

N° 415550 – Fédération bancaire française

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 20 novembre 2019

Lecture du 04 décembre 2019

Conclusions

Mme Emilie BOKDAM, rapporteur public

La présente affaire revient devant votre formation de jugement après un supplément d’instruction qui aura permis d’éclairer les effets, de fait à défaut d’être de droit, de l’acte attaqué.

Le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance a créé l’Autorité bancaire européenne (ABE), organisme de l’Union doté de la personnalité juridique et partie d’un système européen de surveillance financière (SESF) comprenant d’autres autorités de surveillance européennes mais aussi les autorités de surveillance nationales. Elle agit, en vertu de l’article 1^{er} de ce règlement, selon les pouvoirs que ce dernier lui confère, d’une part, dans les champs d’application de plusieurs directives identifiées au paragraphe 2 de cet article s’appliquant aux établissements de crédit, aux établissements financiers et aux autorités nationales de surveillance, et d’autre part, en vertu de son paragraphe 3, dans le domaine d’activité des établissements de crédit, conglomérats financiers, entreprises d’investissements, établissements de paiement et établissements de monnaie électronique, s’agissant des questions qui ne sont pas directement couvertes par ces directives et leurs mesures d’application, pour autant que l’action de l’Autorité soit nécessaire pour veiller à l’application cohérente et efficace de ces actes.

L’ABE ne détient pas le pouvoir de contrôler les établissements de crédit ni, sauf cas exceptionnels, celui d’adresser des recommandations individuelles à des établissements de crédit déterminés et de prendre des décisions individuelles. En revanche, elle élabore des projets de normes techniques de réglementation (article 10), soumis à la Commission pour approbation, et des normes techniques d’exécution (article 15). Elle peut également émettre des orientations et recommandations *« afin d’établir des pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives (...) et d’assurer une application commune, uniforme et cohérente du droit de l’Union »*.

Ce dernier pouvoir lui est conféré par l’article 16 du règlement du 24 novembre 2010. Son paragraphe 1 prévoit que ces orientations et recommandations sont émises *« à l’intention des autorités compétentes ou des établissements financiers »*. Le paragraphe 3 précise la portée de ces actes. Ainsi, son premier alinéa fait peser sur les destinataires de ces orientations et recommandations ce qui nous paraît s’apparenter à une obligation de moyens, en ce qu’il

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.

prévoit : « *Les autorités compétentes et les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations et recommandations.* » Les alinéas suivants envisagent toutefois que les autorités nationales de surveillance décident de ne pas mettre en œuvre cette obligation – probablement moins pour des motifs d’opportunité qu’en cas de comportement dicté par le cadre juridique interne et le cas échéant par les pouvoirs de contrôle limités conférés dans celui-ci aux autorités nationales. Ainsi, le deuxième alinéa du 3 prévoit, selon un dispositif que les Anglo-Saxons désignent sous les termes « *comply or explain* », 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. Si une autorité compétente ne la respecte pas ou n’entend pas la respecter, elle en informe l’Autorité en motivant sa décision.* » Enfin, le dernier alinéa fait peser sur les établissements financiers destinataires une obligation, si l’orientation ou la recommandation le requiert, de rendre compte « *de manière précise et détaillée, de leur respect ou non de cette orientation ou recommandation.* »

Le règlement n’explicite pas la distinction entre « orientations » et « recommandations ». Les « recommandations » constituent une catégorie d’actes « typiques », c’est-à-dire qu’elles figurent expressément parmi les catégories d’actes pouvant émaner des institutions de l’Union mentionnées à l’article 288 du TFUE. Cet article stipule qu’elles ne lient pas. La CJUE considère qu’en instituant cette catégorie particulière d’actes, le traité « *a entendu investir les institutions habilitées à les adopter d’un pouvoir d’incitation et de persuasion, distinct du pouvoir d’adopter des actes d’une force obligatoire* » (CJUE, Gr. Ch., 20 février 2018, *Belgique c/ Commission*, aff. C-16/16 P). Les « orientations » (la version anglaise du règlement évoque des « guidelines ») ne sont en revanche pas mentionnées par les traités et figurent ainsi au nombre des actes dits « atypiques ». Les « orientations » prévues par l’article 16 du règlement ne constituent pas des « normes » à proprement parler et ne procèdent pas de l’expression d’un véritable pouvoir législatif, qui ne saurait être conféré à un tel organisme. Elles relèvent davantage, eu égard à l’objet de ces mesures tel que défini au paragraphe 1 de cet article, de l’expression d’un avis de l’Autorité de surveillance sur l’application que doit recevoir le droit de l’Union dans son domaine de compétence et sur les pratiques de surveillance propres à assurer la stabilité et l’efficacité à court, moyen et long terme du système financier pour l’économie de l’Union, ses citoyens et ses entreprises. Il n’en demeure pas moins que l’article 16 du règlement confère, comme on l’a vu, une certaine portée juridique à ces orientations comme aux recommandations de l’Autorité.

L’ABE a adopté, le 22 mars 2016, des « orientations sur les modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail » (ABE/GL/2015/18).

Leur point 1 rappelle qu’en vertu de l’article 16 du règlement, les « *autorités compétentes et les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations* ». Le point 11 confirme cette double destination, en adressant expressément celles-ci aux autorités de surveillance nationales et aux établissements financiers. Le contenu même des orientations concerne les modalités de gouvernance et de surveillance internes aux producteurs et aux distributeurs de contrats de crédits et autres produits bancaires de détail. Elles ont pour finalité

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.

l'établissement par ces opérateurs de procédures internes permettant de « *s'assurer que les intérêts, les objectifs et les caractéristiques du marché cible sont satisfaits* ».

Le 8 septembre 2017, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution française (ACPR) a mis en ligne sur son site Internet un avis intitulé « *Mise en œuvre des orientations de l'Autorité bancaire européenne sur les modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail* ».

Cet avis comporte deux paragraphes. Le premier énonce que « *L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) s'est déclarée conforme aux orientations de l'Autorité bancaire européenne (EBA/GL/2015/18) sur les modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail annexées au présent avis* ». Le second dispose que « *Ces orientations sont applicables aux établissements de crédit, aux établissements de paiement et aux établissements de monnaie électronique soumis au contrôle de l'ACPR, qui doivent mettre tout en œuvre pour les respecter et, en application du paragraphe 14 des orientations, pour s'assurer que leurs distributeurs s'y conforment, conformément aux dispositions de l'article 16 du règlement (UE) n°1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant l'Autorité bancaire européenne.* »

C'est l'acte attaqué par la Fédération bancaire française par la présente requête, à l'encontre de laquelle l'ACPR soulève en défense une fin de non-recevoir.

Vous apprécierez la recevabilité du recours au regard de l'objet et des effets de l'acte attaqué, indépendamment des moyens que la requête soulève, et notamment du point de savoir si elle invoque des vices propres à l'avis ou adresse en réalité ses griefs aux orientations de l'ABE.

La justiciabilité des actes des autorités de régulation est, dans son dernier état, fixée par votre jurisprudence d'Assemblée *Société Fairvesta International GmbH et autres* et *Société NC Numericable* du 21 mars 2016 (n°s 368082 368083 368084, p.76 et n° 390023,p. 88).

Il en résulte, d'une part, que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par ces autorités dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Cette première branche de votre jurisprudence *Fairvesta* n'est que la reprise et la confirmation de décisions antérieures (notamment CE, 11 octobre 2012, *Société ITM Entreprises et autres*, n°s 346378 346444, p. 359 et CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, p. 361). D'autre part, ces actes peuvent également faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, « *lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.* »

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'avis de déclaration de conformité de l'ACPR n'a pas le caractère d'une disposition réglementaire et ne s'apparente pas à l'homologation d'un code de conduite. Si sa formulation (« Ces orientations sont applicables aux établissements de crédit, aux établissements de paiement et aux établissements de monnaie électronique soumis au contrôle de l'ACPR, qui doivent mettre tout en œuvre pour les respecter ») peut paraître présenter une apparence impérative, les orientations annexées à l'avis emploient le verbe « devoir » au simple conditionnel et nous peinons à y voir des « dispositions générales et impératives » au sens de la première branche de votre jurisprudence.

Relèvent-ils de la seconde ?

En juin dernier, nous avons été sensible au constat selon lequel les établissements de crédit sont les premiers destinataires des orientations de l'ABE du 22 mars 2016, lesquelles leur sont directement applicables, et qu'indépendamment de l'intervention du régulateur national il leur appartient donc en principe, en application de l'article 16 du règlement du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, de mettre « tout en œuvre pour (les) respecter ». Or l'avis de l'ACPR n'en modifie pas la nature juridique ni ne leur confère une densité ou une portée juridique plus fortes que celle qu'elles tirent déjà de l'article 16 du règlement aux fins de déployer leurs effets à l'égard des établissements.

Cet avis peut dès lors sembler ne rien ajouter à l'état du droit (même souple) applicable. Aussi, nous avons hésité à lui reconnaître des effets « notables » ou un objet tendant à influencer « de manière significative » sur les comportements des opérateurs – cet objectif étant celui de l'ABE en émettant ses orientations directement adressées à ceux-ci –, et avons incliné à voir l'objet de cet avis comme étant d'abord d'informer l'ABE, les établissements ne venant qu'en second rang, qu'elle respecte désormais les orientations de l'Autorité européenne.

Le supplément d'instruction réalisé depuis lors sur les pratiques du régulateur et des établissements de crédit nous convainc toutefois désormais de l'inclusion de l'acte en cause dans le champ de votre jurisprudence *Fairvesta*.

Tout d'abord, l'avis n'est pas adressé à l'ABE et ne s'inscrit pas dans le cadre de la procédure d'information « appliquer ou expliquer » prévue par le paragraphe 3 de l'article 16 du règlement et conduite entre le superviseur national et l'autorité européenne. Il a en effet été émis après que l'ACPR a informé l'ABE de sa position dans un cadre bilatéral (d'où l'usage, dans le présent avis, du participe passé « L'Autorité s'est déclarée conforme... »), et n'a donc pour seuls destinataires que les opérateurs.

Cet avis a donc pour unique objet d'informer les établissements de crédit que l'ACPR non seulement adhère au contenu des orientations mais s'est mise en ordre de marche pour tenir compte de celles-ci lors de ses contrôles. Or le document général intitulé « *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* » et émanant de cette autorité indique, s'agissant des orientations et recommandations des autorités européennes de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

surveillance, que « *dans l'hypothèse où, pour atteindre les objectifs fixés par les orientations ou recommandations, un organisme mettrait en place des moyens différents de ceux prévus par ces instruments, il doit s'assurer qu'il pourrait justifier à l'ACPR, sur sa demande notamment lors d'un contrôle, qu'il a tout mis en œuvre pour parvenir au même objectif* ».

Sur ce point, il convient d'être clair : la méconnaissance des orientations ne saurait fonder directement le prononcé d'une sanction, ces orientations n'étant pas au nombre des « dispositions européennes » (de droit dur) dont l'article L. 612-1 du CMF prévoit le contrôle par l'ACPR et ne constituant pas davantage un code de conduite homologué. Mais si elles ne s'apparentent qu'à l'expression de bonnes pratiques non contraignantes, un établissement qui s'en écarterait encourt le risque, le cas échéant, en fonction des circonstances de l'espèce, d'être regardé par l'ACPR comme ayant de mauvaises pratiques qui, lorsque et à la condition qu'elles mettent en danger la clientèle, peuvent donner lieu à l'édition d'une mesure de police sous forme de mise en garde individuelle, dont le non respect expose à son tour l'établissement à l'engagement d'une procédure disciplinaire en application des articles L. 612-30 et L. 612-31 du CMF.

L'information donnée aux établissements par l'ACPR sur sa déclaration de conformité n'est donc pas neutre et a nécessairement pour objet et pour effet, en les prévenant de ce que l'ACPR tient désormais compte de ces orientations dans l'exercice de ses pouvoirs, d'influer sur leurs comportements.

A cet égard, l'ACPR a admis, en réponse à votre mesure d'instruction, que même si les orientations de l'ABE sont applicables directement aux établissements de crédit, « néanmoins, ces établissements ne sont pas incités par l'ACPR à tout mettre en œuvre pour respecter ces orientations dans le cas où l'ACPR informe l'ABE qu'elle ne s'y conforme pas ». L'on pourrait vouloir en déduire qu'un avis de déclaration de non-conformité aurait des effets suffisants pour faire grief, et que n'aurait pas cet effet un avis qui se contenterait de se déclarer conforme, mais il ne nous semblerait pas pertinent de reconnaître une justiciabilité au premier et non au second. D'une part, en effet, l'un comme l'autre informent les établissements de crédit sur l'environnement de contrôle, et d'autre part, il résulte de l'instruction que si les établissements préparent la mise en œuvre des orientations dès leur émission par l'ABE, ils attendent en revanche de connaître la position du régulateur national avant, le cas échéant, de les mettre effectivement en œuvre.

Pour reprendre la métaphore du radar routier évoquée en juin dernier, l'acte attaqué nous semble comparable, dans son esprit et sa portée comportementale, aux panneaux qui indiquent parfois, au début d'un tronçon de route, l'éventualité de contrôles et la présence de radars sur les kilomètres à venir. Si ces panneaux ont un objet de transparence, ils constituent aussi – voire principalement – une incitation à l'adresse des automobilistes à lever le pied dès maintenant, et ont d'ailleurs souvent cet effet immédiat.

L'avis en cause nous paraît donc avoir pour objet et effet d'inciter les établissements soumis au contrôle de l'ACPR à modifier de manière significative leurs pratiques concernant la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

gouvernance et la surveillance des produits bancaires de détail et par suite, faire grief à ces établissements et à la fédération requérante ayant pour objet la protection de leurs intérêts.

Au demeurant, l'avis de l'ACPR ne saurait être regardé comme un simple écran transparent entre les orientations de l'ABE et les établissements soumis à son contrôle, dès lors qu'il précise que les établissements doivent tout mettre en œuvre « *en application du paragraphe 14 des orientations, pour s'assurer que leurs distributeurs s'y conforment, conformément aux dispositions de l'article 16 du règlement (UE) n°1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010* ». Dans l'alternative ouverte par le point 14 des orientations, selon lequel « *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* », l'ACPR se place donc dans la seconde branche. Toutefois, la requête ne critique pas expressément cette extension.

La requête est donc recevable. Mais peut-elle prospérer ?

A l'image des recours pour excès de pouvoir contre des instructions n'ayant d'autre objet que de servir de vecteur à des QPC portant sur la loi que ces instructions réitèrent, la fédération requérante utilise le présent recours comme un support pour critiquer les orientations de l'ABE elles-mêmes : la requête est ainsi toute entière construite sur une critique de leur validité au regard du droit de l'Union – 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'étant, quant à lui et en tout état de cause, pas assorti des précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé.

Il vous appartient, saisis d'un moyen mettant en cause la validité d'un acte des institutions de l'Union de portée générale, d'écarter un tel moyen s'il ne présente pas de difficulté sérieuse ou s'il est d'évidence irrecevable (CE, 9 mars 2016, *Association Vent de colère ! Fédération nationale*, n° 384092, inédite au Recueil). En revanche, la compétence pour constater l'invalidité d'un acte de l'Union reposant exclusivement entre les mains de la Cour de justice, vous ne pourrez, si vous estimez fondés ou soulevant une difficulté sérieuse les moyens invoqués devant vous, accueillir vous-mêmes l'exception mais devrez alors saisir la Cour d'une question préjudicielle (CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85 ; pour une application positive, v. CE, 3 octobre 2016, *Confédération paysanne*, au Recueil).

Commençons donc par examiner le sérieux de l'exception soulevée – si elle ne l'était pas, vous pourriez l'écarter vous-mêmes sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur sa recevabilité.

La fédération soutient d'abord que l'ABE aurait, en adoptant ces orientations, excédé sa compétence dès lors que ces orientations présenteraient un caractère impératif et contraignant et institueraient des normes nouvelles, alors que l'ABE est dépourvue du pouvoir d'édicter de telles normes.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ce premier grief nous paraîtrait pouvoir être écarté comme non sérieuse. Au regard tant de l'usage du conditionnel dans ces orientations, que de l'explicitation de leur portée comme impliquant l'obligation pour leurs destinataires de tout mettre en œuvre pour les respecter conformément au paragraphe 3 de l'article 16 du règlement, l'ABE ne nous semble pas avoir conféré à ces orientations une portée autre que celle résultant de l'article 16 du règlement du 24 novembre 2010 et avoir fait usage d'un véritable pouvoir législatif.

Mais la fédération soutient aussi qu'en émettant des orientations identiques pour des produits qui ne sont pas de même nature et n'ont pas le même cadre juridique (crédit immobilier, services de paiement, autres opérations de crédit), en prévoyant la mise en place de procédures nouvelles en matière de « gouvernance-produit » qui ne sont pas prévues par les directives à l'application uniforme desquelles elle a pour objet de veiller, et en étendant ainsi à l'ensemble des produits et services bancaires et à l'ensemble des intermédiaires de crédit (producteurs et distributeurs) des mécanismes, des exigences et des notions – tels les raisonnements en termes de marché-cible – issus de la directive sur les marchés financiers (MIF) et de la directive sur la distribution d'assurance (DDA), alors que ces mécanismes sont cantonnés par ces directives à un domaine précis et qu'elles sont hors de son champ d'action, l'ABE aurait excédé ses compétences, méconnu la portée de l'article 1^{er} du règlement du 24 novembre 2010 qui ne lui permet d'agir que dans le champ d'application de certaines directives, et méconnu ces directives elles-mêmes.

Les orientations litigieuses visent à instaurer une gouvernance dite « produit », se manifestant en particulier par des préconisations (orientation 3) tenant à l'identification par les producteurs du marché-cible pertinent de chaque produit, à l'évaluation de la capacité financière de ce marché, à la vérification de ce que le produit soit approprié aux intérêts, objectifs et caractéristiques de ce marché, à l'abstention de concevoir et de commercialiser des produits qui ne correspondraient, en termes notamment de risques, pas à ces intérêts, objectifs et caractéristiques (« *Le producteur ne devrait concevoir et commercialiser que des produits présentant des fonctions, des charges et des risques répondant aux intérêts, aux objectifs et aux caractéristiques du marché cible spécifique identifié pour le produit et au bénéfice du marché cible* »), ainsi que des préconisations (orientation 4) tenant à la réalisation, avant qu'un produit ne soit commercialisé, qu'un produit existant ne soit vendu à un nouveau marché cible ou qu'un changement significatif ne soit apporté à un produit existant, de tests sur le produit pour évaluer son impact sur les consommateurs dans une large gamme de scénarios différents, et à la modification du produit en cas de résultats médiocres à ces tests, ou encore des préconisations de suivi des produits (orientation 5), de mesures correctives (orientation 6) et de choix et de contrôle des canaux de distribution (orientation 7). Les orientations prévoient également des modalités de gouvernance et de surveillance des produits par les distributeurs, les autorités nationale de surveillance pouvant charger alors les producteurs du respect de ces orientations par leurs distributeurs.

Par « produit », les orientations visent les contrats de crédit immobilier ou hypothécaire définis à l'article 4 de la directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel (dite « MCD », non visée par le règlement de 2010 mais qui accorde elle-même un rôle à l'ABE sans

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

toutefois prévoir l'émission d'orientations), les dépôts définis à l'article 2 de la directive 2014/49/UE « Systèmes de garantie des dépôts », les comptes, services et instruments de paiement définis à l'article 4 de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur (dite « Services de paiement » ou « PSD»), les autres moyens de paiement (par exemple les chèques voyages ou lettres de crédit) énumérés au 5 de l'annexe I à la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil 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 (dite «Fonds propres réglementaires IV» ou «CRD IV»), la monnaie électronique définie à l'article 2 de la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (directive «Monnaie électronique» ou «EMD»), ainsi que les autres formes de crédit à la consommation.

Or à l'exception de la directive MCD, qui prévoit que les Etats membres exigent des prêteurs et des intermédiaires de crédit immobilier qu'ils tiennent compte des droits et des intérêts de consommateurs et que leurs activités s'appuient sur les informations relatives à la situation du consommateur et sur les hypothèses raisonnables de risques sur la durée du contrat de crédit, et édicte des obligations d'évaluation de la solvabilité du consommateur avant la conclusion d'un contrat de crédit, force est de constater que les directives « Monnaie électronique », « Services de paiement », « Systèmes de garantie des dépôts » et « Fonds propres réglementaires IV » ne raisonnent pas en termes d'adaptation de la conception et de la commercialisation des produits aux intérêts de marchés-cibles ou encore de profilage adapté au niveau de risques acceptable et souhaitable par catégorie de consommateurs, mais en termes de contrôle et de gouvernance internes, de soumission des activités à agrément, de conditions d'exercice de l'activité, d'exigences prudentielles assurant la solidité des établissements ou prestataires de services, de protection des fonds confiés et, plus généralement, de dispositifs visant structurellement à prévenir la prise de risques excessifs du point de vue de ces établissements.

Les orientations visent ainsi à la mise en place par les producteurs et distributeurs de produits bancaires et financières de détail d'une gouvernance-produits clairement inspirée des directives marchés financiers et distribution d'assurance là où, d'une part, ces produits (crédits immobiliers, crédits à la consommation, dépôts bancaires, services de paiement, monnaie électronique...) peuvent être très différents les uns et des autres et ne pas appeler la même gouvernance eu égard notamment aux risques qu'ils présentent, et là où, d'autre part et surtout, les directives auxquelles le règlement de 2010 renvoie pour définir le champ de compétence de l'ABE raisonnent essentiellement en termes de gouvernance « établissement ».

L'on pourrait y voir la simple importation, par ailleurs non contraignante, de notions (telles que celle de marché cible) issues d'autres actes dérivés n'entachant pas, par elle-même, d'incompétence ou d'invalidité les orientations émises par l'ABE au regard de son rôle de protection des consommateurs. En effet, le règlement de 2010 prévoit au 5 de son article 1^{er}, que « *L'Autorité a pour objectif de protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'efficacité à court, moyen et long terme du système financier, pour l'économie de l'Union, ses citoyens et ses entreprises. L'Autorité contribue à : / (...) e) veiller à ce que la prise de risques de crédit ou autres soit correctement réglementée et surveillée, et / f) renforcer la protection des consommateurs. (...) ». Ce même règlement dispose, au f du 1 de l'article 8, que l'ABE est « chargée des tâches suivantes : (...) f) *favoriser la protection des déposants et des investisseurs* ». Il prévoit enfin, à son article 9, qu'elle « assume un rôle prépondérant dans la promotion de la transparence, de la simplicité et de l'équité sur le marché des produits ou des services financiers, dans l'ensemble du marché intérieur », et qu'elle « exerce une surveillance sur les activités financières existantes et nouvelles et peut adopter des orientations et des recommandations en vue de promouvoir la sécurité et la santé des marchés et la convergence des pratiques réglementaires. »

Mais l'on pourrait aussi y voir un écart excessif au cadre à l'interprétation uniforme duquel l'Autorité a pour mission de veiller et à la logique des directives délimitant son champ de compétence. En effet, si le règlement de 2010 assigne des objectifs de protection très larges à l'ABE, le 1 de son article 1^{er} prévoit toutefois que cette autorité « agit selon les pouvoirs que le présent règlement lui confère et dans le champ d'application » d'actes précisément identifiés, dont aucun ne raisonne selon les termes et l'approche retenus par ces orientations ni ne visent, à proprement parler, les objectifs que ces orientations poursuivent. A cet égard, la circonstance qu'un acte soit dépourvu de caractère obligatoire ne permet pas de passer outre les règles de compétence pour l'adopter (CJUE, Plén., 23 mars 2004, *France c/ Commission*, aff. C-233/02).

Par ailleurs, au regard de la différence en termes de risques entre les produits financiers visés par les directives MIF et DDA et l'ensemble des produits bancaires de détail concernés par les orientations litigieuses, l'on pourrait s'interroger avec la requérante sur le point de savoir si, en transposant dans ses orientations du 22 mars 2016 des concepts et notions relevant de la gouvernance des produits financiers, l'ABE aurait imposé aux producteurs de produits bancaires de détail le respect de bonnes pratiques dont le niveau d'exigence non seulement ne découlerait d'aucune directive ou d'aucun règlement européen dont l'ABE a pour tâche de veiller à la bonne application mais ne serait pas justifié.

Il nous semble dès lors difficile d'écarter par vous-mêmes le caractère sérieux de la présente exception d'invalidité. D'autant que cela supposerait, de manière semble-t-il inédite, de déterminer le degré exact de contrôle de légalité du juge face à de telles orientations et le rapport – de conformité, de simple compatibilité, voire moindre – qu'elles doivent entretenir sur le fond avec les normes de rang supérieur.

Or vous ne pourrez davantage rejeter cette exception comme d'évidence irrecevable.

La recevabilité d'une exception d'invalidité d'un acte émanant des institutions et organismes de l'Union répond en effet à des critères différents de l'exception d'illégalité « classique » dirigée contre des actes internes, alors même que cette exception est présentée à l'occasion d'un litige porté devant le juge national contre un acte d'une autorité nationale (v., se prononçant sur une

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

telle recevabilité et sur le point de savoir si le juge national doit être lié par l'acte contesté dès lors qu'il est définitif, CJCE, 8 mars 2007, *Roquette Frères*, aff. C-441/05 ; CJCE, 2 juillet 2009, *Bavaria et Bavaria Italia*, aff. C-343/07 ; CJUE, 16 avril 2015, *TMK Europe*, aff. C-143/14, point 18 ; CJUE, 4 février 2016, *C & J Clark International*, aff. C-659/13 et C-34/14, pts 72 et 73). La CJUE étant en effet seule compétente pour, le cas échéant, constater par voie de question préjudicielle l'invalidité d'un acte de l'Union, un juge national ne saurait accueillir une exception d'invalidité sans passer par cette Cour, qui en dicte à cette occasion les conditions de recevabilité.

Les conditions posées sont doubles.

La première tend à éviter que l'exception d'invalidité ne serve de session de rattrapage à un requérant qui aurait omis, alors que cette voie lui était ouverte, de faire usage de son droit à former un recours direct en annulation contre l'acte européen dans les délais de recours. Elle s'exprime dans le critère tiré de ce que la partie invoquant l'exception n'aurait pas eu « sans aucun doute » le droit de former un recours en annulation devant le juge européen (v. par ex. l'arrêt *TMK Europe* préc. ; CJUE, 8 juillet 2010, *Afton Chemicals*, aff. C-343/09), c'est-à-dire qu'elle ne puisse être regardée comme ayant été directement et individuellement concernée par cet acte. Le doute légitime profite, en la matière, au requérant qui invoque l'exception.

La seconde condition tient à l'utilité de l'exception, laquelle vise à permettre de contester un acte dont une personne « *subit les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation* » (v. par ex. CJCE, 14 février 2001, *Nachi Europe*, aff. C-239/99) mais non de contester quelque acte européen de caractère général que ce soit à la faveur d'un recours quelconque (par ex. CJCE, 13 juillet 1966, *Italie c/ Conseil et Commission*, aff. 32/65 ; Trib., 3 février 2000, *Townsend c/ Commission*, T-60/99). Ainsi, il doit exister un « lien juridique direct » entre la décision attaquée et l'acte dont il est excipé de l'illégalité (Trib., 6 septembre 2013, *Deutsche Bahn e.a. c/ Commission*, aff. T-289/11, T-290/11 et T-521/11). Nombre d'arrêts définissent un tel lien comme le fait que l'acte européen dont l'illégalité est invoquée forme « la base juridique directe » ou serve de « fondement » à l'acte attaqué (v. par ex. CJCE, 14 février 2001, *Nachi Europe*, préc.), mais d'autres adoptent une approche plus souple et large, se satisfaisant soit que le règlement contesté soit « applicable directement ou indirectement à l'espèce qui fait l'objet du recours » (CJCE, 13 juillet 1966, *Italie*, préc.), soit encore d'un « lien de connexité » pouvant se déduire « notamment, du constat que l'acte attaqué au principal repose essentiellement sur une disposition de l'acte dont la légalité est contestée » (Trib. 12 juin 2015, *Health Food Manufacturers' Association c/ Commission* ; même si elle n'en constituait pas formellement la base juridique : Trib., 25 octobre 2006, *Carius c/ Commission*, T-173/04, aff. T-296/12), soit encore évoquant simplement les « actes des institutions qui ont été pertinents pour l'adoption de la décision qui fait l'objet du recours » (CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores*).

La première condition, tenant à n'avoir pas eu sans doute possible la faculté de former un recours en annulation contre l'acte européen, est-elle ici remplie ?

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La réponse nous paraît positive, car l'on peut douter de l'ouverture même d'un recours en annulation à quelque partie que ce soit contre les orientations en cause.

La mention de modalités et voies de recours spécifiques prévues par les articles 60 et 61 du règlement de 2010 contre certaines « décisions » de l'ABE ne nous paraît pas impliquer la fermeture des voies de recours qui seraient le cas échéant ouvertes par le droit commun à l'encontre des autres actes de l'Autorité.

Sont seuls considérés comme des actes attaquables au sens de l'article 263 du TFUE (régissant les recours directs en annulation) tous les actes, quelle qu'en soit la forme, qui visent à produire des effets de droit obligatoires. Les autres actes, notamment les simples recommandations, sont en revanche exclus du contrôle de légalité prévu par cet article, la CJUE s'étant refusé à procéder à une ouverture de son prétoire contre les actes de droit souple similaire à celle de votre jurisprudence *Fairvesta* (v. CJUE, Gr. Ch., 20 février 2018, *Belgique c/ Commission*, aff. C-16/16 P.).

L'aptitude d'un acte à produire des effets de droit obligatoires et, partant, à faire l'objet d'un recours en annulation au titre de cet article implique d'examiner le libellé et la substance de cet acte et d'apprécier ses effets à l'aune de critères objectifs, tels que le contenu de l'acte, en tenant compte, le cas échéant, du contexte de son adoption, de sa finalité et des pouvoirs de l'institution auteur (CJUE, Gr. Ch., 20 février 2018, *Belgique c/ Commission*, préc.). La désignation formelle d'un acte comme étant une recommandation peut ainsi être écartée et l'acte, être regardé comme attaquant, lorsqu'il apparaît qu'il ne constitue pas une véritable recommandation.

A la lumière de cette jurisprudence européenne (v. aussi, sur le caractère attaquant d'un cadre de surveillance publié par la BCE, Trib., 4 mars 2015, *Royaume-Uni c/ BCE*, aff. T-496/11), et compte tenu tant, d'une part, de l'ambiguïté entretenue par le règlement de 2010 sur les effets de droit des orientations que leurs destinataires doivent en principe tout mettre en œuvre pour respecter, d'autre part, du fait que ces orientations sont des actes atypiques à la différence des recommandations en cause dans l'affaire *Belgique c/ Commission*, et enfin, de l'intention de l'ABE en les adoptant, il ne nous paraît pas entièrement exclu que les orientations émises le 22 mars 2016 puissent être regardées par la CJUE comme porteuses d'une densité et d'une portée obligatoire suffisantes pour faire l'objet d'un recours en annulation.

Mais la recevabilité d'un tel recours, si elle devait être admise, ne pourrait selon nous être regardée comme n'ayant fait aucun doute ni comme s'opposant, par suite, à la recevabilité d'une exception d'invalidité. D'autant qu'à supposer que les orientations en cause soient susceptibles de recours, la faculté pour la fédération de les attaquer directement devant la CJUE serait des plus douteuses, une association chargée de défendre les intérêts collectifs d'une profession n'étant en principe recevable à introduire un recours en annulation au titre de l'article 263 du TFUE que si elle peut faire valoir un intérêt propre (lié par exemple à son rôle dans le processus d'élaboration de l'acte) ou si les entreprises qu'elle représente ou certaines d'entre elles ont qualité pour agir à titre individuel en ce sens qu'elles seraient personnellement et individuellement concernées

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

(CJCE, 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187 c/ Commission*, aff. C-182/03 et C-217/03 ; CJUE, 13 mars 2018, *European Union Copper Task Force*, aff. C-384/16 P). Or la Cour est très exigeante sur cette dernière notion (v. notamment, CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c/ Commission*, aff. 25/62 ; CJUE, 17 septembre 2015, *Mory e.a.c/ Commission*, aff. C-33/14 P).

Si à l'inverse, les orientations de l'ABE n'étaient par nature pas susceptibles par quiconque d'un recours en annulation direct, la condition tenant à l'absence d'ouverture directe du prétoire, qui n'a pour objet que d'éviter un contournement de l'expiration des délais de recours en annulation et d'assurer la sécurité juridique lorsqu'un acte est devenu définitif (CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, aff. C-188/02), serait par construction remplie. A cet égard, comme l'a souligné la CJUE elle-même dans son arrêt *Belgique c/ Commission*, la fermeture de la voie de recours prévue à l'article 263 du TFUE contre les actes de droit souple ne fait pas obstacle à ce que ces actes donnent lieu à question préjudicielle, dès lors qu'à la différence de l'article 263 du TFUE, l'article 267 du TFUE vise tous les actes des institutions et organismes de l'Union, sans exception aucune. Elle a ainsi admis que des actes de droit souple puissent faire l'objet de questions en interprétation ou en validité à l'occasion de recours préjudiciels.

Encore faut-il savoir à l'occasion de quels recours.

Plus que sur la première condition de recevabilité, c'est peut-être au stade de la seconde que se présente la difficulté. Le lien de connexité entre l'avis de l'ACPR et les orientations de l'ABE est évident et ces dernières, à défaut de constituer le véritable fondement juridique de l'avis, en constituent l'objet et le contenu même. A première vue, le second critère est donc satisfait. Il ne fait aucun doute que, du point de vue du juge national, l'exception d'invalidité est ici utile et opérante.

Pour autant, l'acte national faisant l'objet du recours ne constitue ni un acte de transposition de ces orientations, ni un acte produisant des effets de droit obligatoire, ni une décision individuelle à l'occasion de laquelle les orientations litigieuses auraient été opposées à un requérant.

Certes, la notion de décision opposée au requérant ou prise à son encontre parfois employée par la jurisprudence communautaire pour désigner l'acte national faisant l'objet du recours devant le juge national à l'occasion duquel l'invalidité de l'acte européen est contestée (par ex. CJCE, 15 février 2001, *Nachi Europe*, aff. C-239/99 ; 8 mars 2007, *Roquette Frères*, aff. C-441/05 ; 2 juillet 2009, *Bavaria NV et Bavaria Italia Srl*, aff. C-343/07), ne nous paraît pas devoir nécessairement être lue comme édictant une condition de recevabilité d'une exception d'invalidité qui serait tirée de ce que celle-ci ne pourrait être soulevée qu'à l'encontre d'une décision individuelle visant directement le requérant, et pourrait n'apparaître que comme un écho aux règles nationales de recevabilité des recours en annulation, souvent moins généreuses en termes d'intérêt à agir que celles du recours en excès de pouvoir devant votre prétoire. Mais elle interroge.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Admettre la recevabilité d'une exception d'invalidité soulevée à l'appui d'un recours contre un acte national de droit souple se bornant, sans pour autant incorporer ces recommandations au droit dur interne, à se déclarer conforme aux orientations du superviseur européen, pourrait être vu comme une utilisation de la plus grande souplesse des voies de recours nationales pour contourner la fermeture du prétoire de Luxembourg – fermeture due en pareil cas non à la qualité de l'auteur du recours mais à la nature et aux effets mêmes de l'acte. Si la recevabilité des exceptions d'invalidité est subordonnée à l'existence d'un lien juridique direct avec une décision concernant individuellement et directement le requérant, on pourrait hésiter à voir dans un acte général de droit souple une telle décision et s'interroger sur la faculté de contester la validité des orientations indépendamment d'un litige concernant une application individuelle de celles-ci.

Si la CJUE refusait de connaître d'une question préjudicielle posée dans un tel cadre et regardait l'exception d'invalidité comme irrecevable, cela ne viderait pas pour autant de toute portée la voie de recours ouverte en droit interne, les vices propres de l'acte national de droit souple demeurant toujours invocables, mais cela réduirait notablement son utilité sur le fond et dévoilerait au grand jour la difficulté d'articuler les voies de recours et d'assurer un dialogue des juges efficace en cas d'approches et de chronologies juridictionnelles différentes.

En résumé, qu'il s'agisse de la validité des orientations ou de la recevabilité de l'exception d'invalidité, nous avons des doutes mais une certitude : il s'agit de questions sérieuses qu'il appartient à la CJUE seule de trancher et justifient un renvoi préjudiciel. S'il n'apparaît pas indispensable de formuler une question sur la recevabilité de l'exception (la cour l'examinera en principe d'office) il nous semble utile de le faire afin de guider son examen et de montrer que la difficulté ne vous a pas échappé.

Par ces motifs, nous concluons à ce qu'il soit sursis à statuer sur la requête présentée par la Fédération bancaire française jusqu'à ce que la CJUE se soit prononcée, d'une part, sur la faculté pour une fédération professionnelle telle la requérante d'exciper de l'invalidité d'orientations émanant d'une Autorité européenne de surveillance, telle l'Autorité bancaire européenne, à l'appui d'un recours en annulation, porté devant le juge national et recevable devant ce juge, dirigé contre un acte d'une autorité de régulation nationale qui se borne à informer les établissements soumis à son contrôle qu'elle entend respecter ces orientations, sans édicter de normes en droit interne ayant des effets de droit obligatoires à l'égard de ces établissements ou à l'égard du requérant lui-même, et d'autre part, sur la validité des orientations adoptées par l'Autorité bancaire européenne le 22 mars 2016, et en particulier, sur le point de savoir si cette Autorité a, en émettant ces orientations, excédé les compétences qui lui sont dévolues par le règlement n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.