuvent aussi attaquer d'autres actes – dont les circulaires non impératives – mais ils devront alors administrer la preuve des effets notables qu'ils ont sur leur situation.

La mise en œuvre de l'arrêt *Gisti* doit être bien comprise : le juge n'ouvre pas une boîte de Pandore mettant en danger tous les instruments de droit souple, il étend simplement le seuil de la porte (justiciabilité). Une fois passé ce seuil, reste encore à démontrer l'illégalité de l'acte.

II – LA MISE EN ŒUVRE DU CONTENTIEUX DU DROIT SOUPLE

La mise en œuvre de l'arrêt *Gisti* sonnera, à notre sens, le glas des chartes de qualité urbaine lorsqu'elles servent à refuser la délivrance d'une autorisation d'urbanisme (b). Mais encore faut-il, pour sonner ce glas, démontrer une illégalité (a).

a) Comment sonner le glas : démontrer une illégalité. La mise en œuvre de l'arrêt *Gisti* élargit la justiciabilité des actes de droit souple. Cela étant dit, il restera tout de même à prouver une illégalité. À cet égard, adaptant légèrement la formulation de l'arrêt *Duvignères*, le juge précise : « Il appartient au juge d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité du document en tenant compte de la nature et des caractéristiques de celui-ci ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane. Le recours formé à son encontre doit être accueilli notamment s'il fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en œuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure »⁹¹. Là encore, le juge fait montre d'une grande utilisation de standards juridiques : « en tenant compte de la nature et des caractéristiques de celui-ci » « du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité

dont il émane ». *etc.* L'office du juge est donc à géométrie variable selon la nature du document et le pouvoir d'appréciation de l'autorité publique l'ayant édicté⁹². « Il est trop tôt pour dresser un tableau précis du contrôle exercé sur les circulaires non impératives déployant des effets notables »⁹³. Des arrêts postérieurs préciseront probablement la question. Les faits de l'arrêt *Gisti* en donnent à tout le moins une illustration. Une note de service du ministère de l'Intérieur sur un site intranet conseille à ses agents de formuler un avis défavorable à l'égard de tous les examens d'état-civil de Guinée (Conakry). Le juge retient qu'une telle note est susceptible d'avoir des effets notables sur la situation des requérants. La note est donc justiciable. Du reste, la note n'interdit pas aux agents de décider en sens contraire au cas par cas. Elle n'apparaît donc pas comme illégale. Ainsi, que l'acte soit justiciable ne suffit pas⁹⁴. Il faut encore démontrer une illégalité (notamment : incompétence, interprétation erronée du droit, mise en œuvre d'une règle contraire à la hiérarchie des normes)⁹⁵. Passé les critères de la mise en œuvre, reste à voir en pratique les cas où peut être mis en œuvre l'arrêt *Gisti*.

b) Pour qui sonne le glas ? Les chartes de qualité urbaine La jurisprudence *Gisti* a déjà été mobilisée face au modèle d'attestation de sortie lors du confinement⁹⁶, à l'encontre du schéma national du maintien de l'ordre⁹⁷, face à une note du garde des Sceaux sur l'accès aux décisions de justice⁹⁸ et contre des instructions techniques et communiqués de presse à propos des distances de sécurité pour les traitements phytosanitaires à proximité des habitations⁹⁹. Au-delà, l'exercice apparaît divinatoire, Il semble pourtant que le cas des chartes de qualité urbaine constitue un futur nid de contentieux du droit souple. Certaines municipalités, en sus de leur plan local d'urbanisme, ont cru bon d'édicter de telles chartes. Le droit de l'urbanisme ne connaît pas ces documents. En soi, rien de problématique. Souvent, ces chartes mentionnent qu'elles ne sont pas juridiquement contraignantes¹⁰⁰. Le bât blesse lorsque la municipalité refuse la délivrance d'autorisations d'urbanisme pour méconnaissance de cette charte¹⁰¹. C'est oublier que le droit de propriété constitue un droit constitutionnel¹⁰². À cet égard seul le législateur est

⁹⁰ B. SEILLER, *ibid.*

⁹¹ CE, sect. 12 juin 2020, *Gisti précité*.

⁹² M-C ROUAULT, « Un petit nouveau en excès de pouvoir : le document de portée générale à effet notable », *LPA*, 11 janv. 2021, n°7, p. 13

⁹³ B. SEILLER, « Acte administratif. Identification », in REDACTION DALLOZ, (dir.), *Répertoire de contentieux administratif*, Juil. 2020, § 424.

⁹⁴ Cela reprend le schéma classique de raisonnement du juge administratif : d'abord l'examen de la recevabilité, ensuite l'examen du bien-fondé de la requête.

⁹⁵ Certains auteurs considèrent que les vices de forme et de procédure, du fait de la nature informel de ces documents, ne sont « guères utiles ». M-C ROUAULT, *ibid.*

⁹⁶ CE, 22 déc. 2020, req. n° 439996 ; *ADJA* 2021 p. 1093 note COSTA.

⁹⁷ CE, 10 juin 2021, *Syndicat national des journalistes et autres*, req. n° 444849, *Rec* ; *AJDA* 2021 p.1239, note DE MONTECLER

⁹⁸ CE 21 juin 2021, *Société Forseti*, req. n° 428321

⁹⁹ CE, 22 oct. 2021, *Association Générations Futures et autres*, req. n°440210

¹⁰⁰ À titre d'exemple, celle de Tours dispose : « La charte n'est pas un document opposable et n'a pas de portée juridique, en ce sens les projets demeureront instruits au regard du PLU en vigueur. La charte s'inscrit résolument dans une démarche d'urbanisme de projet où le dialogue et le partage sont privilégiés considérant que la règle ne saurait tout prévoir ni s'adapter à tous les contextes. La charte n'a donc pas vocation à disparaître une fois le nouveau PLU adopté. Elle permet en revanche d'ouvrir un espace de dialogue permettant de coproduire celui-ci. » VILLE DE TOURS, *charte de qualité urbaine*, p. 1, [https://www.tours.fr/cms_viewFile.php?idtf=1539&path=Charte-de-la-qualite-urbaine.pdf] consulté le 25/10/2021

¹⁰¹ Ces refus pouvaient déjà être attaqués par un recours en excès de pouvoir.

¹⁰² Cons. const. 16 janv. 1982, *Lois de nationalisations*, n°81-132 DC ; Cass 1^{ère} civ., 4 janv. 1995, n°92-20.013, *Bull. civ* I, n°4. Il constitue également

habilité à y porter des restrictions, motivées par un but d'intérêt général¹⁰³. Pareilles restrictions sont permises par le code de l'urbanisme *via* le règlement des plans locaux d'urbanisme¹⁰⁴. *A contrario*, les municipalités ne peuvent pas restreindre l'usage des sols et le droit de construire avec un document *sui generis*, qui s'avère, par définition, inopposable¹⁰⁵. Lors de l'instruction des autorisations d'urbanisme, l'autorité compétente l'instruit au regard des seules règles d'urbanisme opposables. De telles chartes ne peuvent donc motiver un refus. La pratique des chartes est d'autant plus fâcheuse qu'elle évite – par définition – les règles procédurales d'édications et de modification des PLU. Ces règles participent précisément de la protection du droit de propriété. Dès lors ces chartes apparaissent non seulement en contrariété avec le droit de propriété, mais encore contraires au droit de l'urbanisme. Par ailleurs, elles concurrencent indûment les outils existants de l'urbanisme de planification : PLU(i), SCoT, PSVM... Ces documents sont justement là pour permettre de planifier la qualité urbaine. L'existence même de ces chartes s'avère donc fâcheuse.

Les anciennes jurisprudences n'auraient été d'aucun secours. Une charte de qualité urbaine ne constitue vraisemblablement pas une circulaire impérative ou une ligne directrice, et certainement pas un acte de droit souple d'une autorité de régulation¹⁰⁶. L'arrêt *Gisti* permet d'esquiver¹⁰⁷ cette délicate question de qualification et pose désormais un fondement clair pour attaquer *directement* ces aberrations juridiques¹⁰⁸. S'il était douteux qu'elles constituassent des circulaires, elles s'analysent à n'en pas douter comme des documents de portée générale susceptibles d'avoir des effets notoires sur la situation ou les droits des requérants intéressés. Passé leur justiciabilité – ici admise – reste à prouver leur illégalité. Encore et toujours, le vice d'incompétence le démontre aisément. Une commune n'a pas compétence à restreindre le droit de propriété en dehors des hypothèses où le législateur lui a permis de le faire (à savoir ici : au travers du règlement du PLU).

D'où l'on voit la versatilité du principe dégagé dans l'arrêt. À n'en pas douter, l'arrêt *Gisti* mérite bien la dignité des mots « grand arrêt » tant il est certain que ses deux

considérends de principe sont destinés à être largement mobilisés et repris par le juge administratif.

Pour aller plus loin

C. MALVERTI, C. BEAUFILS, « La littérature grise tirée au clair », *AJDA* 2020 p. 1407 et s.

M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 23^e éd., p. 1013 (arrêt n°118).

D. COSTA « Juger de la légalité du droit souple » in B. DEFOORT, B. LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s)*, LexisNexis, 2021, p. 89 et s.

B. SEILLER, « Acte administratif. Identification », in REDACTION DALLOZ (dir.), *Répertoire de contentieux administratif*, Juil. 2020, § 404 à 458.

Et les conclusions de G. ODINET sur le présent arrêt : *Rec.* n°3/2020 p. 194 et s.

un droit de l'Homme *via* le « droit au respect de ses biens » : art. 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la convention EDH.

¹⁰³ Cons. const *précité* et jurisprudence constante.

¹⁰⁴ Dans les hypothèses prévues aux articles L 151-8 et s. du code de l'urbanisme..

¹⁰⁵ Le refus de la délivrance d'un document d'urbanisme fondé sur une norme non opposable constitue une erreur de droit entachant la décision d'illégalité. *Arg.* CE,6 juin 1988, req. n° 56821, *Rec. T.* (ici à propos d'un refus illégal de délivrance d'un CU fondé sur un projet de POS non publié donc non opposable) Ce moyen est soulevé d'office par le juge (même arrêt). Le raisonnement pourrait *mutatis mutandis* s'appliquer aux chartes de qualité urbaine, qui s'avèrent – par définition – inopposables.

¹⁰⁶ Une charte ajoutant au PLU semble bien avoir un caractère réglementaire. Mais peut-on la qualifier de circulaire ou de ligne

directrice ? La question de la qualification des chartes administrative reste délicate : J. DE SAINT SERNIN, « Les chartes administratives : aporie du droit souple ? » *RDP*, 2021, n°4 p. 907.

¹⁰⁷ L'esquive n'est que partielle. La qualification en circulaire impérative ou en ligne directrice peut servir à démontrer l'« effet notable ».

¹⁰⁸ Du moins pour celles ayant motivé un refus d'autorisation d'urbanisme. Pour les autres rien n'est moins sûr en l'absence de preuve d'effets notables sur la situation ou les droits des requérants. Encore que dans ce cas, ces chartes sont bénignes : elles ne causent alors aucun mal quoiqu'elles fassent désordres. Leur existence même reste toutefois fâcheuse. Outre qu'elles font double emploi avec les documents de l'urbanisme de planification, elles participent du désordre normal créé par le droit souple.

LA FINANCE DURABLE ?

Par Océane Beauger

S'il y a bien un terme en ce moment qui fait l'objet d'une riche actualité c'est bien celui de « durable ». Il n'y a qu'à prêter attention aux sujets d'actualité : l'incitation à la réalisation de travaux de rénovation énergétique des bâtiments qualifiés de « passoires » thermiques grâce à la loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets faisant suite à la Convention citoyenne pour le climat, le développement de la stratégie nationale bas carbone et pour la biodiversité, l'incitation des pouvoirs publics à limiter nos déchets et atteindre l'objectif zéro déchet ainsi qu'à limiter l'utilisation d'énergies fossiles (pétrole, charbon, gaz notamment) et à passer vers d'autres énergies plus durables comme l'éolien, l'hydroélectricité ou le photovoltaïque grâce aux différentes aides de l'Etat français (prime pour l'acquisition d'une voiture électrique, prime à la conversion pour l'acquisition de vélos électriques notamment). Plus récemment, l'ouverture de la COP 26 faisant suite à l'Accord de Paris sur le climat qui a eu lieu le 1er novembre 2021 était destiné à prendre de nouvelles décisions afin de limiter le réchauffement climatique et favoriser le développement durable.

Or, les institutions financières ont constaté cette tendance au « durable » et s'en sont emparées. De ce fait, elles développent de plus en plus de produits financiers dits « durables ». Cela se remarque d'autant plus depuis l'apparition de multiple labels et réglementations ainsi que l'intégration croissante des critères ESG (environnementaux, sociaux et gouvernance) dans les décisions d'investissements de fonds de gestion majeurs.

Cette finance durable correspond à tout processus, produit ou service financier ainsi qu'aux réglementations financières et fiscales s'y rattachant tenant compte des critères extra-financiers ou ESG (environnementaux, sociaux et de gouvernance)¹⁰⁹.

Ces critères environnementaux, sociaux et de gouvernance sont relatifs notamment aux impacts des activités soutenues par le secteur financier sur les équilibres environnementaux, aux impacts sur les conditions de travail ou à l'égalité femmes-hommes et autres discriminations

ainsi qu'aux impacts sur les modes de rémunération des dirigeants ou encore de la parité au sein des entreprises.

Mais cette tendance n'est pas sans lien avec les citoyens qui participent à cette détention de plus en plus importante de placements durables afin de contribuer au développement durable, c'est-à-dire contribuer à « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs » comme l'a énoncé le rapport Brundtland en 1987. En effet, selon une étude réalisée par Opinion Way en juillet 2021 et publiée par l'autorité des marchés financiers (AMF) le 26 septembre 2021, 67% des Français considèrent les enjeux de développement durable comme importants à leurs yeux et 53% des Français tiennent compte de ces enjeux lors de leur choix en matière d'épargne et de placement¹¹⁰.

La question dès lors est celle de savoir si cette tendance va se maintenir ou au contraire s'estomper. La finance durable constitue-t-elle un effet de mode ? Si cette finance durable peut constituer un financement au service du développement durable (I), il n'en demeure pas moins qu'elle pourrait présenter des limites tendant à faire de la finance durable un simple effet de mode (II).

I – UN FINANCEMENT AU SERVICE DU DEVELOPPEMENT DURABLE

Cette tendance récente vers la finance durable s'est développée et accentuée avec les phénomènes observés chez nous comme dans d'autres pays du monde tels que les inondations, les incendies de plus en plus intenses qui sont la conséquence du réchauffement climatique en cours actuellement et dont l'intensité s'accélère comme le montre les catastrophes naturelles de cette année 2021. En effet, les citoyens ont pris conscience de cette urgence climatique et de la nécessité d'agir concrètement en faveur de l'environnement pour éviter des pertes humaines mais également des dégâts matériels importants et coûteux¹¹¹. Il en est de même des institutions étatiques qui sont parvenues à l'adoption de l'Accord de Paris sur le climat dont la signature a eu lieu le 22 avril 2016 et qui fixe trois objectifs majeurs que sont la limitation du réchauffement à deux degrés d'ici la fin du 21^e siècle, l'adaptation des économies au réchauffement et la réorientation des flux financiers vers une économie bas carbone.

¹⁰⁹ P-A. BINET, « Finance durable : l'impulsion française », *Bulletin Jolly Bourse*, 1^{er} mars 2021, n°2, p 44.

¹¹⁰ AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS (AMF), OPINION WAY, *Étude sur les français et les placements responsables*, juillet 2021 [https://www.amf-france.org/sites/default/files/private/2021-09/les-francais-et-les-placements-responsables-opinionway-pour-amf_juillet-2021_vf_1.pdf]

¹¹¹ F. LABELLE, « Introduction » in. F. LABELLE (dir.) *L'influence des convictions sur la gestion de patrimoine. Regards pluridisciplinaires*, Institut

Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », t. 143, 2021, pp. 11-12 « Tout individu a ses opinions, ses certitudes, lesquelles influent nécessairement sur ses décisions. Au-delà de son fondement synchrétique, la conviction donne de la force aux idées et aux interventions. [...] Un randonneur observant la fonte de nos glaciers et le bouleversement de la faune et la flore de nos montagnes, convaincu que ces phénomènes sont dus au dérèglement climatique et à ses conséquences, décidera désormais de n'investir que dans la finance verte, favorisant la transition énergétique ».

Les investisseurs prennent de plus en plus conscience de la nécessité de prendre en considération les enjeux du développement durable afin notamment de lutter contre le changement climatique actuel. Mais ce n'est pas le seul enjeu du développement durable qui est pris en compte pour les acteurs financiers.

En effet, ils tiennent également compte de la biodiversité et des écosystèmes, de la transition énergétique, de l'égalité et des droits humains, des innovations durables et responsables ainsi que de la consommation responsable. En effet, le développement durable comprend à la fois une dimension environnementale, mais également une dimension sociale et économique.

Le développement durable en matière financière consiste à trouver un juste équilibre entre le profit et la gestion durable de l'environnement. Or, c'est ce que promet la finance durable : allier rendement financier et impact positif en matière de développement durable. D'où l'intérêt porté à la finance durable. En effet, au moins 63% de personnes non-détenteurs encore de produits durables seraient prêts à placer une partie de leur épargne à court ou moyen terme sur des placements durables selon l'étude menée par Opinion Way en juillet dernier.

Cet intérêt porté à la finance durable concerne également les actionnaires qui souhaitent désormais investir de plus en plus dans des entreprises présentant à la fois une performance financière intéressante mais également des pratiques respectueuses de l'environnement ainsi que des considérations sociales. Le développement durable avec ses dimensions environnementale, sociale et économique est donc devenu un enjeu majeur pour les entreprises.

Pour assurer une certaine qualité de la gestion des actifs financiers basée sur des critères extra-financiers ou ESG, la France a développé deux labels : le label Greenfin et le label ISR (investissement socialement responsable).

Le label Greenfin est un label misant sur l'investissement en faveur de la transition énergétique et écologique qui garantit aux investisseurs que les produits financiers participent effectivement au financement de la transition énergétique et écologique.

Le label ISR quant à lui a été créé en 2016 soit un an après l'élaboration du label Greenfin. Ce label constitue le label de référence en France en matière de promotion de la finance durable et responsable. Il permet de faciliter la visibilité des produits d'investissement socialement responsables à l'égard des investisseurs français mais également européens. C'est également un moyen de procéder à la vérification de l'impact réel des

investissements réalisés par les épargnants ou les institutions financières. La loi PACTE du 22 mai 2019 a renforcé la notoriété de ce label ISR en imposant au minimum une unité de compte labellisée ISR dans tout contrat d'assurance-vie multi supports¹¹².

Or, il est incontestable que ces deux labels représentent un poids important en France. En effet, il existe actuellement environ 51 fonds labellisés Greenfin, ce qui représente plus de 10 milliards d'euros d'encours et 636 fonds labellisés ISR en 2020, ce qui représente plus de 349 milliards d'euros d'encours¹¹³. Il faut également noter que des labels se développent sur le marché européen notamment le label belge Towards Sustainability ou le label allemand FNG-Siegel. Ces deux labels vont dans le sens d'une meilleure transparence extra-financière, c'est-à-dire une meilleure transparence en matière de prise en compte de critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans les politiques d'investissement.

Cela montre qu'il y a une réelle volonté de répondre à la demande des investisseurs qu'il s'agisse de simples épargnants ou d'investisseurs institutionnels d'avoir une épargne ou des fonds plus durables. Mais également, cela constitue une incitation à l'égard des entreprises afin qu'elles intègrent de plus en plus de critères extra-financiers et notamment ESG (environnementaux, sociaux et gouvernance). Cela ne va donc pas dans le sens d'un effet de mode qui est voué à disparaître rapidement.

En outre, La Banque de France a mené avec d'autres banques centrales le développement de réseaux d'acteurs au niveau international, notamment le réseau international de superviseurs et banques centrales pour le verdissement du système financier (NGFS) ou encore le réseau des places financières vertes (FC4S). Ces réseaux ont pour mission d'émettre des recommandations non contraignantes de bonnes pratiques ainsi que des conseils stratégiques pour les centres financiers membres en matière de finance verte et durable. Ce faisant, ils participent ainsi au développement durable. Ces réseaux créés en 2017 viennent compléter la Task-force for Climate-related Financial Disclosure (TCFD) mise en place en 2015 lors de la COP 21 et dont l'objectif est d'encourager les institutions financières et entreprises à procéder à la publication d'informations de manière à permettre aux investisseurs de mieux appréhender les risques climatiques¹¹⁴.

S'agissant de la protection de la biodiversité, différents fonds existent comme le fonds Land Dégradation Neutralité (LDN) de Mirova destiné à la restauration des terres dégradées. Ce fonds totalise

¹¹² P-A BINET *ibid.*; J-M MOULIN, « Plaidoyer en faveur d'un véritable label financier environnemental européen », *Bulletin Joly Bourse*, 1er mars 2021, n°02, p. 62 ; Introduction de l'article L.131-1-2 dans le Code des assurances suite à la loi PACTE du 22 mai 2019.

¹¹³ P-A BINET, *ibid.*

¹¹⁴ S. GOULARD, « Climat, développement durable : quel rôle pour les banques centrales ? », *Bulletin Joly Bourse*, 1er mars 2021, n°02, p. 72

actuellement 150 millions de dollars d'engagements en provenance de plusieurs investisseurs privés et publics.

Il existe notamment le fonds Invest Social Impact de CPR AM qui permet d'investir dans la lutte contre les inégalités. La CPR AM évalue les entreprises sur les aspects de leur politique de ressources humaines, sur leurs pratiques ainsi que sur leurs éthiques selon leur pays d'origine. Elle tient ainsi compte, pour évaluer les entreprises, des critères de politique de rémunération, de formation, de diversité notamment.

Il est donc possible de constater un développement de la finance durable proprement dite. Et c'est l'encadrement juridique de cette finance durable qui permet d'assurer une pérennité à celle-ci.

Effectivement, outre ces labels, la réglementation européenne favorise également ce tournant vers la finance durable en participant à la réorientation des flux de capitaux vers une économie plus durable qui constituait l'un des objectifs majeurs de l'Accord de Paris sur le climat lors de la COP 21. En effet, depuis le 10 mars 2021, le nouveau règlement européen Disclosure ou SFRD (Sustainable Finance Disclosure Regulation) n° 2019/2088 du 27 novembre 2019 impose des obligations de transparence en matière de durabilité aux acteurs financiers qui doivent intégrer des critères ESG dans leurs fonds d'investissement.

Ces obligations de transparence portent à la fois sur la prise en compte par les acteurs financiers des principales incidences négatives des décisions d'investissement prises sur les facteurs de durabilité mais également sur les produits financiers faisant la promotion d'une caractéristiques environnementale ou sociale ou ayant un objectif d'investissement durable.

Ce règlement Disclosure ou SFRD a été transposé par anticipation dans l'article 29 de la loi « Énergie Climat » du 8 novembre 2019 qui a modifié l'article L. 533-22-1 du Code monétaire et financier. Il résulte notamment de cet article que les sociétés de gestion de portefeuille doivent fournir aux souscripteurs et au public « un document retraçant leur politique sur la prise en compte dans leur stratégie d'investissement des critères environnementaux, sociaux et de qualité de gouvernance et des moyens mis en œuvre pour contribuer à la transition énergétique et écologique ainsi qu'une stratégie de mise en œuvre de cette politique ». Ce qui participe à l'obligation de transparence des sociétés de gestion.

Ce nouveau règlement européen Disclosure ou SFRD fait suite à deux autres règlements antérieurs, à savoir le règlement Taxonomie n° 2020/852 du 18 juin 2020 qui a permis la classification des activités durables sur le plan

environnemental et le règlement Benchmark n°2016/1011 du 8 juin 2016 qui a permis la création de deux catégories d'indices durables de référence et introduisant la transparence en matière d'ESG des indices qui voient la finance durable comme une priorité d'action.

On constate donc un meilleur encadrement de la finance durable par la multiplication de réglementations européennes. Or, l'augmentation du nombre de réglementations à ce sujet tend à créer un cadre juridique à la finance durable et à la maintenir sur le long terme. En effet, une réglementation européenne n'a pas vocation à disparaître totalement, et ce, de manière immédiate mais à évoluer dans le temps. Cela tend encore une fois à voir la finance durable sur le long terme. La législation française prévoyait dès 2010 avec la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite Grenelle II un dispositif en matière de publication d'informations extra-financières. La mise en œuvre de ces législations est en outre contrôlée par l'autorité des marchés financiers (AMF) qui prévoit différentes priorités d'actions en matière de finances durables telles que contribuer à rendre plus robuste la réglementation européenne sur l'information extra-financière. Cela ne va pas forcément dans le sens d'un effet de mode. En effet, ce cadre juridique est destiné à contrôler le caractère durable des dispositifs financiers et à les rendre ainsi pérennes.

Il est donc indéniable que la finance durable se mobilise au service du développement durable et qu'elle ne semble pas prête de s'arrêter notamment au regard des problématiques actuelles concernant le développement durable au titre desquelles on compte la protection de la biodiversité ou encore lutte contre les inégalités sociales.

Néanmoins, cette finance durable pourrait présenter des limites qui pourraient la discréditer et par suite, à terme, la vouer à peut-être disparaître.

II – UNE FINANCE DURABLE LIMITEE ?

Même si cette finance durable peut présenter un intérêt majeur pour le développement durable, il n'en demeure pas moins que des freins sont inhérents à cette finance durable.

Tout d'abord, il faut noter que même si des législations européennes sont intervenues récemment afin de faciliter l'intégration des risques environnementaux, sociétés et de gouvernance et de renforcer la transparence, il existe des difficultés de mise en œuvre de ces législations en raison de la complexité de l'architecture réglementaire. Selon l'AMF, il faudra garantir une cohérence entre les nouveaux textes législatifs, et ce, tout au long de la chaîne d'investissement¹¹⁵.

¹¹⁵ AMF, *Finance durable : les progrès réalisés et les éléments à compléter : le point de vue du régulateur*, juillet 2020 [https://www.amf-

france.org/sites/default/files/2020-07/financedurable_juillet2020_final.pdf]

Il faut admettre que l'alliance entre le rendement financier et l'impact positif de l'investissement atteint certaines limites. En effet, il a été révélé lors de la publication par l'AMF de l'étude réalisée par Opinion Way que la sécurité, la rentabilité du produit ainsi que la disponibilité du placement demeurent les principaux critères de choix en matière de placement pour les investisseurs français. Il s'ensuit que le développement durable avec ses dimensions environnementales, sociales et solidaires n'arrive qu'en second face aux enjeux financiers. Il est vrai que le rendement est moindre avec un placement durable qu'avec un placement classique lorsque le placement s'effectue sur le court terme. Selon L&A Finance, il peut y avoir une différence de l'ordre de 5% de rendement. C'est la raison pour laquelle le Conseil économique, social et environnemental (CESE) préconise aux épargnants de se diriger vers des investissements socialement responsables (ISR) de long terme de manière à garantir un certain rendement¹¹⁶. En outre, des frais de gestion sont beaucoup plus importants pour les fonds ISR-ESG que pour les fonds classiques, ce qui peut dissuader certains investisseurs d'opter pour de tels placements¹¹⁷.

S'agissant de la fiscalité en matière de finance durable, elle est variable et dépend du mode de détention des fonds. En effet, il est possible d'opter pour un livret de développement durable et solidaire qui contribue au financement des PME ainsi qu'à l'économie sociale et solidaire, et dans ce cas alors, les intérêts du livret sont exonérés d'impôt sur le revenu et de prélèvements sociaux.

En revanche, le plafond est restreint puisqu'il n'est possible d'y placer qu'au maximum 12 000 euros et le taux d'intérêt d'un tel livret est bas puisqu'il se fixe à 0,5%. Mais il est possible d'opter pour des green bonds ou des actions de société présentés comme durables. Dès lors, s'ils sont placés dans un compte titre ordinaire, la fiscalité applicable sera la flat tax de 30% ou l'option pour l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu (IR) pour les personnes physiques ou sociétés soumises à l'IR. En revanche, s'ils sont placés sur un contrat d'assurance-vie, alors en cas de retrait opéré 8 ans après son ouverture, il sera possible de profiter d'un prélèvement forfaitaire unique (PFU) de 7,5% pour des sommes versées inférieures à 150 000 euros. Il faut donc être vigilant sur les produits dits durables en matière de fiscalité.

Mais cette faiblesse dans la prise en compte du développement durable dans le choix des placements peut s'expliquer par un manque de transparence de certaines sociétés dans lesquelles il est possible d'investir et par suite par la crainte du « greenwashing » appelé « écoblanchiment », c'est-à-dire l'art de se faire passer pour une entreprise éco-responsable de manière à se vendre davantage.

Ce risque d'écoblanchiment se remarque d'autant plus avec l'existence d'une grande variété d'ESG et d'investissements responsables au niveau des fonds. Certaines sociétés peuvent tromper les investisseurs sur l'impact réel des produits financiers sur le développement durable en ce qu'ils ne contribuent pas véritablement au respect des engagements pris en matière de développement durable. Il s'agit alors davantage d'un argument marketing afin d'inciter les investisseurs à investir dans leurs actions¹¹⁸.

Plusieurs exemples de greenwashing peuvent être cités. Ainsi, dans l'affaire du diesel gate de Volkswagen de 2015, l'entreprise avait fait usage de méthodes frauduleuses et illégales en trafiquant les moteurs de ses véhicules pour faire en sorte que qu'ils passent lors les tests d'homologation alors qu'ils ne respectaient pas la réglementation environnementale puisque le taux d'émission de CO₂ émis par ces nouveaux véhicules était supérieur à la réglementation en vigueur. Un autre cas de greenwashing qui peut être cité est celui du coton biologique H&M. En effet, en 2019, la marque a été accusée de faire du greenwashing pour la commercialisation de sa collection intitulée de manière trompeuse « Conscious » en faisant croire que les vêtements étaient fabriqués avec des tissus recyclés misant ainsi sur la mode zéro déchet alors qu'en fait seulement 20% des matériaux étaient recyclés.

Il aurait été possible de penser que ces craintes de greenwashing en matière de finance durable auraient pu se dissiper par l'existence d'agence de notation qui évalue les sociétés au regard de leur politique sociale et environnementale. Toutefois, même s'il existe des agences de notation des placements ou fonds existants qui prennent en compte des éléments d'ordre financier et extra-financiers pour évaluer les placements ou fonds, il n'en demeure pas moins que cette notation ESG ou sociétale devrait concerner l'intégralité des fonds. C'est la raison pour laquelle le Conseil économique, social et environnemental (CESE) dans un avis du 23 janvier 2019 préconise de rendre

¹¹⁶ CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, (CESE), « Avis du 23 janvier 2019 du Conseil économique, social et environnemental relatif à la finance durable », *La lettre de la DAJ*, 31 janvier 2019, n°266, [https://kiosque.bercy.gouv.fr/alyas/msite/view/lettre-daj/10928]

¹¹⁷ J. RUSAK, « L'épargne durable est-elle un effet de mode ? », *Boursiers.com*, 29 sept. 2021, [https://argent.boursier.com/epargne/points-de-vue/leparagne-durable-estelle-un-effet-de-mode-6897.html]

¹¹⁸ D. MALHERBE « Investir : entre conviction et responsabilité » in. F. LABELLE (dir.) *op. cit.* p. 166 « Resitué dans une perspective

d'investissement responsable, ce risque expose l'investisseur au greenwashing ou à l'ethics washing. Qu'il se rapporte à des enjeux environnementaux ou éthiques, il s'agit là d'une stratégie de communication institutionnelle et commerciale consistant à afficher les engagements de l'entreprise pour convaincre ses parties prenantes du caractère responsable de ses actions, de son organisation et de sa gouvernance. Or, la réalité est souvent beaucoup plus nuancée et plus complexe que ne le prétendent les discours et annonces officiels. Les pratiques peuvent même s'avérer être en contradiction avec l'image vertueuse que l'organisation prétend se donner ».

obligatoire une notation ESG à l'ensemble des fonds d'épargne soutenus par les pouvoirs publics¹¹⁹.

En outre, le manque de régulation de ces agences de notation peut laisser craindre un manque de crédibilité à l'égard des investisseurs. Mais surtout les informations extra-financières qu'elles recueillent dépendent des déclarations extra-financières des sociétés cotées, de sorte que le risque de greenwashing demeure même avec des notations.

Ces craintes de greenwashing ne sembleraient pas pouvoir être dissipées par le nouveau cadre réglementaire en matière de transparence. En effet, ce cadre réglementaire ne serait pas forcément suffisant pour empêcher concrètement le risque d'écoblanchiment. Cela se comprend dans la mesure où il existe une multitude d'informations adressées aux investisseurs qui pourraient donner une fausse interprétation concernant l'impact réel des critères ESG. Il est vrai que parfois, même si l'impact des critères ESG sur la stratégie et les objectifs des fonds est restreint, les sociétés de gestion d'actifs ou de portefeuille n'hésitent pas dans les informations commerciales qu'elles transmettent à faire mention de manière très exagérée aux considérations ESG. Or cela peut tromper les investisseurs sur le réel impact des fonds en matière de développement durable qu'ils pensaient avoir en ce domaine.

Il faudrait donc prévoir des standards minimum au niveau de l'Union Européenne en matière d'ESG, ce qui permettrait de compléter la doctrine de l'AMF contribuant à assurer une proportionnalité entre la réalité de la prise en compte des facteurs extra-financiers dans la gestion et la place qui leur est attribuée dans l'information adressée aux investisseurs.

Même s'il existe une information destinée aux différents investisseurs, il n'empêche que celle-ci n'est pas complète. Il y a en effet un manque d'informations des investisseurs qui ne sont pas suffisamment informés sur les avantages comme les inconvénients d'un tel placement et comment investir dans un tel placement. Or cela traduit également une faiblesse dans la prise en compte du développement durable dans le choix des placements.

Aussi, les placements actuels ne tiennent pas compte de l'ensemble des critères ESG qui permettent d'évaluer la prise en compte du développement durable. Or cela est dommageable, car selon l'étude publiée par l'AMF, les non-détenteurs de placements durables seraient prêts à

choisir de tels placements si tous les critères ESG étaient respectés.

En outre, il faut noter que les labels existants ne permettent pas une notoriété des placements responsables dans la mesure où ils ne sont pas suffisamment connus du grand public. En effet, selon l'étude Opinion Way en juillet 2021 publiée par l'AMF le 26 septembre 2021, 74% des Français n'ont jamais eu connaissance du label ISR et 92% portent sur ce label un sentiment de méfiance.

Il est vrai que le nombre important de labels existant en France peut engendrer une perte de leur influence, sentiment qui est aggravé par le flou pouvant résulter des principes de gouvernance. C'est la raison pour laquelle il faudrait prévoir une extension du champ d'application de l'Ecolabel européen. La connaissance de ce dernier par le grand public étant meilleure, il pourrait permettre aux potentiels investisseurs de retrouver une certaine confiance à l'égard des placements financiers dits durables¹²⁰. L'AMF ajoute qu'il faudrait mener des travaux de réflexion afin de mettre en place un label ESG de l'Union Européenne complétant le label écologique de manière à diminuer la complexité résultant de l'existence d'un nombre exagéré de labels et d'améliorer la compréhension des investisseurs en la matière¹²¹.

Même si l'article 1833 alinéa 2 du Code civil prévoit que la société doit être gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité, il n'empêche que la qualité de l'information fournie par les sociétés sur leurs engagements de neutralité carbone doit être améliorée.

Il faut noter que selon le Market Data de Novethic de 2021, s'agissant des fonds durables en France, alors que la réglementation SFDR impose une liste d'indicateurs de durabilité utilisés pour mesurer l'atteinte des objectifs, seul 60% des fonds article 9, c'est-à-dire les fonds durables avec objectifs et impacts communique sur un indicateur de durabilité¹²². Également, un seul fonds prévoit un objectif en pourcentage de revenu vert aligné sur la réglementation Taxonomie verte européenne. En outre, s'agissant de la description de l'objectif durable poursuivi imposée par le règlement SFDR, même si la majorité des fonds respectent cette exigence, il n'en demeure pas moins qu'il existe une variation importante de la définition d'objectif d'investissement durable d'une société de gestion à l'autre.

Les sociétés de gestion de portefeuille font toujours mention des objectifs chiffrés de performance financière ; en revanche, elles ne prévoient que très rarement des

¹¹⁹ CESE, *Ibid.*

¹²⁰ O. RULL, « Les Français et les placements responsables », *Getcaravel.fr*, 29 sept. 2021, [<https://www.getcaravel.fr/blog/les-francais-et-placements-responsables-etude-amf>]

¹²¹ AMF, *Finance durable : les progrès réalisés et les éléments à compléter : le point de vue du régulateur*, *ibid.*

¹²² NOVETHIC.FR *Market Data : fonds durable France*, 30 septembre 2021 [https://www.novethic.fr/fileadmin/user_upload/tx_ausynovethicetu-des/pdf_complets/Novethic_MarketData_FondsDurablesFrance_2021-09-30.pdf]

objectifs sur les dimensions durables. C'est dommage, car le but de la finance durable est avant tout de répondre aux enjeux du développement durable, ce qui ne semble pas toujours être le cas. L'un des seuls objectifs durables faisant l'objet d'objectifs chiffrés est la réduction de l'empreinte carbone. La raison est due sûrement au fait que l'empreinte carbone est facilement vérifiable et comprise par un grand nombre d'investisseurs particuliers contrairement à d'autres objectifs durables.

Tout cela montre bien les limites de la finance durable et de son absence très souvent d'impact concret sur le développement durable. Or, les enjeux du développement durable sont fondamentaux aujourd'hui et cela peut avoir des effets néfastes pour le développement de la finance durable en France ainsi que dans le monde entier. Il y a en effet un risque majeur que les investisseurs se lassent de ce type de financement aux motifs qu'ils ne tiennent pas compte des aspirations de ces derniers en matière de développement durable.

Conclusion. Grâce à l'existence de plusieurs réglementations et de labels, la finance durable constitue un moyen de répondre aux enjeux du développement durable et se mobilise à son service. Toutefois, la finance durable présente des limites intrinsèques à son développement et à son impact concret sur le développement durable. Néanmoins, elle ne semble pas vouée à disparaître d'ici peu en ce qu'elle participe à la transformation des sociétés et de l'économie vers une économie plus durable, ce qui constitue l'enjeu du 21^e siècle !

Sources

F. LABELLE (dir.) *L'influence des convictions sur la gestion de patrimoine. Regards pluridisciplinaires*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », t. 143, 2021

Tribune de Jérôme RUSAK, « L'épargne durable est-elle un effet de mode ? », site www.Boursier.com, 29 septembre 2021, <https://argent.boursier.com/epargne/points-de-vue/lepargne-durable-est-elle-un-effet-de-mode-6897.html>

« Développement durable », NOVETHIC, <https://www.novethic.fr/lexique/detail/developpement-durable.html>

Olivier RULL, « Les Français et les placements responsables », site www.getcaravel.fr, 29 septembre 2021, <https://www.getcaravel.fr/blog/les-francais-et-placements-responsables-etude-amf>. S'agissant de l'étude sur les français et les placements responsables publiée par AMF https://www.amf-france.org/sites/default/files/private/2021-09/les-francais-et-les-placements-responsables-_opinionway-pour-amf_juillet-2021_vf_1.pdf

« Règlement Disclosure : l'AMF donne des clés de lecture sur la consultation en cours des autorités européennes de surveillance », site de l'AMF, 28 juillet 2020, <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/consultation-des-autorites-europeennes-de-surveillance-sur-le-reglement-disclosure-lamf-donne-des>

Pierre-Alix BINET, « Finance durable : l'impulsion française », Bulletin Jolly Bourse, 01 mars 2021, n°02, page 44

Sylvie GOULARD, « Climat, développement durable : quel rôle pour les banques centrales ? », Bulletin Jolly Bourse, 01 mars 2021, n°02, page 72

Julie ANSIDEI, « L'AMF face aux enjeux de la finance durable », Bulletin Jolly Bourse, 01 mars 2021, n°02, page 49

Myriam ROUSSILLE, « Le cadre juridique de la finance durable se dessine », Bulletin Jolly Bourse, 01 mars 2021, n°02, page 40

Jean-Marc MOULIN, « Plaidoyer en faveur d'un véritable label financier environnemental européen », Bulletin Jolly Bourse, 01 mars 2021, n°02, page 62

« Finance durable », site de l'AMF, 28 octobre 2021, <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/dossiers-thematiques/finance-durable>

« Finance durable : les progrès réalisés et les éléments à compléter : le point de vue du régulateur », site de l'AMF, juillet 2020, https://www.amf-france.org/sites/default/files/2020-07/finance-durable_juillet2020_final.pdf

Avis du 23 janvier 2019 du Conseil économique, social et environnemental relatif à la finance durable, La lettre de la DAJ, 31 janvier 2019, n°266, <https://kiosque.bercy.gouv.fr/alyas/msite/view/lettre-daj/10928>

« Le Greenwashing, c'est quoi définition et exemples », www.greenly.earth, 20 octobre 2021, <https://www.greenly.earth/blog/greenwashing-definition-exemple>

Béatrice HERAUD, « [ODD-le monde d'après] Investir dans la préservation et la restauration de la biodiversité », site Novethic, 27 avril 2020, <https://lessentiel.novethic.fr/blog/business-case-3/post/odd-le-monde-dapres-investir-dans-lapreservation-et-la-restauration-de-la-biodiversite-224>

Béatrice HERAUD, « [ODD-le monde d'après] Investir dans la lutte contre les inégalités », site Novethic, 20 avril 2020, <https://lessentiel.novethic.fr/blog/business-case-3/post/odd-le-monde-dapres-investir-dans-la-lutte-contre-les-inegalites-210>

« Market Data : fonds durable France », site de Novethic,
30 septembre 2021
https://www.novethic.fr/fileadmin//user_upload/tx_ausynovethicetudes/pdf_complets/Novethic_MarketData_FondsDurablesFrance_2021-09-30.pdf

BREVES JURIDIQUES

Notre affaire à tous. TA Paris, 14 octobre 2021, *Associations Oxfam France, Notre affaire à tous, Fondation pour la nature et l'Homme, Greenpeace France*, req. N°1904967 (et d'autres...) : le juge administratif engage la responsabilité pour préjudice écologique (1246 C. civ sqq) de l'Etat. Injonction à ce qu'il répare en nature, d'ici le 31 décembre 2022 « le préjudice écologique et prévenir l'aggravation des dommages à hauteur de la part non compensée d'émission de gaz à effets de serre au titre du premier budget carbone, soit 15 Mt CO₂eq [...] ». Cette affaire est la seconde, après celle de la *Commune de Grande Synthe* à reconnaître la carence de l'Etat dans sa gestion des objectifs climatiques (il s'agissait alors, dans cet arrêt du non-respect des objectifs de l'art. 100-4 C. énergie).

Tester sans comprendre ne vaut. Cass. 1^{ère} civ, 9 juin 2021, n° 19-21.770, *publié au Bulletin* : pour être valide, un testament doit être écrit dans une langue que le testateur comprend. Ainsi un testament écrit en français par une personne qui ne comprend pas cette langue ne peut être considéré comme l'expression de sa volonté. Le testament est donc invalide.

La ministre de l'Environnement se moque-t-elle du Conseil d'Etat ? CE, ord. 25 oct. 2021, *Association One Voice France et Ligue de Protection des Oiseaux*, req. n° 457535 (et d'autres), le juge des référés suspend un arrêté du ministre de la Transition écologique par lequel la ministre a autorisé des méthodes de chasse traditionnelles controversées. La ministre s'est bornée à recopier des arrêtés précédents qui avaient pourtant été annulés par le Conseil d'Etat (CE, 6 août 2021, *Ligue de Protection des Oiseaux et Association One Voice*, req. n° 425435 (et d'autres)). *Bis repetita* à venir au fond par la suite ? C'est certain.