

◆ Arrêts du Tribunal de l'Union européenne du 13 juillet 2018 annulant les décisions de la BCE refusant à six établissements de crédit français d'exclure du ratio de levier la quote-part d'épargne réglementée centralisée à la Caisse des Dépôts et Consignations.

Entretien

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES DÉCISIONS DE LA BCE

Dans un entretien mené par Jean-Jacques Daigre, directeur éditorial de *Banque et Droit*, et Alain Gourio, directeur de la publication de *Revue Banque*, Maître Gosset-Grainville, qui a représenté les banques françaises dans ce contentieux, commente la portée du contrôle juridictionnel du Tribunal de l'Union européenne sur les décisions de la BCE.



ANTOINE GOSSET-GRAINVILLE
Avocat à la Cour
BDGS Associés AARPI

Jean-Jacques Daigre (J.-J. D.) : Comment en est-on arrivé à un contrôle juridictionnel d'une activité de la BCE alors qu'à l'origine cette entité était destinée, par principe, à être totalement indépendante de toute autorité, de tout pouvoir et donc de tout contrôle ?

Il est vrai que cette situation est contre-intuitive puisque comme vous venez de le dire, le principe fondateur de la Banque Centrale Européenne (BCE) est l'indépendance. Mais indépendance ne signifie pas forcément exonération de toute forme de contrôle juridique ou juridictionnel. Et d'autant moins dans le cas des affaires récentes intervenues à Luxembourg, qui concernaient les nouvelles compétences de la BCE dans le cadre de l'Union bancaire. Par rapport à la politique monétaire pour laquelle les traités prévoient que l'indépendance de la BCE est absolue, la BCE intervient, en matière de surveillance prudentielle, dans un cadre extrêmement normé, dans lequel elle est invitée à mettre en œuvre des règles détaillées édictées par le législateur communautaire. Or, du fait de leur précision et de la technicité de la matière, ces règles peuvent conduire à des différences d'interprétation, voire des différends juridiques. Il était donc logique que ces différends entre la BCE en tant que superviseur, et les établissements bancaires en tant qu'entités supervisées, puissent être tranchés par une autorité juridictionnelle. C'est ce qui est en train de se mettre en place.

J.-J. D. : Jusqu'où peut aller ce contrôle juridictionnel sur les décisions de la BCE dans ce domaine ?

La BCE n'a pas encore défini une jurisprudence précise des modalités de son intervention en matière de supervi-

sion prudentielle. Néanmoins, au travers de ses premières décisions, elle a déjà posé un certain nombre de jalons et de principes, notamment celui en vertu duquel, compte tenu de la technicité et de la complexité de la matière en cause, son contrôle se limitera à un contrôle de l'erreur manifeste, et non pas un contrôle plein et entier. Ce contrôle restreint s'étend bien entendu au contrôle des erreurs de droit et du respect des formes et des procédures.

J.-J. D. : Quels sont les premiers jalons de cette jurisprudence ?

Les décisions les plus exploitables pour l'instant me semblent être celles rendues par le Tribunal de l'Union européenne sur la base des recours de six principaux établissements bancaires français en matière de prise en compte des fonds d'épargne réglementés centralisés dans le calcul du ratio de levier. À l'occasion de ces décisions, le Tribunal a posé un certain nombre de principes importants.

Il a d'abord rappelé que la BCE était tenue de rendre ses décisions dans le respect des finalités et des objectifs des textes qui lui confèrent sa compétence. De manière concrète, lorsqu'elle décide de refuser une dérogation, elle ne peut pas le faire en ignorant les objectifs qui ont été posés par le législateur. Si elle va à l'encontre des objectifs posés par le législateur, elle doit motiver de manière extrêmement argumentée la raison pour laquelle elle s'éloigne de ces objectifs.

Le deuxième principe posé par le Tribunal à l'occasion de ces décisions est la nécessité d'examiner « avec soin et attention », selon l'expression utilisée par le Tribunal, les caractéristiques propres de chaque établissement par rapport

à la problématique prudentielle en cause. Le Tribunal ne peut pas prendre une décision générique, fondée sur des considérations et des objectifs très généraux, sans regarder la nature et la portée des risques auxquels chacun des établissements concernés est confronté. En l'occurrence, nous étions en présence de six décisions sur le même sujet, mais pour des établissements eux-mêmes placés dans une situation différente les uns par rapport aux autres ; le fait que le Tribunal ait rendu la même décision avec la même motivation et sans examen apparent de la situation particulière de chaque établissement était une indication forte pour le Tribunal que la BCE s'était écartée de ce principe. Le Tribunal a sans doute voulu marquer que la BCE ne peut pas s'instituer en quasi législateur en matière prudentielle, en fixant de nouvelles règles générales au travers de décisions individuelles.

Alain Gourio (A. G.) : Cela s'inscrit dans la jurisprudence Arkéa...

Absolument ! Dans la décision Arkéa, le Tribunal a pris soin de souligner que, dans une matière « technique et complexe », pour reprendre l'expression du juge, la BCE est tenue à une obligation de motivation renforcée de ses décisions. Ce n'est pas une innovation, mais il était intéressant que le juge le spécifie en matière prudentielle. Parce que la matière est technique et complexe et que le juge, de ce fait, ne va faire qu'un contrôle d'erreur manifeste, il est nécessaire que la BCE motive de manière très argumentée les décisions qu'elle prend. La décision Arkéa et celles qui viennent d'être rendues sont dans le prolongement l'une de l'autre, avec une grande cohérence qui commence à construire une jurisprudence.

J.-J. D. : Cela veut donc dire que la BCE ne peut pas se contenter de prendre une position sur une base purement technique ; elle doit vérifier que sa position technique n'est pas contraire aux finalités qui lui sont imposées à l'occasion des pouvoirs qui lui ont été délégués en matière prudentielle.

En effet. En prenant un peu de hauteur et de distance par rapport aux questions techniques posées, le Tribunal a visiblement le souci de s'assurer que la BCE prend bien en compte les deux objectifs de la supervision prudentielle que sont, d'une part, la garantie d'une solidité suffisante du système bancaire, et d'autre part, la préservation de la contribution des banques au développement de l'économie au travers du financement des entreprises et des ménages. Sans que le Tribunal ne l'ait dit explicitement, on perçoit qu'en arrière-plan, sa préoccupation est que la BCE n'impose pas des contraintes disproportionnées, non justifiées, aux banques, dans la mesure où ces contraintes pourraient aller à l'encontre de l'objectif du financement du développement de l'économie. C'est en cela que ce contrôle est très important.

J.-J. D. : Cela veut-il aussi dire que le contrôle juridictionnel aurait été impossible s'il n'avait pu porter que sur les bases techniques de la décision de la BCE ? Le Tribunal de l'UE et la Cour de justice de l'UE auraient-ils eu les moyens de contrôler des éléments aussi compliqués sur le plan technique ? C'est en se donnant le pou-

voir de vérifier que cette appréciation technique restait conforme aux finalités que finalement le contrôle juridictionnel retrouve de l'ampleur et de la potentialité.

C'est tout à fait mon analyse !

A. G. : N'oublions pas le contrôle de l'effet utile qui faisait que la façon dont la BCE a appliqué la disposition privait en fait la dérogation de toute effectivité, et cela indépendamment des finalités me semble-t-il...

C'est vrai : le Tribunal s'assure, conformément à sa jurisprudence générale, que les formes et les procédures sont respectées, et que la décision qui lui est soumise n'a pas pour effet de rendre par principe inapplicable le texte sous-jacent. C'est ce qu'en tout état de cause on pouvait attendre du juge et il l'a confirmé, tout en rappelant qu'il ne fait qu'un contrôle d'erreur manifeste, ce qui est probablement justifié : vu la technicité de la matière, il est difficile de concevoir que le juge puisse substituer son appréciation à celle de la BCE.

A. G. : Vous avez évoqué, lors d'une présentation le rôle de la CJUE dans la construction européenne, en montrant qu'à la limite, elle est peut-être le seul « législateur » européen : pouvez-vous développer cette idée ?

Il est important d'avoir à l'esprit que dans l'édifice institutionnel européen, il n'existe pas un gouvernement comme dans chacun des États membres. Aucune institution n'a les compétences de l'exécutif, à commencer par celle de prendre des décisions politiques et de réaliser des arbitrages. L'édifice institutionnel européen est totalement sui generis, comme chacun sait, et puisque la Commission n'est pas un gouvernement, elle ne peut pas arbitrer comme le ferait un Gouvernement. Et de ce fait, les grands choix, les grandes orientations en matière européenne dans le cadre de la mise en œuvre des textes existants se font par le droit, par l'interprétation des règles et tout naturellement par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Depuis sa création, celle-ci fait un travail d'une très grande qualité, avec un personnel de très haut niveau et une vraie capacité d'action. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a été l'un des principaux moteurs de la construction européenne avec un souci de jouer son rôle de gardienne des traités de manière extrêmement rigoureuse et créative. Et donc, effectivement, j'avais cité l'exemple de la jurisprudence de la mise en œuvre des grandes libertés avec la fameuse décision « Cassis de Dijon » qui a permis de franchir un nouveau pas en posant le principe selon lequel le respect des règles et des normes pour un produit donné dans l'un des États membres suffisait à présumer qu'il pouvait circuler dans tous les autres États, du fait de l'harmonisation des législations.

J.-J. D. : Cela veut-il dire que pour vous la CJUE est plus proche d'une cour suprême américaine que d'une cour de cassation à la française ?

Elle est vraiment créatrice de droit. Le domaine de la supervision prudentielle bancaire est un nouveau terrain de jeu pour elle, qui peut conduire à la formation d'une jurisprudence qui va avoir des implications éco-

nomiques importantes ne serait-ce qu'en raisons des enjeux financiers potentiels.

J.-J. D. : Tout à l'heure, vous souligniez la très grande qualité des magistrats de la CJUE depuis l'origine, mais leur légitimité ne réside que dans leur compétence technique. Dès lors, si la CJUE est plus proche d'une cour suprême que d'une cour de cassation, elle a un rôle qui a un aspect inévitablement plus politique, ses décisions ayant un rayonnement pouvant être de nature politique. Dans cette perspective, les modalités de désignation de ses membres restent-elles les bonnes ou faut-il les faire évoluer ?

Je suis un peu réservé sur ce point et constate que, pour l'instant, il n'y a pas eu d'erreur manifeste de recrutement. Je crois par ailleurs qu'il serait très dangereux que la Cour de justice puisse un jour être attaquée sur le thème du gouvernement ou de la politisation des juges. Ce qui fait la force de la Cour de justice est qu'elle a été audacieuse à plusieurs reprises dans sa jurisprudence, mais toujours sur la base de raisonnements juridiques extrêmement solides et difficilement contestables. Il y a eu des polémiques politiques, par exemple en France lors d'une décision en 2016 ou 2015 sur la taxe sur les dividendes, mais personne n'a contesté le raisonnement juridique.

A. G. : Vous avez aussi souligné que la juridiction s'est équipée pour acquérir une compétence technique dans le domaine prudentiel : cela montre que cette décision n'est pas ponctuelle, mais que la Cour s'organise pour ensuite poursuivre le contrôle dans le respect des textes de l'exercice par la BCE de ses pouvoirs.

C'était une interrogation des banques et de leurs conseils, au moment où elles ont décidé de contester les décisions de la BCE : est-ce que le Tribunal à Luxembourg aurait l'expertise pour pouvoir apprécier les termes du débat ? Tout le monde s'est accordé pour dire que les magistrats qui ont été désignés posaient des questions extrêmement précises qui montraient une parfaite maîtrise du sujet.

J.-J. D. : Si cela n'avait pas été le cas, le Tribunal aurait-il pu s'en remettre à des experts ?

Il peut solliciter des experts, mais ceux-ci ne peuvent pas se substituer à lui, bien sûr. Il est possible que sans cette expertise, le Tribunal en serait resté à un contrôle des formes de la procédure.

Mais il ne faut pas non plus exagérer la portée de cette irruption du juge dans l'action de la BCE. En 2017, il y a eu plus de 2 300 décisions rendues par la BCE en matière prudentielle, alors que le nombre des recours n'a pas dépassé la dizaine. C'est une proportion infime. ■

Supervision bancaire

LA SOUMISSION DE LA BCE À UN STRICT CONTRÔLE DU JUGE



FRANÇOIS BOUCARD

Docteur en droit
Enseignant-chercheur
à l'Université de Strasbourg
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

La leçon donnée par le Tribunal dans les six décisions qu'il a rendues le 13 juillet 2018¹ est claire : certes, la BCE dispose d'un large pouvoir d'appréciation quand l'exercice de ses compétences en matière de supervision le requiert, mais les décisions qu'elle prend sont soumises à un contrôle précis du Tribunal de l'Union européenne.

L'affaire concernait le ratio de levier. C'est au cours du sommet du G20 de Pittsburg, qui s'est tenu les 24 et 25 septembre 2009, qu'a été prise la décision de compléter le dispositif de Bâle II notamment par la création d'un nouveau ratio appelé « ratio de levier ». Il se définit comme le rapport entre le total des actifs (ou encore, expositions au risque) et les fonds propres. Initialement utilisé par les banques américaines, son application a été généralisée et en ce qui nous concerne, la réglementation de ce ratio trouve son siège dans le règlement (UE) n° 575/2013 sur les exigences de fonds propres, plus couramment appelé CRR. L'article 429 de ce règlement énonce que le ratio de levier correspond au montant des fonds propres divisé par le montant de l'exposition totale de l'établissement. En 2014, le Comité de Bâle a édité de nouvelles règles, lesquelles ont entraîné une modification du CRR². Dans sa version ainsi

1. Affaires T-733/16, T-745/16, T-751/16, T-757/16, T-758/16 et T-768/16, Banque et Droit, sept.-oct. 2018, p. 30, note M. Roussille, JCP E 2018. 934, obs. D. Berlin, RDBF sept. 2018, comm. 139, A. Gourio et M. Gillouard ; Revue Europe, comm. 400, obs. D. Simon.

2. Cette modification a été introduite par le règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 10 octobre 2014.

révisée, l'article 429 du CRR comporte un paragraphe 14, qui s'est trouvé au cœur des débats de l'affaire commentée. Il prévoit en effet que les autorités compétentes – en l'occurrence, la BCE — peuvent autoriser un établissement à exclure de la mesure de l'exposition les expositions qui portent sur une entité du secteur public et résultent des dépôts que les établissements sont légalement tenus de transférer à une entité du secteur public afin de financer des investissements d'intérêt général.

Six banques françaises (la Banque postale, BPCE, la Société générale, la Confédération nationale du Crédit mutuel, le Crédit Agricole SA et BNP Paribas) ont sollicité une dérogation de ce type, à raison de l'épargne collectée via le Livret A, le livret d'épargne populaire et le livret de développement durable et solidaire pour lesquels une quote-part du total des dépôts collectés est centralisée dans un fonds d'épargne géré par la Caisse des dépôts et consignations³. Par six décisions, la BCE leur a opposé un refus. Chacune des six banques a saisi le Tribunal de la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours en annulation de la décision de refus. Ces recours ont été accueillis par six arrêts motivés de la même manière, rendus le 13 juillet 2018⁴.

Ces jugements sont intéressants en raison des précisions qu'ils apportent sur les conditions de fond permettant d'obtenir une dérogation à l'intégration des actifs au calcul du ratio de levier. Mais c'est surtout en ce qu'ils précisent les pouvoirs de la BCE qu'ils innovent et ce sont ces aspects qui retiendront notre attention. C'est qu'en effet, le Tribunal a considéré que la BCE disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser la dérogation sollicitée (I.), pouvoir dont l'exercice est soumis à un contrôle strict du juge (II.).

I. LA RECONNAISSANCE D'UN POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE AU PROFIT DE LA BCE

Dans chacune des six affaires, la BCE avait admis que les conditions posées à l'article 429, paragraphe 14, étaient réunies. D'après les décisions commentées, la BCE s'est fondée, pour motiver ses refus, sur « la finalité de l'introduction du ratio de levier, qui consiste à fournir une vision simple et transparente du niveau d'exposition d'un établissement de crédit qui ne soit pas pondérée en fonction du risque présenté par les différentes composantes de ses expositions, en vue d'éviter un développement excessif desdites expositions par rapport à ses fonds propres. » (point 11). La BCE pouvait-elle écarter des demandes de dérogations qui, pourtant, satisfaisaient à toutes les conditions posées par le texte ? La réponse est affirmative si l'on reconnaît à la BCE un pouvoir discrétionnaire. C'est en ce sens que s'est prononcé le Tribunal. Pour cela, il s'est fondé sur l'article 429 paragraphe 14 précité, dont il a donné une interprétation non seulement littérale (1.) mais également contextuelle (2.).

1. L'interprétation littérale de l'article 429 du CRR

Le pouvoir discrétionnaire est celui dont dispose l'administration – d'un État ou de l'Union européenne – de prendre ou non une décision dans, et si elle décide d'agir, de déterminer, entre plusieurs décisions possibles, celle qui lui paraît mieux servir l'intérêt général. Odent enseignait que le pouvoir discrétionnaire « eu égard à sa nature, ne s'exerce qu'en tenant compte de considérations d'opportunité et n'est subordonné à aucune condition »⁵. La notion est délicate à appréhender mais les auteurs classiques se sont efforcés d'en donner des définitions précises : « il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit »⁶. Hauriou expliquait que « l'administration dans l'exercice quotidien de ses services et pour les mesures qu'elle prend vis-à-vis des particuliers, est soumise à la loi et d'une façon générale à des règles juridiques. Mais elle y est soumise avec une certaine marge de liberté que l'on appelle le pouvoir discrétionnaire »⁷. Quant à Chapus, il écrivait, avec la concision qui caractérisait son style, que le pouvoir discrétionnaire n'est autre que « le pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conformes à la légalité »⁸.

En droit de l'Union, c'est la réalisation des objectifs fixés par les traités qui constitue le fil directeur de l'administration européenne dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La Cour de justice n'a pas défini les critères d'une compétence discrétionnaire ; elle en reconnaît l'existence au cas par cas, lorsque l'organe ou l'institution de l'Union doit procéder à des appréciations complexes, le plus souvent de nature économique⁹. La Cour de justice prend en considération la norme sur la base de laquelle agit l'organe ou l'institution et vérifie que celle-ci confère une marge d'appréciation. Tel sera le cas lorsque l'administration dispose d'une faculté de choix d'intervenir ou non et, en cas d'exercice de sa compétence, du choix du contenu de la décision. Pour le professeur A. Bouveresse, le pouvoir discrétionnaire se caractérise également, en droit de l'Union, par le choix de l'instrument juridique. Dit autrement, le droit de l'Union se distingue des droits nationaux par la marge d'appréciation très large qu'il reconnaît à ses organes ou institutions afin déterminer l'instrument juridique utilisé (décision, recommandation...) pour exercer sa compétence¹⁰.

Dans les affaires rapportées, la reconnaissance d'un tel pouvoir au profit de la BCE semblait aller de soi. L'article 429 paragraphe 14 dispose en effet que les autorités de contrôles, au nombre desquelles se trouve la BCE « peuvent » autoriser un établissement à exclure

5. Cours de contentieux administratif, rééd. Dalloz, 2007, T. II, p. 552.

6. L. Michoud, « Etudes sur le pouvoir discrétionnaire », *Revue générale d'administration*, 1914, p. 3.

7. A. Hauriou, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *Mélanges Carré de Malberg*, Dalloz 1933, p. 233.

8. R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, 15^e éd., n° 1248, p. 1056.

9. En ce sens : D. Ritleng, « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *AJDA* 1999, p. 645.

10. A. Bouveresse, *Le Pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, préf. D. Simon, Bruylant, 2010, n° 126, p. 88. L'auteur précise toutefois que ce choix s'exerce dans le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

3. Articles L.221-5 et R.221-58 du CMF.

4. Dans les développements qui suivent, les références utilisées pour le renvoi aux arrêts seront celles de la décision rendue sur le recours de la Banque Postale.

de la mesure de l'exposition des actifs qui répondent à certaines conditions. L'utilisation du verbe « pouvoir », sans autre précision, confrère à la BCE le pouvoir de refuser une dérogation alors même que les conditions pour l'obtenir sont remplies. La lecture littérale du texte imposait la solution retenue par le Tribunal. Les arrêts précisent toutefois que ce pouvoir ne joue que dans un sens : les autorités de contrôle peuvent refuser une dérogation bien que les conditions soient remplies ; en revanche, elles ne peuvent l'accorder dans l'hypothèse contraire, où l'un des critères posés par le texte ferait défaut (point 40).

Le Tribunal avait déjà reconnu la BCE la faculté discrétionnaire en matière prudentielle. Par un arrêt du 13 décembre 2017¹¹, il avait décidé que la BCE peut exercer une surveillance prudentielle sur l'ensemble d'un groupe tout en refusant d'exempter, en tant qu'autorité compétente au titre du CRR, les entités du groupe des exigences prudentielles sur une base individuelle puisqu'à cet égard, le régulateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire (selon le texte, les régulateurs « peuvent » exempter les entités de certaines des exigences du CRR). Mais au cas présent, le Tribunal ne s'est pas contenté d'une interprétation littérale du texte et s'est par ailleurs livré à une interprétation contextuelle, plus riche d'enseignements.

2. L'interprétation contextuelle de l'article 429

Les arrêts commentés rappellent que le ratio de levier vise à fournir une appréciation du niveau des fonds propres par rapport à ses expositions indépendamment du niveau de risque impliqué par chacun de ces actifs. Pour autant, précise la juridiction européenne, cet objectif n'est pas absolu puisque le CRR admet la possibilité que le caractère peu risqué d'un profil ait des répercussions sur le calcul du ratio de levier (point 49). Plus précisément, l'article 429 a pour objet de concilier deux objectifs : d'une part, le respect de la logique du ratio de levier qui mesure l'exposition totale d'un sans pondération en fonction du risque et, d'autre part, la prise en compte de ce que certaines expositions n'apparaissent pas pertinentes pour le calcul du ratio puisqu'elles présentent un risque faible et qu'elles ne découlent pas d'un choix d'investissement de l'établissement de crédit (point 54). Et pour procéder à un arbitrage entre ces deux objectifs, la BCE doit nécessairement se voir reconnaître un pouvoir discrétionnaire.

En définitive, le Tribunal retient une interprétation très souple des textes et c'est la raison pour laquelle il reconnaît à la BCE un pouvoir large, de nature discrétionnaire. Mais en contrepartie, l'exercice de ces prérogatives est soumis au contrôle du juge qui joue ici le rôle de contre-pouvoir.

II. LE CONTRÔLE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA BCE

Après avoir reconnu à la BCE un pouvoir discrétionnaire de refuser les dérogations qui lui étaient demandées, la question se posait de savoir qu'elle serait l'étendue du contrôle exercé par le juge de la légalité. Classiquement, le Tribunal a manifesté son intention d'exercer un contrôle limité à l'erreur matérielle d'appréciation, propre aux mesures prises au titre d'un pouvoir discrétionnaire (1.). Mais l'on pourrait se demander si, en réalité, ce n'est pas un contrôle entier qu'il a entendu exercer (2.).

1. L'affirmation d'un contrôle limité à l'erreur matérielle d'appréciation

Le pouvoir discrétionnaire garantit la liberté d'action de l'administration. Pour autant, cette liberté n'est pas sans limites et c'est au juge d'en contrôler le respect. C'est ce que Waline exposait en ces termes : « *sauvegarde du pouvoir administratif, sauvegarde des droits des citoyens, doivent être conciliés pour que la vie sociale ne sombre, ni dans l'anarchie, ni dans la tyrannie* »¹². La conciliation de ces deux impératifs s'opère par le contrôle restreint du juge, limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Une précision s'impose toutefois : comme le recours pour excès de pouvoir en droit interne, le recours en appréciation de légalité propre au droit de l'Union est soumis à des cas d'ouverture dont l'article 263 du TFUE donne la liste suivante : incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, et détournement de pouvoir. En principe, un contrôle entier s'exerce sur les éléments de la légalité externe de la décision que sont la compétence de l'auteur de l'acte et le respect des règles de forme. Ce contrôle est donc identique que la décision relève ou non d'un pouvoir discrétionnaire. En revanche, le juge européen opère sur les motifs de la décision, via la violation de d'une norme supérieure et le détournement de pouvoir, un contrôle restreint.

Cette limite du contrôle s'explique par deux considérations. La première est consubstantielle à la notion de pouvoir discrétionnaire. Celui-ci est reconnu à l'administration lorsqu'elle doit se livrer, pour prendre une décision, à des appréciations complexes et techniques. Le juge n'est alors pas à même de contrôler dans le détail les choix faits par l'administration. C'est la raison pour laquelle son contrôle est limité à l'erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire à l'erreur grossière. La seconde, sans être propre au droit de l'Union, présente une importance en raison de la structure de l'ordre juridique européen. Le Tribunal et la Cour sont en effet amenés à se prononcer aussi bien sur des actes administratifs que sur des textes émanant du pouvoir législatif. La compétence de ces juridictions excède donc la sphère purement administrative. C'est la raison pour laquelle l'article 13 du TFUE rappelle expressément que chaque institution – en ce compris la Cour de justice – agit dans les limites des attributions qui

11. Trib. UE, 13 déc. 2017, T-712/15 et T-52/16, *Crédit Mutuel Arkea c/ BCE*. – J. Lasserre Capdeville et J.-Ph. Kovar : *Rev. Banque* 2017, n° 817 ; *Europe* 2018, comm. 89, D. Simon ; *RDBF*, mars 2018, comm. 28, obs. F. Boucard.

12. M. Waline, « Etendue et limites du contrôle du juge administratif dans les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, n° 10, p. 25 et spéc. p. 27.

lui sont conférées par les traités. Ainsi que l'expliquait Waline, « le problème est en effet celui des limites entre le rôle du juge et celui de l'administrateur : jusqu'où le juge peut-il porter son contrôle sans encourir le reproche de substituer ses appréciations à celles qui étaient le rôle exclusif de l'administrateur ? »¹³.

Ces deux justifications de la motivation du contrôle du juge sont constamment rappelées par la jurisprudence européenne. C'est ainsi que par une décision du 14 juin 2018¹⁴, la Cour de justice a énoncé que « eu égard à l'étendue du contrôle juridictionnel, telle que rappelée au point précédent du présent arrêt, qui incombe au Tribunal, il n'appartient certainement pas à celui-ci de substituer son appréciation des faits complexes en cause, concernant les demandes de suspension des droits tarifaires, à celle du Conseil, son contrôle devant se limiter à celui de l'erreur manifeste d'appréciation. » La Cour a donc écarté le moyen du demandeur au pourvoi qui reprochait au Tribunal de s'être borné à dire que le Conseil avait suivi les règles de procédure qui s'imposaient à lui sans contrôler les motifs de la décision. Ce litige portait sur une décision par laquelle le Conseil avait ordonné la suspension de droits tarifaires. Le conseil avait donc dû se livrer à des appréciations extrêmement techniques qui justifiaient qu'un pouvoir discrétionnaire soit reconnu au Conseil en cette matière. Dans la même veine, la Cour de justice a rappelé, par un arrêt du 18 octobre 2018¹⁵, que « les institutions de l'Union disposent d'un large pouvoir d'appréciation en raison de la complexité des situations économiques et politiques qu'elles doivent examiner. Quant au contrôle juridictionnel d'une telle appréciation, il doit ainsi être limité à la vérification du respect des règles de procédure, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir ».

En l'espèce, c'est dans le droit fil de cette jurisprudence que s'est placé le Tribunal. Après avoir reconnu, ainsi qu'on l'a vu, un pouvoir discrétionnaire à la BCE pour statuer sur une demande de dérogation, le Tribunal affirme en toute logique que le contrôle qu'il va exercer sur les décisions en cause ne doit pas le conduire à substituer son appréciation à celle de la BCE, mais vise à vérifier que la décision attaquée ne repose pas sur des faits matériellement inexacts et qu'elle n'est entachée d'aucune erreur de droit ni d'aucune erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir (point 69). Seulement voilà, il semble qu'à la lecture de ses décisions, le Tribunal ait excédé la limite qu'il s'était lui-même fixée.

2. L'exercice d'un contrôle entier

Les banques avaient demandé à ne pas faire entrer dans le calcul du ratio de levier les sommes qu'elles doivent obligatoirement transférer à la Caisse des dépôts et consignations, laquelle doit être regardée comme une entité publique au sens du CRR. Pour motiver son refus, la BCE

s'est fondé sur trois motifs donc aucun n'a convaincu le juge. Deux d'entre eux retiendront notre attention.

En premier lieu, la BCE arguait du traitement comparable desdites sommes : celles-ci étant inscrites à l'actif du bilan des établissements de crédit et au passif de celui de la CDC, les premières demeuraient responsables de l'exposition constituée par l'épargne collectée, y compris les sommes transférées à la CDC. Le Tribunal balaie cet argument en rappelant que par nature, toute exposition entrant dans le calcul du ratio est nécessairement un actif et figure donc au passif bilan de l'établissement de crédit (points 82 et 84), si bien que le motif sur lequel la BCE a fondé ses décisions apparaît inopérant et comme tel, impropre à justifier les décisions prises.

En second lieu, la BCE a considéré que les banques étaient susceptibles de se trouver dans une situation où elles seraient contractuellement obligées de rembourser les dépôts des clients avant même que la CDC ne leur restitue l'épargne collectée qu'elles leur avaient transférée. C'est là que le contrôle est le plus approfondi puisque le Tribunal relève que selon les déclarations faites par la BCE elle-même à l'audience, la seule hypothèse visée est celle d'un défaut de paiement de l'État français (point 75). Or, relève le Tribunal, la BCE a mis en exergue cette hypothèse sans en vérifier la vraisemblance (point 90). Ce faisant, la BCE a méconnu les objectifs l'article 429 § 14 du CRR, privant ainsi la règle posée par ce texte d'effet utile.

Quelles sont les considérations qui ont amené le Tribunal à exercer un tel contrôle ? L'hésitation est permise, en raison de l'imprécision regrettable des décisions du Tribunal. Deux solutions sont envisageables.

D'une part, le juge de la légalité, même en présence d'une décision discrétionnaire, exerce un contrôle entier sur les éléments autres que les motifs, et notamment le respect des règles de forme. Relèvent de cette catégorie l'obligation de motiver et plus particulièrement le principe de bonne administration, auquel se rattache l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce. C'est, selon l'expression familière au publiciste, la règle de l'examen particulier des circonstances¹⁶. Or le Tribunal s'est amplement référé à cette règle prétorienne et a reproché à la BCE de ne pas avoir procédé à un examen détaillé des caractéristiques de l'épargne réglementée, se référant simplement de manière abstraite aux risques impliqués par le délai susceptible d'apparaître entre le remboursement par les banques des sommes aux déposants et la restitution par la CDC de l'épargne qu'elles leur ont transférée (voir notamment le point 114). La BCE aurait dû prendre en compte les particularités de l'épargne réglementée. Le grief semblait d'autant plus fondé que chacune des six décisions de refus reposait sur une motivation identique, ce qui faisait bien apparaître qu'il n'y avait pas eu d'analyse individualisée de chaque demande.

D'autre part, le principe d'un contrôle limité des motifs d'une décision discrétionnaire n'est pas toujours respecté

13. M. Waline, *op. cit.*, p. 27.

14. CJUE 14 juin 2018, C-223/17 P, *Lubrizol France SAS c/ Conseil de l'Union européenne et Commission européenne*, points 36 à 38.

15. C-100/17 P, *Gul Ahmed Textile Mills Ltd c/ Conseil de l'Union européenne*, point 63. Dans le même sens : CJ 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi c/ Conseil*, 255/84, point 21 ; CJ 14 décembre 2017, *EBMA c/ Giant (China)*, C61/16 P, point 68.

16. Par ex. : CJ 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, point 14 ; CJ 29 mars 2012, *Commission c/ Estonie*, C-505/09 P, point 95.

par le juge européen. Si, Contrairement au Conseil d'État français, la Cour de justice ne définit pas elle-même les cas d'ouverture du recours en annulation (ceux-ci étant énumérés à l'article 263 du TFUE), elle maîtrise l'étendue du contrôle qu'elle entend exercer. Or, même en présence d'une décision discrétionnaire, la Cour de justice s'écarte parfois de la règle pour exercer un contrôle nettement plus approfondi¹⁷. Selon le professeur D. Ritleng, ce « *contrôle normal "masqué"* » s'expliquerait par le souci du juge européen de respecter les exigences de l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸. Le professeur A. Bouveresse observe le même phénomène, soit que le juge européen exerce un contrôle entier sur des appréciations complexes soit qu'il atténue la complexité des appréciations auxquelles s'était livrée l'auteur de l'acte contesté pour justifier l'exercice d'un contrôle entier¹⁹. Ce contrôle s'explique, selon cet auteur²⁰, par le souci de respecter le principe de proportionnalité posé à l'article 5 du TUE²¹.

Or, dans les décisions commentées, le Tribunal s'est certes fondé sur l'absence d'examen par la BCE des circonstances particulières de chaque situation mais il semble être allé au-delà. Il reproche en outre à la BCE de ne pas avoir vérifié la probabilité de ce que l'hypothétique défaut de paiement de l'État français se réalise. Ici, le Tribunal est sorti du champ d'application de la règle de l'examen particulier des circonstances pour procéder à une appréciation directe d'un des motifs sur lesquels reposent les décisions litigieuses. De même, lorsque le Tribunal déclare inopérant le motif relatif au traitement comptable de l'épargne réglementée, c'est bien à un contrôle plein qu'il effectue.

En conclusion, avec cette série d'arrêts, la BCE se voit reconnaître un large pouvoir d'appréciation pour accorder une dérogation et c'est heureux. Mais ce pouvoir se trouve soumis à un contrôle approfondi du Tribunal et c'est rassurant puisqu'une large part de l'activité des régulateurs échappe au contrôle du juge. Les annulations prononcées par le Tribunal ont eu pour effet de mettre à néant les décisions de refus sans pour autant octroyer aux banques le bénéfice de la dérogation litigieuse. Celles-ci devront donc présenter une nouvelle demande sur laquelle la BCE devra se prononcer en tenant compte des prescriptions du Tribunal. Or, on l'a vu, s'il n'est pas allé jusqu'à se substituer à la BCE pour consentir à sa place la dérogation, le Tribunal s'est montré très directif si bien que la marge de manœuvre de la BCE semble aujourd'hui réduite, pour ne pas dire inexistante. La BCE ayant admis que son refus reposait essentiellement sur la considération que l'État français ne rembourse pas les banques, il ne lui reste plus qu'à se prononcer sur la probabilité qu'une telle hypothèse se réalise. Le contentieux de l'article 429 § 14 a vocation à disparaître puisqu'actuellement, une nouvelle version du CRR – le futur CRR 2 – est en cours de discussion. Or il résulte de ce projet que les établissements de crédit pourront exclure certains actifs de la mesure des expositions eux-mêmes, sans avoir à obtenir d'autorisation de la BCE²². ■

17. Là encore, un parallèle peut être fait avec notre droit interne. Sur cette question, v. notamment A. de Laubadère, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, T. 2, p. 531.

18. D. Ritleng, *op. cit.*, note de bas de page n° 125.

19. A. Bouveresse, *op. cit.*, n° 514 s.

20. A. Bouveresse, *op. cit.*, n° 496 s.

21. L'article 5 § 4 du TUE énonce : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. »

22. L'article 429 bis dispose que : « un établissement peut exclure l'une ou plusieurs des expositions suivantes de sa mesure de l'exposition :

(a) (...)

(j) les expositions qui remplissent toutes les conditions suivantes :

(i) ce sont des expositions sur une entité du secteur public ;

(ii) elles sont traitées conformément à l'article 116, paragraphe 4 ;

(iii) elles résultent de dépôts que l'établissement est légalement tenu de transférer à l'entité du secteur public visée au point i) afin de financer des investissements d'intérêt général. »