

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

CJUE, gde ch., 15 juill. 2020, n° C-911/19, *bjda.fr* 2021, n° 77, note J.-M. do Carmo Silva.

Le contrôle de légalité du droit souple en question devant la CJUE

CJUE, gde ch., 15 juill. 2020, n° C-911/19

Autorité bancaire européenne. Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles. Droit souple. Orientations. Contrôle de légalité. Irrecevabilité du recours en annulation.

L'article 263 du TFUE doit être interprété en ce sens que des actes tels que les orientations litigieuses, émises par l'Autorité bancaire européenne, ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation au titre de cet article.

L'article 267 du TFUE doit être interprété en ce sens que la Cour est compétente, en vertu de cet article, pour apprécier la validité d'actes tels que les orientations litigieuses.

Le droit de l'Union n'impose pas que la recevabilité, devant une juridiction nationale, d'une exception d'illégalité dirigée contre un acte de l'Union soit subordonnée à la condition que cet acte concerne directement et individuellement le justiciable qui se prévaut de cette exception.

La décision rendue la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, CJUE) le 15 juillet 2021 concernent les orientations émises par l'Autorité bancaire européenne à destination des autorités nationales et des entreprises assujetties. Elle intéresse la présente revue parce que l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (ci-après, AEAPP) est également autorisée à émettre des orientations par le règlement UE 1094/2010 du parlement européen et du conseil du 24 novembre 2010 instituant l'AEAPP. Surtout, les dispositions applicables dans l'affaire jugée sont rédigées en termes identiques dans le règlement UE 1093/2010 du 24 novembre 2010 instituant l'Autorité bancaire européenne (ci-après ABE) et celui précité instituant l'AEAPP.

En substance, l'article 8 de chacun de ces règlements confie à l'autorité européenne concernée notamment la tâche de contribuer à la création de normes en matière de réglementation et de surveillance, dont des avis, des recommandations et des orientations. L'article 16, relatif spécifiquement aux orientations et recommandations, prévoit notamment et d'une part, que l'autorité européenne concernée émet des orientations à l'intention de toutes les autorités nationales et les établissements assujettis et, d'autre part, que « Les autorités compétentes et les

établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations et recommandations ».

On présentera l'arrêt rendu par la CJUE le 15 juillet 2020 (1), avant que d'en discuter la portée (2).

1) La présentation de la décision

Plusieurs questions préjudicielles ont été soumises à la CJUE dans le cadre d'un litige opposant la Fédération bancaire française à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, au sujet de l'adoption, par cette dernière, d'un avis par lequel celle-ci a déclaré se conformer aux orientations litigieuses (pt 2).

La première question préjudicielle posée à la Cour – la seule commentée ici – était de savoir si l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, TFUE) doit être interprété en ce sens que « des actes tels que les orientations litigieuses peuvent faire l'objet d'un recours en annulation au titre de cet article » (pt 35). Ce texte confère à la CJUE le pouvoir d'exercer un contrôle de légalité notamment des actes établis par les organes ou organismes de l'Union (dont l'ABE) destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Il s'agissait donc de se demander si les orientations que le droit dérivé de l'UE permet à l'ABE d'émettre sont destinées à produire des effets juridiques. Plus précisément, la CJUE recherche si elles produisent des effets de droit obligatoires. Répondant par la négative, elle en conclut que les orientations litigieuses ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation sur le fondement de l'article 263 du TFUE.

Ses motifs reposent d'abord sur le contenu desdites orientations. Celles-ci énoncent qu'elles se bornent à donner un avis (pt 39), d'une part, et que les autorités auxquelles elles sont destinées doivent indiquer à l'ABE si elles respectent ou entendent respecter ces orientations ou, à défaut, indiquer les raisons du non-respect desdites orientations, d'autre part (pt 41). On connaît ce procédé sous l'expression anglaise *Comply or explain* (i.e. se conformer ou s'expliquer). La Cour ajoute qu'elles sont, « de manière générale, libellées en des termes non impératifs » (pt 40). Ce procédé du *Comply or explain* est expressément édicté par le règlement UE 1093/2010, précité¹. La précision, portée par la décision, est d'importance, car elle détermine le degré de normativité des orientations.

Elle l'est à nouveau lorsque la CJUE motive ensuite sa décision sur ce qu'elle appelle le contexte dans lequel les orientations litigieuses s'inscrivent, déduisant dudit procédé que les autorités ne sont pas tenues de se conformer aux orientations (pt 44). La Cour juge par ailleurs que les établissements financiers étant seulement tenus de rendre compte du respect ou non des orientations, celles-ci ne produisent pas davantage d'effets obligatoires à leur égard (pt 46). Elles sont, selon les juges européens, des actes d'incitation et de persuasion distincts du pouvoir d'adopter des actes dotés d'une force obligatoire (pt 48).

2) La portée de la décision

a) Le degré de normativité des orientations et des recommandations de l'ABE et de l'AEAPP

La décision rendue par la CJUE est d'une grande importance en ce qu'elle soustrait les orientations du contrôle de légalité alors même qu'elles ne sont pas totalement dépourvues

¹ A l'article 16, 3. Il l'est également dans le règlement 1094/2010, également précité.

d'effet juridique. Doit-on relever une application discutable de l'article 263 du TFUE, puisque celui-ci instaure un contrôle de légalité des actes « destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers » ? On répondra par la négative dès lors que l'on se réfère à la jurisprudence de la CJUE, laquelle entend les termes « effets juridiques » comme des effets juridiques obligatoires. Les orientations ne sont pas obligatoires. Elles relèvent de ce que l'on nomme le droit souple, le degré de souplesse dépendant de celui de normativité. Pour les juges européens, la normativité des orientations est insuffisante pour les soumettre au contrôle de légalité.

La solution doit être étendue aux recommandations de l'ABE et de l'AEAPP puisque l'article 16 des règlements qui instituent ces autorités européennes leur confère une normativité identique. La CJUE, dans la décision sous commentaire, justifie celle-ci en comparant les orientations aux recommandations, par référence d'abord à l'article 288 du TFUE, puis à un arrêt du 20 février 2018 opposant la Belgique à la Commission européenne (pt 42)². Pareille comparaison mérite discussion. L'article 288 précité, qui dispose dans son dernier alinéa, que les « recommandations et les avis ne lient pas », concerne les compétences des institutions de l'UE. Et dans son arrêt du 20 février 2018, est en cause une recommandation de la Commission. Or, l'ABE comme l'AEAPP ne sont pas des institutions, mais des « organes ou organismes ». Par ailleurs, l'article 263 du TFUE exclut expressément les recommandations du contrôle de légalité exercé par la CJUE uniquement à propos « des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne ». Aussi, en toute cohérence, l'analogie entre les orientations et les recommandations émises par l'ABE et l'AEAPP ne peut reposer sur l'article 288 du TFUE, mais seulement sur les règlements qui les régissent.

b) La recevabilité exceptionnelle d'un recours en annulation contre les orientations de l'ABE et de l'AEAPP

La décision de la CJUE d'écarter les orientations de l'ABE du contrôle de légalité, à elle confié par le TFUE, est fondée sur leur normativité intrinsèque – *i.e.* ressortant du règlement UE 1093/2010 –, jugée insuffisante, mais aussi sur le contenu des orientations litigieuses. La Cour exerce donc aussi un contrôle *in concreto* de la normativité des orientations. Si leur contenu révélait que celles-ci excédaient la volonté d'inciter ou de persuader les autorités nationales ou les établissements assujettis, le contrôle de légalité retrouverait son empire.

Autrement dit, pour reprendre les mots de la CJUE dans l'arrêt précité du 20 février 2018, à propos des recommandations (pt 29), à titre exceptionnel, l'impossibilité de former un recours en annulation contre une orientation ne vaut pas si l'acte attaqué, par son contenu, ne constitue pas une véritable orientation.

Jean-Michel do Carmo Silva,

Professeur de droit

Grenoble École de Management

Equipe de recherche Finance - Innovation - Gouvernance

L'arrêt :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0911&rid=2>

² CJUE 20 févr. 2018, Belgique/Commission, C-16/16 P.