

Conclusions

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteure publique

La directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établit des règles concernant la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

En particulier, l'article 74 de cette directive prévoit, en tant que principe général relatif à la gouvernance interne, que « *les établissements disposent d'un dispositif solide de gouvernance d'entreprise, comprenant notamment une structure organisationnelle claire avec un partage des responsabilités bien défini, transparent et cohérent, des processus efficaces de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés, des mécanismes adéquats de contrôle interne, y compris des procédures administratives et comptables saines, et des politiques et pratiques de rémunération permettant et favorisant une gestion saine et efficace des risques* », ces dispositifs, processus et mécanismes devant être exhaustifs mais aussi, conformément au principe de proportionnalité, adaptés à la nature, à l'échelle et à la complexité des risques inhérents au modèle d'entreprise et aux activités de l'établissement. Le 3 du même article charge l'Autorité bancaire européenne (ABE) d'émettre des orientations concernant ces dispositifs, processus et mécanismes.

L'article 79 de la même directive, consacré quant à lui plus spécifiquement à la gestion du risque de crédit et de contrepartie, dispose que « *les autorités compétentes veillent à ce que: / a) l'octroi de crédits soit fondé sur des critères sains et bien définis, et à ce que les processus d'approbation, de modification, de reconduction et de refinancement des crédits soient clairement établis ; / b) les établissements disposent de méthodes internes leur permettant d'évaluer le risque de crédit afférent aux expositions sur les différents débiteurs, titres ou positions de titrisation, et le risque de crédit au niveau du portefeuille (...); c) des systèmes efficaces soient utilisés pour la gestion et le suivi continus des divers portefeuilles et expositions des établissements impliquant un risque de crédit, y compris pour la détection et la gestion des crédits à problème (...)* ».

Les directives du Parlement européen et du Conseil 2008/48/CE du 23 avril 2008 et 2014/17/UE du 4 février 2014 ont quant à elles pour objet d'harmoniser certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de contrats de crédit aux consommateurs. L'article 8 de la directive du 23 avril 2008 prévoit en particulier l'obligation d'évaluer la solvabilité du consommateur avant de conclure le contrat de crédit.

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.

Le 29 mai 2020, l'Autorité bancaire européenne (ABE) a adopté, sur le fondement de l'article 16 du règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance, des orientations sur l'octroi et le suivi des prêts (EBA/GL/2020/06). Ces orientations ont pour objet de « *précise[r] les dispositifs, processus et mécanismes de gouvernance interne, tels que définis à l'article 74, paragraphe 1, de la directive 2013/36/UE, les exigences en matière de risque de crédit et de contrepartie, tels que prévus à l'article 79 de cette directive, ainsi que les exigences relatives à l'évaluation de la solvabilité du consommateur, telles que visées au chapitre 6 de la directive 2014/17/UE et à l'article 8 de la directive 2008/48/CE* ».

Par un document intitulé « notice de conformité » et publié sur son site internet le 18 décembre 2020, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a déclaré se conformer partiellement à ces orientations et précisé qu'elle « attendait » que les établissements de crédit, les entreprises d'investissement ainsi que les sociétés de financement les mettent en œuvre. C'est l'acte dont la Fédération bancaire française, la société Crédit agricole SA et l'Association française des sociétés financières vous demandent par la présente requête l'annulation pour excès de pouvoir.

Vous avez déjà été confrontés à la question de la recevabilité d'un recours dirigé contre un acte par lequel l'ACPR, en tant qu'autorité de supervision nationale, déclare se conformer à des orientations émises par l'ABE sur le fondement de l'article 16 du règlement (UE) n° 1093/2010, dans votre décision *Fédération bancaire française* du 4 décembre 2019 (n° 415550, au Recueil). Vous aviez constaté qu'alors même que les établissements financiers sont directement destinataires des orientations en cause et doivent tout mettre en œuvre pour les respecter, en application du 3 de l'article 16 du règlement n° 1093/2010, un tel avis de l'ACPR, qui n'est pas adressé par l'ACPR à l'ABE mais aux établissements financiers soumis à son contrôle, a pour objet et pour effet d'inciter ces établissements à modifier de manière significative leurs pratiques. Vous en aviez déduit qu'un tel avis devait être regardé comme faisant grief à la Fédération bancaire française. Ce raisonnement et ce constat sont transposables à la « notice de conformité » aujourd'hui attaquée devant vous, qui a pour objet d'informer les établissements soumis à son contrôle que l'ACPR adhère au contenu des orientations, se met en ordre de marche pour en tenir compte dans ses pratiques et attend qu'il en aille de même des établissements concernés.

Le premier moyen de la requête est tiré de ce qu'en étendant le champ d'application des orientations considérées aux sociétés de financement, l'ACPR a « excédé ses pouvoirs ».

Il est exact que les sociétés de financement – spécificité française – ne répondent ni à la définition des établissements de crédit, ni à celle des entreprises d'investissement, et ne constituent dès lors pas des « *établissements tels que définis à l'article 4, paragraphe 1, point 3, du règlement (UE) n° 575/2013* », visés par le point 6 des orientations définissant leur champ d'application.

Mais d'une part, si les requérantes arguent de ce que les orientations considérées ont été publiées par l'ABE dans le cadre de la mise en œuvre du règlement (UE) n° 2019/630 (dit règlement NPL) du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 modifiant le règlement

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.

(UE) n° 575/2013 en ce qui concerne la couverture minimale des pertes sur les expositions non performantes, et si elles soutiennent que le règlement NPL ne s'applique pas aux sociétés de financement faute de leur avoir été étendu, cet argumentaire ne saurait en tout état de cause prospérer. En effet, les orientations en litige ne procèdent pas du règlement NPL, qui n'est mentionné ni dans la définition par ces orientations de leur objet et de leur base légale ni dans la délimitation par ces mêmes orientations de leur champ d'application¹.

D'autre part, si le point 6 des orientations en litige indique que celles-ci « s'adressent aux établissements tels que définis à l'article 4, paragraphe 1, point 3, du règlement (UE) n° 575/2013 » et si les sociétés de financement ne sont pas au nombre de ces établissements, ces orientations ont elles-mêmes prévu ou envisagé l'application de leurs sections 5, 6 et 7 aux « prêteurs » qui relèvent du champ d'application de la directive 2014/17/UE sur le crédit hypothécaire et de la directive 2008/48/CE sur les crédits aux consommateurs, et qui ne sont pas des établissements de crédit². Or lorsqu'elles accordent des prêts relevant de ces directives, les sociétés de financement constituent des prêteurs au sens de ces directives.

Enfin, quand bien même ces orientations n'ont pas expressément envisagé l'extension du champ d'application de leurs sections 4 et 8 aux prêteurs autres que les établissements de crédit, l'ACPR n'a commis aucun excès de pouvoir en indiquant qu'elle attendait que les sociétés de financement respectent les orientations considérées, y compris leurs sections 4 et 8.

En effet, ces orientations ont pour objet, comme on l'a vu, de préciser les exigences relatives à l'évaluation de la solvabilité du consommateur, telles que visées au chapitre 6 de la directive 2014/17/UE et à l'article 8 de la directive 2008/48 /CE dans le champ d'application desquels entrent les sociétés de financement, mais aussi les modalités de mise en œuvre des articles 74 et 79 de la directive 2013/36/UE sur la gouvernance. Lorsque cette dernière a été transposée en droit interne, les règles en matière de gouvernance des sociétés de financement qui, faute d'avoir leur équivalent au niveau européen, n'avaient pas été expressément traitées par la directive, ont été alignées sur celles des établissements de crédit. En particulier, les dispositions assurant la transposition de l'article 74 de la directive, c'est-à-dire l'article L. 511-55 du CMF, s'appliquent aux sociétés de financement, de même que l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne. Par ailleurs, l'arrêté du 23 décembre 2013 relatif au cadre prudentiel des sociétés de financement dispose que s'appliquent à ces sociétés « les règlements délégués, règlements d'exécution et décisions d'exécution adoptés par la Commission européenne en application » de la directive 2013/36/UE, à l'exception de ceux de ces règlements concernant les dispositions de cette directive sur la liquidité et le levier et sur les modalités de déclaration de certaines informations. Ainsi, les sociétés de financement

¹ Au demeurant, l'arrêté du 23 décembre 2013 relatif au régime prudentiel des sociétés de financement rend expressément applicable à ces sociétés le règlement (UE) n° 575/2013, à l'exception des dispositions relatives à la liquidité et au levier. Or ce renvoi ne nous paraît pas avoir été cristallisé à une date précise.

² Ainsi, le point 6 prévoit l'application de la section 5 aux « prêteurs » au sens de la directive 2014/17/UE et de la directive 2008/48/CE lorsque le prêt relève du champ d'application de l'une ou l'autre de ces directives, et le point 10 énonce que « les autorités compétentes peuvent envisager d'appliquer les sections 6 et 7 aux prêteurs qui relèvent du champ d'application de la directive 2014/17/UE et de la directive 2008/48/CE, et qui ne sont pas des établissements de crédit. »

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.

sont, en droit interne, soumises aux exigences issues de la transposition et de l'exécution de la directive CRD IV.

Or l'ACPR a pour mission, en vertu de l'article L. 612-1 du CMF, de veiller « à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle », dont font partie les sociétés de financement. Elle a pour mission de contrôler le respect par ces personnes des dispositions européennes qui leur sont directement applicables, des dispositions du CMF ainsi que des dispositions réglementaires prévues pour son application ainsi que de toute autre disposition dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées, mais aussi, en vertu du 3° du II du même article, la charge « de veiller au respect par les personnes soumises à son contrôle des règles destinées à assurer la protection de leur clientèle, résultant notamment de toute disposition européenne, législative et réglementaire (...), ainsi que des bonnes pratiques de leur profession qu'elle constate ou recommande ».

Dès lors, en s'appropriant, à l'égard des sociétés de financement, le contenu des orientations de l'ABE en litige et en indiquant « attendre » que ces sociétés « mettent en œuvre » ces orientations, l'ACPR n'a, compte tenu tant des dispositions applicables à ces sociétés que de son pouvoir propre de recommandation, pas excédé ses pouvoirs. Le moyen sera donc écarté.

Les moyens suivants sont tirés, en diverses branches, d'une exception d'invalidité des orientations de l'ABE.

Vous avez en effet jugé dans votre précédent *FBF* du 4 décembre 2019 qu'un tel moyen est opérant à l'appui d'un recours dirigé contre un acte par lequel l'ACPR se déclare conforme à des orientations de l'ABE, et la CJUE a précisé dans son arrêt de Grande chambre du 15 juillet 2021 (aff. C-911/19) rendu sur votre renvoi préjudiciel qu'une exception d'invalidité de telles orientations était recevable.

La portée des orientations et recommandations que l'ABE peut émettre, en vertu de l'article 16 du règlement, « à l'intention des autorités compétentes ou des établissements financiers », est précisée au paragraphe 3 de cet article. Si son premier alinéa prévoit ainsi que « 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. La CJUE juge qu'il découle de ces dispositions que les autorités de surveillance ne sont pas tenues de se conformer auxdites orientations, mais que ces mêmes autorités disposent de la faculté de s'en écarter, auquel cas elles doivent motiver leur position. Elle en a déduit que « les orientations émises par l'ABE ne peuvent, par conséquent, pas être regardées comme produisant des effets juridiques obligatoires à l'égard des autorités compétentes ». Puis elle a jugé que « de même, les orientations émises par l'ABE ne sauraient être considérées comme produisant, en tant que telles, des effets obligatoires à l'égard des établissements financiers, dans la mesure où l'article 16, paragraphe 3, quatrième alinéa, du règlement n° 1093/2010 dispose que ceux-ci sont seulement tenus de rendre compte, de manière précise et détaillée, du respect ou non de ces orientations ».

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.

Commençons par indiquer que, bien que quelques-uns des passages des orientations en litige emploient, à la différence de celles en cause dans ce précédent, le verbe « devoir » à l'indicatif, au lieu du conditionnel, et que le libellé de certains points puisse ainsi sembler revêtir un caractère impératif, ces orientations nous semblent, à la lumière des autres critères évoqués par la CJUE dans son arrêt du 15 juillet 2021 (notamment le point 1 des orientations définissant leur statut comme une présentation de « l'opinion » de l'ABE, et leur contexte, en particulier le règlement de 2010), présenter le caractère de véritables orientations et non celles d'un acte visant à produire des effets de droit obligatoires.

Les requérantes relèvent que l'arrêt du 15 juillet 2021, tout en affirmant le caractère non contraignant des orientations de l'ABE émises en application de l'article 16 du règlement de 2010, a toutefois fait naître un trouble sur leur portée exacte, qui justifierait de soumettre à nouveau à la Cour de justice une question préjudicielle.

Elles font valoir notamment que, selon la Cour, les orientations ont pour objet de « compléter des dispositions du droit de l'Union ayant un caractère contraignant ». Toutefois, nous comprenons l'arrêt de la Cour, au vu notamment du point 73, comme reconnaissant à l'ABE le pouvoir d'orienter les comportements par l'incitation et la persuasion et de « recommander » des « standards » qui complètent, mais sans être contraignants, le paysage des normes de droit dur sous la forme d'orientations sur leur mise en œuvre ayant vocation à en promouvoir une application uniforme, cohérente et effective. Les requérantes relèvent aussi qu'il peut sembler contradictoire d'affirmer l'absence d'effet juridique contraignant des orientations de l'ABE tout en énonçant, comme le fait la Cour, qu'il « incombe » aux juges nationaux de prendre en considération ces orientations afin de résoudre les litiges qui leur sont soumis, et elles soulignent une confusion entre recommandations et orientations. Mais nous entendons, pour notre part, cette prise en compte comme celle d'une grille d'analyse et d'interprétation qui, si elle doit effectivement être prise en considération par le juge, relève néanmoins plus de l'expression de standards et de bonnes pratiques que de vraies normes. Pour le surplus, l'ambiguïté pointée du doigt par les requérantes, liée notamment aux effets s'attachant ensuite aux orientations de l'ABE après que l'ACPR a déclaré s'y conformer et à leur potentielle prise en compte par cette Autorité lorsqu'elle apprécie, dans le cadre d'un contrôle individuel, si un établissement a de mauvaises pratiques mettant en danger sa clientèle et s'il y a lieu de la mettre en demeure de modifier son comportement, nous semble consubstantielle aux actes de droit souple émis par les autorités de régulation détentrices également d'un pouvoir de police et de sanction. Nous ne croyons donc pas qu'un renvoi préjudiciel apporterait de réelle clarification.

Encore faut-il préciser le contrôle de tels actes.

Si vous avez jugé, en droit interne, que l'examen par le juge des vices susceptibles d'affecter la légalité d'un acte de droit souple susceptible de recours doit tenir compte de la nature et des caractéristiques de cet acte ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane (CE, Section, 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142, p. 192), la CJUE a, quant à elle, relevé dans son arrêt du 15 juillet 2021, la nécessité d'un « contrôle rigoureux », au regard des critères objectifs par lesquels le législateur de l'Union a encadré le pouvoir de l'ABE d'émettre des orientations, de l'exercice de ce pouvoir par l'ABE (pt. 67). La CJUE a jugé

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.

qu'il y avait lieu dans ce cadre, face à une exception d'invalidité d'orientations de l'ABE tirée du défaut de base légale de celles-ci, de vérifier si les orientations litigieuses relèvent des compétences de l'ABE, telles que définies par le législateur de l'Union, en appréciant en premier lieu, « si les orientations relèvent du champ d'action de l'ABE, tel que défini à l'article 1^{er}, paragraphes 2 et 3, du règlement 1093/2010 », et en second lieu, « si les orientations litigieuses relèvent du cadre spécifique arrêté par le législateur de l'Union pour l'exercice du pouvoir de l'ABE d'émettre des orientations. »

La distinction entre ces deux temps peut sembler subtile. A la lecture de son arrêt, il apparaît qu'au titre du premier temps du raisonnement, la Cour vérifie que les orientations contestées s'inscrivent dans le champ d'application d'au moins un des actes visés à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement n° 1093/2010 ou qu'elles sont nécessaires pour assurer l'application cohérente et efficace d'un tel acte. Au titre du second temps, la Cour prend en considération l'objet des orientations en litige et examine leur rattachement aux buts et fonctions assignés à l'ABE par l'article 1^{er} paragraphe 5 et l'article 8 du règlement 1093/2010 (tels que la protection de la stabilité du système financier et la protection des consommateurs, et l'encadrement de la prise de risques de crédit), ainsi qu'à l'objet spécifiquement assigné aux orientations (concourir à l'instauration de pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives au sein du SESF).

Nonobstant l'affirmation d'un contrôle rigoureux, l'examen de l'arrêt du 15 juillet 2021 nous semble en revanche être demeurée superficiel sur le contrôle du contenu-même des orientations une fois constatée la faculté de rattacher les orientations émises par l'ABE à l'un des textes et des objectifs relevant de son champ d'action : le contrôle de la Cour semble en effet déduire la validité des orientations et leur nécessité pour assurer l'application uniforme d'un texte du constat d'un rattachement à ce texte et de l'objectif de protection du système, mais sans contrôle approfondi du caractère proportionné, de la précision et du fond des recommandations émises.

Ces précisions faites, la première critique des requérantes, tirée de ce que l'ABE n'est pas autorisée à intervenir dans les matières régies par la directive 2014/17/UE faute pour cette directive de faire partie des actes législatifs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 2 du règlement (UE) n° 1093/2010, ne vous retiendra pas. En effet, la CJUE a jugé, dans son arrêt du 15 juillet 2021, que si la directive 2014/17/UE n'est pas citée à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement n° 1093/2010, « 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. »

Les requérantes soutiennent, en deuxième lieu, que la sous-section 4.4.1 « Objectivité et impartialité dans la prise de décision en matière de crédit » des orientations en litige est dépourvue de base légale et que son point 70 sur la prévention des conflits d'intérêts, en ce qu'il vise non seulement les membres de l'organe de direction mais aussi les membres du personnel, ne se rattache à aucune règle de niveau supérieur du droit de l'Union dont ces orientations seraient un guide pratique d'application.

Au soutien de ce grief, les requérantes font valoir, d'une part, que la directive 2013/36/UE ne saurait servir de base légale faute d'être visée par les orientations considérées, et d'autre part,

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.

que l'article 88 de cette directive ne concerne en tout état de cause que les organes de direction et n'ont pas trait aux processus d'octroi de crédits et au rôle des membres du personnel de l'établissement.

Toutefois, la directive 2013/36 est au nombre des actes mentionnés à l'article 1er, paragraphe 2 du règlement n° 1093/2010 et le point 5 des orientations en litige vise plus particulièrement l'article 74 de cette directive, qui prévoit la mise en place par les établissements de crédit de processus efficaces de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés et de mécanismes adéquats de contrôle interne, y compris des procédures administratives saines, en tenant compte des critères techniques définis aux articles 76 à 95 de la même directive. Cette directive confère compétence à l'ABE pour émettre des orientations concernant ces dispositifs et processus, en tenant compte des critères définis aux mêmes articles. Or l'article 88 dispose que « *Les États membres veillent à ce que l'organe de direction définisse et supervise la mise en œuvre de dispositifs de surveillance qui garantissent une gestion efficace et prudente de l'établissement, et notamment la séparation des fonctions au sein de l'organisation et la prévention des conflits d'intérêts, et rende des comptes à cet égard* ». Si l'article 88 fait ainsi peser sur l'organe de direction la responsabilité de définir et de superviser des dispositifs garantissant la prévention des conflits d'intérêts, il ne limite pas la prévention de ces conflits aux seuls membres de l'organe de direction, à l'exclusion des autres membres du personnel susceptibles d'être exposés à de tels risques.

Dès lors, faute d'aucune autre critique de fond, rien ne permet de douter raisonnablement de la légalité des recommandations figurant au point 4.4.1, qui se rapportent à l'organisation et la gouvernance interne et prennent en compte le critère de prévention des conflits d'intérêts énoncé à l'article 88, et trouvent ainsi dans ces dispositions combinées à celles de l'article 74, paragraphe 1, de la directive 2013/36 leur base légale.

En troisième lieu, les requérantes estiment que les diverses dispositions des orientations relatives à la promotion de la prise en compte des facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (dits « critères ESG ») dépassent les exigences fixées par le droit de l'Union dès lors que le règlement (UE) n° 1093/2010 ne donne pas compétence à l'ABE pour prendre des orientations en la matière sans fondement textuel de niveau 1 ou 2. Elles soulignent que, si la directive 2013/36/UE, dans sa rédaction issue de la directive 2019/878, dispose en son article 98, paragraphe 8, que l'ABE évalue s'il y a lieu d'intégrer les risques ESG dans le contrôle et l'évaluation effectués par les autorités compétentes, et prévoit que l'ABE soumet au plus tard le 28 juin 2021 à la Commission, au Parlement européen et au Conseil un rapport sur ses conclusions, sur la base duquel l'ABE « *peut, le cas échéant, émettre des orientations, conformément à l'article 16 du règlement (UE) n° 1093/2010, concernant l'intégration uniforme des critères ESG dans le processus de contrôle et d'évaluation prudentiels mené par les autorités compétentes* », les orientations en litige ne s'inscrivent pas dans le cadre de cette compétence dès lors que l'ABE n'a pas suivi la procédure ainsi décrite, laquelle suppose la réalisation et la soumission d'un rapport d'évaluation préalablement à toute élaboration d'orientations.

Toutefois, les dispositions du 8 de l'article 98, qui ne portent que sur la question de savoir si et comment les risques ESG peuvent et doivent être pris en compte en tant que « critères

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.

techniques du contrôle et de l'évaluation prudentiels » par les autorités compétentes de contrôle, ne nous paraissent pas faire obstacle à l'adoption, sans attendre une telle intégration, de recommandations relatives à la prise en compte de ces risques dans les processus de gouvernance interne des établissements de crédit, pour autant que de telles orientations puissent être regardées comme s'inscrivant dans le champ d'action de l'ABE et comme relevant du cadre spécifique arrêté par le législateur de l'Union pour l'exercice par l'ABE du pouvoir d'émettre des recommandations.

Or d'une part, l'article 79 de la directive 2013/36/UE, dont on a vu qu'elle est au nombre des actes mentionnés à l'article 1^{er}, paragraphe 2 du règlement 1093/2010 et confère expressément compétence à l'ABE pour émettre des orientations sur la mise en place par les établissements de crédit, en tenant compte des critères énoncés à ses articles 76 à 95, de processus efficaces de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés, de mécanismes adéquats de contrôle interne, et de procédures administratives et comptables saines, dispose que : « *Les autorités compétentes veillent à ce que : / a) l'octroi de crédits soit fondé sur des critères sains et bien définis (...)* ». D'autre part, les orientations sont très prudentes sur la question des facteurs ESG et n'édicte aucun critère précis, mais se bornent à émettre une recommandation générale de principe et de bon sens selon laquelle les risques ESG, notamment ceux liés au changement climatique, doivent être pris en compte par les établissements dans l'élaboration de leurs politiques et leurs procédures en matière de risques de crédit.

Au demeurant, à supposer que vous hésitez à voir dans la disposition critiquée une question « couverte directement » par la directive 2013/36, l'ABE pourrait néanmoins invoquer le paragraphe 3 de l'article 1^{er} du règlement 1093/2010 lui permettant d'agir « *dans le domaine d'activité des établissements de crédit, (...) pour les questions qui ne sont pas couvertes directement par les actes législatifs visés au paragraphe 2, y compris en ce qui concerne les questions liées à la gouvernance d'entreprise (...), en tenant compte des modèles d'entreprise durables et de l'intégration des facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance, pour autant que cette action soit nécessaire pour veiller à l'application cohérente et efficace desdits actes.* »

Dans ces conditions, l'exception d'invalidité soulevée sur ce point nous paraît pouvoir être écartée sans qu'il soit besoin d'adresser à la CJUE une question préjudicielle.

En quatrième lieu, les requérantes soutiennent que les points 84 à 86 des orientations, en ce qu'ils imposent aux établissements de disposer d'informations relatives à la solvabilité du consommateur dont elles fixent la liste, alors que le prêteur est libre de déterminer quelles pièces justificatives sont appropriées, sont privées de fondement légal et vont à l'encontre de l'analyse conduite par la CJUE dans son arrêt *CA Consumer Finance* (aff. C-449/13) du 18 décembre 2014. Elles font valoir que la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 exige uniquement du prêteur qu'il vérifie la solvabilité de l'emprunteur « *à partir d'un nombre suffisant d'informations, fournies, le cas échéant, par ce dernier et, si nécessaire, en consultant la base de données appropriées* », mais n'impose pas aux établissements, qui disposent d'une marge d'appréciation pour décider du caractère suffisant ou non des

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.

informations dont ils disposent, de contrôler systématiquement la sincérité des informations fournies par le consommateur sur ses revenus et ses dépenses pour attester de sa solvabilité.

L'article 8 de la directive 2008/48 prévoit qu'« *avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur évalue la solvabilité du consommateur, à partir d'un nombre suffisant d'informations, fournies, le cas échéant, par ce dernier et, si nécessaire, en consultant la base de données appropriée* ». La CJUE a précisé, par l'arrêt *CA Consumer Finance*, d'une part, que cet article ne s'oppose pas à ce que l'évaluation de la solvabilité du consommateur soit effectuée à partir des seules informations fournies par celui-ci, mais à la condition que ces informations soient en nombre suffisant et que ses simples déclarations soient accompagnées de pièces justificatives, et, d'autre part, que cet article n'impose pas au prêteur de procéder à des contrôles systématiques des informations fournies par le consommateur. La CJUE a par ailleurs à plusieurs reprises qualifié l'obligation précontractuelle de vérification de la solvabilité du prêteur comme étant « *d'une importance fondamentale* », en ce qu'elle vise à protéger les consommateurs contre les risques de surendettement et d'insolvabilité (v., en ce sens, CJUE, 10 juin 2021, *Ultimo Portfolio*, aff. C-303/20 ; CJUE, 6 juin 2019, *Schyns*, aff. C-58/18 ; ou CJUE, 5 mars 2020, *OPR-Finance*, aff. C-679/18).

Or d'une part, les énonciations critiquées n'édicte aucune liste de justificatifs qu'un établissement devrait systématiquement exiger. Elles se bornent, en usant du conditionnel, à énumérer un certain nombre d'informations dont les établissements « devraient » disposer pour les besoins de l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur, et qui devraient être étayées par des « justificatifs appropriés ». Les justificatifs spécifiques figurant en annexe 2 sont une simple proposition de documents dont les établissements peuvent « envisager l'utilisation », selon les termes mêmes des points 84 et 86. D'autre part, rien n'interdit que ces informations soient fournies par les emprunteurs eux-mêmes. Les dispositions critiquées n'évoquent en outre aucun contrôle systématique de la véracité des informations ainsi fournies et des justificatifs dont elles sont assorties. Enfin, ces orientations doivent toujours être lues à la lumière des énonciations du b du point 16 sur la proportionnalité, qui invite à prendre en considération, pour l'application de la section 5, les critères de la taille, de la nature et de la complexité de la facilité de crédit.

Dans ces conditions, nous n'identifions rien dans les orientations litigieuses qui conduirait à regarder les orientations en litige comme excédant, en ce qui concerne les crédits en relevant, la base légale de l'article 8 de la directive 2008/48, laquelle est mentionnée à l'article 1^{er}, paragraphe 2 du règlement 1093/2010 et est visée par les orientations en litige. L'article 18 de la directive n° 2014/17/UE du 4 février 2014, exigeant que le prêteur, avant de conclure un contrat de crédit, « *procède à une évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur* » et que « *les États membres veillent à ce que les procédures et les informations sur lesquelles repose l'évaluation soient établies, documentées et conservées* », offre quant à lui une base légale aux points 84 à 86 des orientations en ce qui concerne les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel.

Les requérantes critiquent ensuite, toujours au sein de la section 5, le point 111 des orientations, relatives à l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur dans le cadre des prêts aux consommateurs garantis par un bien immobilier autres que les prêts en rapport avec un

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.

bien immobilier à usage résidentiel. Elles estiment que ces orientations sont illégales dès lors qu'elles ne sont rattachables à aucune disposition du droit de l'Union, que les établissements de crédit ne sont pas habilités à s'immiscer dans les opérations qu'ils financent, et qu'au vu de la loi française qui n'exige le recours à un architecte que pour les constructions dépassant 150 m², un simple permis de construire devrait permettre à la banque d'octroyer un crédit sans qu'elle ait à s'assurer que le maître d'ouvrage a recours à un architecte.

Mais d'une part, le paragraphe 111 ne nous paraît impliquer par lui-même aucune ingérence du prêteur dans le projet, pas plus qu'il ne crée d'obligation pour l'emprunteur de toujours recourir à tel ou tel professionnel : il se borne à recommander la réalisation de vérifications de la faisabilité et de la maturité du projet, et sa mise en œuvre doit être adaptée à la nature et la complexité de la facilité de crédit, conformément au principe de proportionnalité posé au point 16. D'autre part, si elles ne sauraient se rattacher à la directive 2008/48/UE qui ne s'applique ni aux contrats de crédit garantis par une hypothèque ou un droit lié à un bien immobilier, ni aux contrats de crédit destinés à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété d'un terrain ou d'un immeuble existant ou à construire, ces orientations s'inscrivent en revanche dans le champ de l'article 74 de la directive 2013/36 exigeant la mise en place de procédures visant à assurer la gestion des risques, et surtout de l'article 79 de cette directive, en vertu duquel « *Les autorités compétentes veillent à ce que : / a) l'octroi de crédits soit fondé sur des critères sains et bien définis (...)* ». Enfin, ces orientations se rattachent aux fonctions et objectifs assignés à l'ABE, par l'article 1^{er}, paragraphe 5, sous e) du règlement 1093/2010, en ce qui concerne l'encadrement de la prise de risque par les établissements financiers.

Par suite, il nous semble que le grief pourra être écarté sans question préjudicielle.

En cinquième lieu, il est soutenu que les dispositions de la section 7 des orientations relatives à l'évaluation des biens immobiliers et mobiliers assorties des sûretés assortissant les crédits sont dépourvues de base légale dès lors que le règlement (UE) n° 575/2013 ne prévoit le recours à un évaluateur que dans le cas où le collatéral utilisé est un bien immobilier, non pour les sûretés mobilières, et qu'en outre, il n'envisage ce recours que pour les prêts dépassant certains seuils.

Compte tenu tant de son autonomie par rapport à la section 5 « Procédures d'octroi de prêts », que de ses références expresses au règlement 575/2013, la section 7 se rattache notamment à la mise en œuvre de la procédure d'évaluation des sûretés aux fins du respect des règles et ratios prudentiels énoncés par le règlement (UE) n° 575/2013, en particulier pour le calcul de l'exposition au risque impliquant d'apprécier l'impact des éventuelles sûretés en tant qu'instruments d'atténuation du risque. Or le règlement 575/2013 est bien au nombre des actes définissant à l'article 1^{er} du règlement 1093/2010 le champ d'action de l'ABE. Par ailleurs, l'article 208 de ce règlement n'envisage pas l'évaluation des sûretés immobilières dans le seul cas des prêts dépassant certains seuils, ces seuils ne commandant que le recours obligatoire tous les trois ans à un expert évaluateur indépendant. Enfin, l'article 229 de ce règlement nous paraît impliquer que les sûretés mobilières fassent également l'objet d'une évaluation dans ce cadre.

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.

Mais en tout état de cause, la question de savoir si le règlement 575/2013 prévoit expressément l'évaluation des sûretés mobilières nous semble sans incidence sur la légalité des orientations en litige dès lors que celles-ci peuvent, sur ce point, également être rattachées à l'application des articles 74 et 79 de la directive 2013/36. L'article 79 dispose ainsi, non seulement que les autorités compétentes veillent à ce que l'octroi de crédits soit fondé sur des critères sains et bien définis, mais aussi qu'elles veillent à ce que les établissements disposent de méthodes internes leur permettant d'évaluer le risque de crédit afférent aux expositions sur les différents débiteurs et le risque de crédit au niveau du portefeuille, et à ce que des systèmes efficaces soient utilisés pour la gestion et le suivi continus des divers portefeuilles et expositions des établissements impliquant un risque de crédit, y compris pour la détection et la gestion des crédits à problème, la réalisation des corrections de valeur adéquates et la constitution de provisions appropriées. En outre, en ce qui concerne les crédits relevant de la directive 2014/17/UE, l'article 19 de cette dernière dispose que : « 1. Les États membres veillent à la mise au point, sur leur territoire, de normes d'évaluation fiables des biens immobiliers résidentiels aux fins de prêts hypothécaires. Ils exigent des prêteurs qu'ils fassent en sorte que ces normes soient utilisées lorsqu'ils procèdent à l'évaluation d'un bien immobilier ou qu'ils prennent des mesures raisonnables afin que ces normes soient appliquées lorsque l'évaluation est réalisée par un tiers. (...) ».

Dans ces conditions, le défaut de base légale invoqué pourra être écarté sans qu'il soit besoin d'adresser à la CJUE une question préjudicielle.

Le moyen suivant est dirigé contre le point 44 des orientations relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les requérantes soutiennent que ces orientations sont contraires au droit interne, lequel ne permet pas d'imposer à un établissement de crédit, hors crédit affecté, de surveiller l'affectation et l'utilisation des fonds prêtés. Si les requérants présentent ce moyen comme une exception d'invalidité des orientations de l'ABE faute de base légale, leur critique nous semble en réalité davantage s'apparenter à une illégalité de la décision de l'ACPR en tant qu'elle déclare se conformer à des orientations qui seraient contraires au droit interne français. Rappelons en effet que les autorités nationales ne sont pas tenues de se conformer aux orientations de l'ABE, mais peuvent s'en écarter, à condition d'expliquer pour quels motifs.

Toutefois, d'une part, les orientations en litige ont bien été émises aux fins d'assurer une pratique cohérente, uniforme et efficace des dispositions des articles 8 et 13 de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, qui est au nombre des actes visés au 2 de l'article 1^{er} du règlement (UE) n° 1093/2010 et dont la transposition en droit interne est assurée, pour l'obligation de vigilance ici en cause, par les articles L. 561-4-1, L. 561-5 et L. 561-6 du code monétaire et financier et leurs dispositions réglementaires d'application (notamment l'article R. 561-12 du même code). Cette obligation de vigilance est donc aussi prévue en droit interne.

D'autre part, l'application des orientations relatives à la mise en œuvre de l'obligation de vigilance des établissements de crédit au regard des risques de blanchiment des capitaux et 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.

financement du terrorisme s'opère à la lumière des critères de proportionnalité tels que posés au point 16 des orientations pour la section 4.

Enfin, ces orientations ne remettent pas en cause la liberté d'utilisation des fonds prêtés, laquelle ne se déploie au demeurant que dans les limites de l'ordre public : l'obligation de vigilance du prêteur prévue par les textes et précisée par les orientations n'a ni pour objet ni pour effet de requalifier les crédits en crédits affectés, mais implique seulement la mise en place de procédures internes visant à détecter et prévenir le risque de financement du terrorisme.

Par suite, en adoptant la notice litigieuse, l'ACPR ne s'est pas conformée à des orientations qui seraient, sur ce point, dépourvues de base légale ou en contrariété avec le droit interne.

Vous examinerez enfin le moyen tiré de ce que les orientations de l'ABE seraient illégales et contreviendraient au principe de sécurité juridique et de clarté de la norme, faute de préciser ce qui, en leur sein, relève du champ de la surveillance prudentielle et ce qui relève du champ de la protection du consommateur ou de la lutte contre le blanchiment.

L'argument est le suivant : alors qu'en ce qui concerne le contrôle et la surveillance des établissements en matière de protection du consommateur et de lutte contre le blanchiment, la compétence revient aux autorités nationales de surveillance, en revanche, en ce qui concerne le contrôle prudentiel, la surveillance est, dans le cadre du règlement n° 2014/2013 dit MSU (mécanisme de surveillance unique), partagée entre la BCE, compétente à l'égard des établissements significatifs, et les autorités nationales, compétentes pour les autres établissements. Les requérantes allèguent que les établissements ne peuvent, faute de précisions suffisantes de l'ABE sur ce point, savoir ce qui, dans les orientations en litige, est de l'office de la BCE ou des autorités nationales et, par suite, compte tenu des décalages possibles dans les décisions de ces autorités de se conformer à ces orientations et de les intégrer à leurs contrôles, de savoir à quelle date les orientations entreront en vigueur. Elles ajoutent qu'à la différence des autorités nationales telles que l'ACPR, qui peuvent se déclarer seulement partiellement conformes, la BCE n'aurait pas cette faculté.

Le ministre observe que cette argumentation soulève des « questions pertinentes » quant à l'éventualité que la conjonction du règlement 1093/2010 et du règlement MSU puisse donner lieu, dans une même juridiction, à une application différenciée des orientations de l'ABE, « par exemple dans un cas où la BCE entendrait respecter ces orientations ou recommandations alors que l'autorité nationale compétente entendrait ne pas les respecter ».

Toutefois, nous n'identifions aucune illégalité, en elles-mêmes, des orientations en litige susceptible de prospérer à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre la notice de conformité de l'ACPR.

D'une part, le risque d'incohérence pointé du doigt est le résultat direct du dispositif dual de surveillance mis en place par le règlement MSU. A cet égard, l'unicité de l'ABE disposant du pouvoir d'émettre des orientations vise précisément à limiter les risques de pratiques non uniformes, même si elle ne peut entièrement l'éliminer.

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.

D'autre part, ainsi que le relève en défense l'ACPR, surveillance prudentielle et protection des consommateurs ou de l'ordre public sont parfois consubstantiellement mêlées l'une à l'autre, dès lors que la prévention de l'exposition à certains risques à des fins prudentielles rejoint parfois des mécanismes internes visant la protection des consommateurs contre leur propre insolvabilité ou la lutte contre le blanchiment.

Enfin et en tout état de cause, l'ensemble des établissements, qu'ils soient ou non significatifs au sens du règlement MSU, sont directement destinataires des orientations de l'ABE en litige, en vertu du point 1 de celles-ci. Or en application du paragraphe 3 de l'article 16 du règlement (UE) n° 1093/2010, les établissements financiers « *mettent tout en œuvre pour respecter ces recommandations et orientations* ». 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. Par suite, les établissements significatifs et moins significatifs devant, par l'effet direct du règlement européen, déjà tout mettre en œuvre pour respecter ces orientations dès leur édicition, l'absence de précision en leur sein sur ce qui relève de la stricte surveillance prudentielle et sur ce qui relève toujours des autorités nationales quelle que soit la taille de l'établissement nous semble dépourvue d'incidence sur la validité de ces orientations dans le cadre d'un litige d'exception d'invalidité à l'appui d'un acte de droit souple de l'autorité de supervision nationale tel celui qui vous est soumis. Cette réponse nous semble pouvoir être apportée, là aussi, sans poser de question à la CJUE.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête, et à ce que les requérantes versent, chacune, 1000 euros à l'ACPR au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

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.