



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 / Tel : 01 44 07 78 211

SSN : 2739-6649

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



TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES _____	5
Prescription de l'hypothèque, radiation et obligation naturelle _____	6
Kouroch BELLIS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS	
DU DROIT DES AFFAIRES 2022 _____	22
DROIT DES SOCIÉTÉS 23	
1. La bonne foi et l'intérêt social au soutien de la protection du dirigeant de société	
Com., 30 mars 2022, n ^{os} 20-16.168 et 20-17.354, publié. _____	23
Romain DUMONT	
2. Précisions jurisprudentielles sur la notion et la sanction de l'unanimité en droit des sociétés	
Cass. com., 5 janvier 2022, n ^o 20-17.428, publié au Bulletin _____	34
Edmond SCHLUMBERGER	
DROIT BANCAIRE 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 ^e – 10 ^e ch. réunies, 22 juillet 2022, n ^o 449898, <i>FBF, ASF et CASA c/</i> <i>ACPR</i> _____	40
Anne-Claire ROUAUD	
DROIT FINANCIER 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 _____	55
Commentaire rédigé par les étudiants du Master 2 Droit des affaires de l'École de Droit de la Sorbonne	

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^e – 10^e 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 apportées¹.

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)², 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 européennes³. 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^e 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)⁴. 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 prêts⁵.

4. Prises en application de l'article 16 du règlement 1093/2010 du 24 novembre 2010 instituant l'ABE⁶, 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^e – 10^e 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 AES⁷ 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 cas⁸. 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 AES⁹ 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 2019¹⁰ 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 compétences¹¹, 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 emprunteurs¹², les orientations se réclamant à la fois des dispositions de la directive CRD IV relatives à la gouvernance interne¹³ et de celles des directives sur le crédit immobilier¹⁴ et sur le crédit à la consommation¹⁵ 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 immédiatement¹⁶.

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'ACPR¹⁷, 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 2021¹⁸, 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, articulant 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 obligatoires¹⁹, ce qui l'a conduite à en exclure les recommandations²⁰ et les orientations²¹. 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-mêmes²² : « 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 avoir²³.

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 préjudiciel²⁴ ». 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 obligatoires²⁵. S'agissant des actes des AES, la Cour a ainsi reconnu dans les arrêts *Balgarska Narodna Banka*²⁶ 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*²⁷, 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 juridique²⁸, 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'adresse²⁹. 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'ABE³⁰. 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* »³¹. 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 fondés³². 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 raisonnable³³, 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* »³⁴.

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^e – 10^e ch. réunies, 4 déc. 2019, préc.

31 CE, sect., 9^e – 10^e 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^{er}, 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 IV³⁵, 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 surveillance³⁶.

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'Union³⁷, a, contre l'avis de la Commission européenne et de l'avocat général³⁸, 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 visés³⁹, 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 immobilier⁴⁰, 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 directive⁴¹. Si la prémisse est difficilement contestable – cette directive, bien que ne faisant pas partie des textes énumérés à l'article 1^{er} 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^{er} 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 orientations⁴².

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* »⁴³.

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 terrorisme⁴⁴, de la prise de décision en matière de crédit⁴⁵, des procédures d'octroi de prêts⁴⁶ ou encore de l'évaluation des biens immobiliers et mobiliers⁴⁷.

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^{er}, 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^{er}, 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*⁴⁸ » 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* »)⁴⁹. 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* »⁵⁰. 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* »⁵¹. 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 persuasion⁵² 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 »⁵³. 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 nationales⁵⁴. 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 pratiques⁵⁵. 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'ACPR⁵⁶ 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 garde⁵⁷.

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 »⁵⁸. La formulation n'est pas nouvelle et est reprise de décisions rendues à propos de recommandations⁵⁹. Elle interroge néanmoins. Même en laissant de côté les interrogations relatives à ce que signifie « prendre en considération »⁶⁰, 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^e – 10^e 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 TFUE⁶¹. 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'Union⁶². 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* »⁶³.

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 pratiques⁶⁴. 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 »⁶⁵. 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 pouvoir⁶⁶ ? Oui, selon le Conseil d'État, par l'effet de la « *peur du gendarme* », du fait qu'elle émane de l'autorité sanctionnatrice⁶⁷. 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)⁶⁸. 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 1093/2010⁶⁹. 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* »⁷⁰. Or cette logique, poussée jusqu'au bout, est susceptible d'emporter des conséquences beaucoup plus graves. Comme cela a été relevé⁷¹, 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* »⁷².

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 financier⁷³. 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* »⁷⁴ 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* »⁷⁵. 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 Commission⁷⁶. 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 européen⁷⁷. 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^{er} (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).