

**DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS****CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :**

CE, 9<sup>e</sup> ch., 21 déc. 2021, n° 415550, Inédit au recueil Lebon, *bjda.fr* 2022, n° 79, obs. J.-M. Do Carmo Silva

**Le Conseil d'État statue après la réponse de la CJUE à sa question préjudicielle relative au contrôle de légalité des orientations de l'ABE****CE, 9<sup>e</sup> ch., 21 déc. 2021, n° 415550****Autorité de contrôle prudentiel (ACPR) – Avis de conformité aux orientations de l'Autorité bancaire européenne (ABE) – Nullité pour excès de pouvoir (non).**

*N'encourt pas la nullité l'avis par lequel l'ACPR déclare se conformer à l'orientation de l'ABE GL/2015/1 sur les modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail, dès lors que par cet avis l'ACPR s'est bornée à inciter les établissements financiers, au demeurant directement destinataires des orientations en cause et tenus de tout mettre en œuvre pour les respecter, à modifier de manière significative leurs pratiques.*

Par cette décision le Conseil d'État fait suite à la réponse que la CJUE avait, le 15 juillet 2021, apporté à la question préjudicielle soumise par les hauts conseillers. Il a été rendu compte de la décision de la CJUE dans la présente revue<sup>1</sup>. Elle intéresse le droit des assurances parce que l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) est également autorisée à émettre des orientations, en l'occurrence par le règlement UE 1094/2010 du parlement européen et du conseil du 24 novembre 2010 instituant l'AEAPP. En outre, les dispositions applicables dans notre affaire 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, dans l'arrêt précité de la CJUE, il fut notamment jugé que les orientations que le droit dérivé de l'UE permet à l'ABE d'émettre (en vertu du règlement UE 1093/2010) ne produisent pas d'effets de droit obligatoires, de sorte que les orientations litigieuses ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation sur le fondement de l'article 263 du TFUE. 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.

Dans son arrêt du 21 décembre 2021, le Conseil d'État réalise un tel contrôle *in concreto* à propos de l'avis rendu par l'ACPR. Celui-ci consiste à déclarer qu'elle se conforme à

---

<sup>1</sup> CJUE, gde ch., 15 juill. 2021, n° C-911/19, *bjda.fr* 2021, n° 77, note J.-M. do Carmo Silva

l'orientation de l'ABE. Il n'énonce pas d'obligation nouvelle et ne va pas au-delà d'une incitation à l'adresse des établissements assujettis, est-il jugé, de sorte qu'aucun excès de pouvoir n'est établi.

J.-M. do Carmo Silva,  
Professeur de droit  
Grenoble École de Management  
Équipe de recherche Finance - Innovation - Gouvernance

**L'arrêt :**

Considérant ce qui suit :

1. L'Autorité bancaire européenne (ABE) a, sur le fondement de l'article 16 du règlement du 24 novembre 2010, adopté, le 22 mars 2016, des orientations ABE/GL/2015/18 sur les modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail. Par un avis publié sur son site internet le 8 septembre 2017, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a déclaré se conformer à ces orientations et a précisé qu'elles étaient applicables aux établissements de crédit, aux établissements de paiement et aux établissements de monnaie électronique soumis à son contrôle, qui devaient tout mettre en œuvre pour les respecter et pour s'assurer que leurs distributeurs s'y conforment. La Fédération bancaire française (FBF) demande l'annulation pour excès de pouvoir de cet avis.
2. Par la décision du 4 décembre 2019 visée ci-dessus, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a jugé que l'avis attaqué devait être regardé comme faisant grief à la Fédération bancaire française et écarté par conséquent la fin de non-recevoir soulevée par l'ACPR. Il a ensuite sursis à statuer sur l'exception d'invalidité soulevée par la Fédération bancaire française et dirigée contre les orientations adoptées par l'ABE le 22 mars 2016, dans l'attente de la réponse aux questions préjudicielles qu'il a renvoyées à la Cour de Justice de l'Union européenne.
3. Dans l'arrêt du 15 juillet 2021 par lequel elle s'est prononcée sur les questions dont le Conseil d'Etat statuant au contentieux l'avait saisie à titre préjudiciel, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne doit être interprété en ce sens que des actes tels que les orientations de l'ABE du 22 mars 2016 ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation au titre de cet article. Elle a également dit pour droit que l'article 267 du traité doit être interprété en ce sens que la Cour est compétente, en vertu de cet article, pour apprécier la validité d'actes tels que ces mêmes orientations. Elle a précisé que 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. Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'examen de la troisième question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat n'a révélé aucun élément de nature à affecter la validité des orientations de l'ABE en litige. Sur ce point, la cour a relevé dans son arrêt, d'une part, que les orientations en litige doivent être considérées comme relevant du champ d'action de l'ABE, tel qu'il est défini, de manière générale, à l'article 1er, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 1093/2010 et, d'autre part, que ces orientations relèvent des compétences de l'ABE, telles que définies par le législateur de l'Union (points 123 et 131 de l'arrêt de la Cour).
4. En premier lieu, il résulte de ce qui a été dit au point 3 que, si la Fédération bancaire française est

recevable à exciper de l'invalidité des orientations adoptées par l'ABE le 22 mars 2016 au regard du droit de l'Union européenne, son moyen doit toutefois être écarté comme non fondé.

5. En deuxième lieu, aux termes de l'article 16 du règlement n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) : " 1. 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, l'Autorité émet des orientations et des recommandations à l'intention des autorités compétentes ou des établissements financiers. / (...) 3. Les autorités compétentes et les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations et recommandations. / 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. Si une autorité compétente ne la respecte pas ou n'entend pas la respecter, elle en informe l'Autorité en motivant sa décision. / L'Autorité publie le fait qu'une autorité compétente ne respecte pas ou n'entend pas respecter cette orientation ou recommandation (...). / Si l'orientation ou la recommandation le requiert, les établissements financiers rendent compte, de manière précise et détaillée, de leur respect ou non de cette orientation ou recommandation (...). ". Aux termes des orientations sur les modalités de gouvernance et la surveillance des produits bancaires de détail adoptées par l'ABE le 22 mars 2016 : " (...) 6. Les présentes orientations s'appliquent aux producteurs et aux distributeurs des produits proposés et vendus aux consommateurs (...) 11. Les présentes orientations sont destinées aux autorités compétentes, telles que définies à l'article 4, paragraphe 2, point i), du règlement (UE) n° 1093/2010, et aux établissements financiers, tels que définis à l'article 4, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 1093/2010 (ci-après le " règlement ABE ") (...) 14. En ce qui concerne les orientations pour les distributeurs, les autorités compétentes devraient soit exiger directement des distributeurs qu'ils s'y conforment, soit exiger des producteurs qu'elles sont chargées de surveiller qu'ils s'assurent que les distributeurs s'y conforment. (...) ".

6. Si la fédération française des banques soutient que l'ACPR aurait outrepassé ses pouvoirs en adoptant des dispositions réglementaires mettant à la charge des banques des obligations nouvelles, il ressort de l'avis attaqué du 8 septembre 2017 que l'autorité s'est bornée à inciter les établissements financiers, au demeurant directement destinataires des orientations en cause et tenus de tout mettre en œuvre pour les respecter, à modifier de manière significative leurs pratiques concernant la gouvernance et la surveillance des produits bancaires de détail. Par suite, le moyen soulevé ne peut qu'être écarté.

7. En dernier lieu, le moyen tiré de ce que l'ACPR se serait illégalement déclarée conforme à des orientations européennes n'ayant pas de base légale en droit interne n'est pas assorti des précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé.

8. Il résulte de tout ce qui précède que la Fédération bancaire française n'est pas fondée à demander l'annulation de l'avis qu'elle attaque. Sa requête doit, par suite, être rejetée, y compris, en conséquence, ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il y a lieu en revanche de mettre à la charge de la fédération la somme de 3 000 euros à verser à ce titre à l'ACPR.

D E C I D E :

-----

Article 1er : La requête de la Fédération bancaire française est rejetée.

Article 2 : La Fédération bancaire française versera la somme de 3 000 euros à l'ACPR au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la Fédération bancaire française et à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

Délibéré à l'issue de la séance du 13 décembre 2021 où siégeaient : M. Thomas Andrieu, conseiller d'Etat, président ; Mme Anne Egerszegi, conseillère d'Etat et M. Olivier Saby, maître des requêtes-rapporteur.

Rendu le 21 décembre 2021.