



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE  
*SORBONNE LAW REVIEW*

Décembre 2022 - N° 6



UNIVERSITÉ PARIS 1  
PANTHÉON SORBONNE

IRJS

Editions

# Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

## Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université  
Mireille BACACHE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Florence BELLIVIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes  
Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université  
David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université  
Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole  
Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre  
David CHILSTEIN, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux  
Vincent EGEA, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille  
Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster  
Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg  
Norbert FOULQUIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Daniel GUTMANN, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne  
Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas  
Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Emmanuel JEULAND, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Xavier LAGARDE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Pascal LOKIEC, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes  
Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université  
Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Etienne PATAUT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise  
Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Catherine PRIETO, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université  
Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po  
Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Avec le concours de :**

Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Dominique LEGEAIS, Professeur des Universités, Université Paris Cité

**Directeur de la publication**

Christine NEAU-LEDUC, Présidente de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Directrice de la revue**

Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Comité de rédaction**

Nicolas BARGUE, Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Christophe VERNIÈRES, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Équipe éditoriale****- Volet édition :**

Emile FLORIN-ROUQUETTE, Responsable des éditions  
Lisa CHIQUELIN-BRAFMAN, Assistante d'édition

**- Volet communication et diffusion :**

Nathalie SACKSICK, Chargée de communication  
Malik BOUTEBAL, Assistant de documentation

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en open access

Disponible sur : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>

Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : [irjs-editions@univ-paris1.fr](mailto:irjs-editions@univ-paris1.fr) / Tel : 01 44 07 78 211

SSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2022, mise en ligne janvier 2023.



## TABLE DES MATIÈRES

<b>ARTICLES</b> _____	<b>5</b>
Prescription de l'hypothèque, radiation et obligation naturelle _____	<b>6</b>
Kouroch BELLIS	
<b>CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS</b>	
<b>DU DROIT DES AFFAIRES 2022</b> _____	<b>22</b>
<b>DROIT DES SOCIÉTÉS</b> 23	
1. La bonne foi et l'intérêt social au soutien de la protection du dirigeant de société	
Com., 30 mars 2022, n <sup>os</sup> 20-16.168 et 20-17.354, publié. _____	<b>23</b>
Romain DUMONT	
2. Précisions jurisprudentielles sur la notion et la sanction de l'unanimité en droit des sociétés	
Cass. com., 5 janvier 2022, n <sup>o</sup> 20-17.428, publié au Bulletin _____	<b>34</b>
Edmond SCHLUMBERGER	
<b>DROIT BANCAIRE</b> 40	
3. L'arrêt du Conseil d'État relatif aux orientations de l'ABE sur l'octroi et le suivi des prêts : un pas en arrière concernant la justiciabilité des actes de droit souple des Autorités européennes de surveillance ?	
CE, 9 <sup>e</sup> – 10 <sup>e</sup> ch. réunies, 22 juillet 2022, n <sup>o</sup> 449898, <i>FBF, ASF et CASA c/</i> <i>ACPR</i> _____	<b>40</b>
Anne-Claire ROUAUD	
<b>DROIT FINANCIER</b> 55	
4. Conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion : pas d'infléchissement de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'abus de marché	
CJUE, Gde ch., 20 septembre 2022, <i>VD et SR</i> , aff. jointes C-339/20 et C-397/20 _____	<b>55</b>
Commentaire rédigé par les étudiants du Master 2 Droit des affaires de l'École de Droit de la Sorbonne	

## ARTICLES

# Prescription de l'hypothèque, radiation et obligation naturelle

**Kouroch BELLIS**

*Chercheur chargé du suivi du projet de modernisation  
du Code civil, Université du Luxembourg  
Visiting Fellow, Information Project Society, Yale Law School  
Docteur en droit, Université Paris Panthéon-Assas*

## **Résumé :**

À partir de dispositions de droit romain, on a hésité en France à appliquer aux hypothèques une prescription autonome de quarante ans ou une prescription calquée sur celle de l'obligation principale. En 2021, la Cour de cassation a rendu deux arrêts estimant que l'hypothèque se prescrit en même temps que l'obligation principale. La même année, la réforme du droit des sûretés a renforcé cette règle. Cependant, puisque l'obligation naturelle survit à la prescription de l'hypothèque, la possibilité de radier l'hypothèque naturelle se pose. C'est une question qui a déjà été mise en avant en droit québécois. En France, la jurisprudence juge que la radiation est possible.

## **Mots-clés :**

Hypothèque – Prescription – Sûretés – Réforme – Radiation – Obligation naturelle – Ancien droit – Histoire du droit – Droit romain – Coutumes – France

## **Abstract :**

*For centuries, French jurists have discussed whether to apply an autonomous prescription period of forty years to mortgages, or use one modeled on that of the secured obligation. Roman Law provisions were the basis of such discussion. In 2021, the Cour de Cassation handed down two decisions deciding that a mortgage is time-barred at the same time as the secured obligation. The same year, statutory reform reinforced this rule. However, since a natural obligation survives the prescription of the mortgage, this raises the possibility of striking off the natural mortgage. This issue has already been raised in Quebec law. In France, the case law holds that striking off is possible.*

## **Keywords :**

Mortgage – Prescription – Suretyship – Reform – Striking off – Natural obligation – Legal History – Roman Law – Customs – France

1. Le délai de prescription à laquelle l'hypothèque est soumise a suscité de vifs débats doctrinaux depuis des siècles. Ces débats prennent leur source dans des textes législatifs du <sup>v</sup><sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne. La réforme de la matière n'a pas éteint les incertitudes, de sorte que la Cour de cassation a affirmé en 2021, dans deux arrêts de cassation rendus le même jour, l'alignement du délai de prescription de l'hypothèque sur celui de l'obligation garantie. Elle utilisait en particulier un raisonnement historique et se référait à l'« ancien droit », de manière spontanée par rapport aux arrêts d'appel et aux pourvois. Cette solution a été renforcée par la réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 (I). Afin de comprendre la matière, la Cour de cassation fait elle-même référence à l'obligation naturelle, ici encore de manière spontanée par rapport aux arrêts cassés et aux pourvois en cassation. L'obligation naturelle potentielle<sup>1</sup> survit à la prescription de l'hypothèque. Cela pose alors la question de la radiation de l'hypothèque (naturelle), qui a notamment été discutée au Québec (II).

## I.- La prescription de l'hypothèque et celle de l'obligation garantie

2. À partir de textes de droit romain, de lois barbares et de coutumes locales, les juristes ont historiquement hésité quant à la prescription à appliquer en matière d'hypothèque (A). La Cour de cassation, renforcée à ce sujet par la réforme du droit des sûretés de 2021, a finalement affirmé la même année un alignement des délais de prescription de l'hypothèque et de l'obligation principale à trente ans (B).

### A.- Les hésitations historiques au sujet du délai de prescription en matière d'hypothèque

3. En droit romain, à la période classique, la propriété en général était perpétuelle. Entre le <sup>ii</sup><sup>e</sup> siècle – semble-t-il – et le <sup>iv</sup><sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne, se mirent en place des moyens de défense contre des actions réelles après un temps long. Après une introduction temporaire en Égypte romaine puis des réformes entamées par Constantin, un délai général de prescription se développe. Théodose II et Honorius posent en particulier en 424<sup>2</sup> le principe de la défense contre l'action en revendication au bout de trente ans, sans acquisition de la propriété<sup>3</sup>, et dans ce sillage, contre l'action hypothécaire intentée contre un possesseur non débiteur<sup>4</sup>. Une série

<sup>1</sup> L'obligation naturelle ne survit que sous réserve de la reconnaissance, notamment par paiement ou engagement d'exécuter, qui la révèle en même temps que de la faire devenir civile. V. K. BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*, thèse, 2018, Paris II, dir. L. Leveneur ; K. BELLIS, « Système de l'obligation naturelle », *Droits*, n° 69, p. 191-218. Afin de ne pas perturber le lecteur par cette question de droit de l'obligation naturelle avec laquelle il n'est peut-être pas familier, nous n'utiliserons pas systématiquement cet adjectif par la suite et ne ferons le cas échéant que sous-entendre cette précision.

<sup>2</sup> Nous nous fondons sur l'édition de Mommsen mise en ligne par l'Université de Grenoble sur <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>

<sup>3</sup> C'est l'effet Justinien qui, en 528, donnera à la possession trentenaire cet effet, à condition qu'elle eût été de bonne foi.

<sup>4</sup> C. J., 7, 39 *De praescri. XXX v. XXXX ann.*, 3.

de délais différents de prescriptions subsistent néanmoins. Quant à l'hypothèque qui grève un bien possédé par le débiteur lui-même, c'est Justin qui introduit en 525 une prescription de 40 ans<sup>5</sup>.

4. Sous les Francs, en 560, Clotaire I<sup>er</sup> posa une prescription des actions de trente ans en voulant, semble-t-il, synthétiser la « série des lois romaines<sup>6</sup> » sur le sujet. Le décret de 424 était par ailleurs compris dans le Code théodosien<sup>7</sup>, connu et appliqué. Il semble qu'on appliquait cette prescription de manière très générale jusqu'à ce qu'on redécouvre les compilations justiniennes<sup>8</sup> et que les avis divergent quant au caractère applicable du décret de 525. De là une très grande diversité des coutumes sur la question.

5. Ainsi, au sein des coutumes de l'époque moderne, certaines s'en tiennent à trente ans, d'autres reprennent la prescription de quarante ans, beaucoup ne disent rien sur l'hypothèque en particulier. Les choses sont cependant bien plus compliquées, puisque les pratiques locales ont introduit des distinctions entre hypothèque du bien du débiteur ou du bien d'un tiers et entre hypothèque légale et hypothèque conventionnelle<sup>9</sup>. Bien entendu, au sein de chaque ressort coutumier, les choses n'étaient pas forcément claires ni stables au gré des réformes des coutumes. Par ailleurs, il faut combiner les sources coutumières avec la jurisprudence de chaque Parlement<sup>10</sup>, qui pouvait d'ailleurs être plurale car elles avaient affaire avec différentes coutumes. En Bretagne, la coutume explicite 30 ans<sup>11</sup>. En Normandie, on applique

5 C. J., 7, 39 *De praescr. XXX v. XXXX ann.*, 4. L'expression « loi *Cum notissimi* » est valable pour l'ancien droit français, mais il ne s'agit pas du tout, dans le contexte romain, d'une loi, mais, en l'occurrence, d'un édit.

6 *Chlotarii Regis constitutio generalis*, 560, art. 13, dans É. BALUZE (collecteur) et P. CHINIAU DE LA BASTIDE (édition), *Capitularia regum Francorum*, Paris, Quillau, 1780. En latin. Nous remercions le professeur Philippe Cocatre-Zilgien pour nous avoir guidé dans la lecture du texte.

7 Comme le rappelle CUIJAS. C. HENRYS, *Recueil d'Arrests remarquables donnez en la Cour de Parlement de Paris*, Paris, Jacques D'Allin, 1662, vol. 1, livre 4, chapitre 6, question 73.

8 Pour cette lecture historique, voir *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, par Chabrol, chap. 17, art. 1, note T. CHAUVELAIN ; PH.-A. MERLIN, « Prescription », § 11, dans J.-N. GUYOT (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Panckoucke et Dupuis, 1781, t. 47. V. aussi J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 136. Pour une série d'édicitions locales en France de la prescription trentenaire avant l'intervention des compilations justiniennes, voir : C. HENRYS, *eod. loc.*

9 Les délais que nous donnons valent plutôt pour l'hypothèque conventionnelle.

10 L'équivalent de nos cours d'appel, mais avec un statut politique bien plus important.

11 *Coustumes générales du pays et duché de Bretagne, réformées en l'an mil cinq cens quatre vingts par ordonnance du Roy, Aitiologia...* B. D'ARGENTRÉ, Paris, J. Dupuis, 1584, art. 285.



plutôt 40 ans<sup>13</sup>. À Toulouse, le parlement et l'usage appliquent 30 ans<sup>14</sup>. Merlin critique d'ailleurs « le parlement de Toulouse, qui se pique de suivre plus exactement qu'aucun autre les dispositions du droit romain<sup>15</sup> » et les juristes toulousains sont conscients qu'ils n'appliquent pas une règle romaine paradoxalement appliquée en pays de coutume<sup>16</sup>. On pratique aussi les 30 ans à Bordeaux<sup>17</sup>, en Bourgogne et à Besançon<sup>18</sup>. La coutume d'Auvergne prévoit une prescription générale de 30 ans, et cela semble avoir été appliqué à l'hypothèque, sauf dans la partie de la Haute Auvergne qui suit le droit écrit<sup>19</sup>. La coutume d'Orléans prévoit une prescription immobilière de 40 ans et cela s'étend, selon Pothier, à l'hypothèque<sup>20</sup>. Le Parlement de Paris semble appliquer les 40 ans<sup>21</sup> mais il faut notamment mettre à part la coutume de Paris, en vertu de son article 118 qui pose une prescription générale de 30 ans et que d'importants interprètes étendent à l'hypothèque<sup>22</sup>, de même que celle du Bourdonnais<sup>23</sup>, du Valois et de Clermont<sup>24</sup>... D'autres coutumes du même ressort prévoient au contraire explicitement les 40 ans : Amiens<sup>25</sup>, Melun, Étampes, Montfort, Mante, Reims, Senlis<sup>26</sup>, Vitry-le-François<sup>27</sup>... De sorte qu'Auzanet, parisien partisan des 30 ans, indique qu'en réalité, au Palais même, on doute sur la solution que la Cour donne sur le fondement de la coutume de Paris en raison des solutions

13 H. BASNAGE, *Traité des hypothèques*, Rouen, Jean Lucas, 1687, p. 342 ; FRIGOT, *Coutume de Normandie*, Coutances, G. Joubert, 1779, p. 365. Un auteur moins diffusé, critique général de BASNAGE, distingue selon la nature immobilière ou mobilière de l'action principale, qui auraient leur prescription spécifique et corrélative, car « il est naturel que l'accessoire périsse ou finisse avec son principal ». O. ESTIENNE, *Nouveau traité des hypothèques, avec remarques sur l'ancien traité*, Rouen, Jacques Besongne, 1705, p. 120. Langue modernisée.

14 B. DE LA ROCHE-FLAVIN et FR. GRAVEROL (augm.), *Arrêts notables du Parlement de Tolose*, Toulouse, N. Caranove, 1745 La Roche-Flavin estime qu'il faut appliquer les 40 ans du Code.

15 PH.-A. MERLIN, préc., § 11.

16 B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *eod. loc.* ; G. DE MAYNARD, *Notables et singulieres questions du droit écrit, decises ou prejugees par arrests memorables de la cour souveraine du parlement de Tholose*, Paris, Robert Fouet, 3<sup>e</sup> éd., 1608, p. 510-511. Maynard s'appuie sur la coutume de Paris et Charondas le Caron, qu'il loue.

17 PH.-A. MERLIN, préc., § 11.

18 F.-J. MAMERT DE JUSSIEU DE MONTLUEL, *Instruction facile sur les conventions, ou Notions simples sur les divers engagements qu'on peut prendre dans la société*, Paris, Leclerc, 1766, p. 285-286.

19 Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne, préc., p. 657.

20 R.-J. POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, intr. n° 60 et comm. art. 261, dans *Œuvres de Pothier*, t. 10, éd. A. DUPIN, Paris, Béchét aîné, 1824-1825, 11 t.

21 F.-J. Mamert de Jussieu de Montluel, préc., p. 285.

22 L. CHARONDAS LE CARON, *Nouveau commentaire sur la coutume de la ville, prévosté et vicomté de Paris, ou droit civil parisien*, Paris, 1613, p. 98v.

23 DUMOULIN, également commentateur de la coutume de Paris, et a cet avis, comme d'autres. M. AUROUX DES POMMIER, *Coutumes générales et locales du Païs et duché de Bourbonnois*, Paris, Lebreton, 1732, comm. art. 23. CHS. C. DE LORIMIER, *op. cit. infra*, t. 20, p. 204.

24 DE SAINT LEU, *Coutumes du baillage de Senlis*, Paris, Maurice Villery, 1703, comm. art. 190.

25 J. DE FRESNES, *Commentaire sur la coutume générale du bailliage d'Amiens et sur la coutume locale de la ville, prévôté et banlieue dudit Amiens*, dans *Le Coutumier de Picardie*, Paris, Aux dépens de la société, t. 1, p. 250, comm. art. 162.

26 G. FORTIN, *Conférence de la coutume de Paris, avec les autres coutumes du royaume de France*, Paris, Abel L'Angelier, 1595, comm. art. 118. Quoique le commentateur de celle de Senlis (De Saint Leu) interprète les mots « avec ou sans titre » comme réservant la prescription quarantenaire au cas du possesseur non débiteur.

27 CH. DE SALLIGNY, *Coutume de Vitry-le-François*, rédigée en 1509 sous le nom de Vitry-en-Pertois, art. 137.

contradictoires données par les « arrestographes<sup>28</sup> » (auteurs). Parmi ces coutumes, certaines prévoyaient par ailleurs, en cas de possession par un tiers, une sorte de prescription acquisitive qui évince l'hypothèque, au bout de 10 ou 20 ans suivant les cas, dans celles de Paris, Estampes, Poitou, Senlis, Reims, Clermont, Valois, ou de 5 ans, comme dans celles d'Anjou, du Maine ou du Loudunais<sup>29</sup>.

Jean Papon, au XVI<sup>e</sup> siècle, qui cherche des principes généraux français, puis Pothier, dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, présentent les 40 ans comme la règle<sup>30</sup>. Parmi ceux qui émettent une opinion, Charondas le Caron trouve, au XVI<sup>e</sup> siècle, cette prescription « étrange<sup>31</sup> » et, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, Merlin estime qu'à partir du moment où il n'y a pas de « droit commun » en pays coutumier, il faut en revenir « aux premiers principes » et en rester à trente ans<sup>32</sup>. Mais Claude Henrys, au XVII<sup>e</sup> siècle, est bien plus critique. Il se distancie de Cujas et s'appuie plutôt sur d'Argentré (Bretagne), Boyer (Berry) et Papon (Bourdonnais). Selon lui, l'idée que l'« accident » puisse subsister sans son « sujet » « détruit non seulement les principales du droit, mais encore les règles de la nature » et le fait que quelques coutumes prévoient une telle chose a « procédé plutôt de l'humeur de quelques praticiens zélés pour le droit romain que du consentement de ces provinces<sup>33</sup> ».

6. Dans son exposé des motifs du titre relatif à la prescription, Bigot de Préameneu explique qu'« on est surpris de trouver » dans les lois romaines une telle règle et qu'il est « contraire aux principes » que l'hypothèque conventionnelle, accessoire, n'est pas éteinte alors que l'obligation principale l'est au bout de trente ans<sup>34</sup>. Grenier, tribun, explique au sujet du futur article 2180 (aujourd'hui article 2488) qu'il s'agit de la reprise des principes « sur la prescription des droits ordinaires, auxquels il était impossible de ne pas assimiler l'hypothèque<sup>35</sup> ».

7. Cela n'avait pas empêché les débats. C'est la raison pour laquelle, dans le projet de réforme des hypothèques de 1850, dont le rapporteur fut Vatimesnil<sup>36</sup>, un

28 B. AUZANET, « Mémoires et réflexions sur les questions les plus importantes de droit et de coutume », p. 61, dans *Œuvres*, Paris, Nicolas Gosselin, 1708.

29 G. FORTIN, préc., comm. art. 114 ; J. BECHEFER, *La bibliothèque, ou trésor du droit françois*, Paris, Girin et Rivière, 1671, t. 2, p. 964.

30 J. PAPON, *Trias iudiciel du second Notaire*, Lyon, Jean de Tournes, 1575, p. 660. R.-J. POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, n° 190, dans *Œuvres de Pothier*, préc., t. 8. Pothier explique la compatibilité avec la règle de l'accessoire par la survie d'une obligation naturelle.

31 L. CHARONDAS LE CARON, *eod. loc.*

32 PH.-A. MERLIN, préc., § 11.

33 C. HENRYS, *Recueil d'Arrests remarquables donnez en la Cour de Parlement de Paris*, *eod. loc.* Il restreint ensuite les cas dans lesquels le délai de 30 ans s'applique selon lui.

34 F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU, « Exposé des motifs du titre relatif à la prescription », p. 589, dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, 2<sup>e</sup> éd., t. 7, p. 573 et s.

35 GRENIER, « Rapport sur le titre relatif aux privilèges et hypothèques », p. 507-508, dans P.-A. FENET, préc., t. 15, p. 476 et s.

36 Avocat, procureur général près la Cour de cassation, premier ministre de l'Instruction publique de l'histoire, il créa la chaire de droit des gens, restaura celle de droit administratif à la Faculté de droit de Paris et introduisit l'enseignement des langues vivantes dans les collèges, entre autres. A. ROBERT et G. COUGNY, *Dictionnaire des parlementaires français*, Paris, Bourloton, 1891, « Vatimesnil (Antoine Lefebvre de) ».

alignement explicite des prescriptions était prévu. On y trouve en effet cette phrase : « L'hypothèque n'est pas susceptible de prescription, indépendamment de la prescription de l'obligation principale<sup>37</sup> ». Ce projet n'a cependant pas abouti.

8. Dès lors, la Cour de cassation a pu décider en 2015, dans un arrêt très largement critiqué en doctrine<sup>38</sup>, que le tiers acquéreur d'un bien grevé d'une hypothèque ne peut opposer la prescription de la créance principale au créancier qui exerce son droit de suite<sup>39</sup>. Il s'agissait d'un revirement de jurisprudence<sup>40</sup>. De plus, les juges du fond pouvaient appliquer un délai autonome, comme le montre deux arrêts de cassation rendus en 2021.

9. C'est justement à l'occasion de ces deux arrêts que la Cour de cassation a affirmé la règle du décalque du délai de prescription de l'hypothèque sur celui de l'obligation principale. La même année, le législateur a renforcé cette solution.

#### *B.- L'affirmation de l'alignement des délais en 2021*

10. Par deux arrêts rendus en 2021<sup>41</sup>, la Cour de cassation a affirmé l'alignement des délais de prescription. Les faits d'espèce sont assez simples. Deux couples font chacun un emprunt auprès du même organisme financier et garantissent leur dette par une hypothèque, les uns en même temps, les autres plus tard à la suite d'une procédure judiciaire. L'action en paiement de la dette est déclarée prescrite. Les propriétaires grevés d'une hypothèque demandent alors la radiation de celle-ci.

La même cour d'appel juge les deux affaires le même jour et se fonde, en confirmation, sur un raisonnement un peu compliqué. Elle procède en effet à une distinction entre la « prescription libératoire<sup>42</sup> » d'une créance, entraînant son extinction, et la prescription de l'action, laissant subsister la créance. La première semble correspondre à la prescription quinquennale de droit commun et ne serait pas consommée. La seconde serait la prescription biennale que prévoit l'article

37 Projet de réforme des hypothèques, art. 2191, al. 2, dans *JO AN*. 21 févr. 1851. Voir P. PONT, préc., n° 1246.

38 P. THÉRY, « Les malheurs du tiers acquéreur », *D.* 2015, p. 964 ; C. BRENNER, « Saisie immobilière dirigée contre le tiers détenteur : une décision troublante », *JCP N* 2015, 1149 ; V. BRÉMOND, « La vigueur du droit de suite hypothécaire », *JCP G* 2015, 496 ; P. DELEBECQUE, « Droit des sûretés », *JCP G* 2015, 604, n° 11 ; A. LEBORGNE, « Droit de l'exécution. Mars 2014-mars 2015 », *D.* 2015, p. 1346 ; C. BRENNER, « Saisie immobilière pratiquée contre un tiers détenteur : double incompréhension », *Gaz. Pal.* 5 sept. 2015, n° 236z5, p. 18 ; P. CROCQ, « Panorama de droit des sûretés », *D.* 2015, 1810 ; W. DROSS, « L'hypothèque est-elle (encore) un droit réel accessoire ? », *RTD civ.* 2015, 652 ; C. JUILLET, préc., n° 180. Non critique : L. LAUVERGNAT, « Saisie immobilière : le tiers détenteur, un tiers "réellement" tenu », *Gaz. Pal.* 16 juin 2015, p. 36, n° 228q5.

39 Civ. 2<sup>e</sup>, 19 févr. 2015, n° 13-27.691.

40 C. BRENNER, notes préc.

41 Civ. 3<sup>e</sup>, 12 mai 2021, n°s 19-16.514 et 19-16.515. *Adde* : *D.* 2021, 1367, note J.-D. PELLIER ; *JCP* 2021, Doctr. 623, n° 12, obs. G. LOISEAU ; *RLDC*, sept. 2021, 6977, obs. M. MIGNOT ; *RDBF*, juil. 2021, comm. 98, par D. LEGEAIS.

42 Motifs propres et adoptés, cités *in extenso* dans le pourvoi.

L. 137-2 du Code de la consommation, applicable en l'espèce, et serait quant à elle acquise. Or, l'article 2443 du Code civil dispose que la radiation d'une hypothèque a lieu lorsque la créance est « éteinte ». De même, l'article 2488 dispose que l'extinction d'une hypothèque a lieu par « l'extinction » de l'obligation principale, ou par la « prescription », en opposant le cas des biens qui sont dans les mains du débiteur du cas opposé. La cour d'appel interprète cette dernière disposition en estimant que, dans le cas où seule l'action est éteinte et non la créance – cas qu'elle estime être celui qui se présente à elle dans les deux affaires – alors l'hypothèque ne s'éteint qu'en cas de tierce détention, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Autrement dit, dans le cas d'espèce qui est celui de la détention par le débiteur, prévue par l'article 2488, 2<sup>o</sup>, alinéa 2, l'hypothèque pourrait avoir une prescription indépendante de l'action permettant la réalisation d'un droit principal. Elle estime donc que, la créance n'étant pas éteinte, les propriétaires grevés n'ont pas le droit à cette radiation.

Les propriétaires forment alors un pourvoi en cassation. Assez simplement, ils estiment qu'il n'y a pas d'obligation qui survit à la prescription de l'article L. 137-2 du Code de la consommation et donc que l'hypothèque est bien éteinte.

11. Dans ses deux arrêts publiés, la Cour de cassation a cassé les arrêts d'appel avec ce même attendu : « En précisant que la prescription est acquise au débiteur resté détenteur de l'immeuble hypothéqué par le temps fixé pour la prescription de l'action qui naît de l'obligation principale dont l'hypothèque ou le privilège est l'accessoire, les rédacteurs du Code civil ont souhaité proscrire la règle de l'ancien droit, selon laquelle l'action hypothécaire survivait à la prescription de l'action personnelle en devenant l'accessoire d'une obligation naturelle, et faire, au contraire, coïncider la prescription de la créance et l'extinction de l'hypothèque ».

12. La Cour de cassation prit donc parti en 2021 pour une conception beaucoup plus simple, par rapport à celle de la cour d'appel, des rapports entre prescription et hypothèque, et elle le fait de manière particulièrement appuyée.

En effet, premièrement, elle mentionne l'« ancien droit » et le souhait des « rédacteurs du Code civil » par rapport à celui-ci, ce qui est inédit dans sa jurisprudence récente. En effet, en l'état des sources disponibles<sup>43</sup>, si l'on exclut les simples reprises des moyens des pourvois, depuis le xx<sup>e</sup> siècle, la Cour de cassation n'a elle-même mentionné l'« ancien droit » français que lorsque celui-ci est applicable au litige et mentionné auparavant par la cour d'appel ou le pourvoi, et ceci uniquement en matières foncière<sup>44</sup> et patronymique<sup>45</sup>. C'est un effet inattendu de la nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation : la mobilisation de l'histoire, du fait de son unique portée explicative.

Deuxièmement, elle utilise la notion d'obligation naturelle, ici encore pour la première fois dans le cadre du litige. C'est une fois de plus assez novateur. Cette

43 Selon les bases de données LamyLine, Dalloz et Lexis360.

44 Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 6 mars 1991, n° 89-17.786 ; Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 16 oct. 1984, n° 83-14.905 ; peut-être Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 18 oct. 1983, JurisData 1983-702110.

45 Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 1982, n° 80-16.435.

notion est d'habitude très utilisée par les juridictions du fond, mais beaucoup moins par la Cour de cassation.

Troisièmement, en plus de casser l'arrêt qui fait l'objet du pourvoi, elle décide de ne pas renvoyer l'affaire en cour d'appel et de directement juger l'affaire au fond. En coupant l'herbe sous le pied à toute résistance des juges du fond, elle rend la décision plus tranchante et donc plus saisissante.

**13.** La troisième chambre civile casse donc l'arrêt d'appel en soulignant que l'ancien droit français connaissait une prescription différente pour l'obligation principale et l'hypothèque, qui pouvait être valable civilement après la prescription de la première du fait de l'obligation naturelle qui lui survivait, mais que les codificateurs ont voulu faire coïncider les prescriptions. Dès lors, elle évince les distinctions opérées à l'unisson par les juges du fond. Selon elle, la prescription de l'action par l'article L. 137-2 du Code de la consommation était un cas de prescription tel que mentionné par l'ancien article 1234 prévoyant l'extinction de l'obligation dans ce cas. Par ailleurs, selon la Cour de cassation, l'article 2488 prévoit un caractère accessoire général de l'existence d'une hypothèque par rapport à l'obligation principale civile.

**14.** Cette solution est justifiée. Notre survol historique de la matière montre qu'en 1804, il s'agissait, d'une part, d'établir un principe général, selon lequel l'accessoire suit le principal. Mais aussi, bien que ce ne soit pas explicite sur ce sujet précis, il s'agissait ici comme ailleurs d'opérer une très grande simplification de la question.

Au sujet du principe général, il est vrai que la règle de l'accessoire et du principal a vocation à aboutir à la solution de l'arrêt commenté. Cependant, cela ne nous semble pas décisif. On pourrait en effet argumenter, un peu comme le faisait la cour d'appel, que la prescription hypothécaire suit celle de droit commun des créances, alors que la règle du Code de la consommation établissait une prescription spéciale que ne suivrait pas la prescription hypothécaire attachée à la créance civile. Un tel raisonnement a un sens, et se fonde sur une double distinction possible entre droit et action en justice et entre droit commun et droit spécial. Autrement dit, la justification explicite et technique des codificateurs est pertinente de nos jours, mais, en l'occurrence, non décisive, du fait des changements législatifs trop importants intervenus depuis, et notamment de l'émergence d'un droit spécial de la consommation disposant en termes d'actions. Il est donc possible mais difficile de savoir ce qu'ils auraient décidé aujourd'hui.

Le second aspect, plus profond, semble bien plus important. L'histoire des prescriptions est en fin de compte très actuelle. La multiplication actuelle des délais de prescription évoque en effet au juriste la situation complexe d'Ancien régime. On voit alors qu'il y a un péril à ce que la machine de la complexification s'emballer et un salut dans la simplification. Toute spécialisation, qui peut être salutaire dans le but de justice d'appliquer à chaque cas une règle adéquate, comporte une part de complexification inévitable. Encore faut-il que la spécialisation serve un certain but et ne soit pas le fruit d'un raisonnement technique opéré, en quelque sorte, pour la

beauté du geste. Ici comme ailleurs, les codificateurs ont opéré une simplification salutaire, nécessaire aux impératifs de justice et d'efficacité du droit. Le raisonnement de la cour d'appel en 2021 avait peut-être pour intérêt de préserver le "droit" des créanciers, mais il est raisonnable de penser que le législateur, en établissant l'article L. 137-2 du Code de la consommation, a voulu aussi amputer les droits accessoires, et dès lors, dans le doute, il valait mieux prendre le parti le plus simple.

**15.** L'utilisation de l'histoire du droit par la Cour de cassation ne manque pas de frapper. On ne saurait, ici encore, que saluer cette profondeur qui est ainsi apportée dans les raisonnements entrepris.

Nous avons d'ailleurs affaire à une excellente illustration de l'extrême pertinence de cette démarche. L'arrêt, sur lequel celui-ci semble revenir, s'appuyait sur un arrêt antérieur isolé et non publié<sup>46</sup>. Or, raisonner sur le court terme et par rapport à sa propre jurisprudence a abouti, pour la Cour de cassation, à rendre un arrêt que la doctrine a trouvé un peu absurde<sup>47</sup>. Au contraire, la Cour de cassation raisonne cette fois-ci sur le long terme et par rapport à des notions fondamentales et aboutit à un arrêt que la doctrine ne manquera pas d'approuver.

Il faut espérer que ce ne sera pas un cas isolé. On peut en effet souhaiter un retour progressif de la méthode historique en France. La réforme des enseignements juridiques en France et la suppression des études obligatoires de droit romain<sup>48</sup> a mécaniquement abouti à une moindre utilisation du droit romain et de l'histoire du droit. Or, les bienfaits pratiques et actuels d'en revenir à l'histoire et aux fondamentaux sont bien connus.

**16.** Quant à l'arrêt du 19 février 2015<sup>49</sup>, la question du droit de suite appelle à d'autres considérations et les arrêts de 2021 ont été rendus, entre autres, au visa de l'article 2288, 4°, alinéa 2 (détention par le débiteur), alors que l'affaire de 2015 se situerait plutôt dans le champ de l'alinéa 3 (tiers détenteur). Néanmoins, l'arrêt de 2015 doit probablement être considéré comme remis en cause. En effet, d'une part, dans le dialogue entre la doctrine et la jurisprudence, les arrêts de 2021 ressemblent à une réponse positive aux critiques formulées par la doctrine il y a quelques années. D'autre part, on peut penser que l'alignement total et général dans ces arrêts des

<sup>46</sup> PH. THÉRY, note préc.

<sup>47</sup> « On peut se demander ce qui a bien pu pousser les hauts magistrats à énoncer une telle solution ». P. CROCQ, note préc. « Le commentateur est presque gêné d'avoir à rappeler que l'hypothèque est un accessoire [...] ». PH. THÉRY, préc.

<sup>48</sup> Un professeur de droit parisien aujourd'hui décédé expliquait cette disparition, de manière informelle mais sérieuse, de la manière suivante. Elle aurait pour origine le fait qu'un certain professeur de droit romain à la Faculté de droit de Paris donnait des cours qui n'étaient pas du tout appréciés par ses étudiants. Une fois ces étudiants en fonction dans des ministères ou des facultés en relation avec les ministères, ils auraient eu pour doctrine un « plus jamais ça ! ». Ils auraient alors fait supprimer l'enseignement obligatoire du droit romain (série de matières fondamentales) des programmes. Cette anecdote illustre l'effet gigantesque qu'un professeur de droit peut avoir sur l'ensemble du droit substantiel d'un pays. En effet, selon cette anecdote, malgré lui, ce professeur aurait transfiguré fondamentalement la formation technique et intellectuelle des juristes producteurs de droit (magistrats, professeurs, praticiens, membres des ministères, politiques...) partout en France.

<sup>49</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 févr. 2015, n° 13-27.691. V. *supra* n° 8.

existences civiles de la créance principale et de l'hypothèque dans le cas où le bien se situe entre les mains du débiteur devrait *a fortiori* aboutir sur cet alignement lorsque le bien est entre les mains du tiers détenteur.

17. La réforme du 15 septembre 2021 a renforcé l'alignement des délais. Le nouvel article 2474 du Code civil reprend l'ancien article 2488, mais en purgeant la mention de la prescription et les deux alinéas suivants qui détaillent cette question.

L'alinéa 2 du 4<sup>o</sup> de l'ancien article est une répétition du 1<sup>o</sup> qui avait deux utilités : à titre principal, « répudier nettement » la prescription quarantenaire et, de même, marquer la différence avec le cas du tiers détenteur<sup>50</sup>. La première utilité n'étant plus d'actualité, cet alinéa n'a d'intérêt qu'autant que le suivant en a.

Le troisième alinéa, quant à lui, avait pour fonction, comprend-on, de séparer la prescription extinctive de l'hypothèque de la prescription acquisitive de la propriété, sans remettre en cause la « vie commune » de la créance et de l'hypothèque qui lui est accessoire<sup>51</sup>. L'absence de coïncidence de ces prescriptions est un principe toujours affirmé<sup>52</sup>. Il se trouve cependant que le principe même d'une prescription extinctive propre à l'hypothèque est jugé désuet maintenant que, depuis 1955, toutes les hypothèques doivent être déclarées et que la purge est organisée<sup>53</sup>, puisqu'il n'y a plus besoin de protéger l'acquéreur contre les hypothèques occultes<sup>54</sup>. Par ailleurs, il s'agirait d'une « hypothèse d'école<sup>55</sup> » « hautement improbable<sup>56</sup> », à l'« utilité pratique [...] nulle<sup>57</sup> » et « passablement complexe » qui plus est<sup>58</sup>. Enfin, elle ferait courir un risque injuste au créancier hypothécaire<sup>59</sup> : c'est au tiers de se renseigner sur les inscriptions<sup>60</sup>. Aussi, on a franchement plaidé pour sa suppression<sup>61</sup>.

Cette suppression clarifie en outre probablement la matière, de manière à éviter les décisions telles que celles rendues au fond en l'espèce. Le triple alinéa de l'ancien article 2488, 4<sup>o</sup>, semble en effet avoir fait rentrer les juges du fond dans des raisonnements complexes de manière à faire porter la confusion sur les principes applicables. Elle assied donc la décision ainsi rendue par la Cour de cassation.

50 A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Morel et Guilbert, 1844, 4<sup>e</sup> éd., t. 20, n<sup>o</sup> 306 ; P. PONT, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée* (continuation de V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11), Paris, Delamotte et fils, 1876, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, n<sup>o</sup> 1242.

51 P. PONT, préc., n<sup>o</sup> 1245 et s.

52 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PÉTEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 2015, n<sup>o</sup> 68 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 216, n<sup>o</sup> 571 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, *Droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 1987, n<sup>o</sup> 388.

53 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ; F. CHABAS et Y. PICOD, *Leçons de droit civil. 3,1, Sûretés, publicité foncière*, LGDJ, 1999, n<sup>os</sup> 572-573

54 PH. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1998, n<sup>o</sup> 224. Dans le même sens : G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, préc., n<sup>o</sup> 386 ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, Dalloz, 2017, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, n<sup>o</sup> 1210.

55 M. CABRILLAC et coll., *eod. loc.*

56 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Puf, 2016, 3<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 333.

57 M. DAGOT, *Les sûretés*, Puf, 1981, p. 501.

58 M. CABRILLAC et coll., *eod. loc.* V. le régime détaillé dans : H. MAZEAUD et coll., préc., p. 488 et s.

59 PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Les sûretés*, Dalloz, 2016, n<sup>o</sup> 48.

60 A. WEILL, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 1979, n<sup>o</sup> 597.

61 H. MAZEAUD et coll., préc., n<sup>o</sup> 578.

On remarque néanmoins que la nouvelle rédaction fait de la liste en question une liste indicative, du fait d'un « notamment ». Il aurait probablement été plus clair et efficace de reprendre la phrase qui se trouvait dans le projet Vatimesnil de 1850<sup>62</sup>.

**18.** La solution laisse place à une autre question. Dans l'arrêt de 2021, les requérants voulaient en effet obtenir la radiation de l'hypothèque. Or, l'obligation naturelle survit à l'hypothèque. La résolution de cette question mérite donc un approfondissement.

## II.- La radiation de l'hypothèque malgré la survie de l'obligation naturelle

**19.** L'obligation naturelle survit à la prescription (A) et, sur ce fondement, la radiation est un choix et non une nécessité logique (B).

### A.- Survie de l'obligation naturelle à la prescription de l'hypothèque

**20.** Il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'alignement des délais en matière d'obligation naturelle et de prescription, qui a originellement eu lieu en 1804. Cet alignement ne signifie absolument pas qu'on ne considère plus que l'obligation naturelle ne survit plus à la prescription. Un des plus beaux passages du droit français concernant l'obligation naturelle, et même peut-être du droit français en général, maintes fois cité à par nos soins et apprécié<sup>63</sup>, est non seulement relatif à l'obligation naturelle qui survit à la prescription, mais encore se situe dans l'exposé des motifs même de Bigot de Préameneu dans lequel il présentait cet alignement des délais<sup>64</sup>. Tout le système de la prescription ne tient que parce qu'il laisse l'obligation naturelle subsister. Comment imaginer un système dans lequel le paiement, dans la vie civile, de sa dette ne serait pas valable en droit sous prétexte d'une prescription générale, alors édictée de manière autoritaire et déconnectée de la réalité ? Tout législateur doit respecter la vie civile naturelle<sup>65</sup> et loin du législateur de 1804 l'idée de se séparer

<sup>62</sup> V. *supra* n° 7.

<sup>63</sup> Le passage est visé dans : R. MARTY, « Les clauses de remise d'action ou de limitation de recours dans les financements structurés », *RDBF*, sept. 2020, étude 15.

<sup>64</sup> F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU, « Exposé des motifs du titre relatif à la prescription », p. 589. Après avoir expliqué qu'on a recherché les délais qui ménagent le plus les différents intérêts, il ajoute : « Si ensuite l'équité se trouve blessée, ce ne peut être que dans des cas particuliers. La justice générale est rendue, et dès lors les intérêts privés qui peuvent être lésés doivent céder à la nécessité de maintenir l'ordre social. Mais ce sacrifice, exigé pour le bien public, ne rend que plus coupable dans le for intérieur celui qui ayant usurpé, ou celui qui étant certain que son engagement n'a pas été rempli, abuse de la présomption légale. Le cri de sa conscience, qui lui rappellera sans cesse son obligation naturelle, est la seule source que la loi puisse laisser au propriétaire ou créancier qui aura laissé courir contre lui la prescription. »

<sup>65</sup> J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du Gouvernement », p. 482, dans P.-A. FENET, préc., t. 1 : « Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels... »



de ce principe<sup>66</sup>. C'est tout le principe des obligations naturelles, si essentielles, dont il s'agit ici.

Cet alignement ne signifie pas, non plus, que l'obligation naturelle ne puisse pas avoir en principe des effets en droit des sûretés. L'obligation naturelle est une notion juridique, prévue par le Code civil, ayant son régime et sur la base de laquelle d'autres régimes peuvent se fonder. En droit du cautionnement, nous savons que les codificateurs ont repris Pothier et que les cas où la caution est tenue mais pas le débiteur principal (qui a une exception purement personnelle) est entièrement fondé sur la survie d'une obligation naturelle qui devient l'objet du cautionnement<sup>67</sup>.

21. La question est donc de savoir si le législateur civil *veut* faire perdurer civilement la sûreté sur le fondement de l'obligation naturelle. Par exemple, en droit allemand, en droit estonien et en droit roumain, la prescription de l'obligation garantie n'empêche pas de réaliser l'hypothèque<sup>68</sup> tandis que le droit chilien prévoit explicitement l'extinction de l'action hypothécaire avec celle de l'obligation à laquelle l'hypothèque est attachée<sup>69</sup>. Bien entendu, quelque soit le choix du législateur, il doit décider avec une certaine cohérence et, par exemple, en matière de cautionnement, il serait contradictoire de refuser de le faire et en même temps d'instaurer des cas où seule la caution est tenue. Il n'y a cependant aucune contradiction à vouloir faire coïncider la prescription de l'hypothèque et celle de l'obligation principale, et tel fut le souhait des réformateurs de 1804. D'ailleurs, en droit français, la coïncidence entre obligation civile et validité civile de l'hypothèque est très générale et ne s'arrête pas à la prescription<sup>70</sup>.

22. En tout état de cause, l'arrêt de 2021 de la Cour de cassation montre l'importance de l'obligation naturelle pour comprendre la matière. En effet, elle faisait face à un raisonnement particulièrement compliqué de juges du fond et un pourvoi lui a posé une question sans jamais faire référence à l'obligation naturelle. Pour résoudre la question complexe, elle fait alors spontanément appel à l'histoire, qui lui donne une clé de compréhension à travers cette notion qu'elle a spontanément utilisée. En effet, lors d'une période récente, la notion d'obligation naturelle a été déformée de manière à ce qu'on ne l'utilise plus pour comprendre une série de questions dans lesquelles elle est pourtant incontournable. Ce retour à l'histoire a alors permis aux juges de comprendre le principe de la possible différence entre les prescriptions et

66 « Oui, loin de nous la pensée que les droits de l'équité naturelle puissent être indifférents au législateur civil ! La foi intime ne serait-elle pas toujours le premier lien de la société ? Le fondement de toute obligation est dans la conscience de celui qui la contracte. » P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, p. 340. Certes, avant 1804, on trouve des auteurs qui remettent en cause la survie de l'obligation naturelle, mais il s'agissait de discussion engluée dans les lois romaines et faites pour argumenter en dépit de celles-ci et, de l'aveu même de Merlin, en réalité, il s'agit de rejeter les conséquences civiles relatives à l'obligation naturelle. P.-A. MERLIN, « Prescription », sect. 1, § 2, dans J.-N. GUYOT (dir.), *id.*, Paris, Visse, 1784, t. 13.

67 V. nos études citées *supra* note 1.

68 § 216 (1) du BGB, § 145.1 (1) du Code civil estonien et art. 2504 (1) du Code civil roumain.

69 Art. 2516 du Code civil chilien.

70 C. JUILLET, « Hypothèque », *Rep. dr. civ.*, mai 2019, n° 167 et s. Les tempéraments présentés sont tout à fait limités.

par là de mieux voir ce que signifie leur alignement. Grâce à l'obligation naturelle, elle a compris la matière de manière beaucoup plus simple et donc efficace et a pu résoudre avec assurance la question posée.

23. On remarque aussi que la cour d'appel dont les décisions ont été cassées en 2021 s'appuyait sur une distinction entre la créance et l'action. Or, on traite souvent de l'obligation naturelle à travers celle-ci. La complexité des raisonnements de la cour d'appel, auquel ce procédé aboutit, illustre très bien le péril qu'il y a à une telle démarche<sup>71</sup>. Si son raisonnement est complexe, c'est parce qu'il est en quelque sorte en "roue libre" et qu'on ne voit pas le sens global, le fondement, des distinctions subtiles qu'elle opère. C'est en retrouvant le sens de la matière, que les principes généraux apparaissent et que la combinaison de ces principes se fait de manière beaucoup plus simple.

L'idée que l'obligation naturelle est une obligation qui ne donne pas lieu à action en justice<sup>72</sup> n'est pas vraiment fautive et raisonner ainsi dans l'application courante de son régime ne semble pas devoir soulever d'objection. C'est si l'on fait de cette assimilation une définition fondamentale que l'on s'égare dans les raisonnements. L'essence de l'obligation naturelle ne réside pas dans son régime et la retrouver permet de comprendre et donc de résoudre naturellement bien des problèmes.

Quant au débat sur la nature de la prescription comme extinction du droit ou de l'action, il s'agit en réalité d'une fautive alternative car il évince la question de l'obligation naturelle. Chacune des deux branches de cette alternative n'est ni vraie ni fautive. La prescription éteint la force civile d'une obligation et aboutit à une obligation naturelle potentielle<sup>73</sup> sur la base de laquelle il n'y a pas d'action en justice possible.

Plutôt que d'assimiler l'obligation naturelle à une obligation sans action, il faudrait donc faire l'exact inverse et considérer que toute mention d'obligation sans action renvoie en réalité à une obligation naturelle potentielle<sup>74</sup>.

24. Il est aussi possible de réfléchir au cas où le créancier fait jouer la garantie avant la prescription de la créance, mais où la créance est acquise en cours de procédure. Ainsi, dans le cas d'un nantissement de compte en banque, d'une demande d'attribution alors que la créance est civilement valable mais plus au moment du jugement, on a décidé de débouter le créancier de sa demande du fait que l'obligation naturelle qui survit à la prescription n'est pas susceptible d'exécution forcée<sup>75</sup>. La même solution a été donnée au Canada, en droit québécois, dans un cas d'hypothèque actionnée mais qui se fondait sur une créance qui était prescrite le temps du

71 L'obligation civile est en réalité, en principe, civile et naturelle. Seulement, le caractère naturel n'a pas d'effet de droit dans ce cas, on simplifie en ne parlant que du caractère civil. De même, l'obligation naturelle désigne en général l'obligation qui est uniquement naturelle.

72 Ce qui ne signifie pas sans créance.

73 V. *supra* note 1.

74 Pour une explication plus précise d'un tel procédé, v. nos études citées *supra* note 1.

75 Aix-en-Provence, 2 fév. 2017, 14/03082, conf., rapp. D. PONSOT. V. notre présentation et analyse dans notre thèse, en annexe, partie sur les sûretés.

jugement. La cour supérieure (première instance) estimait que le délai pour juger n'était pas le fait de la banque qui avait engagé l'action hypothécaire à temps, mais, sur le fondement du caractère accessoire de l'hypothèque, la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada ont rejeté l'action hypothécaire de la banque<sup>76</sup>.

Cette solution nous paraît exagérée. L'obligation naturelle permet la survie de l'hypothèque<sup>77</sup> et le droit ne devrait pas aggraver le poids pour les créanciers des délais judiciaires non raisonnables. La mise en cause régulière de la sûreté devrait, en général, suspendre le délai de prescription de la créance principale, à tout le moins dans le cadre de l'instance en cours, et bien entendu alors réserver le droit d'une action récursoire. Les juridictions sont déjà exsangues et il ne nous semble pas propice d'imposer de multiples recours, nécessaires du fait de l'anémie de la justice provoquant de longs délais de jugement et ayant pour effet d'aggraver cet état de fait. Il nous semble qu'il devrait y avoir ici un tempérament à la règle de l'accessoire, par ailleurs justifiée dans son caractère très général en matière d'hypothèques. C'est en tout cas la règle au Québec en matière de cautionnement : l'interruption de la prescription à l'égard de la caution interrompt celle à l'égard du débiteur principal<sup>78</sup>.

25. Il reste à étudier la question de la radiation de l'hypothèque une fois civilement éteinte.

#### *B.- La radiation de l'hypothèque civilement éteinte*

26. Il y a en effet une nouvelle distinction à introduire, entre existence civile de l'hypothèque et inscription sur les registres<sup>79</sup>. On peut imaginer une hypothèque qui n'est que naturelle et ne donne pas lieu à action en justice, mais qui donne toujours droit à inscription sur les registres. C'est ce qu'on a estimé au Québec.

Le Québec s'est posé les mêmes questions que la France quant à la prescription quarantenaire<sup>80</sup> et y a lui aussi répondu en alignant les prescriptions par l'article 2081 du Code civil du Bas-Canada (1866)<sup>81</sup> et plus explicitement encore par l'article 2797 du Code civil du Québec (1994)<sup>82</sup>. La doctrine estime que l'alignement est total et

<sup>76</sup> *Toronto-Dominion Bank v. Young*, 2020 SCC 15 (CanLII), préc., note 85.

<sup>77</sup> Ici comme ailleurs, la survie de l'obligation naturelle n'impose rien mais *permet* de choisir en fonction des règles spéciales à la matière concernée.

<sup>78</sup> Art. 2899 du Code civil du Québec. Le Code des obligations suisse prévoit néanmoins la règle inverse à son § 136 (3).

<sup>79</sup> Cette distinction est qualifiée d'« essentielle ». PH. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1998, 2<sup>e</sup> éd., n° 221. V. aussi M. GRIMALD et PH. DUPICHOT, « Durée et sûretés », *RDC*, 2004, 1, p. 95 et s.

<sup>80</sup> CHS. C. DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec (ci-devant Bas-Canada)*, Montréal, Eusèbe Senécal & fils, 1890, vol. 20, p. 212 et s. et p. 297 (exposant les solutions françaises, du Code civil et avant celui-ci).

<sup>81</sup> Art. 2081, C.c.B.C. : « Les privilèges et hypothèques s'éteignent : [...] 5. Par l'extinction absolue de la dette à laquelle était attaché le privilège ou l'hypothèque, et aussi dans le cas de l'article 1197 ; [...] 8. Par la prescription. », *Code civil du Bas-Canada*, Ottawa, M. Cameron, 1866. Via [www.canadiana.ca](http://www.canadiana.ca)

<sup>82</sup> Art. 2797, C.c.Q. : « L'hypothèque s'éteint par l'extinction de l'obligation dont elle garantit l'exécution. [...] » Le ministère de la Justice précise qu'il s'agit de la reprise du point 5 de l'article cité à la note précédente. Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993. Via [elois-caij.qc.ca](http://elois-caij.qc.ca).

que l'hypothèque subit toutes les prescriptions qui peuvent toucher les créances principales, quand bien même sa propre prescription serait plus longue. Ainsi, la créance qui se prescrit au bout de trois ans en droit commun éteint l'hypothèque alors que la prescription des droits immobiliers est de dix ans<sup>83</sup>. Ce principe ne pose en jurisprudence aucun problème<sup>84</sup>. « C'est l'adage bien connu "L'accessoire suit le principal" qui s'applique », explique par exemple le juge Gilson Lachance<sup>85</sup>.

Néanmoins, tout à fait conscients de cette règle, Didier Lluelles et Benoît Moore estiment, en s'appuyant sur la jurisprudence, que le propriétaire grevé ne peut demander la radiation de l'hypothèque accessoire d'une obligation civilement éteinte du fait d'une faillite ou d'une prescription<sup>86</sup>. Dans ce système, ni l'obligation principale ni l'hypothèque ne sont susceptibles d'exécution forcée, mais le maintien de l'hypothèque constitue un « incitatif puissant » à payer la dette qui est à l'état naturel<sup>87</sup>. C'est un système qui est tout à fait possible en logique. L'adopter tient de l'opportunité et, le cas échéant, de l'interprétation.

En France, il faut se reporter à l'article 2443 du Code civil, selon lequel la radiation doit être ordonnée par les tribunaux lorsque l'hypothèque est fondée sur un titre « éteint ». On pourrait procéder à une interprétation différente en fonction d'autres considérations, mais, de manière générale, le principe est que les lois sont à comprendre en fonction de l'aspect civil des choses. D'autant plus que l'obligation naturelle qui survit n'est en réalité que potentielle<sup>88</sup>. Si l'on décidait néanmoins de faire en France quelque chose de similaire au système proposé par MM. Lluelles et Moore, alors ce ne serait pas une ineffable extinction naturelle<sup>89</sup> qui compterait, mais la propre prescription de l'hypothèque, voire le paiement de l'obligation principale.

27. Quant à la réforme de 2021, elle n'a pas modifié les conditions de radiation à ce titre et donc la solution ne devrait pas être remise en cause. Si l'on jugeait, comme dans le système québécois de MM. Lluelles et Moore, plus équitable de maintenir l'inscription à titre de pression mais sans que cette inscription ne soit adossée à une

83 L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, par. 341. Cité dans des arrêts mentionnés note suivante.

84 Cour suprême : *Banque Toronto-Dominion c. Young*, 2020 CSC 15 (CanLII), n° 24. Cour d'appel : *Young c. Banque Toronto-Dominion*, 2018 QCCA 810 (CanLII).

85 Québec (Sous-ministre du revenu) c. Corbeil, 2005 QCCQ 28802 (CanLII).

86 D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n° 19.1 et note, s'appuyant sur *Day c. Banque Laurentienne du Canada*, 2014 QCCA 449, par. 9, et, auparavant, 3095-7252 *Québec Inc. c. Mickeck Jacyno*, [2010] R.J.Q. 1118, par. 39 (C.A.). La Cour d'appel du Québec est la plus haute juridiction du Québec, avec comme échelon supérieur la Cour suprême du Canada. L'arrêt le plus ancien avait été interprété comme instaurant une véritable efficacité de l'hypothèque dans l'hypothèse de la faillite et ceci jusqu'à ce que la dette objet de la faillite soit prescrite. É. CHARPENTIER, « Une exception à la règle de l'inefficacité de l'hypothèque judiciaire dans le contexte de la faillite du débiteur », *Canadian Business Law Journal*, 2012 (52), p. 271-286.

87 *Ibid.*, note.

88 V. *supra* note 1.

89 Il s'agirait de savoir, dans l'ordre naturel des choses et du point de vue de la justice et de l'équité, le moment où une personne n'est plus tenue en conscience dans le cas particulier. La loi pose justement des prescriptions civiles par présomption générale de ces moments et on se fonde sur elles pour rendre le droit efficace et prévisible. V. *supra* note 64 les propos de Bigot de Préameneu. Quant à l'objection d'une survie de l'obligation naturelle à une obligation civile fondée sur l'idée qu'il existe une prescription naturelle, en réalité, l'obligation naturelle n'est que potentielle, et la reconnaissance (paiement ou engagement d'exécuter) la révèle en même temps qu'elle lui donne un caractère civil.

hypothèque civilement valable, et alors que la prescription propre de l'hypothèque est supprimée, alors il faudrait probablement une disposition spécifique. À défaut, il faudrait utiliser une prescription de droit commun.

**CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS  
DU DROIT DES AFFAIRES 2022**

### 1. La bonne foi et l'intérêt social au soutien de la protection du dirigeant de société

**Com., 30 mars 2022, n<sup>os</sup> 20-16.168 et 20-17.354, publié.**

**Romain DUMONT**

*Maître de conférences à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne  
IRJS (EA 4150)*

Classiques mais toujours sensibles, la rémunération et la révocation figurent parmi les questions les plus discutées concernant le statut des dirigeants sociaux. Si l'on y ajoute la publication au *Bulletin*, l'arrêt rendu le 30 mars 2022 par la chambre commerciale de la Cour de cassation réunit tous les ingrédients d'un grand arrêt de droit des sociétés<sup>1</sup>.

En l'espèce, le président du conseil de surveillance d'une société mère devient membre et président du directoire dans un contexte de restructuration en vue d'une cession rapide du groupe. À l'occasion de sa nomination, une « *convention de mandat social* » est conclue entre la société et le nouveau dirigeant. La société s'engage notamment à diverses obligations de paiement. À peine sept mois plus tard, le conseil de surveillance révoque le dirigeant de ses fonctions, à la fois en tant que président et membre du directoire.

Un contentieux s'engage alors, tant sur la révocation que sur la rémunération du dirigeant. Débouté en appel, le dirigeant forme un pourvoi en cassation et obtient la cassation de l'arrêt d'appel. Un premier aspect, relevant de l'interprétation du contrat, ne sera pas développé : la Cour de cassation se fonde sur l'article 1103 du Code civil (« *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ») et rappelle que lorsque les stipulations d'un contrat sont ambiguës, il appartient au juge de déterminer quelle a été la commune intention des parties. Elle juge que tel était le cas de la stipulation relative à une prime de cession « *en ce qui concerne tant la question de savoir si la cession de la société Traqueur entraine dans la mission confiée [au dirigeant] en sa qualité de président du directoire que les conditions de versement de la prime en cas de cession* » et reproche donc à la cour d'appel de ne pas s'être expliquée sur la commune intention des parties.

---

<sup>1</sup> Com., 30 mars 2022, n<sup>os</sup> 20-16.168 et 20-17.354, *D.* 2022.1875, obs. E. LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2022.329, obs. J. MOURY ; *LEDC* 2022, n<sup>o</sup> 5, p. 7, obs. J.-F. HAMELIN ; *Rev. soc.* 2022.425, note B. DONDERO ; *Dr. soc.* 2022, comm. 121, note J.-F. HAMELIN ; *BJS* 2022, n<sup>o</sup> 5, p. 23, note J.-F. BARBIÈRI ; *GP* 2022, n<sup>o</sup> 21, p. 62, obs. C. MAYRAN.

La cassation ne se limite pas à cette question d'interprétation de la convention : vient ensuite la question de la rémunération variable. Alors que la cour d'appel reproche au dirigeant de ne pas avoir pris d'initiative (il « *avait la possibilité de demander à la société Traqueur de procéder à la fixation de ses objectifs, s'en est abstenu, [et] ne peut dès lors reprocher à la société Traqueur un manquement dans ses obligations de ne pas y avoir procédé* »), la Cour de cassation retient la solution exactement inverse, en visant l'article 1104 du Code civil relatif à la bonne foi : « *il incombait à la seule société Traqueur de fixer les objectifs à réaliser* ». Une violation de la loi est ainsi caractérisée.

Le dirigeant conteste également sa révocation en considérant qu'elle est dépourvue de juste motif. La cour d'appel avait rejeté sa demande, car il a été informé de la volonté de l'actionnaire de mettre en place une nouvelle gouvernance. Ce motif ne convainc pas la chambre commerciale. Au visa de l'article L. 225-61, al. 1<sup>er</sup> du Code de commerce, elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché « *si la décision de révoquer [le dirigeant] était justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social* » et casse l'arrêt pour défaut de base légale.

Se fondant tout à fait sur la bonne foi et l'intérêt social, la protection du dirigeant social se renforce alors qu'intuitivement, ces deux notions pourraient plutôt lui imposer des obligations. La décision est très nettement en faveur du dirigeant social, mais elle ne résout pas définitivement l'affaire. Qu'il s'agisse de la contractualisation de la rémunération du dirigeant social (I) ou de la limitation de la révocation justifiée par le changement de gouvernance (II), cet arrêt appelle à des précisions ultérieures.

## **I.- La contractualisation de la rémunération du dirigeant social**

En dépit de la nature institutionnelle des fonctions de dirigeant social, il est loisible aux parties de compléter les règles légales par un contrat, couramment dénommé « *convention de mandat social* ». Comme tout contrat, il est soumis à la bonne foi contractuelle, ce qui permet au juge de dégager une obligation pour la société de déterminer les objectifs liés à la rémunération variable (A), mais la nature institutionnelle pourrait jouer les trouble-fête : la nullité de cette rémunération est envisageable (B).

### *A.- La détermination obligatoire des objectifs liés à la rémunération variable*

Dès lors qu'une rémunération variable est stipulée, des objectifs doivent être fixés afin de pouvoir ensuite établir le taux d'atteinte des objectifs et en déduire le montant de la rémunération variable due au dirigeant social.

Cette nécessité pratique n'est pas envisagée par les textes applicables à la société anonyme en général : aucun détail n'est donné quant aux formes de rémunération.



En revanche, la rémunération variable est spécifiquement traitée par les dispositions consacrées aux sociétés cotées, désormais réunies dans un Chapitre X du Code de commerce (« *Des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation* »). La politique de rémunération doit seulement indiquer « *les critères clairs, détaillés et variés, de nature financière et non financière, y compris, le cas échéant, relatifs à la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise, qui conditionnent leur attribution et la manière dont ces critères contribuent aux objectifs de la politique de rémunération* ». C'est finalement le Code Afep-Medef qui aborde la détermination des objectifs pour chacun des critères de rémunération variable : « *Le conseil définit les critères permettant de déterminer la rémunération variable annuelle ainsi que les objectifs à atteindre. Ceux-ci doivent être précis et bien entendu préétablis* » (§ 25.3.2). Les auteurs soulignent que la règle relève de l'évidence : par construction, les objectifs doivent être déterminés au préalable.

Faute d'objectif, il faut alors provoquer une décision de l'organe compétent, mais à qui incombait-il de prendre l'initiative ? Dans le silence du contrat, c'est vers la bonne foi contractuelle que l'on se tourne. La Cour de cassation vise donc l'article 1104, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Cette règle emporte des conséquences nombreuses. Elle peut tout imposer, ou presque : devoir de probité, d'honnêteté, obligation d'information, loyauté et plus largement une certaine justice contractuelle<sup>2</sup>. La bonne foi vient notamment en appui à la bonne exécution du contrat, en imposant une coopération des parties, c'est-à-dire que le cocontractant doit adopter « *une démarche positive, à l'opposé de la passivité et de toute attitude égoïste*<sup>3</sup> ». La jurisprudence en déduit notamment une obligation de faciliter l'exécution du contrat. Par exemple, le client est tenu de transmettre les pièces nécessaires à l'avocat pour lui permettre de mener à bien sa mission<sup>4</sup> et l'employeur ne peut pas abandonner brutalement un système de transport destiné à un salarié aux horaires atypiques<sup>5</sup>. Si c'est souvent le créancier de l'obligation qui est visé, la bonne foi s'impose également au débiteur : il ne devrait pas échapper à son obligation par une certaine habileté<sup>6</sup>. La bonne foi impose au contractant un comportement sérieux lors de l'exécution du contrat,

2 En ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2021, n° 136.

3 Y. PICOD, v° « Contrat – Force obligatoire du contrat – Bonne foi », *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1103 et 1104, n° 70. Analysant la coopération au titre d'un devoir du contractant d'exécuter utilement : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1989, n°s 83 s.

4 Ce devoir de collaboration doit s'articuler avec l'obligation de conseil de l'avocat : 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2015, n° 14-17.096.

5 Soc., 10 mai 2006, n° 05-42.210, *Dr. social* 2006.803, obs. J. SAVATIER ; *JCP S* 2006.1727, note B. BOSSU.

6 Pour le cas d'un employeur ayant mis à la retraite un salarié, l'empêchant d'atteindre l'ancienneté suffisante pour bénéficier d'une retraite surcomplémentaire : Soc., 4 juin 2002, n° 00-42.280, *JCP G* 2003.I.152, obs. G. VINEY. Retenant la déloyauté dans l'exécution de l'obligation de reclassement lorsqu'un poste vacant dans le groupe a été pourvu par un recrutement extérieur : Soc., 7 avr. 2004, n° 01-44.191, *Dr. social*. 2004. 670, obs. G. COUTURIER. Un éditeur agit de mauvaise foi lorsqu'il recourt à des prestations fictives au détriment des auteurs, dont les redevances se trouvaient ainsi minorées de manière illégitime : 1<sup>re</sup> civ., 11 janv. 2000, n° 98-20.446 ; confirmant Paris, 9 sept. 1998, *JCP G* 1999.II.10181, note A. LUCAS ; *JCP E* 1999.320, obs. H.-J. LUCAS.

avec une exigence de bonne fin : il doit faire tous les efforts propres à assurer à son partenaire la satisfaction attendue<sup>7</sup>.

La bonne foi peut s'imposer à chacune des parties. L'enjeu est alors d'articuler la bonne foi de chacun au cas d'espèce : l'absence d'objectif caractérise-t-elle la mauvaise foi de la société, débitrice, ou celle du dirigeant, créancier de la rémunération variable ? La bonne foi a ceci d'original qu'elle aboutit parfois à inverser les rôles : elle impose par exemple au client d'un distributeur d'eau de l'avertir lorsqu'il omet de facturer ses services<sup>8</sup>. En l'espèce, il s'agissait donc de confronter la bonne foi du dirigeant à la bonne foi de la société, tous deux tenus de coopérer d'autant que pour fixer des objectifs, il est courant de négocier. Sans doute inspirée par une décision selon laquelle il appartient au dirigeant de solliciter une décision de l'organe compétent sur sa rémunération – décision rendue dans un tout autre contexte<sup>9</sup>, la cour d'appel a tranché en faveur du devoir de bonne foi du dirigeant : il « *avait la possibilité de demander à la société Traqueur de procéder à la fixation de ses objectifs, s'en est abstenu, [et] ne peut dès lors reprocher à la société Traqueur un manquement dans ses obligations de ne pas y avoir procédé* ». Il apparaît pourtant en jurisprudence que la bonne foi n'est imposée au créancier que lorsqu'il a un rôle à jouer et que le débiteur ne peut pas s'y substituer : tel est le cas de l'obligation de renseignement visant à éclairer le débiteur et ainsi accroître le degré de satisfaction du créancier<sup>10</sup>. Or la société – concrètement, le conseil de surveillance – n'a pas besoin du dirigeant pour fixer des objectifs. La Cour de cassation fait donc prévaloir le devoir de bonne foi de la société : « *il incombait à la seule société Traqueur de fixer les objectifs à réaliser* ». Si elle n'en précise pas la raison, l'explication peut résider dans le droit des sociétés : la fixation de la rémunération relève d'une décision unilatérale de la société. Il serait donc excessif de renverser la situation en reprochant au dirigeant de ne pas avoir rappelé la société à son devoir. En ne fixant pas les objectifs, la société agit de mauvaise foi et engage donc sa responsabilité civile<sup>11</sup>. La solution s'impose d'autant plus qu'en ne fixant pas les objectifs, la société vide l'obligation de sa substance et agit à l'encontre de la force obligatoire.

La solution est cohérente avec la jurisprudence sociale rendue à propos de la fixation des objectifs d'un salarié dont la rémunération comporte une part variable : faute pour l'employeur d'avoir précisé au salarié les objectifs à réaliser ainsi que les conditions de calcul vérifiables, cette rémunération doit être payée intégralement<sup>12</sup>. Elle peut être rapprochée de l'article 1304-3 du Code civil selon lequel « *La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplis-*

7 En ce sens : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 583.

8 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 1996, n° 93-21.414, *Defr.* 1996.744, obs. P. DELEBECQUE ; CCC 1996.76, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1996.898, obs. J. MESTRE.

9 Com., 14 nov. 2006, n° 03-20.836, *BJS* 2007.369, note A. LECOURT.

10 Rapp. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, n° 83 et n° 94 s.

11 La réparation pourrait se limiter à la perte de chance de percevoir un complément de rémunération : J.-F. BARBIÈRI, art. préc.

12 Soc., 10 juill. 2013, n° 12-17.921, *Dr. soc.* 2014, comm. 11, obs. S. TOURNAUX. V. également Soc., 29 juin 2011, n° 09-65.710, *D.* 2012.901, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2011.1465, obs. D. EVERAERT-DUMONT.

sement » : en ne fixant pas d'objectif, la société fait en sorte de ne pas avoir à verser la rémunération variable. L'obligation de déterminer les objectifs ne devrait pas avoir une portée restreinte à l'hypothèse d'une convention de mandat social : elle devrait s'appliquer à l'identique pour la rémunération variable fixée directement dans l'acte de nomination ou prévue dans une politique de rémunération<sup>13</sup>.

Le dirigeant social remporte donc gain de cause grâce à un pourvoi qui se restreint au droit commun des contrats. Il est cependant permis de douter de la licéité de la stipulation si l'on se place sur le terrain du droit des sociétés, ce qui pourrait réduire la portée de la solution.

#### B.- La nullité éventuelle de la rémunération fixée dans la convention de direction

Peu analysée en doctrine<sup>14</sup>, la rémunération fixée dans une convention de mandat social interpelle. La société peut-elle valablement s'engager par un contrat concernant la rémunération future de ses dirigeants sociaux ? Une telle stipulation semble aller à l'encontre de la jurisprudence rejetant la nature contractuelle de la rémunération au profit d'une qualification institutionnelle<sup>15</sup>.

La jurisprudence a rarement eu à se prononcer sur une rémunération variable stipulée dans une convention de mandat social et elle n'a pas discuté de sa licéité<sup>16</sup>. En revanche, d'autres stipulations contenues dans une convention de mandat social ont pu être annulées en raison de la violation de l'ordre public sociétaire, en particulier l'atteinte à la révocabilité *ad nutum* d'un mandataire social découlant de l'indemnité stipulée<sup>17</sup>.

La détermination de la rémunération dans la convention n'est-elle pas contraire à la répartition légale des pouvoirs dans la société anonyme ? En principe, la rémunération doit être fixée dans l'acte de nomination (article L. 225-63 du Code de commerce) ou une décision postérieure du conseil de surveillance<sup>18</sup>. Le conseil a une compétence exclusive pour fixer le mode de rémunération de chacun des membres du directoire<sup>19</sup>. En l'espèce, on ignore qui a représenté la société lors de la conclusion de la convention. Si la conclusion est une initiative du seul directoire, alors la convention empiète sur la compétence du conseil de surveillance. Au contraire, si le représentant a agi avec l'autorisation du conseil de surveillance, postérieurement (ne

13 En ce sens également : B. DONDERO, art. préc.

14 F. DANNENBERGER, v° « Ingénierie des sociétés – Contrat de mandat social – Commentaires », in *JurisClasseur Notarial Formulaire*, fasc. P-50. Comp. S. SCHILLER, v° « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », in *Rép. soc. Dalloz*, n° 196 s. ; Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2002, n° 272.

15 Rapp. J.-F. HAMELIN, art. préc. ; J. MOURY, art. préc. La rémunération décidée par les organes sociaux n'est pas soumise au contrôle des conventions réglementées : Com., 3 mars 1987, n° 84-15.726, *GP* 1987, 1, p. 264, note B. HATOUX.

16 V. notamment Paris, 17 févr. 2015, n° 13/12373.

17 Com., 15 nov. 2011, n° 09-10.893, *JCP E* 2012.1001, obs. A. VIANDIER ; *BJS* 2012.122, note A. COURET ; *Dr. soc.* 2012, comm. 43, note D. GALLOIS-COCHET.

18 V. également, pour les sociétés cotées, l'article L. 22-10-26, IV.

19 Com., 12 déc. 1995, n° 94-12.489, *BJS* 1996.207, note P. LE CANNU.

serait-ce qu'un instant de raison) à la décision de nomination, la convention semble moins contestable. Néanmoins, la jurisprudence considère qu'une fois décidée, la rémunération peut être ensuite amendée<sup>20</sup>. La convention de mandat social dépose donc le conseil de surveillance de son pouvoir de modifier la rémunération. La convention apparaît *a fortiori* incompatible avec la procédure de consultation des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux, dite « *say on pay* » réservée aux sociétés cotées. Le conseil de surveillance doit en effet élaborer et publier une politique de rémunération (article L. 22-10-26). Si la politique n'est pas approuvée par l'assemblée générale, le conseil soumet à la prochaine assemblée un projet de résolution présentant une politique de rémunération révisée et indiquant de quelle manière a été pris en compte le vote des actionnaires. Aucun élément de rémunération, de quelque nature que ce soit, ne peut être versé ou attribué par la société s'il n'est pas conforme à la politique de rémunération approuvée ou, en son absence, aux rémunérations antérieures ou aux pratiques existant au sein de la société.

Un tel raisonnement pourrait conduire à la nullité de la convention de mandat social, sauf à la requalifier en *gentleman's agreement*. En tout état de cause, la stipulation n'écarte pas le droit des sociétés : il continue à s'appliquer de sorte que la décision de rémunération devra être formellement prise par le conseil de surveillance<sup>21</sup>. Les organes demeurent donc libres de fixer une rémunération incompatible avec la convention de mandat social. La société engagera alors sa responsabilité du fait de l'inexécution contractuelle, permettant indirectement au dirigeant de percevoir la rémunération prévue contractuellement. La convention de mandat social déjoue ainsi les règles impératives du droit des sociétés en permettant à un dirigeant nouvellement nommé de ne pas se soumettre à ces règles.

En réalité, ce risque de nullité ne concerne que le cas où la stipulation engage la société. Si c'est un membre de la société qui s'engage – un actionnaire ou un administrateur – alors la convention devrait être licite. Un membre de la société peut tout à fait s'engager sur son propre comportement ou se porter fort des décisions à venir de la société (« *On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers* » : article 1204, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil). Il devra alors articuler cet engagement avec ses devoirs de dirigeant ou d'actionnaire : la convention ne sera pas un fait justificatif ; si ses devoirs lui imposent de revoir le montant ou les modalités de rémunération, il devra alors choisir entre exécuter la convention au risque d'engager sa responsabilité (d'administrateur ou d'actionnaire), ou inversement, respecter ses devoirs, quitte à s'exposer aux sanctions de l'inexécution de la convention de mandat social.

Le risque de nullité ne se limite pas à la seule stipulation : si l'annulation de la clause est accordée par le juge, ne risque-t-elle pas d'emporter avec elle toute la

<sup>20</sup> Com., 16 juill. 1985, n° 83-17.416, *Rev. soc.* 1985.842, note J. GUYÉNOT ; Com., 12 déc. 1995, *BJS* 1996.207, note P. LE CANNU ; Com., 24 oct. 2000, n° 98-18.367, *JCP E* 2001, n° 1, p. 37, note Y. GUYON.

<sup>21</sup> La rémunération versée sans décision de l'organe compétent est irrégulière et peut faire l'objet d'une restitution à la société : Com., 15 déc. 1987, n° 86-13.479.

convention ? La rémunération pourrait constituer « *un élément déterminant de l'engagement des parties* » (article 1184 du Code civil). Dans ces conditions, l'annulation pourrait même constituer un juste motif de révocation.

Le différend portant sur l'exécution de la convention de mandat social n'intervient pas à un moment anodin : le dirigeant a été révoqué de ses fonctions de président et membre du directoire, de sorte qu'il conteste simultanément le motif de sa révocation.

## II.- La limitation de la révocation justifiée par le changement de gouvernance

Il demeure possible de justifier la révocation d'un dirigeant par la volonté de l'actionnaire de mettre en place une nouvelle gouvernance. Ce motif n'est toutefois pas suffisant (A), car une condition supplémentaire de conformité à l'intérêt social est posée (B).

### A.- Le changement de gouvernance, motif insuffisant

La loi pose une exigence de juste motif pour la révocation des membres du directoire (article L. 225-61, al. 1<sup>er</sup> du Code de commerce)<sup>22</sup>. L'absence de juste motif ne remet pas en cause cette révocation, mais donne droit à une indemnisation du dirigeant. En l'espèce, la révocation était justifiée par la mise en place d'une nouvelle gouvernance, argument qui avait suffi à convaincre la cour d'appel. Que peut signifier l'expression « *mettre en place une nouvelle gouvernance* » ? Toute révocation de dirigeant aboutit, par définition, à une nouvelle gouvernance. Pour justifier une révocation, le changement de gouvernance devrait néanmoins retenir un périmètre plus large que le seul dirigeant révoqué, car sinon, toute révocation serait justifiée, ce qui dévoierait l'exigence de juste motif.

Pour donner de la substance à ce motif, on pense notamment à une réorganisation de la gouvernance. Il s'agit, par exemple, d'un changement de forme sociale, de la création de nouveaux organes statutaires dans une société par actions simplifiée ou du passage de la forme moniste (conseil d'administration et directeur général) à la forme dualiste (conseil de surveillance et directoire) dans une société anonyme. L'expression peut également viser la dissociation des fonctions (un directeur général et un président du conseil d'administration sont nommés séparément) ou inversement, la réunion des fonctions (la désignation d'un président-directeur général). Sans réorganisation, la mise en place d'une nouvelle gouvernance peut enfin concerner le changement de dirigeants résultant de l'arrivée d'un nouvel actionnaire, comme au cas d'espèce, ou d'un nouvel équilibre trouvé dans la gouvernance, par exemple

<sup>22</sup> Le président du directoire est en revanche révocable *ad nutum*. En l'espèce, le dirigeant révoqué étant à la fois président et membre du directoire, l'exigence de justes motifs ne résulte que de sa seule qualité de membre : J.-F. BARBIÈRI, art. préc.

la représentation de certains actionnaires au conseil, en particulier lorsqu'un pacte d'actionnaires prévoit une répartition des sièges.

Dans le cas de la mise en place d'une nouvelle gouvernance, le motif de révocation n'est pas de nature personnelle. Il est extérieur au dirigeant révoqué à qui rien n'est reproché. La jurisprudence a précisément admis que le juste motif ne réside pas forcément dans la personne du dirigeant<sup>23</sup>. Afin de compléter la justification, il serait utile de démontrer en quoi le dirigeant n'a pas sa place dans la nouvelle gouvernance.

Néanmoins, la Cour de cassation n'est pas satisfaite par ce motif et casse l'arrêt en raison d'un défaut de base légale. Compte tenu de ce grief, la volonté de l'actionnaire de mettre en place une nouvelle gouvernance n'est ni reconnue ni disqualifiée en tant que juste motif de révocation : elle ne suffit pas. Ce renforcement du niveau d'exigence peut s'expliquer par la faible consistance du motif au cas d'espèce : la volonté de mettre en place une nouvelle gouvernance est affirmée sans être étayée, à la différence de la jurisprudence antérieure ayant admis un tel motif. En particulier, l'abandon de la forme dualiste dans une société anonyme avait été retenu comme un juste motif en soi, sans autre condition<sup>24</sup>. Le juge prenait le soin de détailler les enjeux concrets de la réorganisation<sup>25</sup>. Désormais, la Cour de cassation pose une exigence de conformité à l'intérêt social qui pourrait dépasser le cas d'espèce.

#### *B.- La condition supplémentaire de conformité à l'intérêt social*

L'arrêt est cassé parce que la cour d'appel n'a pas recherché « *si la décision de révoquer [...] était justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social* »<sup>26</sup>. La référence à l'intérêt social n'est certes pas nouvelle, mais elle gagne en importance puisqu'elle est posée comme une condition.

Jusqu'à présent, l'intérêt social pouvait constituer un élément suffisant à caractériser le juste motif, sans pour autant être nécessaire<sup>27</sup>. Par exemple, une révocation

23 V. notamment Com., 16 mars 1954, *JCP G* 1954.II.8172, note J. R.

24 Com., 4 févr. 1997, n° 94-21.707, *D.* 1998. 362, note D. ROURE ; *BJS* 1997.306, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1997.472, obs. B. PETIT, Y. REINHARD ; *Rev. soc.* 1997.537, note Y. CHARTIER. Considérant qu'il s'agit d'une suppression de poste et non d'une révocation : Paris, 20 déc. 1982, *Rev. soc.* 1983.786, note P. LE CANNU.

25 Com., 3 mars 2015, n° 14-11.840, *Rev. soc.* 2015.518, note A. REYGOBELLET ; *Dr. soc.* 2015, comm. 90, note GALLOIS-COCHET. V. déjà Rennes, 28 mars 1973, *JCP G* 1974.II.17743, note H. SYNDET ; *Rev. soc.* 1974.708, note J.-J. BURST. *Contra*, rejetant le changement de majorité comme juste motif de révocation dans une SARL : Com., 29 mai 1972, n° 70-14.186, *Rev. soc.* 1973.487, note J.H. ; Paris, 15 févr. 1950, *JCP* 1950.II.5544, note D. BASTIAN. En revanche, constitue un juste motif la divergence de point de vue entre un membre du directoire et les actionnaires prépondérants à la suite d'une cession d'actions : TC Paris, 5 juill. 1972, *GP* 1973.1.298, note P. DELAISI ; *JCP G* 1974.II.17743, note H. SYNDET ; *RTD com.* 1973.575. obs. R. HOUIN ; Com., 17 juill. 1984, n° 83-12.925, *Rev. soc.* 1984.791, note J. GUYÉNOT.

26 Affirmant que la « *chambre commerciale n'innove en rien* » sur cet aspect : J.-F. BARBIÈRI, art. préc.

27 Déduisant le juste motif de la conformité à l'intérêt social : Com., 24 avr. 1990, *RDBB* 1990.239, obs. M. JEANTIN, A. VIANDIER.

peut être justifiée par l'existence, entre les deux membres du directoire, d'une mésentente de nature à compromettre l'intérêt social<sup>28</sup>. La conformité à l'intérêt social est désormais une condition supplémentaire. Dès lors qu'il y est invité par les parties, le juge doit vérifier que l'organe social ayant décidé la révocation a pris sa décision dans l'intérêt de la société. La Cour de cassation rejoint en cela certains juges du fond qui ont considéré que l'intérêt social doit être mis dans la balance pour apprécier le juste motif<sup>29</sup>.

La portée de l'arrêt pourrait être considérable : pourquoi la conformité à l'intérêt social serait-elle seulement exigée lorsque la mise en place d'une nouvelle gouvernance est invoquée ? Il y a tout lieu de penser que cette condition sera systématiquement exigée, d'autant que la Cour de cassation l'a déjà posée à propos de la perte de confiance<sup>30</sup> et de la mésentente (la mésentente constitue un juste motif si elle est de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société)<sup>31</sup>. La conformité à l'intérêt social pourrait donc être une condition exigée pour toute révocation. En tout état de cause, certains cas de révocation ne devraient pas être concernés par cette condition de conformité à l'intérêt social. Cela vaut notamment lorsqu'une faute est reprochée au dirigeant : la conformité à l'intérêt social est inhérente à ce motif.

Cet arrêt s'inscrit dans une tendance de la jurisprudence à faire de l'intérêt social une condition requise pour l'exercice de la plupart des prérogatives prévues par le droit des sociétés. La jurisprudence a déjà imposé cette exigence s'agissant des prérogatives de l'associé : elle ajoute une condition à la loi pour autoriser leur mise en œuvre. Cela se vérifie pour l'expertise de gestion<sup>32</sup>, le droit de faire convoquer une assemblée générale<sup>33</sup>, la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un manda-

<sup>28</sup> Com., 19 déc. 2006, n° 05-15.803, *BJS* 2007.502, note P. LE CANNU ; *Rev. soc.* 2007.331, note B. SAINTOURENS ; *JCP E* 2007.1877, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER.

<sup>29</sup> Paris, 20 nov. 1980, *GP* 1981.1.300, note A.P.S. ; *Rev. soc.* 1981.583, note P. LE CANNU ; confirmé par Com., 7 juin 1983, *Rev. soc.* 1983.796, note P. LE CANNU. À propos d'une SARL : TC. Paris, 25 févr. 1992, *Dr. soc.* 1992, comm. 169, note H. LE NABASQUE. Jugeant que la décision de réorganisation de la gouvernance et la révocation du directeur général « qui correspondent aux préconisations du rapport d'audit ont été prises dans l'intérêt de la société et, en conséquence, pour juste motif » : Paris, 20 mai 2010, n° 09/13840, *JurisData* n° 011285 ; *Dr. soc.* 2010, comm. 229, note. D. GALLOIS-COCHET ; *LPA* 2010, n° 227, p. 3, obs. D. GIBIRILA.

<sup>30</sup> Com., 4 mai 1993, n° 91-14.693, *Rev. soc.* 1993.800, note P. DIDIER ; *JCP E* 1993.I.288, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN.

<sup>31</sup> Dans une SARL : Com., 4 mai 1999, n° 96-19.503, *JCP E* 1999.29, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; *Dr. soc.* 1999, comm. 126, note T. BONNEAU ; *BJS* 1999.914, note P. LE CANNU ; *Defr.* 1999.1188, obs. J. HONORAT ; *RJC* 2000.238, obs. D. GIBIRILA.

<sup>32</sup> Com., 22 mars 1988, n° 8617.040, *Bull. civ. IV*, n° 124 ; *LPA* 23 mai 1988, p. 4, note P. MORETTI ; Com., 10 févr. 1998, n° 9611.988, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *BJS* 1998.468, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 1999.771, note D. GIBIRILA ; Com. 17 janv. 2012, n° 1027.562, *Dr. soc.* 2012, comm. 105, obs. M. ROUSSILLE ; *RTD com.* 2012.144, obs. P. LE CANNU, B. DONDERO. Rapp., considérant que l'expertise de gestion peut faire l'objet d'un abus de prérogative de l'actionnaire : P. STOFFELMUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 696.

<sup>33</sup> Colmar, 24 sept. 1975, *D.* 1976.348, note Y. GUYON ; Paris, 15 mars 1990, *D.* 1992, somm. 179, obs. J.C. BOUSQUET, G. BUGEJA ; Paris, 15 sept. 1992, *Dr. soc.* 1993, comm. 98, obs. H. LE NABASQUE.

taire *ad hoc*<sup>34</sup> et les questions écrites avant l'assemblée générale<sup>35</sup>. Avec le critère de l'intérêt social requis pour l'appréciation des justes motifs, le domaine de l'intérêt social s'étend encore et constitue plus que jamais la boussole du droit des sociétés<sup>36</sup>.

La fonction remplie par l'intérêt social au cas d'espèce ne manque pas d'étonner. À la différence des autres cas où la conformité est contrôlée par le juge, l'intérêt social est ici invoqué à l'encontre et au détriment de la société, tenue d'indemniser le dirigeant. Voir l'intérêt social comme un facteur de protection du dirigeant contre la société elle-même apparaît inédit. La révocation ayant été décidée par le conseil de surveillance, cela revient à opposer la violation de l'intérêt social commise par cet organe. Si les mandataires sociaux ont l'obligation d'agir dans l'intérêt social, la société doit-elle aussi agir dans son intérêt social et être sanctionnée si elle n'a pas poursuivi son propre intérêt ? Le dirigeant qui cumule cette qualité avec celle d'associé peut certes recourir à la théorie de l'abus de majorité qui comporte notamment une condition tenant à l'intérêt social : l'abus de majorité est retenu lorsqu'une résolution est « prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité »<sup>37</sup>. Néanmoins, les conséquences sont différentes : la caractérisation de l'abus lui permet d'obtenir la nullité de la révocation et des dommages-intérêts versés par l'associé fautif et non par la société. En outre, c'est en sa qualité d'associé qu'il obtient gain de cause et non en sa qualité de dirigeant au titre du juste motif. Intégrer l'intérêt social dans l'appréciation des justes motifs ne dénature pas pour autant cette dernière notion. La finalité de l'exigence d'un juste motif réside dans la préservation de l'indépendance des membres du directoire<sup>38</sup>, ce qui est cohérent avec la référence à l'intérêt social.

34 Com., 25 sept. 2007, n° 0620.320 ; Com., 10 nov. 2009, n° 0819.356, *Rev. soc.* 2010.219, note D. PORACCHIA ; *Dr. soc.* 2010, comm. 8, obs. H. HOVASSE ; *BJS* 2010.138, note G. GIL ; Com., 13 janv. 2021, n° 1824.853 *et al.*, publié au *Bulletin* ; *JCP G* 2021.375, note B. LECOURT ; *Rev. soc.* 2021.248, note A. VIANDIER ; *RTDF* 2021, n° 1, p. 140, note R. MORTIER ; *BJS* 2021, n° 3, p. 17, note M. STORCK ; *Dr. soc.* 2021, comm. 61, note J.F. HAMELIN ; *JCP E* 2021.1404, note B. DONDERO ; *JCP E* 2021.1384, obs. J. VALIERGUE. V. égal. TC Paris, 14 oct. 2020, *Lagardère*, n° 2020035715, *BJS* 2020, n° 12, p. 18, note E. SCHLUMBERGER.

35 Les questions ne peuvent pas servir « à la recherche d'un but étranger à l'intérêt social » : TC Paris, 11 mai 2004, *Suez*, n° 2003078521, *JurisData* n° 242563 ; *BJS* 2004.1238, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2004.1154, note A. VIANDIER ; *Dr. soc.* 2004, repère 9, F.X. LUCAS.

36 A. PIROVANO, « La boussole de l'intérêt social », *D.* 1997.18.

37 Com., 18 avr. 1961, *Schuman Piquard*, n° 5911.394, *Bull. civ.* III, n° 175 ; *GP* 1961.2.15 ; *S.* 1961.257, note A. DALSACE ; *JCP G* 1961.II.12164, obs. D. BASTIAN ; *RTD com.* 1961.634, obs. R. HOUIN ; R. HOUIN, B. BOULOC (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t. 1, Sirey, 1976, n° 67. V. récemment, retenant un abus de majorité à partir d'un vote unanime : Com., 13 janv. 2021, n° 1821.860, publié au *Bulletin* ; *RTDF* 2021, n° 1, p. 149, note R. MORTIER ; *D.* 2021.399, note D. SCHMIDT ; *BJS* 2021, n° 1, p. 13, note E. SCHLUMBERGER ; *Dr. soc.* 2021, comm. 36, note J.F. HAMELIN ; *JCP E* 2021.1384, obs. J. VALIERGUE ; *JCP E* 2021.1257, note S. TISSEYRE. Comp., déduisant de l'abus de majorité un devoir de s'abstenir : A. COURET, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *GP* 2016, HS n° 2, p. 14. Déduisant un devoir de loyauté : G. TERRIER, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *GP* 2016, HS n° 2, p. 24.

38 En ce sens : M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 22<sup>e</sup> éd., 2022, n° 728.



L'espèce présente la spécificité d'une révocation décidée par le conseil de surveillance, alors qu'en principe, le pouvoir de révoquer un membre du directoire appartient à l'assemblée générale. La solution est-elle alors réservée à l'hypothèse d'une révocation décidée par des mandataires sociaux, tenus d'agir dans l'intérêt social ? La portée devrait au contraire s'étendre à toute révocation soumise à l'exigence de justes motifs, d'origine légale ou statutaire. Il n'y a en effet aucune spécificité dans le texte de l'article L. 225-61 et l'exigence de justes motifs répond partout à la même finalité. En tout état de cause, la solution n'est pas réservée à la révocation du membre du directoire, en dépit du visa du seul article L. 225-61, al. 1<sup>er</sup> du Code de commerce. L'exigence de juste motif se retrouve en effet dans plusieurs formes sociales : à propos du directeur général et des directeurs généraux délégués dans la SA moniste (article L. 225-55), ainsi que du gérant de SNC (article L. 221-12), de SCS (par renvoi de l'article L. 222-2), de SARL (article L. 223-25) et de société civile (article 1851 du Code civil).

Le dirigeant fait ainsi carton plein devant la Cour de cassation. Entre la bonne foi et l'intérêt social, le renforcement de la protection du dirigeant qui s'opère ici démontre que la société est un cadre privilégié pour les manifestations de la loyauté, quitte à ce qu'elle tourne en défaveur de la société.

## 2. Précisions jurisprudentielles sur la notion et la sanction de l'unanimité en droit des sociétés

Cass. com., 5 janvier 2022, n° 20-17.428, publié au Bulletin

**Edmond SCHLUMBERGER**

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1)*

*Membre de Sorbonne Affaires/Finance*

Nul n'ignore qu'en règle générale, l'unanimité ne recueille guère les faveurs du droit des sociétés. De fait, l'essence de ce dernier consiste à organiser le bon fonctionnement d'un groupement réunissant un nombre potentiellement très élevé d'associés, et à gérer, à mesure que ce dernier nombre grandit, le risque croissant de désaccords qui en résultent. D'où le recours à la « *loi de la majorité* » dans de nombreuses circonstances, en particulier dans les SARL et sociétés par actions, où elle constitue le principe d'adoption de la quasi-totalité des décisions collectives.

Ce n'est pas dire pour autant que l'unanimité s'en trouve radicalement écartée de la matière sociétaire, au point qu'elle aurait même bénéficié d'une forme de retour en grâce aux dires de certains<sup>1</sup>. Dans certaines formes sociales, elle constitue même la règle par défaut consacrée par le législateur, ce qui est tout particulièrement le cas des sociétés civiles. S'agissant de ces dernières, l'article 1852 du Code civil dispose en effet que « *les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés* ».

Mais qu'entend-on exactement par « *unanimité des associés* » ? La question suscite de prime abord un certain étonnement, tant la réponse à lui apporter paraît relever de l'évidence : lorsque la décision requiert une telle unanimité, il semble nécessaire d'obtenir l'accord de tous les associés, sous peine de ne pouvoir se prévaloir d'une décision adoptée en bonne et due forme. Pourtant, à y regarder de plus près, la notion d'unanimité n'est en réalité pas dépourvue d'ambiguïté, ce qui explique qu'elle ait pu susciter un contentieux, au point de voir celui-ci tranché en dernier lieu par la Cour de cassation<sup>2</sup>. De surcroît, quand bien même l'exigence d'unanimité est convenablement caractérisée et identifiée, il reste à se demander comment sa violation se trouve sanctionnée en droit des sociétés, ce qui n'est pas non plus chose aisée et implique de jongler entre règles légales et statutaires.

<sup>1</sup> V. A. COURET, « Le retour de l'unanimité en droit des sociétés », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, 2018, LGDJ, p. 280.

<sup>2</sup> V., parmi les nombreux commentaires dédiés à cet arrêt, A. COURET, J.-J. DAIGRE et C. BARRILLON, *D.* 2022, p. 403 ; B. DONDERO, *Rev. sociétés* 2022, p. 167 ; D. GALLOIS-COCHET, *Gaz Pal.* 15 mars 2022, n° GPL433m3, p. 62 ; N. JULLIAN, *Dr. sociétés* mars 2022, comm. 29 ; É. LAMAZEROLLES, *JCP G* 14 mars 2022, n° 320.

En l'occurrence, ce contentieux avait donc pris naissance au sein d'une société civile immobilière, dont les dysfonctionnements étaient manifestement patents puisque sa gestion et son administration avaient été confiées à un administrateur provisoire. Aussi larges fussent ses pouvoirs, celui-ci était naturellement tenu de soumettre certaines décisions à l'aval de la collectivité des associés, en particulier celles portant sur l'approbation des comptes, l'affectation des résultats, le quitus donné aux cogérants et sa propre rémunération. Or, sur ce point, les statuts de la SCI intégraient une clause rédigée dans les termes suivants : « *Toutes décisions qui excèdent les pouvoirs de gestion sont prises à l'unanimité des voix attachées aux parts créées par la société. Chaque part donne droit à une voix.* » En somme, si les statuts n'étaient pas demeurés muets sur les modalités d'adoption des décisions collectives, ils s'étaient bornés à reprendre à leur compte la règle supplétive édictée par le législateur.

L'administrateur ayant considéré les résolutions comme adoptées, une associée, absente à l'assemblée et non représentée lors de cette dernière, agit en nullité des décisions adoptées pour non-respect de l'exigence d'unanimité précédemment mentionnée. Les juges du fond firent droit à la demande, de sorte qu'un pourvoi fut formé par la SCI. Celui-ci dénonçait tout à la fois une appréciation erronée de l'exigence d'unanimité par les juges du fond, et une annulation inadaptée à la nature de la règle violée.

Ces griefs sont toutefois écartés par la Cour de cassation, qui impose ce faisant une vision stricte et orthodoxe de la notion d'unanimité des associés (I) et, au regard de son non-respect, ouvre libre cours à la sanction de la nullité (II).

## **I.- La notion d'unanimité, entendue strictement**

Le premier enseignement de la décision porte naturellement sur la question qui était directement posée à la Cour, et concernait l'interprétation qu'il convenait de retenir du terme « unanimité » tel qu'il était employé dans les présents statuts.

Au cas présent, la société entendait faire valoir une lecture compréhensive de la stipulation, selon laquelle l'unanimité des associés exigée par cette dernière ne désignait que les associés présents ou représentés à l'assemblée, et non l'ensemble des associés en tant que tels. Cette interprétation pouvait toutefois difficilement emporter la conviction, et ce pour au moins deux raisons.

D'une part, le législateur opère lui-même parfaitement la différence entre les deux modes de décompte possibles des associés, dès lors qu'il prend régulièrement soin de viser les associés « *présents ou représentés* » lorsqu'il entend les viser spécifiquement. Tel est spécialement le cas à propos des décisions collectives prises pour modifier les statuts dans les SA et SARL, pour lesquelles l'assemblée statue à

la majorité des deux tiers, respectivement, des voix exprimées ou parts détenues par les actionnaires ou associés « *présents ou représentés*<sup>3</sup> ».

D'autre part, les termes mêmes de la présente clause statutaire apparaissent à la vérité parfaitement clairs, en se référant à « *l'unanimité des voix attachées aux parts créées par la société* ». Ce sont donc bien les associés dans leur ensemble qui étaient visés, au regard de leurs prérogatives de vote, et non de l'exercice effectif desdites prérogatives dans le cadre des délibérations collectives.

Il reste que la Cour de cassation, plutôt que de s'en tenir à ces seuls termes, semble poser un principe d'interprétation plus général, dont la portée peut néanmoins prêter à discussion.

Quant à la formulation du principe, d'abord, il est frappant de constater qu'alors que l'article 1852 du Code civil ne vise l'unanimité des associés qu'à défaut de clause contraire, et sans plus de précisions, la Haute juridiction indique pour sa part sans ambages que « *ce texte ne restreint pas l'unanimité à celle des associés présents ou représentés à une assemblée générale, mais vise la totalité des associés de la société* ». Autrement dit, aux yeux de la Cour, il semble que, chaque fois qu'un texte de loi – voire des statuts – se réfère à « *l'unanimité des associés* », il serait censé immanquablement désigner « *la totalité des associés de la société* ».

Quant à la portée qui en résulte, ensuite, la solution posée pourrait être assortie d'effets non nécessairement souhaités par la Cour, ni plus généralement souhaitables.

D'un côté, il n'est pas douteux que les articles L. 221-6, L. 227-3 ou L. 227-19 du Code de commerce, qui renvoient à une telle unanimité pour, respectivement, l'adoption des décisions collectives en SNC, la transformation d'une société en SAS<sup>4</sup> et l'insertion ou modification d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts de SAS, devront être lus conformément au principe posé par la présente décision, de sorte que tous les associés devront approuver les décisions concernées.

De l'autre, il est des cas de figure où l'associé se trouve opportunément privé du droit de vote en vertu d'une exigence ou d'une simple possibilité ouverte en ce sens par le législateur.

On songe, dans le premier cas de figure, aux hypothèses de suspension du droit de vote prévues de plein droit par la loi, à raison de certains manquements commis par les associés titulaires. Bien que ces hypothèses ne soient pas nécessairement fréquentes en pratique, elles donneraient lieu à des situations où les associés en cause, pourtant sanctionnés à ce titre, bloqueraient *de facto* la prise de certaines

<sup>3</sup> V., pour la SA, art. L. 225-96, et pour la SARL, art. L. 223-30 C. com.

<sup>4</sup> V. déjà en ce sens CA Versailles, 24 févr. 2005 : *BJS* 2005. 557, note P. LE CANNU ; *D.* 2005. 1084, obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2005, 731, note J.-P. LEGROS ; *Rev. sociétés* 2005. 697, obs. I. URBAIN-PARLEANI.

décisions, faute de pouvoir effectivement voter sur leur adoption, ou seraient à tout le moins en mesure de procéder à un tel blocage en étant rétablis dans leur droit de vote du fait du maintien de leur qualité d'associé, conséquence passablement surréaliste et aux antipodes des souhaits du législateur.

Plus problématiques encore – car bien plus nombreuses dans les faits – apparaissent les hypothèses de privation de droit de vote conventionnellement prévues en conformité avec une disposition légale. Ainsi, en cas de démembrement de propriété frappant les droits sociaux, on sait désormais que la qualité d'associé est réservée au seul nu-propriétaire et définitivement retirée à l'usufruitier<sup>5</sup>, alors même que les droits de vote attachés aux titres en question peuvent être à l'inverse intégralement retirés au premier nommé et exclusivement attribués au second. Faut-il alors comprendre que, pour les décisions soumises à l'unanimité des « associés », cette répartition conventionnelle des rôles serait radicalement remise en cause sous l'effet de la décision commentée, en permettant exceptionnellement au nu-propriétaire de voter ? Cet exemple n'est de surcroît pas isolé, pouvant notamment être décliné au cas des titulaires d'actions de préférence sans droit de vote, qui bénéficieraient pourtant d'un tel droit en pareilles circonstances au regard de leur qualité d'associé, au mépris de la volonté exprimée par la collectivité des associés lors de l'émission desdits titres.

Aussi peut-on espérer que la Cour de cassation tempère la portée du principe ici posé, en le restreignant aux associés titulaires de droits de vote attachés aux titres détenus<sup>6</sup>.

## II.- La sanction de la nullité, ouverte largement

L'arrêt retenant une conception stricte de l'unanimité, l'adoption de décisions collectives en l'absence de certains associés traduisait bien une violation de la clause statutaire exigeant une telle unanimité. Encore fallait-il en identifier la sanction idoine, laquelle réside finalement dans la nullité des délibérations concernées.

Cette sanction, pourtant, n'allait pas de soi.

Rappelons qu'aux termes de l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil, « *la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ». En outre, la Cour de cassation a complété cette disposition en précisant, par son célèbre arrêt

5 V. Cass. com., avis, 1<sup>er</sup> déc. 2021, n° 20-15.164, repris par Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 fév. 2022, n° 20-15.164.

6 V. en particulier sur ce point A. COURET, J.-J. DAIGRE et C. BARRILLON, obs. préc.

Larzul<sup>7</sup>, qu'il convenait d'assimiler à une telle « disposition impérative » celle qui ouvre « *la faculté d'aménager conventionnellement la règle posée* ».

L'article 1852 du Code civil pouvait-il être rangé parmi ces dispositions ? La Cour de cassation l'affirme expressément, confirmant à nouveau la position des juges du fond sur ce point. Cette solution n'emporte toutefois guère la conviction.

Là où la Cour considère que l'article fixe un « *principe d'unanimité* » à propos des conditions d'adoption des décisions excédant les pouvoirs des gérants de la société civile, il nous semble au contraire patent que ledit article ne réserve cette unanimité qu'en l'absence de dispositions statutaires contraires. Si les mots ont encore un sens, l'unanimité ne constitue donc en aucun cas le « *principe* » de solution à la question posée, mais seulement l'issue devant par défaut s'imposer lorsque les associés ont omis de se prononcer par une clause statutaire dédiée : en d'autres termes, l'unanimité au cas présent paraît parfaitement revêtir les traits d'une *règle supplétive de volonté*. Or, si elle est supplétive, elle ne peut par définition être qualifiée de *règle impérative*, fût-ce par la voie détournée de la jurisprudence *Larzul*.

S'il est indéniable que la règle formulée par l'article 1852 ouvre aux associés la faculté de définir les modalités d'adoption des décisions échappant à la compétence des gérants, il ne s'agit pas tant « *d'aménager* » un « *principe d'unanimité* » que de fixer de manière totalement libre de telles modalités : majorité simple, qualifiée, par tête, en capital, en prenant en compte ou non les associés absents... En bref, la liberté statutaire n'était, en la matière, nullement bornée par un cadre impératif quelconque, si minimal soit-il.

Quoi qu'il en soit, par son raisonnement à la rigueur conceptuelle pour le moins fragile, la chambre commerciale s'éloigne d'une jurisprudence qu'elle avait pourtant elle-même créée, et ultérieurement consolidée. Peu après l'arrêt *Larzul*, elle avait en effet rejeté son application à propos d'une autre disposition applicable aux sociétés civiles – soit l'article 1853 du Code civil – permettant aux associés de choisir de déroger statutairement à l'adoption des décisions collectives par voie d'assemblée en lui substituant le recours à la consultation écrite des associés, et partant, tout aussi dépourvue d'impérativité que l'article 1852<sup>8</sup>. À l'inverse, par le présent arrêt, cette formation vient rejoindre la position de la troisième chambre civile, laquelle avait retenu une appréciation identique à celle ici développée, mais à propos de l'article 1836 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>9</sup>.

7 Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855 : BJS, 2010, n° 135, p. 651, note H. LE NABASQUE ; *Dr. sociétés*, août-septembre 2010, n° 156, note M.-L. COQUELET ; *JCP éd. E*, 2010, 1562, note A. COURET et B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note P. LE CANNU ; *RTD civ.*, 2010, p. 553, obs. B. FAGES ; *RTDF*, juillet 2010, p. 113, obs. D. PORACCHIA.

8 V. Com. 19 mars 2013, n° 12-15.283, *Bull. civ. IV*, n° 44 : *D.* 2013. 834, obs. A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2013, comm. n° 98, note R. MORTIER ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2013, p. 31, note A.-F. ZATTARA-GROS ; *JCP E* 2013. 1289, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2014. 51, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 2013. 530, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

9 V. Civ. 3e, 8 juill. 2015, n° 13-14.348, *Bull. civ. III*, n° 81 : BJS déc. 2015, n° 114h1, note H. HOVASSE ; *D.* 2015. 1538 ; *ibid.* 2401, obs. J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; *Dr. sociétés* 2015,

Si l'on peut donc déplorer une application pour le moins erratique de concepts initialement forgés par ses propres soins, on se réjouira néanmoins que la place de la nullité s'en trouve restaurée, tant elle constitue la sanction la plus adaptée à la violation de stipulations statutaires aussi fondamentales que celles qui fixent les conditions d'adoption des décisions collectives, spécialement lorsqu'elles se bornent à reproduire la règle édictée – fût-ce non impérativement – par le législateur. On perçoit ce faisant à quel point il serait précieux de conférer une assise légale plus solide à une telle solution, en complétant l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil d'une référence aux clauses statutaires, quitte à poser un critère faisant le départ entre celles dont la violation justifie la nullité – le cas échéant facultative – des décisions contraires, et celles qui ne pourraient emporter une telle sanction.

---

comm. n° 190, note R. MORTIER ; *Rev. sociétés* 2016. 169, note E. SCHLUMBERGER ; *RTD com.* 2015. 533, obs. A. CONSTANTIN (1<sup>re</sup> esp.).

### 3. L'arrêt du Conseil d'État relatif aux orientations de l'ABE sur l'octroi et le suivi des prêts : un pas en arrière concernant la justiciabilité des actes de droit souple des Autorités européennes de surveillance ?

CE, 9<sup>e</sup> – 10<sup>e</sup> ch. réunies, 22 juillet 2022, n° 449898, *FBF, ASF et CASA c/ ACPR*

Anne-Claire ROUAUD

*Agrégée des facultés de droit*

*Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

*Co-directrice, Sorbonne Affaires/Finance (IRJS – UR 4150)*

1. La présentation, dans une chronique de grands arrêts du droit des affaires, d'un arrêt du Conseil d'État n'ayant pas eu les honneurs d'une publication ni même d'une mention dans les tables du *Lebon* peut à première vue ne pas aller de soi. Pourtant, pour quiconque s'intéresse aux sources du droit bancaire et financier, à l'architecture du système européen de surveillance financière et de l'Union bancaire, aux pouvoirs des autorités de supervision et particulièrement au contentieux émergent de la justiciabilité des actes de droit souple émanant des Autorités européennes de surveillance, l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 22 juillet 2022 est assurément un grand arrêt, par les enjeux théoriques et pratiques des questions examinées sinon par la clarté des réponses apportées<sup>1</sup>.

2. La croissance exponentielle de la production de *soft law* en matière bancaire et financière au niveau européen, que ce soit par les Autorités européennes de surveillance (AES)<sup>2</sup>, instituées au lendemain de la crise financière de 2008, ou par d'autres organismes de l'Union européenne, tels la Banque centrale européenne et le Conseil de résolution unique, entraîne inmanquablement quelques débordements, et conduit de temps à autre à s'interroger sur « l'orthodoxie juridique » d'orientations, avis, recommandations, *supervisory briefings* ou autres actes de droit souple émanant d'autorités européennes<sup>3</sup>. Comment appréhender sous l'angle

---

1 *Banque & droit* n° 205, sept.-oct. 2022, p. 56, note E. JOUFFIN ; *EU Law Live*, 19 sept. 2022, note D. QUELHAS.

2 C'est-à-dire l'Autorité bancaire européenne (ABE/EBA), l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF/ESMA) et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP/EIOPA). Sur lesquelles, cf. TH. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 6<sup>e</sup> éd., 2022, spéc. n° 91 et s., p. 107 et s.

3 Cf. notamment TH. BONNEAU, « Distribution des dividendes, financement de l'économie par les entreprises bancaires et État de droit », *RDBF* n° 4, 2020, p. 1 ; PH.-É. PARTSCH, « L'« avis » de l'ESMA sur les catégories d'actions : une mise à l'épreuve de l'UE de droit et de son principe démocratique », *Banque & droit* n° 176, 2017, p. 12 et n° 177, 2018, p. 16.



du contrôle juridictionnel ces actes à la portée juridique insaisissable, censément non obligatoires mais que les établissements destinataires ne peuvent se permettre d'ignorer ? Cette question se pose avec une acuité particulière s'agissant des recommandations et des orientations émanant des AES, dont les textes prévoient que les établissements et les autorités nationales doivent tout mettre en œuvre pour les respecter, tout en exigeant que ces dernières indiquent si elles entendent les respecter ou non... Questions de recevabilité (un contrôle juridictionnel de ces actes est-il possible ? devant le juge national ? devant le juge de l'Union ?) et questions de fond (quelle est l'intensité du contrôle exercé ? à l'aune de quels critères apprécier si l'autorité a excédé ses compétences en adoptant l'acte litigieux ?) s'entremêlent.

3. La Haute juridiction administrative était saisie, pour la seconde fois, d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte par lequel l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) avait déclaré se conformer à des orientations de l'Autorité bancaire européenne (ABE)<sup>4</sup>. La Fédération bancaire française (FBF), cette fois-ci accompagnée de l'Association française des sociétés financières (ASF) et du Crédit Agricole société anonyme (CASA), a formé devant le Conseil d'État un recours pour excès de pouvoir contre une notice de conformité par laquelle l'autorité française s'est déclarée conforme aux orientations de l'Autorité bancaire européenne du 29 mai 2020 sur l'octroi et le suivi des prêts<sup>5</sup>.

4. Prises en application de l'article 16 du règlement 1093/2010 du 24 novembre 2010 instituant l'ABE<sup>6</sup>, ces orientations font partie des actes de *soft law* qui constituent la troisième strate de l'édifice normatif européen dans le secteur bancaire et financier. En amont, les directives et règlements dits de niveau 1, adoptés par le Parlement européen et le Conseil, sont complétés et précisés par des actes de niveau 2, actes délégués ou d'exécution adoptés par la Commission européenne sur la base de projets préparés par les AES. Celles-ci n'ont en effet pas de pouvoir réglementaire propre. Leur expertise technique justifie qu'elles soient chargées de préparer des projets de normes techniques de réglementation (ou « RTS », pour *Regulatory Technical Standards*) ou d'exécution (ou « ITS », pour *Implementing Technical Standards*), mais ces normes de niveau 2 sont formellement adoptées par la Commission européenne. Les actes, dits de niveau 3, adoptés par les AES pour assurer la convergence des pratiques de surveillance des autorités nationales et l'application uniforme des normes de niveau 1 et 2, relèvent quant à eux de la

4 V. déjà CE, sect., 9<sup>e</sup> – 10<sup>e</sup> ch. réunies, 4 déc. 2019, n° 415550, *FBF c/ ACPR*, Lebon ; *BJB* janv. 2020, n° 118u5, p. 19, note TH. BONNEAU ; *RFDA* 2020, p. 157, chr., obs. F. MARTUCCI ; *R.I.S.F* n° 3, 2020, p. 89, note A.-C. ROUAUD ; *RDBF* 2020, comm. 13, note A. GOURIO et M. GILLOUARD ; *Adde* A.-C. ROUAUD, « Les recours contre les actes de droit souple des autorités nationales et européennes de surveillance », *Banque et droit* 2020, n° 194, p. 9 ; B. BRÉHIER, « Focus sur le recours contre l'orientation de l'EBA sur la « gouvernance produits » », *op. cit.*, p. 13.

5 *EBA/GL/2020/06* ; *RDBF* n° 6, nov. 2020, comm. 145, note A. GOURIO et M. GILLOUARD ; *Banque & droit* n° 192, juill.-août 2020, p. 55, note E. JOUFFIN.

6 Règl. Parl. et Cons. UE n° 1093/2010 24 novembre 2010 instituant une autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne).

catégorie ambivalente des actes de *soft law*. L'article 16 des règlements sur les AES<sup>7</sup> prévoit ainsi que ces autorités émettent des orientations et des recommandations à l'attention des autorités compétentes ou des établissements financiers, « *afin d'établir des pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives au sein du SESF et d'assurer une application commune, uniforme et cohérente du droit de l'Union* ». Il fait obligation aux autorités compétentes et aux établissements de « *mett[re] tout en œuvre pour respecter ces orientations et recommandations* », tout en prévoyant un mécanisme de *comply or explain*, selon lequel les autorités nationales doivent indiquer dans un délai de deux mois si elles entendent respecter ces orientations ou recommandations, en motivant leur décision si tel n'est pas le cas<sup>8</sup>. L'Autorité publie le fait qu'une autorité nationale ne respecte pas ou n'entend pas respecter cette orientation ou recommandation, ainsi que, le cas échéant, les raisons invoquées par celle-ci au soutien de sa décision. Ce mécanisme de *name and shame* s'avère efficace et les tableaux de conformité (« *compliance tables* ») publiés par les AES<sup>9</sup> montrent que les autorités nationales n'usent qu'avec parcimonie de cette faculté, notamment en cas de contrariété des orientations avec des dispositions contraignantes du droit national. Les établissements, quant à eux, doivent rendre compte du respect ou non de ces orientations. Si la réforme des AES par le règlement n° 2019/2175 du 18 décembre 2019<sup>10</sup> a opéré une certaine mise en ordre quant aux différents types d'actes adoptés par ces autorités – en précisant la distinction entre orientations et recommandations, en consacrant les avis et les questions et réponses (Q&A) –, elle n'a pas atténué l'ambiguïté de la nature de ces actes. De même, elle est venue rappeler que les AES doivent rester dans les limites de leurs compétences<sup>11</sup>, mais n'a finalement pas renforcé le contrôle exercé à l'égard des actes de ces autorités.

5. Les orientations de l'ABE sur l'octroi et le suivi des prêts, qui comportent environ soixante-dix pages, s'appliquent tant aux crédits aux particuliers qu'aux crédits aux professionnels. Elles précisent les dispositifs de gouvernance interne

7 Règl. Parl. et Cons. UE n° 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) ; Règl. Parl. et Cons. UE n° 1094/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) ; Règl. Parl. et Cons. UE n° 1095/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers).

8 Art. 16 (3), règl. 1093/2010, préc.

9 V. par exemple AEMF/ESMA, Notifications of Compliance with Guidelines – Overview Table (<https://www.esma.europa.eu/convergence/guidelines-and-technical-standards#title-paragraph-2>). Les informations sont plus dispersées concernant les orientations de l'ABE et de l'AEAPP, qui publient sur leur site des « tableaux de conformité » distincts pour chaque orientation.

10 Règl. Parl. et Cons. UE n° 2019/2175 du 18 décembre 2019 modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), le règlement (UE) n° 1094/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), le règlement (UE) n° 1095/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), le règlement (UE) n° 600/2014 concernant les marchés d'instruments financiers, le règlement (UE) 2016/1011 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer la performance de fonds d'investissement et le règlement (UE) 2015/847 sur les informations accompagnant les transferts de fonds.

11 Art. 1 (5), règl. 1093/2010 préc., dans sa rédaction issue du règl. 2019/2175, préc.

à mettre en place par les établissements prêteurs (responsabilités de la direction, définition de la stratégie de l'établissement en matière de risque de crédit, processus d'approbation des crédits, politique de rémunération des personnels chargés de l'octroi des crédits, etc.), les procédures d'octroi des prêts, notamment en ce qui concerne les justificatifs à demander et l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur, ou encore l'évaluation des biens mobiliers ou immobiliers objet de sûretés prises pour garantir les prêts. On voit que l'on se situe à la frontière des règles prudentielles et des règles visant à protéger les emprunteurs<sup>12</sup>, les orientations se réclamant à la fois des dispositions de la directive CRD IV relatives à la gouvernance interne<sup>13</sup> et de celles des directives sur le crédit immobilier<sup>14</sup> et sur le crédit à la consommation<sup>15</sup> relatives à l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur, tout en entrant dans un niveau de détail considérable et en y ajoutant des prescriptions incluant notamment l'obligation de prendre en compte, au titre du risque de crédit, les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG).

6. Par une notice de conformité du 18 décembre 2020, l'ACPR a déclaré se conformer à ces orientations, mais seulement partiellement – en excluant deux paragraphes, dont les dispositions, exigeant des établissements qu'ils aient une vision unique du client, ne sont guère compatibles avec les dispositions du Code monétaire et financier relatives au secret bancaire – et seulement à compter du 30 juin 2022 – alors que les orientations prévoient qu'elles s'appliquent à compter du 30 juin 2021. De son côté, le Conseil de supervision unique, en charge de la supervision des établissements les plus importants, a déclaré s'y conformer immédiatement<sup>16</sup>.

7. La critique émise par les requérants était donc, du fait de l'architecture même du dispositif prévu à l'article 16 du règlement 1093/2010, à double détente, la validité des orientations litigieuses étant contestée devant le juge national à l'occasion du recours formé contre la notice de conformité de l'ACPR<sup>17</sup>, les requérants demandant au Conseil d'État de transmettre une série de questions préjudicielles au juge de l'Union. Mais, contrairement à une précédente affaire, qui a donné lieu à l'arrêt *FBF c/ ACPR* de la Cour de justice du 15 juillet 2021<sup>18</sup>, le Conseil d'État refuse ici de

12 Cf. A. GOURIO et M. GILLOUARD, E. JOUFFIN, notes précitées sous les orientations.

13 Dir. Parl. et Cons. UE 2013/36 du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (« directive CRD IV »), art. 74(1).

14 Dir. Parl. et Cons. UE 2014/17/UE du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, chap. 6.

15 Dir. Parl. et Cons. 2008/48/CE concernant les contrats de crédit aux consommateurs, art. 8.

16 Cf. <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/credit-risk/guidelines-on-loan-origination-and-monitoring>

17 On laissera ici de côté les critiques dirigées contre la notice de conformité *per se* pour se focaliser sur celles qui visaient les orientations.

18 CJUE, gde ch., 15 juillet 2021, aff. C911/19, *Fédération Bancaire Française c/ Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* ; TH. BONNEAU, « Le juge, l'ABE, la « crypto législation » et l'État de droit », *RDBF* n° 4, juill. 2021, repère 4 ; A.-C. ROUAUD, *D.* 2021. 1956 ; *RDBF* n° 5, Septembre 2021, comm. 141, note A. GOURIO et M. GILLOUARD ; et *RDBF* n° 3, Mai 2021, comm. 80, note A. GOURIO et M. GILLOUARD ; *RDBF* n° 5, sept.-oct. 2021, comm. 122, note TH. SAMIN et S. TORCK ; *BJB* mars-avril 2022, p. 16, note R. VABRES ; H. MARJOSOLA, M. VAN RIJSBERGEN et M. SCHOLTEN, *Common*

transmettre à la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles relatives à la validité des orientations litigieuses.

Dans le contentieux naissant du contrôle des actes de droit souple émanant des Autorités européennes de surveillance, articulants droit interne et droit de l'Union européenne, le dialogue des juges s'avère pour l'instant peu propice à un contrôle juridictionnel efficace, que ce soit au plan procédural (I) ou sur le fond, s'agissant d'apprécier le champ d'action de l'ABE (II) ou la portée juridique des orientations (III).

## I.- Une impasse procédurale ?

8. À cet égard, la décision commentée fait ressortir la fragilité d'un système de contrôle juridictionnel dans lequel la légalité d'un acte de *soft law* ne peut être examinée par le juge de l'Union que dans le cadre d'un renvoi préjudiciel (A), ce qui suppose que le juge national accepte de procéder à un tel renvoi (B).

### A.- L'accès au juge de l'Union subordonné au renvoi préjudiciel

9. Des actes de droit souple tels des recommandations ou des orientations émises par une AES ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge de l'Union sur le fondement de l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), faute de constituer un acte attaquant au sens de ce texte. La Cour n'admet en effet ce recours que pour les actes produisant des effets de droit obligatoires<sup>19</sup>, ce qui l'a conduite à en exclure les recommandations<sup>20</sup> et les orientations<sup>21</sup>. S'agissant de ces dernières, la Cour considère, dans l'arrêt *FBF c/ ACPR*, que des orientations ne peuvent être regardées comme produisant des effets juridiques obligatoires, ni à l'égard des autorités nationales, ni à l'égard des établissements eux-mêmes<sup>22</sup> : « *le législateur de l'Union a entendu [...] conférer à cette autorité un pouvoir d'incitation et de persuasion distinct du pouvoir d'adopter des actes dotés d'une force obligatoire* ». Elle maintient ainsi et applique aux orientations des AES son analyse classique, focalisée sur la teneur de l'acte et les pouvoirs de l'organisme dont il émane, sans avoir égard, comme le préconisait l'avocat général M. Bobek, à la perception que les parties intéressées peuvent raisonnablement en avoir<sup>23</sup>.

---

*Market Law Review* 2022, p. 1523 ; D. QUELHAS, "The relative normativity of European Supervisory Authorities' guidelines and their judicial review – A look at the *FBF v. ACPR* Case before the CJEU", *RISF* 2021/4, p. 100.

19 Cf. CJUE, 20 fév. 2018, *Royaume de Belgique c/ Comm.*, aff. C-16/16, pt 31. Comp. CJCE, 31 mars 1971, *Comm. c/ Conseil*, dit « AETR », aff. 22/70, pt 42.

20 Cf. CJUE, 20 fév. 2018, préc., pts 26 et 43 ; CJUE, 25 mars 2021, *Balgarska Narodna Banka*, aff. C-501/18, pt 82 ; *RISF* 2022/3, p. 76, note D. QUELHAS ; P. HUBKOVA, "Judicial review of EU soft law : a revolutionary step which has not fully happened (Case note on *BT v. Balgarska Narodna Banka*, C-501/18)", *Revista General de Derecho Europeo*, p. 174.

21 CJUE, 15 juillet 2021, préc.

22 CJUE, 15 juillet 2021, préc., pts 45 et 46.

23 Conclusions de l'Avocat général Michal BOBEK présentées le 15 avril 2021, pts 42 à 55.

10. La Cour admet en revanche que « bien que l'article 263 TFUE exclue le contrôle de la Cour sur les actes dépourvus d'effets juridiques obligatoires, celle-ci peut, en application de l'article 267 TFUE, apprécier la validité de tels actes lorsqu'elle statue à titre préjudiciel<sup>24</sup> ». En s'appuyant sur la lettre de l'article 267 TFUE, qui vise « [les] actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union » sans autre précision, la Cour considère que ce texte lui attribue « compétence pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union, sans exception aucune », autrement dit, qu'ils aient ou non des effets obligatoires<sup>25</sup>. S'agissant des actes des AES, la Cour a ainsi reconnu dans les arrêts *Balgarska Narodna Banka*<sup>26</sup> et *FBF c/ ACPR*, sa compétence pour se prononcer, à titre préjudiciel, sur la validité respectivement d'une recommandation individuelle de l'ABE et d'orientations émanant de cette même autorité.

Encore faut-il qu'un recours soit recevable devant le juge national et que celui-ci estime qu'il y a lieu d'opérer un renvoi préjudiciel.

#### *B.- Le refus du Conseil d'État de transmettre les questions préjudicielles relatives à la validité des orientations*

11. La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre la notice de conformité de l'ACPR ne semble pas avoir été débattue en l'espèce. En effet, depuis la révolution opérée par le Conseil d'État dans les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*<sup>27</sup>, 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 non seulement lorsque l'acte, sous couvert de la dénomination d'un acte de droit souple, ajoute en réalité à l'ordonnancement juridique<sup>28</sup>, mais aussi lorsque, incitatif plutôt que prescriptif, il n'en est pas moins susceptible de produire des effets notables, notamment de nature économique, ou a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse<sup>29</sup>. Faisant application de ce critère, la Haute juridiction administrative a admis dans une précédente décision la recevabilité du recours formé contre un avis par lequel l'autorité française avait indiqué s'être déclarée conforme à des

24 CJUE, 15 juillet 2021, préc., pt 54.

25 CJCE, 13 déc. 1989, *Grimaldi*, C322/88 ; CJUE, 13 juin 2017, *Florescu e.a.*, C258/14, pt 30 ; CJUE, 20 fév. 2018, préc., pt 44.

26 CJUE, 25 mars 2021, préc., pts 82 et 83.

27 CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Fairvesta* et n° 390023, *Société NC Numericable*, publiés au Lebon. Cf. F. BOUCARD, « Le nouveau recours contre les actes de droit souple : mode d'emploi », *Banque & droit* n° 169, sept.-oct. 2016, p. 4.

28 C'est-à-dire s'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Cf. notamment CE, 27 avril 2011, n° 334396, *Association FORMINDEP*, Lebon ; CE, 11 octobre 2012, n° 346378, *Société ITM Entreprises et autres*, Lebon, p. 359 et CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, Lebon, p. 361.

29 CE, ass., 21 mars 2016, *Fairvesta* et *Société NC Numericable*, préc ; Cf. égal. CE, 20 juin 2016, n° 384297, *Fédération française des sociétés d'assurances* ; CE, 13 déc. 2017, n° 401799, *Bouygues Télécom et Free Mobile*, Lebon ; CE, 16 oct. 2019, n° 433069, *La Quadrature du net et Caliopen*, Lebon ; CE, 31 déc. 2019, n° 431164, *Sté BFM TV*, tables du Lebon.

orientations de l'ABE<sup>30</sup>. Dans cette décision, le Conseil d'État a considéré que même si les établissements sont directement destinataires des orientations de l'autorité européenne et doivent tout mettre en œuvre pour s'y conformer, comme le prévoit l'article 16, paragraphe 3, du règlement 1093/2010, « *l'avis attaqué qui [est adressé] aux établissements financiers soumis au contrôle de l'ACPR, a pour objet et pour effet d'inciter ces établissements à modifier de manière significative leurs pratiques concernant la gouvernance et la surveillance des produits bancaires de détail* »<sup>31</sup>. Ce dont la notice de conformité en cause dans la présente affaire se fait l'écho : l'autorité française y énonce qu'elle « *s'attend à ce [que les orientations de l'ABE] soient mises en œuvre par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement* ».

12. Bien que le Conseil d'État accepte ici également d'examiner les critiques dirigées contre les orientations de l'ABE, le résultat diffère puisqu'il estime cette fois-ci qu'il n'y a pas lieu de transmettre des questions préjudicielles. En effet, si le juge national n'a pas le pouvoir de déclarer invalide un acte de droit de l'Union et doit s'il estime la critique sérieuse en référer au juge de l'Union, il peut en revanche écarter les moyens d'invalidité qu'il n'estime pas fondés<sup>32</sup>. Les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont certes en principe tenues de saisir la Cour dès lors qu'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union ou à la validité d'un acte de droit de l'Union est soulevée devant elles (art. 267, al. 3 TFUE). Mais elles peuvent se dispenser de le faire si elles constatent que la question n'est pas pertinente, que la disposition du droit de l'Union en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour, ou que l'interprétation correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable<sup>33</sup>, ce qui implique que la juridiction soit « *convaincue que la même évidence s'imposerait également aux autres juridictions de dernier ressort des États membres et à la Cour* »<sup>34</sup>.

13. Or précisément, dans le présent arrêt, le Conseil d'État estime qu'il n'y a pas de doute raisonnable quant à l'application correcte des dispositions en cause du droit de l'Union européenne. Les juges du Palais Royal, qui avaient pourtant reconnu trois ans plus tôt que les choses étaient loin d'être évidentes, s'appuient ici sur l'arrêt *FBF c/ ACPR* rendu entre-temps par la Cour de justice pour considérer que tous les doutes sont levés, qu'il s'agisse du champ d'action et des compétences de l'ABE, de la portée juridique des orientations ou de celle de la déclaration de conformité des autorités nationales.

30 CE, sect., 9<sup>e</sup> – 10<sup>e</sup> ch. réunies, 4 déc. 2019, préc.

31 CE, sect., 9<sup>e</sup> – 10<sup>e</sup> ch. réunies, 4 déc. 2019, préc., pt 5.

32 CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, pts 14 et 15.

33 CJCE, 6 oct. 1982, *Cilfit e.a.*, aff. 283/81, pt 21 ; CJUE, gde ch., 6 oct. 2021, *Consorzio Italian Management*, aff. C561/19, pt 33 et s.

34 CJCE, 6 oct. 1982, préc., pt 16 ; CJUE, gde ch., 6 oct. 2021, préc., pt 40.

## II.- L'interprétation large du champ d'action de l'ABE

14. Suivant l'exemple de la Cour de justice dans l'arrêt *FBF c/ ACPR*, le Conseil d'État interprète très largement le champ d'action et les compétences de l'ABE pour considérer qu'elle était bien fondée à émettre les orientations litigieuses.

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement 1093/2010 définit le champ d'action de l'ABE : celle-ci agit dans le champ d'application d'un certain nombre de directives et de règlements énumérés par ce texte (telles les directives CRD IV<sup>35</sup>, crédit à la consommation ou services de paiement), « *ainsi que de tout autre acte juridiquement contraignant de l'Union [lui] conférant des tâches* ». Le paragraphe suivant ajoute qu'elle agit « *pour les questions qui ne sont pas couvertes directement par les actes législatifs visés au paragraphe 2 [...] pour autant que cette action soit nécessaire pour veiller à l'application cohérente et efficace desdits actes* ». Si certains textes de niveau 1 chargent expressément l'ABE d'émettre des orientations sur certains points, elle peut donc, même en dehors de ces points, adopter des orientations pour assurer l'application cohérente, uniforme et efficace de ces actes, notamment en participant à l'instauration d'une pratique commune en matière de surveillance<sup>36</sup>.

15. Dans l'arrêt *FBF c/ ACPR*, la Cour, tout en énonçant que le pouvoir de l'ABE d'émettre des orientations doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel rigoureux et que cette autorité n'est compétente pour émettre des orientations que dans la mesure explicitement prévue par le législateur de l'Union<sup>37</sup>, a, contre l'avis de la Commission européenne et de l'avocat général<sup>38</sup>, considéré que l'autorité n'a pas excédé ses compétences en adoptant les orientations litigieuses. Pour ce faire, la Cour a opéré un véritable forçage des notions pour admettre que des textes relatifs à la gouvernance d'entreprise fondent la compétence de l'ABE pour émettre des orientations en matière de gouvernance produits : compte tenu du risque de sanctions encourues par les établissements en cas de commercialisation de produits conçus sans prendre en considération les caractéristiques des marchés visés<sup>39</sup>, la gouvernance produits ne serait somme toute qu'un dispositif supplémentaire de gestion des risques et participerait de l'adaptation, prévue par les textes de niveau 1, du dispositif de gouvernance d'entreprise et notamment de contrôle interne.

16. Dans le sillage du juge de l'Union, le Conseil d'État considère ici que la directive sur le crédit immobilier<sup>40</sup>, dès lors qu'elle confère des tâches à l'ABE, fonde la compétence de celle-ci pour adopter des orientations dans les matières régies par cette directive<sup>41</sup>. Si la prémisse est difficilement contestable – cette directive, bien que ne faisant pas partie des textes énumérés à l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2 du règlement

35 Dir. Parl. et Cons. UE 2013/36 du 26 juin 2013, préc.

36 Art. 8 (1) sous b) et art. 16 (1), règl. 1093/2010, préc.

37 CJUE, 15 juillet 2021, préc., pts 67 et 75.

38 Conclusions de l'Avocat général Michal BOBEK préc., pts 57 et s.

39 CJUE, 15 juillet 2021, préc., pt 104.

40 Dir. Parl. et Cons. UE 2014/17/UE, préc.

41 Décision commentée, pt 14.

1093/2010, est bien un acte juridiquement contraignant de l'Union conférant des tâches à l'ABE –, la conclusion peut surprendre au vu des tâches confiées par la directive à cette autorité, qui consistent, d'une part, à élaborer un projet de normes techniques de réglementation fixant le montant monétaire minimal de l'assurance responsabilité civile professionnelle des intermédiaires de crédit et, d'autre part, à intervenir en cas de différend entre deux autorités nationales... Au final, selon l'interprétation des textes retenue par la Cour et par le Conseil d'État, l'ABE peut adopter des orientations sur n'importe quel point se rattachant de près ou de loin à un acte, même non visé au paragraphe 1<sup>er</sup> des règlements sur les AES, dès lors que cet acte lui confère une tâche quelconque, quand bien même celle-ci n'aurait rien à voir avec le sujet couvert par les orientations<sup>42</sup>.

17. Une approche similaire est adoptée s'agissant d'apprécier la conformité au droit de l'Union des prescriptions relatives à la prise en compte des facteurs ESG. Les orientations litigieuses prévoient que les établissements doivent intégrer les facteurs ESG et leurs risques associés dans leurs politiques d'appétit pour le risque de crédit et de gestion des risques, ainsi que dans leurs politiques et procédures en matière de risque de crédit. Le Conseil d'État juge que l'article 79 de la directive 2013/36, aux termes duquel les autorités compétentes doivent veiller à ce que l'octroi de crédits soit fondé sur des critères sains et bien définis, autorise l'ABE à préciser – comprendre par-là, ajouter – les exigences de prise en compte des facteurs ESG en matière de risque de crédit, « *sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article 98 de cette même directive qui concernent la prise en compte des risques ESG au titre du contrôle et de l'évaluation prudentiels menés par les autorités compétentes, qu'il s'agisse de la BCE ou des autorités compétentes nationales, et non des procédures mises en œuvre par les établissements eux-mêmes* »<sup>43</sup>.

18. Une interprétation tout aussi compréhensive des textes de niveau 1 est retenue s'agissant d'apprécier la base légale des orientations sur les différents points examinés, qu'il s'agisse des politiques et procédures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>44</sup>, de la prise de décision en matière de crédit<sup>45</sup>, des procédures d'octroi de prêts<sup>46</sup> ou encore de l'évaluation des biens immobiliers et mobiliers<sup>47</sup>.

---

42 Trois dispositions de la directive 2014/17 confient des tâches à l'ABE : l'une (art. 29), celle d'élaborer un projet de normes techniques de réglementation fixant le montant monétaire minimal de l'assurance responsabilité civile professionnelle des intermédiaires de crédit, les deux autres (art. 34 et 37), celle d'intervenir en cas de différend entre deux autorités nationales. Dans l'arrêt FBF c/ ACPR (pt 101), la Cour en infère que : « *si la directive 2014/17 n'est pas non plus citée à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement n° 1093/2010, l'article 29, paragraphe 2, sous a), l'article 34, paragraphes 2 et 4, ainsi que l'article 37 de celle-ci prévoient que l'ABE doit prendre diverses mesures pour assurer l'exécution de cette directive, de sorte que cette directive, en tant qu'elle confère des tâches à l'ABE, doit être considérée comme un acte visé à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement n° 1093/2010* ».

43 Décision commentée, pt 31.

44 Décision commentée, pts 15 et s.

45 Décision commentée, pts 20 à 22.

46 Décision commentée, pts 23 à 27.

47 Décision commentée, pts 32 à 34.



19. À cet égard, deux formules reviennent comme un leitmotiv sous la plume du Conseil d'État comme pour relativiser l'importance du contrôle du respect par l'autorité de ses compétences, en affirmant l'« *innocuité*<sup>48</sup> » des orientations litigieuses (« *en tout état de cause, ces orientations ne visent pas à produire d'effets juridiques obligatoires* ») et en couvrant du manteau de la proportionnalité toute incertitude quant à leur manque de base légale (elles « *doivent faire l'objet d'une mise en œuvre proportionnée* »)<sup>49</sup>. En effet, les orientations litigieuses elles-mêmes prévoient (dans leur paragraphe 16) qu'elles doivent être mises en œuvre de manière proportionnée, et la notice de conformité de l'ACPR indique que la mise en œuvre du principe de proportionnalité « *permet de ne pas se conformer aux dispositions des orientations chaque fois que la prise en compte des critères énoncés au paragraphe 16 et rappelés ci-après l'autorise* »<sup>50</sup>. Finalement, peu importe la base légale, quand « *ces orientations ne visent pas à produire d'effets juridiques obligatoires [...] et doivent faire l'objet d'une mise en œuvre proportionnée à la taille, à la nature et à la complexité de la facilité de crédit consentie en vertu du principe de proportionnalité* » !

### III.- La portée juridique insaisissable des orientations des AES et des déclarations de (non) conformité des autorités nationales

20. En affirmant tout à la fois l'absence de force obligatoire des orientations à l'égard des établissements (A) et l'indifférence des déclarations de conformité des autorités nationales (B), l'arrêt du 22 juillet 2022 vient ajouter aux interrogations relatives à la portée de ces actes.

#### A.- La négation de la force obligatoire des orientations à l'égard des établissements

21. Le Conseil d'État s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de justice, qui a jugé que les orientations de l'ABE « *ne sauraient être considérées comme produisant, en tant que telles, des effets obligatoires à l'égard des établissements financiers* » et que « *le législateur de l'Union a entendu, en autorisant l'ABE à émettre des orientations, conférer à cette autorité un pouvoir d'incitation et de persuasion distinct du pouvoir d'adopter des actes dotés d'une force obligatoire* »<sup>51</sup>. La Cour a en effet jugé que les établissements ne sont pas tenus de se conformer aux orientations des AES puisque l'article 16 prévoit qu'ils rendent compte, « *de manière précise et détaillée, de leur respect ou non de cette orientation ou recommandation* ».

22. Pourtant, dans l'arrêt *FBF c/ ACPR*, l'analyse de la Cour est plus nuancée que ne le dit le Conseil d'État. Elle relève que l'émission, par l'ABE, des orientations litigieuses vise à exercer sur les autorités compétentes et sur les établissements financiers un pouvoir d'incitation et de persuasion<sup>52</sup> et que « *En particulier, de*

48 Selon la formule d'E. JOUFFIN, note préc. sous CE, 22 juill. 2022.

49 Décision commentée, pts 17, 26, 27, 34.

50 Décision commentée, pt 11.

51 CJUE, 15 juillet 2021, préc., pts 46 et 48 ; décision commentée, pt 10.

52 CJUE, 15 juillet 2021, préc., pt 69.

telles orientations peuvent conduire les autorités compétentes à adopter, à l'instar de l'ACPR dans l'affaire en cause au principal, des actes de droit national incitant les établissements financiers à modifier de manière significative leurs pratiques ou à prendre en compte [...], le respect des orientations de l'ABE lors de l'examen de la situation individuelle de ces établissements »<sup>53</sup>. Autrement dit, si les orientations sont en tant que telles dépourvues d'effet obligatoire à l'égard des établissements, leur force normative gagne quelques degrés, dans la gradation entre les actes dépourvus de tout effet contraignant et ceux qui en sont pleinement dotés, du fait de la déclaration de conformité des autorités nationales<sup>54</sup>. Dans son arrêt du 4 décembre 2019, le Conseil d'État lui-même avait d'ailleurs relevé que l'avis attaqué avait pour objet et pour effet d'inciter les établissements à modifier de manière significative leurs pratiques<sup>55</sup>. En effet, si la méconnaissance de l'avis et des orientations ne saurait en elle-même être sanctionnée, elle expose l'établissement au risque d'être considéré comme n'ayant pas de bonnes pratiques, à une mise en garde par l'ACPR<sup>56</sup> si ces pratiques sont susceptibles de mettre en danger les intérêts de ses clients, et à une sanction s'il ne tient pas compte de la mise en garde<sup>57</sup>.

23. Ces nuances ont tout à fait disparu dans la présente décision et la Haute juridiction administrative s'en tient ici à une pétition de principe, affirmant l'absence de force obligatoire des orientations à l'égard des établissements sans pour autant reconnaître une quelconque portée à la déclaration de non-conformité de l'autorité nationale.

24. On peut également regretter le refus d'interroger la Cour de justice sur un autre point. Dans l'arrêt *FBF*, la Cour a jugé qu'il incombe aux juges nationaux « de prendre en considération les orientations de l'ABE afin de résoudre les litiges qui leur sont soumis notamment lorsque ces orientations ont, à l'instar des orientations litigieuses, pour objet de compléter des dispositions du droit de l'Union ayant un caractère contraignant »<sup>58</sup>. La formulation n'est pas nouvelle et est reprise de décisions rendues à propos de recommandations<sup>59</sup>. Elle interroge néanmoins. Même en laissant de côté les interrogations relatives à ce que signifie « prendre en considération »<sup>60</sup>, comment une autorité dépourvue du pouvoir d'adopter des actes

53 CJUE, 15 juillet 2021, préc., pt 70.

54 En ce sens, v. D. Quelhas, note préc. sous CJUE, 15 juillet 2021, préc.

55 CE, sect., 9<sup>e</sup> – 10<sup>e</sup> ch. réunies, 4 déc. 2019, préc., pt 5. V. égal. les conclusions du rapporteur public, p. 5.

56 Art. L. 612-30 c. mon. fin. : « Lorsqu'elle constate qu'une personne soumise à son contrôle a des pratiques susceptibles de mettre en danger les intérêts de ses clients, assurés, adhérents ou bénéficiaires, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut, après avoir mis ses dirigeants en mesure de présenter leurs explications, la mettre en garde à l'encontre de la poursuite de ces pratiques en tant qu'elles portent atteinte aux règles de bonne pratique de la profession concernée. »

57 Art. L. 612-39 c. mon. fin.

58 CJUE, 15 juillet 2021, préc., pt 71.

59 CJCE, 13 déc. 1989, *Grimaldi*, préc., pt 18 ; 15 sept. 2016, *Koninklijke KPN e.a.*, aff. C28/15, pt 41 ; 25 mars 2021, *Balgarska Narodna Banka*, préc., pt 80.

60 Sur les possibles significations de cette formule, v. les conclusions de l'avocat général BOBEK dans l'affaire *Royaume de Belgique c/ Comm.*, préc., spéc. pts 96 et s. ; Adde P. DEUMIER, « La prise en

contraignants peut-elle par des orientations non pas seulement interpréter mais compléter un acte contraignant ? Le pouvoir de compléter des actes législatifs, uniquement dans leurs éléments non essentiels, peut être délégué à la Commission européenne par ces actes mêmes, en application de l'article 290 TFUE<sup>61</sup>. Mais cette délégation est strictement encadrée et soumise au contrôle du Parlement européen et du Conseil, qui peuvent formuler des objections, ainsi qu'au contrôle du juge de l'Union<sup>62</sup>. Las, le Conseil d'État botte en touche et balaye l'argument en quelques lignes : « *les orientations sont, en tant que telles, dépourvues de force obligatoire à l'égard des établissements. Par suite, en l'absence de tout doute raisonnable quant à l'application correcte des dispositions en cause du droit de l'Union européenne, il n'y a pas lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle relative à l'interprétation du pouvoir conféré à l'ABE au titre du règlement (UE) n° 1093/2010* »<sup>63</sup>.

#### B.- La négation de la portée juridique des déclarations de (non) conformité des autorités nationales

25. Les deux premiers alinéas de l'article 16, paragraphe 3 des règlements sur les AES sont certainement difficiles à concilier : le premier dispose que « *Les autorités compétentes et les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations et recommandations.* », quand le second prévoit que « *Dans un délai de deux mois suivant l'émission d'une orientation ou d'une recommandation, chaque autorité compétente indique si elle respecte ou entend respecter cette orientation ou recommandation [...]* ». La Cour de justice a résolu la contradiction en jugeant que les orientations sont *en tant que telles* dépourvues d'effet obligatoire à l'égard des établissements, mais que dans l'ordre interne, elles peuvent conduire les autorités compétentes à adopter des actes de droit national incitant les établissements financiers à modifier de manière significative leurs pratiques<sup>64</sup>. Mais dans la présente décision, le Conseil d'État choisit de faire primer le premier des deux alinéas, quitte à priver d'effet utile le second : « *les établissements financiers sont directement destinataires des orientations en litige et sont tenus de tout mettre en œuvre pour les respecter, quand bien même les autorités de régulation compétentes, qu'il s'agisse de la Banque centrale européenne (BCE) ou des autorités compétentes*

---

considération d'une norme par le juge : le chaînon manquant ? », *D.* 2022, p. 1668 ; Étude annuelle de la Cour de cassation 2018, *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, spéc. p. 206 et s.

61 Art. 290(1) TFUE : « *Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif.*

*Les actes législatifs délimitent explicitement les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir. Les éléments essentiels d'un domaine sont réservés à l'acte législatif et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir.* »

62 Si la Commission dispose nécessairement d'une certaine marge d'appréciation, le contenu, la portée et la durée de la délégation doivent être précisés dans l'acte législatif de manière à permettre un contrôle par le juge de l'UE de l'usage que la Commission fait de cette délégation (cf. CJUE, 26 juill. 2017, aff. C-696/15, *Rép. Tchèque c/ Commission*).

63 Décision commentée, pt 12.

64 En ce sens, v. D. QUELHAS, note préc. sous CJUE, 15 juillet 2021, préc.

*nationales, ne déclareraient se conformer qu'à une partie seulement de ces orientations* »<sup>65</sup>. Une déclaration de non-conformité partielle ou de conformité différée de la part de l'autorité nationale n'exempte donc pas les établissements de leur obligation de mettre tout en œuvre pour respecter les orientations. Est-ce à dire qu'il en irait différemment en cas de déclaration de non-conformité totale ? Il ne semble pas, à suivre le raisonnement du Conseil d'État.

26. Mais si les orientations n'ont pas besoin du relais de la déclaration de conformité des autorités nationales pour être applicables aux établissements, celle-ci peut-elle encore être considérée comme étant susceptible de produire des effets notables ou comme ayant pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des destinataires, et donc susceptible d'un recours pour excès de pouvoir<sup>66</sup> ? Oui, selon le Conseil d'État, par l'effet de la « *peur du gendarme* », du fait qu'elle émane de l'autorité sanctionnatrice<sup>67</sup>. Ainsi, par une curieuse asymétrie dont la logique ne saute pas aux yeux, la déclaration de non-conformité se voit dénier tout effet, tandis que la déclaration de conformité se voit reconnaître *a minima* un effet incitatif.

27. En réalité, l'affirmation de la superfluité de la déclaration de conformité (ou de non-conformité) permet surtout de cacher sous le tapis l'embarrassante question de la portée des déclarations de conformité dans le cadre du mécanisme de surveillance unique (MSU)<sup>68</sup>. Les requérants interrogeaient en effet l'articulation entre les pouvoirs des autorités nationales, qui supervisent les établissements moins importants, et ceux de la BCE, qui supervise directement les établissements importants, et est alors considérée comme l'autorité compétente au sens du règlement 1093/2010<sup>69</sup>. Qu'en est-il lorsque, comme en l'espèce, l'autorité nationale déclare ne se conformer que partiellement, ou de façon différée, aux orientations, tandis que la BCE déclare s'y conformer totalement et immédiatement ? La BCE peut-elle prendre sa propre déclaration de conformité ou doit-elle respecter la position de l'autorité nationale en tant que composante du droit national qu'elle doit appliquer ? L'ACPR et la BCE ont ici retenu la première interprétation, la première énonçant que sa déclaration de conformité est « *Sans préjudice des compétences de la Banque centrale européenne* », la seconde affirmant qu'elle entend se conformer aux orientations pour les établissements importants sous sa supervision directe. Les établissements d'un même État membre se trouvent ainsi soumis à l'application de règles différentes en fonction

65 Décision commentée, pt 13

66 Sur ce point, v. D. QUELHAS et E. JOUFFIN, notes préc. sous la décision commentée.

67 Cf. les conclusions du rapporteur public E. BOKDAM, p. 13 : « *Si la décision des autorités de surveillance de se conformer à des orientations de l'ABE a, compte tenu de son objet et de son effet incitatifs à l'égard des établissements soumis à leur contrôle par l'effet de la « peur du gendarme », des effets notables suffisants pour rendre une telle décision susceptible de recours pour excès de pouvoir devant votre prétoire, il ne s'agit ni d'une incorporation des orientations de l'ABE au droit « dur » interne ni d'une décision qui serait nécessaire pour rendre ces orientations applicables aux établissements destinataires* ».

68 Règl. n° 1024/2013 du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit (JO UE L 287 du 29 octobre 2013, p. 63) (« règlement MSU »).

69 Art. 9 (1) règl. 1024/2013, préc.

de leur taille. Comme l'a relevé le Rapporteur public, « *le risque d'incohérence pointé du doigt est le résultat direct du dispositif dual de surveillance mis en place par le règlement MSU* »<sup>70</sup>. Or cette logique, poussée jusqu'au bout, est susceptible d'emporter des conséquences beaucoup plus graves. Comme cela a été relevé<sup>71</sup>, cela pourrait conduire à remettre en cause la possibilité pour les établissements importants de contester devant le Conseil d'État la notice de conformité de l'ACPR, dont ils ne sont, selon cette analyse, pas destinataires. Or ils ne peuvent pas non plus contester la déclaration de conformité de la BCE, dès lors qu'un acte de *soft law* de l'Union ne peut faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour de justice, ce qui leur ferme par ricochet la possibilité de contester la validité des orientations elles-mêmes par la voie du renvoi préjudiciel. Sauf à attendre de faire l'objet d'une sanction pour non-respect des orientations – ce qui supposerait que la décision de sanction s'y réfère explicitement... – et à contester leur validité à l'occasion du recours formé contre la décision de sanction, les établissements importants ne pourraient contester la validité d'orientations de l'ABE, tandis que les établissements moins importants le pourraient – si minces leurs chances de succès soient-elles.

Pour toutes ces raisons, la question aurait mérité d'être posée au juge de l'Union. Mais il faudra attendre pour cela une autre affaire ; pour l'heure, le Conseil d'État juge qu'en l'absence de tout doute raisonnable quant à l'application correcte du droit de l'Union européenne (*sic*), « *il n'y a pas lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur l'articulation des compétences de la Banque centrale européenne et des autorités nationales pour la mise en œuvre des orientations en litige* »<sup>72</sup>.

## Conclusion

28. Dans un contexte d'agenciarisation de l'Union européenne, les problématiques liées au contrôle de l'action des agences européennes ne sont pas propres au secteur bancaire et financier<sup>73</sup>. Compte-tenu du pouvoir « *quasi-législatif* » exercé par les autorités de ce secteur à travers l'adoption d'actes de droit souple, le phénomène y prend toutefois des proportions particulièrement inquiétantes, d'autant que ce n'est pas la seule manifestation du « *déplacement du pouvoir législatif vers les autorités de supervision européennes* »<sup>74</sup> qui s'opère dans ces matières, le législateur européen ayant tendance à abandonner à la Commission européenne – et donc indirectement aux AES – le soin de compléter les actes de niveau 1 par des actes délégués. La crise financière de 2008 a montré s'il en était besoin la nécessité d'instaurer des autorités pour surveiller le système financier au niveau européen et assurer la cohérence de l'action des autorités nationales. Néanmoins, aussi légitimes

70 Conclusions du rapporteur public E. BOKDAM, préc., p. 12.

71 D. QUELHAS, note préc. sous CJUE, 15 juillet 2021, préc.

72 Décision commentée, pt 13.

73 V. notamment F. ANNUNZIATA, « The Remains of the Day : EU Financial Agencies, Soft Law and the Relics of Meroni », EBI Working Paper Series, 2021, n° 106 ; M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, Nijhoff Studies in eu Law, vol. 6, 2014.

74 M. GILLOUARD et A. GOURIO, note préc. sous les orientations.

les objectifs poursuivis par ces autorités fussent-ils, elles doivent, dans une Union de droit, respecter les limites des compétences qui leurs sont confiées par le législateur. Cette nécessité a été justement actée par le règlement 2019/2175, qui est venu rappeler que les AES doivent agir « *dans les limites de [leur] champ de compétences* », dans le respect du principe de proportionnalité, et que « *Le contenu et la forme des actions et des mesures de l'Autorité, en particulier des orientations, recommandations, avis, questions et réponses, projets de normes de réglementation et projets de normes d'exécution, respectent pleinement les dispositions applicables du présent règlement et des actes législatifs visés au paragraphe 2* »<sup>75</sup>. Ce même règlement a également créé une procédure d'avis motivé permettant à toute personne estimant que l'Autorité a excédé ses compétences en adoptant des orientations, des recommandations ou des Q&As, d'adresser un avis motivé à la Commission<sup>76</sup>. Cela suppose toutefois que cette personne soit concernée directement et individuellement par l'acte en question. Le dispositif est en outre beaucoup moins précis que ce qui était prévu dans la proposition de texte initiale, et ne prévoit pas l'intervention du Parlement européen<sup>77</sup>. Au surplus, le contrôle mis en place est davantage d'ordre politique, et ne saurait remplacer le contrôle juridictionnel des actes de ces autorités. Dans ces conditions, il serait souhaitable que la jurisprudence permette d'assurer un contrôle juridictionnel plus efficace des actes de droit souple émis par les AES – même si l'on comprend la crainte du juge de l'Union d'ouvrir la porte à un contentieux pléthorique – ou que le législateur lui-même intervienne pour renforcer le contrôle, juridictionnel et/ou politique, de ces actes.

---

75 Art. 1<sup>er</sup> (5), règl. 1093/2010, dans sa rédaction issue du règl. 2019/2175, préc. Cf. également cons. 5 : « *Il convient que le contenu et la forme des actions menées et des mesures prises par les AES, notamment des instruments tels que des orientations, des recommandations, des avis ou des questions et réponses, soient toujours fondés sur les actes législatifs visés à l'article 1er, paragraphe 2, des règlements fondateurs et demeurent dans les limites de ceux-ci, ou s'inscrivent dans le cadre de leurs pouvoirs.* »

76 Art. 60 bis, règl. 1093/2010, créé par le règl. 2019/2175, préc.

77 V. la proposition de règlement de réforme des AES présentée par la Commission le 20 septembre 2019 (COM(2017)536final) et les amendements du Parlement (A8-0013/2019).

### 4. Conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion : pas d'infléchissement de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'abus de marché

CJUE, Gde ch., 20 septembre 2022, *VD et SR*, aff. jointes C-339/20 et C-397/20

Commentaire rédigé par les étudiants du Master 2 Droit  
des affaires de l'École de Droit de la Sorbonne<sup>1</sup>  
Sous la direction du professeur Anne-Claire Rouaud

L'Union européenne a fait de la protection du droit au respect de la vie privée et des données à caractère personnel un de ses fers de lance. À ce titre, plusieurs textes sont venus renforcer la protection de ces droits fondamentaux, tout particulièrement la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, dite *e-Privacy*. Par l'arrêt *VD et SR* du 20 septembre 2022<sup>2</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence antérieure, notamment des arrêts *Digital Rights*<sup>3</sup>, *Tele 2 Sverige*<sup>4</sup> et *La Quadrature du Net*<sup>5</sup>, mais se prononce pour la première fois sur la conservation généralisée et indifférenciée, à titre préventif, de données de trafic en matière de lutte contre les abus de marché.

Deux personnes étaient poursuivies pénalement notamment pour des délits d'initiés et de blanchiment. Les deux prévenus ont contesté la transmission, à l'occasion de ces poursuites, de données relatives au trafic afférentes à des appels téléphoniques, par l'Autorité des marchés financiers (AMF) à l'autorité judiciaire. Ils faisaient valoir que les dispositions nationales concernant la conservation des

---

<sup>1</sup> Bienheureux Abelam EDANGA-METTE ; Marc ALEXANDROV ; Charlotte ALLEGRE ; Ketibe AYADI ; Alia AZIZI ; Amel BELAID ; Yanis BENYAHIA ; Arthur BERNHARD ; Brunet BLAISE ; Edouard BONNIN ; Zoe BORDAS ; Eloïse BOUTAN ; Julia BRUSSON ; Defne CAGLAR ; Ibrahim CAMARA ; Emine CELIK ; Laura DA COSTA ; Clothilde FRANÇOIS DE VALENCE ; Cyril FRESTEL ; Noémie GONDY ; Victor GOUDALLIER ; Eléonore GRANDJEAN ; Esther GRÉGOIRE ; Chloé GRUAZ ; Clémence HOERNER ; Noémie JACQUOT ; Margot LESCURAS ; Solène MARQUIER ; Hasnia MOULESSEHOUL ; Camilia OUNNAR ; Laura PERIGAUD ; Mathilde PIRAUX ; Clara PRADEL ; Isabelle PUREN ; Victoire ROUSSEL ; Mathis SOUGY ; Alexandra SOULHIOL CHABRIER ; Shannon STIOUI ; Yara TORBEY ; Sacha VIDAL ; Lucas VINCENT.

<sup>2</sup> CJUE, Gde ch., 20 sept. 2022, *VD et SR*, aff. jointes C-339/20 et C-397/20 ; *Banque & droit* n° 206, nov.-déc. 2022, p. 60, note A.-C. ROUAUD.

<sup>3</sup> CJUE, Gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 et C-594/12

<sup>4</sup> CJUE, Gde ch., 21 décembre 2016, *Tele 2 Sverige AB*, C-203/18 et C-698/15

<sup>5</sup> CJUE, Gde ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, aff. jointes C511/18, C512/18 et C520/18 ; *D.* 2021, p. 406, note M. LASSALLE ; *ibid.* 2020, p. 2262, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TRÉFIGNY ; *D.* 2022, p. 2002, note W. MAXWELL et C. ZOLYNSKI ; *BJB* janv. 2021, n° 119p3, p. 16, note M. GALLAND.

données et l'accès à ces données par l'AMF, ne seraient pas conformes au droit de l'Union européenne.

Leurs recours ont été rejetés par deux arrêts de la cour d'appel de Paris en date du 20 décembre 2018 et du 7 mars 2019, laquelle retient qu'il existait des motifs de suspicion d'opérations d'initiés, pour lesquelles les données concernées étaient essentielles à l'enquête. Les personnes poursuivies décident alors de se pourvoir en cassation. Selon les moyens du pourvoi, le droit français serait contraire au droit de l'Union européenne à la fois en ce qu'il prévoit, à l'article L. 34-1 du Code des postes et communications électroniques dans sa rédaction alors applicable, la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion aux fins de lutte contre la criminalité et en ce qu'il n'entoure pas de suffisamment de garanties le pouvoir de l'AMF, prévu par les anciennes dispositions de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier, d'accéder à ces données.

Trois questions préjudicielles sont posées à la Cour de Justice de l'Union européenne par la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>6</sup>. D'une part, elle est interrogée sur le point de savoir si les dispositions des textes européens en matière d'abus de marché « *n'impliquent [...] pas, compte tenu du caractère occulte des informations échangées et de la généralité du public susceptible d'être mis en cause, la possibilité, pour le législateur national, d'imposer aux opérateurs de communications électroniques une conservation temporaire mais généralisée des données de connexion* », pour permettre à l'autorité administrative compétente d'obtenir des preuves antérieures aux soupçons visant certaines personnes. D'autre part, les deux autres questions portent sur la possibilité de maintenir provisoirement les effets d'une législation contraire au droit de l'Union.

La directive *e-Privacy*, tout en posant le principe d'effacement ou d'anonymisation des données de connexion, autorise les États membres à imposer, par exception, une obligation de conservation dans certains cas. Dans l'arrêt *La Quadrature du Net* rendu le 6 octobre 2020, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la portée de ces dispositions et sur les modalités encadrant l'obligation faite aux fournisseurs de services de communication de conserver, de manière généralisée et indifférenciée, des données relatives au trafic et à la localisation sur le fondement d'une mesure nationale d'un État membre. Dans le cadre de son contrôle de proportionnalité entre la protection de la vie privée et la préservation de la sécurité nationale, la Cour accorde, au regard de l'article 15 de la directive *e-Privacy*, une importance de principe à la protection de la vie privée et à l'interdiction de la conservation de données de trafic et de localisation, du fait des informations précises susceptibles d'être déduites relativement à la vie privée des utilisateurs à partir de ces données (lesquelles incluent notamment l'identification du destinataire de la communication, la date et la durée de la correspondance). Toutefois, elle dégage

<sup>6</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> avril 2020, n°19-82.223 ; *Banque & Droit* n° 193 sept.-oct. 2020, p. 44, note A.-C. ROUAUD ; *BJB* Mai 2020, p. 21 note A. PIETRAN COSTA.



trois niveaux de gravité qui auront une influence sur le régime de conservation des données, posant ainsi une série d'exceptions à ce principe. En haut de la hiérarchie se trouve la protection de la sécurité nationale, avec en particulier la lutte contre le terrorisme, qui permet une conservation généralisée et indifférenciée, à titre préventif, des données de trafic et de localisation à condition d'être limitée dans le temps et soumise au contrôle d'une autorité judiciaire. Puis, vient la lutte contre la criminalité grave ; à cette fin, la conservation ne peut être que ciblée, en fonction de catégories de personnes ou de critères géographiques, ou prendre la forme d'une injonction de conservation rapide justifiée par un lien avec un crime grave et restant limitée au « strict nécessaire ». Enfin, les autres formes de criminalité ne sauraient justifier la conservation de telles données, à l'exception de celles relatives à l'identité civile des utilisateurs.

L'arrêt commenté ne peut être parfaitement compris qu'à la lumière de l'interprétation faite par l'Assemblée du Conseil d'État, dans son arrêt du 21 avril 2021<sup>7</sup>, de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Dans cet arrêt, la Haute Juridiction administrative reçoit en droit interne la réponse apportée par la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'arrêt *La Quadrature du net*<sup>8</sup> à des questions préjudicielles. Elle valide pour l'essentiel, au terme d'une interprétation audacieuse du droit de l'Union européenne, les dispositions de l'article R.10-13 du Code des postes et des communications électroniques dans sa rédaction alors applicable. Le Conseil d'État justifie sa décision par la protection effective de la sécurité nationale, principe de valeur constitutionnelle fondant une réserve de constitutionnalité. Si l'arrêt enjoint au Premier ministre d'abroger certaines dispositions faute de garanties suffisantes pour préserver les droits et libertés fondamentaux, il accepte cependant que les autorités utilisent, aux fins de lutter contre la criminalité grave et grâce à la conservation rapide, les données conservées de façon généralisée et indifférenciée aux fins de sauvegarde de la sécurité nationale. En effet, la conservation rapide des données n'aurait pas, à elle seule, d'intérêt pour la recherche des infractions passées, mais seulement une utilité pour la prévention d'infractions à venir.

Pour aboutir à cette conclusion, le Conseil d'État « *s'engouffre dans une brèche ouverte dans la jurisprudence Tele 2 par l'arrêt Quadrature du Net* »<sup>9</sup> en affirmant qu'« *aussi longtemps que l'existence d'une menace grave sur la sécurité nationale justifie la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, l'application du droit de l'Union européenne, en conduisant à écarter le droit national, ne prive pas de garanties effectives les objectifs de valeur constitutionnelle invoqués par le Premier ministre en défense*<sup>10</sup> ». Pour certains auteurs, le Conseil d'État « *réduit*

7 Conseil d'État, Assemblée, 21 avr. 2021, n°393099 ; F.-X. BRÉCHOT, « De l'art de concilier l'inconciliable », *RTD eur.* 2021. 637 ; L. AZOULAI, D. RITLÉNG, « « L'État, c'est moi ». Le Conseil d'État, la sécurité et la conservation des données », *RTD Eur.* 2021 p. 349 ; *BJB* juill. 2021, p. 14, note M. GALLAND ; *JCP G* 14 Juin 2021, 659, note A. ILIOPOULOU-PENOT.

8 CJUE, Gde ch., 6 octobre 2020, préc.

9 F.-X. BRÉCHOT, « De l'art de concilier l'inconciliable », préc.

10 Conseil d'État, 21 avr. 2021, préc., pt 58.

*considérablement les termes de l'équation posée par la Cour de justice* » en posant une exigence « *largement insuffisante* » du point de vue des droits protégés par le droit de l'Union<sup>11</sup>. La décision commentée semble permettre, dans une certaine mesure, de confirmer les critiques en ce sens.

En effet, dans l'arrêt *VD et SR* du 20 septembre 2022, la Cour considère que ni la Directive Abus de marché du 28 janvier 2003<sup>12</sup>, ni le règlement Abus de marché du 16 avril 2014<sup>13</sup> « *ne sauraient être interprétés comme pouvant constituer le fondement juridique d'une obligation générale de conservation des enregistrements de données relatives au trafic détenus par les opérateurs de services de communications électroniques aux fins de l'exercice des pouvoirs conférés à l'autorité compétente en matière financière au titre de la directive 2003/6 et du règlement n° 596/2014* ». Elle ajoute que « *la directive 2002/58 constitue l'acte de référence en matière de conservation et, de manière plus générale, de traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques* ». Ce faisant, la Cour opère une lecture du droit de l'Union opposée à une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation, à moins d'être en présence d'un cas de menace grave pour la sécurité nationale. Néanmoins, et à condition de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité, il revient au droit national de chaque État membre de trancher sur l'admissibilité des éléments de preuve obtenus au moyen d'une telle conservation.

Bien que les dispositions litigieuses ne soient plus en vigueur – elles ont, en effet, été réécrites, qu'il s'agisse de celles du Code monétaire et financier, à la suite de leur invalidation par le Conseil constitutionnel<sup>14</sup>, ou de celles du Code des postes et communications électroniques, à la suite de l'arrêt *La Quadrature du Net* de la CJUE et de l'arrêt *French Data Network* du Conseil d'État<sup>15</sup> – et que la directive *e-Privacy* soit en cours de révision, l'arrêt *VD et SR* présente un intérêt certain en ce qu'il vient confirmer la jurisprudence de la Cour en la matière tout en en faisant application, pour la première fois, en matière d'abus de marché.

Dans un premier temps, la Cour écarte la directive et le règlement Abus de marché comme fondant juridiquement une obligation générale de conservation des données de trafic détenues par les opérateurs de services de communications électroniques aux fins de la lutte contre les infractions d'abus de marché (I). Dans un second temps, elle exclut la possibilité de maintenir provisoirement une législation contraire au droit de l'UE, tout en rappelant qu'il appartient au droit national de

<sup>11</sup> L. AZOULAI, D. RITLÉNG, préc.

<sup>12</sup> Dir. 2003/6/CE 28 Janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché).

<sup>13</sup> Règl. 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché.

<sup>14</sup> Cons. Constit., 21 Juillet 2017, n°2017-646/647 QPC, M. Alexis K et autre ; *Revue des sociétés* 2017, p. 582 note N. MARTIAL-BRAZ ; Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

<sup>15</sup> Loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.

chaque État membre de déterminer l'admissibilité des éléments de preuve obtenus au moyen d'une telle conservation (II).

## I.- L'incompatibilité du droit français avec le droit de l'Union européenne

La Cour de justice de l'Union européenne répond à la première question préjudicielle qui lui est posée par la Cour de cassation en examinant les dispositions de droit de l'Union relatives aux abus de marché (A). Constatant que celles-ci n'habilitent pas le législateur national à instituer une obligation de conservation généralisée et indifférenciée des données, la Cour se réfère à la directive *e-Privacy* et à sa jurisprudence constante en la matière (B).

### A.- Les textes en matière d'abus de marché et leur interprétation par la CJUE

Saisie de la question de la compatibilité avec le droit de l'Union de la loi nationale prévoyant un régime de conservation généralisée et indifférenciée des données pour lutter contre les abus de marché, la Cour de justice se penche sur les textes communautaires en la matière. La question préjudicielle dont elle était saisie visait plus précisément « *L'article 12, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive 2003/6 et l'article 23, paragraphe 2, sous g) et h), du règlement n° 596/2014*<sup>16</sup> ». La CJUE se livre donc à une interprétation de ces textes, afin de savoir s'ils permettent une telle conservation des données.

Le règlement Abus de marché du 16 avril 2014<sup>17</sup> renforce le dispositif en matière de lutte contre les abus de marché découlant de la directive sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché du 28 janvier 2003<sup>18</sup>. C'est l'article 23 de ce règlement qui détaille les pouvoirs des autorités nationales dans la recherche des infractions d'abus de marché. Ce texte, à l'instar de l'article 12 de la directive 2003/6, exige que celles-ci puissent se faire remettre non seulement les enregistrements des conversations téléphoniques, des communications électroniques ou des enregistrements de données relatives au trafic détenus par des entreprises d'investissement, des établissements de crédit ou des institutions financières (art. 23 (1) sous g), mais aussi, « *dans la mesure où le droit national l'autorise, les enregistrements existants de données relatives au trafic détenus par un opérateur de télécommunications, lorsqu'il existe des raisons de suspecter une violation et que de tels enregistrements peuvent se révéler pertinents pour l'enquête* » (art. 23 (1) sous h).

En l'espèce, deux interprétations de ces articles se confrontaient. Selon certains gouvernements, dont le gouvernement français, ces dispositions habilitent implicitement le législateur national à instituer une obligation de conservation généralisée

<sup>16</sup> Décision commentée, pt 65.

<sup>17</sup> Règlement (UE) n° 596/2014, préc.

<sup>18</sup> Directive 2003/6/CE, préc.

et indifférenciée des données, tandis que selon les requérants ces dispositions ne régissent que la question de l'accès aux données<sup>19</sup>.

Il revenait donc à la CJUE de décider quelle est la bonne interprétation. Pour cela, la Cour se réfère aux termes de ces dispositions, à leur contexte, ainsi qu'aux objectifs poursuivis. Sur le premier critère, la juridiction européenne affirme qu'« *il ressort sans ambiguïté du libellé de ces dispositions que celles-ci se bornent à encadrer le pouvoir de ladite autorité d'« exiger », ou encore, de « se faire remettre » les données dont disposent ces opérateurs, ce qui correspond à un accès à ces données. En outre, la référence faite aux enregistrements « existants », tels que « détenus » par lesdits opérateurs, laisse entendre que le législateur de l'Union n'a pas entendu régir la possibilité, pour le législateur national, d'instaurer une obligation de conservation de tels enregistrements* »<sup>20</sup>. Sur le deuxième critère, relatif au contexte, la Cour arrive à la même conclusion. Le souhait du législateur européen n'était pas d'instituer une telle obligation de conservation à la charge des opérateurs de communications électroniques, mais simplement de doter les autorités compétentes de certains pouvoirs leur permettant de réaliser efficacement leurs missions d'enquête et de surveillance. Enfin, sur le troisième critère, tenant aux objectifs poursuivis, la Cour relève que la finalité de la réglementation relative aux abus de marché est d'assurer l'intégrité des marchés financiers de l'Union européenne et la confiance dans ces marchés, ce qui passe par la répression des abus de marché. Sur ce point, un doute était permis au regard du considérant 65 du règlement n° 596/2014, qui rappelle que les enregistrements des données sont parfois l'unique preuve permettant de détecter des opérations d'initié. En effet, ces opérations sont essentiellement secrètes, ce qui pose des difficultés probatoires.

Toutefois, la CJUE maintient son interprétation et affirme que « *ni la directive 2003/6 ni le règlement n° 596/2014 ne sauraient être interprétés comme pouvant constituer le fondement juridique d'une obligation générale de conservation des enregistrements de données relatives au trafic détenus par les opérateurs de services de communications électroniques aux fins de l'exercice des pouvoirs conférés à l'autorité compétente en matière financière au titre de la directive 2003/6 et du règlement n° 596/2014* »<sup>21</sup>. Ces textes ne régissent donc que la question de l'accès aux données par les autorités compétentes.

La conservation des données relève d'un autre texte communautaire, à savoir la directive *e-Privacy* du 12 juillet 2002.

---

<sup>19</sup> Décision commentée, pts 66 et 67.

<sup>20</sup> Décision commentée, pt 70.

<sup>21</sup> Décision commentée, pt 78.

*B.- L'application en matière d'abus de marché de la jurisprudence européenne interprétant la directive e-Privacy*

La directive *e-Privacy* constitue selon les termes de la Cour « l'acte de référence en matière de conservation des données » au niveau européen<sup>22</sup>. C'est donc naturellement sur cette directive que se fonde la Cour dans l'arrêt *VD et SR*, pour juger non conforme le droit français de la conservation des données en matière d'abus de marché. Si cette inconventionnalité du droit français était prévisible (1), une question reste en suspens car la juridiction européenne ne se prononce pas sur le seuil de gravité des abus de marché (2).

1.- Une jurisprudence européenne constante en matière de conservation généralisée

La première question préjudicielle posée à la Cour de justice par la Cour de cassation<sup>23</sup> portait sur le point de savoir si le législateur national pouvait imposer, aux fins de la lutte contre les infractions d'abus de marché, une conservation temporaire mais généralisée et indifférenciée des données de trafic, et permettre à l'autorité chargée de la lutte contre les abus de marché de se faire remettre de telles données. De manière prévisible, la Cour estime « qu'une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, imposant aux opérateurs de services de communications électroniques de procéder, à titre préventif, aux fins de la lutte contre les infractions d'abus de marché, dont font partie les opérations d'initiés, une conservation généralisée et indifférenciée des données de trafic de l'ensemble des utilisateurs des moyens de communications électroniques, sans qu'aucune différenciation soit faite à cet égard ou que des exceptions soient prévues et sans que les rapports requis, au titre de la jurisprudence mentionnée au point précédent, entre les données à conserver et l'objectif poursuivi, soit établi, excède les limites du strict nécessaire et ne saurait être considérée comme étant justifiée, dans une société démocratique, ainsi que l'exige l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte<sup>24</sup> ». C'est une fois de plus le droit des États à instaurer une conservation généralisée et indifférenciée des données qui est refusé par la juridiction européenne.

Cette décision n'est pas surprenante, elle s'inscrit pleinement dans la jurisprudence constante de la CJUE et ses arrêts *Digital Rights* de 2014<sup>25</sup>, *Tele 2 Sverige* de 2016<sup>26</sup> et *La Quadrature du net* de 2020<sup>27</sup>. En effet, dès 2014, la Cour de justice de l'Union européenne invalidait la directive 2006/24/CE sur la conservation des données. En posant une obligation de conservation généralisée et indifférenciée

<sup>22</sup> Décision commentée, pt 79.

<sup>23</sup> Cass. crim., 1<sup>er</sup> avril 2020, préc.

<sup>24</sup> Décision commentée, pt 94.

<sup>25</sup> CJUE, gde ch., 8 avril 2014, préc.

<sup>26</sup> CJUE, gde ch., 21 décembre 2016, préc.

<sup>27</sup> CJUE, gde ch., 6 octobre 2020, préc.

des données de connexion, cette directive comportait une ingérence dans les droits fondamentaux disproportionnée et non limitée au strict nécessaire.

Une relative souplesse a été apportée avec l'arrêt *La Quadrature du Net* de 2020, où la Cour a hiérarchisé les possibilités de conserver les données en fonction des objectifs des États, admettant ainsi une conservation généralisée et indifférenciée, quoique temporaire, des données relatives au trafic en cas de menace pour la sécurité nationale. À défaut, la lutte contre la criminalité grave permettrait une conservation généralisée des adresses IP, considérée comme peu intrusive, ainsi qu'une conservation ciblée des données relatives au trafic délimitée en fonction de catégories de personnes concernées ou au moyen d'un critère géographique ou encore une injonction de conservation rapide, pour une durée déterminée, des données relatives au trafic et des données de localisation. Enfin, la lutte contre la criminalité non grave autoriserait quant à elle seulement la conservation généralisée des données relatives à l'identité civile des utilisateurs de moyens de communications électroniques. Cette hiérarchie reflète l'importance accordée par la juridiction européenne au droit au respect de la vie privée, face à des États membres cherchant à contourner les principes de la directive *e-Privacy* pour satisfaire aux impératifs de sécurité et de répression pénale.

Outre la réaffirmation de l'interdiction d'une conservation généralisée des données aux fins de lutte contre la criminalité, également présente dans une autre décision rendue le même jour<sup>28</sup>, l'arrêt *VD et SR* est intéressant car il en fait application aux abus de marché. Contrairement aux précédents arrêts de la CJUE qui portaient sur la matière criminelle « classique », la décision commentée porte en effet sur une enquête de l'Autorité des marchés financiers et la poursuite de deux personnes physiques pour des faits de délits d'initiés, recel de délits d'initiés, complicité, corruption et blanchiment.

La question de la qualification du niveau de criminalité se posait donc logiquement concernant les abus de marché. Or, sur ce point, l'arrêt *VD et SR* n'apporte pas de réponse.

## 2.- Une question en suspens : le seuil de gravité des abus de marché

Puisque la conservation généralisée et indifférenciée des données n'est pas admise à cette fin, cela signifie que les abus de marché n'entrent pas dans la catégorie des menaces graves pour la sécurité nationale. Cela se comprend, car dans son arrêt *La Quadrature du net*, la Cour de justice qualifiait celles-ci « *d'activités de nature à déstabiliser gravement les structures constitutionnelles, politiques, économiques ou sociales fondamentales d'un pays, et en particulier à menacer directement la société, la population ou l'État en tant que tel, telles que notamment des activités* ».

---

<sup>28</sup> CJUE, gde ch., 20 sept. 2022, aff. jointes C793/19 et C794/19, *Bundesrepublik Deutschland c/ SpaceNet AG et Telekom Deutschland GmbH*.

de terrorisme<sup>29</sup> ». C'est dire qu'il s'agit d'activités d'une particulière gravité. Certes, les abus de marché sont répréhensibles, mais « *cela ne signifie [...] pas que de tels comportements constituent une menace pour la sécurité nationale, au sens de l'arrêt La Quadrature du Net* », comme le souligne l'avocat général dans ses conclusions dans l'affaire *VD et SR*<sup>30</sup>.

Si les abus de marché sont exclus de la catégorie des menaces graves pour la sécurité nationale, cela signifie qu'ils relèvent soit de la criminalité grave, soit de la criminalité ordinaire. Dans le premier cas, cela laisserait la possibilité aux États de prévoir une conservation ciblée et/ou rapide des données relatives au trafic, ainsi qu'une conservation généralisée et indifférenciée des adresses IP. Dans le second cas, seule la conservation des données relatives à l'identité civile des utilisateurs serait admise, selon la jurisprudence de la Cour de Justice.

Or, l'arrêt *La Quadrature du Net* ne renseigne pas sur le seuil de gravité des infractions d'abus de marché<sup>31</sup>, pas plus que le présent arrêt. De plus, on constate une absence de définition autonome de la criminalité grave ou faible en droit de l'Union.

Certaines pistes avaient été envisagées par le rapporteur public dans ses conclusions dans l'affaire *FrenchDataNetwork* devant le Conseil d'État<sup>32</sup>, notamment celle de fixer un seuil de peine encourue à partir duquel on pourrait considérer qu'il s'agit de criminalité grave. Mais, comme le souligne le rapporteur, le quantum de la peine encourue n'est pas toujours révélateur de la gravité des agissements en cause. Il faudrait se référer également aux « *circonstances de chaque infraction* » et à « *l'ampleur des préjudices subis par la société et par la victime*<sup>33</sup> ». De plus, force est de constater qu'en matière d'abus de marché les peines d'emprisonnement prévues (cinq ans maximum<sup>34</sup>) ne sont jamais prononcées. Le législateur français a également étendu aux abus de marché la voie de la composition administrative<sup>35</sup>, ouvrant ainsi la possibilité pour l'Autorité des marchés financiers de proposer une sanction négociée aux auteurs de manquements.

Est-ce à dire que les abus de marché relèvent de la criminalité ordinaire ? Il faudrait que la Cour tranche cette question de qualification dans ses arrêts ultérieurs, et ce d'autant plus que les juridictions nationales ont pris quelques libertés en matière de conservation des données.

29 CJUE, gde ch., 6 octobre 2020, préc., pt 135.

30 Conclusions de l'Avocat général Manuel CAMPOS SANCHEZ-BORDONA dans l'arrêt *VD et SR*, pt 84.

31 BJB janv. 2021, note M. GALLAND, préc., spéc. II. B. 1.

32 Conseil d'État, 21 avril 2021, préc.

33 Conclusions du rapporteur public dans l'affaire *FrenchDataNetwork*, pt 6.2.

34 Art. L. 465-1, c. mon. fin.

35 Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché ; art. L. 621-14-1, c. mon. fin.

En effet, le Conseil d'État s'est relativement écarté de la jurisprudence européenne, soulignant l'intérêt opérationnel incertain de la conservation ciblée<sup>36</sup>. S'appuyant sur le point 164 de l'arrêt *La Quadrature du Net*, dans lequel la Cour envisage l'hypothèse dans laquelle « *la finalité d'une telle conservation rapide ne correspond plus à celles pour lesquelles les données ont été collectées et conservées initialement* », pour préciser que « *les États membres doivent préciser, dans leur législation, la finalité pour laquelle la conservation rapide des données peut avoir lieu* », et en se gardant bien de citer le point 166 du même arrêt, dans lequel la Cour précise qu'il n'est pas licite d'accéder à des données pour un objectif inférieur à celui pour lequel elles ont été conservées, la Haute juridiction administrative admet que les autorités utilisent, aux fins de lutter contre la criminalité grave et grâce à la conservation rapide, les données conservées de façon généralisée et indifférenciée aux fins de sauvegarde de la sécurité nationale. Dès lors, il serait possible, pour lutter contre la criminalité grave, d'utiliser, via une injonction de conservation rapide, des données initialement conservées pour la protection de la sécurité nationale. C'est d'ailleurs ce que prévoient les dispositions de l'article L. 34-1 du CPCE dans leur rédaction issue de la loi du 30 juillet 2021 : « *Les données conservées par les opérateurs en application du présent article peuvent faire l'objet d'une injonction de conservation rapide par les autorités disposant, en application de la loi, d'un accès aux données relatives aux communications électroniques à des fins de prévention et de répression de la criminalité, de la délinquance grave et des autres manquements graves aux règles dont elles ont la charge d'assurer le respect, afin d'accéder à ces données*<sup>37</sup> ». L'accès aux données conservées pour la protection de la sécurité nationale serait donc autorisé pour satisfaire à un objectif plus faible de lutte contre la criminalité grave.

Il en va de même pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui en 2022 a considéré que « *La conservation rapide peut donc porter sur les données que détiennent les opérateurs de télécommunications électroniques [...] au titre d'une obligation de conservation imposée aux fins de sauvegarde de la sécurité nationale*<sup>38</sup> ».

Ces solutions entrent en contradiction avec la jurisprudence de la CJUE, y compris la plus récente, selon laquelle il est impossible d'utiliser des données conservées pour la protection de la sécurité nationale aux fins de lutte contre la criminalité grave<sup>39</sup>. On peut dès lors se demander comment se résoudra ce conflit.

Pour le moment, la CJUE maintient sa position, et cette constance se retrouve d'ailleurs dans les conséquences attachées aux arrêts rendus par la Cour, notamment dans le refus de différer l'effet d'éviction des dispositions nationales non conformes.

<sup>36</sup> Conseil d'État, 21 avril 2021, *FrenchDataNetwork*, n°393099, préc., pts 54 à 57.

<sup>37</sup> L. n° 2021-998 du 30 juill. 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.

<sup>38</sup> Cass. crim., 12 juillet 2022, n° 21-83.710, pt 18 ; M. BENDAVID, C.QUENDOLO, « Conservation et accès aux données de connexion : la Cour de cassation prend position », *AJ pénal* 2022. 415 ; *JCP G* 2022. 1123, note O. CAHN.

<sup>39</sup> CJUE, gde ch., 5 avril 2022, préc., pt 98.



## II.- Les effets limités de la déclaration d'invalidité sur les mesures prises en violation du droit communautaire

Dans cet arrêt, la Cour réaffirme le principe de sa compétence exclusive pour refuser la modulation dans le temps des effets de la déclaration d'invalidité (A) tout en maintenant l'autonomie procédurale des États membres en matière de recevabilité des preuves (B).

### *A.- La réaffirmation du principe de la compétence exclusive de la Cour pour procéder à la modulation dans le temps des effets d'une déclaration d'invalidité*

L'arrêt commenté rappelle que la Cour est en principe seule compétente pour procéder à la modulation dans le temps des effets d'une déclaration d'invalidité.

Dans un premier temps, l'arrêt rappelle que la compétence de la CJUE est fondée sur le principe de primauté et d'uniformité d'application du droit de l'Union européenne. En effet, le droit de l'Union européenne est prééminent sur le droit des États membres. Par conséquent, si le juge national ne peut interpréter la législation nationale de façon conforme aux exigences du droit de l'Union, il a pour obligation « *d'assurer le plein effet de celles-ci en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure*<sup>40</sup> ». À ce titre, l'arrêt du 5 avril 2022, *Commissioner of An Garda Síochána*<sup>41</sup> a précisé que cette obligation tend à s'appliquer « *sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel*<sup>42</sup> ».

Dans un second temps, la compétence de la Cour est également fondée sur des considérations impérieuses de sécurité juridique. Ce principe signifie que seule la Cour peut accorder une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle du droit de l'Union à l'égard du droit national contraire à celle-ci<sup>43</sup>. L'encadrement strict de ce principe est rappelé dans la décision commentée : la suspension provisoire ne peut être accordée (i) qu'à titre exceptionnel, (ii) pour des considérations impérieuses de sécurité juridique et (iii) dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée.

Ainsi, la compétence exclusive de la Cour se justifie par la volonté de préserver la sécurité juridique, mais également par le fait qu'il serait porté atteinte à la primauté et à l'application uniforme du droit de l'Union si les juridictions nationales avaient le pouvoir de donner la primauté, même à titre provisoire, à leurs dispositions nationales par rapport au droit de l'Union.

<sup>40</sup> Décision commentée, pt 97.

<sup>41</sup> CJUE 5 avril 2022, préc.

<sup>42</sup> CJUE 5 avril 2022, préc., pt 118.

<sup>43</sup> Décision commentée, pt 98.

Certes, la Cour a déjà offert au juge national un pouvoir circonstancié de modulation des effets dans le temps d'une déclaration d'invalidité depuis un arrêt *Inter-Environnement Wallonie ASBL* de 2012<sup>44</sup>. Toutefois, cette faculté reste exceptionnelle et strictement encadrée. Ainsi, dans cette dernière décision, cette modulation se justifiait par les circonstances particulières de l'espèce puisqu'il s'agissait (i) d'une simple omission d'une obligation procédurale qui (ii) s'inscrivait dans le domaine spécifique de la protection de l'environnement et (iii) était susceptible d'être régularisée.

Pour en revenir à l'arrêt *VD et SR*, le refus par la Cour de justice d'admettre un tel pouvoir de modulation était donc attendu, d'autant plus qu'une telle faculté n'a jamais été admise en matière de conservation des données, la Cour se référant d'ailleurs explicitement à ses précédents arrêts *Tele 2 Sverige et Watson*<sup>45</sup> du 21 décembre 2016 et *La Quadrature du Net* du 6 octobre 2020<sup>46</sup> pour justifier sa décision.

La position de la Cour de justice diffère donc de celle du Conseil constitutionnel qui, dans une décision QPC du 25 février 2022<sup>47</sup>, a maintenu les effets de l'ancien article L 34-1 du Code des postes et des communications électroniques alors même qu'il instaurait, pour les opérateurs de communications électroniques, une obligation de conservation des données généralisée et indifférenciée. En effet, pour le Conseil constitutionnel, la remise en cause des mesures prises sur le fondement de l'ancien article L 34-1, pourtant jugé inconstitutionnel, serait susceptible de provoquer « *des conséquences manifestement excessives* ». Le Conseil étant, conformément à l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution, seul compétent pour déterminer « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* »<sup>48</sup>, le report *ad futurum* des effets de l'inconstitutionnalité pouvait donc se justifier au regard des « *objectifs à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions* »<sup>49</sup>. Face à de tels impératifs, le report dans le temps des effets de l'inconstitutionnalité de l'ancien article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques semblait donc opportun aux yeux des Sages.

La solution de la Cour de justice dans l'arrêt commenté semble donc s'écarter de celle du Conseil constitutionnel, qui fait primer les objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions sur le droit à la vie privée. Toutefois, si la Cour refuse la modulation des effets de la déclaration d'invalidité, elle admet le maintien de l'autonomie procédurale des États membres en matière de recevabilité des preuves.

44 CJUE, 28 févr. 2012, *Inter-Environnement Wallonie ASBL e.a.*, aff. C-41/11.

45 CJUE, gde ch., 21 décembre 2016, préc.

46 CJUE, Gde ch., 6 octobre 2020, préc.

47 Décision n° 2021-976/977 QPC du 25 février 2022 ; *BJB* mai-juin 2022, p. 5, n° 200r5, note E. DEZEUZE et C. MÉLÉARD ; *D.* 2022, p. 1540, note M. LASSALLE.

48 Art. 62 al. 2 de la Constitution.

49 Décision n° 2021-976/977 QPC du 25 février 2022, préc.

*B.- Le maintien de l'autonomie procédurale des États membres en matière de recevabilité des preuves*

En interdisant toute obligation générale et indifférenciée de conservation de données relatives au trafic à des fins d'accès par les autorités compétentes en matière financière, la CJUE remet en cause le dispositif français applicable. Dès lors, on peut se questionner sur le sort des procédures ouvertes et nourries conformément à des dispositions alors applicables, aujourd'hui déclarées non conformes au droit de l'Union.

Conformément à ce qui a été dit précédemment, la Cour de justice dans cette décision énonce que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une juridiction nationale limite dans le temps les effets d'une déclaration d'invalidité qui lui incombe en vertu du droit national. Le principe de primauté du droit de l'Union suppose en effet que le droit national soit interprété conformément au droit de l'Union et que les décisions de la Cour de justice soient d'application immédiate, sauf décision à titre exceptionnel de la Cour elle-même en différant l'application. Permettre aux juridictions nationales de moduler dans le temps l'application d'une de ces décisions reviendrait à faire primer temporairement le droit national sur le droit de l'Union, dans la mesure où le maintien du droit national, ne serait-ce que pour un laps de temps déterminé, reviendrait à imposer aux opérateurs une conservation des données alors même que cette conservation est contraire au droit de l'Union et constitue une grave ingérence dans les droits fondamentaux.

En conséquence, la question soulevée était de savoir si les éléments de preuve obtenus à partir de ces données devaient être déclarés irrecevables. Il était plus précisément demandé à la Cour quelle était l'incidence de la non-conformité de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier au droit européen sur la recevabilité des preuves dans le cadre des procédures ouvertes.

En effet, la Cour de cassation, en opérant les renvois préjudiciels devant la Cour de Justice, ne manquait pas de souligner l'importance de la conservation des données de connexion en matière d'abus de marché, dès lors que celles-ci constituent, selon le considérant 65 du règlement Abus de marché, « *une preuve essentielle et parfois la seule, permettant de détecter et de démontrer l'existence d'une opération d'initié ou d'une manipulation de marché* ». En invoquant la législation issue de l'Union européenne, la Cour de cassation invitait le juge de l'Union à opérer une conciliation entre deux intérêts déclarés protégés par le droit de l'Union européenne lui-même.

La Cour de justice, appliquant sa jurisprudence *Prokuratuur* du 2 mars 2021<sup>50</sup>, vient énoncer que la recevabilité des preuves relève, en vertu du principe d'autonomie procédurale, des États membres, donc du droit national, sous réserve pour

---

<sup>50</sup> CJUE, 2 mars 2021, *Prokuratuur*, aff. C-746/18.

les juges nationaux de respecter le principe d'équivalence et le principe d'effectivité dégagés par la jurisprudence *Rewe et Comet* de la Cour de justice<sup>51</sup>.

Tout en réaffirmant le principe d'autonomie procédurale des États membres, qui implique qu'un État membre puisse mettre en œuvre le droit de l'Union dans les formes et procédures du droit national<sup>52</sup>, la Cour de justice vient immédiatement tempérer ce principe qui n'est pas absolu.

Tout d'abord, le principe d'équivalence est une limite à l'autonomie procédurale des États membres, puisqu'il signifie, en présence d'une violation du droit de l'Union, que « *les procédures appliquées doivent être identiques à celles appliquées par le droit national dans le cas d'une affaire interne de même nature* ». Ce principe concerne notamment les modalités de preuve et de recours en justice. Aussi le droit de l'Union doit-il bénéficier des mêmes conditions d'effectivité juridictionnelle que les normes nationales comparables<sup>53</sup>.

Ensuite, le principe d'effectivité vient, quant à lui, protéger les justiciables contre une potentielle privation dans l'exercice des droits que l'Union leur confère. En effet, l'exercice de leurs droits ne doit pas être rendu « *impossible pratiquement ou excessivement difficile* »<sup>54</sup>. Le droit national ne peut priver les justiciables de ce principe d'effectivité et donc de toute voie de recours à l'encontre des décisions nationales.

Ainsi, en application du principe d'effectivité, il devrait être possible de remettre en cause la recevabilité des preuves obtenues puisque leur admissibilité est directement contraire au droit au respect à la vie privée consacré par le droit de l'Union.

Toutefois, une nuance doit être faite. L'arrêt *Prokuratuur* mentionné par la Cour de justice dans l'arrêt ci-commenté énonce, sur une question similaire, que malgré le principe d'autonomie procédurale, les éléments de preuve devront être écartés par le juge national si les personnes visées par la procédure ne sont pas en mesure de les commenter efficacement. En effet, la Cour de Justice cherche avant tout à protéger la présomption d'innocence et les droits de la défense en évitant que ces données, obtenues illégalement, ne viennent porter préjudice à une personne soupçonnée d'être à l'origine d'infractions. Cette possibilité de commenter les éléments de preuve serait donc une condition pour déclarer les preuves recevables, par respect du principe du contradictoire et donc du droit au respect d'un procès équitable. Or en l'espèce, le prévenu pouvait demander une contre-expertise et était donc en mesure de commenter efficacement les éléments de preuve. Le juge

51 CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76.

52 CJCE, 11 février 1971, *Fleischkontor*, aff. 39-70.

53 Chahira BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 5e éd., p. 662.

54 CJUE, 6 octobre 2015, *Târșia*, aff. C-69/14.

national devrait admettre la recevabilité des éléments de preuve obtenus par une conservation généralisée des données de connexion.

C'est d'ailleurs la position récente de la Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>55</sup>, qui, dans le cadre d'une affaire d'association de malfaiteurs en bande organisée, a confirmé la validité de preuves résultant de l'exploitation de données de connexion, dès lors que les articles 156 et suivants du Code de procédure pénale prévoient « *que toute personne mise en examen peut solliciter du juge d'instruction une expertise et, le cas échéant, une contre-expertise, sous le contrôle de la chambre de l'instruction [...]* » et qu'il « *en est de même devant la juridiction de jugement* ». Les accusés pouvaient ainsi contester et commenter l'utilisation de ces éléments de preuve.

En définitive, il apparaît que l'irrecevabilité des preuves, provenant de données de connexion conservées de manière générale et indifférenciée en violation du droit de l'Union, ne sera caractérisée que lorsque les justiciables « *ne sont pas en mesure de commenter efficacement ces informations et ces éléments de preuve, provenant d'un domaine échappant à la connaissance des juges et qui sont susceptibles d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits*<sup>56</sup> ».

## Conclusion

L'affaire, qui questionnait la possibilité pour le législateur national de retenir une conservation généralisée et indifférenciée des données personnelles de trafic pendant un an, à titre préventif, ici pour lutter contre les délits d'abus de marché, notamment le délit d'initié, est loin d'être achevée. La chambre criminelle de la Cour de cassation devrait rendre une décision prochainement.

La décision *VD et SR* constitue un apport bienvenu à la protection des droits et libertés dans le domaine du numérique<sup>57</sup>. Ainsi, les mutations technologiques doivent s'accompagner « *d'une transformation juridique profonde qui garantisse l'équilibre entre les intérêts en présence et la protection des droits et des libertés au fondement de notre État de droit*<sup>58</sup> ». La jurisprudence de la Cour assure ainsi son rôle de mise en place d'un cadre uniforme de protection au sein des États membres. Il est toutefois possible d'envisager que cette jurisprudence soit amenée à être précisée voire à évoluer compte tenu des constantes évolutions dont témoigne le secteur du numérique. À ce sujet, présentent un intérêt important les négociations sur la

55 Cass. crim., 12 juillet 2022, préc. ; M. BENDAVID, C. QUENDOLO, « Conservation et accès aux données de connexion : la Cour de cassation prend position », *AJ pénal* 2022. 415.

56 Décision commentée, pt 106.

57 D. SIMON, « Protection des données numériques », *Europe* n° 11, Novembre 2022, comm. 357.

58 Intervention de Jean-Marc SAUVÉ lors de la remise des prix de thèse de la Fondation Varenne le 12 décembre 2017.

proposition de « *règlement e-Privacy* »<sup>59</sup> présentée par la Commission européenne et dont l'objectif est de renforcer la protection et la confiance dans le monde du numérique, notamment en sécurisant le contenu de toutes les communications électroniques.

---

59 Prop. Règl. Parl. et Cons. UE concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (COM/2017/010 final) ; v. égal. la position du Conseil arrêtée en février 2021.